

**REVUE FRIBOURGEOISE DE JURISPRUDENCE
FREIBURGER ZEITSCHRIFT FÜR RECHTSPRECHUNG**

**Numéro spécial « RFJ 10 ans »
Sondernummer « 10 Jahre FZR »**

**LE DROIT EN MOUVEMENT
RECHT IM UMBRUCH**

Editeurs / Herausgeber :

LUC VOLLERY
PIERRE CORBOZ
HUGO CASANOVA
DENIS LOERTSCHER

Fribourg / Freiburg 2002

AVANT-PROPOS

La Revue fribourgeoise de jurisprudence a vu le jour en 1992, en même temps que le Tribunal administratif ; l'un de ses objectifs initiaux était d'augmenter le rythme de parution de la jurisprudence rendue par les autorités fribourgeoises. Aujourd'hui, son dixième anniversaire coïncide, à peu de choses près, avec la naissance du site Internet du Tribunal cantonal, qui complète l'offre déjà existante en matière de publication électronique de la jurisprudence fribourgeoise ; sur le plan du rythme de parution, cette offre dépasse désormais ce que l'on peut attendre d'une revue traditionnelle. Dès lors, même s'ils ne jouent pas pour l'instant le rôle d'une publication officielle et visent essentiellement à l'information du public en général, les sites Internet du Tribunal administratif et du Tribunal cantonal constituent indéniablement un défi pour la Revue. Celle-ci a-t-elle une chance, dans ce contexte, de fêter un jour ses 150 ans d'existence, comme vient de le faire la Revue de droit suisse ?

Pour l'heure, la Revue a choisi de célébrer dignement ses 10 ans en donnant à des juristes fribourgeois de divers milieux l'occasion d'écrire une contribution scientifique autour d'un thème commun. A une époque marquée non seulement par l'évolution de l'informatique juridique, mais aussi de manière générale par un développement accéléré du droit – qui se reflète d'ailleurs dans le slogan de la Constituante fribourgeoise (« Un canton qui bouge ») –, la Revue s'est tout naturellement tournée vers le thème du « droit en mouvement », suffisamment large pour permettre à toutes et à tous de s'y raccrocher.

La manière dont les auteur-e-s ont abordé ce thème constitue l'une des richesses de ce numéro spécial. Il paraît vain de décrire ici les 22 articles qui le composent et qui respectent de manière assez exacte la répartition linguistique de notre canton. La meilleure façon de rendre justice à celles et ceux qui ont accepté de rédiger une contribution est de vous inviter directement à la lecture.

Les éditeurs tiennent encore à remercier vivement les auteur-e-s ainsi que toutes les personnes qui ont collaboré à l'entreprise ; avec une mention particulière pour M. Stephan Dillier, qui a établi la table des abréviations avec le plus grand soin, comme il le fait chaque année pour la table des volumes annuels.

Les éditeurs

Vorwort

Die Freiburger Zeitschrift für Rechtsprechung wurde im Jahre 1992 gegründet, zum gleichen Zeitpunkt in dem das Verwaltungsgericht seine Tätigkeit aufnahm. Eines ihrer ursprünglichen Ziele bestand darin, die Rechtsprechung der Freiburger Behörden in kürzeren Abständen zu veröffentlichen. Heute fällt nun der zehnte Jahrestag ziemlich genau mit der Schaffung der Website des Kantonsgerichts zusammen, welche das bereits bestehende Angebot im Bereich der elektronischen Veröffentlichung der freiburgischen Rechtsprechung vervollständigt. Im Erscheinungsrhythmus übertrifft von nun an dieses Informationsangebot das, was man von einer traditionellen Zeitschrift erwarten kann. Auch wenn ihnen vorläufig nicht die Rolle eines offiziellen Publikationsorgans zukommt und sie eher der allgemeinen Information der Öffentlichkeit dienen, stellen die Websites des Verwaltungsgerichts und des Kantonsgerichts somit für die Zeitschrift zweifellos eine Herausforderung dar. Wird es der Freiburger Zeitschrift für Rechtsprechung unter diesen Umständen noch möglich sein, einmal den hundertfünfzigsten Jahrestag zu feiern, wie dies die Zeitschrift für Schweizerisches Recht soeben getan hat?

Im jetzigen Zeitpunkt wollte die Zeitschrift ihr zehnjähriges Bestehen gebührend begehen, indem sie Freiburger Juristen der verschiedensten Kreise die Gelegenheit bot, eine wissenschaftliche Abhandlung zu einem gemeinsamen Thema zu schreiben. In einer Zeit, welche nicht nur durch den Fortschritt der Rechtsinformatik geprägt wird, sondern allgemein auch durch die rasante Entwicklung des Rechts – was sich übrigens auch in der Parole des Freiburger Verfassungsrates («Ein Kanton in Bewegung») widerspiegelt –, hat der Redaktionsausschuss der Zeitschrift das naheliegende Thema «Recht im Umbruch» gewählt, welches allen Autorinnen und Autoren genügend Anknüpfungspunkte bot.

Die Vielfalt, mit der die Autorinnen und Autoren das Thema bearbeitet haben, stellt einen der Werte dieser Sondernummer dar. Es erscheint müssig, hier die 22 Beiträge, aus denen sie besteht und welche ziemlich genau dem sprachlichen Kräfteverhältnis in unserem Kanton entsprechen, näher zu umschreiben. Die beste Art den Autorinnen und Autoren gerecht zu werden, besteht in der Einladung, ihre Beiträge selber zu lesen.

Die Herausgeber möchten abschliessend den Autorinnen und Autoren sowie allen übrigen Personen, die zum vorliegenden Werk beigetragen haben, bestens danken; besonders zu erwähnen ist dabei Herr Stephan Dillier, der – wie jeweils auch für den Jahresband der Zeitschrift – mit grösster Sorgfalt das Abkürzungsverzeichnis erstellt hat.

Die Herausgeber

TABLE DES MATIÈRES / INHALTSVERZEICHNIS

Avant-propos / Vorwort III

Abréviations / Abkürzungen IX

DROIT CONSTITUTIONNEL VERFASSUNGSRECHT

Samantha Besson

Plus d'égalité pour les femmes dans les faits : quel rôle pour la nouvelle Constitution cantonale ? 3

Tarkan Göksu / Pierre Scyboz

Politische Rechte der Ausländer und Auslandschweizer / Droits politiques des étrangers et des Suisses de l'étranger 19

DROIT CIVIL ZIVILRECHT

Erwin Jutzet

Streifzüge durch abgeschlossene und bevorstehende ZGB-Novellen 47

Bernhard Schnyder

Schweizerisches Familienrecht im Wandel von 1968 bis 2002 59

Paul-Henri Steinauer

Les glissements de terrain permanents 73

Pascal Pichonnaz

Compensation et prescription : le dialogue difficile d'un couple à la fleur de l'âge ? 87

Françoise Bastons Bulletti

La postposition de créance selon l'art. 725 al. 2 CO 103

DROIT PENAL
STRAFRECHT

André Clerc

Über eine aktuelle Tendenz im Strafrecht am Beispiel der Fristenregelung 121

PROCEDURE
PROZESSRECHT

Alexandra Rumo-Jungo

Alternative Streiterledigungsmethoden in und ausserhalb von Gerichtsverfahren 135

Marianne Loretan

La libre circulation des jugements dix ans après l'entrée en vigueur de la Convention de Lugano 155

Jean-Baptiste Zufferey

Les règles de la procédure administrative face à la protection des données – Combat ou complémentarité ? 169

DROIT ADMINISTRATIF
VERWALTUNGSRECHT

Généralités / Allgemeines

Augustin Macheret

La proportionnalité des actes étatiques : une appréciation difficile 187

Benoît Rey

L'adaptation du droit cantonal à l'Accord sur la libre circulation des personnes : quelques considérations 203

Etablissement et séjour / Niederlassung und Aufenthalt

Thierry Steiert

Härtefälle im Ausländer- und Asylrecht – Das Rundschreiben des Bundesamtes für Ausländerfragen und des Bundesamtes für Flüchtlinge vom 21. Dezember 2001 221

Droits politiques / Politische Rechte

Stephan Dillier

Behördliche Information über Abstimmungsvorlagen: ein Fallbeispiel 235

Marchés publics / Öffentliches Beschaffungswesen

Denis Esseiva

Les marchés publics d'assurance 251

Responsabilité civile des collectivités publiques / Haftung der Gemeinwesen

Daniel Lehmann

Die Verpflichtung des Staates durch rechtsgeschäftliche Handlungen von Behördemitgliedern – Überlegungen zum Verhältnis von Vertretungsrecht und Staatshaftung aus Anlass eines Urteils des Verwaltungsgerichts des Kantons Freiburg 267

Notariat

Michel Mooser

La responsabilité disciplinaire du notaire 285

Aménagement du territoire et constructions / Raumplanung und Baurecht

Jacques Meyer

Assurer la disponibilité des zones à bâtir 303

Christian Pfammatter

La protection des situations acquises en zone à bâtir selon le droit fribourgeois des constructions 319

Santé publique / Gesundheitswesen

Dominique Sprumont / Guillaume Roduit

La législation sanitaire fribourgeoise : une législation en mouvement 329

Assurances sociales / Sozialversicherungsrecht

Anne-Sophie Peyraud / Johannes Frölicher

Le revenu d'invalide en assurance-invalidité et accidents 351

ABREVIATIONS / ABKÜRZUNGEN

§	paragraphe		
a(...)	ancienne teneur du texte ou de l'article concerné (ex.: «aCPP»)		
A.	Auflage		
a. a. O.	am angeführten Ort		
a. F.	alte Fassung		
a. M.	anderer Meinung		
ABGB	Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch (Österreich)		
ABl	Amtsblatt des Kantons Freiburg		
Abs.	Absatz		
aBV	Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 29. Mai 1874 (in Kraft bis 31.12.1999)		
Accord	Accord du 21 juin 1999 entre la Communauté européenne et ses Etats membres, d'une part, et la Confédération suisse d'autre part, sur la libre circulation des personnes		
LCP			
ACEDH	arrêt de la Cour européenne des Droits de l'Homme		
aCst.	ancienne Constitution fédérale de la Confédération suisse, du 29 mai 1994		
ADR	Alternative Dispute Resolution		
AELE	Association européenne de libre-échange		
AGS	Amtliche Sammlung der Gesetze, Dekrete, Beschlüsse		und anderer amtlicher Erlasse des Grossen Rates und des Staatsrates des Kantons Freiburg (Amtliche Gesetzessammlung)
		AGVE	Aargauische Gerichts- und Verwaltungsentscheide
		AIMP	Accord intercantonal du 25 novembre 1994 sur les marchés publics (RSF 122.91.2 / RS 172.056.4)
		AISUF	Arbeiten aus dem Juristischen Seminar der Universität Freiburg Schweiz
		AJP, AJP/PJA	Aktuelle Juristische Praxis (Pratique juridique actuelle)
		al.	alii
		al.	alinéa
		altStGB	frühere Fassung des betreffenden StGB-Artikels
		AMP	Accord du 15 avril 1994 sur les marchés publics (RS 0.632.231.422)
		Amtl. Bull. NR/StR	Amtliches Bulletin der Bundesversammlung (Nationalrat/Ständerat)
		ANAG	BG vom 26. März 1931 über Aufenthalt und Niederlassung der Ausländer (SR 142.20)
		Anm.	Anmerkung (Fussnote)
		ARK	Schweizerische Asylrekurskommission
		Art.	Artikel
		art.	article

AS	Amtliche Sammlung des Bundesrechts	BGE	Amtliche Sammlung der Entscheidungen des Schweizerischen Bundesgerichtes
ASDAC	Association suisse pour le droit à l'avortement et à la contraception	BJM	Basler Juristische Mitteilungen
ASPAN	Association suisse pour l'aménagement national	BL	Bulletin officiel des lois, décrets, arrêtés et autres actes publics du Grand Conseil et du Conseil d'Etat du canton de Fribourg (Bulletin des lois)
AsylG	Asylgesetz vom 5. Oktober 1979 (<i>in Kraft bis 30.9.1999</i>)	BLVGE	Basellandschaftliche Verwaltungsgerichtsentscheide
AsylV 1	Asylverordnung 1 vom 11. August 1999 über Verfahrensfragen (Asylverordnung 1; SR 142.311)	BN	Der Bernische Notar (Le notaire bernois)
ATA	arrêt du Tribunal administratif (<i>à défaut de précision, celui du canton de Fribourg</i>)	BO	Bulletin officiel de l'Assemblée fédérale (partie consacrée au Conseil national/Conseil des Etats)
ATF	Recueil officiel des arrêts du Tribunal fédéral suisse	CN/CE	
Aufl.	Auflage	Botsch.	Botschaft (des Bundesrates)
BaKomm.	Basler Kommentar zum schweizerischen Privatrecht	BPR	BG vom 17. Dezember 1976 über die politischen Rechte (SR 161.1)
BBl.	Bundesblatt	Bst.	Buchstabe
Bd.; Bde.	Band; Bände	BT	Besonderer Teil
BFA	Bundesamt für Ausländerfragen	BTJP	Berner Tage für die Juristische Praxis
BFF	Bundesamt für Flüchtlinge	Bull. civ.	Bulletin des arrêts de la Cour de cassation (France)
BG	Bundesgesetz	Bull. stén. (CE)	Bulletin sténographique officiel de l'Assemblée fédérale (partie consacrée au Conseil des États; <i>actuellement BO [CE]</i>)
BG-HAÜ	Bundesgesetz vom 22. Juni 2001 zum Haager Adoptionsübereinkommen und über Massnahmen zum Schutz des Kindes bei internationalen Adoptionen (BBl 2001 2908)	BV	Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 (SR 101)
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch (Deutschland)	BVerwGE	Entscheidungen des Bundesverwaltungsgerichts (Deutschland)
BGC	Bulletin officiel des séances du Grand Conseil du canton de Fribourg		

BVO	Verordnung vom 6. Oktober 1986 über die Begrenzung der Zahl der Ausländer (SR 823.21)	CNA	Caisse nationale suisse d'assurance en cas d'accidents
BVR	Bernische Verwaltungsrechtssprechung	CO	Code des obligations: LF du 30 mars 1911 complétant le code civil suisse (Livre cinquième: Droit des obligations; RS 220)
bzw.	beziehungsweise	cons., consid.	considérant
c.	considérant	CP	Code pénal suisse du 21 décembre 1937 (RS 311.0)
CC	Code civil suisse du 10 décembre 1907 (RS 210)	CPC	Classification centrale des produits (Central Product Classification)
CCfr.	Code civil français	CPC	Code du 28 avril 1953 de procédure civile (RSF 270.1)
CCfrib.	Code civil fribourgeois	CPJA	Code du 23 mai 1991 de procédure et de juridiction administrative (RSF 150.1)
CdC	Conférence des gouvernements cantonaux	CPP	Code du 14 novembre 1996 de procédure pénale (RSF 32.1)
CDS	Conférence des Directeurs cantonaux des affaires sanitaires	cpr	comparer
CE	Conseil d'Etat	Cst. ...	constitution du canton désigné (<i>ex: Cst. JU</i>)
CE	Communauté européenne	Cst., Cst. féd.	Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999 (RS 101)
CEDH	Convention de sauvegarde des Droits de l'Homme et des libertés fondamentales du 4 novembre 1950 (Convention européenne des Droits de l'Homme; RS 0.101)	D.	Dalloz Sirey (Recueil)
cep.	cependant	d. h.	das heisst
CF	Conseil fédéral	D.P.	Dalloz périodique
cf.	confer	DC	Droit de la construction
ch.	chiffre	ders.	derselbe
CJCE	Cour de justice des Communautés européennes	DFAE	Département fédéral des affaires étrangères
CL	Convention du 16 septembre 1988 concernant la compétence judiciaire et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale (Convention de Lugano; RS 0.275.11)	DFEP	Département fédéral de l'économie publique (<i>actuellement DFE</i>)
		dies.	dieselbe(n)

dir. sous la direction de
Diss. Dissertation
DPT Description de postes de travail
E. Erwägung
EC L'Expert-comptable suisse
éd. édition
éd., édit. éditeur(s)
EEE Espace Economique Européen
EFTA Europäische Freihandelsassoziation
EG Europäische Gemeinschaft
ég. également
EIZ Europa Institut Zürich
EJPD Eidgenössisches Justiz- und Polizeidepartement
EMRK Konvention vom 4. November 1950 zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten (Europäische Menschenrechtskonvention; SR 0.101)
en part. en particulier
ESS Enquête suisse sur la structure des salaires
etc. et c(a)etera
EU Europäische Union
EuGRZ Europäische Grundrechte-Zeitschrift
f. und folgende (z. B. *Seite*)
FEW Freiburgische Elektrizitätswerke
FF Feuille fédérale
ff. und folgende (z. B. *Seiten*)
FFE fürsorgerische Freiheitsziehung
FJS Fiches juridiques suisses

Fn. Fussnote
FO Feuille officielle du canton de Fribourg
FZR Freiburger Zeitschrift für Rechtsprechung
GABR G vom 18. Februar 1976 über die Ausübung der bürgerlichen Rechte (*in Kraft bis 31.7.2001*)
GOG G vom 22. November 1949 über die Gerichtsorganisation (SGF 131.0.1)
GRSP Groupement romand des services de santé publique
Habil. Habilitation
HAÜ Übereinkommen vom 29. Mai 1993 über den Schutz von Kindern und die Zusammenarbeit auf dem Gebiet der internationalen Adoption (Haager Adoptionsübereinkommen; BBl 1999 5855)
HGB Handelsgesetzbuch (Deutschland)
HGG G vom 16. September 1986 über die Haftung der Gemeinwesen und ihrer Amtsträger (SGF 16.1)
Hrsg.; hrsg. Herausgeber/in(nen); herausgegeben (von)
i. S. in Sachen
i. V. m. in Verbindung mit
insb. insbesondere
JAAC Jurisprudence des autorités administratives de la Confédération
JdT Journal des tribunaux
JGK Justiz-, Gemeinde- und Kirchendirektion (Bern)

JOCE	Journal officiel des Communautés européennes	LDFR	LF du 4 octobre 1991 sur le droit foncier rural (RS 211.412.11)
JuS	Juristische Schulung	LDP	LF du 17 décembre 1976 sur les droits politiques (RS 161.1)
KV-...	Verfassung des angegebenen Kantons (<i>Bsp.: KV-BE</i>)	LDPSE	LF du 19 décembre 1975 sur les droits politiques des Suisses de l'étranger (RS 161.5)
L	loi (<i>à défaut de précision, fribourgeoise</i>)	LEaux	LF du 24 janvier 1991 sur la protection des eaux (RS 814.20)
LAA	LF du 20 mars 1981 sur l'assurance-accidents (RS 832.20)	LECCT	LF du 28 septembre 1956 permettant d'étendre le champ d'application de la convention collective de travail (RS 221.215.311)
LACC ...	loi d'application du code civil du canton désigné (<i>ex.: LACC VS</i>)	LEg	LF du 24 mars 1995 sur l'égalité entre femmes et hommes (loi sur l'égalité; RS 151.1)
LACE	LF du 21 juin 1991 sur l'aménagement des cours d'eau (RS 721.100)	LeGes	Législation & Evaluation (<i>avant 2000: Législation d'aujourd'hui</i>)
LAI	LF du 19 juin 1959 sur l'assurance-invalidité (RS 831.20)	LELP	L du 11 mai 1891 concernant l'exécution de la loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite (RSF 28.1)
LAMA	LF du 13 juin 1911 sur l'assurance-maladie (<i>en vigueur jusqu'au 31.12.1995</i>)	let.	lettre
LAMal	LF du 18 mars 1994 sur l'assurance-maladie (RS 832.10)	LF	loi fédérale
LAT	LF du 22 juin 1979 sur l'aménagement du territoire (loi sur l'aménagement du territoire; RS 700)	LFo	LF du 4 octobre 1991 sur les forêts (loi sur les forêts; RS 921.0)
LATeC	L du 9 mai 1983 sur l'aménagement du territoire et les constructions (RSF 710.1)	LFors	LF du 24 mars 2000 sur les fors en matière civile (loi sur les fors; RS 272)
LCAP	LF du 4 octobre 1974 encourageant la construction et l'accession à la propriété de logements (RS 843)	LGVE	Luzerner Gerichts- und Verwaltungsentscheide
LCH	L du 23 mai 1986 sur le contrôle des habitants (RSF 114.21.1)	LHID	LF du 14 décembre 1990 sur l'harmonisation des impôts

	directs des cantons et des communes (RS 642.14)		
lit., litt.	lit(t)era (Buchstabe, lettre)	LPD	LF du 19 juin 1992 sur la protection des données (RS 235.1)
LMI	LF du 6 octobre 1995 sur le marché intérieur (RS 943.02)	LPE	LF du 7 octobre 1983 sur la protection de l'environnement (loi sur la protection de l'environnement; RS 814.01)
LMP	LF du 16 décembre 1994 sur les marchés publics (RS 172.056.1)	LPers	L du 17 octobre 2001 sur le personnel de l'Etat (<i>entrée en vigueur partielle: 1.1.2003</i>)
LMP JU	L du 21 octobre 1998 concernant les marchés publics (Jura; RS JU 174.1)	LPGA	LF du 6 octobre 2000 sur la partie générale du droit des assurances sociales (<i>entrée en vigueur prévue en 2003</i>)
LN	LF du 29 septembre 1952 sur l'acquisition et la perte de la nationalité suisse (loi sur la nationalité; RS 141.0)	LPP	LF du 25 juin 1982 sur la prévoyance professionnelle vieillesse, survivants et invalidité (RS 831.40)
LN-BE	L du 28 août 1980 sur le notariat (Berne)	LPR	LF du 12 juin 1951 sur le maintien de la propriété foncière rurale (<i>en vigueur jusqu'au 31.12.1993</i>)
LN-FR	L du 20 septembre 1967 sur le notariat (Fribourg; RSF 261.1)	LPrD	L du 25 novembre 1994 sur la protection des données (RSF 17.1)
LN-GE	L sur le notariat, du 25 novembre 1988 (Genève)	LRF	L du 28 février 1986 sur le registre foncier (RSF 214.5.1)
LN-JU	L du 9 novembre 1978 sur le notariat (Jura)	LStP	L du 22 mai 1975 sur le statut du personnel de l'Etat (RSF 122.70.1)
LN-NE	L du 26 août 1996 sur le notariat (Neuchâtel)	m. w. H.	mit weiteren Hinweisen
LN-TI	legge sul notariato, del 23 febbraio 1983 (Ticino)	Mél.	Mélanges
LN-VD	L du 10 décembre 1956 sur le notariat (Vaud)	N	(Rand-)Note
LN-VS	L du 15 mai 1942 sur le notariat (Valais)	n	nouvelle teneur du texte ou de l'article concerné
loc. cit.	loco citato (à l'endroit cité)	n.	note, numéro marginal
LOCEA	L du 16 octobre 2001 sur l'organisation du Conseil d'Etat et de l'administration (RSF 122.0.1)	n. p.	non publié (au JdT)
LP	LF du 11 avril 1889 sur la poursuite pour dettes et la faillite (RS 281.1)	n. t.	non traduit (au JdT)

ND	décret du 28 août 1980 sur le notariat (Berne)	OLCAP	O du 30 novembre 1981 relative à la loi fédérale encourageant la construction et l'accèsion à la propriété de logements (RS 843.1)
NF	Neue Folge	OLG	Oberlandesgericht
nn.	notes	OMC	Organisation Mondiale du Commerce
N°, n°	numéro	OMO	O du 18 novembre 1992 sur la mensuration officielle (RS 211.432.2)
Nr.	Nummer	OMP	O du 11 décembre 1995 sur les marchés publics (RS 172.056.11)
NZZ	Neue Zürcher Zeitung	OMP VS	O du 26 juin 1998 sur les marchés publics (Valais; RS VS 726.100)
O	Ordonnance	OMS	Organisation mondiale de la santé
OACE	O du 2 novembre 1994 sur l'aménagement des cours d'eau (RS 721.100.1)	op. cit.	opus citatum, opere citato
OAMal	O du 27 juin 1995 sur l'assurance-maladie (RS 832.102)	OR	Schweizerisches Obligationenrecht: BG vom 30. März 1911 betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Fünfter Teil: Obligationenrecht; SR 220)
OAMP JU	O du 19 janvier 1999 concernant l'adjudication des marchés publics (Jura; RS JU 174.11)	ORF	O du 22 février 1910 sur le registre foncier (RS 211.432.1)
obs.	observations	OSoum	O du 29 avril 1998 sur les soumissions (Berne; RSB 731.21)
OCAT	Office des constructions et de l'aménagement du territoire	BE	
ODP	O du 24 mai 1978 sur les droits politiques (RS 161.11)	OTEMO	O technique du Département fédéral de justice et police du 10 juin 1994 sur la mensuration officielle (RS 211.432.21)
ODPSE	O du 16 octobre 1991 sur les droits politiques des Suisses de l'étranger (RS 161.51)	p.	page
OFAS	Office fédéral des assurances sociales	p. ex.	par exemple
OFo	O du 30 novembre 1992 sur les forêts (RS 921.01)	Pa.Iv.	parlamentarische Initiative
OFS	Office fédéral de la statistique		
OJ, OJF	LF d'organisation judiciaire du 16 décembre 1943 (Organisation judiciaire; RS 173.110)		
OLAA	O du 20 décembre 1982 sur l'assurance-accidents (RS 832.202)		

PECL Principes européens du droit des contrats

PG Partie générale

phr. phrase

PIFF Publikationen des Instituts für Föderalismus (Freiburg, Schweiz)

PJA Pratique Juridique Actuelle

pp. pages

Pra Die Praxis des Bundesgerichts

PRG G vom 6. April 2001 über die Ausübung der politischen Rechte (SGF 115.1)

PS Partie spéciale

PVG Praxis des Verwaltungsgerichtes des Kantons Graubünden

RAI règlement du 17 janvier 1961 sur l'assurance-invalidité (RS 831.201)

RAMA Assurance-maladie et accidents: jurisprudence et pratique administrative

RB Rechenschaftsbericht über die Rechtspflege des Kantons Uri

RCC Revue à l'intention des caisses de compensation

RDAF Revue de droit administratif et de droit fiscal

RDS Revue de droit suisse

Rec. Recueil de la jurisprudence de la Cour européenne de justice

réf. références

REG Fondation des registres suisses des ingénieurs, des architectes et des techniciens

réimpr. réimpression

Rep Repertorio di giurisprudenza patria

Req. Requête

RFJ Revue fribourgeoise de jurisprudence

RJJ Revue jurassienne de jurisprudence

RJN Recueil de jurisprudence neuchâtoise

RMP règlement du 28 avril 1998 sur les marchés publics (RSF 122.91.11)

RNRf Revue suisse du notariat et du registre foncier

RO Recueil officiel des lois fédérales

RPW/DPC Recht und Politik des Wettbewerbs / Droit et politique de la concurrence

RS Recueil systématique du droit fédéral

RS ... Recueil systématique de la législation du canton désigné (*ex: RSJU*)

RSD règlement du 29 juin 1999 sur la sécurité des données personnelles (RSF 17.15)

RSDA Revue suisse de droit des affaires

RSDIE Revue suisse de droit international et de droit européen

RSF Recueil systématique de la législation fribourgeoise

RSJ Revue suisse de jurisprudence

RVJ Revue valaisanne de jurisprudence

S. Seite

s. et suivant(e)

s. siehe

SA	société anonyme	TF	Tribunal fédéral
SAS	La société anonyme suisse, Revue suisse de droit commercial (<i>actuellement RSDA</i>)	TFA	Tribunal fédéral des assurances
SchIT	Schlusstitel	TGR	Amtliches Tagblatt der Sitzungen des Grossen Rates des Kantons Freiburg
SGF	Systematische Gesetzes-sammlung des Kantons Freiburg	trad.	traduction
SJ	La Semaine judiciaire	TVA	taxe sur la valeur ajoutée
SJZ, SJZ/RSJ	Schweizerische Juristen-Zeitung / Revue suisse de jurisprudence	u.	und
sog.	sogenannt	u. Ä.	und Ähnliches
SPR	Schweizerisches Privatrecht	u. a.	unter anderem
SR	Systematische Sammlung des Bundesrechts	UE	Union européenne
SRSZ	Systematische Gesetz-sammlung des Kantons Schwyz	UNO	Organisation der Vereinten Nationen
ss	et suivant(e)s	usw.	und so weiter
StGB	Schweizerisches Strafgesetzbuch vom 21. Dezember 1937 (SR 311.0)	Vergabe-recht	Zeitschrift Vergaberecht (Deutschland)
StPO	Strafprozessordnung vom 14. November 1996 (SGF 32.1)	VersR	Zeitschrift für Versicherungsrecht, Haftungs- und Schadenrecht (Deutschland)
sv.	et suivant(e)	VGE	Urteil des (Freiburger) Verwaltungsgerichts
SVR	Sozialversicherungsrecht – Rechtsprechung / Droit des assurances sociales – Jurisprudence	vgl.	vergleiche
SZW/ RSDA	Schweizerische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht / Revue suisse de droit des affaires	Vol., vol.	volume
T., t.	tome	Vorb.,	
TA ...	Tribunal administratif du canton désigné (<i>ex: TA VD</i>)	Vorbem.	Vorbemerkungen
TCE	Traité instituant la Communauté européenne	VRG	G vom 23. Mai 1991 über die Verwaltungsrechtspflege (SGF 150.1)
T.f.	Titre final	VSI	Pratique VSI: Jurisprudence et pratique administrative dans le domaine des assurances sociales
		z. B.	zum Beispiel
		z. T.	zum Teil
		ZBJV, ZBJV/ RSJB	Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins / Revue de la société des juristes bernois

ZBI	Schweizerisches Zentralblatt für Staats- und Verwaltungsrecht (<i>früher</i> : Schweizerisches Zentralblatt für Staats- und Gemeindeverwaltung)
ZEuP	Zeitschrift für Europäisches Privatrecht
ZGB	Schweizerisches Zivilgesetzbuch vom 10. Dezember 1907 (SR 210)
Ziff.	Ziffer
ZKomm.	Zürcher Kommentar
ZPO	Zivilprozessordnung
ZR	Blätter für zürcherische Rechtsprechung
ZSR	Zeitschrift für Schweizerisches Recht
ZStR	Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht
ZVW	Zeitschrift für Vormundschafswesen

DROIT CONSTITUTIONNEL

VERFASSUNGSRECHT

PLUS D'ÉGALITÉ POUR LES FEMMES DANS LES FAITS : QUEL RÔLE POUR LA NOUVELLE CONSTITUTION CANTONALE ?

Samantha Besson*

Dr en droit, M.Jur. (Oxon.), Research Fellow, The Queen's College, Oxford
– Chargée de cours à l'Université de Genève

INTRODUCTION

Le titre de cet article allie deux éléments apparemment contradictoires : d'une part, un problème *pratique* : l'égalité dans les faits, et, d'autre part, une solution *juridique* : la nouvelle Constitution cantonale.

Si l'on conçoit bien volontiers que les femmes constituent la moitié de la population fribourgeoise et qu'il faille donc leur assurer une représentation égale *dans les faits*, n'y a-t-il pas là avant tout une difficulté pratique à laquelle il convient de remédier par le biais d'une profonde transformation sociale ? Ce projet de transformation sociale n'exclut-il donc pas d'emblée, puisque l'*égalité de droit* est garantie dans la Constitution fédérale, un quelconque rôle supplémentaire pour le droit et par conséquent pour la nouvelle Constitution cantonale ? C'est l'objet principal de cet article que de prouver le contraire.

L'*égalité de droit* des femmes a été l'une des victoires les plus importantes de la deuxième moitié du 20^{ème} siècle. Depuis 1981, le principe de l'égalité en droit entre hommes et femmes est garanti par un alinéa de l'article sur l'égalité de la Constitution fédérale. Il figure désormais à l'art. 8 al. 3 de la nouvelle Constitution du 19 avril 1999 (= Cst., RS 101). L'alinéa 3 contient trois phrases :

La première confère un *droit directement justiciable* : le droit des hommes et des femmes à être traités en égaux par la loi ainsi que lors de son application, sauf lorsque la différence biologique ou fonctionnelle due au sexe l'exclut absolument.

La deuxième phrase donne le *mandat* au législateur communal, cantonal et fédéral de mettre en œuvre l'égalité de droit de l'art. 8 al. 3 phr. 1 Cst., mais

* Cet article est une version révisée de la conférence du même titre que j'ai présentée à l'Université de Fribourg le 4 avril 2002 dans le cadre du cycle de conférences publiques consacrées à la nouvelle Constitution fribourgeoise. J'en remercie vivement tous les participants pour leurs réactions et la discussion qui a suivi ma présentation. Je remercie aussi Pascal PICHONNAZ de m'avoir donné l'occasion de présenter cette conférence et Alexandra RUMO-JUNGO de m'avoir encouragée à en publier cette version révisée.

aussi l'égalité de fait, et cela notamment dans les domaines de la famille, de l'éducation et du travail.

La troisième phrase établit le *droit* à un salaire égal pour un travail de valeur égale, aussi bien dans le domaine public que dans les relations entre particuliers.

En dépit de tout cela, la représentation des femmes en pratique est loin d'être égale à celle des hommes. En fait, la progression n'est pas seulement très lente, mais elle est même souvent inexistante.

Ainsi, pour ne citer que quelques exemples :

Dans le monde du travail, les femmes demeurent encore cantonnées dans des travaux de moindre importance que les hommes et elles s'y trouvent souvent concentrées. On parle à cet égard de ségrégation verticale ou horizontale du marché du travail ou encore d'un « plafond de verre » empêchant toute progression des femmes dans la hiérarchie du travail. En Suisse, 54,6% des femmes travaillent à temps partiel contre seulement 9,4% d'hommes¹. La difficulté est que le travail à temps partiel est aujourd'hui encore synonyme de salaires inférieurs, de précarité de l'emploi et de réduction des chances de promotion professionnelle. Dans l'administration fribourgeoise, plus particulièrement, 63% de femmes travaillent à temps partiel contre 21% d'hommes. Au pied de l'échelle des salaires, on trouve 75% de femmes pour 39% d'hommes, un rapport qui s'inverse à 25% de femmes pour 61% d'hommes dans les classes supérieures de salaire².

En politique, alors que les femmes représentent 54% de l'électorat suisse, la représentation féminine parmi les élus oscille entre 17 et 28%. Au Conseil fédéral, par exemple, la représentation féminine est de 28%. Quant au législatif, les femmes constituent 19,6% des parlementaires au Conseil des Etats et 23% au Conseil National³. Dans le canton de Fribourg, plus particulièrement, les parlementaires élus lors des dernières élections législatives représentent à peine 25,4% de l'Assemblée et il n'y a que deux femmes sur sept membres au Conseil d'Etat⁴. Notable exception : la Constituante fribourgeoise avec 36% d'élus, même si on est encore loin d'une représentation égale !

1 Ces chiffres proviennent de l'Office fédéral de la statistique et les détails se trouvent sur le site internet suivant : http://www.statistik.admin.ch/stat_ch/ber16/thema/dtfr16.htm.

2 Ces chiffres proviennent de *Egalité des chances entre femmes et hommes dans l'administration cantonale fribourgeoise*, Publication du Bureau de l'égalité et de la famille du Canton de Fribourg, Fribourg 2001, p. 5.

3 Ces chiffres proviennent de l'Office fédéral de la statistique et les détails se trouvent sur le site Internet suivant : http://www.statistik.admin.ch/stat_ch/ber17/frauen/dintro.htm. Pour un commentaire, voir W. SEITZ, Die Frauen bei den Nationalratswahlen 1999 : Die Schritte in Richtung Gleichstellung werden kleiner in Frauenfragen 1.2000 p. 13 ss.

4 Ces chiffres ont été publiés par le Bureau de l'égalité hommes-femmes et de la famille du Canton de Fribourg en novembre 2001.

L'objectif d'égalité dans les faits n'est donc pas encore atteint. Les raisons en sont bien connues : double journée des femmes tiraillées entre famille et emploi, préjugés sexistes, inégalités économiques, etc. Laisser l'égalité de fait à l'évolution des mentalités semble par conséquent non seulement illusoire dans les cas où elles paraissent figées, mais aussi beaucoup trop long dans les autres cas ; en effet, bien que le nombre des femmes élues en politique se soit multiplié par cinq en trente ans, à ce rythme-là, les femmes devront attendre jusqu'en 2040 pour obtenir la pleine parité dans les faits.

La question qui occupe donc désormais le devant de la scène est celle de savoir quelles mesures prendre afin de promouvoir les femmes en pratique.

Depuis les années 80, différents types de mesures de promotion des femmes, qu'on dit aussi *mesures positives* (« positive action », « positive Massnahmen » ou « Förderungsmassnahmen »), ont été évoqués et même testés. Il s'agit par exemple de *mesures ponctuelles* destinées à soutenir la famille, la garde des enfants, la meilleure appréciation du travail à temps partiel ou encore l'accès des femmes à l'éducation supérieure. Mais un des types de mesures positives à avoir fait couler le plus d'encre depuis dix ans est bien sûr celui des *quotas* de femmes, que ce soit en politique, à l'université, dans l'administration publique ou dans le secteur privé. Laissés pour morts à l'issue du rejet populaire massif de l'initiative des quotas⁵ le 12 mars 2000, les quotas n'ont pourtant pas fini de faire parler d'eux en Suisse. Les débats des constituants vaudois et neuchâtelois en témoignent et les délibérations de l'assemblée constituante fribourgeoise le démontreront sûrement. Le peuple suisse est souverain en matière fédérale, mais le peuple fribourgeois l'est aussi en ses domaines de compétence : libre à lui donc de se prononcer à nouveau sur ce sujet.

Puisque les mesures positives en faveur des femmes impliquent l'intervention de l'Etat et donc du droit, le but de cet article est de faire le point sur ce qui a été réalisé juridiquement *sur le plan fédéral*, afin de déterminer ce qui peut et doit encore être fait *sur le plan cantonal* afin d'assurer une représentation égale des femmes en pratique. Il faudra notamment se pencher sur la *base légale* de ces mesures et leur *constitutionnalité* en droit fédéral, c'est-à-dire leur compatibilité avec d'autres droits constitutionnels, tels que le droit des hommes à être traités en égaux ou la liberté de vote.

La structure de cet article sera la suivante. Dans une première section, il s'agira de présenter quelques *définitions* afin de dissiper les confusions que l'on rencontre souvent dans ce débat. Dans une deuxième section, je présenterai le *fondement légal et constitutionnel* des mesures positives en droit suisse et j'y démontrerai pourquoi une garantie expresse dans la Constitution cantonale est nécessaire. Dans la troisième et dernière section, j'examinerai *quelles for-*

5 FF 1999 V 4656.

mes ces mesures positives de droit constitutionnel cantonal pourraient prendre, notamment dans la fonction publique et en politique.

I. QUELQUES DEFINITIONS

A. De l'égalité de fait aux mesures positives

Comme je l'ai dit dans mon introduction, les mesures positives sont *toutes les mesures qui ont pour but de réaliser l'égalité entre hommes et femmes dans les faits*.

L'égalité de fait entre hommes et femmes est aussi souvent surnommée *égalité matérielle* (« material equality », « tatsächliche Gleichstellung »), par opposition à l'égalité *formelle* que constitue l'égalité de droit (« formal equality », « rechtliche Gleichstellung »).

En principe, l'égalité matérielle, et par conséquent les mesures positives qui la réalisent, visent à assurer aussi bien *l'égalité des chances* (« equality of opportunities », « Chancengleichheit ») que *l'égalité de résultat* (« equality of results », « Ergebnisgleichheit »). On parle à cet égard d'égalité des *points de départ* par opposition à l'égalité des *points d'arrivée*.

B. Les différents types de mesures positives

Les mesures positives peuvent être très variées et la terminologie n'est pas toujours très stricte⁶. Il existe quatre grandes distinctions que l'on retrouve souvent et qu'il convient de présenter brièvement ici.

⁶ Sur les différentes dénominations, voir A. AUER, Les mesures positives et l'art. 4 al. 2 Cst. in PJA 11/1993 p. 1336 ss ; S. BESSON, Mesures positives : le nouvel équilibre asymétrique, Perspectives pour le droit suisse in PJA 4/1999 p. 390 ss ; C. MCCRUDDEN, Rethinking Positive Action in (1986) 15 Industrial Law Journal p. 219 ss, 223 ss ; E. VOGEL-POLSKY, Les actions positives, les quotas au crible du droit de l'égalité - les quotas, mode d'emploi, limites et dérivés du système des quotas sexuels in K. Arioli (éd.), *Quoten und Gleichstellung von Frau und Mann*, Bâle/Francfort-sur-le-Main 1996, p. 127 ss ; M. SCHWANDER CLAUS, Bundesgerichtliche Rechtsprechung zu Artikel 4 Abs. 2 der Bundesverfassung und die Frage der Verfassungsmässigkeit von Frauenquoten in PJA 8/1997 p. 963 ss ; BIGLER-EGGENBERGER/KAUFMANN (éd.), *Kommentar zum Gleichstellungsgesetz*, Bâle/Francfort-sur-le-Main 1997, n. 154 ss ; E. BENDA, *Notwendigkeit und Möglichkeit positiver Aktionen zugunsten von Frauen im öffentlichen Dienst*, Rechtsgutachten erstattet im Auftrag der Senatskanzlei - Leitstelle Gleichstellung der Frau - der Freien und Hansestadt Hamburg, Freiburg i. Brisgau 1986, p. 43 ss ; K. ARIOLI, *Frauenförderungsmassnahmen im Erwerbseleben*, Zurich 1992, p. 146 ss ; C. KAUFMANN, Les quotas valent mieux que leur réputation in C.A. Morand (éd.), *L'égalité entre hommes et femmes*, Lausanne 1987, p. 274 ss ; KOKOTT/EGLI, Rechtsfragen zu positiven Massnahmen in Staat und Unternehmen in PJA 12/2000 p. 1485 ss.

1. *Les mesures indifférenciées et les mesures préférentielles*

Certaines mesures positives favorisent la promotion des femmes *sans pourtant distinguer entre hommes et femmes*. Ainsi en est-il notamment de l'ouverture de places de crèche ou de l'octroi de congés parentaux.

Cependant, au vu du peu de résultats de ces premières mesures dans certains domaines comme la politique notamment, la plupart des mesures positives vont plus loin et utilisent de manière intentionnelle le critère du sexe afin de promouvoir les femmes. En cela, elles opèrent une discrimination sur la base du sexe. Toutefois, cette discrimination peut être considérée comme positive au vu de son objectif, d'où son nom : *discrimination positive*. On parle aussi de mesures *préférentielles*.

Il est important de ne pas confondre cette distinction entre mesures positives indifférenciées et mesures positives préférentielles avec la distinction entre égalité des chances et égalité de résultat. L'égalité des chances peut en effet requérir des mesures positives préférentielles, voire même des quotas de femmes, comme le montrent, par exemple, les quotas de listes dans le cadre d'élections.

2. *Les mesures ponctuelles et les quotas*

Parmi les mesures préférentielles, il est utile de distinguer les mesures purement *ponctuelles*, qui donnent la priorité à une femme dans un cas précis, des *quotas* au sens large (« quotas », « Quotenregelungen »).

Les quotas peuvent être définis comme *une exigence spécifique de représentation d'une catégorie définie de la population, en l'occurrence les femmes, au sein d'un organe ou d'un secteur*. Ils peuvent être maximaux, minimaux ou fixes. Dans le cas des mesures positives de promotion des femmes, les quotas en cause sont la plupart du temps minimaux.

3. *Les quotas décisionnels et les quotas de résultat*

Il est utile de distinguer deux grands types de quotas : Tout d'abord, les quotas *décisionnels* ou *d'influence* (« goal quotas », « Entscheidungsqoten »). Ils fixent certains buts à atteindre à long terme et impliquent la prise en compte du sexe lors de toute décision, sans toutefois imposer un résultat.

Ensuite, les quotas *de résultat* ou quotas *impératifs* (« result quotas », « Ergebnisquoten »). Ils exigent plus que la prise en compte du sexe des candidats en ce qu'ils imposent un certain résultat à chaque décision qui doit être prise.

A titre d'exemple, les quotas électoraux de listes (« list quotas », « Listquoten » ou « Wahlvorschlagsquoten ») sont des quotas décisionnels. Ils imposent

en effet la prise en compte du sexe lors de la décision à prendre, mais n'imposent pas un contenu à la décision finale. Par contre, les quotas électoraux de sièges (« seat quotas », « Mandatsquoten » ou « Nominationsquoten ») constituent des quotas de résultat.

4. *Les quotas souples et les quotas flexibles*

Les quotas de résultat se divisent eux-mêmes en deux groupes selon leur rigidité :

Tout d'abord, les quotas *souples* ou *flexibles* (« flexible quotas », « flexible Quoten »). Ils donnent la préférence aux candidates féminines à qualités égales avec les candidats masculins, lorsque les femmes sont sous-représentées dans un domaine.

Ensuite, les quotas *rigides* (« rigid quotas », « starre Quoten »). Ils donnent la préférence aux candidates féminines *indépendamment des qualifications des autres candidats*.

II. LA BASE LEGALE DES MESURES POSITIVES EN DROIT SUISSE

A. La Constitution fédérale : l'art. 8 al. 3 phr. 2 Cst.

C'est avant tout dans le cadre du *mandat d'égalité matérielle* de l'art. 8 al. 3 phr. 2 Cst. que la légalité des mesures positives en faveur des femmes doit pouvoir être établie. Il demeure cependant que le mandat ne mentionne pas expressément l'adoption de mesures positives. Certains en ont d'ailleurs déduit que la légalité des mesures positives ne peut pas être fondée sur cet article⁷.

Une des premières difficultés que l'on rencontre lors de l'appréciation de l'étendue du champ d'application de l'art. 8 al. 3 phr. 2 Cst. et de son éventuelle application aux mesures positives est en effet celle de l'harmonisation entre le principe d'égalité *formelle* de l'art. 8 al. 3 phr. 1 Cst. et le principe d'égalité *matérielle* de l'art. 8 al. 3 phr. 2 Cst. La première phrase interdit la référence au sexe, qu'il soit féminin ou masculin comme base de différenciation, alors que la seconde devrait *a priori* permettre de favoriser les femmes de façon à corriger leur inégalité matérielle et donc dans certains cas de violer l'interdiction formelle de discriminer sur la base du sexe.

Il semble donc y avoir deux incompatibilités ici : d'une part, l'incompatibilité entre *égalité formelle et égalité matérielle* et, d'autre part, l'incompatibilité entre *égalité formelle et égalité matérielle de résultat*.

⁷ Cf. E. GRISEL, *Egalité des sexes et quotas de représentation* in B. Ehrenzeller et alii (éd.), *Der Verfassungsstaat vor neuen Herausforderungen, Festschrift für Yvo Hangartner*, St Gall 1998, p. 539 s.

La première incompatibilité peut être aisément résolue. Une lecture stricte de l'art. 8 al. 3 phr. 1 Cst. n'est en effet pas justifiable. En dépit de la garantie de l'égalité de droit, hommes et femmes ne disposent pas en pratique des mêmes chances d'utiliser leurs droits. L'égalité de droit entre hommes et femmes ne peut donc en quelque sorte devenir véritablement complète qu'à partir du moment où les obstacles pratiques à son usage sont écartés⁸. Cette interprétation est d'ailleurs confirmée par la jurisprudence du Tribunal fédéral.

La deuxième incompatibilité est plus délicate, puisqu'elle tente de façon artificielle de distinguer les mesures positives qui promeuvent l'égalité des chances sans violer l'égalité formelle, des mesures positives qui promeuvent l'égalité de résultat au prix d'une violation de l'égalité formelle et de l'interdiction de discriminer. Heureusement, une décision récente du Tribunal fédéral a permis d'enterrer la fausse distinction qu'il avait entretenue précédemment entre égalité des chances formelle et égalité des chances matérielle, ainsi que le mythe selon lequel le mandat d'égalité matérielle de l'art. 8 al. 3 phr. 2 Cst. ne vise qu'à réaliser l'égalité des chances et non l'égalité de résultat⁹. Désormais, le Tribunal fédéral reconnaît que l'égalité matérielle, et donc l'égalité des chances, ne peuvent être réalisées sans considération aucune pour les résultats et les indicateurs en pratique de l'existence d'une inégalité dans les faits¹⁰.

B. La loi fédérale sur l'égalité entre hommes et femmes : l'art. 3 al. 3 LEg

Une autre base légale potentielle pour l'adoption de mesures positives est l'art. 3 al. 3 de la Loi fédérale du 24 mars 1995 sur l'égalité entre hommes et femmes (= LEg, Loi sur l'égalité, RS 151.1).

C'est en effet dans le cadre de la réalisation du mandat d'égalité matérielle de l'art. 8 al. 3 phr. 2 Cst. que la Loi sur l'égalité est entrée en vigueur en 1996. De plus, l'art. 3 al. 3 LEg établit expressément que les mesures positives destinées à promouvoir l'égalité matérielle entre hommes et femmes ne sont pas discriminatoires.

8 Cf. C. TOBLER, *Frauenförderung durch Quoten und Rechtsgleichheit der Geschlechter, oder : 'Es ist zum Besten der Gesellschaft, wenn die Wertauffassungen der Frauen und ihr Gerechtigkeits-sinn Teil der Politik werden'* in *recht* 3/1998 p. 100 ss, 111 ; L. GIANFORMAGGIO, *Equalanza formale e sostanziale. Il grande equivoco* in *Il Foro Italiano* 1996 p. 1961 ss, 1974 ; U. SACKOFKY, *Die verfassungsrechtliche Beurteilung von Quotenregelungen* in K. Arioli (éd.), *Quoten und Gleichstellung von Mann und Frau*, Bâle/Francfort-sur-le-Main 1996, p. 23 ss, 27.

9 Cf. EPINEY/REFAIL, *Chancengleichheit, ein teilbarer Begriff ?* in *PJA* 3/1996 p. 183 ss, 186.

10 ATF 125 I 21, 25 / rés. JdT 2000 I 343.

Il faut noter toutefois que l'exception de l'art. 3 al. 3 LÉg ne s'applique qu'aux *relations de travail* de droit privé ou public. De plus, même si elle rend les mesures positives *a priori* compatibles avec l'art. 8 al. 3 Cst., elle ne les rend *pas automatiquement constitutionnelles*¹¹. En ce sens, il ne s'agit pas vraiment d'une base légale au sens strict.

C. Les obligations de droit international et européen

La Suisse a de nombreux engagements de *droit international* qui trouvent application en matière d'égalité des sexes. Ces engagements encouragent aussi la prise de mesures de promotion de l'égalité des femmes dans les faits. La difficulté avec ces garanties, cependant, est qu'elles ne sont pour la plupart que d'ordre programmatique ou qu'elles manquent d'indépendance.

Tel n'est pas le cas du *droit européen*. Il ne lie pas officiellement et directement les autorités suisses, mais celles-ci ont pourtant toujours veillé à assurer un développement du droit suisse qui soit le plus eurocompatible possible.

Ainsi, la jurisprudence du Tribunal fédéral en matière de quotas politiques a-t-elle suivi, une première fois, la jurisprudence de la Cour européenne de justice en matière de quotas à l'embauche et notamment la décision *Kalanke*¹² et, une seconde fois, son revirement dans l'affaire *Marschall*¹³. On peut donc s'attendre à ce que, dans le futur, la jurisprudence fédérale suive la position généralement ouverte de la Cour européenne de justice en matière de quotas dans d'autres domaines aussi.

D. Une base légale dans la Constitution cantonale ?

Etant donné l'absence de base légale *expresse* pour l'adoption de mesures positives en droit fédéral et le rôle *indirect* du droit international et européen en la matière, le droit cantonal, et notamment la Constitution cantonale peuvent jouer un rôle clé dans ce domaine. Ce rôle passe notamment par la création d'un mandat constitutionnel enjoignant les législateurs communaux et cantonal d'adopter des mesures positives afin de promouvoir l'égalité dans les faits des femmes dans les domaines de la famille, de la formation, du travail, de l'accès à la fonction publique et en politique, et notamment d'établir des quotas si nécessaire.

11 Cf. L. MADER, Das Gleichstellungsgesetz-Entstehung, Ziele und Instrumente in Schwander/Schaffhauser (éd.), *Das Bundesgesetz über die Gleichstellung von Frauen und Männer*, St Gall 1996, p. 10 ss, 26.

12 Décision C-450/93, *Kalanke c. Freie Hansestadt Bremen*, Rec. 1995 I p. 3051. Cf. ATF 123 I 152 / JdT 1999 I 282.

13 Décision C-409/95, *Helmut Marschall c. Land Nordrhein-Westfalen*, Rec. 1997 I p. 6363. Cette décision a depuis été confirmée à plusieurs reprises : Décision C-158/97 *Badeck*, Rec. 2000 I p. 1875 et Décision C-407/98 *Abrahamsson et Anderson*, Rec. 2000 I p. 5562. Cf. ATF 125 I 21 / rés. JdT 2002 I 343.

L'*autonomie constitutionnelle* des cantons est un aspect essentiel de la souveraineté que la Constitution fédérale leur reconnaît. Elle signifie en bref que les cantons sont en principe libres de s'organiser comme ils l'entendent formellement, mais aussi matériellement. Les garanties cantonales en la matière peuvent même exercer une influence propre dans la mesure où leur *champ d'application est plus étendu que celui des garanties fédérales*¹⁴. Donc *a priori* rien n'empêche un canton d'offrir une protection plus étendue de l'égalité que celle de la Constitution fédérale.

En fait, par le passé, ce sont les cantons qui ont toujours fait office de pionniers en matière de droits fondamentaux. On parle d'ailleurs à cet égard de *laboratoires constitutionnels* cantonaux¹⁵. Ainsi, c'est sous l'influence de certains cantons que le principe de l'égalité entre hommes et femmes a été inséré dans la Constitution fédérale en 1981. De même, c'est grâce aux cantons de Soleure et d'Uri que le Tribunal fédéral a pu se prononcer récemment sur la constitutionnalité des quotas de sièges et de listes en politique¹⁶.

De plus, indépendamment de la liberté des cantons d'adopter une protection constitutionnelle de l'égalité supérieure au droit fédéral, le mandat d'égalité matérielle de l'art. 8 al. 3 phr. 2 Cst. est aussi et surtout un *mandat au législateur cantonal* et par conséquent au constituant cantonal. Seules des mesures législatives prises à tous les niveaux de la structure et des compétences fédérales, cantonales et communales pourront pallier les importantes inégalités matérielles entre hommes et femmes¹⁷. De fait, le mandat constitutionnel fédéral est lui-même *impératif*. L'inactivité du législateur cantonal peut donc être sanctionnée judiciairement en tant que violation de l'art. 8 al. 3 phr. 1 Cst. Il est donc bien plus qu'important que la nouvelle Constitution cantonale donne elle-même un *mandat impératif aux législateurs communaux et cantonal de pourvoir à l'égalité de fait*.

Même si les mesures positives trouvent une base légale implicite en droit fédéral et peuvent à l'avenir en trouver une autre plus explicite dans la Constitution cantonale fribourgeoise, les détails de la mise en œuvre de ce mandat constitutionnel cantonal demeurent à régler. Il faut en effet encore examiner *quelles formes ces mesures positives pourraient prendre et dans quels domaines elles pourraient trouver application*.

La réponse à cette question dépend *de la constitutionnalité de ces mesures*. L'autonomie constitutionnelle des cantons n'est en effet pas absolue. Les can-

14 ATF 119 Ia 53, 55 / JdT 1995 I 305.

15 Cf. A. AUER, Les constitutions cantonales : une source négligée du droit constitutionnel suisse in ZBl. 1990 p. 14 ss ; V. MARTENET, *L'autonomie constitutionnelle des cantons*, Bâle/Genève 1999.

16 Cf. ATF 123 I 152 / JdT 1999 I 282 ; 125 I 21 / rés. JdT 2000 I 343.

17 Cf. AUER/MARTENET, Les quotas, la démocratie et le fédéralisme in SJ 35/1997 p. 629 ss, 635.

tons doivent respecter l'ensemble des droits fondamentaux garantis par la Constitution fédérale. Il s'agit notamment d'une des conditions à l'octroi de la garantie fédérale à la nouvelle Constitution cantonale (art. 172 al. 2 Cst.).

III. LA CONSTITUTIONNALITE DES MESURES POSITIVES EN DROIT SUISSE

A. En général

La question qu'il reste donc à examiner est celle de la compatibilité des mesures positives avec le reste du droit constitutionnel suisse et notamment l'interdiction de discriminer sur la base du sexe de l'art. 8 al. 3 phr. 1 Cst. et la liberté de vote de l'art. 34 al. 2 Cst.

En cas de conflit de droits fondamentaux dans la Constitution, une des conséquence du *principe de la concordance* est la suivante : même si elle a une base légale, une mesure qui restreint d'autres droits fondamentaux se doit d'être *proportionnée* au but visé en ce qu'elle doit être apte à l'atteindre, être nécessaire pour atteindre ce but et être la mesure la moins restrictive pour ce faire.

La proportionnalité, et par conséquent la constitutionnalité d'une mesure positive dépendent évidemment *de son champ d'application et de sa nature concrète*. Pour des raisons de place, j'ai choisi de ne traiter ici que de la constitutionnalité des mesures positives dans la *fonction publique* et en *politique*. Cela n'exclut pas bien sûr que d'autres mesures puissent être prises dans d'autres domaines de compétence cantonale. La promotion de l'égalité de fait est en effet un projet complexe qui combine différentes formes de mesures positives ; les mesures positives visant à réaliser une égalité de résultat ne peuvent atteindre leur but sans l'adoption de mesures positives en amont qui assurent l'égalité des chances dans l'éducation, l'aménagement des horaires de travail et la vie de famille, et ces dernières ne peuvent atteindre leur but final sans les premières.

B. Les mesures positives dans la fonction publique

1. Généralités

En dépit du rôle exemplaire que l'administration est appelée à jouer, la position des femmes dans la fonction publique reste malheureusement encore marquée par une profonde inégalité dans les faits.

Depuis quelques années déjà, de nombreuses mesures ont été prises afin d'améliorer la situation aussi bien au sein des administrations cantonales que

fédérale. Il demeure cependant qu'aucune de ces mesures n'a suffi à réaliser l'égalité de fait entre hommes et femmes dans la fonction publique.

On peut se demander dès lors s'il ne faudrait pas adopter des *quotas de résultat flexibles* sur le modèle de ce qui se fait en Allemagne et en Suède notamment. Dans ces pays, des quotas de femmes s'appliquent lors de nouveaux engagements dans l'administration. Ils sont flexibles dans la mesure où ils ne s'appliquent qu'à compétences égales des candidats. Il convient d'examiner ici si de tels quotas sont constitutionnels en droit suisse et, plus précisément, s'ils remplissent les trois conditions nécessaires à établir leur proportionnalité.

2. *L'aptitude à atteindre le but visé*

Les quotas de femmes, qu'ils soient décisionnels ou de résultat, sont toujours aptes à atteindre le but visé. Ils imposent en effet un certain nombre de femmes et assurent par conséquent une meilleure représentation des femmes dans l'administration publique.

L'objection que l'on fait souvent à ces quotas est cependant que, d'une part, l'on ne trouve pas suffisamment de femmes qui souhaitent occuper les postes vacants et que, d'autre part, en privilégiant le sexe sur la compétence, les femmes perdent confiance en leurs capacités. Ces deux objections n'affectent en rien la validité des quotas *flexibles* qui permettent de prendre en compte les qualités des candidats et ne donnent la priorité à une femme qu'à compétences égales avec les autres candidats. Par contre, les quotas *rigides* sont clairement mis en cause par cet argument.

Pourtant, même si à première vue les quotas de résultat flexibles semblent plus aptes à atteindre le but visé, leur efficacité n'est pas sans failles. En effet, d'une part, la notion de qualifications égales n'est pas claire et, d'autre part, la prise en compte des circonstances personnelles particulières des candidats n'est pas à l'abri des stéréotypes¹⁸.

Tout d'abord, la référence à l'*égalité des compétences* n'est pas des plus claires. Elle ouvre la porte à d'éventuels abus d'appréciation. Il serait par conséquent préférable de nuancer le principe de priorité des femmes à qualifications égales. Par exemple, seules les qualifications concrètement exigées par la position en cause doivent être prises en compte.

Ensuite, ce qu'on appelle les « *clauses d'exception* » (« *saving clauses* », « *Öffnungsklauseln* »), c'est-à-dire les clauses de prise en compte de toutes les circonstances personnelles spéciales des candidats, servent certes à faire en sorte qu'un candidat masculin méritant ne soit pas automatiquement éliminé au

¹⁸ Cf. K. ARIOLI, *Sind Quoten wirksame Mittel zur Frauenförderung ? : Stand der Diskussion in der Schweiz in Frauen im Recht*, Berne 2000, p. 61 ss, 70 ss.

profit d'une femme de qualifications égales. Cependant, elles peuvent aussi entériner des stéréotypes liés à la répartition traditionnelle des rôles entre hommes et femmes. Il faudrait, par exemple, éviter de se référer à l'âge, aux années de service ou encore à l'état civil d'un candidat.

Ainsi révisés, les quotas de résultat flexibles à l'embauche sont aptes à atteindre le but visé.

3. *La nécessité*

Parmi toutes les mesures positives prises dans le domaine public, de nombreuses alternatives aux quotas, moins restrictives, ont été proposées par le passé. Les statistiques démontrent toutefois que ces mesures ne suffisent pas à atteindre le but visé, c'est-à-dire la parité des hommes et des femmes en pratique, du moins dans des délais raisonnables.

Il est donc nécessaire de recourir à une forme plus restrictive de mesures positives. Il pourrait s'agir notamment des quotas de résultat flexibles mentionnés à la section précédente.

4. *La proportionnalité au sens strict*

Pour passer le test de proportionnalité au sens strict, les quotas doivent ne pas totalement vider de sens le principe de l'égalité entre les sexes de l'art. 8 al. 3 phr. 1 Cst., et ainsi constituer le moyen le moins restrictif possible d'atteindre le but visé.

Il s'ensuit par conséquent que des quotas de résultat flexibles qui laissent une marge d'appréciation de la compétence des candidats aux autorités de nomination, en ne recommandant la priorité des candidates féminines qu'à compétences égales, ne sont pas trop restrictifs de l'égalité entre les sexes. Des hommes de compétence supérieure peuvent encore être engagés.

C'est aussi ce que considère la Cour européenne de justice. La jurisprudence européenne, qui avait commencé par être critique de la politique allemande des quotas de résultat dans l'administration publique, a depuis nuancé sa position en admettant la compatibilité des quotas de résultat avec le principe de l'égalité formelle pour autant qu'ils soient flexibles, ne s'appliquent qu'à qualités égales et que les circonstances spéciales des candidats puissent être prises en compte¹⁹. Etant donné la réceptivité du Tribunal fédéral par rapport à la jurisprudence européenne, on peut espérer qu'il suivra la position européenne en matière de quotas d'embauche dans l'administration publique.

¹⁹ Cf. les décisions susmentionnées dans les affaires *Marschall*, *Badeck* et *Abrahamsson*.

C. Les mesures positives en politique

1. Généralités

En dépit de la garantie constitutionnelle de leur égalité politique et de leur éligibilité de principe, les femmes demeurent sous-représentées au sein des autorités politiques suisses. La source de ce problème est double : d'une part, les candidates sont moins nombreuses que les candidats sur les listes électorales et, d'autre part, même lorsqu'elles y figurent en nombre égal, les candidates ont moins de chance d'être élues que les candidats.

Afin d'y remédier, de nombreux milieux réclament depuis une dizaine d'années l'adoption de mesures positives et en particulier l'adoption de *quotas de listes ou de sièges*.

La discussion a atteint son paroxysme en mars 2000 lorsque l'initiative des quotas a été rejetée par 82% des votants. L'initiative demandait, afin d'assurer une représentation équitable des femmes au sein des autorités fédérales, qu'un amendement constitutionnel impose un quota de sièges de 50%. Aussi bien le Conseil fédéral que le Parlement ont recommandé au peuple de rejeter l'initiative pour motif d'inconstitutionnalité²⁰ ; d'après eux, les quotas de sièges sont trop rigides et enfreignent l'interdiction formelle de discriminer en vertu du sexe et la liberté de vote.

On peut regretter que les autorités fédérales n'aient pas présenté de contre-projet contenant des quotas plus flexibles. Cela aurait pu se faire notamment sur le modèle des quotas de listes que proposait le Conseil national²¹.

En fait, la majorité de la doctrine et la jurisprudence du Tribunal fédéral admettent désormais que certains quotas politiques sont constitutionnels et compatibles avec le principe d'égalité des sexes et la liberté de vote. Le Tribunal fédéral a eu l'occasion, à deux reprises, d'examiner la constitutionnalité de quotas politiques proposés dans les cantons de Soleure et Uri.

Dans son premier arrêt, l'*arrêt soleurois*, le Tribunal a considéré que les quotas de sièges étaient trop rigides. Ils violaient le principe d'égalité des sexes de l'art. 8 al. 3 phr. 1 Cst. et la liberté de vote²².

Dans son second arrêt, l'*arrêt uranais*, le Tribunal a réagi à la critique de la doctrine majoritaire²³ et nuancé sa position²⁴. Il considère désormais que les

20 FF 1997 III 489 ; FF 1999 V 4656.

21 FF 1998 4157.

22 ATF 123 I 152 / JdT 1999 I 282.

23 Cf. BUSER/POLEDNA, Politische Quoten auf dem Schaffott-Reflexionen zum Bundesgerichtsurteil zur 'Solothurner Quoteninitiative' in PJA 12/1997 p. 981 ss, 988 ; A. EPINEY, Chancengleichheit über das Ergebnis ? in PJA 6/1997 p. 1033 ss ; BESSON, (op. cit note 6) ;

quotas de sièges sont proportionnés et constitutionnels dans le cadre d'élections indirectes, alors qu'ils ne le sont pas dans le cadre d'élections directes. Dans ce dernier cas, cependant, des quotas de listes peuvent être considérés comme constitutionnels.

Il est donc tout à fait opportun de réexaminer ici la constitutionnalité et la proportionnalité d'éventuels quotas politiques de droit cantonal sous l'angle de l'égalité des sexes et de la liberté de vote.

2. *L'aptitude à atteindre le but visé*

Les quotas de sièges et les quotas de listes sont aptes à atteindre le but visé, c'est-à-dire une représentation plus équitable des femmes en politique. Cette vision est aussi celle de la majorité de la doctrine et du Tribunal fédéral.

Il demeure bien sûr que les quotas doivent être adaptés aux *spécificités de chaque autorité* à laquelle ils s'appliquent. Ainsi, les sièges d'un tribunal, d'une commission d'experts ou d'un parlement ne peuvent pas être partagés entre hommes et femmes de la même manière.

3. *La nécessité*

Parmi toutes les mesures positives, différentes alternatives aux quotas politiques, moins restrictives, ont été proposées par le passé. Il s'agit notamment d'encouragements financiers aux partis politiques de façon à ce qu'ils adoptent des mesures de promotion de la femme au sein de la structure du parti, de la hausse des primes des parlementaires qui ont des gardes d'enfant à payer ou de la mise sur pied de gardes parascolaires ou de crèches.

Ces mesures sont certes moins restrictives que d'autres, mais les faits démontrent qu'elles ne suffisent pas à atteindre le but visé, c'est-à-dire la parité des hommes et des femmes en politique. D'autres mesures plus fortes sont donc nécessaires.

Il faut noter, en outre, que la solution du « laisser faire » et la confiance aveugle faite aux mesures prises indépendamment par les partis revient à laisser l'avenir des femmes en politique à la libre concurrence d'organes indépendants de l'Etat. Dans les faits, laisser aux partis l'initiative des mesures positives à prendre a dans le passé conduit au positionnement alibi de certaines femmes au sein de la structure des partis²⁵. Par ailleurs, monnayer l'avenir des femmes au sein des partis par des mesures incitatives d'ordre financier est fondamentale-

J. WYTENBACH, *Geschlechterquoten in der Politik: eine Herausforderung für die Demokratie ? in Frauenfragen* 1.2000 p. 43 ss.

24 ATF 125 I 21 / rés. JdT 2002 I 343.

25 Cf. *Les femmes fribourgeoises face à la politique*, Publication du Bureau et Commission de l'égalité hommes-femmes et de la famille du Canton de Fribourg, Résumé, Fribourg 1998, p. 14.

ment contraire à la dignité des femmes. Mieux vaut à ce moment-là établir une obligation constitutionnelle de parité au sein des listes électorales sous menace de réduction du financement des partis dans le cas où cette obligation n'est pas respectée, sur l'exemple de ce qui se fait en France²⁶.

Cette opinion est partagée par la doctrine majoritaire. C'est aussi ce que considère le Tribunal fédéral, qui juge que les quotas sont des mesures somme toute assez douces et peu restrictives de l'égalité des sexes au vu du but à atteindre. Cette ouverture aux quotas en général doit cependant être qualifiée. Selon le Tribunal fédéral, en effet, il est dans tous les cas plus adéquat, afin d'atteindre le but visé, de laisser suffisamment de marge d'appréciation aux électeurs.

Cette dernière condition est aisément remplie par un quota décisionnel comme un *quota de listes*. Elle peut cependant aussi l'être par un *quota de sièges flexible* qui ne donne la priorité aux candidates féminines qu'à qualités égales. Il y a en effet deux problèmes avec les quotas de listes.

Premièrement, ils ne s'attaquent pas à la racine du problème. La source de la sous-représentation des femmes en politique se situe *au cœur du vote* : les candidates féminines ne reçoivent pas autant de votes que leurs concurrents masculins. Lors des élections parlementaires fédérales de 1999, les femmes avaient en moyenne de deux à quatre fois moins de chances d'être élues que leurs concurrents de liste masculins selon les partis²⁷. A Fribourg, le taux d'éligibilité des femmes aux dernières élections législatives était en moyenne de 1,5²⁸.

Deuxièmement, le problème dépasse le *champ d'influence des partis*. Dès lors, il est injuste de leur faire supporter tout le poids de la mise en œuvre de l'égalité matérielle entre hommes et femmes en leur imposant des quotas de listes²⁹.

Il s'ensuit que les quotas de listes ne suffisent pas à eux seuls pour atteindre le but visé et que l'adoption *additionnelle* de quotas de sièges flexibles est nécessaire.

4. *La proportionnalité au sens strict*

Pour passer le test de proportionnalité au sens strict, les quotas politiques ne doivent totalement vider de sens ni le principe de l'égalité entre les sexes ni la

26 Art. 15 de la Loi n° 2000-493 du 6 juin 2000 tendant à favoriser l'égal accès des femmes et des hommes aux mandats électoraux et fonctions électives.

27 Cf. SEITZ (op. cit. note 3), p. 15 ss.

28 Cf. *Les femmes fribourgeoises face à la politique*, Publication du Bureau et Commission de l'égalité hommes-femmes et de la famille du Canton de Fribourg, Résumé, Fribourg 1998, p. 14, 18 ss.

29 Cf. ARIOLI (op. cit. note 18), p. 73.

liberté de vote. En d'autres termes, ils doivent constituer le moyen le moins restrictif possible d'atteindre le but visé.

Quant à l'*égalité entre les sexes*, tout d'abord, les mesures positives ne doivent pas exclure totalement l'accès des hommes à la politique.

A cette fin, le Tribunal fédéral a proposé que des mesures de transition soient prises afin de réaliser la parité graduellement. Une des formes que pourrait prendre cette transition est de ne proposer qu'un quota de sièges d'un tiers pour commencer. Cette proposition était notamment celle du Conseil national au moment du vote sur l'initiative des quotas. Même si cette solution a le mérite du compromis, elle en comporte aussi les risques. Elle permet qu'on exige que la moitié de la population ne soit représentée que par un tiers des élus. Au nom de l'égalité, on en vient donc paradoxalement à la parodier.

Quant à la *liberté de vote*, ensuite, le choix des électeurs ne doit pas être privé de tout sens.

D'aucuns ont par conséquent proposé qu'on admette certes des quotas électoraux, mais qu'on les limite à des quotas de listes afin de préserver la liberté de choix des électeurs. Cette position, qui est aussi celle du Tribunal fédéral, est critiquée par la majorité de la doctrine. Le problème avec cette manière de voir est le suivant : les quotas de sièges sont assimilables à d'autres exceptions faites à la liberté de vote et qui tiennent au système de représentation proportionnelle suisse en fonction de critères *personnels* comme l'appartenance à un parti ou un groupe linguistique ou *territoriaux* comme la domiciliation dans une région. Les quotas constituent un instrument politique éprouvé et bien connu en Suisse et à Fribourg. On ne voit donc pas pourquoi les quotas de femmes devraient être considérés dans tous les cas comme une exception inconstitutionnelle à la liberté de vote.

CONCLUSION

Suite au rejet des quotas politiques par le peuple suisse en mars 2000 et au vu de l'absence d'autres projets en la matière sur le plan fédéral, le futur des mesures positives en droit suisse repose désormais sur les épaules des cantons. Comme en témoignent les débats qui entourent la révision actuelle de certaines constitutions cantonales et les initiatives soleuroise et uranaise, les mesures positives ont tout à gagner d'initiatives cantonales dans ce domaine.

Concrètement, la nouvelle Constitution fribourgeoise pourrait donc être amenée à jouer le traditionnel rôle de laboratoire constitutionnel, dans lequel de nouvelles mesures positives pourraient être élaborées puis garanties. L'expérience constitutionnelle cantonale pourrait ensuite idéalement susciter assez d'enthousiasme et de conviction au sein des partis pour relancer une autre initiative en la matière au niveau fédéral.

Il est vrai que toute disposition de la nouvelle Constitution qui va plus loin que le droit fédéral doit être soumise à un strict examen de constitutionnalité avant l'octroi de la garantie fédérale par l'Assemblée fédérale. De plus, les mesures cantonales de mise en œuvre du mandat de l'égalité matérielle de l'art. 8 al. 3 phr. 2 Cst. peuvent être soumises au contrôle de constitutionnalité du Tribunal fédéral.

Pourtant, comme cet article a cherché à le démontrer, la situation juridique est plus que favorable à ce genre d'initiatives cantonales. Si l'on compare la Suisse à la France, qui en dépit de son système universaliste a adopté le système des quotas de listes, les mesures positives, et les quotas de résultat flexibles en particulier, sont non seulement nécessaires en Suisse, mais ils correspondent parfaitement à notre système de représentation proportionnelle et de protection des minorités.

On peut espérer par conséquent que, d'une part, les autorités fédérales sauront à l'avenir respecter davantage l'autonomie constitutionnelle des cantons et que, d'autre part, le canton de Fribourg saura faire un usage de cette autonomie qui soit à la hauteur des initiatives constitutionnelles prises dans d'autres cantons par le passé.

POLITISCHE RECHTE DER AUSLÄNDER UND AUSLANDSCHWEIZER DROITS POLITIQUES DES ETRANGERS ET DES SUISES DE L'ETRANGER

Tarkan Göksu *

Lic. iur., juristischer Berater des Verfassungsrats

Pierre Scyboz *

Avocat, conseiller juridique de la Constituante

INTRODUCTION

Les abonnés à la Feuille fédérale et au Recueil officiel ont chaque semaine entre les mains la preuve que les initiateurs de la présente publication ont raison : le droit est incontestablement en mouvement. Un mouvement qui ne cesse de s'accélérer et s'étend à l'ensemble des domaines du droit. Les constitutions, vénérables clefs de voûte de nos ordres juridiques, souvent issues du XIX^e siècle, ne sont pas épargnées : le constituant fédéral s'est donné une nouvelle loi fondamentale le 18 avril 1999 et l'on ne compte plus les cantons qui se lancent dans une procédure de révision totale ¹.

Parmi les très nombreux sujets discutés lors de la révision totale d'une constitution cantonale, nous en avons choisi deux : les droits politiques des étrangers en Suisse (I) et ceux des Suisses de l'étranger (II). Pour ces

* La première partie (I) a été préparée par Tarkan Göksu ; la seconde (II), par Pierre Scyboz. Les deux auteurs sont cependant solidairement responsables de l'ensemble du contenu de la présente contribution.

Les adresses Internet (URL) ont été vérifiées pour la dernière fois le 16 août 2002.

1 Sont actuellement en chantier les constitutions des cantons de Bâle-Ville (www.verfassungsrat-basel.ch), Fribourg (www.fr.ch/constituante), Lucerne, Vaud (www.constituante.vd.ch), Zurich (www.verfassungsrat.zh.ch) et des Grisons (www.gr.ch/verfassung/dt). Les cantons de Neuchâtel (minor3.ne.ch/publicationschancellerie/dossierspolitiques.asp) et de Saint-Gall (www.sg.ch/GRKV) ont depuis peu une nouvelle Constitution. Quant au peuple schaffhousois, il a refusé en 2001 le projet qui lui était soumis. Pour les révisions plus anciennes, A. CHABLAIS, Constitutions cantonales : Le point sur les révisions totales, LeGes 1999/1 67 ss ; U. BOLZ, Neuere Totalrevisionen von Kantonsverfassungen – Eine Bestandesaufnahme der Revisionsverfahren, LeGes 1992/2 55 ss ; ég. Message du 20 novembre 1996 relatif à une nouvelle constitution fédérale, FF 1997 I 1 ss, 53-64, qui complète le Rapport du 6 novembre 1985 sur la révision totale de la Constitution fédérale, FF 1985 III 1 ss, 28-39.

catégories de personnes, la question de l'octroi des droits politiques se pose dans des termes bien différents. Les deux sujets ont cependant en commun d'être sans doute les dernières étapes d'un autre mouvement du droit : la lente marche vers un suffrage véritablement universel ².

I. POLITISCHE RECHTE DER AUSLÄNDER

A. Allgemeines

1. Bedeutung der Demokratie

Jedes staatliche Gebilde braucht einen *Willensträger*, also ein Organ, das dem Willen dieses Staates Ausdruck geben kann. Dieses Organ befindet insbesondere darüber, welchen Rechten Personen unter seiner Herrschaft teilhaftig sein können und welche Pflichten sie haben. Aufgrund der ausserordentlich grossen Macht dieses Organs stellt sich in jedem staatlichen Gebilde die Frage, welchem Teil der mit diesem Staat irgendwie verbundenen Personen diese eminente Willensgebungsmacht zukommen soll: einer einzigen Person oder einer kleinen Gruppe von Personen, allen Männern oder einfach überhaupt allen? Je nach dem wird von Monarchie, Aristokratie oder Demokratie gesprochen, wobei die Grenzen zwischen Aristokratie und Demokratie begriffsbedingt fliessend sind ³.

² Sur le sujet, on peut notamment consulter Y. HANGARTNER, 1798-2000 und ? : Der lange Weg zum allgemeinen Stimmrecht, in *Mélanges Claudio Soliva*, Zurich 1994, 127 ss. L'auteur est assez réservé en ce qui concerne les Suisses de l'étranger et insiste sur le caractère prioritaire de l'intégration politique des étrangers vivant dans notre pays (op. cit., 127, 141 ss et 145 ; ég. IDEM, Das Stimmrecht der Auslandschweizer, in *De la Constitution – Etudes en l'honneur de Jean-François Aubert*, Bâle/Francfort-sur-le-Main 1996, 241 ss, 252 s.).

³ J.-F. AUBERT, *Traité de droit constitutionnel suisse*, Volume 2, Neuchâtel 1967, N 1044; M. KELLENBERGER, *Die Landsgemeinde der schweizerischen Kantone, Ein verfassungsgeschichtlicher Überblick seit 1900*, Diss. Zürich 1965, 2; vgl. auch G. SAUSER-HALL, *La nationalisation des étrangers en suisse*, Neuenburg 1914, 138; R. SCHMIDT, *Allgemeine Staatslehre*, I. Band: Die gemeinsamen Grundlagen des politischen Lebens, Leipzig 1901, 266 ff.

In einer *Demokratie* ist das « Volk » die massgebende Instanz im Staat ⁴. Das Volk bestimmt durch die Inanspruchnahme der ihm zur Verfügung gestellten Mittel den Staatswillen ⁵. In einer solchen Konzeption der staatlichen Ordnung findet der Staat letztlich seine einzig haltbare Rechtfertigung ⁶, denn alles staatliche Handeln beruht sodann auf dem Willen der Adressaten eben dieses staatlichen Handelns; es herrscht Identität von Regierenden und Regierten ⁷. Demokratie ist demnach Ausfluss der Überlegung, dass jede Person, welche den Zwängen eines Staates unterworfen ist, auch an deren Gestaltung teilnehmen können muss ⁸. Und die Legitimation des Staates ist umso grösser, je mehr Personen ihr Einverständnis zu seinem Handeln geben ⁹. *Wer ist nun aber dieses « Volk »* ¹⁰ ?

-
- 4 AUER/MALINVERNI/HOTTELIER, *Droit constitutionnel suisse*, Volume I: L'Etat, Bern 2000, N 561; E. VON WALDKIRCH, Die freie Bildung des Volkswillens, in *Die Freiheit des Bürgers im Recht*, Festgabe zur Hundertjahrfeier der Bundesverfassung, Zürich 1948, 117. Demokratie ist die « Herrschaft des Volkes » (vgl. AUER/MALINVERNI/HOTTELIER [op. cit.], N 560; R. BÄUMLIN, *Lebendige oder gebändigte Demokratie? Demokratisierung, Verfassung und Verfassungsrevision*, Basel 1978, 9; A. BREITENBACH, *Geschichte der Volksrechte im Kanton Freiburg*, Diss. Freiburg 1944, 18; E. GRISEL, *Les droits politiques des étrangers en Suisse*, in *Les étrangers en Suisse*, Lausanne 1982, 71; Y. HANGARTNER, *Grundsätzliche Fragen des Einbürgerungsrechts*, AJP 2001 95; P. HEUSSER, *Stimm- und Wahlrecht für Ausländerinnen und Ausländer*, Diss. Zürich 2001, 19; KELLENBERGER [op. cit. Fn. 3], 2; zu den Problemen der Bestimmung des Volksbegriffs vgl. R. RHINOW, *Grundprobleme der schweizerischen Demokratie*, ZSR 103 [1984] II 137 ff.; G. SARTORI, *Demokratiethorie*, Darmstadt 1992, 29; D. SCHINDLER, *Über die Bildung des Staatswillens in der Demokratie*, Habil. Zürich 1921, 24).
- 5 Vgl. FLEINER/GIACOMETTI, *Schweizerisches Bundesstaatsrecht*, Zürich 1978, 428.
- 6 HANGARTNER/KLEY, *Die demokratischen Rechte in Bund und Kantonen der Schweizerischen Eidgenossenschaft*, Zürich 2000, N 15. Vgl. auch J.-F. CAVIN, *Territorialité, nationalité et droits politiques*, Diss. Lausanne 1971, 40; T. FLEINER-GERSTER, *Allgemeine Staatslehre*, Berlin et al. 1995, § 16 N 13 und § 25 N 16 ff.; HANGARTNER (op. cit. Fn. 2 *in initio*), 142 f.; KELLENBERGER (op. cit. Fn. 3), 33; RHINOW (op. cit. Fn. 4), 187; SCHINDLER (op. cit. Fn. 4), 35; P. TSCHANNEN, *Stimmrecht und politische Verständigung*, Beiträge zu einem erneuerten Verständnis von direkter Demokratie, Habil. Bern 1994, N 9. Zur Rechtfertigung der Staatsgewalt durch diskursethisches Demokratieverständnis siehe J. P. MÜLLER, *Demokratische Gerechtigkeit*, Eine Studie zur Legitimität rechtlicher und politischer Ordnung, München 1993, 74 ff.
- 7 Vgl. etwa RHINOW (op. cit. Fn. 4), 170; SCHINDLER (op. cit. Fn. 4), 28; D. THÜRER, *Der politische Status der Ausländer in der Schweiz – Rechtsposition im Spannungsfeld zwischen politischer Rechtlosigkeit und Gleichberechtigung?*, in *Festschrift für Ulrich Häfelin zum 65. Geburtstag*, Zürich 1989, 197; TSCHANNEN (op. cit. Fn. 6), N 11; R. ZIPPELIUS, *Allgemeine Staatslehre*, München 1999, 129.
- 8 AUBERT (op. cit. Fn. 3), N 1047; IDEM, *La révision totale de la Constitution neuchâtoise*, RJN 1998 29; A. AUER, *Problèmes fondamentaux de la démocratie suisse*, ZSR 103 [1984] II 83; CAVIN (op. cit. Fn. 6), 39 f.; Y. HANGARTNER, *Ausländer und schweizerische Demokratie*, ZSR 93 [1974] 125; HANGARTNER (op. cit. Fn. 2 *in initio*), 127; HANGARTNER/KLEY (op. cit. Fn. 6), N 54; MAHON/PULVER, *Droits politiques des étrangers et constitutions cantonales: l'exemple de Neuchâtel*, RDAF 2001 225; ZIPPELIUS (op. cit. Fn. 7), 133.
- 9 AUBERT (op. cit. Fn. 3), N 1045.
- 10 Vgl. GRISEL (op. cit. Fn. 4), 72; vgl. auch W. LINDER, *Schweizerische Demokratie – Institutionen, Prozesse, Perspektiven*, Bern/Stuttgart/Wien 1999, 59; THÜRER (op. cit. Fn. 7), 184.

2. Staatsangehörigkeit als Anknüpfungsmerkmal

Bis 1971 gehörten zum « Volk » *Männer*, welche die schweizerische Staatsbürgerschaft besaßen, das 20. Lebensjahr zurückgelegt und Wohnsitz in der Schweiz hatten sowie nicht aufgrund besonderer Gründe vom Stimmrecht ausgeschlossen waren¹¹. Obwohl also weit mehr als die Hälfte der Menschen, welche der schweizerischen Herrschaftsgewalt unterworfen waren, nicht über den Inhalt dieser Herrschaftsgewalt bestimmen konnten¹², reichte es trotz Kenntnis um diesen Umstand aus, um die Schweiz als Demokratie zu bezeichnen¹³. Heute ist der Kreis des « Volkes » bedeutend weiter gezogen. Zum « Volk » im Sinne der staatswillensbildenden Gewalt gehören alle schweizerischen Staatsangehörigen, die das 18. Altersjahr zurückgelegt haben und nicht wegen Geisteskrankheit oder Geistesschwäche entmündigt sind (Art. 136 Abs. 1 BV).

Der demokratische « Volksbegriff » knüpft demnach in erster Linie an die *Staatsbürgerschaft* an¹⁴. Offensichtlich kann nicht jede Person, welche in noch so geringem Ausmass mit der staatlichen Herrschaft in Berührung kommt (z.B. ein Durchreisender)¹⁵, für sich in Anspruch nehmen, an der Gesetzgebung dieses Staates mitzuwirken¹⁶. Bereits aus Praktikabilitätsgründen kann daher nur zum « Volk » gehören, wer mit einer gewissen Dauerhaftigkeit und Intensität mit einem Staat verbunden ist. Diese geforderte Intensität der Bindung wird bei einem Anknüpfen an die Staatsbürgerschaft vermutet¹⁷. Entsprechend enthalten Bund und die grosse Mehrheit der Kantone den Ausländerinnen und Ausländern das Stimmrecht vor¹⁸. Diese Vermutung der Staatsverbundenheit kraft Staatsangehörigkeit wird der Sache indes in zweierlei Hinsicht nicht gerecht: bei im Ausland lebenden Staatsbürgern und im Inland lebenden Nichtstaatsbürgern¹⁹.

11 Siehe AS 1874-1875 22; dagegen AS 1971 326.

12 Unmittelbar vor der Einführung des Frauenstimmrechts waren gerade einmal 26 Prozent der schweizerischen Wohnbevölkerung stimmberechtigt (J.-F. AUBERT, *Traité de droit constitutionnel suisse*, supplément 1967-1982, Neuchâtel 1982, N 1071-1100).

13 KELLENBERGER (op. cit. Fn. 3), 2. Vgl. den gefährlichen Rechtfertigungsversuch bei VON WALDKIRCH (op. cit. Fn. 4), 119; vgl. einen weiteren missglückten Rechtfertigungsversuch bei KELLENBERGER (op. cit. Fn. 3), 34; ebenfalls unbefriedigend SCHINDLER (op. cit. Fn. 4), 28 und 63 f.

14 ZIPPELIUS (op. cit. Fn. 7), 81.

15 Vgl. auch P. MAHON, *La citoyenneté active en droit public suisse*, in Thürer/Aubert/Müller [Hrsg.], *Verfassungsrecht der Schweiz – Droit constitutionnel suisse*, Zürich 2001, § 20 N 32; SARTORI (op. cit. Fn. 4), 31.

16 Vgl. KELLENBERGER (op. cit. Fn. 3), 2 und 34.

17 Vgl. zu den Hintergründen THÜRER (op. cit. Fn. 7), 199 f.

18 MAHON (op. cit. Fn. 15), § 20 N 29.

19 Vgl. auch ZIPPELIUS (op. cit. Fn. 7), 73.

3. *Demokratie und Minderheiten*

Der durch Bürgerdemokratie geleitete Staat riskiert dann seine Legitimation zu verlieren, wenn von seiner Herrschaft Minderheiten betroffen sind, welchen keine²⁰ Möglichkeit der Teilhabe an der politischen Willensbildung zukommt²¹. Obwohl die demokratische Entscheidungsfindung gewissermassen we-sensgemäss²² auf dem Majoritätsprinzip fusst²³, darf die integrative Funktion der *Beteiligung der Minderheiten* an diesem Prozess nicht unterschätzt werden²⁴: Gerade durch den institutionalisierten Einbezug der Minderheiten in das staatliche Willensbildungsverfahren wird bereits aufgrund der Mitwirkungsmöglichkeit ein Beitrag zu ihrem Schutz geleistet²⁵. Demgegenüber gefährdet die Unterdrückung der Meinung der Minderheiten die Bezeichnung « Demokratie »²⁶ umso mehr, je grösser der Anteil dieser Minderheiten wird²⁷. Es erstaunt, dass gerade in der Schweiz, wo die demokratischen Parti-

-
- 20 Vgl. immerhin § 19 KV-TG, wonach Ausländerinnen und Ausländer nach Massgabe der Gesetzgebung in Gemeindeangelegenheiten beratend mitwirken können (vgl. dazu rechtsgeschichtlich M. DUTTWEILER, *Das Stimmrecht in der Schweiz, Systematische Darstellung des eidgenössischen und kantonalen Rechts*, Diss. Zürich 1907, 12 f.; zum sog. kommunalen Ausländerbeirat in den deutschen Ländern siehe M. WAGNER, *Der Ausländerbeirat*, Diss. Bonn 2000). Vgl. auch H. RITTSTIEG, *Wahlrecht für Ausländer, Verfassungsfragen der Teilnahme von Ausländern an den Wahlen in der Wohngemeinde*, Athenäum 1981, 20.
- 21 Denn zentraler Prüfstein des demokratischen Charakters einer politischen Gemeinschaft ist ihre Fähigkeit, mit Minderheiten förderlich umzugehen (MÜLLER [op. cit. Fn. 6], 20), und « [g]erade die Stellung der Minoritäten in Staat und Gesellschaft ist ein zuverlässiger Indikator, der anzeigt, ob und in welchem Ausmass demokratische Lebensformen vorhanden sind » (D. EGLIN, *Demokratie und Minderheiten, Unter besonderer Berücksichtigung der Demokratie als Lebensform, der materiellen Schranken von Verfassungsrecht und der Diskurstheorie*, Diss. Basel 1998, 133).
- 22 Zu den Schwächen der Mehrheitsregel vgl. etwa TSCHANNEN (op. cit. Fn. 6), N 324 ff.
- 23 ZIPPELIUS (op. cit. Fn. 7), 79; vgl. auch AUER/MALINVERNI/HOTTELIER (op. cit. Fn. 4), N 596; EGLIN (op. cit. Fn. 21), 188; FLEINER-GERSTER (op. cit. Fn. 6), § 25 N 4 ff.; KELLENBERGER (op. cit. Fn. 3), 5 und 35 ff.; MÜLLER (op. cit. Fn. 6), 149 ff.; RHINOW (op. cit. Fn. 4), 249 f.; SARTORI (op. cit. Fn. 4), 33; SCHINDLER (op. cit. Fn. 4), 68; TSCHANNEN (op. cit. Fn. 6), N 313 ff.
- 24 Vgl. D. BUSER, *Das Ausländerstimmrecht aus juristischer Sicht*, AJP 1995 406; MÜLLER (op. cit. Fn. 6), 155; P. UEBERSAX, *Betroffenheit als Anknüpfung für Partizipation, Herleitung eines Modells der Betroffenenbeteiligung mit besonderer Behandlung des Aspekts örtlicher Betroffenheit*, Diss. Basel 1990, 15.
- 25 UEBERSAX (op. cit. Fn. 24), 18; vgl. auch BUSER (op. cit. Fn. 24), 408, mit Hinweis auf Habermas' Diskursethik; zum Letzteren grundlegend EGLIN (op. cit. Fn. 21), 15 ff.; MÜLLER (op. cit. Fn. 6), 56 ff. Zur friedenserhaltenden Funktion der Demokratie vgl. M. ZAMBELLI, *La démocratie: principe universel et fondamental de l'ordre juridique international?*, AJP 2001 668 f.
- 26 « Die Mehrheit darf die Meinung der Minderheit nicht unterdrücken, sonst wird Demokratie tyrannischer als die Tyrannei » (FLEINER-GERSTER [op. cit. Fn. 6], § 10 N 47; vgl. ferner FLEINER-GERSTER [op. cit. Fn. 6], § 12 N 31; SARTORI [op. cit. Fn. 4], 139).
- 27 Vgl. BUSER (op. cit. Fn. 24), 407 f.; vgl. auch BERICHT DER EIDGENÖSSISCHEN KONSULTATIVKOMMISSION FÜR DAS AUSLÄNDERPROBLEM, *Die Stellung der Ausländer im politischen Leben der Schweiz*, ZBl 77 [1976] 274. A.M. H. QUARITSCH, *Staatsangehörigkeit und Wahlrecht*, DÖV (Die Öffentliche Verwaltung) 1983 9. Umgekehrt ist gerade in einer demo-

zipationsmöglichkeiten stark ausgebaut sind²⁸ und der Berücksichtigung der politischen Meinung der Minderheiten besondere Aufmerksamkeit geschenkt wird²⁹, der ausländischen Minderheit von fast zwanzig Prozent Bevölkerungsanteil (beinahe) umfassend die politischen Rechte verweigert wird, ihre Mitglieder den Gesetzen unterworfen und ihnen Pflichten überbunden werden, ohne ihnen die selbstverständliche Möglichkeit gegeben zu haben, sich dazu zu äussern³⁰. Der Hinweis auf die Einbürgerungsmöglichkeit verbrämt nur – jedenfalls in der gegenwärtigen Ausgestaltung des Einbürgerungsrechts – dieses Demokratiedefizit.

B. Rechtsgleichheit in der Demokratie

1. Allgemeines Stimmrecht

Im demokratischen Verfahren kommt dem Grundsatz der Rechtsgleichheit überragende Bedeutung zu³¹. Dass die Stimme jeder Person gleiches Gewicht hat (Grundsatz des gleichen Stimmrechts; « one man – one vote »)³² und dass

kratischen Ordnung die Durchsetzung der Minderheitenrechte gegen eine dezidiert feindlich gesinnte öffentliche Meinung besonders schwierig (E. NAGEL, *Minderheiten in der Demokratie, Politische Herausforderung und interreligiöser Dialog*, Stuttgart/Berlin/Köln 1998, 155), wie es etwa der mühsame Weg bis zum Frauenstimmrecht gezeigt hat.

28 Vgl. LUTZ/STROHMANN, *Wahl- und Abstimmungsrecht in den Kantonen*, Bern/Stuttgart/Wien 1998, 5; THÜRER (op. cit. Fn. 7), 184.

29 Zu denken ist insbesondere an das Erfordernis des Ständemehrs bei Verfassungsrevisionen (Art. 140 Abs. 1 lit. a und 195 BV), womit eine geografisch bestimmte Minderheit ihren Willen gegenüber demjenigen der Mehrheit durchsetzen kann (vgl. AUBERT [op. cit. Fn. 3], N 1068 f.; E. GRISEL *in* Kommentar der BV [Stand Mai 1995], N 7 zu Art. 74). Vgl. grundlegend T. FLEINER, *Die Stellung der Minderheiten im schweizerischen Staatsrecht, in* Menschenrechte – Föderalismus – Demokratie, Festschrift zum 70. Geburtstag von Werner Kägi, Zürich 1979, 115 ff.

30 Vgl. auch FLEINER-GERSTER (op. cit. Fn. 6), § 12 N 16. Den Nicht-Stimmberechtigten stehen zwar andere Partizipationsmöglichkeiten zur Verfügung (etwa in Wahrnehmung der politischen Freiheitsrechte [z.B. Meinungsäusserungs-, Versammlungs-, Vereinsfreiheit] oder des Petitionsrechts [vgl. HANGARTNER (op. cit. Fn. 8), 134 ff.; HEUSSER (op. cit. Fn. 4), 150 ff.; THÜRER (op. cit. Fn. 7), 185 ff.; UEBERSAX (op. cit. Fn. 24), 54 ff.; vgl. auch HÄFELIN/HALLER, *Schweizerisches Bundesstaatsrecht, Die neue Bundesverfassung*, Zürich 2001, N 483 und 902; vgl. ferner HEUSSER (op. cit. Fn. 4), 157 ff.]), doch müssen diese von der Möglichkeit der verbindlichen Entscheidungsfindung unterschieden werden (vgl. AUBERT [op. cit. Fn. 3], N 1049; TSCHANNEN [op. cit. Fn. 6], N 277). Schliesslich können Ausländerinnen und Ausländern diese Grundrechtspositionen auch leichter entzogen werden (CUENI/FLEURY, *Etrangers et droits politiques, L'exercice des droits politiques des étrangers dans les cantons de Neuchâtel et du Jura – Stimmberechtigte Ausländer*, Die Erfahrungen der Kantone Neuenburg und Jura, Bern 1994, 156 f.; HANGARTNER [op. cit. Fn. 8], 134; HEUSSER [op. cit. Fn. 4], 152 ff.; THÜRER [op. cit. Fn. 7], 192; BERICHT DER EIDGENÖSSISCHEN KONSULTATIVKOMMISSION FÜR DAS AUSLÄNDERPROBLEM [op. cit. Fn. 27], 277 f.; vgl. auch Art. 16 EMRK).

31 GRISEL (op. cit. Fn. 4), 72; vgl. auch MAHON (op. cit. Fn. 15), § 20 N 9.

32 Vgl. EGLIN (op. cit. Fn. 21), 67; GRISEL (op. cit. Fn. 29), N 7 zu Art. 74 BV; HANGARTNER/KLEY (op. cit. Fn. 6), N 30; SCHINDLER (op. cit. Fn. 4), 60.

überhaupt alle Personen über das Stimmrecht verfügen (Grundsatz des allgemeinen Stimmrechts)³³, sind *Kerninhalte der Demokratie*³⁴. Wie festgestellt, ist der Schritt von der Demokratie zur Aristokratie ein kleiner³⁵, und je mehr Personen vom Stimmrecht ausgeschlossen werden, desto näher rückt die Aristokratie; umgekehrt ist das allgemeine Stimmrecht verwirklicht, wenn alle Angehörigen einer Gemeinschaft die demokratischen Rechte ausüben dürfen³⁶. Entsprechend sorgfältig ist bei der Auswahl der vom Stimmrecht auszuschliessenden Personen zu verfahren. So darf aus Gründen des Geschlechts, der Rasse usw. vom Stimmrecht nicht ausgeschlossen werden³⁷, sehr wohl jedoch aufgrund der Staatsbürgerschaft. Die Verweigerung des Stimmrechts an Ausländerinnen und Ausländer stellt somit eine Ungleichbehandlung dar, die nicht un gerechtfertigt bleiben darf, wenn sich die Demokratie nicht in Widersprüche verwickeln soll³⁸.

2. *Rechtfertigung der Ungleichbehandlung in den politischen Rechten*

a. *Allgemeines*

Es gibt keinen Bereich staatlicher Tätigkeit, der vom *Rechtsgleichheitsgrundsatz* (Art. 8 BV) ausgenommen wäre³⁹, und auch Ausländerinnen und Ausländer können seine Verletzung geltend machen⁴⁰. Nach der geläufigen Formel des Bundesgerichts verlangt das Rechtsgleichheitsgebot, dass Gleiches nach Massgabe seiner Gleichheit gleich und Ungleiches nach Massgabe seiner Ungleichheit ungleich behandelt wird⁴¹. Eine Ungleichbehandlung ist demnach nur zulässig, wenn ein sachlicher, vernünftiger Grund eine rechtliche Unterscheidung erlaubt⁴². Der Rechtsgleichheitsgrundsatz verbietet demnach insbesondere auch den Kantonen, Ausschlussgründe vom Stimmrecht wegen tatsächlicher Unterschiede, welche für das Stimmrecht unerheblich sind, vorzuse-

33 Vgl. BREITENBACH (op. cit. Fn. 4), 22; HANGARTNER/KLEY (op. cit. Fn. 6), N 29; SCHINDLER (op. cit. Fn. 4), 56.

34 BUSER (op. cit. Fn. 24), 405; EGLIN (op. cit. Fn. 21), 65; SCHINDLER (op. cit. Fn. 4), 60.

35 Vgl. oben A, 1.

36 HANGARTNER (op. cit. Fn. 2 *in initio*), 127.

37 Vgl. etwa HANGARTNER/KLEY (op. cit. Fn. 6), N 29; LINDER (op. cit. Fn. 10), 59; S. WIDMER, Wahl- und Abstimmungsfreiheit, Diss. Zürich 1989, 84.

38 Vgl. BUSER (op. cit. Fn. 24), 405; HANGARTNER (op. cit. Fn. 8), 128.

39 HÄFELIN/HALLER (op. cit. Fn. 30), N 747; WIDMER (op. cit. Fn. 37), 83. Beachte, dass der Rechtsgleichheitsgrundsatz des Art. 4 aBV aus dem Anliegen der Gleichheit in den politischen Rechten entstanden ist (AUBERT [op. cit. Fn. 3], N 1784; FLEINER/GIACOMETTI [op. cit. Fn. 5], 404; HANGARTNER [op. cit. Fn. 8], 124; WIDMER [op. cit. Fn. 37], 84).

40 HÄFELIN/HALLER (op. cit. Fn. 30), N 748.

41 Statt vieler BGE 127 I 185, E. 5; 125 I 173, E. 6b; 124 II 193, E. 8d/aa.

42 HÄFELIN/HALLER (op. cit. Fn. 30), N 756. Vgl. für das Stimmrecht im Besonderen HANGARTNER/KLEY (op. cit. Fn. 6), N 29; MAHON/PULVER (op. cit. Fn. 8), 228; MAHON (op. cit. Fn. 15), § 20 N 32.

hen⁴³; umgekehrt wird der Rechtsgleichheitsgrundsatz nicht verletzt, wenn sachliche Gründe die Anknüpfung an die Staatsbürgerschaft als Teilnahmefordernis am politischen Geschehen gebieten⁴⁴.

b. *Ungerechtfertigte Anknüpfung an die Staatsbürgerschaft*

Der Grund für die Unterscheidung nach der Staatsbürgerschaft bei der Gewährung des Stimmrechts ist darin zu erblicken, dass zum politischen « Volk » aufgrund der Organqualität des Volkes nur gehören kann, wer eine *besondere Beziehung zum Staat* hat⁴⁵, und gerade die Staatsbürgerschaft Ausdruck dieser besonderen Beziehung sein soll⁴⁶.

Der angeführte Grund überzeugt dahingehend, dass die Gewährung der Volksrechte und die Beteiligung am politischen Geschehen von einer Verbundenheit besonderer Art zum Gemeinwesen abhängt. Tatsächlich erscheint es aus demokratischer Sicht unproblematisch, Personen nicht am politischen Meinungsbildungsprozess teilnehmen zu lassen, welche nicht einen dauerhaften und intensiven Bezug zur Herrschaft eines Staates haben⁴⁷. Indes ergibt sich diese Verbundenheit zum Staat *nicht zwingend aus der Nationalität*⁴⁸: Der Besitz der betreffenden Staatsbürgerschaft ist weder Gewähr für die politische Verbundenheit zu diesem Staat (zu denken ist an die Auslandschweizerinnen und -schweizer, insbesondere jene späterer Generationen)⁴⁹ noch Gewähr dafür, dass alle gleichermassen von einer staatlichen Herrschaft Betroffenen auch gleichermassen diese Staatsgewalt lenken können (zu denken ist an die Ausländerinnen und Ausländer). Daran ändert auch die Ansicht nichts, Ausländerinnen und Ausländer verfügten weder über die genügenden Kenntnisse der vorherrschenden Angelegenheiten noch über die notwendige Verbundenheit zur Eidgenossenschaft⁵⁰, wenn man bedenkt, dass in der Schweiz geborene und aufgewachsene Menschen, deren Kenntnisse und Verbundenheit zur Schweiz sich kaum von denjenigen der gleichaltrigen Mitbürger unterscheiden, nur gerade wegen ihrer Nationalität vom Stimmrecht ausgeschlossen werden⁵¹. Und überhaupt kann das berechtigte Interesse, dass Stimmberechtigte

43 A. SCHWINGRUBER, Das Stimmrecht in der Schweiz, Eine Untersuchung über das Stimmrecht als subjektives Recht, Mit besonderer Berücksichtigung der kantonalrechtlichen Ausschlussgründe, Diss. Freiburg 1978, 79.

44 HANGARTNER (op. cit. Fn. 8), 128; vgl. auch GRISEL (op. cit. Fn. 4), 72.

45 AUER/MALINVERNI/HOTTELIER (op. cit. Fn. 4), N 602; vgl. auch EGLIN (op. cit. Fn. 21), 67.

46 GRISEL (op. cit. Fn. 4), 74; MAHON/PULVER (op. cit. Fn. 8), 226; vgl. auch schon oben A, 2.

47 Vgl. auch HANGARTNER (op. cit. Fn. 8), 131; MAHON/PULVER (op. cit. Fn. 8), 229.

48 So auch MAHON/PULVER (op. cit. Fn. 8), 226. Vgl. ausgehend von einem anderen Ansatz, aber mit gleichem Ergebnis HANGARTNER (op. cit. Fn. 8), 130 f.

49 Vgl. auch AUBERT (op. cit. Fn. 12), N 1071-1100.

50 GRISEL (op. cit. Fn. 29), N 14 zu Art. 74 BV.

51 Vgl. auch SCHWINGRUBER (op. cit. Fn. 43), 48; TSCHANNEN (op. cit. Fn. 6), N 75.

über eine gewisse Verbundenheit zum betreffenden Staat aufweisen sollen, durch mildere Eingriffe in den Rechtsgleichheitsgrundsatz erreicht werden als durch das Anknüpfen an die Staatsbürgerschaft (z.B. durch die Gewährung des Stimmrechts nach einer Mindestaufenthaltsdauer), so dass der Ausschluss vom Stimmrecht aufgrund der Nationalität eine *unverhältnismässige Grundrechtseinschränkung* (vgl. Art. 36 Abs. 3 BV) darstellt⁵².

Durch das Anknüpfen an die Nationalität können also nicht alle von der Hoheitsgewalt massgeblich betroffenen Individuen in den demokratischen Prozess einbezogen werden. Die Unterscheidung nach der Staatsangehörigkeit ist daher *sachlich nicht zu rechtfertigen*⁵³, sondern lässt sich « nur politisch-historisch »⁵⁴ und emotional erklären⁵⁵, und stellt demnach eine unzulässige Verletzung des Rechtsgleichheitsgrundsatzes (Art. 8 Abs. 1 BV) dar. Die zahlreichen Gesetzgeber in der Schweiz täten also gut daran, diesen rechtswidrigen Zustand aufzuheben und nach tauglichen Mitteln bei der Verwirklichung ihrer demokratischen Ordnung (vgl. Art. 51 Abs. 1 BV) zu suchen, insbesondere in Anlehnung an das Territorialitätsprinzip⁵⁶.

Insofern *unterscheidet sich* aber das Kriterium der Staatsbürgerschaft *kaum noch von anderen willkürlichen Kriterien wie Geschlecht, Zivilstand, Beruf oder Vermögen*⁵⁷, nach welchen früher das Stimmrecht verteilt war und was heute als inakzeptabel erscheint⁵⁸. War dieses Kriterium der Staatsangehörigkeit bei der Entstehung der Nationalstaaten im 19. Jahrhundert noch geeignet, den Grossteil der von der Hoheitsgewalt betroffenen Bevölkerung zu erfassen, genügt sie den Anforderungen einer globalisierten, technologisierten und zunehmend mobilen Weltgesellschaft nicht mehr⁵⁹, so dass ein Festklammern an diesem Relikt bloss noch als ein Verharren in tradierten Vorstellungen verstan-

52 Vgl. auch MAHON/PULVER (op. cit. Fn. 8), 230. Vgl. ähnlich für das deutsche Recht auch RITTSTIEG (op. cit. Fn. 20), 53.

53 So im Ergebnis auch MAHON (op. cit. Fn. 15), § 20 N 32.

54 So ausdrücklich BERICHT DER EIDGENÖSSISCHEN KONSULTATIVKOMMISSION FÜR DAS AUSLÄNDERPROBLEM (op. cit. Fn. 27), 283 f.; vgl. auch BUSER (op. cit. Fn. 24), 407; GRISEL (op. cit. Fn. 4), 75; MAHON/PULVER (op. cit. Fn. 8), 227. « Die Verbindung von Staatsangehörigkeit und Wahlrecht muss sich jedoch auch heute noch aus den Sachen selbst rechtfertigen lassen. » (QUARITSCH [op. cit. Fn. 27], 8).

55 Vgl. auch TSCHANNEN (op. cit. Fn. 6), N 75. Ähnlich schon für das Frauenstimmrecht M. TRÜEB-MÜLLER, Das Aktivbürgerrecht der Frau, in Die Volksrechte, Einsiedeln/Köln 1948, 86.

56 Vgl. etwa MAHON (op. cit. Fn. 15), § 20 N 33; MAHON/PULVER (op. cit. Fn. 8), 226 f. Ausgehend von der Überlegung, dass in einer Demokratie diejenigen Personen am politischen Geschehen teilnehmen können, welche ihre Wirkungen verspüren, und diese Wirkungen im Wesentlichen territorial bestimmt sind (vgl. dazu CAVIN [op. cit. Fn. 6], 15 ff.), gewährte der neuburgische Verfassungsgeber den im Kanton wohnhaften Ausländerinnen und Ausländern das Stimmrecht (vgl. AUBERT [op. cit. Fn. 8], 29).

57 Vgl. HANGARTNER (op. cit. Fn. 2 in *initio*), 130 ff.; WIDMER (op. cit. Fn. 37), 84.

58 MAHON/PULVER (op. cit. Fn. 8), 230. Vgl. auch GRISEL (op. cit. Fn. 29), N 40 zu Art. 74 BV.

59 Vgl. AUBERT (op. cit. Fn. 8), 30; THÜRER (op. cit. Fn. 7), 194.

den werden kann. Insoweit lässt sich tatsächlich feststellen, dass der Volksbegriff sich in den letzten zweihundert Jahren gewandelt haben muss⁶⁰ und dringend einer Anpassung bedarf⁶¹. Die Meinung, dass nur Schweizerinnen und Schweizer an Wahlen und Abstimmungen teilnehmen können, ist daher alles andere als eine Selbstverständlichkeit⁶².

Diese Anknüpfung an die Staatsbürgerschaft ist denn auch nicht das einzig denkbare Demokratiemodell. Tatsächlich werden etwa die *Betroffenen-demokratie* (wonach am Staatshandeln alle teilnehmen können, welche vom betreffenden Akt betroffen sind)⁶³ oder die *Territorialdemokratie* (wonach am Staatshandeln alle teilnehmen können, welche innerhalb eines bestimmten Territoriums vom betreffenden Akt betroffen sind)⁶⁴ in einer Weltgesellschaft, in welcher sich die Träger des Produktionsfaktors Arbeit ungeachtet nationaler Grenzen dahin begeben (sollen), wo ihre Arbeitskraft am höchsten bewertet wird⁶⁵, dem Grundgedanken der Demokratie gerechter zu werden als die traditionelle Bürgerdemokratie⁶⁶. Dies gilt umso mehr, als das Staatsbürgerrecht durch den mühevollen Weg der Einbürgerung⁶⁷ erworben wer-

60 Vgl. auch QUARITSCH (op. cit. Fn. 27), 3; vgl. dagegen THÜRER (op. cit. Fn. 7), 197 f.

61 Vgl. dazu S. NIEDERMEYER-KRAUSS, Kommunalwahlrecht für Ausländer und Erleichterung der Einbürgerung, Integrationsmöglichkeiten für Ausländer aus verfassungs- und europarechtlicher Sicht, Diss. Würzburg 1989, 82 ff., m.w.H.

62 Die Verknüpfung zwischen Staatsbürgerschaft und politischen Rechten war im Übrigen auch vor den Demokratiebewegungen des 19. Jahrhunderts keine Selbstverständlichkeit (NIEDERMEYER-KRAUSS [op. cit. Fn. 61], 9 ff.; RITTSTIEG [op. cit. Fn. 20], 50 ff.); vgl. ferner rechtsvergleichend bzw. rechtsgeschichtlich zu Argentinien und zur ehemaligen Sowjetunion CAVIN (op. cit. Fn. 6), 71 ff. Vgl. dagegen FLEINER/GIACOMETTI (op. cit. Fn. 5), 431; SCHWINGRUBER (op. cit. Fn. 43), 46. Und überhaupt würde wohl eine rechtsgeschichtliche Untersuchung der Entstehungshintergründe der verbreiteten Verfassungsbestimmungen, welche dem Volk die uneingeschränkte Staatsgewalt einräumen (vgl. etwa Art. 1 Abs. 2 KV-NE; Art. 1 Abs. 2 KV-BE; Art. 2 KV-JU; Art. 1 Abs. 2 KV-FR), aufzeigen, dass die Verfassungsgeber sich damit nicht von Fremden abgrenzen, sondern vielmehr einen Gegensatz zu erst jüngst überwundenen vordemokratischen, monarchischen oder aristokratischen Strukturen statuieren wollten (vgl. für Deutschland RITTSTIEG [op. cit. Fn. 20], 60). Vgl. auch SAUSER-HALL (op. cit. Fn. 3), 138, welcher 1914 bemerkte: « Nous sommes, en droit, une démocratie; en fait, nous formons une vaste aristocratie. »

Hingewiesen sei schliesslich auf eine Strömung « junger Naturrechtler », welche ein einziges Kriterium für den Ausschluss vom Stimmrecht zulassen: die Mündigkeit (H.-J. BÖHME, Politische Rechte des einzelnen in der Naturrechtslehre des 18. Jahrhunderts und in der Staatstheorie des Frühkonstitutionalismus, Berlin 1993, 57, mit Verweis auf Johann Adam Bergk, August Ludwig Schlözer und Friedrich Schlegel; vgl. auch SARTORI [op. cit. Fn. 4], 31).

63 AUER (op. cit. Fn. 8), 83 f.; HEUSSER (op. cit. Fn. 4), 32 ff.; RHINOW (op. cit. Fn. 4), 175 ff.

64 HEUSSER (op. cit. Fn. 4), 35 f.; vgl. HANGARTNER (op. cit. Fn. 2 *in initio*), 127; THÜRER (op. cit. Fn. 7), 197.

65 Ökonomische Studien gehen denn auch davon aus, dass entwickelte Länder von der Immigration langfristig grundsätzlich Vorteile ziehen (LINDER [op. cit. Fn. 10], 57).

66 Vgl. dagegen QUARITSCH (op. cit. Fn. 27), 9.

67 Das schweizerische Bürgerrecht wird grundsätzlich durch Geburt erworben, und nur ausnahmsweise durch Einbürgerung (HEUSSER [op. cit. Fn. 4], 31).

den muss⁶⁸, kein Anspruch auf Erwerb des Bürgerrechts besteht⁶⁹ und die Einbürgerung darüber hinaus mit Hinweis auf die (bürger-)demokratische Legitimation des Einbürgerungsorgans über Gebühr erschwert oder gar willkürlich verweigert wird⁷⁰.

c. Konsequenzen?

Die Kantone sind an den Grundsatz des allgemeinen Stimmrechts gebunden und dürfen deshalb keine nicht zu rechtfertigenden Unterschiede bei der Gewährung der politischen Rechte vorsehen⁷¹. Wie festgestellt ist der Ausschluss der ausländischen Wohnbevölkerung von der politischen Mitbestimmung mit dem aus dem Grundsatz der Rechtsgleichheit fliessenden Prinzip des allgemeinen Stimmrechts⁷² nicht zu vereinbaren⁷³. Dazu gesellt sich die ernüchternde Feststellung, dass aufgrund politischer Undurchsetzbarkeit und des streng behüteten föderalistischen Prinzips auch von den *höchstrichterlichen Behörden* kein couragierter Kraftakt, wie er im Fall von Appenzell-Innerrhoden ausgesprochen wurde⁷⁴, erwartet werden kann. Die Einführung des Stimmrechts für Ausländerinnen und Ausländer auf dem *politischen Weg* ist jeweils erst recht überraschend, müssen doch die Inhaber der schweizerischen Staatsbürgerschaft darüber entscheiden, ob sie den Volksbegriff ausweiten und so ihre politischen Rechte zugunsten ihrer ausländischen Mitbürger « entwerten » wollen, wie einst die Männer darüber befinden mussten, ob sie die Frauen neben, und nicht unter sich haben wollen⁷⁵. Tatsächlich wäre aber eine solche « Selbstbeschränkung »⁷⁶ angezeigt.

Es besteht also wenig Hoffnung, dass in absehbarer Zeit dieser *rechtswidrige Zustand* umfassend aufgehoben wird.

68 Andere Staaten versuchen die Defizite der Bürgerdemokratie dadurch zu relativieren, dass sie das Bürgerrecht gemäss dem sog. *ius soli*, also bei Geburt im betreffenden Staat, erteilen (vgl. AUER/MALINVERNI/HOTTELIER [op. cit. Fn. 4], N 352; HÄFELIN/HALLER [op. cit. Fn. 30], N 1318; HEUSSER [op. cit. Fn. 4], 35).

69 HANGARTNER (op. cit. Fn. 8), 132.

70 Vgl. auch GRISEL (op. cit. Fn. 4), 75; HANGARTNER/KLEY (op. cit. Fn. 6), N 54; MAHON/PULVER (op. cit. Fn. 8), 231. Zur Frage, warum der Hinweis auf die Einbürgerungsmöglichkeiten nicht genügt, um die Ausländerinnen und Ausländer vom Stimmrecht auszuschliessen AUBERT (op. cit. Fn. 8), 29 f.; HEUSSER (op. cit. Fn. 4), 127 ff.

71 GRISEL (op. cit. Fn. 29), N 32 zu Art. 74 BV.

72 Vgl. FLEINER/GIACOMETTI (op. cit. Fn. 5), 432 f.; SCHWINGRUBER (op. cit. Fn. 43), 74 f.

73 Vgl. für das deutsche Recht NIEDERMEYER-KRAUSS (op. cit. Fn. 61), 59 ff., m.w.H. Vgl. dagegen EGLIN (op. cit. Fn. 21), 67.

74 BGE 116 Ia 359.

75 Vgl. LINDER (op. cit. Fn. 10), 62; TRÜEB-MÜLLER (op. cit. Fn. 55), 85.

76 FLEINER-GERSTER (op. cit. Fn. 6), § 10 N 84.

3. *Schutzfunktion des Rechtsgleichheitsgrundsatzes*

Die Vorenthaltung der politischen Rechte an Ausländerinnen und Ausländer vermittelt ein Unbehagen, weil die ausländische Wohnbevölkerung als nicht unbedeutende Minderheit kein Mitspracherecht bei der Gestaltung ihrer Rechte und Pflichten hat⁷⁷. Ihre Rechtsstellung hängt vom Wohlwollen der demokratisch legitimierten Mehrheit ab⁷⁸. Immerhin verhindern die Grundrechte, dass allzu leichtfertig mit ihrer Rechtsstellung umgegangen wird⁷⁹. Hervorragende Bedeutung kommt dabei insbesondere dem Rechtsgleichheitsgrundsatz zu: Unterscheidungen nach der Staatsangehörigkeit vermögen keine Ungleichbehandlungen zu rechtfertigen, sofern nicht ausnahmsweise sachliche Gründe solche gebieten⁸⁰. Also auch wenn die Ausländerinnen und Ausländer kein Mitwirkungsrecht bei der Gestaltung ihrer Rechte und Pflichten haben, verfügen sie doch wenigstens über die tröstende Gewissheit, dass ihnen keine Pflichten aufgetragen oder Rechte vorenthalten werden können, ohne dass die selben Pflichten und Rechte auch den Inländern zukommen⁸¹. Wirksam ist diese Garantie indes nur gegenüber dem kantonalen Gesetzgeber; soweit der Bundesgesetzgeber Personen wegen ihrer Staatsangehörigkeit benachteiligt, kann die rechtsanwendende Behörde zwar die Verfassungswidrigkeit der betreffenden Regelung feststellen⁸², wird aber nicht davon befreit, die verfassungswidrige Vorschrift anzuwenden (Art. 191 BV), jedenfalls nicht soweit kein vorgehendes Fremdenvölkerrecht das Gegenteil gebietet.

C. **Rechtsnatur der politischen Rechte**

Das Stimmrecht hat eine *doppelte Natur*: Es ist eine staatliche Funktion und ein Recht⁸³.

In einer Demokratie kommt den Stimmberechtigten Organstellung zu⁸⁴. Durch die Ausübung der politischen Rechte erfüllen die Stimmbürger eine *staatliche Funktion* und geben dem Gemeinwesen einen Willen⁸⁵.

77 Vgl. NIEDERMEYER-KRAUSS (op. cit. Fn. 61), 63 ff.

78 TSCHANNEN (op. cit. Fn. 6), N 349; Vgl. auch THÜRER (op. cit. Fn. 7), 203.

79 Vgl. AUER (op. cit. Fn. 8), 40 ff.; CAVIN (op. cit. Fn. 6), 70; FLEINER-GERSTER (op. cit. Fn. 6), § 10 N 83; LINDER (op. cit. Fn. 10), 364; MÜLLER (op. cit. Fn. 6), 153 f.; RHINOW (op. cit. Fn. 4), 252 ff.; TSCHANNEN (op. cit. Fn. 6), N 340 ff.

80 THÜRER (op. cit. Fn. 7), 204.

81 KELLENBERGER (op. cit. Fn. 3), 4: « Sogar Unfreiheit ist erträglich, solange ihr alle gleichermaßen unterworfen sind. » Vgl. auch AUBERT (op. cit. Fn. 3), N 1048. Vgl. auch BÄUMLIN (op. cit. Fn. 4), 101 f.

82 HÄFELIN/HALLER (op. cit. Fn. 30), N 2089.

83 AUER/MALINVERNI/HOTTELIER (op. cit. Fn. 4), N 597; HÄFELIN/HALLER (op. cit. Fn. 30), N 1381 f.; HANGARTNER/KLEY (op. cit. Fn. 6), N 7; MAHON/PULVER (op. cit. Fn. 8), 226; SCHWINGRUBER (op. cit. Fn. 43), 30. Grundlegend TSCHANNEN (op. cit. Fn. 6), N 21 ff.

Darüber hinaus ist das Stimmrecht ein Recht, und zwar nicht bloss ein durch die Verfassung geschütztes Recht (vgl. Art. 34 Abs. 1 BV)⁸⁶, sondern ein *Menschenrecht*⁸⁷. Es steht demnach dem Menschen allein seiner Existenz wegen zu⁸⁸. Es geniesst vorpositive Geltung⁸⁹, weshalb die Staaten das Stimmrecht nicht gewähren, sondern seinen Bestand bloss anerkennen oder unterdrücken können⁹⁰. Diese naturrechtliche Geltung des Stimmrechts ergibt sich aus der Autonomie des Menschen, seiner vorstaatlichen Fähigkeit, sich in eine Gemeinschaft einzubinden, ohne des Anspruchs verlustig zu gehen, seine Meinung und Entscheidung zu Zwängen eben dieser Gemeinschaft kundzutun. Genauso wenig wie einem Angeklagten das Recht, sich zur Sache zu äussern, entzogen werden kann, ist die Zufügung sonstigen Zwangs zu rechtfertigen, ohne die Meinung der Gezwungenen eingeholt zu haben⁹¹. Umgekehrt hinterlässt gerade der Ausschluss vom politischen Verfahren, die damit einhergehende Ohnmacht, seinen Beitrag an das aus seiner Sicht Richtige nicht haben leisten und die eigenen Interessen nicht haben verteidigen zu können, die sich einstellende Einsicht, Veränderungen zumindest nicht mit demokratischen Mitteln herbeiführen zu können, und nicht zuletzt die Gewissheit, dass die eigene Rechtsstellung nur solange besteht, wie die demokratisch Legitimierten dies wollen, bei den Betroffenen unweigerlich das Gefühl, Menschen zweiter Klasse und blosses Objekt der Gesetzgebung zu sein; daher⁹² sind die politischen

84 AUER/MALINVERNI/HOTTELIER (op. cit. Fn. 4), N 561; FLEINER/GIACOMETTI (op. cit. Fn. 5), 430.

85 AUER/MALINVERNI/HOTTELIER (op. cit. Fn. 4), N 599; CAVIN (op. cit. Fn. 6), 40 f.; HANGARTNER (op. cit. Fn. 2 *in initio*), 128; HANGARTNER/KLEY (op. cit. Fn. 6), N 9; BERICHT DER EIDGENÖSSISCHEN KONSULTATIVKOMMISSION FÜR DAS AUSLÄNDERPROBLEM (op. cit. Fn. 27), 281; vgl. etwa BGE 99 Ia 724 E. 1.

86 AUER/MALINVERNI/HOTTELIER (op. cit. Fn. 4), N 598; HÄFELIN/HALLER (op. cit. Fn. 30), N 1381.

87 BUSER (op. cit. Fn. 24), 407; HANGARTNER (op. cit. Fn. 8), 126 f.; vgl. auch BÖHME (op. cit. Fn. 62), 58, mit Verweis auf August Ludwig Schlözer; HANGARTNER/KLEY (op. cit. Fn. 6), N 8; HEUSSER (op. cit. Fn. 4), 11; ZABELLI (op. cit. Fn. 25), 670. Anders noch GRISEL (op. cit. Fn. 4), 72; BERICHT DER EIDGENÖSSISCHEN KONSULTATIVKOMMISSION FÜR DAS AUSLÄNDERPROBLEM (op. cit. Fn. 27), 282.

88 AUER/MALINVERNI/HOTTELIER, *Droit constitutionnel suisse*, Volume II: Les droits fondamentaux, Bern 2000, N 38.

89 Vgl. FLEINER-GERSTER (op. cit. Fn. 6), § 7 N 9; HÄFELIN/HALLER (op. cit. Fn. 30), N 207. A.M. CAVIN (op. cit. Fn. 6), 36 f. und 40.

90 Ähnlich auch BUSER (op. cit. Fn. 24), 407.

91 Vgl. P. MASTRONARDI, *Menschenwürde als materielle « Grundnorm » des Rechtsstaates?, in* Thürer/Aubert/Müller [Hrsg.], *Verfassungsrecht der Schweiz – Droit constitutionnel suisse*, Zürich 2001, § 14 N 21; J. P. MÜLLER, *Grundrechte in der Schweiz, Im Rahmen der Bundesverfassung von 1999, der UNO-Pakte und der EMRK*, Bern 1999, 2.

92 Die Menschenwürde ist betroffen, wenn der Mensch zum Objekt, zu einem blossen Mittel, zur vertretbaren Grösse herabgewürdigt wird (MASTRONARDI [op. cit. Fn. 91], § 14 N 21, m.w.H.; vgl. auch MÜLLER [op. cit. Fn. 91], 2; RHINOW [op. cit. Fn. 4], 187).

Rechte Ausfluss der Menschenwürde⁹³ – welche übrigens ebenfalls ein vorpositives Recht darstellt⁹⁴ – im Sinne der « Selbstbestimmung in der politischen Gestaltung von Recht und Staat »⁹⁵. Insoweit ist die Qualifizierung des Stimmrechts als « Menschenrecht der eigenen Staatsbürger »⁹⁶ doppelt unhaltbar: Einmal kann ein Menschenrecht per definitionem nicht bloss einzelnen Menschen vorenthalten sein; darüber hinaus ist es schon mit dem Kernmensenrecht der *Menschenwürde* (Art. 7 BV) schwer vereinbar, wenn gerade ein Menschenrecht – vorliegend das Stimmrecht – nach dem willkürlichen Kriterium der Staatsangehörigkeit verteilt wird, gehört es doch gerade zum nobelsten Anliegen des Menschenrechtsschutzes, die Unterscheidung nach der Nationalität zu überwinden⁹⁷. Der demokratietheoretische Grundsatz der politischen Selbstbestimmung erfordert demnach zwingend, dass in einem Land sesshaft Gewordene in den Staatsverbund aufgenommen werden⁹⁸, sei es durch Einbürgerung oder Zuerkennung des Stimmrechts⁹⁹.

II. LES DROITS POLITIQUES DES SUISES DE L'ÉTRANGER

Après quelques généralités (A), nous présenterons la situation existant au niveau fédéral (B), puis examinerons la question de l'octroi des droits politiques aux Suisses de l'étranger en matière cantonale et communale (C).

A. Généralités

1. *La notion de « Suisses de l'étranger »*

La notion de « Suisses de l'étranger », simple en apparence, mérite que l'on s'y attarde brièvement¹⁰⁰. Cette expression désigne les personnes de

93 Und die Demokratie, welche durch die politischen Rechte geführt wird (BREITENBACH [op. cit. Fn. 4], 19; vgl. auch BÄUMLIN [op. cit. Fn. 4], 15), bezweckt die Wahrung der Menschenwürde (vgl. MASTRONARDI [op. cit. Fn. 91], § 14 N 34).

94 MASTRONARDI (op. cit. Fn. 91), § 14 N 8.

95 MÜLLER (op. cit. Fn. 91), 2. Vgl. auch EGLIN (op. cit. Fn. 21), 57 f.; HEUSSER (op. cit. Fn. 4), 11; RHINOW (op. cit. Fn. 4), 163, m.w.H.; BERICHT DER EIDGENÖSSISCHEN KONSULTATIVKOMMISSION FÜR DAS AUSLÄNDERPROBLEM (op. cit. Fn. 27), 283. Vgl. ferner ZIPPELIUS (op. cit. Fn. 7), 130 f., mit Hinweis auf Kants Autonomiegedanken.

96 Vgl. HANGARTNER/KLEY (op. cit. Fn. 6), N 8; vgl. kritisch BUSER (op. cit. Fn. 24), 403.

97 HANGARTNER (op. cit. Fn. 8), 133; THÜRER (op. cit. Fn. 7), 187.

98 HANGARTNER (op. cit. Fn. 2 *in initio*), 142; HANGARTNER (op. cit. Fn. 4), 951. A.M. CAVIN (op. cit. Fn. 6), 41.

99 HANGARTNER (op. cit. Fn. 2 *in initio*), 143. Vgl. auch HANGARTNER (op. cit. Fn. 4), 953.

100 Sur les divers sens de la notion dans les autres domaines, cf. E. GRISEL *in* Commentaire de la Cst. féd. [version octobre 1989], n. 5 ad art. 45^{bis}.

nationalité suisse mais sans domicile politique ¹⁰¹ dans leur pays d'origine. Elle recouvre donc des réalités très différentes : nationalité suisse unique ou nationalités multiples (double, triple, ...); personnes ayant eu un précédent domicile en Suisse ou ayant au contraire toujours vécu à l'étranger ¹⁰²; éloignement provisoire du pays d'origine ou départ définitif; personnes vivant dans les régions frontalières, sur un autre continent ou aux antipodes; etc. La date de la votation ou de l'élection – qu'il s'agisse d'élire ou d'être élu – est déterminante : c'est à ce moment que la personne doit avoir la nationalité suisse et ne pas (ou plus) avoir de domicile en Suisse.

2. *Quelques chiffres*

598'934 Suisses sont recensés auprès de nos représentations à l'étranger ^{103, 104}. 421'680 d'entre eux possèdent une double nationalité (70,40 %) ¹⁰⁵, 140'971 ont moins de 18 ans et près de 59 % des adultes sont des femmes (270'425, pour 187'538 hommes).

59,83 % des Suisses de l'étranger habitent dans un pays de l'Union européenne (358'347). La plus grande communauté se trouve en France (158'215). Suivent l'Allemagne (68'761), l'Italie (43'302), la Grande-Bretagne (25'678), l'Espagne (20'484) et l'Autriche (12'616). En dehors de l'Europe, les communautés les plus importantes sont celles des Etats-Unis d'Amérique

101 Le domicile politique correspond la plupart du temps au domicile du droit civil. Dans certaines situations particulières cependant, les deux peuvent se trouver dans des lieux différents (cf. art. 39 al. 2 Cst., 3 LDP, 1 ODP; E. GRISEL *in* Commentaire de la Cst. féd. [version juin 1988], n. 23 ss ad art. 43; HANGARTNER/KLEY [op. cit. note 6], n. 146 s.). La Loi fédérale sur les droits politiques des Suisses de l'étranger s'appliquant aux personnes n'ayant pas en Suisse de domicile politique au sens de l'art. 3 LDP (art. 2 et 7 al. 2 LDPSE; E. GRISEL [op. cit. note 100], n. 2 ss ad art. 45^{bis} Cst. féd.), il doit exister des situations – exceptionnelles – où les deux domiciles civil et politique sont l'un en Suisse et l'autre à l'étranger.

102 La nationalité suisse peut en soi se transmettre indéfiniment à l'étranger (cf. art. 1 LN). Le législateur cherche cependant à éviter ces situations extrêmes (cf. art. 10 al. 1 LN). Pour le droit de cité cantonal et communal, cf. art. 4 et 11 LN. Sur la réintégration, cf. art. 18, 21 et 24

103 ~~En~~ mention contraire, il s'agit de la situation à la fin juin 2002. Tous les chiffres sont tirés des communiqués de presse du DFAE (6 août 2002, 7 août 2001, 11 août 2000, 31 août 1999, 21 août 1998, 21 août 1997 et 23 août 1996 – cf. www.admin.ch/cp/f/index.html; cf. ég. www.eda.admin.ch/eda/f/home/traliv/living/publi.html, où l'on trouve la « Statistique des Suisses de l'étranger 2002 »).

104 Evolution : 591'660 (2001); 580'396 (2000); 572'957 (1999); 562'813 (1998); 552'293 (1997); 541'302 (1996). Depuis 1990, la communauté suisse à l'étranger a augmenté d'environ 144'000 personnes. L'évolution pourrait bien se poursuivre : selon un sondage récemment commandé par Swissinfo/Radio suisse internationale à l'institut Link, pas moins de 45 % des Suisses ont, une fois au moins, rêvé de s'expatrier (La Liberté du 19 février 2002, 7).

105 Evolution : 414'654 = 70,08 % (2001); 405'921 = 69,94 % (2000); 399'175 = 69,67 % (1999); 391'056 = 69,48 % (1998); 382'590 = 69,27 % (1997); 374'069 = 69,11 % (1996).

(69'526), du Canada, de l'Australie, de l'Argentine, du Brésil, d'Israël et de l'Afrique du Sud.

82'682 personnes se sont inscrites afin d'exercer leurs droits politiques, ce qui représente 18,2 % des Suisses de l'étranger ayant le droit de s'exprimer lors des votations et élections fédérales – une proportion en constante augmentation ¹⁰⁶ – et environ 1,75 % des quelque 4'700'000 citoyens actifs que compte la Suisse ¹⁰⁷. Seuls 21,64 % de ces Suisses de l'étranger inscrits afin d'exercer leurs droits politiques se trouvent en Europe ; 16,69 % d'entre eux se trouvent en Afrique, 11,49 % en Amérique, 20,08% en Asie et 10,13 % en Océanie ¹⁰⁸. A notre connaissance, il n'y a pas de statistique sur la participation effective des Suisses de l'étranger aux votations et élections ¹⁰⁹.

3. *Le pour et le contre*

En droit international public, il est aujourd'hui admis que les Etats ont la faculté d'octroyer les droits politiques à leurs ressortissants domiciliés à l'étranger ¹¹⁰. Même si ce geste paraît finalement justifié, il ne va cependant pas de soi. Les principaux arguments sont les suivants ¹¹¹ :

a. *Les effets des décisions prises en Suisse*

« La démocratie a pour principe de faire participer au pouvoir ceux qui en supportent les effets. Or les effets du pouvoir politique sont essentiellement *territoriaux*. » ¹¹² Cet argument, utilisé – avec raison – par le Professeur Aubert pour expliquer l'octroi des droits politiques aux étrangers, ne doit pas nous faire oublier que les décisions prises en Suisse ont parfois d'importants

¹⁰⁶ Evolution : 17,57 % (2001) ; 16,55 % (2000) ; 16,13 % (1999) ; 15,76 % (1998) ; 15,56 % (1997) ; 15,22 % (1996). Avant la révision de la LDPSE de 1991, qui a introduit la possibilité de voter par correspondance (RO 1991 2388), les Suisses de l'étranger qui s'annonçaient pour pouvoir exercer leurs droits politiques étaient bien moins nombreux (environ 2 %, semble-t-il ; HANGARTNER [op. cit. note 2 *in fine*], 249).

¹⁰⁷ Exactement 4'731'017 lors de la votation fédérale du 2 juin 2002 (FF 2002 4786).

¹⁰⁸ On ne peut donc pas (ou plus) affirmer que « c'est avant tout nos concitoyens établis dans les pays voisins qu'intéresse l'exercice des droits politiques » (Message du 3 mars 1975 accompagnant le projet de loi fédérale sur les droits politiques des Suisses de l'étranger ; FF 1975 I 1305 ss, 1314).

¹⁰⁹ L'art. 14 LDP prévoit seulement que le nombre des Suisses de l'étranger ayant le droit de se prononcer doit être indiqué séparément sur les récapitulatifs des résultats. Il n'y a pas d'exigence semblable pour les bulletins rentrés.

¹¹⁰ HANGARTNER/KLEY (op. cit. note 6), n. 67 et 117. Ce n'est cependant qu'en 1989 que notre pays a décidé de tolérer que les étrangers se trouvant sur sol suisse exercent depuis celui-ci les droits politiques que leur reconnaît leur pays d'origine (cf. Message du 15 août 1990 concernant la révision de la LDPSE, FF 1990 III 429 ss, 434, 436, 437 et 452 ; ég. Message cité en note 108, 1312 s.).

¹¹¹ On peut lire par exemple la présentation qui en est faite dans le Message cité en note 108, 1309 s.

¹¹² AUBERT (op. cit. note 8), 29 *in initio*.

effets pour nos compatriotes de l'étranger : effets directs et immédiats lorsque les règles en discussion s'appliquent à l'ensemble des Suisses, quel que soit leur domicile (service militaire, acquisition et perte de la nationalité, etc.), lorsqu'elles créent un régime spécial pour les Suisses de l'étranger ou leur ouvrent l'accès à une institution jusqu'alors réservée aux habitants du pays (droits politiques, assurances sociales facultatives, etc.) ou lorsque la décision à prendre en Suisse peut modifier leur situation juridique dans leur pays de résidence (intégration européenne, par exemple) ; de manière générale, effets en quelque sorte différés pour les Suisses de l'étranger qui envisagent un prochain retour au pays ; finalement, importance symbolique de certaines questions (adhésion à l'ONU, par exemple).

b. La diffusion de l'information à l'étranger

L'octroi des droits politiques aux Suisses de l'étranger n'a de sens que si nos compatriotes peuvent obtenir dans leur lieu de domicile une information suffisante sur les questions soumises au peuple suisse. Si l'on ne peut complètement négliger l'obstacle que constitue l'éloignement du pays d'origine, on aurait tort cependant de le surestimer. Nos compatriotes ont en effet de nombreuses possibilités de se tenir au courant de l'actualité suisse et sont en mesure de se forger une opinion en vue des votations et élections. Parmi les médias s'adressant spécialement aux nationaux expatriés, mentionnons la « Revue suisse »¹¹³, distribuée à tous les Suisses de l'étranger¹¹⁴, les programmes de Radio suisse internationale¹¹⁵ et ceux de la chaîne de télévision de langue française TV5¹¹⁶. A ces médias modernes mais néanmoins classiques s'ajoute depuis peu Internet, qui révolutionne l'accès à l'information : pour peu qu'ils séjournent dans un lieu « connecté », les Suisses de l'étranger peuvent être aussi bien informés que les habitants de la Suisse¹¹⁷.

c. Les obstacles pratiques

Les Suisses de l'étranger désireux d'exercer leurs droits politiques sont souvent confrontés à des difficultés tout simplement pratiques, liées à leur éloignement de la Suisse : que l'on songe par exemple au temps nécessaire à l'acheminement du matériel de vote au Népal ou aux démarches à entreprendre

113 www.revue.ch.

114 Cf. art. 17 ODPSE.

115 www.swissinfo.ch. Voir aussi la nouvelle plate-forme politique de Radio suisse internationale, www.swisspolitics.org.

116 www.tv5.org.

117 Ils peuvent, par exemple, lire la Neue Zürcher Zeitung (www.nzz.ch), adhérer au Parti socialiste suisse (www.sp-ps.ch/indexf.htm), appeler de leurs vœux une Suisse indépendante et neutre (www.asin.ch), suivre les débats des Chambres fédérales (www.parlament.ch) ou les travaux de la Constituante fribourgeoise (www.fr.ch/constituante).

pour obtenir une liste de signatures à l'appui d'une demande de référendum – sans parler du temps qu'il faut pour que ces documents dûment remplis retournent au pays¹¹⁸. Ces problèmes sont bien réels. Ils ne sauraient cependant servir à justifier un refus de principe de l'octroi des droits politiques aux Suisses de l'étranger. Il faut bien plutôt chercher à améliorer la situation par des mesures ciblées¹¹⁹. Les nouvelles technologies de l'information offrent ici aussi des solutions très prometteuses¹²⁰.

d. Les intérêts et les souhaits des Suisses de l'étranger

Les Suisses de l'étranger, par définition, résident à l'extérieur du territoire national. Certains d'entre eux se sont éloignés – dans le sens le plus large du terme – de leurs origines : 70 % ont plusieurs nationalités, dont souvent celle du pays où ils vivent ; certains sont à l'autre bout de la Terre, ou dans des régions dont la langue, la culture et le mode de vie sont très différents des nôtres ; d'autres ont quitté la Suisse depuis plusieurs dizaines d'années ; d'autres encore ne se sont expatriés que depuis peu, mais savent qu'ils ne reviendront plus au pays ; sans parler de ceux qui n'ont tout simplement jamais habité en Suisse. Dans toutes ces situations, la tendance naturelle est de porter plus d'intérêt à la vie politique du pays de résidence qu'aux questions qui agitent une Suisse lointaine. Une partie importante de nos compatriotes de

118 « L'envoi du matériel est effectué par voie aérienne. Sur le continent européen, le matériel peut être envoyé par voie de terre pour autant que la participation aux votations et élections ne soit pas compromise. » (art. 10 al. 2 ODPSE). « Si l'électeur reçoit trop tard un matériel de vote qui a quitté la Suisse à temps ou si son bulletin de vote arrive trop tard dans la commune de vote, il ne peut faire valoir ce retard. » (art. 10 al. 3 ODPSE).

119 Cf. par exemple la recommandation de la Commission des institutions politiques du Conseil des Etats déposée le 27 août 2001 (01.3428) qui invite les cantons à « assurer l'envoi précoce à l'étranger du matériel de vote, notamment lorsqu'il est prévu un deuxième tour, qu'il convient par ailleurs d'organiser à une date suffisamment éloignée du premier tour afin de tenir compte de la situation particulière des Suisses de l'étranger » (BO CE 2001 752 ss et 46 des annexes du Bulletin de la session d'hiver). Cf. ég. le nouvel art. 2b introduit par le Conseil fédéral dans l'ODP le 14 juin 2002 avec effet au 1^{er} août 2002 (« remise anticipée du matériel de vote ») : « Les cantons veillent à ce que les autorités compétentes au regard du droit cantonal soient en mesure de faire parvenir le matériel de vote aux Suisses de l'étranger et, à leur demande exprès, à d'autres électeurs se trouvant à l'étranger au plus tôt une semaine avant la date de l'envoi officiel dudit matériel. » (RO 2002 1755).

120 Pour se faire une idée de ces possibilités, cf. www.e-gov.admin.ch (projets de cyber-administration) – en particulier www.e-gov.admin.ch/vote/index.html (projet « vote électronique ») –, www.admin.ch/ch/f/pore/index.html (« Les droits politiques sur le plan fédéral »), www.admin.ch/ch/f/pore/vi/vis10.html (listes de signatures pour initiatives au format « pdf ») et www.isb.admin.ch/egov/index.htm (« La stratégie de la Confédération en matière de cyberadministration ») ; ég. Rapport du 9 janvier 2002 sur le vote électronique – Chances, risques et faisabilité, FF 2002 612 ss, ainsi que le Message du 30 novembre 2001 concernant une modification de la loi fédérale sur les droits politiques [et de la LDPSE], FF 2001 6051 ss, 6053 s., et les nouveaux art. 5 al. 3 2^e phrase, 8a, 11 al. 3 3^e phrase, 12 al. 3, 38 al. 5, 49 al. 3, 60a et 69a (FF 2002 4080 ss ; délai référendaire au 10 octobre 2002). Toujours sur le même sujet, mais pour l'anecdote, cf. www.swisspolitics.org/all/service/index.php?page=wecker.

l'étranger maintiennent pourtant des liens forts avec la Suisse. Ils organisent la vie de la communauté nationale de leur région et se réunissent pour perpétuer certaines traditions, célébrer les fêtes importantes, s'informer, discuter ou simplement se divertir. L'intérêt qu'ils portent à la Suisse et à son actualité politique dépasse souvent de loin celui de bien des habitants de notre pays. Le droit de pouvoir participer à la formation de la volonté du peuple suisse est depuis longtemps une de leurs revendications les plus importantes ¹²¹. Dans les circonstances décrites, cette demande semble tout à fait justifiée.

B. Les droits politiques fédéraux

1. Les sources

Le constituant a accepté le 16 octobre 1966 le nouvel art. 45^{bis} relatif aux Suisses de l'étranger ¹²². Sur cette base, l'Assemblée fédérale a adopté le 19 décembre 1975 la Loi fédérale sur les droits politiques des Suisses de l'étranger ¹²³. Le nouveau texte est entré en vigueur le premier janvier 1977. Il a été modifié le 22 mars 1991, avec effet au premier juillet 1992, essentiellement pour permettre aux Suisses de l'étranger de voter par correspondance ¹²⁴. A la suite de cette modification, le Conseil fédéral a adopté le 16 octobre 1991 une nouvelle ordonnance d'exécution (cf. art. 8 al. 1 et 2 LDPSE), entrée elle aussi en vigueur le premier juillet 1992 ¹²⁵. La Constitution fédérale du 18 avril 1999 contient désormais un art. 40 intitulé « Suisses et Suissesses de l'étranger », dont le contenu ne diffère que fort peu de l'ancien art. 45^{bis} ¹²⁶. La législation sur les droits politiques (des Suisses de l'intérieur) s'applique chaque fois que les règles propres aux Suisses de l'étranger laissent une question sans réponse (art. 7 al. 2 LDPSE).

121 Cf. Message du 2 juillet 1965 concernant l'insertion dans la constitution d'un article 45^{bis} sur les Suisses de l'étranger (FF 1965 II 401 ss, 434 s., 457 et 462).

122 « ¹ La Confédération est autorisée à renforcer les liens qui unissent les Suisses de l'étranger entre eux et avec la patrie, et à soutenir les institutions créées à cet effet. ² Elle peut, compte tenu de la situation particulière des Suisses de l'étranger, édicter des dispositions en vue de déterminer leurs droits et obligations, notamment quant à l'exercice de droits politiques et à l'accomplissement des obligations militaires ainsi qu'en matière d'assistance. Les cantons seront consultés avant l'adoption de ces dispositions. » (RO 1966 1730). Message : cité en note 121. Résultats : FF 1966 II 645.

123 RS 161.5/RO 1976 1805. Message : cité en note 108.

124 RO 1991 2388. Message : cité en note 110.

125 RS 161.51/RO 1991 2391.

126 « ¹ La Confédération contribue à renforcer les liens qui unissent les Suisses et les Suissesses de l'étranger entre eux et à la Suisse. Elle peut soutenir les organisations qui poursuivent cet objectif. ² Elle légifère sur les droits et les devoirs des Suisses et des Suissesses de l'étranger, notamment sur l'exercice des droits politiques au niveau fédéral, l'accomplissement du service militaire et du service de remplacement, l'assistance des personnes dans le besoin et les assurances sociales. » (RS 101/RO 1999 2556). Message : FF 1997 I 1 ss, 227 s.

2. *Les droits octroyés*

Selon l'art. 3 al. 1 LDPSE, « tout Suisse de l'étranger qui a 18 ans révolus peut prendre part aux votations et élections fédérales ainsi que signer des initiatives populaires et des demandes de référendum ». Nos compatriotes de l'étranger ont donc exactement les mêmes droits que les citoyens domiciliés en Suisse (cf. art. 136 al. 2 Cst.)¹²⁷. Et cette remarque vaut en particulier pour le droit de vote : les Suisses de l'étranger peuvent participer à toutes les votations, que l'objet en discussion les touche directement, indirectement ou pas du tout – ce que le Conseil fédéral appelait le « droit de vote intégral »¹²⁸. La solution nous semble justifiée : d'abord, l'octroi des droits politiques aux Suisses de l'étranger ne s'explique pas uniquement par le souci de leur donner la possibilité de s'exprimer sur les règles de droit qui leur sont applicables, mais bien aussi par celui de leur permettre de resserrer les liens qui les unissent à la Suisse ; ensuite, il n'est pas toujours aisé de décider si nos compatriotes de l'étranger sont ou non suffisamment touchés par un objet soumis au vote ; enfin, les Suisses résidant au pays s'expriment parfois sur des sujets qui ne les concernent pas – « ce ne sont pas par exemple les seuls propriétaires d'immeubles qui peuvent prendre part à une votation concernant la spéculation foncière, mais bien tous les électeurs »¹²⁹.

3. *Excursus : L'éligibilité*

L'éligibilité au sein des autorités fédérales n'est pas réglée par la Loi fédérale sur les droits politiques des Suisses de l'étranger, dont l'art. 3 al. 2 renvoie à la Constitution fédérale. De l'art. 143 de celle-ci, combiné à l'art. 136, on retient que tous les Suisses et toutes les Suissesses ayant 18 ans révolus qui ne sont pas interdits pour cause de maladie mentale ou de faiblesse d'esprit sont éligibles au Conseil national, au Conseil fédéral et au Tribunal fédéral. Puisque le domicile en Suisse n'est pas une condition de l'éligibilité au sein des autorités fédérales, les Suisses de l'étranger peuvent aussi se porter candidats¹³⁰.

¹²⁷ Message cité en note 108, 1326. Bien que la loi ne le précise pas, les Suisses de l'étranger peuvent signer des listes de candidats pour l'élection au Conseil national (art. 24 LDP ; Message cité en note 108, 1319 *in fine*).

¹²⁸ Message cité en note 108, 1319.

¹²⁹ Message cité en note 108, 1319.

¹³⁰ L'art. 39 al. 2 Cst. n'y change rien, qui dispose que les droits politiques s'exercent au lieu du domicile, puisque le fait de se porter candidat ne fait pas partie de l'exercice des droits politiques.

Cette conclusion ne doit pas déranger ¹³¹ : d'abord, pour les raisons susmentionnées, les Suisses de l'étranger ont été éligibles bien avant de pouvoir exercer leurs droits politiques – la Suisse a eu trois conseillers fédéraux « de l'étranger », en 1875, 1917 et 1958 ¹³² ; ensuite, tout porte à croire que seuls des Suisses de l'étranger de valeur pourraient se présenter comme candidats avec quelques chances de succès ; enfin, en cas d'élection, ces compatriotes prendront un domicile en Suisse au plus tard à leur entrée en fonctions ¹³³.

4. La procédure

Les Suisses de l'étranger qui souhaitent exercer leurs droits politiques en Suisse doivent être immatriculés auprès de la représentation suisse dont ils dépendent (art. 2 LDPSE) ¹³⁴. Par l'intermédiaire de cette représentation, ils doivent demander à leur commune de vote de les inscrire dans le registre des électeurs (art. 5a LDPSE).

Les Suisses de l'étranger peuvent choisir une de leurs communes d'origine ou de domicile antérieur (art. 5 al. 1 LDPSE). Les cantons peuvent décider de centraliser le vote des Suisses de l'étranger et la tenue du registre y relatif dans une ou plusieurs communes (art. 5 al. 2 LDPSE). Tant qu'ils sont immatriculés auprès de la même représentation, les Suisses de l'étranger ne peuvent pas changer de commune de vote (art. 5 al. 3 LDPSE).

L'exercice des droits politiques n'est pas réservé aux seuls Suisses de l'étranger qui ne sont absents de leur pays d'origine que pour une courte durée ¹³⁵. La seule disposition qui introduit une limitation dans le temps est l'art. 5a al. 2 LDPSE : « Ils sont biffés du registre des électeurs après quatre ans s'ils ne renouvellent pas leur inscription. » Le délai n'est pas péremptoire puisqu'il est en tout temps possible de demander sa réinscription ¹³⁶.

¹³¹ Ces remarques valent *mutatis mutandis* pour l'éligibilité au sein des autorités cantonales.

¹³² Message cité en note 108, 1320 ; ég. HANGARTNER/KLEY (op. cit. note 6), n. 237.

¹³³ On pourrait en soi théoriquement imaginer un conseiller national résidant à l'étranger. Nous ne sommes par contre pas sûrs que cela soit encore possible pour un juge fédéral suppléant (cf. art. 19 al. 2 OJ).

¹³⁴ Le Règlement du Service diplomatique et consulaire suisse du 24 novembre 1967 (RS 191.1) en fait une obligation pour tous les Suisses qui ont l'intention de prendre domicile pendant plus de douze mois à l'étranger (art. 12).

¹³⁵ Pour une telle limitation, HANGARTNER (op. cit. note 2 *in fine*), 252.

¹³⁶ Même dénuée de véritable sanction, cette règle est contestée par certains Suisses de l'étranger, qui y voient une complication excessive. Cf. la motion déposée par la Commission des institutions politiques du Conseil des Etats le 27 août 2001 (01.3427) et transmise le 26 novembre de la même année comme postulat : « Le Conseil fédéral est chargé de proposer un amendement à la loi fédérale sur les droits politiques des Suisses de l'étranger, selon lequel est supprimée l'obligation qui est faite aux Suisses de l'étranger de s'inscrire tous les quatre ans au registre des électeurs, du moins pour ceux qui ont pris part

Les Suisses de l'étranger peuvent exercer leurs droits politiques soit par correspondance, soit en personne dans leur commune de vote (art. 1 al. 1 LDPSE). Ils peuvent voter par procuration si le droit du canton dans lequel se trouve la commune de vote le permet (art. 1 al. 2 LDPSE).

Le matériel de vote est envoyé par la commune directement au domicile du Suisse de l'étranger (art. 10 al. 1 ODPSE)¹³⁷. Nos compatriotes ne supportent que les frais de renvoi en Suisse des bulletins de vote dûment remplis (art. 12 ODPSE).

C. Les droits politiques cantonaux et communaux

1. La situation actuelle

Les cantons sont seuls compétents pour définir les droits politiques aux niveaux cantonal et communal (art. 39 al. 1 Cst. et 7 al. 1^{er} LDPSE)¹³⁸. La situation était la suivante au début 2002¹³⁹ :

	BE	BL	GE	JU	NE	SO	SZ	TI
--	----	----	----	----	----	----	----	----

à une élection ou à une votation dans un délai donné, restant à fixer. » (BO CE 2001 752 ss et 45 des annexes du Bulletin de la session d'hiver). Le Conseil fédéral a donné suite à ce postulat en modifiant l'ODP le 14 juin 2002 avec effet au 1^{er} août 2002 : « L'inscription peut aussi être renouvelée au moyen d'une carte préimprimée. Une fois par année au moins, la commune de vote en joint une au matériel de vote adressé aux Suisses de l'étranger ayant le droit de vote. La carte doit être renvoyée signée et datée. » (art. 3 al. 1^{bis} ; RO 2002 1758 ; cf. également FF 2002 4321 ss – circulaire du DFAE y relative du 14 juin 2002).

¹³⁷ Cf. ég. note 118.

¹³⁸ On rappelle que l'élection des membres du Conseil des Etats est cantonale (art. 150 al. 3 Cst.).

¹³⁹ Les auteurs remercient l'Institut du fédéralisme de l'Université de Fribourg, et en particulier M. Jean-Luc Gassmann du Centre de documentation de l'Institut, d'avoir bien voulu vérifier les résultats de leurs recherches : art. 55 al. 2 Cst. BE, art. 7 de la Loi sur les droits politiques du 5 mai 1980 (RS BE 141.1), art. 13 de la Loi sur les communes du 16 mars 1998 (RS BE 170.1) ; § 21 al. 3 Cst. BL, § 1 al. 1, 2 al. 4 et 3 al. 4 de la Loi sur les droits politiques du 7 septembre 1981 (RS BL 120) ; art. 41 Cst. GE, art. 1 let. b et 3 al. 1 de la Loi sur l'exercice des droits politiques du 15 octobre 1982 (RS GE A 5 05) ; art. 72 Cst. JU, art. 2 al. 4 de la Loi sur les droits politiques du 26 octobre 1978 (RS JU 161.1) ; art. 37 al. 1 let. b et 95 Cst. NE, art. 2 let. b et 3 de la Loi sur les droits politiques du 17 octobre 1984 (RS NE 141) ; § 25 Cst. SO, § 6 de la Loi sur les droits politiques du 22 septembre 1996 (RS SO 113.111) ; § 3 al. 1 Cst. SZ, § 6 de la Loi sur les élections et votations du 15 octobre 1970 (RS SZ 120.100) ; art. 30 Cst. TI, art. 2 let. b et 3 let. b de la Loi sur l'exercice des droits politiques du 7 octobre 1998 (RS TI 1.3.1.1). D'après les informations transmises par l'Institut du fédéralisme de l'Université de Fribourg, dans les cantons de Bâle-Campagne, Vaud, Zoug, Zurich et des Grisons, des interventions parlementaires ont été déposées qui demandent l'octroi des droits politiques aux Suisses de l'étranger. Dans le canton des Grisons, l'art. 11 al. 3 et 4 du projet de nouvelle Constitution du 15 janvier 2002 octroie les droits politiques aux Suisses de l'étranger en matière cantonale et laisse les communes libres de décider si elles veulent le faire à leur niveau (www.gr.ch/verfassung/dt/verfassungsentwurf_regierung.pdf).

Canton	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓
Communes		✓							✓

2. *L'ouverture possible*

a. *Les divers niveaux de la structure cantonale*

La première question à laquelle doivent répondre les autorités qui envisagent d'octroyer les droits politiques aux Suisses de l'étranger est la suivante : faut-il limiter l'ouverture aux droits politiques cantonaux ou au contraire permettre aussi la participation aux élections et votations qui se déroulent dans les entités intermédiaires, comme les districts (par exemple l'élection des préfets dans le canton de Fribourg), et dans les communes ?

A part Bâle-Campagne et le Tessin, les cantons qui octroient les droits politiques aux Suisses de l'étranger ne le font qu'en matière cantonale. Cette réserve nous semble justifiée : d'une part, s'il est certainement possible à un Fribourgeois résidant à l'étranger de se faire une idée des enjeux d'une éventuelle adhésion de son pays d'origine à l'ONU, voire de décider s'il veut ou non accepter la nouvelle loi scolaire ou la nouvelle Constitution proposées au peuple fribourgeois, il doit par contre lui être très difficile de se tenir correctement informé de la vie politique du district de la Gruyère ou de la ville de Bulle, sans parler, par exemple, de celle des communes de Haut-Intyamon ou de Bellegarde ; d'autre part, si l'on peut tout à fait comprendre le souci des Suisses de l'étranger de maintenir un lien avec leur pays d'origine par l'exercice des droits politiques, on ne voit pas ce que la participation à la prise des décisions au sein du district ou de la commune pourrait avoir d'essentiel à cet égard.

b. *Le cercle des bénéficiaires*

L'autre question à résoudre est celle de la détermination du cercle des bénéficiaires. A part Genève, le Jura et le Tessin, qui ne donnent les droits politiques qu'à leurs ressortissants, tous les cantons qui comptent les Suisses de l'étranger au nombre de leurs citoyens actifs acceptent à la fois les personnes qui sont originaires du canton et celles qui y ont eu une fois un domicile.

Ces règles, qui ne font la plupart du temps que renvoyer à la législation fédérale, sont critiquées de manière constante par le Professeur Hangartner ¹⁴⁰ : il insiste sur le fait que le droit international n'autorise les Etats – donc aussi les cantons – à octroyer les droits politiques à des personnes résidant à l'étranger

¹⁴⁰ A notre connaissance, le seul auteur à s'intéresser vraiment aux droits politiques des Suisses de l'étranger.

que si celles-ci sont originaires de l'Etat – respectivement du canton – en question ; le principe de l'origine, appliqué de manière stricte, serait seul à même de garantir une certaine cohérence entre les législations des divers cantons ¹⁴¹. S'il est vrai que le renvoi pur et simple à la législation fédérale peut être source de problèmes ¹⁴², pour le reste, l'argumentation peine à nous convaincre ¹⁴³ :

D'abord, elle ne tient pas assez compte du but poursuivi lors de l'octroi des droits politiques aux Suisses de l'étranger en matière cantonale. Il s'agit de permettre aux expatriés de conserver des liens privilégiés non seulement avec la Suisse toute entière mais également avec l'une¹⁴⁴ des vingt-six subdivisions de celle-ci. Or, force est de reconnaître qu'actuellement, pour une bonne partie de la population, l'origine cantonale (et communale) n'a plus aucune signification ¹⁴⁵ – qui n'a jamais croisé un de ces Suisses qui, lorsqu'on leur demande quelle est leur origine, s'empressent, avant même de répondre à la question, de dire qu'ils n'y ont jamais mis les pieds ?

Ensuite, s'il est en soi théoriquement possible qu'un Suisse n'ayant été domicilié que pendant une très courte période dans un canton donné demande à

141 HANGARTNER/KLEY (op. cit. note 6), n. 117 ; HANGARTNER (op. cit. note 2 *in fine*), 245.

142 HANGARTNER/KLEY (op. cit. note 6), n. 117 et 217 ss ; HANGARTNER (op. cit. note 2 *in fine*), 245 et 247.

143 Dans le même sens – mais sans argumentation –, V. MARTENET, L'autonomie constitutionnelle des cantons, thèse Genève, Bâle/Genève/Munich 1999, 323, qui estime qu'« aucune norme de droit fédéral n'empêche un canton de reconnaître les droits politiques à des confédérés domiciliés à l'étranger, qui ne sont pas ses ressortissants mais ont précédemment fait partie de son corps électoral ».

144 Il est communément admis, avec raison, que l'interdiction d'exercer ses droits politiques en plus d'un endroit (deux cantons, deux communes) s'applique également aux Suisses de l'étranger (HANGARTNER/KLEY [op. cit. note 6], n. 151) ; il incombe à nos représentations à l'étranger d'effectuer les contrôles nécessaires (HANGARTNER/KLEY, loc. cit.). L'art. 39 al. 3 Cst. n'a qu'une portée intercantonale ; c'est l'art. 8 Cst. qui donne à l'interdiction une portée intracantonale (MAHON [op. cit. note 15], n. 35 ; sur l'importance de l'égalité en matière de droits politiques, cf. ég. ci-dessus I, B). Il n'existe aucune interdiction semblable en matière internationale : les doubles nationaux peuvent exercer leurs droits politiques dans les deux pays si le pays dans lequel ils ne résident pas admet le droit de vote de ses ressortissants à l'étranger (MAHON [op. cit. note 15], n. 35 [note 46]).

En soi, la règle qui trouve son expression à l'art. 39 al. 3 Cst. ne concerne que l'exercice des droits politiques et pas l'éligibilité. Le domicile sur le territoire de la collectivité publique concernée n'étant pas toujours une condition de l'éligibilité, il est donc théoriquement possible de se porter candidat au parlement d'un autre canton que celui dans lequel on exerce ses droits politiques (HANGARTNER/KLEY [op. cit. note 6], n. 244 et 1410), voire de tenter d'être élu dans deux cantons différents. Nous sommes cependant d'avis que ces situations devraient être évitées. On pourrait imaginer d'exiger la prise d'un domicile dans le canton de l'élection avant l'entrée en fonctions (HANGARTNER/KLEY, loc. cit.) ou appliquer ici aussi l'art. 8 Cst. en imposant un choix entre les divers mandats (un canton, une commune).

145 Il est sans doute bon de ne pas perdre de vue que le législateur fédéral, lorsqu'il avait à déterminer le lieu où s'exercent les droits politiques des Suisses de l'étranger, n'a jamais jugé opportun d'imposer la commune d'origine (Message cité en note 108, 1305 et 1321 à 1324 ; Message cité en note 110, 442).

y exercer les droits politiques sans (autre) raison apparente ¹⁴⁶, ce risque n'est pas grand. Tout porte à croire en effet que les Suisses de l'étranger sans liens particuliers avec leur canton d'origine porteront leur choix sur un lieu auquel ils sont attachés.

Enfin, la comparaison faite entre la situation de la Suisse et celle des cantons en droit international nous semble à la fois exagérée et trop détachée de la question en discussion. D'une part, si les cantons sont plus que de simples circonscriptions administratives, ils ne sont cependant pas des sujets directs de droit international, à l'égal des Etats ; les règles élaborées pour ces derniers ne peuvent donc s'appliquer aux cantons que de manière analogique. D'autre part, il ne faut pas perdre de vue qu'il ne s'agit pas d'autoriser la Confédération à offrir les droits politiques en Suisse, par exemple, à tous les Italiens domiciliés hors de notre pays mais qui y ont une fois résidé, mais bien plutôt de décider si, à l'intérieur de la Suisse, les Suisses de l'étranger ne peuvent exercer les droits politiques cantonaux que dans leur canton d'origine ou s'il leur est permis de choisir un autre canton avec lequel ils auraient des liens plus étroits. Une situation fort différente, qui ne lèse en rien les droits d'autres sujets (directs) de droit international.

3. *Le canton de Fribourg*

Actuellement, le canton de Fribourg n'octroie pas aux Suisses de l'étranger les droits politiques en matière cantonale et communale ¹⁴⁷.

Dans son rapport final de décembre 2001 ¹⁴⁸, la Commission thématique 4 de la Constituante (« Droits politiques, révision de la Constitution, dispositions transitoires ») a proposé les thèses suivantes sur le sujet : « Le droit de vote au niveau cantonal est donné aux Suisses de l'étranger. » (thèse 4.15 ; unanimité) ; « Le droit de vote est accordé aux ressortissants d'une commune du canton ou à ceux qui y ont été anciennement domiciliés. » (thèse 4.15.2 ; unanimité) ; « Les Suisses de l'étranger n'ont pas le droit de vote au niveau communal. » (thèse 4.16 ; 14 contre 1) ; « Les Suisses de l'étranger ne sont pas éligibles aux niveaux cantonal et communal. » (thèse 4.14 ; unanimité). Lors de la séance du mercredi 24 avril 2002, le plénum a suivi ces propositions, sans que le sujet soulève de véritable discussion ¹⁴⁹.

¹⁴⁶ HANGARTNER (op. cit. note 2 *in fine*), 245.

¹⁴⁷ Art. 26 Cst. FR et 2 al. 1 de la Loi du 6 avril 2001 sur l'exercice des droits politiques (RSF 115.1).

¹⁴⁸ www.fr.ch/constituante/doc/fichiers/rapp_comm/rapp_finaux/C4.doc.

¹⁴⁹ La seule – brève – discussion a eu pour objet la proposition du groupe socialiste, présentée et défendue par Mme Anna Petrig, de limiter la capacité active aux Suisses de l'étranger qui ont eu leur *dernier* domicile suisse dans le canton de Fribourg. Cet amendement à la thèse 4.15.2 a été rejeté par 79 contre 37, avec une abstention. Le procès-verbal succinct de la séance peut être consulté à l'adresse www.fr.ch/constituante/nc/etat.asp.

Des lignes qui précèdent, il ressort que nous approuvons les thèses 4.15 et 4.16. En ce qui concerne l'éligibilité (thèse 4.14), l'assemblée aurait pu sans grand risque décider de l'ouvrir aux Suisses de l'étranger.

SCHLUSSBEMERKUNGEN

Für kein anderes Recht wurde ähnlich verbittert gekämpft, wie für das Stimmrecht. Zu Recht, denn eine Gesellschaft, in die sich das Individuum ohne minimale Mitbestimmungsrechte einfügen muss, ist eine Beleidigung seiner Vernunft, eine Verachtung der geistigen Autonomie und letztlich eine Missachtung des höchsten Wertes überhaupt: der Menschenwürde. Umso mehr erstaunt es, dass unsere doch nicht mehr so jungen Demokratien, welche genau aus diesen Überlegungen entstanden sind, sich mit der Entwicklung der politischen Rechte so schwer tun. Immerhin wurde ein gewaltiger Schritt mit der Einführung des Frauenstimmrechts gemacht. Im Bereich des Stimmrechts für Ausländerinnen und Ausländer sowie Auslandschweizerinnen und Auslandschweizer sind auf diversen Ebenen Bestrebungen, die demokratischen Partizipationsmöglichkeiten auszubauen, im Gang. Dennoch müssen wir feststellen, dass gerade *der* Pfeiler unserer Gemeinschaft, auf welcher die Rechtfertigung aller Staatsgewalt letztlich lastet, seine endgültige Gestalt noch nicht angenommen hat, sondern sich immer noch im Aufbau befindet: Das Recht bleibt eben in Bewegung.

DROIT CIVIL

ZIVILRECHT

STREIFZÜGE DURCH ABGESCHLOSSENE UND BEVORSTEHENDE ZGB-NOVELLEN

Erwin Jutzet

Rechtsanwalt, Nationalrat

Seit 1996 durfte ich in der nationalrätlichen Rechtskommission verschiedene Teilrevisionen des ZGB mitgestalten und sie als Berichterstatter im Nationalrat vertreten. Im Folgenden möchte ich auf die Genese, einige umstrittene Fragen und die Schwierigkeiten in der Anwendung der Gesetzesnovellen namentlich im Scheidungsrecht eingehen. Schliesslich werde ich auf einige vorgesehene Revisionen Ausschau halten.

I. ABGESCHLOSSENE REVISIONEN

A. Elektronische Führung der Personenstandsregister

Der Titel sagt, um was es geht. Die rund 1740 Zivilstandskreise bzw. die Beurkundung des Personenstandes, die dort erfolgt, soll vom Bund in einer zentralen Datenbank informatisiert werden. Die Funktionen der bisherigen Register (mit Familien-, Geburts-, Ehe-, Kindesanerkenntnis- und Todesregister) werden zwar grundsätzlich erhalten, aber durch ein personenbezogenes Standesregister abgelöst. Die Daten werden in den Kantonen eingegeben und können dort abgerufen werden, fliessen aber auf einer einzigen Datenbank zusammen. Nach der Verabschiedung durch das Parlament im Herbst 2001 sollen Pilotbetriebe bereits im Jahre 2002 stattfinden und im Jahre 2003 soll der Vollbetrieb starten können.

Ein besonderes Augenmerk wurde dem Datenschutz in diesem heiklen Bereich gewidmet. Das Datenschutzgesetz ist zwar nicht formell anwendbar, dessen Grundgehalt und Standart werden aber übernommen (Art. 43a Abs. 1 ZGB)¹. Art. 43a Abs. 3 regelt die Zugriffsberechtigung der verschiedenen Ämter ausserhalb des Zivilstandswesens. Dieser Zugriff beschränkt sich auf die zur Erfüllung der gesetzlichen Aufgaben nötigen Daten. In Bezug auf die Zugriffsberechtigung kantonaler Ämter verlangte das Parlament ein formelles kantonales Gesetz (und nicht bloss eine Verordnung oder ein Reglement).

¹ Botschaft vom 14.02.2001, BBl 2001 I 1653, Ziff. 2.2.31 (mit Hinweis auf Botschaft vom 15.11.1995 über die Änderung des ZGB, BBl 1996 I 51 Ziff. 211.22).

Das Verfahren für den Zugriff auf Daten zur Überprüfung der Identität einer Person (sogenanntes Abrufverfahren) wird vom Gesetzgeber abschliessend geregelt (Art. 43a Abs. 4). Der Bundesrat und die Kantone haben demnach keinen Raum mehr, den Zugriff im Abrufverfahren weiterer Ämter auf die zentrale Datenbank zu ermöglichen.

Die Vorschriften zur Wahrung des Adoptionsgeheimnis bleiben unverändert streng (vgl. allerdings die Neuerungen im Adoptionsrecht unter II. B. 2 hiernach). Für besonders sensible Bereiche wie das Samenspenderregister, welches vom Eidgenössischen Amt für Zivilstandswesen aufgrund des Fortpflanzungsmedizingesetzes geführt wird, hat der Bundesrat den Datenschutz streng geregelt, so dass gesagt werden kann diese Register seien praktisch hermetisch.

Soweit Daten in der zentralen Bank ereignisbezogen rückerfasst sind, werden sie in den Papierregistern mit einem entsprechenden Vermerk ausgegliedert. Es ist zu hoffen, dass der Bund eine koordinierende Rolle wahrnehmen wird, damit es bei der Rückerfassung der Daten durch die Kantone nicht zu grossen Unterschieden und damit zu möglichen Disparitäten kommt. Diesbezüglich sind offenbar zwischen einzelnen Kantonen und dem Bund rege Diskussionen im Gange.

Ahnen- und Familienforscher benötigen eine Bewilligung der kantonalen Aufsichtsbehörde, welche besondere Auflagen zum Datenschutz machen muss. In einigen Kantonen liegen diesbezüglich mustergültige Verfügungen vor. In den Augen der Gesellschaft für Familienforschung wird die Informatisierung der Zivilstandsregister die professionelle Familienforschung erheblich erschweren. Die Zivilstandsregister sind aufgrund der kantonalen Archivierungsgesetze als Kulturgüter aufzubewahren. Da keine Parallelführung vorgesehen ist, werden die Papierregister mit der fortschreitenden Einführung der elektronischen Datenbank verschwinden. Allerdings wurden aus Kostengründen die Kantone nicht verpflichtet, eine systematische Rückerfassung aller Daten durchzuführen, so dass die Papierregister neben der neuen Datenbank noch während Jahrzehnten gebraucht werden.

B. Adoptionsrecht

Im Jahre 2001 ratifizierte das Parlament das Haager Übereinkommen vom 29. Mai 1993 über den Schutz von Kindern und die Zusammenarbeit auf dem Gebiete der internationalen Adoption (Haager Adoptionsübereinkommen, HAÜ). Gleichzeitig verabschiedete es ein Vollzugsgesetz zu diesem Übereinkommen, das Bundesgesetz zum Haager Adoptionsübereinkommen und über

Massnahmen zum Schutze des Kindes bei internationalen Adoptionen (BG-HAÜ).

1. *Das Haager Adoptionsübereinkommen*

Das Haager Adoptionsübereinkommen formalisiert und institutionalisiert die Zusammenarbeit zwischen dem Herkunftsstaat des Kindes und dem Aufnahmestaat. Jeder Staat bezeichnet eine zentrale Behörde als Ansprechpartnerin. Der Herkunftsstaat hat die Pflicht sich zu vergewissern, dass ein Kind unter Respektierung des freien Willens der Eltern und nach gebührender Beratung zur Adoption freigegeben wurde, eine internationale Adoption dem Wohle des Kindes dient und dessen Wünsche altersentsprechend berücksichtigt wurden. Der Aufnahmestaat garantiert für eine solide Eignungsabklärung der Adoptiveltern und das Einreise- und ständige Aufenthaltsrecht (Art. 4 f. sowie 15 ff.). Künftige Adoptiveltern leiten das Verfahren ein, indem sie einen Antrag an die zentrale Behörde ihres Staates richten (in der Schweiz einen Antrag auf Erteilung einer vorläufigen Bewilligung zur Aufnahme eines Pflegekindes). Nicht geregelt ist im HAÜ die Frage der Zuständigkeit für den eigentlichen Adoptionsbeschluss. Die Vertragsstaaten verpflichten sich aber, rechtmässig zustande gekommene Adoptionsbeschlüsse anzuerkennen (Art. 23). Falls eine im Heimatstaat durchgeführte Adoption nicht die Beendigung des früheren Eltern-/Kind-Verhältnisses bewirkt (sog. einfache Adoption), so kann sie im Aufnahmestaat in eine Adoption mit einer derartigen Wirkung umgewandelt werden (sog. Volladoption), sofern das Recht des Aufnahmestaates dies gestattet und die notwendigen Abklärungen und Zustimmungen vom Heimatstaat vorliegen.

2. *Das Bundesgesetz zum HAÜ*

a) Der Beitritt zum Haager Übereinkommen war unbestritten. Mehr Schwierigkeiten bot dem Parlament die Umsetzung dieses Übereinkommens. Dabei galt es auch, Lösungen vorzusehen für internationale Adoptionen aus Ländern, die dem Übereinkommen nicht beigetreten sind. Besonders umstritten zwischen dem Nationalrat einerseits und dem Ständerat und der Verwaltung andererseits war die Frage der Aufsicht über die Adoptionsvermittlung². Entgegen dem Entwurf, welcher diese Befugnis den Kantonen überlassen wollte, liess sich der Nationalrat bzw. eine vorberatende Rechtskommission dabei vor allem von den Erfahrungen der bewährten Vermittlungsstellen leiten, welche eine einzige Bundesinstanz für die Bewilligung und Aufsicht von Adoptionsvermittlungsstellen empfahl. Diese Position konnte sich schliesslich im Differenzbereinigungsverfahren durch-

2 Vgl. dazu Ruth REUSSER, Neuerungen im Adoptionsrecht des Zivilgesetzbuches in ZVW, Nr. 1-2/Sonderausgabe 2001 Gratulation an Cyril Hegnauer, S. 142.

setzen (Art. 27). Neu verpflichtet das Bundesrecht (Art. 316 Abs. 1^{bis} ZGB) die Kantone, eine einzige Behörde einzurichten, welche für die Pflegekinder zur späteren Adoption zuständig ist. Diese Behörde wird künftig auch zuständig sein für die Umsetzung des Haager Übereinkommens im Einzelfall, d.h. für die Eignungsabklärung der Adoptiveltern und für den sogenannten Matching-Entscheid, nämlich dass alle Voraussetzungen für eine Adoption nach dem Herkunfts- und dem Aufnahmestaat vorliegen und die Adoption damit als rechtsgültig festgestellt werden kann.

- b) Hier scheint mir ein kleiner Exkurs in die Pflegekinderverordnung geboten. In der Praxis bietet die Umsetzung der Pflegekinderverordnung in den Kantonen Abgrenzungsschwierigkeiten. Tatsächlich ist der Entscheid darüber heikel, ob im Einzelfall familienergänzende Betreuungen (private Kinderkrippen, Tageseltern u.ä.) unter die Pflegekinderaufsicht fallen oder aufgrund der Schul-, Gesundheits- oder Sozialhilfegesetzgebung einer besonderen Aufsicht unterstehen. Mit der programmatischen Verpflichtung der UNO-Kinderrechtskonvention (Art. 18), wonach die Vertragsstaaten solche Betreuungsinstitutionen unterstützen sollen und aufgrund der Tatsache, dass immer mehr junge Mütter im Arbeitsmarkt integriert bleiben wollen, scheint die Pflegekinderverordnung nicht die geeignete *sedes materiae* für die Regelung dieser doch von den typischen Pflegekindern grundlegend verschiedenen Situation zu sein³. Vielmehr sind hier die kantonalen Gesetzgeber gefordert. Da die Pflegekinderverordnung eine andere Materie beschlägt, scheint diese auch nicht – mangels kantonaler Gesetzgebung – subsidiär anwendbar.
- c) Das Parlament benützte die Gelegenheit der Umsetzung des Haager Übereinkommens zu einer kleinen, aber tiefgreifenden Revision des Adoptionsrechts. Diese besteht darin, dass dem Adoptivkind das Recht eingeräumt wird (Art. 268c ZGB), über seine Abstammung und die Personalien der leiblichen Eltern nach Vollendung seines 18. Lebensjahres Auskunft zu verlangen. Diese neue Bestimmung stützt sich auf Art. 119 Abs. 2 lit. g der neuen BV (vormals Art. 24^{novies}), wonach jede Person Zugang zu den Daten über ihre Abstammung haben soll und lehnt sich eng an das Fortpflanzungsmedizinengesetz (Art. 27) an. Bereits vor Inkrafttreten der Gesetzesnovelle am 1. Juli 2002 hat das Bundesgericht in einem zur Publikation vorgesehenen Entscheid vom 4. März 2002⁴ in Anlehnung an seinen Entscheid 125 I 257 entschieden, dass volljährige Adoptivkinder einen unbedingten

³ Vgl. dazu Antwort des Bundesrates auf die Interpellation FEHR Jacqueline, Umsetzung der eidgenössischen Pflegekinderverordnung, vom 31. Oktober 2001.

⁴ 1P.460/2001 ; vgl. NZZ vom 20.03.2002, S. 15 sowie Aktuelle bundesgerichtliche Rechtsprechung in SJZ 98 (2002) S. 232, bearbeitet von Markus FELBER.

verfassungsrechtlichen Anspruch auf Kenntnis ihrer leiblichen Eltern haben, und zwar gilt dieses Recht selbst im Falle, wo das Kind bei einer Vergewaltigung gezeugt worden war. Es fragt sich, ob dieser absolute Anspruch und damit der Ausschluss jeglicher Möglichkeit einer Interessenabwägung durch die Behörden wirklich jedem Einzelfall gerecht werden kann.

C. Das neue Scheidungsrecht

Das neue Scheidungsrecht ist vor allem in der Praxis auf viel Kritik gestossen⁵. Diese Schwierigkeiten haben mich dazu geführt, bereits im Jahre des Inkrafttretens (Herbst 2000) ein Postulat⁶ einzureichen, welches in der Frühjahres-Session 2001 in Lugano angenommen wurde und mit welchem der Bundesrat beauftragt wird, mit den Praktikern (Anwälten, Richtern und andere Behörden) einen Revisionsbedarf abzuklären. Ich verwies namentlich auf die Schwierigkeiten bei der Bedenkfrist (Art. 111 Abs. 2 ZGB), die als zu lange empfundene vierjährige Trennungszeit als Voraussetzung für die Scheidungsklage nach Art. 114 ZGB (namentlich bei kurzen, kinderlosen Ehen), die Probleme und uneinheitliche Anwendung bei der Kinderanhörung und die enormen praktischen Schwierigkeiten in bezug auf die Ausgleichung der Freizügigkeitsleistung. In der Zwischenzeit hat Nationalrätin Lili NABHOLZ eine parlamentarische Initiative⁷ für eine zweijährige scheidungs begründende Trennungsfrist eingereicht. Diese wird von einer Minderheit der nationalrätlichen Rechtskommission bestritten. Sie sieht in der Wartefrist einen wirtschaftlichen Schutz für die nicht scheidungswillige Partei. Dieses praktisch einzige rationale Argument entfällt mit der neuesten bundesgerichtlichen Rechtsprechung zum Eheschutz (BGE 128 III 65 sowie nicht publizierter Entscheid vom 22.11.01⁸). Danach ist Art. 125 ZGB auch im Eheschutzverfahren zu berücksichtigen, sofern die Wiederaufnahme des ehelichen Lebens aller Voraussicht nach auszuschliessen ist.

Obwohl das Bundesgericht in seiner neuesten Rechtsprechung zu einer flexibleren Auslegung von Art. 115 ZGB (Unzumutbarkeit) neigt (vgl. BGE 128 III 1, 127 III 129, 342), darf diese Bestimmung auch nicht überstrapaziert werden. Das Bundesgericht beurteilt die Frage der Unzumutbarkeit der Fortführung der Ehe nach Recht und Billigkeit. Dabei wurde erst kürzlich in einem offenbar nicht zur Veröffentlichung bestimmten Urteil entschieden (Entscheid

5 Vgl. neuerdings Daniel BÄHLER, Scheidungsrecht in erster Instanz *in* Plädoyer 1/02 S. 36 ff.

6 PO.00.3681.

7 Pa.Iv.01.408.

8 5P.312.

vom 11.12.2001)⁹, dass weder der fehlende Wille eines Ehegatten, die Gemeinschaft wieder aufzunehmen, noch die Tatsache, dass beide von einem neuen Partner ein Kind haben, noch der Umstand, dass eine Scheidung für die Ehefrau ohne wirtschaftliche Nachteile wäre, ausreiche, um das Festhalten an der Ehe als rechtliche Verbindung unzumutbar zu machen. Die mangelnde Einwilligung der Ehefrau in die Scheidung könne auch dann nicht als offensichtlich rechtsmissbräuchlich gewertet werden, wenn sie zugegebenermassen den Ehemann bestrafen und dessen Heirat mit deren Nichte verhindern wolle. Das Bundesgericht (II. Zivilabteilung) ist sich alles andere als einig in dieser Frage. So kamen die erwähnten Entscheide jeweils je nach Zusammensetzung mit Zufallsmehr von 3-2 zustande. Der Meinung einiger Autorinnen, das Bundesgericht könnte Art. 115 ZGB flexibler und sogar im Sinne einer Anlehnung an den früheren Art. 142 ZGB auslegen, kann nicht beigeplichtet werden. Einer solchen Auslegung steht der Wortlaut des Gesetzes und auch die Botschaft des Bundesrates sowie vor allem der Gedanke entgegen, dass die « schmutzige Wäsche » nicht mehr in die Scheidungsgerichte hineingehört¹⁰.

Bei allen Bemühungen des Bundesgerichtes, an das Vorliegen eines schwerwiegenden Grundes, welcher die Weiterführung der Ehe unzumutbar erscheinen lässt, keine übertriebenen Anforderungen zu stellen (127 III 129), ist doch der Wille des Gesetzgebers zu respektieren, wonach das Scheidungsrecht verschuldensunabhängig sein soll. Dieses Ziel würde klar verfehlt, wenn der Scheidungsgrund der Unzumutbarkeit nach Art. 115 ZGB extensiv ausgelegt würde. Es kann tatsächlich nicht angehen, auf dem Umwege dieser Bestimmung die vom Gesetzgeber gewollte Ausschaltung der Verschuldensfrage wieder insgeheim einschleichen zu lassen. Um der heute bestehenden und sich langsam breitmachenden Praxis entgegenzuwirken, wonach die Zustimmung zum gemeinsamen Scheidungsbegehren erkaufte bzw. im Falle von Aufenthaltsbewilligungen ausländischer Ehegatten erduldet werden muss, besteht ein gesetzgeberischer Handlungsbedarf für eine Differenzierung der Trennungsfrist. Diesbezüglich besteht auch bereits ein Vorstoss der Rechtskommission¹¹, welche den Bundesrat auffordert, eine Vorlage auszuarbeiten, wonach die in Art. 114 und Art. 115 ZGB vorgesehenen Trennungsfristen unter Berücksichtigung der Ehedauer sowie des Umstandes, ob gemeinsame unmündige Kinder vorhanden sind, neu geregelt werden soll. Der Bundesrat ist eher skeptisch, das Gesetz kurz nach seinem Inkrafttreten bereits wieder abzuändern. Er ist aber

⁹ 5C.242/2001.

¹⁰ Vgl. zum Ganzen Alexandra RUMO-JUNGO, Die Scheidung auf Klage in AJP 12/99 (Sondernummer) S. 1530 ff. und Jean-François PERRIN, Les causes de divorce selon le nouveau droit in Renate PFISTER-LIECHTI (Herausgeberin), De l'ancien au nouveau droit de divorce, étude de droit suisse, Berne 1999, S. 25 ff.

¹¹ Motion Kommission für Rechtsfragen NR (01.408), Minderheit THANEL.

bereit, diese Motion in Form eines Postulates anzunehmen¹². In Anbetracht der doch tiefsitzenden Renitenz der Verwaltung besteht allerdings die Befürchtung, dass bei einer Abweisung der parlamentarischen Initiative NABHOLZ und einer Vertröstung mit dem erwähnten Postulat die meines Erachtens dringende Revision auf die lange Bank geschoben wird.

Schwierigkeiten bietet auch die Verpflichtung zur Anhörung der Kinder durch das Gericht (Art. 144 ZGB). Diesbezüglich hat sich eine sehr unterschiedliche Praxis ergeben. Diese Praxis ist nicht nur von Kanton zu Kanton verschieden, sondern sogar innerhalb des Kantons (so auch im Kanton Freiburg). Einige Gerichte nehmen diese gesetzliche Verpflichtung sehr genau, während andere die Eltern bereits bei der Anhörung darauf aufmerksam machen, dass die Kinder einfach mitteilen können, sie möchten nicht angehört werden! Auch bei der Genehmigung einer Konvention betreffend das gemeinsame Sorgerecht (Art. 133 Abs. 3 ZGB) sind die Gerichte besonders gefordert. Der Gesetzgeber wollte für diese neue Möglichkeit die Hürde im Interesse der Kinder hoch ansetzen. Das Gericht hat deshalb von Amtes wegen in jedem einzelnen Fall ganz besonders zu prüfen, ob das gemeinsame Sorgerecht wirklich dem Kindeswohl dient (und nicht nur beispielsweise dem Prestigedenken des Vaters). Vor allem ist genau hinzusehen, ob das gemeinsame Sorgerecht von einem Elternteil nicht bloss als Konzession eingegangen wurde (z.B. für die Einwilligung in die Scheidung des anderen Elternteils oder wegen finanziellen Versprechungen oder aus einer Notlage oder aus schlechtem Gewissen, weil man dem Partner nicht auch noch die Kinder wegnehmen will). Solche Erwägungen dürfen bei der Genehmigung einer entsprechenden Konvention keine Rolle spielen.

Schliesslich wird auch die Regelung der hälftigen Teilung der Freizügigkeitsguthaben im Sinne von Art. 122 ff. ZGB als schwerfällig empfunden. Wenn auch der Grundsatz der hälftigen Teilung nicht eigentlich bestritten und allgemein als gerecht empfunden wird, führt die Durchführung doch in Einzelfällen zu stossenden Ergebnissen und bereitet vor allem die Ausrechnung und Durchführung in der Praxis Schwierigkeiten. Ungerecht und vom Gesetzgeber wohl nicht im Visier war beispielsweise jener Fall, wo eine Krankenschwester, welche jahrelang in Teilzeit arbeitete, bei der Scheidung ihrem Mann, welcher als Selbständiger arbeitete, die Hälfte ihres Freizügigkeitsguthabens überweisen musste. Schwierigkeiten bietet auch die Frage der Tragung des Zinsverlustes bei Vorbezug für Wohneigentum¹³. Auch das massgebende Datum für die Berechnung der Austrittsleistung gemäss Gesetz (Art. 122 Abs. 1 ZGB « für

¹² Antwort vom 8. März 2002 (01.3645).

¹³ Vgl. dazu Regina E. AEBY-MÜLLER sowie Thomas KOLLER in ZBJV 137 (2001) S. 132 sowie 137.

die Ehedauer») ist nicht praxisorientiert. Das Datum der Rechtskraft eines Scheidungsurteils ist von verschiedenen, teilweise beeinflussbaren (z.B. Kanton Freiburg: das Einreichen der Bestätigungserklärung erst am letzten Tag der achtmonatigen Frist), teilweise nicht beeinflussbaren (Belastung der Gerichte, Gerichtsferien) Faktoren abhängig. Wenn die Parteien sich nicht vernünftigerweise auf einen Stichtag (beispielsweise Ende Jahr oder am Tag der Anhörung vor Gericht) einigen können, müsste das Gericht, streng genommen, nach der Rechtskraft des Scheidungsurteils einen neuen Versicherungsausweis verlangen per Datum Rechtskraft oder eine entsprechende Anweisung an die Versicherungen geben. Dies bedeutet nicht nur einen grossen Mehraufwand für die Gerichte und die Pensionskassen, sondern verhindert auch das clean break, müssen doch auch die Parteien nach der Anhörung immer wieder mitwirken, was zum Teil als mühsam empfunden wird.

D. Erbrecht

Mit einer parlamentarischen Initiative¹⁴ wollte Nationalrat Marc SUTTER den in der Doktrin allmählich ausufernden und der Rechtssicherheit abträglichen sogenannten Achtelsstreit bei Art. 473 ZGB einer gesetzlichen Lösung zuzuführen. Wegen der grossen Tragweite und um das « Fuder nicht zu überladen » wurde die Behandlung dieser Initiative von der ursprünglich vorgesehenen Behandlung im Rahmen der Revision des Scheidungsrechts in ein separates Verfahren ausgelagert. Die Rechtskommission des Nationalrates bildete dafür eine Subkommission und hörte dabei namentlich die Professoren GEISER und WIELAND an. Nachdem sie sich in einer ersten Phase für eine frei verfügbare Quote von 3/8 entschieden hatte, kam sie nach der Stellungnahme des Bundesrates darauf zurück und nahm, was ich nicht ohne Stolz erwähnen darf, meinen Minderheitsantrag, nämlich die von Professor Bernhard SCHNYDER angeregte Mittellösung, 2/8 (1/4) an. Gleichzeitig merzte sie eine bisher bestehende Diskriminierung der während der Ehe gezeugten nicht gemeinsamen Nachkommen im Verhältnis zu den übrigen, ausserhalb der Ehe geborenen Nachkommen in Art. 473 Abs. 1 ZGB aus. Wie bereits im Güterrecht (Art. 216 Abs. 2 und Art. 241 Abs. 3 ZGB) galt es, die Pflichtteile aller nicht gemeinsamen Nachkommen gleich zu behandeln. Diese können im Unterschied zu den gemeinsamen Nachkommen den überlebenden Ehegatten von Gesetzes wegen nicht beerben, sodass eine Privilegierung des überlebenden Ehegatten ihnen gegenüber nicht gerechtfertigt erscheint.

Beim sogenannten Achtelsstreit suchte die Rechtskommission, welcher das Parlament folgte, einen pragmatischen Weg, wobei sie sich hütete, sich in den

¹⁴ 97.457.

doktrinären Streit einzumischen. Als Kommissionssprecher sagte ich damals: « Der Entscheid war vielmehr das Ergebnis einer Abwägung der Interessen des überlebenden Ehegatten einerseits und der Interessen der Nachkommen bzw. des Schutzes ihres Pflichtteils andererseits. Diese Abwägung war deshalb nicht so einfach, weil das Gesetz bekanntlich für alle gilt, für Durchschnittsvermögen, aber auch für Milliardenvermögen. Dort stellen sich vielleicht andere, heiklere Fragen. Wir haben einen tragfähigen Kompromiss zwischen den politischen Richtungen, aber auch zwischen den Landesteilen gefunden. Schliesslich haben wir auch eine Prüfungsfalle für Rechtsstudenten aus der Welt geschafft. Die Studenten werden es uns sicher danken »¹⁵. Diese Revision wird voraussichtlich anfangs 2003 in Kraft treten. Übergangsbestimmungen sind keine vorgesehen, sodass das neue Recht aufgrund von Art. 15 SchlT ZGB für Fälle, bei denen der Erblasser nach dem Inkrafttreten stirbt, gelten wird.

II. VORGESEHENE REVISIONEN

A. Zwangssterilisationen und -kastrationen

Aufgrund einer parlamentarischen Initiative von Margrit VON FELTEN¹⁶ arbeitet die Rechtskommission des Nationalrates derzeit ein von einer Subkommission vorbereitetes Gesetz über die Voraussetzungen und das Verfahren bei Sterilisationen und über die Entschädigung der Opfer von Zwangssterilisationen und Zwangskastrationen aus. Dieses Gesetz regelt einerseits die Voraussetzungen, unter denen eine Sterilisation zulässig ist sowie das anwendbare Verfahren und andererseits die Entschädigung von Personen, die in der Vergangenheit Opfer von solchen Zwangseingriffen geworden sind. Dieser Gesetzesentwurf verdient hier Erwähnung, weil ein enger Zusammenhang mit dem Vormundschaftsrecht besteht. Die Voraussetzungen für Zwangssterilisationen sind heute von Bundesrechts wegen nicht geregelt und auch auf kantonaler Ebene bestehen wenige Regelungen. Der Kanton Freiburg mit seinem neuen Gesundheitsgesetz bildet hier eine löbliche Ausnahme. Das freiburgische Gesetz diente denn auch vielfach als Muster für das neue Gesetz. Nach diesem wird eine Sterilisation von Personen unter 18 Jahren sowie von vorübergehend Urteilsunfähigen völlig verboten bleiben. Die Sterilisation von dauernd Urteilsunfähigen ist ebenfalls grundsätzlich verboten. Ausnahmsweise ist sie zulässig, wenn kumulativ verschiedene Voraussetzungen erfüllt sind. Der Entscheid obliegt bei der vormundschaftlichen Aufsichtsbehörde. Diese holt vorher über die Urteilsunfähigkeit der betroffenen Person und die Dauer dieses

¹⁵ Amtl. Bull. NR 2001 610 f.; vgl. dazu auch P. BREITSCHMID, *Entwicklungen im Erbrecht in SJZ* 98 (2002) S. 125.

¹⁶ Pa.Iv.99.451.

Zustandes ein Gutachten eines Spezialarztes ein, lässt sich über die sozialen und persönlichen Verhältnisse der betroffenen Person durch eine Fachperson einen Bericht erstellen, hört als Gesamtbehörde die betroffene Person und die dieser nahestehenden Personen an.

Ein weiteres Kapitel regelt die Entschädigung von Opfern von Zwangseingriffen vor Inkrafttreten des neuen Gesetzes. Die Entschädigung und die Genugtuung, welche innert dreier Jahre nach Inkrafttreten des neuen Gesetzes geltend gemacht werden müssen, richten sich weitgehend nach den Grundsätzen des Opferhilfegesetzes.

B. Registrierte Partnerschaft gleichgeschlechtlicher Paare

Im November 2001 schickte der Bundesrat den Bericht und Vorentwurf über ein Bundesgesetz über die registrierte Partnerschaft gleichgeschlechtlicher Paare in die Vernehmlassung. Das neue Gesetz soll die Begründung, die Wirkungen und die Auflösung der registrierten Partnerschaft gleichgeschlechtlicher Paare regeln. Danach können zwei Personen gleichen Geschlechts ihre Partnerschaft amtlich registrieren lassen. Sie verbinden sich damit zu einer Lebensgemeinschaft mit gegenseitiger Verantwortung. Ihr Personenstand lautet « in registrierter Partnerschaft ». Die Voraussetzungen und Wirkungen für die Begründung der registrierten Partnerschaft lassen sich vom Eherecht inspirieren. Bei Streitigkeiten (z.B. in bezug auf die Wohnung oder den Unterhalt, die Vertretung der Gemeinschaft und das Getrenntleben) gelten weitgehend die Regeln des Eheschutzverfahrens. Ein eigentliches « Ehegüterrecht » ist nicht vorgesehen. Hingegen soll die registrierte Partnerschaft hinsichtlich des Erbrechtes dieselben Rechtswirkungen wie die Ehe haben. Dasselbe gilt für das Sozialversicherungsrecht, wo der überlebende Partner/in die gleiche Rechtsstellung wie ein Witwer/Witwe haben soll. Ein eigentlicher Eheschluss ist nicht vorgesehen. Auch soll die registrierte Partnerschaft keine Zulassung zur Adoption noch zum fortpflanzungsmedizinischen Verfahren erhalten. Das neue Gesetz wird auch Auswirkungen auf das Bürgerrecht und das vorgesehene Ausländerrecht haben.

Es ist vorauszusehen, dass dieses brisante Thema zu ausgiebigen Diskussionen im Parlament und wohl auch zu einer Volksabstimmung Anlass geben wird. Zu beachten ist, dass jedenfalls zur Zeit noch kein Gesetzesentwurf für die Regelung eines Konkubinates heterogener Partner, also ein Gesetz über eine « Ehe light » vorgesehen ist.

C. Stiftungsrecht

Bereits im Jahre 1995 nahm der Bundesrat Kenntnis von den Vernehmlassungsergebnissen eines von Professor RIEMER ausgearbeiteten Vorentwurfes für die Revision des Stiftungsrechtes. Aufgrund der widersprüchlichen Vernehmlassungen hat der Bundesrat offenbar weiche Knie bekommen und die Revision « schubladisiert ». Im Jahre 2000 reichte Ständerat SCHIESSER eine parlamentarische Initiative ein¹⁷. Diese Initiative zieht darauf ab, die Finanzierung von gemeinnützigen Stiftungen mittels Steuererleichterungen und einer Liberalisierung des Stiftungsrechtes zu verbessern. Im Entwurf RIEMER scheinen vor allem die Frage des Verbotes einer Unternehmensstiftung, die Vorprüfung durch die Aufsichtsbehörde sowie die Einrichtung einer obligatorischen Revisionsstelle umstritten zu sein¹⁸.

D. Vormundschaftsrecht

Die Expertenkommission sollte ihre Vorarbeiten, welche sie im Februar 1999 aufgenommen hat, im Frühjahr 2002 abschliessen. Danach ist ein Vernehmlassungsverfahren vorgesehen. Das Vormundschaftsrecht soll total revidiert werden. Dabei wird nicht mehr von Vormundschaft sondern von Erwachsenenschutz gesprochen. Dieser stützt sich auf folgende Leitlinien :

- allgemeines Recht der Personen und Vermögenssorge;
- Subsidiarität des Erwachsenenschutzes (Massnahmen nur soweit, als die Unterstützung durch Familie oder Sozialdienste nicht ausreichen);
- Förderung der Selbstbestimmung durch Einführung eines Vorsorgeauftrages und Regelung der Patientenverfügungen;
- Vermeidung von Etikettierung und Stigmatisierung;
- Konkretisierung des Verhältnismässigkeitsprinzipes (behördliche Massnahmen nach Mass in der Form von verschiedenen Arten von Beistandschaften).

In diesem Zusammenhang sollen auch die Bestimmungen über den fürsorglichen Freiheitsentzug und die Regelung der Zwangsbehandlung für die ganze Schweiz einheitlich überarbeitet werden.

¹⁷ Pa.Iv.00.461S.

¹⁸ Vgl. dazu die Zusammenstellung der Ergebnisse des Bundesamtes für Justiz vom 19.6.1995 sowie VONTOBEL/ÖCHSLIN/REETZ, Reformbedürftiges Stiftungsrecht *in* NZZ vom 16.2.1999.

E. Tier keine Sache

Nach dem Scheitern der parlamentarischen Initiative LOEB bzw. des von der Rechtskommission aufgrund dieser Initiative ausgearbeiteten Gesetzesentwurfes in der ersten Session des neuen Parlamentes (!) und nach der Lancierung zweier Tierinitiativen hat der Ständerat auf Grund einer parlamentarischen Initiative MARTY/BRUNNER/DAVID¹⁹ ein Gesetz ausgearbeitet und beschlossen, welches sich vom vorerwähnten Gesetzesentwurf kaum unterscheidet. Die Rechtskommission des Nationalrates empfiehlt dem Plenum Zustimmung ohne Änderung. Erwähnt seien dabei die Bestimmungen über den gefühlsmässigen Wert eines Tieres, dem im Rahmen des Schadenersatzrechts auch Rechnung getragen werden soll. Ebenso sollen Tiere, die im häuslichen Bereich und nicht zu Vermögens- oder Erwerbszwecken gehalten werden, nicht pfändbar bzw. verwertbar sein.

Wegweisend erscheint der vielleicht eher psychologisch anmutende Satz in Art. 641a Abs. 1 ZGB: « Tiere sind keine Sachen ».

F. Teilnutzungsrecht an Immobilien

Eine entsprechende parlamentarische Initiative DE DARDEL²⁰ ist in einem frühen Stadium. Die Initiative zielt auf eine Angleichung an das europäische Recht ab (Richtlinie 94/97/EG vom 26.10.1994). Der Bundesrat und wohl auch eine Mehrheit des Parlamentes möchten in der Regelung des Time-Sharings nicht so weit gehen und lediglich ein Widerrufsrecht solcher Verträge innert einer bestimmten Frist (z.B. 10 Tage) vorsehen. Prüfwert erscheint dem Bundesrat auch, die kommerziellen Vermittler solcher Verträge einer Bewilligungspflicht zu unterstellen²¹.

G. Schuldbrief als Registerpfandrecht

Der Bundesrat hat eine entsprechende Motion von Ständerat SCHIESSER im Jahre 1998 als Postulat angenommen. Danach soll der Schuldbrief alternativ oder exklusiv als papierloses Registerpfand statt wie bisher als Wertpapier ausgestaltet werden können. Man verspricht sich davon eine Vereinfachung und Verbilligung des Grundpfandkredites. Der Rechtsverkehr mit den papiermässig ausgestalteten Schuldbriefen ist aufwendig. Zudem bietet die Aufbe-

19 Pa.Iv.99.467S.

20 Pa.Iv.00.421.

21 Antwort des Bundesrates auf das Postulat FRICK, Schutz vor dubiosen Geschäftspraktiken beim Handel mit Wohnrechten, vom 8.10.1998 (P98.3488).

wahrung der Titel Sicherheitsprobleme. Titelverluste sind häufig und es müssen aufwendige Kraftloserklärungen durchgeführt werden.

III. SCHLUSSBEMERKUNGEN

Das Zivilgesetzbuch ist keine Bibel, sondern ein Werkplatz, eine Werkstatt. Es gilt, dieses Normengefäß der z.T. rasanten Entwicklungen der Gesellschaft und Technik anzupassen, damit das Gesetz nicht realitätsfremd hintennachhinkt. Eine spannende, herausfordernde Aufgabe!

SCHWEIZERISCHES FAMILIENRECHT IM WANDEL VON 1968 BIS 2002

Bernhard Schnyder

Em. Professor Universität Freiburg

I. EINLEITUNG

Vor 26 Jahren hat die Juristische Fakultät der Universität Basel für ihren Kollegen Hans Hinderling eine Festschrift mit dem Titel « Familienrecht im Wandel » herausgegeben¹. Der Ausdruck hat sich aber dermassen eingebürgert, dass er heute wohl keinen urheberrechtlichen Schutz mehr genießt.

Schon 1957 hatte das Eidg. Justiz- und Polizeidepartement (EJPD) unter dem Vorsitz des Neuenburger Professors JACQUES-MICHEL GROSSEN eine nur fünfköpfige Studienkommission eingesetzt zwecks Vorprüfung der parlamentarischen und ausserparlamentarischen Anregungen für die Revision des Familienrechts. Diese Kommission entledigte sich ihres Auftrags in Berichten vom 13. Juni 1962 und 28. Juni 1965 an das EJPD. Ihre Vorschläge waren mit zwei Ausnahmen eher punktueller Natur. Die eine Ausnahme betraf die Schaffung eines neuen gesetzlichen Güterstandes, der so genannten Eigenverwaltung, die andere substantielle Vorschläge für ein neues Adoptionsrecht. Im Dezember 1968 hat dann der damalige Vorsteher des Eidg. Justiz- und Polizeidepartements, Bundesrat LUDWIG VON MOOS, unter dem Vorsitz von Professor JACQUES-MICHEL GROSSEN eine Expertenkommission eingesetzt mit dem Auftrag, die Revision des schweizerischen Familienrechts an die Hand zu nehmen und etappenweise voranzutreiben². Bundesrat von Moos hatte eine sehr grosse Expertenkommission bestellt. Neben dem Präsidenten gehörten ihr vierundzwanzig Mitglieder an, unter ihnen eine für die damalige Zeit erfreulich grosse Zahl von acht Frauen. Die Kommission hat ihre Arbeit zu Beginn des Jahres 1969 aufgenommen. Der Schreibende war damals, vom noch jüngeren Kom-

1 F. VISCHER / A. STAEHELIN (Hrsg.), Familienrecht im Wandel, Festschrift für Hans Hinderling (Basel und Stuttgart 1976).

2 In der Botschaft des Bundesrates über die Änderung des Zivilgesetzbuches (Adoption und Art. 321 ZGB) vom 12. Mai 1971, BBl I S. 1200 ff., S. 1205 steht geschrieben: « Die Revision des Adoptionsrechts und des Artikels 321 ZGB soll die erste Etappe der Familienrechtsrevision bilden; in einer zweiten Revisionsetappe kommt das übrige Ausserehelichenrecht, in einer dritten Etappe das Ehegüter-, Ehescheidungs- und übrige Eherecht, in einer vierten Etappe das Vormundschaftsrecht an die Reihe. »

missionspräsidenten abgesehen, das jüngste Mitglied dieser Kommission. Diese Gnade der späten Geburt hat dazu geführt, dass ich als einziges Kommissionsmitglied, allerdings in je unterschiedlichem Ausmass, bei den Revisionen des Adoptionsrechts, des Kindesrechts, des Vormundschaftsrechts mit Bezug auf die fürsorgerischen Freiheitsentziehung, der Wirkungen der Ehe im Allgemeinen und des Ehegüterrechts, des Eheschliessungs- und Scheidungsrechts und nun auch des Erwachsenenvormundschaftsrechts mitwirken durfte und darf. Im Folgenden geht es nun nicht etwa darum, auch nur ansatzweise zu schildern, was alles sich in den letzten Jahrzehnten im schweizerischen Familienrecht geändert hat, sondern primär um Erfahrungen und Erkenntnisse des Schreibenden im Zusammenhang mit diesem Wandel von 1968 bis 2002³.

Nicht weniger als fünf Mitglieder der Landesregierung haben im letzten Drittel des vergangenen Jahrhunderts als Vorsteher des EJPD mit Erfolg die Vorlagen des Bundesrates zur Revision des Familienrechts vor den Eidgenössischen Räten vertreten. Bundesrat LUDWIG VON MOOS (Departementschef von 1960 bis 1971), der die grosse Expertenkommission eingesetzt hatte, war es auch noch vergönnt, den Ständerat von der in seiner Amtszeit geschaffenen Botschaft über die Adoption⁴ in der Wintersession 1971 zu überzeugen. Bundesrat KURT FURGLER (Departementschef von 1972 bis 1982) vertrat diese Vorlage vor dem Nationalrat und bei der Differenzenbereinigung. Die Schlussabstimmung fand am 30. Juni 1972 statt; die Revision ist am 1. April 1973 in Kraft getreten. Unter Bundesrat Furglers Amtszeit ist alsdann die Botschaft zur fürsorgerischen Freiheitsentziehung⁵ erschienen, vom Parlament beraten und in den Schlussabstimmungen vom 6. Oktober 1978 angenommen worden. Die Novelle trat am 1. Januar 1981 in Kraft. In seine Amtszeit fielen auch noch die Botschaft über den ersten Teil der Eherechtsrevision⁶ und deren erste parlamentarischen Beratungen. Bei den weiteren Beratungen der Eidgenössischen Räte vertrat Bundesrat RUDOLF FRIEDRICH (Departementschef von 1983 bis 1984) die Vorlage, welche in den Schlussabstimmungen vom 5. Oktober 1984 angenommen wurde. Da gegen die Revision mit Erfolg das Referendum ergriffen wurde, war im Abstimmungskampf Bundesrätin ELISABETH KOPP (Depar-

3 Dabei erfährt die fürsorgerische Freiheitsentziehung eine besondere Beachtung. Das beruht indessen darauf, dass der Schreibende in diesem Teil der Revision besonders involviert war.

4 Botschaft des Bundesrates über die Änderung des Zivilgesetzbuches (Adoption und Art. 321 ZGB) vom 12. Mai 1971 (BBl 1971 I S. 1200 ff.).

5 Botschaft über die Änderung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Fürsorgerische Freiheitsentziehung) und den Rückzug des Vorbehaltes zu Artikel 5 der Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten vom 17. August 1977 (BBl 1977 III S. 1 ff.); nachstehend zit. Botsch. FFE.

6 Botschaft über die Änderung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Wirkungen der Ehe im allgemeinen, Ehegüterrecht und Erbrecht) vom 11. Juli 1979 (BBl 1979 II S. 1191 ff.); nachstehend zit. Botsch. Eherecht.

tementschefin von 1984 bis 1989) engagierte Vorsteherin des EJPD. Das Schweizervolk hat bei dieser ersten Abstimmung über das ZGB nach einem heftig geführten Kampf mit 921'743 gegen 762'619 Stimmen die Vorlage am 22. September 1985 angenommen. Bei der nächsten Etappe wickelte sich das Geschehen unter Bundesrat ARNOLD KOLLER (Departementschef von 1989 bis 1999) ab. Die Botschaft zum neuen Eheschliessungs- und Scheidungsrecht trägt das Datum 9. Januar 1996⁷; die Revision wurde in den Schlussabstimmungen vom 26. Juni 1998 verabschiedet und trat ein Jahr vor der Jahrtausendwende am 1. Januar 2000 in Kraft. Bundesrat Koller hat auch noch kurz vor seinem Rücktritt durch Verfügung vom 11. März 1999 die Expertenkommission « Revision Vormundschaftsrecht » eingesetzt. Es ist gut möglich, dass die letzte Etappe, die Revision des Erwachsenenvormundschaftsrechts, von Bundesrätin RUTH METZLER (Departementschefin seit 1999) vor den parlamentarischen Kommissionen und vor den Räten vertreten wird.

II. ADOPTION

Die erste Revisionsetappe galt primär der Adoption, beziehungsweise der Ersetzung der bis dahin geltenden hybriden « Kindesannahme » durch eine neurechtliche Volladoption. Als Referent wirkte dabei der Zürcher Professor CYRIL HEGNAUER.

Wie aber aus dem Titel der Botschaft (siehe hierzu Anm. 4) hervorgeht, wurde auch der bisherige Art. 321 ZGB einer Revision unterzogen. Diese Bestimmung sah im Rahmen der Vaterschaftsklage unter dem Randtitel « Sicherstellung » vor, dass im Vaterschaftsprozess unter gewissen Voraussetzungen der Richter den beklagten « Vater » anhalten konnte, die mutmasslichen Kosten der Entbindung und des Unterhaltes des Kindes für die ersten drei Monate sicherzustellen. Da es damals mehrere Jahre dauern konnte, bis ein anthropologisch-erbbiologisches Gutachten erstellt war, waren diese Beiträge für drei Monate ein lächerlich kleiner Betrag. Das Bundesgericht hat sich aber entgegen kantonalen Instanzen standhaft geweigert, hier eine echte oder eine unechte Gesetzeslücke anzunehmen (BGE 91 II S. 169 E. 6e und vor allem BGE 93 I S. 403 ff. E. 4 und 5). Es hat ein Urteilen « entgegen dem Wortlaut » abgelehnt⁸. In den neuen Art. 321, 321a und 321b ZGB wurden alsdann die Hinter-

7 Botschaft über die Änderung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Personenstand, Eheschliessung, Scheidung, Kindesrecht, Verwandtenunterstützungspflicht, Heimstätten, Vormundschaft und Ehevermittlung) vom 15. November 1995 (BBl 1996 I S. 1 ff.); nachstehend zit. Botsch. Scheidungsrecht.

8 Siehe B. SCHNYDER, « Entgegen dem Wortlaut ... », in *Erhaltung und Entfaltung des Rechts in der Rechtsprechung des Schweizerischen Bundesgerichts, Festgabe der schweizerischen Rechtsfakultäten zur Hundertjahrfeier des Bundesgerichts (Basel 1975)*, S. 29 ff., S. 32.

legung geregelt, die vorläufige Zahlung ohne Befristung vorgesehen und die Zuständigkeit geordnet. Die diesbezüglich blauäugige Expertenkommission hatte vorgesehen, dass der Bund rückerstattungspflichtig würde, wenn ein Vater zu Unrecht Beiträge geleistet hätte; hier ist der Bundesrat in seiner Botschaft der Kommission nicht gefolgt. Die neuen Bestimmungen fanden später materiell unverändert Eingang in die Art. 282–284 ZGB des neuen Kindesrechts.

Kern dieser ersten Revision war indessen das neue Adoptionsrecht. Es hat im Wesentlichen die bis dahin geltende mittelstarke Kindesannahme durch die Voll-Adoption ersetzt. Nach bisherigem Recht behielt das Kind Rechtsbeziehungen zu seinen leiblichen Eltern und war die Kindesannahme grundsätzlich aufhebbar. Nach dem neuen Recht steht das Kind zu seinen Adoptiveltern im gleichen Verhältnis wie ein Kind zu seinen Eltern und erlöschen die Beziehungen zu den leiblichen Eltern. Diese Grundsatzentscheide sind der Expertenkommission nicht schwer gefallen. Im Zentrum stand überall das Kindeswohl. Als Leitbild schwebte der Kommission und damit nachher auch dem Gesetzgeber die Unmündigen-Adoption, namentlich die Kleinkinder-Adoption vor. Immerhin gestattet das Gesetz auch die Erwachsenenadoption, allerdings « nur Kinderlosen und nur in Situationen, die mit der Adoption Unmündiger vergleichbar sind »⁹. In der Kommission besprochen wurde unter anderem die Frage, ob die Adoption auch Auswirkungen auf das Bürgerrecht haben sollte. Die Kommission rang sich dann zur auch referendumspolitisch begründeten Lösung durch, dass nur das unmündige Kind das Bürgerrecht der Adoptiveltern erlange. Diese für das ZGB vorgesehene Rechtsfolge hat dann nach meinen Erfahrungen regelmässig auch dazu geführt, dass in kantonrechtlichen Korporationen Adoptivkinder Vollmitglieder wurden. Einen Misserfolg erlitten die Kommission und der Bundesrat mit dem Vorschlag, dass der Richter als hierfür zuständige Behörde die Adoption ausspreche. Diese Lösung hat bei den Beratungen in den Eidg. Räten Schiffbruch erfahren. Die Kantone haben denn auch weitestgehend nichtrichterliche Behörden als Adoptionsbehörden vorgesehen.

Besonderes Interesse galt dem Übergangsrecht. Eine Subkommission der Expertenkommission befasste sich damit im Senatssaal der Universität Freiburg. Nach dem Vorschlag der Expertenkommission blieben zwar die bisherigen Kindesannahmen unter altem Recht, sollte aber die Möglichkeit der Unterstellung unter das neue Recht gewährt werden. Die Eidg. Räte fügten dann noch die sogenannte « Nachadoption » hinzu, gemäss welcher während fünf Jahren nach Inkrafttreten des neuen Rechts volljährige Personen nach den neuen Bestimmungen adoptiert werden konnten, wenn das bisherige Recht die

⁹ C. HEGNAUER in Berner Kommentar 1984, N 4 zu Art. 266 ZGB.

Adoption während ihrer Mündigkeit nicht zugelassen hatte, die Voraussetzungen des neuen Rechts aber damals erfüllt gewesen wären (Art. 12c SchlTZGB).

Die Vorlage war nicht nur in den Räten unbestritten. Die neue Lösung, welche rechtsvergleichend durchaus auf der Linie der damaligen Gesetzgebungen lag, wurde als sinnvoller Ausbau des Familienrechts betrachtet. Sie fand gemeinhin eine gute Aufnahme. Das Referendum wurde nicht ergriffen.

Das neue Recht hat sich denn auch im Grossen und Ganzen bewährt. Mit Bezug auf die Stiefkindadoption, die im neuen Recht (allzu) stark privilegiert war, hat allerdings der Gesetzgeber durch BG vom 26. Juni 1998 zurückbuchstabiert (siehe neuen dritten Absatz des Art. 264a ZGB). Die heftigsten Kontroversen löste Art. 265c Ziff. 2 aus, wonach von der Zustimmung eines leiblichen Elternteils zur Adoption abgesehen werden kann, wenn er sich um das Kind nicht ernstlich gekümmert hat¹⁰. Diskussionen rankten sich auch um die Frage nach dem Anspruch des Kindes zu erfahren, wer seine leiblichen Eltern sind¹¹. Probleme entstanden schliesslich bei internationalen Adoptionen. Insbesondere bot ein Haager Übereinkommen vom Jahre 1993 dem Bundesrat Anlass, im Zusammenhang mit dessen Ratifikation den Eidg. Räten unter anderem eine Abänderung des ZGB mit Bezug auf die Dauer des Pflegeverhältnisses vorzuschlagen¹².

III. KINDESRECHT

Die bis dahin wichtigste Änderung des ZGB brachte die Schaffung des neuen Kindesrechts. Während der Bundesrat in der Botschaft zum neuen Adoptionsrecht noch das « Ausserehelichenrecht » als zweite Etappe der Familienrechtsrevision bezeichnet hatte, umfasste diese Etappe schliesslich das gesamte Kindesrecht¹³. Auch für diese Etappe waltete als Sachbearbeiter Professor CYRIL HEGNAUER¹⁴.

10 Zu dieser gelegentlich geradezu dramatischen Problematik siehe Y. BIDERBOST, Das Absehen von der elterlichen Zustimmung bei der Adoption, *in* AJP 1998, S. 1165 ff.

11 Hierzu siehe C. HEGNAUER, Grundriss des Kindesrechts und des übrigen Verwandtschaftsrechts (S. A. Bern 1999), N 13.11.

12 Siehe Botschaft betreffend das Haager Übereinkommen vom 29. Mai 1993 über den Schutz von Kindern und die Zusammenarbeit auf dem Gebiet der internationalen Adoption sowie das Bundesgesetz zum Haager Adoptionsübereinkommen und über Massnahmen zum Schutz des Kindes bei internationalen Adoptionen (BB1 1999 VI 5795 ff.). Die entsprechenden Erlasse vom 22. Juni 2001 sind beim Schreiben dieser Zeilen noch nicht in Kraft getreten.

13 Der sinnvolle Name « Kindesrecht », der sich heute völlig eingebürgert hat, war bis dahin kaum gebräuchlich.

14 Von HEGNAUER stammten denn auch u. a. zwei in diesem Zusammenhang bedeutsame Publikationen: Die Revision der Gesetzgebung über das aussereheliche Kindesverhältnis, *in* ZSR Bd. 84 II 1965, S. 1 ff. und Vom zweifachen Grund des Kindesverhältnisses, *in* ZSR Bd. 90 I, S.5 ff.

Wenn aber auch das gesamte Kindesrecht und nicht nur das Ausserehelichenrecht Thema dieser Revisi­onsetappe war, so bildete doch der grundsätzliche Entscheid, das aussereheliche Kind im Rahmen des Möglichen seine Ausserehelichkeit nicht entgelten zu lassen, den spektakulärsten Entscheid der Kommission und alsdann des Gesetzgebers. Noch zu Beginn der Kommissionsarbeiten der zweiten Etappe stand durchaus nicht fest, in welche Richtung sich das Vorhaben entwickeln würde. Der vom Referenten CYRIL HEGNAUER, dem « Vater » des neuen Kindesrechts, geschaffene Vorentwurf I brachte dann den Durchbruch. Im Protokoll der Sitzung der Expertenkommission vom 10. März 1971 steht im grundlegenden Einführungsvotum des Referenten unterstrichen der Satz: « Grundgedanke des vorliegenden Entwurfs ist dabei: das Kindesverhältnis ist grundsätzlich einheitlich zu regeln. »¹⁵ Sachbearbeiter, Expertenkommission, dann aber auch Departementschef, Bundesrat und Eidgenössische Räte haben sich wohl jeweils nach anfänglichem Zögern für diese nach damaliger Sicht recht radikale Lösung entschlossen, die unzweifelhaft und greifbar eines Besserstellung des faktisch ausserehelichen Kindes mit sich brachte. Die vom neuen Recht geschaffene Einheit des Kindesverhältnisses verhinderte nicht, dass hier und dort die elterliche Ehe nach ihrer sachlichen Funktion ihre Bedeutung beibehielt. Im Übrigen hat aber dieses Recht wo nötig der zweifachen Elternschaft, der genetischen und der sozialpsychischen, mancherorts Rechnung getragen.

Die Revision beschränkte sich aber lange nicht nur darauf, das aussereheliche Kind im Rahmen des Möglichen seine Ausserehelichkeit nicht entgelten zu lassen. So wurde etwa das Kindesunterhaltsrecht, das bis dahin vom Gesetzgeber nur stiefmütterlich behandelt war, umfassend geregelt. Was die Erziehung der Kinder anbelangt, wurde der Stichtentscheid des Vaters (« Sind die Eltern nicht einig, so entscheidet der Wille des Vaters ») ersatzlos gestrichen. Diese Lösung bereitete den Experten kaum Mühe. Die Einigungspflicht der Eltern hat denn auch in der Praxis kaum je zu Problemen, welche behördliche Entscheidungen nach sich gezogen hätten, geführt. Nach bisherigem Recht wurde das aussereheliche Kind durch Entscheid der Vormundschaftsbehörde unter die elterliche Gewalt des Vaters, dem das Kind im Stande folgte, oder der Mutter gestellt. Die Neuregelung, wonach die elterliche Gewalt bei Kindern unverheirateter Eltern grundsätzlich der Mutter zufiel, musste in der Kommission gegen Widerstand erkämpft werden. Der terminologische Schritt, wonach « elterliche Gewalt » durch « elterliche Sorge » ersetzt werden sollte, wurde erst im Zu-

15 Der Referent hatte damals, bevor er mit diesem Vorschlag an die Kommission gelangte, die Ansicht einer deutschschweizerischen christlichsozialen Politikerin und eines westschweizerischen bewährten Praktikers eingeholt. Zum Ganzen siehe B. SCHNYDER, Das nichteheliche Kind im schweizerischen Privatrecht, abgedruckt in B. SCHNYDER, « Das ZGB lehren », Gesammelte Werke (Hrsg. A. RUMO-JUNGO, J. SCHMID, P. GAUCH; Freiburg 2001), AISUF Bd. 200, S. 263 ff.

sammenhang mit der Revision des Scheidungsrechts (also mehr als zwanzig Jahre später) vollzogen.

Eines der schwierigsten Probleme, welches die Expertenkommission und alsdann das Parlament zu lösen hatte, war das Übergangsrecht. Auf wie lange zurück sollte eine Zahlvaterschaft in ein neurechtliches Kindesverhältnis umgewandelt werden können? Kommission und Parlament entschieden sich für die mittlere Lösung, wonach dies für Kinder gelten sollte, die beim Inkrafttreten des neuen Rechts das zehnte Altersjahr noch nicht vollendet hatten (Art. 13a SchlT ZGB). Diese Frage hat denn auch die Gemüter im Ständerat noch besonders bewegt. Seither hat das Bundesgericht in BGE 124 III S. 1 ff. entschieden, dass sich die Eigenschaft « Nachkomme » im Sinne von Art. 457 ZGB nach Familienrecht beurteile und eine Zahlvaterschaft nur dann in ein Kindesverhältnis umgewandelt werden könne, wenn die Voraussetzungen gemäss Art. 13a SchlT ZGB gegeben sind¹⁶.

Das neue Kindesrecht hat auch das bis dahin mehr als stiefmütterlich behandelte Pflegekindverhältnis teilweise geregelt (s. Art. 294, 300 und 310 ZGB). Von grosser Bedeutung erwies sich die formelle Einräumung einer Verordnungsbefugnis des Bundesrates in diesem Bereich (Art. 316 Abs. 2 ZGB)¹⁷. Hat doch die Verordnung über die Aufnahme von Pflegekindern vom 19. Oktober 1977 (SR 211.222.338) sehr ausführlich wichtige Fragen dieses Bereichs geregelt. Breit ausgebaut wurde im neuen Kindesrecht das Kapitel der Kindeschutzmassnahmen. Eine der wichtigsten Neuerungen in diesem Zusammenhang war die Einführung der Beistandschaft gemäss Art. 308 ZGB, der so genannten Erziehungsbeistandschaft¹⁸.

Für diese wichtige Vorlage fand kein formelles Vernehmlassungsverfahren statt. Wohl aber wurde ein zweitletzter Vorentwurf im April 1972 in Bern an einer von Fachkreisen veranstalteten stark besuchten Tagung eingehend erörtert. Gegen die Vorlage wurde das Referendum ergriffen. Schon gegen das Referendum setzten sich indessen namentlich die weiblichen Mitglieder der Bundesversammlung und die Landesverbände der Frauenbewegung ein. Es kam nicht zustande, obwohl damals noch 30'000 Stimmen hierfür ausgereicht hätten¹⁹. Während in anderen Bereichen die schweizerische Familienrechtsre-

16 Das Bundesgericht hat allerdings nicht geprüft, ob gemäss Art. 8 oder 14 EMRK etwas anderes gelte, weil nicht das hierfür vorgesehene Rechtsmittel eingelegt worden ist.

17 Die Annahme dieser Bestimmung im Ständerat geschah mit einem Zufallsmehr.

18 Hierzu Y. BIDERBOST, Die Erziehungsbeistandschaft (Art. 308 ZGB) – (Diss. Freiburg 1996), AISUF Bd. 151. Am 31. Dezember 2000 bestanden gemäss Schweizerischer Vormundschaftsstatistik (erstellt vom Sekretariat der Konferenz der kantonalen Vormundschaftsbehörden [VBK] an der Hochschule für Soziale Arbeit in Luzern) in der Schweiz 16'016 Beistandschaften gemäss Art. 308 ZGB; im Jahre 2000 wurden 4'038 solche Beistandschaften bestellt.

19 Hierzu im Einzelnen C. HEGNAUER in Berner Kommentar 1984, N 58 zu Einleitung zu den Art. 252–269c ZGB.

vision der gesamteuropäischen Entwicklung eher nachhinkte, hat auf dem Gebiet des Kindesrechts die Schweiz den Schritt zum einheitlichen Kindesrecht verhältnismässig früh vollzogen²⁰.

IV. FÜRSORGERISCHE FREIHEITSENTZIEHUNG

Die Schaffung des Instituts der fürsorgerischen Freiheitsentziehung und deren Einbau in das schweizerische Vormundschaftsrecht stehen ausserhalb der geplanten grossen Etappen der Familienrechtsrevision. In der Sache selbst handelte es sich allerdings um eine bedeutende Erweiterung der vormundschaftlichen Massnahmen und mithin um eine teilweise Vorwegnahme der Revision des Vormundschaftsrechts. Die gesamte Expertenkommission hat sich allerdings nur am Rande mit dieser Problematik befasst. In einer ersten Phase hat eine durch Dritte verstärkte Subkommission unter der Leitung des Kommissionspräsidenten Prof. JACQUES-MICHEL GROSSEN einen Vorentwurf erarbeitet, der 1974 an einer einzigen Sitzung der Expertenkommission zu Händen des EJPD verabschiedet worden ist. Nach der Vernehmlassung über diesen Vorentwurf beschäftigte sich nur noch die anders zusammengesetzte Subkommission auf Expertenebene mit dieser Vorlage, bevor am 17. August 1977 der Bundesrat den Eidgenössischen Räten Botschaft und Entwurf (hierfür s. vorn Anm. 5) zuleitete.

Sachbearbeiter dieser Revision war der Schreiber. Der Auftrag zur Erarbeitung eines Vorentwurfs war mir vom EJPD Ende 1971 erteilt worden. Von diesem Zeitpunkt an war ich bis und mit den Verhandlungen in den parlamentarischen Kommissionen als Referent für diese Vorlage tätig. Im Anschluss an die Annahme der Vorlage durch das Parlament habe ich dann noch eine durch das EJPD eingesetzte Arbeitsgruppe präsiert, welche zu Händen der Kantone eine fünfzigseitige Anleitung im Sinne einer Hilfeleistung für den Erlass kantonalen Einführungsbestimmungen ausgearbeitet hat²¹. Die Berufung zum Sachbearbeiter oder Referenten für eine Vorlage ist dazu angetan, dass sie den Verantwortlichen als dauernde Sorge begleitet. Für mich galt es, in diesem ausserordentlich heiklen Gebiet nach Möglichkeit die goldene Mitte zu finden zwischen der notwendigen Betreuung Schwacher und Hilfsbedürftiger einer-

20 Siehe in diesem Zusammenhang D. SCHWAB / D. HENRICH (Hrsg.), *Entwicklungen des europäischen Kindschaftsrechts*, in *Beiträge zum europäischen Familienrecht* (2. A. Bielefeld 1996), mit u.a. einem umfassenden Aufsatz über das schweizerische Kindesrecht von C. HEGNAUER, S. 117 ff.

21 *Hinweise und Anregungen: Fürsorgerische Freiheitsentziehung. – Kantonale Einführungsbestimmungen*, zusammengestellt von einer durch das Eidg. Justiz- und Polizeidepartement eingesetzten Arbeitsgruppe, vervielfältigt Bern 1979.

seits und dem Respekt vor der persönlichen Freiheit und dem Selbstbestimmungsrecht dieser Menschen andererseits.

Um was es bei dieser Revision ging, umschreibt plastisch der erste Teil der in der Botschaft von 1977 enthaltenen Übersicht²²: « Mehrere Erlasse des Bundes und der Kantone sehen vor, dass mündige, entmündigte oder unmündige Personen aus fürsorgerischen Gründen ohne oder gegen ihren Willen in einer Anstalt untergebracht oder zurückbehalten werden. Mit Rücksicht auf solche Erlasse musste die Schweiz bei der Ratifizierung der Europäischen Menschenrechtskonvention (EMRK) am 28. November 1974 zu Artikel 5 über die Voraussetzung und das Verfahren bei Freiheitsentziehungen einen Vorbehalt anbringen. Die vorliegende Revision will für die fürsorgerische Freiheitsentziehung eine abschliessende und den Bestimmungen der EMRK genügende Regelung im Zivilgesetzbuch treffen. Ausserdem sieht der Gesetzesentwurf weitere Garantien vor, welche über das von der EMRK verlangte Minimum hinausgehen. Dadurch sorgt die Revision dafür, dass fortan bei fürsorgerischen Freiheitsentziehungen auf dem gesamten Gebiet der Eidgenossenschaft das Grundrecht der persönlichen Freiheit durch einheitliches Recht geschützt wird. Damit werden aber auch die Voraussetzungen für die Streichung des erwähnten Vorbehalts geschaffen. »

Die mehrere Jahre dauernden Vorarbeiten für diese Gesetzgebung segelten zunächst unter dem Titel « Versorgungsrecht ». Galt es doch, neben dem Einbau der vormundschaftlichen Anstaltsunterbringung gemäss Art. 406 ZGB a. F. in die Novelle ein Bundesgesetz zu schaffen, das die von Kanton zu Kanton unterschiedlich geregelte administrative Versorgung hinfällig machte. In der Subkommission setzte sich dann allerdings die Meinung durch, der nur dem schweizerischen Amtsdeutsch geläufige Ausdruck « Versorgung » sei durch einen anderen Terminus zu ersetzen. Mit Zweidrittelsmehrheit siegte schliesslich in der Subkommission « Fürsorgerische Freiheitsunterbringung » über « Anstaltsunterbringung »²³. Im französischen Text war man vom ursprünglichen « internement » über « placement » zur heutigen Übersetzung der fürsorgerischen Freiheitsentziehung durch « Privation de liberté à des fins d'assistance » gelangt. Von wem das Kürzel « FFE », das sich seither im Sprachgebrauch (gerade auch bei Betroffenen) eingebürgert hat, stammt, ist mir nicht bekannt²⁴.

22 Botsch. FFE S. 2.

23 Protokoll der neunten Sitzung der Subkommission vom 8. Juli 1976 481.

24 E. SPIRIG in Zürcher Kommentar 1995, N 21 zu Vorbemerkungen zu Art. 397a–f, bemerkt dazu: « Mit der *Terminologie* tat man sich schon in den Materialien schwer ... Der gewählte umständliche, weil zu lange Begriff der fürsorgerischen Freiheitsentziehung führte in der Folge zum allgemein üblichen – wenn auch unschönen – Kürzel « FFE », welches daher auch hier verwendet werden soll. »

Der Vorentwurf, der 1974 in die Vernehmlassung ging, fand insgesamt ein positives Echo. Bemängelt wurde damals die allzu schematische Kompetenzzuweisung, gemäss welcher in allen Kantonen die Vormundschaftsbehörde und nicht eine der vormundschaftlichen Behörden für zuständig erklärt worden war. Damals stellte sich auch heraus, dass der Einweisung psychisch Kranker zu wenig Aufmerksamkeit gewidmet war. In der Praxis hat sich ja dann gezeigt, dass die Unterbringungen psychisch Kranker den weit überwiegenden Teil der fürsorgerischen Freiheitsentziehungen ausmacht.

Der von den Eidgenössischen Räten beschlossene Text weicht nur unwesentlich vom in der Botschaft enthaltenen Entwurf ab, so dass der Botschaft zu Recht unter den Materialien dieser Gesetzesnovelle, für die es ja auf Bundesebene keinen Vorläufer gab, ein hoher Rang zukommt. Immerhin sind die allzu summarischen Aussagen des Entwurfs mit Bezug auf die fürsorgerische Freiheitsentziehung für Unmündige in der ständerätlichen Kommission verfeinert worden.

Der Schreibende hat in der Folge zweimal versucht, eine Bilanz über die Erfahrungen mit der fürsorgerischen Freiheitsentziehung zu ziehen: ein erstes Mal in der ZVW 40 (1985) S. 81 ff. unter dem Titel « Fürsorgerische Freiheitsentziehung – eine erste Bilanz », ein zweites Mal im Rahmen einer grösseren Veranstaltung, die einer Bilanz der soziopsychiatrischen Gesetzgebung in der Schweiz schlechthin gewidmet war²⁵.

Im Rahmen der Revision des Erwachsenenvormundschaftsrechts, für welche bald einmal ein vernehmlassungsreifer Vorentwurf vorliegen sollte, wird auch die fürsorgerische Freiheitsentziehung einer Prüfung unterzogen. Wie die Dinge aussehen, wird der Kern der bisherigen Lösung beibehalten. Denkbar ist, dass die FFE in Zukunft « fürsorgerische Unterbringung » heissen wird. Doch wird wohl die bis anhin fehlende Unterscheidung zwischen Einweisung auf kürzere Zeit und länger dauernde Einweisung aus dem Entwurf erhellen. Schliesslich wird sich das neue Recht auch über die rechtlichen Rahmenbedingungen der Betreuung und Behandlung in der stationären Einrichtung aussprechen, über Fragen also, die jedenfalls auf Bundesebene heute nur ungenügend geklärt sind.

25 B. SCHNYDER, Die Wirksamkeit der Patientenrechte im Bereich der unfreiwilligen psychiatrischen Einweisung: Versuch einer Bilanz, in M. BORGHI (Hrsg.), Die soziopsychiatrische Gesetzgebung. Eine Bilanz (Freiburg 1992), PIFF 6.

V. WIRKUNGEN DER EHE IM ALLGEMEINEN UND EHELICHES GÜTERRECHT

In der etappenweisen Revision des schweizerischen Familienrechts folgte auf die Revision des Kindesrechts die umfassende Revision der Wirkungen der Ehe im Allgemeinen²⁶ sowie des ehelichen Güterrechts. Da eheliches Güterrecht und Erbrecht unter mancher Rücksicht eine Einheit bilden, wurde in diesem Zusammenhang auch das Erbrecht des Ehegatten revidiert. Und da natürlich im Erbrecht wie im Privatrecht schlechthin immer nur der *eine* gleiche Kuchen zu verteilen ist, hat sich die Änderung des Ehegattenerbrechts auch auf das Erbrecht der übrigen gesetzlichen Erben ausgewirkt. Als Sachbearbeiter und Referent waltete bei dieser bedeutsamen Etappe der Freiburger Professor HENRI DESCHENAUX.

Was die Wirkungen der Ehe im Allgemeinen betraf, war die Grundlinie hier von allem Anfang an vorgezeichnet. So hat denn auch die Botschaft des Bundesrates den Sinn dieser Revision wie folgt umschrieben: «Ziel der Revision ist die Verwirklichung des gleichberechtigten und gleichverpflichteten Zusammenlebens von Mann und Frau zum Wohle der Gemeinschaft.»²⁷ Was das Ergebnis dieser Revision anbelangt, hat der Schreiber in einem Vortrag im Jahre 1987 und in einer entsprechenden Publikation im Jahre 1988²⁸ Folgendes festgehalten: «Vergleichen wir den neuen fünften Titel mit dem alten, so fällt zunächst auf, dass das Konzept im wesentlichen gleichgeblieben ist. Während also bei der Revision des Kindesrechtes die Leitidee des neuen Kindesrechtes, bei aller Respektierung der Ehe, das aussereheliche Kind dem ehelichen gleichzustellen, ihren plastischen Ausdruck in der Neuformulierung des siebten und achten Titels des ZGB gefunden hat, brauchte der Gesetzgeber hier trotz dem Übergang von der ehemännlichen Gewalt zur partnerschaftlichen Ehe nichts an formalen Konzept zu ändern. Inhaltlich hat sich allerdings manches geändert. Aber auch hier hat nicht etwa eine völlige Kehrtwendung stattgefunden; das zeigt sich plastisch darin, dass die Grundnorm, Art. 159 ZGB, vom Randtitel abgesehen, unverändert übernommen werden konnte. Geändert hat aber, der Grundnorm besser entsprechend als bis anhin, die Rollenverteilung bzw. die Nichtrollenverteilung durch den Gesetzgeber in der Ehe (vgl. Art. 163 mit dem früheren Art. 160 Abs. 2 und 3). – Bisheriges ist weggefallen. Weggefallen ist die obsoleete Bestimmung über die Prozessfähigkeit der Ehefrau ... Weggefallen

26 Während im Gesetzestext noch nach damaligem Gebrauch «im allgemeinen» in Kleinschreibung erscheint, verwendet dieser Aufsatz nun nach der Neuen Rechtschreibung die Grossschreibung «im Allgemeinen».

27 Botsch. Eherecht 1192.

28 B. SCHNYDER, Die Wirkungen der Ehe im allgemeinen, in A. KAUFMANN / B. HUWILER (Hrsg.), Das neue Ehe- und Erbrecht des ZGB mit seiner Übergangsordnung (Bern 1988), BTJP 1987, 11 ff., 14.

sind insbesondere die Bestimmungen über das Zwangsvollstreckungsrecht unter den Ehegatten ... Weggefallen sind schliesslich die Absätze 2 und 3 des Art. 177 a. F. mit dem dort vorgesehenen Erfordernis der Zustimmung der Vormundschaftsbehörde für bestimmte Rechtsgeschäfte ... – Neues ist hinzugekommen. Zu erwähnen sind hier der Betrag zur freien Verfügung des Art. 164, die Regelung der ausserordentlichen Beiträge eines Ehegatten gemäss Art. 165, der Schutz der Wohnung der Familie nach Art. 169, die Bestimmung über die Ehe- oder Familienberatungsstellen in Art. 171, die zusätzlichen Kompetenzen des Richters zur Festsetzung von Geldbeiträgen (ein Teil von Art. 173) und zur Beschränkung der Verfügungsbefugnis (Art. 178). »

Auf Grund der generellen Zielsetzung für diese Revision bestand in der Kommission von allem Anfang an Einigkeit darüber, dass die Güterverbindung als ordentlicher Güterstand ausgedient habe. Heikler war die Frage, durch welchen neuen ordentlichen Güterstand der bisherige zu ersetzen sei. Zur Diskussion standen drei Güterstände, welche alle die Gleichberechtigung von Mann und Frau verwirklicht hätten: die Errungenschaftsgemeinschaft, die Errungenschaftsbeteiligung (participation) und die Gütertrennung. Die Meinungen der Kommission über den tauglichsten Güterstand gingen auseinander. In einer denkwürdigen Sitzung im Senatssaal der Universität Freiburg wurden, nachdem jedes Mitglied der Kommission seinen bevorzugten Güterstand genannt hatte, keiner aber die Mehrheit der Stimmen auf sich vereinigen konnte, je zwei Güterstände einander gegenübergestellt: Dabei unterlag die Errungenschaftsbeteiligung gegenüber der Errungenschaftsgemeinschaft mit 9 : 11 (!), siegte die Errungenschaftsbeteiligung gegenüber der Gütertrennung mit 16 : 3 und kamen bei der Gegenüberstellung von Errungenschaftsgemeinschaft und Gütertrennung beide Güterstände auf je zehn Stimmen. Insgesamt hatte so die Errungenschaftsbeteiligung 25 Stimmen erhalten, die Errungenschaftsgemeinschaft 21 und die Gütertrennung 13. Diesem knappen Mehr zum Trotz hat die Kommission dann doch nur die Errungenschaftsbeteiligung als ordentlichen gesetzlichen Güterstand bearbeitet²⁹.

Wie vorn erwähnt, ist gegen diese wichtige Vorlage das Referendum ergriffen worden. Im Abstimmungskampf spielte das neue Güterrecht praktisch keine Rolle. Vielmehr waren es die Wirkungen der Ehe im Allgemeinen und unter ihnen vor allem die richterlichen Eheschutzkompetenzen, welche – etwa unter dem Motto « Der Richter im Ehebett » – die Gegner auf den Plan riefen. Die Vorlage wurde schliesslich mit dem eindeutigen, aber durchaus nicht überwältigenden Mehr von 54,72 Prozent Ja-Stimmen angenommen.

²⁹ Zu diesem Geschehen siehe B. SCHNYDER, *Le choix du régime légal ordinaire*, in B. SCHNYDER, « Das ZGB lehren » – Gesammelte Schriften, hrsg. von A. RUMO-JUNGO / J. SCHMID / P. GAUCH (Freiburg 2001), AISUF 200, S. 221 ff.

Seither hat den Gesetzgeber insbesondere die im geltenden Recht vorhandene Ungleichberechtigung von Mann und Frau mit Bezug auf Familiennamen und Bürgerrecht beschäftigt. Eine von langer Hand vorbereitete Revision dieser Bestimmungen scheiterte indessen in der Schlussabstimmung der Eidgenössischen Räte.

VI. EHESCHLIESSUNGS- UND EHESCHIEDUNGSRECHT

Die letzte Etappe der Gesamtrevision des Familienrechts vor der Revision des Erwachsenenvormundschaftsrechts ist von der Öffentlichkeit primär als « neues Scheidungsrecht » wahrgenommen worden. Das Vorhaben umfasste aber bedeutend mehr. So wurde im Familienrecht auch das Eheschliessungsrecht einer Totalrevision unterzogen und gab es dort bedeutsame Änderungen im Kindesrecht; von kleineren Retouches in anderen ZGB- und sogar OR-Gebieten abgesehen, wurde aber bei dieser Vorlage auch das im Personenrecht angesiedelte Personenstandsrecht total revidiert³⁰. Die folgenden Ausführungen beschränken sich indessen auf das Scheidungsrecht als den bedeutendsten Teil der Revision.

In einer Frühphase der Kommissionstätigkeit in dieser Sache von 1976–1979 hatte der Altmeister des schweizerischen Scheidungsrechts, der Basler Professor HANS HINDERLING, als Sachbearbeiter die nötigen Vorarbeiten geleistet. Für die Hauptphase der Kommissionstätigkeit ab 1985 lag dann der Kommission ein durchformulierter bereinigter Vorentwurf und Kommentar von Professor JACQUES-MICHEL GROSSEN vor, der damals auch noch die Kommission präsidierte. An sage und schreibe 42 Sitzungen beriet und überarbeitete die Expertenkommission diesen Vorentwurf, nach der Demission von Prof. Grossen unter der Leitung von RUTH REUSSER, stv. Direktorin im Bundesamt für Justiz. Nach dem Vernehmlassungsverfahren, das sehr stark benutzt wurde³¹, hat eine departementale Arbeitsgruppe das Ganze im Hinblick auf die Botschaft des Bundesrates bereinigt.

Als Leitlinien des Entwurfs bezeichnete die Botschaft « die Einführung einer verschuldensunabhängigen Scheidung, die Förderung der Verständigung der Ehegatten über ihre Scheidung im Interesse aller Beteiligten, die bestmögliche Wahrung der Kindesinteressen sowie eine ausgewogene Regelung der wirtschaftlichen Folgen der Scheidung »³².

30 Zum Ganzen siehe vorn Anm. 7 im Titel der Botsch. Scheidungsrecht, ferner B. SCHNYDER, Die ZGB-Revision 1998/2000 – Personenstand, Eheschliessung, Scheidung, Kindesrecht; Supplement zu TUOR/SCHNYDER/SCHMID, Das Schweizerische Zivilgesetzbuch, 11. Auflage (Zürich 1999).

31 Die im Mai 1993 veröffentlichte kleingedruckte « Zusammenstellung der Vernehmlassung » umfasst XV, 809 Seiten.

32 Botsch. Scheidungsrecht S. 2.

Als Erstrat behandelte der Ständerat das Geschäft. Er hat denn auch in der Schlussabstimmung die Vorlage einstimmig angenommen³³. Im Nationalrat stimmten bei der namentlichen Abstimmung 149 der 200 Ratsmitglieder der Vorlage zu und nur einer dagegen, enthielten sich 26 Mitglieder und der Vorsitzende der Stimme und waren 23 entschuldigt abwesend³⁴. Im Grossen und Ganzen hat das Parlament dem bundesrätlichen Entwurf zugestimmt. Immerhin gab es teils nicht unwichtige Ausnahmen³⁵: Bei der Scheidung auf gemeinsames Begehren war im Entwurf nach einer zweimonatigen Bedenkzeit grundsätzlich eine zweite Anhörung vorgesehen; nach Gesetz ist dies die Ausnahme. Bei der Scheidung auf Klage nach Getrenntleben ging der Entwurf von fünf Jahren Trennungszeit aus; die Räte einigten sich im Streit zwischen drei und fünf Jahren auf vier Jahre. Der Entwurf sah die Streichung oder Kürzung des Unterhaltsbeitrags wegen offensichtlicher Unbilligkeit nur für drei Fälle vor; im Gesetz steht vor den drei Fällen « insbesondere weil ». An die Stelle komplizierter Ausnahmen vom Wegfall des Unterhaltsbeitrags bei Wiederverheiratung des Unterhaltsgläubigers trat die knappe Regel, wonach vorbehaltlich einer anderen Vereinbarung die Beitragspflicht bei Wiederverheiratung der berechtigten Person entfalle. Im Parlament keine Chance hatten die milden Normen, welche die Kantone verhalten wollten, die Mediation zu fördern und familienrechtliche Verfahren Fachgerichten zu übertragen.

Gegen die Vorlage wurde (von einer sehr konservativen kleinen Katholischen Volkspartei und von einer den « Geschiedenen Männern » nahestehenden Gruppe) das Referendum ergriffen. Es kam aber nicht zustande. So kam es denn, dass mit dem Inkrafttreten dieser Gesetzesnovelle am 1. Januar 2000 mit Ausnahme der Revision des Vormundschaftsrechts die etappenweise Revision ganzer Teile des schweizerischen Familienrechts noch im 20. Jahrhundert ihren Abschluss fand. Offen bleibt, ob und wie lange diese Revisionsergebnisse halten und ob sie dereinst durch ein einheitliches europäisches Privatrecht ganz oder teilweise abgelöst werden.

33 Amtl. Bull. StR 1998, S. 839.

34 Amtl. Bull. NR 1998, S: 1635 f.

35 Hierzu siehe den Aufsatz B. SCHNYDER, Gesetzgeber und Scheidungsrecht nach Schweizer Art, in Festschrift für Dieter Henrich zum 70. Geburtstag 1. Dezember 2000, hrsg. von P. GOTTWALD / E. JAYME / D. SCHWAB (Bielefeld 2000), S. 487 ff.

LES GLISSEMENTS DE TERRAIN PERMANENTS

Paul-Henri Steinauer

Professeur à l'Université de Fribourg*

INTRODUCTION

« Le droit en mouvement ». Et pourquoi ne pas prendre le thème de ce numéro spécial dans son sens littéral ? Il est en effet au moins un domaine qui mérite réflexion à cet égard : c'est celui des territoires en mouvement permanent, pour lesquels les nouveaux articles 660a et 660b introduits dans le Code civil le 1^{er} janvier 1994 prévoient précisément que le droit – c'est-à-dire les limites des immeubles et les droits existant sur ou en relation avec ceux-ci – « glisse » en même temps que les terrains.

A vrai dire, le juriste n'aime guère l'instabilité et les auteurs du Code civil ont, en 1907, logiquement ancré dans la loi le principe inverse de l'intangibilité des limites des immeubles : « Les glissements de terrain ne modifient pas les limites des immeubles » (art. 660 al. 1^{**}). C'est la conséquence du système même de la mensuration cadastrale qui, par l'intermédiaire de points fixes de référence géodésique, permet de définir les limites de chaque immeuble par rapport à un point unique situé à Berne ; les limites de chaque immeuble peuvent ainsi être recalculées abstraitement et être rétablies sur le terrain même si un bouleversement naturel, dû par exemple à d'abondantes chutes de pluie ou à une avalanche, a emporté les terres de surface et les signes de démarcation des limites¹. La limite juridique de l'immeuble, inaltérable, abstraite et, en quelque

* Je remercie M. Sidney KAMERZIN, assistant à la Faculté de droit de Fribourg, de l'aide qu'il m'a apportée lors de la rédaction de cette contribution.

** Sauf indication contraire, les articles cités sont ceux du Code civil.

1 A. MEIER-HAYOZ, *in* Berner Kommentar 1974, n. 3 sv. ad art. 660 CC ; R. HAAB, *in* Zürcher Kommentar 1977, n. 2 ad art. 660 CC ; H. LAIM, *in* Basler Kommentar 1998, n. 2 ss ad art. 660 CC ; P. LIVER, *Das Eigentum, SPR*, Fribourg 1977, p. 147 sv. ; P. TSCHÜMPERLIN, *Grenze und Grenzstreitigkeiten im Sachenrecht*, thèse, Fribourg 1984, p. 87 ; C. ROTEN, *Intempéries et droit privé*, thèse, Fribourg 2000, p. 302 sv. ; M. HUSER, *Geodaten im Spannungsfeld von Grundbuch, Vermessung und GIS in RNRF 2002* p. 65 ss, 91. Le principe va tellement de soi qu'apparemment aucune législation étrangère n'a jugé utile de le rappeler. Il en va de même des législations cantonales antérieures au Code civil, qui réglaient souvent en détail la question des terres emportées sur le fonds voisin, mais ne mentionnaient pas que la limite demeurait inchangée (cf. E. HUBER, *System und Geschichte des Schweizerischen Privatrechtes*, T. III, Bâle 1889, p. 173 ss) ; il faut cependant mentionner l'art. 359 de l'ancien Code civil vaudois, qui précisait : « Si la violence des eaux, ou quelque autre événement a enlevé une partie

sorte, mathématique, n'en est pas affectée : elle demeure et il appartient aux propriétaires concernés de régler la question des terres et objets emportés (art. 660 al. 2) et de rétablir les signes de démarcation sur le terrain (art. 668 et 669)².

Pourtant, déjà lors des débats aux Chambres sur l'art. 660, la remarque a été faite que cette disposition ne pouvait pas viser les cas où le glissement de terrain n'a pas un caractère limité et occasionnel, mais touche en réalité une région entière dont les immeubles sont en mouvement lent, mais durable³. Les commentateurs font mention dès le début de cette réserve, sans toutefois indiquer très clairement quel est le régime juridique qui s'applique dans ce cas⁴. C'est finalement au début des années quatre-vingt que, en relation avec la révision de la législation sur la mensuration officielle, une analyse approfondie de la question fut demandée au Professeur Hans-Peter FRIEDRICH. Son expertise (non publiée) de décembre 1984 servira de base à la nouvelle réglementation fédérale. Elle souligne que le principe de l'intangibilité des limites doit être maintenu, mais qu'une exception doit être prévue pour les terrains en mouvement permanent : pour ces immeubles, la présomption d'exactitude du plan (art. 668 al. 1) et la protection de l'acquéreur de bonne foi (art. 973) ne doivent pas s'appliquer. L'expertise insiste aussi sur la nécessité de définir clairement, par une décision officielle, les zones en mouvement permanent et d'assurer la publicité de cette décision par une mention au registre foncier sur le feuillet des immeubles concernés. Enfin, l'expertise fait des propositions sur la manière de revenir au statut foncier normal lorsque le glissement a pris fin, par une nouvelle mensuration éventuellement accompagnée de compensations financières.

Ces principes ont trouvé leur expression législative lors de la révision partielle du Code civil du 4 octobre 1991, entrée en vigueur le 1^{er} janvier 1994⁵.

du terrain et l'a portée sur le fonds d'autrui, le propriétaire de ce fonds conserve l'étendue de ses anciennes limites ».

2 M. HUSER / S. CHAUMONTET, Droit suisse de la mensuration, Fribourg 2000, p. 60 sv. et 122.

3 Voir Bull. stén. 1906-57, p. 1263.

4 Voir C. WIELAND, Les droits réels dans le Code civil suisse, trad. H. BOVAY, T. I, Paris 1913, p. 166 sv. : « Par contre, les cas peu fréquents où des portions considérables de territoire se déplacent lentement, comme dans les vallées montagneuses profondes, ne sont pas soumis aux dispositions de l'art. 660. Il se produit alors matériellement une modification des limites antérieures. » ; V. ROSSEL / F.-H. MENTHA, Manuel du droit civil suisse, T. II, Lausanne 1922, p. 37 ; HAAB, n. 2 ad art. 660 ; LIVER, p. 147 ; MEIER-HAYOZ, n. 2 ad art. 660 ; H.-P. FRIEDRICH, Fehler in der Grundbuchvermessung, ihre Folgen und ihre Behebung in RNRf 1977 p. 131 ss, 153 sv. ; C. BESSON, L'acquisition de droits immobiliers en dehors du registre foncier in RNRf 1982 p. 129 ss, 133 ; TSCHÜMPERLIN, p. 87 sv. ; ROTEN, p. 303 sv. et 306 sv. Voir aussi la décision du 9 juin 1954 de l'Office fédéral du registre foncier, qui suggère aux cantons de prendre des mesures pour faciliter dans ce cas l'adaptation des propriétés au nouvel état (RNRf 1958 p. 277 sv.).

5 RO 1993, p. 1409. Les modifications adoptées figurent déjà telles quelles dans le projet soumis aux Chambres par le Message du 19 octobre 1988 (FF 1988, p. 889 ss). Le commentaire

Au contraire de ce que proposait le Professeur FRIEDRICH, qui voulait opérer par une norme de délégation dans le Code civil et par des règles matérielles dans une ordonnance du Conseil fédéral, l'essentiel de la nouvelle réglementation figure dans le Code civil lui-même (nouveaux art. 660a, 660b, 668 al. 3, 703 al. 3 et 973 al. 2).

I. LES PRINCIPES DE LA NOUVELLE REGLEMENTATION

A. Distinction entre les glissements occasionnels et les glissements permanents

Les nouveaux art. 660a sv. introduisent dans le Code civil une distinction entre le glissement de terrain occasionnel et le glissement de terrain permanent. Le premier se caractérise par le fait qu'il touche une surface limitée et qu'il est de courte durée : c'est en général un éboulement ou une coulée de boue qui se produit localement, par exemple suite à une surabondance d'eau, une secousse sismique ou une avalanche. Un tel glissement local ne modifie pas les limites des immeubles (art. 660 al. 1)⁶.

Le glissement de terrain permanent a quant à lui un caractère durable et, en général, imperceptible : c'est le lent déplacement de toute une région (souvent de quelques centimètres seulement par année), par exemple de tout le flanc d'une vallée, avec les constructions et les plantations qui s'y trouvent. Dès lors que le principe de l'art. 660 al. 1 ne s'applique pas dans ces secteurs (ci-dessous B), il est essentiel que la zone de glissement soumise à la réglementation spéciale soit clairement délimitée. L'art. 660a charge les cantons de définir le périmètre de ces zones, selon des critères et une procédure qu'ils déterminent

de ces nouvelles dispositions dans le Message est malheureusement assez sommaire (voir FF 1988, p. 1008 sv. et 1020 ss).

6 Voir LAIM, n. 4 ad art. 660 ; HUSER/CHAULMONTET, p. 60 et 122 ; H. REY, *Die Grundlagen des Sachenrechts und das Eigentum*, Zurich 2000, n. 1576 et 2064 ss ; ROTEN, p. 304 ss, qui relève que le glissement peut aussi être provoqué par une action humaine (par exemple, des travaux d'excavation), et que la notion juridique de glissement de terrain recouvre en réalité tout phénomène engendrant le déplacement de matériaux d'un fonds sur un autre (p. 312). Ces limites peuvent être rétablies par le géomètre sur la base de la présomption d'exactitude du plan cadastral (art. 668 al. 2) et des instruments de la mensuration parcellaire, au besoin conformément à l'art. 669. Le propriétaire du fonds supérieur peut, s'il le souhaite, reprendre les terres et objets qui auraient été transportés sur d'autres fonds (application des règles sur les épaves), du moins aussi longtemps qu'ils ne sont pas à ce point intégrés à ces fonds qu'ils sont acquis à leurs propriétaires par accession (voir les art. 660 al. 2, 700 et 725 ; P. TUOR / B. SCHNYDER / J. SCHMID / A. RUMO-JUNGO, *Das Schweizerische Zivilgesetzbuch*, Zurich 2002, p. 840 sv. ; LAIM, n. 7 sv. ad art. 660 ; ROTEN, p. 310 sv. ; P.-H. STEINAUER, *Les droits réels*, T. II, Berne 2002, n. 1572 ss).

eux-mêmes (ci-dessous II)⁷. De par le droit fédéral, ils doivent toutefois veiller à trois points :

- La *nature des immeubles concernés* doit être prise en considération lors de la définition du territoire en mouvement permanent (art. 660a al. 2). Les cantons n'ont pas à inventorier d'office l'ensemble des territoires en mouvement⁸ et peuvent même refuser de procéder à la définition du périmètre d'une telle zone si la valeur des terrains (improductifs ou recouverts de forêts, par exemple) ou la minime importance du déplacement ne le justifie pas⁹. Les autorités cantonales ont en outre un certain pouvoir d'appréciation, car il n'est pas toujours aisé de définir quels sont les contours exacts d'une zone en mouvement. Pourtant, ceux-ci doivent être définis avec précision de sorte que, pour chaque immeuble, il soit possible d'indiquer s'il appartient ou non à une telle zone. En respectant la même procédure, les cantons pourront d'ailleurs procéder ensuite à des retouches du périmètre défini, soit pour en exclure certains immeubles dont la stabilité est désormais établie, soit pour y inclure d'autres fonds concernés par le glissement.
- La décision d'inclure un immeuble dans le périmètre d'un territoire en mouvement permanent doit être *communiquée aux intéressés et mentionnée au registre foncier* (art. 660a al. 3). Il en va de même de la décision d'exclure un immeuble de ce périmètre¹⁰. La communication aux intéressés doit être donnée non seulement au propriétaire, mais aussi aux personnes dont les droits sur l'immeuble peuvent être affectés par le nouveau statut de celui-ci (notamment au superficiaire)¹¹. Cette communication peut se faire par une

7 Selon le Message, environ 4 % de la surface de la Suisse pourraient être concernés par la réglementation spéciale (FF 1988, p. 1020). Le législateur fédéral a cependant renoncé à fixer lui-même les critères d'un « glissement permanent », pour permettre de tenir compte des circonstances locales.

8 LAIM, n. 9 ad art. 660a ; STEINAUER, n. 1576.

9 LAIM, n. 8 ad art. 660a ; ROTEN, p. 307 ; STEINAUER, n. 1576. Lorsqu'un terrain est effectivement en mouvement permanent, mais que le canton ne l'a pas (encore) constaté par une décision officielle ou refuse de le faire en raison de la nature des terrains, l'application de l'art. 660 al. 1 n'en suscite pas moins des difficultés. Comme le faisait déjà la doctrine avant la révision de 1994 (ci-dessus note 4), il faut ainsi admettre que le principe d'intangibilité des limites ne s'applique pas dans cette hypothèse (LAIM, n. 5 ad art. 660a ; ROTEN, p. 307 ; STEINAUER, n. 1577 ; voir aussi REY, n. 1578a ; d'un autre avis, HUSER/CHAULMONTET, p. 33 et p. 122). Simplement, il appartient à celui qui prétend que les terrains sont en mouvement permanent de l'établir (ou, lorsque c'est possible, de provoquer une décision cantonale définissant le périmètre des terrains concernés ; cf. LAIM, n. 5 ad art. 660a ; STEINAUER, n. 1577).

10 LAIM, n. 10 *in fine* ad art. 660a.

11 LAIM, n. 10 ad art. 660a ; STEINAUER, n. 1567b. Le Message (FF 1988, p. 1021) ne fait état que de l'information au propriétaire, mais le texte légal est plus large.

mise à l'enquête publique¹². La mention sur le feuillet des immeubles inclus dans le périmètre assure la publicité nécessaire à la sécurité du droit. Comme ce registre est censé connu (art. 970 al. 3), l'acquéreur de droits sur l'immeuble ne pourra prétendre ignorer le statut particulier donné à celui-ci par son inclusion dans le périmètre.

- Un *plan des zones de glissement* doit être établi (art. 67 OTEMO)¹³.

B. Régime juridique durant le glissement

Aussi longtemps que des immeubles sont inclus dans un périmètre défini selon l'art. 660a, leurs limites ne sont plus déterminées par la fiction de l'art. 660 al. 1 fondée sur les principes de la mensuration cadastrale. La présomption d'exactitude du plan par rapport aux signes de démarcation sur le terrain est suspendue (art. 668 al. 3). La preuve de l'emplacement de la limite est soumise aux règles ordinaires (art. 8). En pratique, cette preuve se fondera avant tout sur les signes de démarcation sur le terrain (bornes, barrières, limites naturelles ou artificielles telles que ruisseaux, parois de rochers, chemins, routes, etc.)¹⁴. Ces signes étant eux-mêmes entraînés par le glissement, la limite se

12 Voir en particulier HUSER/CHAULMONTET, p. 87, pour lesquels l'application analogique de la procédure de mise à l'enquête publique est préférable ; voir aussi LAIM, n. 10 *in fine* ad art. 660a.

13 Ordonnance technique du Département fédéral de justice et police sur la mensuration officielle, du 10 juin 1994 (RS 211.432.21). Ce plan constitue un extrait du catalogue des données cadastrales au sens de l'art. 9 de l'Ordonnance du Conseil fédéral sur la mensuration officielle (OMO), du 18 novembre 1992 (art. 62 OTEMO). Il est techniquement rattaché à la couche d'information « Divisions administratives et techniques » (art. 7 al. 1 *lett. h* OTEMO) ; toutefois, comme ce plan permet de savoir sur quelle base est déterminée la propriété sur le fonds, il relève en réalité de la couche d'information « Bien-fonds » (voir HUSER, *in* RNRF 2002 p. 72, et HUSER/CHAULMONTET, p. 67 ss). Sur les travaux de mensuration en terrain instable, voir le projet « Détection et utilisation des terrains instables » (DUTI) de l'EPFL, dont les résultats, et notamment une étude des questions liées à la mensuration, ont été publiés en mai 1985, ainsi que F. NOVERRAZ / C. BONNARD / H. DUPRAZ / L. HUGUENIN, Grands glissements de versants et climat, Zurich 1998, p. 47 ss (y compris méthode GPS), où l'on trouvera une analyse de treize mouvements de terrain durables et importants sur territoire suisse ; sur les méthodes de détermination des zones instables, voir O. LATELTIN / C. BEER / H. RAETZO / C. CARON, Instabilité de pente en terrain de flysch et changements climatiques, Zurich 1997, p. 27 ss ; sur les différents types de mouvements de terrain, voir J.-C. FLAGEOLLET, Les mouvements de terrain et leur prévention, Paris/Milan/Barcelone/Mexico 1989, p. 20 ss ; ROTEN, p. 184 ss.

14 Il faut cependant faire une exception si, *horribile dictu*, un glissement de terrain occasionnel se produit dans une zone en mouvement permanent. Le principe de l'intangibilité des limites selon le plan ne s'applique certes plus, mais la limite ne peut naturellement pas suivre non plus les signes de démarcation emportés par une coulée de boue ou un éboulement. Il faut alors établir au mieux la limite à l'aide des signes de démarcation (en mouvement lent) qui n'ont pas été affectés par le glissement occasionnel. Le plan peut aussi fournir des indications, non pas sur l'emplacement, mais sur la forme qu'avait la limite.

modifie ainsi lentement au gré du mouvement du terrain¹⁵. D'autres éléments de preuve, comme des témoignages, des anciens plans ou des documents décrivant la limite, peuvent être utilisés, mais ils ne peuvent tenir en échec la règle implicite résultant de l'art. 660a selon laquelle c'est la limite telle qu'elle est visible – ou peut être rétablie – *sur le terrain* qui est déterminante.

Par voie de conséquence, le tiers qui acquiert des droits sur l'immeuble ne doit plus pouvoir se fier au registre foncier – plus exactement, au plan cadastral qui en fait partie intégrante – pour connaître les limites des fonds. C'est ce que précise l'art. 973 al. 2, selon lequel les effets de la foi publique sont suspendus en ce qui concerne les limites des immeubles.

C. Fixation de nouvelles limites

Chaque propriétaire peut en tout temps (mais évidemment surtout lorsqu'il a l'impression que les terrains se sont stabilisés) demander une nouvelle définition des limites de son fonds¹⁶ ; au besoin, il agira en justice contre ses voisins et le juge fixera les nouvelles limites (art. 660b al. 1) et arrêtera l'indemnité due par celui dont le terrain s'est agrandi à celui dont le terrain a perdu de la valeur (art. 660b al. 2). Si l'immeuble se trouve encore dans un périmètre de territoire en mouvement mentionné comme tel au registre foncier, la nouvelle définition des limites ne provoque qu'un déplacement des signes de démarcation sur le terrain¹⁷. Le statut juridique demeure régi pour le reste par les art. 660a, 668 al. 3, 703 al. 3 et 973 al. 2.

Il n'en va autrement que si le canton a pris la décision de constater que le mouvement de terrain a pris fin et a ordonné la radiation des mentions correspondantes sur les immeubles du périmètre. Cette décision devrait aller de pair avec une redéfinition générale de ces immeubles par une procédure de nouvelle mensuration. Une telle procédure requiert en principe l'accord de tous les propriétaires concernés, mais l'art. 703 al. 3 autorise les cantons à appliquer par analogie dans ce cas les règles de majorité prévues pour les réunions parcellaires agricoles ou urbaines. Les nouvelles limites résultant du plan cadastral seront alors à nouveau présumées exactes par rapport aux signes de démarcation sur le terrain (art. 660 al. 1 et 668 al. 2) et fiables en cas d'acquisition de droits sur l'immeuble (art. 973 al. 1).

15 ROTEN, p. 308 ; P. SIMONIUS / T. SUTTER, *Schweizerisches Immobiliarsachenrecht*, T. I, Bâle/Francfort-sur-le-Main 1995, p. 138.

16 ROTEN, p. 308 sv. ; LAIM, n. 1 ss ad art. 660b ; STEINAUER, n. 1572. Voir aussi l'art. 59 OTEMO.

17 L'art. 17 al. 2 *lit. a* OMO prévoit que les cantons peuvent renoncer à poser des signes de démarcation dans les zones où ceux-ci sont constamment menacés par des glissements de terrain. Cette exception ne devrait pas être appliquée dans les périmètres en mouvement permanent, où les signes de démarcation jouent précisément un rôle déterminant.

II. LA MISE EN ŒUVRE DE LA NOUVELLE RÉGLEMENTATION

La mise en œuvre des règles fédérales sur les glissements de terrain permanents suppose que les cantons prennent les mesures nécessaires pour permettre l'établissement des périmètres des zones concernées. Ils doivent d'abord adopter les dispositions législatives fixant la compétence et la procédure pour la décision de créer le périmètre et, éventuellement, pour supprimer ce périmètre lorsque la situation s'est rétablie (A)¹⁸. Ils doivent ensuite procéder effectivement à la définition des périmètres et faire apposer la mention correspondante au registre foncier sur les immeubles inclus dans le périmètre (B)¹⁹.

A. Les dispositions cantonales d'application

A l'évidence, les cantons n'ont pas fait montre d'un enthousiasme excessif pour régler la mise en œuvre des art. 660a sv. Seuls dix-sept cantons ou demicantons ont en effet adopté des dispositions d'application en la matière. Parmi eux, six se contentent de déterminer l'autorité compétente pour prendre la décision (Berne, Grisons, Schaffhouse, Soleure, Uri et Zoug). Deux renvoient simplement à la procédure de mensuration (Lucerne) ou à celle de l'établissement des plans de zones d'aménagement (Schwyz). Trois ajoutent des précisions sur la (nouvelle) mensuration à l'intérieur du périmètre (Bâle-Campagne, Bâle-Ville et Genève). Six, enfin, règlent plus avant la procédure à suivre pour définir et supprimer le périmètre (Fribourg, Jura, Nidwald, Tessin, Valais et Vaud).

Les solutions retenues pour choisir l'autorité compétente sont variées et vont du Conseil d'Etat (Bâle-Ville, Fribourg, Nidwald, Schaffhouse, Soleure, Valais et Vaud) au conservateur du registre foncier (Genève), en passant par une direction (Bâle-Campagne et Tessin), le Service de l'aménagement du territoire (Jura), la commune de situation de l'immeuble (Berne, Grisons et Zoug) ou le géomètre officiel (Uri). Lorsqu'elle est régie plus en détail, la procédure de décision comporte en général une phase préparatoire qui conduit à une enquête publique ouvrant la possibilité de recours, puis la décision elle-même, un avis au propriétaire et la mention au registre foncier (Fribourg, Jura, Tessin, Valais et Vaud). A Nidwald, une possibilité de réclamation n'est ouverte qu'une fois prise la décision, et aucun recours n'est prévu contre la décision prise sur réclamation. La procédure est en principe ouverte d'office, à l'initiative des organes de la mensuration officielle ou du registre foncier ; mais quatre cantons donnent au propriétaire le droit de demander l'ouverture de la procédure (Fribourg, Jura, Valais et Vaud). Aucune législation cantonale n'énonce les critères pour admettre qu'une zone est en mouvement permanent,

¹⁸ SIMONIUS/SUTTER, p. 146.

¹⁹ SIMONIUS/SUTTER, p. 138.

mais plusieurs prennent la précaution de rappeler la règle fédérale permettant de ne pas ouvrir la procédure si cela n'est pas justifié en raison de la nature des immeubles (Fribourg, Valais et Vaud).

B. Les mesures concrètes d'application

Il ressort d'une enquête effectuée auprès des responsables des registres fonciers des cantons et à laquelle dix-huit d'entre eux ont bien voulu répondre que peu de mesures concrètes ont été prises jusqu'ici en vue de mettre en œuvre la nouvelle réglementation. Seize cantons indiquent n'avoir défini jusqu'ici aucun périmètre en mouvement permanent (Argovie, Appenzell Rhodes-Intérieures, Appenzell Rhodes-Extérieures, Bâle-Campagne, Fribourg, Glaris, Jura, Neuchâtel, Nidwald, Obwald, Schaffhouse, St-Gall, Thurgovie, Uri, Vaud et Zurich) et il est probable qu'il en va de même dans les cantons qui n'ont pas répondu à l'enquête. Plusieurs indiquent qu'il existe une carte des zones instables et qu'au moins certaines d'entre elles sont connues, mais que les données ne sont pas assez précises pour être utilisables dans le contexte de l'art. 660a ou que les cas ne présentent pas une importance justifiant des mesures. D'autres cantons expliquent que les dispositions cantonales d'application sont récentes et que les démarches nécessaires à la définition des zones de glissement permanent ont seulement débuté. Explicitement ou entre les lignes, les réponses font comprendre que la définition des zones en mouvement permanent n'est pas prioritaire, qu'une démarche entreprise d'office n'est pas envisagée pour l'instant et qu'il n'y a pas de demande venant des propriétaires.

Deux cantons seulement font exception. D'abord, le Tessin, qui indique avoir appliqué la nouvelle réglementation et n'avoir rencontré aucun problème particulier. Après une étude géomorphologique du territoire cantonal, il est apparu que certaines parcelles de deux communes devaient être incluses dans une zone de territoires en mouvement permanent. L'information aux propriétaires de ces parcelles a été opérée (art. 660a al. 3). Aucun recours n'a été déposé par les propriétaires concernés contre la décision d'intégrer les parcelles en question dans un périmètre de glissement permanent. La procédure a abouti à la mention au registre foncier prévue à l'art. 660a al. 3.

Genève ensuite qui, sans doute parce que la compétence a été donnée au conservateur du registre foncier et qu'aucune procédure n'a été prévue, a entrepris d'inventorier d'office les périmètres en mouvement permanent. L'opération n'a toutefois pas été menée sur des bases suffisamment sûres. Selon l'art. 71A LACC GE, le registre foncier est compétent pour désigner les territoires en mouvement permanent et il doit en dresser la carte ; cette carte « a une portée indicative et son exhaustivité n'est pas garantie ». Le registre foncier a simplement repris à cette fin la carte au 1:25'000 des zones instables du

canton établie en 1966 par le Service cantonal de géologie et tenue à jour depuis lors. Sur cette base, le conservateur a décidé, en décembre 2000, de classer quelques 4'000 parcelles dans des périmètres en mouvement permanent et il a porté la mention « Zone instable » sur les feuillets des immeubles correspondants. Les propriétaires ont ensuite été avisés succinctement de cette mesure, ce qui n'a pas manqué de provoquer d'innombrables réactions et demandes de renseignements. Il est alors apparu que l'échelle de la carte utilisée (1:25'000) ne permettait pas d'en transposer les résultats au niveau parcellaire et, surtout, que la notion de zone instable utilisée par le Service de géologie n'était pas équivalente à celle de territoire en mouvement permanent au sens de l'art. 660a. Finalement, une nouvelle décision a été prise en septembre 2001. La mention a été radiée sur la quasi-totalité des parcelles ; seule 170 de celles-ci ont été placées dans cinq périmètres en mouvement permanent et restent affectées de la mention au registre foncier. Les propriétaires ont reçu une information circonstanciée qui n'a suscité que peu de demandes de renseignements supplémentaires.

Enfin, il faut mentionner les démarches entreprises dans le canton de Nidwald en vue de définir des critères permettant d'établir les périmètres en mouvement permanent (voir en outre ci-dessous C.1). La procédure cantonale de détermination des zones de glissement permanent découlant de ces critères devrait débiter prochainement.

C. Appréciation

Les mesures prises jusqu'ici dans les cantons appellent une réflexion sur la notion de territoire en mouvement permanent comme sur l'intérêt à ouvrir une procédure tendant à la définition d'un périmètre au sens de l'art. 660a.

1. *Instabilité, danger, mouvement permanent*

De nombreux cantons disposent ou établissent des cartes des zones dangereuses ou instables dans la perspective de l'aménagement du territoire²⁰. Il est

²⁰ L'art. 6 de la Loi fédérale sur l'aménagement du territoire (LAT), du 22 juin 1979 (RS 700), ainsi que l'art. 6 de la Loi fédérale sur l'aménagement des cours d'eau (LACE), du 21 juin 1991 (RS 721.100), exigent des cantons qu'ils tiennent une carte des zones menacées par des forces naturelles, des nuisances ou des dangers. Voir aussi les art. 20 ss de l'Ordonnance du Conseil fédéral sur l'aménagement des cours d'eau (OACE), du 2 novembre 1994 (RS 721.100.1), ainsi que les art. 19 ss de la Loi fédérale sur la protection des eaux (LEaux), du 24 janvier 1991 (RS 814.20), qui prévoient que les cantons subdivisent leur territoire en secteurs de protection en fonction des risques auxquels sont exposées les eaux artificielles et les eaux souterraines. L'art. 36 de la Loi fédérale sur les forêts (LFo), du 4 octobre 1991 (RS 921.0), exige aussi l'établissement d'une carte des dangers, y compris ceux résultant du risque d'avalanche ; voir en outre les art. 15 ss de l'Ordonnance sur les forêts (OFo), du 30 novembre 1992 (RS 921.01).

naturel de se référer à ces instruments lorsqu'il s'agit de définir les zones en mouvement permanent. L'exemple genevois montre toutefois que l'« instabilité » géologique d'un fonds envisagée surtout dans la perspective de la constructibilité (risque de glissement ou d'éboulement local, solifluxion) est beaucoup plus large que celle de zone en mouvement permanent au sens de l'art. 660a.

Instabilité et dangers naturels en vue d'une construction sont également deux réalités bien distinctes, comme le montre la législation tessinoise. Celle-ci fait des zones en mouvement permanent un des cas de dangers naturels auxquels un fonds peut être sujet, à côté du risque d'avalanche, d'éboulement, de chutes de pierres ou d'inondation²¹. Il n'est certes pas exclu qu'une zone en mouvement permanent soit une zone dangereuse, mais il n'est pas possible de lier les deux aspects dans tous les cas, car certains glissements de terrain permanents de minime importance et portant sur des régions entières ne présentent pas pour les constructions un danger comparable à un risque local d'éboulement ou d'inondation.

En définitive, il convient donc d'interpréter la notion de zone en mouvement permanent uniquement au vu du but poursuivi par les art. 660a sv., savoir éviter un décalage entre le statut juridique du fonds résultant du plan du registre foncier et le statut réel de celui-ci consécutif au lent déplacement de la zone. Il n'est pas nécessaire qu'il y ait une instabilité locale ou un danger pour les habitants et les constructions, pas plus que ces deux critères ne sont suffisants pour que l'on puisse parler de terrain en mouvement permanent. Dans ce sens, les critères retenus par le registre foncier genevois en 2001 pour définir les zones en mouvement permanent méritent de retenir l'attention. Ces critères sont les suivants :

- glissement connu de longue date, faisant l'objet d'un suivi depuis plus de 30 ans ;
- glissement s'intéressant à un secteur étendu ;
- glissement se situant proche d'infrastructures et/ou de constructions dignes d'intérêt (chemin de fer, route, bâtiment, etc.)²².

Seul le premier critère est toutefois absolument déterminant selon le droit fédéral, car l'unique qualificatif figurant à l'art. 660a est que le glissement soit « permanent ». La durée de 30 ans retenue à cet égard à Genève est certainement assez longue (cpr art. 7 al. 2 ch. 2 ORF), mais il suffit à mon sens que le glissement soit répertorié et observé depuis assez longtemps pour qu'il soit établi qu'il s'étend sur plusieurs années. Même s'il est vrai que les glissements

21 Art. 4 de la *Legge sui territori soggetti a pericoli naturali*, du 29 janvier 1990 (*Raccolta delle leggi* TI 7.1.1.2).

22 Voir l'avis aux propriétaires du 1^{er} octobre 2001, p. 2.

permanents concernent en principe des zones étendues, le second critère n'a pas de fondement légal ; il est d'ailleurs vague et ne fournit pas d'élément qui pourrait tenir en échec l'application de l'art. 660a s'il devait être établi qu'un glissement, même limité à une petite surface, est « permanent »²³. Quant au troisième critère retenu, il relève de la libre appréciation laissée aux cantons (ci-dessus I.A.) et ne peut à ce titre qu'être approuvé.

On retrouve les critères fixés par le canton de Genève parmi ceux retenus par le canton de Nidwald : le mouvement doit être durable (et encore actuel) et s'intéresser à un secteur étendu²⁴ ; il faut également tenir compte de la présence d'infrastructures et de constructions dignes d'intérêts²⁵. Le canton de Nidwald a cependant établi d'autres critères encore, tout en précisant que tous n'ont pas à être remplis simultanément²⁶. L'un d'eux est particulièrement intéressant, car il fixe la rapidité minimale que doit présenter le glissement de terrain pour pouvoir être retenu²⁷. Le canton dispose ainsi de paramètres permettant en principe une application uniforme de l'art. 660a au niveau cantonal. Afin de pouvoir tenir compte des circonstances locales, la directive nidwal-

23 Voir à ce sujet l'analyse de ROTEN, p. 313 sv., qui remarque à juste titre que le critère de l'étendue du glissement a son origine dans la doctrine antérieure à l'art. 660a, mais ne trouve aucune expression dans cet article. *Contra* : LAIM, n. 2 ad art. 660a.

24 « – Gebiete mit längerdauernden, grossflächigen Bodenverschiebungen (la directive exclut expressément les glissements qui frappent un secteur limité dans l'espace et dans le temps : 'Lokal und zeitlich beschränkte Bodenverschiebungen [...], deren Dauer meist kurz ist und die im allgemeinen zum Stillstand kommen, bewirken keine Ausscheidung in Rutschgebiete.').
– Die Rutschung ist noch wirksam. »

25 « – Beim Einbezug kleiner Rutschungen sind Bewirtschaftungsformen, Vorhandensein von Bauten, Erschliessungseinrichtungen, Wert der Grundstücke, Geschwindigkeit der Bodenbewegung, Genauigkeitsstufe als Kriterien zu beachten. »

26 « – Die Rutschungsvektoren verlaufen in etwa parallel zur Falllinie (Plausibilität).
– Sind nur Teile einer Parzelle betroffen, muss in der Regel die ganze Parzelle dem Rutschperimeter zugeordnet werden.
– Die Rutschungen brauchen nicht regelmässig zu sein.
– Einbezug des Exemptionsgebietes (Stauchungszone) ; mit gegen den Rand verlangsamter Rutschung.

– Es soll auf eine sinnvolle Abgrenzung / Arrondierung geachtet werden. »

27 « – Folgende Geschwindigkeitsvektoren entsprechend der Genauigkeitsstufen können als Anhaltspunkt für die Ausscheidung von Rutschgebieten dienen :

- TS2 :...= ca. 2.1 mm / Jahr.

- TS3 :...= ca. 4.2 mm / Jahr.

- TS4 :...= ca. 9.0 mm / Jahr.

- TS5 :...= ca. 21.0 mm / Jahr.

d.h. im Zeitraum von 17 Jahren Rutschung in der Grössenordnung des mF (Mittleren Fehlers) der betreffenden Genauigkeitsstufe. »

La directive se réfère ainsi aux niveaux de tolérance (NT = TS) définis aux art. 3 et 31 al. 1 OTEMO pour l'exactitude des plans de la couche "bien-fonds" en fonction du type de zones concernées ; elle considère que le glissement est significatif si, en l'espace de 17 ans, il atteint au moins l'écart-type toléré quant à la précision du plan dans la zone en question (entre 3,5 et 35 centimètres selon les zones).

dienne relativise cependant à juste titre la force de ces paramètres, en indiquant qu'ils ne doivent être considérés que comme des points de référence.

La notion de glissement de terrain permanent doit aussi trouver une expression précise dans le texte de la mention au registre foncier, qui ne doit se rapporter qu'aux art. 660a sv. La mention doit en reprendre les termes mêmes, par exemple « Zone en mouvement permanent (art. 660a CC) ». La mention inscrite à Genève (« Zone instable ») devrait à cet égard être revue, car elle établit un lien injustifié avec la carte tenue par le Service géologique (et avec la notion d'instabilité utilisée dans ce but)²⁸.

2. *Intérêt à définir un périmètre en mouvement permanent*

Dans la mesure où le concept de zone en mouvement permanent est une notion autonome qui ne peut être simplement reprise de notions voisines, l'établissement des périmètres et des cartes correspondants entraîne des frais importants, sans parler de la procédure d'enquête et des réclamations et recours possibles. On peut d'ailleurs constater que les législateurs cantonaux qui ont régi la question d'une manière un peu approfondie ont soigneusement précisé que les frais correspondant à cette procédure étaient à la charge des propriétaires concernés, même si la définition du périmètre est entreprise d'office. C'est logique dans la mesure où il n'y a pas vraiment d'intérêt public à faire constater que les plans cadastraux ne font plus foi.

Mais les propriétaires concernés y ont-ils, de leur côté, vraiment intérêt ? On peut comprendre qu'ils ne montrent pas trop d'empressement à faire constater officiellement, avec mention au registre foncier, que leur parcelle est en mouvement permanent (avec l'effet éventuel que cela peut avoir sur la valeur du fonds). Si, de surcroît, ils doivent supporter les frais de la procédure de définition du périmètre puis ceux de la nouvelle mensuration qui suivra tôt ou tard, l'intérêt à provoquer la mesure ne peut exister que si le fonds en question a une valeur suffisante et si le décalage par rapport au plan devient vraiment gênant. Cela explique sans doute que, jusqu'ici, aucune procédure de mise en œuvre des art. 660a sv. n'ait été demandée par les propriétaires concernés.

CONCLUSION

Les règles spéciales sur les terrains en mouvement permanent introduites dans le Code civil en 1994 apportent une réponse juridiquement appropriée à une difficulté qui a été soulevée dès le début en relation avec le principe

²⁸ Il va de soi que, inversement, la mention qui serait prévue par le droit public pour signaler une zone à risque au sens de la législation sur l'aménagement du territoire, la protection des eaux ou les forêts ne produit aucun effet en relation avec l'art. 660a.

d'intangibilité des limites de l'art. 660 al. 1. Ces règles n'ont pourtant pas eu jusqu'ici de grandes conséquences pratiques. Nombreux sont les cantons qui n'ont même pas pris les dispositions d'application nécessaires ou qui ont adopté une réglementation très (trop) sommaire ; seules les dispositions des cantons de Fribourg, du Tessin, du Valais et de Vaud règlent la question d'une manière approfondie. Deux cantons seulement, dont un seul des grands cantons alpins, ont pris des mesures d'application.

C'est que la procédure spéciale mise en place est relativement lourde et onéreuse, que l'Etat n'a vraiment pas intérêt à la mettre en œuvre et que les propriétaires concernés n'y ont intérêt que dans des cas très particuliers. L'état des législations cantonales (et leur diversité même) montre aussi que la mise en œuvre de la nouvelle réglementation n'a pas été bien préparée ; la brièveté du Message du Conseil fédéral et l'absence de documents d'accompagnement publiés en sont un autre indice, alors que la matière est difficile à comprendre. A cela s'ajoute que la doctrine admet que, même lorsqu'un périmètre en mouvement permanent n'a pas (encore) été défini, il faut considérer que l'art. 660 al. 1 ne s'applique de toute façon pas.

La nouvelle réglementation est-elle dès lors un coup d'épée dans l'eau ? Pas sûr. Certes, la mise en œuvre des nouvelles règles a commencé très lentement, aussi lentement que le déplacement des immeubles concernés. Les propriétaires fonciers ont les pieds sur terre et, de même que les juristes n'aiment guère le droit en mouvement, ils n'apprécient sans doute pas beaucoup que leurs immeubles soient en train de bouger. Mais qu'ils le veuillent ou non, ce lent déplacement se poursuit inexorablement et beaucoup seront sans doute contents, tôt ou tard, que le droit foncier offre un instrument juridique adéquat pour faire face à ce phénomène.

COMPENSATION ET PRESCRIPTION : LE DIALOGUE DIFFICILE D'UN COUPLE A LA FLEUR DE L'AGE ?

Pascal Pichonnaz*

Professeur à l'Université de Fribourg

Dans le code des obligations suisse, les dispositions sur la compensation (CO 120-126) côtoient celles sur la prescription (CO 127-142) sous le titre troisième : « De l'extinction des obligations ». Pourtant, ces institutions n'ont aujourd'hui que peu de choses en commun. En effet, la compensation est un authentique *mode d'extinction des obligations*, par lequel un débiteur recherché pour le paiement d'une créance (la créance principale) évite d'en payer tout ou partie en invoquant une créance qu'il détient lui-même contre son créancier (la contre-crédence)¹. En revanche, la prescription n'éteint pas l'obligation ; elle permet uniquement au débiteur qui l'invoque de *paralyser le droit d'action lié à la créance* suite à l'écoulement d'un certain temps².

Il y a toutefois deux points de contact connus entre compensation et prescription : la compensation par une contre-crédence prescrite et l'interruption de la prescription par l'invocation de la compensation. Dans une première partie, nous constaterons qu'il n'est plus possible de justifier la compensation au moyen d'une créance prescrite et que cette possibilité doit être supprimée *de lege ferenda*, comme le prévoient d'ailleurs les Principes européens du droit des contrats (I.). Dans une seconde partie, nous analyserons *de lege lata* les diverses options de l'interruption de prescription en cas de compensation (II.).

I. LA COMPENSATION AU MOYEN D'UNE CONTRE-CREANCE PRESCRITE

La référence à la compensation au moyen d'une contre-crédence prescrite dans les codes modernes est relativement récente. Afin de saisir l'évolution du phénomène, nous examinerons d'abord la situation en cas de compensation

* Nous remercions Me JEAN-CHRISTOPHE A MARCA, assistant à la Faculté de droit de Fribourg, de sa relecture critique de la présente contribution et de l'aide qu'il nous a apportée dans la mise au point des notes.

1 GAUCH/SCHLUEP/TERCIER, *Partie générale du droit des obligations*, Zurich 1982, n. 1971 ; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/REY, *Schweizerisches Obligationenrecht allgemeiner Teil*, Zurich 1998, n. 3324 ; P. ENGEL, *Traité des obligations en droit suisse*, Berne 1997, p. 669.

2 Cf. parmi d'autres ATF 123 III 213 c. 5 bb / JdT 2000 I 208, 213 ; GAUCH/SCHLUEP/TERCIER (note 1), n. 2027 ; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/REY (note 1), n. 3390 ; P. ENGEL (note 1), p. 796.

automatique (A.) en nous référant, en l'honneur des dix ans de la présente revue, à l'ancien code civil fribourgeois qui fut influencé par ce système. Nous aborderons ensuite les raisons de l'apparition de l'art. 120 al. 3 CO (B.) et tenterons d'en justifier l'existence (C.). Finalement, nous évoquerons brièvement la solution retenue par les Principes européens du droit des contrats (D.).

A. L'absence de référence à la prescription en cas de compensation automatique

Les quatrième et cinquième parties du *code civil fribourgeois*³ (ci-après : CCfrib.) relatives aux obligations et leurs suites furent en vigueur du 1^{er} janvier 1850 au 31 décembre 1882. La compensation y était traitée aux articles 1327 à 1331. La disposition de principe était celle de l'art. 1329 qui disposait que « Hormis les cas mentionnés aux articles précédents une dette ne paie pas l'autre de plein droit. Toutefois celui qui a un titre échu, liquide et non contesté, peut toujours en demander la compensation contre les prétentions de son débiteur non encore reconnues par titre »⁴.

Cette disposition est intéressante en ce sens qu'elle paraît se distancer du régime de la compensation automatique (appelée aussi compensation *ipso iure*) du Code civil français de 1804 (ci-après : CCfr.), dont elle s'inspire toutefois partiellement⁵. En effet, l'art. 1329 CCfrib. souligne expressément que la compensation n'est pas automatique (« une dette ne paie pas l'autre de plein droit »), sauf dans le cas de « valeurs légalement payées à compte d'une dette » (art. 1327 CCfrib.) et « lorsque deux personnes sont en compte ouvert, par suite de leurs relations d'affaires » (art. 1328 CCfrib.).

Ainsi, la compensation ne pouvait être invoquée que si la dette était exigible, liquide et non contestée et qu'elle figurait dans un titre. Hormis l'exigence d'un titre, il s'agit là des conditions traditionnelles de la compensation automatique : la créance devait être *exigible* et reconnue dans son existence et sa quotité, autrement dit *liquide*⁶. Ces conditions sont comparables à celle de l'art. 1291 al. 1 CCfr. qui dispose que « la compensation n'a lieu qu'entre deux

3 L'édition originale est celle de Joseph-Louis Piller (édit.), Code civil du Canton de Fribourg, Quatrième et cinquième Partie, Fribourg 1849 ; pour une présentation historique, cf. R. PAHUD DE MORTANGES / R. SIFFERT, Das Zivilgesetzbuch für den Kanton Freiburg und seine Bedeutung für die heutige Rechtsprechung, RFJ 1998 247 ss, en part. 259 ss ; E. HUBER, System und Geschichte des Schweizerischen Privatrechtes, T. IV, Bâle 1893, p. 189.

4 Lois civiles du Canton de Fribourg, Ed. Ch. Marchand, Fribourg 1868.

5 S. STÖRI-SCHÜTZ, Die Kompensation von Forderungen im schweizerischen Recht bis zum Erlass der Obligationenrechts von 1881, Zurich 1978, p. 92.

6 Sur la signification de la liquidité au 18^e siècle en droit français, P. PICHONNAZ, La compensation, Fribourg 2001, n.1371 s.

dettes qui ont également pour objet une somme d'argent, ou une certaine quantité de choses fongibles de la même espèce et qui sont également liquides et exigibles ».

A notre avis, le texte de l'art. 1329 CCfrib. ne peut se comprendre que dans sa perspective historique. En effet, en Allemagne, le début du XIX^e siècle marque l'affirmation graduelle du principe de la *compensation automatique soumise à allégation* par une partie⁷. L'effet est automatique, mais suppose une allégation en justice pour que le juge puisse en tenir compte. En France, le principe de l'allégation apparaît aussi, mais sporadiquement d'abord sous la plume d'auteurs allemands ou influencés par eux⁸, pour n'être consacré par la jurisprudence qu'en 1880⁹. En précisant qu'une dette ne paie pas l'autre de plein droit, l'ancien code fribourgeois souligne l'exigence de l'allégation en justice pour l'extinction des dettes réciproques. On doit probablement rechercher les origines d'une telle affirmation dans le fait que le rédacteur du code, Samuel Frédéric Balthasar Chaillet, étudia à Halle et fut donc en relation avec la tradition juridique allemande¹⁰.

Le code civil fribourgeois reste toutefois muet sur le moment auquel l'effet extinctif se produit. Ce silence provient certainement de l'absence de doute à ce sujet, puisque tant les juristes français¹¹ que les juristes allemands¹² admettaient que l'extinction des créances réciproques avait lieu dès qu'elles coexistaient en remplissant les conditions de la compensation. L'allégation n'avait dès lors qu'un effet déclaratif.

On peut exclure avec certitude que le Code civil fribourgeois prévoyait un effet rétroactif de la compensation. En effet, *l'idée de la rétroactivité* d'une déclaration de compensation avec un effet constitutif avait été certes évoquée

7 Cf. notamment A. F. J. THIBAUT, *System des Pandekten-Rechts*, vol. 2, Iena 1828, § 997 ; F. C. VON SAVIGNY, *System des heutigen römischen Rechts*, vol. 5, Berlin 1840-1863, p. 403.

8 Le premier Karl Salomo ZACHARIAE von Lingenthal (1769-1843), *Handbuch des französischen Civilrechts*, 2^e éd., Heidelberg 1811 (§ 262) ; pour une présentation détaillée de l'évolution, cf. P. PICHONNAZ (note 6), n. 1725 ss.

9 Cf. l'arrêt de principe de la Cour de cassation de 1880, Req. 11 mai 1880, D.P. 1880.1.470.

10 PAHUD DE MORTANGES/SIFFERT, (note 3), p. 262 ; sur l'influence du droit allemand, cf. é.g. E. HUBER, (note 3), p. 189.

11 Cf. A. DURANTON, *Cours de droit français, suivant le code civil*, t. 12, Paris 1844, n. 582 ; MASSE/VERGE, *Le droit civil français par K.-S. Zachariae*, traduit de l'allemand sur la cinquième édition annoté et rétabli suivant l'ordre du code Napoléon, t. 3, Paris 1857, § 572 ; contra C. DEMOLOMBE, *Cours de code civil*, vol. 1, De la publication, des effets et de l'application des lois en général, de la jouissance et de la privation des droits civils, des actes de l'état civil, du domicile, et de l'absence, Paris 1847, n. 671.

12 Cf. G. F. PUCHTA, *Lehrbuch der Pandekten*, Leipzig 1848, p. 419 ; B. WINDSCHEID, *Lehrbuch des Pandektenrechts*, vol. II, Francfort-sur-le Main 1891, § 349 n. 1 ; H. DERNBURG, *Geschichte und Theorie der Kompensation nach römischem und neuerem Rechte*, Heidelberg 1868, réimpr. Aalen 1965, p. 584.

par Puchta dans ses Pandekten dès 1838¹³, mais ne fut vraiment consacrée qu'après 1854 par Dernburg¹⁴, puis par le § 1054 du Code civil zurichois de 1855¹⁵.

Dans un système de compensation automatique, *la compensation au moyen d'une contre-créance prescrite* ne présentait pas d'intérêt particulier. Il n'y avait dès lors pas de raison de mentionner cette situation dans la loi. En effet, la créance à laquelle on pouvait opposer l'exception de prescription ne pouvait pas compenser parce qu'elle n'était plus exigible¹⁶. On ne considérait pas comme exigible une créance dont le titulaire se trouvait dépourvu de droit d'action pour en obtenir l'exécution ; ce qui était le cas pour la créance prescrite¹⁷. On reprenait ainsi les arguments des auteurs du Moyen-Age qui avaient interprété dans le même sens un célèbre texte du Digeste¹⁸. Pour les Pandectistes allemands du XIX^e siècle toutefois, la question était plus controversée, mais nombre d'entre eux défendaient l'idée que la prescription éteignait la créance, ne laissant même pas subsister une obligation naturelle, ce qui excluait à nouveau la compensation avec une créance prescrite¹⁹.

Avec l'apparition de la *compensation par déclaration* dans la deuxième partie du XIX^e siècle, la question de la compensation avec une contre-créance prescrite se trouvait à un tournant.

B. L'apparition de la compensation avec une contre-créance prescrite dans la compensation par déclaration

Le code des obligations dispose à l'art. 120 al. 3 CO que « la compensation d'une créance prescrite peut être invoquée, si la créance n'était pas éteinte par la prescription au moment où elle pouvait être compensée ». Cette disposition est le résultat d'âpres discussions qui eurent lieu non seulement en Allemagne à

13 G. F. PUCHTA (note 12), p. 419.

14 H. DERNBURG (note 12), p. 294 ; cf. ég. cf. P. PICHONNAZ (note 6), n. 1444.

15 La loi du 16 avril 1855 « betreffend die Einführung der §§ 903 bis § 1892 des privatrechtlichen Gesetzbuches » ; J. C. BLUNTSCHLI, *Privatrechtliches Gesetzbuch für den Kanton Zürich, mit Erläuterungen*, t. 3, Zurich 1855, ad § 1054 ; P. PICHONNAZ (note 6), n. 1569.

16 Cf. AUBRY/RAU, *Cours de droit civil français : d'après la méthode de Zachariae*, t. 4, Paris 1869, p. 228 ; A. DURANTON (note 11), n. 408 ; plus nuancé, C. DEMOLOMBE (note 11), n. 544.

17 Pour le droit français, cf. R. MENDEGRIS, *La nature juridique de la compensation*, Paris 1969, p. 78 et la jurisprudence qu'il cite.

18 Iav. D. 16,2,14 : « Quaecumque per exceptionem peremi possunt, in compensationem non veniunt », « Toutes les créances qui peuvent être écartées par une exception n'entrent pas en ligne de compte pour la compensation ».

19 Cf. notamment H. DERNBURG (note 12), p. 472 s. ; F. EISELE, *Die Compensation nach Römischem und Gemeinem Recht*, Berlin 1876, p. 333 ; cep. F. C. VON SAVIGNY (note 7), p. 403 s.

la fin du XIX^e siècle²⁰, mais aussi en Suisse au début du XX^e siècle. Elles sont liées au fait que presque tous les auteurs qui envisagèrent la compensation par déclaration admirent la rétroactivité des effets de celle-ci²¹.

Fallait-il admettre la compensation avec une contre-créance prescrite entre le moment de la coexistence de créances réciproques et celui de la déclaration de compensation ?

En Allemagne, la première commission de rédaction du BGB avait exclu en 1887 la possibilité de compenser avec une contre-créance prescrite²², mais suite aux nombreuses critiques émises, le deuxième projet introduisit cette possibilité pour autant que la créance ne fût pas encore prescrite au moment où elle aurait pu compenser pour la première fois²³. Cette solution fut alors entérinée au § 390 al. 2 BGB. On évoquait avant tout l'argument selon lequel il ne fallait pas préteriter le créancier qui avait tergiversé avant d'invoquer la compensation et qui, de ce fait, avait laissé se prescrire sa créance.

En Suisse, l'ancien code fédéral des obligations de 1881 ne mentionnait pas la question de la compensation avec une contre-créance prescrite. La question était dès lors discutée en doctrine²⁴ et la possibilité de compenser généralement rejetée, au motif que la contre-créance n'était plus exigible²⁵. Contrairement à la Cour de Justice de Genève²⁶, le Tribunal fédéral jugea à fin 1908 qu'une créance, même non prescrite au moment de la naissance de la situation de

20 Cf. P. PICHONNAZ (note 6), n. 1640, 1645, 1655.

21 Le fondement théorique évolua encore au 19^e siècle, cf. P. PICHONNAZ (note 6), n. 1451 ss ; cf. toutefois en Suisse, P. F. von WYSS (Motive zu der auf Grund der Kommissionsbeschlüsse vom September 1877 bearbeiteten neuen Redaktion des allgemeinen Teiles des Entwurfes zu einem schweizerischen Obligationenrechte, Berne 1877, p. 39) qui s'opposa à l'effet rétroactif.

22 Cf. Protocoll I, p. 11686 s. (« Nach Vollendung der Verjährung steht dem Anspruche eine Einrede entgegen, durch welche die Geltendmachung des Anspruches dauernd ausgeschlossen wird. ») ; cf. ég. résumé chez B. MUGDAN, Die gesamten Materialien zum bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich, 5 vol. et index, Berlin 1899-1900 (réimpr. Aalen 1978), p. 559 ss ; Protocoll I, p. 11740 (=JAKOBS/SCHUBERT, Die Beratung des Bürgerlichen Gesetzbuchs in systematischer Zusammenstellung der unveröffentlichten Quellen, Berlin/New York 1980-1984, p. 696).

23 § 281a : « Die Einrede der Verjährung schliesst die Aufrechnung nicht aus, wenn die verjährte Forderung zu der Zeit, in welcher sie gegen die andere Forderung aufgerechnet werden konnte, noch nicht verjährt war. » ; cf. ég. JAKOBS/SCHUBERT (note 22), p. 697.

24 Cf. A. JANGGEN, Die Compensation nach schweizerischem Obligationenrecht, Berne 1888, p. 115 ; V. ROSSEL, Manuel du droit fédéral des obligations, 2^e éd., Lausanne/Paris 1905, p. 210 ; H. HAFNER, Das schweizerische Obligationenrecht mit Anmerkungen und Sachregister, 2^e éd., Zurich 1905, n. 2 ad art. 138 aCO ; SCHNEIDER/FICK, Das schweizerisches OR samt den Bestimmungen des BG betreffend die persönliche Handlungsfähigkeit mit allgemeinfasslichen Erläuterungen, Zurich 1896, n. 3 ad art. 138 aCO ; J. HABERSTICH, Handbuch des schweizerischen Obligationenrecht, Zurich 1884, p. 271.

25 V. ROSSEL (note 24), p. 210.

26 SJ 22 p. 378 ss.

« compensabilité » des créances réciproques, ne pouvait pas être opposée en compensation si la créance était prescrite au moment de la déclaration de compensation²⁷. Le Tribunal fédéral justifiait sa décision en considérant que pour que la déclaration de compensation puisse produire un effet extinctif (rétroactif), il fallait d'abord que les conditions de la compensation soient remplies, ce qui n'était pas le cas avec une créance prescrite.

En réaction à cet arrêt, la Commission du Conseil des Etats proposa d'insérer une disposition similaire au § 390 al. 2 BGB en considérant que la possibilité de compenser avec une créance prescrite correspondait à l'équité²⁸. Le Parlement suivit la proposition du rapporteur de la commission du Conseil des Etats et adopta l'art. 120 al. 3 CO.

C. Les essais de justification du régime

On invoque traditionnellement deux arguments pour fonder la possibilité de compenser au moyen d'une contre-crédence prescrite ; le premier est tiré de l'équité (1.), le second de l'effet rétroactif de la compensation (2.). Un examen rapide permet toutefois de douter de leur pertinence.

1. *Un argument d'équité*

Aussi bien en Allemagne qu'en Suisse, les promoteurs de la compensation avec une créance prescrite invoquèrent des arguments d'équité²⁹ pour justifier cette possibilité. L'idée est qu'il serait injuste qu'un créancier qui tarde à ouvrir action pour exiger le paiement de sa créance, parce qu'il sait que l'autre partie détient une créance plus importante, se voie privé de la possibilité de compenser lorsque celle-ci ouvre action en paiement.

27 ATF 34 II 632 c. 4 (n. t.).

28 Bull. stén. CE, 1910, p. 183 : « (Hoffmann) Im Obligationenrecht besteht die Kontroverse, ob eine verjährte Forderung zur Kompensation verwendet werden könne ; diese Frage hat keine Lösung gefunden im geltenden Rechte. Das Bundesgericht hat sie verneint. Das deutsche bürgerliche Gesetzbuch sagt in § 390 [...] diese Lösung entspricht der Billigkeit. [...] Der Grundsatz selbst ist zweifellos richtig. »

29 Bull. stén. CE, 1910, p. 183 ; v. TUHR/ESCHER, Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, Zurich 1974, p. 196 ; V. AEPLI, ZKomm., n. 157 ad art. 120 CO ; cf. cep. sur la question de l'équité, B. MUGDAN (note 22), p. 541, qui indique : « Der Einwand, dass die Ausschliessung der Aufrechnung *unbillig* erscheine, wenn der Gläubiger, gegen den eine kurze Verjährung läuft, die Geltendmachung seines Anspruches deshalb unterlässt, weil er darauf vertraut, daß auch der Gegner einen entsprechenden Theil seiner Forderung als getilgt ansehe, oder weil er Anstand nimmt, durch die Einklagung eines vielleicht geringfügigen Betrages den Gegner zur Geltendmachung seiner grösseren Forderung zu veranlassen, fällt dem Verjährungszwecke gegenüber nicht in die Waagschale. Ein ordentlicher Hausvater darf, ohne Rücksicht auf das Verhältniss von Soll und Haben, nicht unterlassen, sich mit dem anderen Theile zur gehörigen Zeit auseinanderzusetzen. »

Cette justification a toute sa valeur dans un régime où la compensation par déclaration doit nécessairement se faire dans un procès au moyen d'une *exceptio compensationis* et ne peut avoir lieu hors procès. Or, c'est cette conception qui prévalait en Allemagne jusqu'à l'introduction du BGB³⁰. Dans une telle situation, on comprend que le débiteur du créancier principal puisse être incité à attendre l'ouverture d'une action par son créancier pour opposer ensuite l'*exceptio* de compensation, plutôt que d'ouvrir action en justice pour une somme peut-être très faible. C'est d'ailleurs le même argument qui était invoqué pour justifier l'effet rétroactif de la compensation³¹.

En revanche, dès lors que la compensation peut être invoquée à tout moment, même hors procès, et surtout même au moyen d'une créance contestée, il n'y a plus de raison de privilégier le créancier de la créance prescrite. En effet, rien ne l'empêche d'invoquer la compensation à tout moment, même si sa créance est beaucoup plus faible que celle de son créancier. Pourquoi serait-il mieux traité qu'un créancier ordinaire, qui doit ouvrir action pour interrompre la prescription ? Le hasard lié à l'existence d'une créance réciproque ne suffit pas à justifier cette entorse au régime ordinaire. On ne voit ainsi pas en quoi la possibilité de compenser avec une contre-crédence prescrite serait plus équitable.

2. *Un argument tiré de l'effet rétroactif*

On invoque parfois aussi l'existence de l'effet rétroactif pour justifier la compensation avec une créance prescrite³².

Cette justification est cependant sans fondement pour plusieurs raisons. Avant l'entrée en vigueur de l'art. 120 al. 3 CO, le Tribunal fédéral avait relevé à juste titre que pour que l'effet rétroactif se produise, il fallait d'abord que *la déclaration puisse se réaliser dans les conditions de la compensation*³³. Or, la contre-crédence doit impérativement être exigible³⁴. Etant donné que la prescription paralyse le droit d'action lié à la créance, le créancier ne peut plus l'exiger en justice ; en ce sens, la créance n'est plus exigible, mais reste exécu-

30 Cf. notamment B. WINDSCHEID (note 12), § 349 n. 1 ss ; F. EISELE (note 19), p. 253 ss ; H. DERNBURG (note 12), p. 529 ss.

31 Sur cette question, cf. P. PICHONNAZ (note 6), n. 1478 ss, mais surtout pour une critique n. 2117.

32 B. BÜREN, *Das Schweizerische Obligationenrecht*, Berne 1964, p. 484 ; GUHL/KOLLER, *Das Schweizerische Obligationenrecht*, Zurich 2000, p. 300 ; pour d'autres références, cf. ég. V. AEPLI, *ZKomm.* n. 157 ad art. 120 CO.

33 ATF 34 II 632 c. 4 (n.t.) ; ég. P. PICHONNAZ (note 6), n. 1606.

34 ATF 24 II 358 c. 5 (n.t.) ; Tribunal cantonal *in* RVJ 1983 p. 301, 305 ; GAUCH/SCHLUEP/TERCIER (note 1), n. 2000 ss ; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/REY (note 1), n. 3350 ; P. ENGEL (note 1), p. 673.

table à titre de créance naturelle (CO 63 II). On pourrait dès lors dénier la possibilité d'un effet rétroactif lorsque la créance n'est pas exigible, puisque les conditions de la compensation ne sont pas remplies au moment de la déclaration de compensation³⁵. L'idée est similaire à celle qui a été admise en relation avec l'art. 10 CO sur les effets de l'acceptation³⁶.

L'effet rétroactif fait lui-même l'objet de critiques³⁷. En effet, il est une survivance du régime de la compensation automatique, interprétée par les Pandectistes du XIX^e siècle. On le sait, ceux-ci cherchèrent à concilier l'idée d'une déclaration de volonté constitutive avec les textes romains divergents³⁸. L'effet rétroactif de la compensation pouvait encore se justifier lorsque le débiteur de la créance principale ne pouvait la faire valoir que par le biais d'une exception en justice ; en revanche, il est infondé dès que le débiteur a la libre disposition de l'institution de la compensation et qu'il peut compenser à tout moment, indépendamment de toute action³⁹. Le débiteur obtient sinon un avantage indu par rapport à celui qui doit payer effectivement le montant sans pouvoir compenser, puisque le premier ne devra pas d'intérêts moratoires sur la part compensée de la créance, alors que l'autre devra l'entier des intérêts moratoires⁴⁰.

A notre avis, l'art. 120 al. 3 CO n'a plus aucune justification dans le régime de compensation par déclaration et devrait dès lors être supprimé *de lege ferenda*. Il en va d'ailleurs de même de la rétroactivité des effets de la compensation⁴¹.

En pratique toutefois, un créancier principal pourra parfois éviter, même selon le droit actuel, d'être contraint de payer une contre-crédence déjà prescrite. Tel est le cas si le débiteur dispose de plusieurs contre-crédences contre le même créancier principal. En effet, la compensation étant un moyen d'exécution privée immédiat des créances⁴², l'auteur de la compensation doit indiquer la contre-crédence qu'il utilise pour opérer la compensation. S'il ne le fait pas, sa dé-

35 Pour ce raisonnement en droit autrichien, cf. P. PICHONNAZ (note 6), n. 1807 et les auteurs cités.

36 L. THEVENOZ, La rétroactivité des effets du contrat entre absents et le transfert des risques, *in* SJ 1983 p. 481 ss, 484.

37 En Autriche, S. DULLINGER, *Handbuch der Aufrechnung*, Vienne 1995, p. 172 ; P. BYDLINSKI, *Die Aufrechnung : Verjährung, Rückwirkung und § 414 al. 3 HGB*, *in* Österreichisches Recht der Wirtschaft 1993, p. 238 ss, 238 s. ; HONSELL/HEIDINGER, *Praxiskommentar zum ABGB samt Nebengesetzen*, t. 7 (§ 1293-1502), Vienne 1997, n. 21 ad § 1438 ABGB ; en Allemagne, P. BYDLINSKI, *Die Aufrechnung mit verjährten Forderungen : Wirklich kein Änderungsbedarf?* *in* Archiv für die civilistische Praxis 196 (1996), p. 276-304.

38 Pour une analyse détaillée, cf. P. PICHONNAZ (note 6), n. 1478 ss.

39 P. PICHONNAZ (note 6), n. 2112 ss ; P. PICHONNAZ, *The Retroactive Effect of Set-Off (Compensatio)*, *in* Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis 68 (2000), p. 541-564, 560 s.

40 Sur le caractère de sûreté injustifiée, cf. P. PICHONNAZ (note 6), n. 2128.

41 P. PICHONNAZ (note 6), n. 2158 ss.

42 P. PICHONNAZ (note 6), n. 2157 et 2173 ; V. AEPLI, *ZKomm.*, n. 30 ad Vorb. ad art. 120-126 CO ; GAUCH/SCHLUEP/TERCIER (note 1), n. 1977.

claration de compensation est inefficace⁴³, l'ordre de priorité du paiement (CO 86) ne s'appliquant pas dans ce cas-là⁴⁴. Ainsi, pour éviter d'être contraint de payer une contre-créance déjà prescrite, le créancier principal peut prendre son débiteur de vitesse en déclarant lui-même compenser contre une autre créance que celle qui est prescrite⁴⁵. Si la contre-créance est supérieure à la créance principale, il n'y aura plus qu'une action du titulaire de la contre-créance pour le solde non prescrit ; si la contre-créance est inférieure, le créancier principal aura limité ses risques, puisque son débiteur ne pourra invoquer la contre-créance prescrite que pour le solde de la créance principale.

D. La solution retenue par les Principes européens

La Commission pour l'unification du droit privé européen (dite aussi « Commission Lando ») vient d'achever la troisième partie de Principes européens du droit des contrats (ci-après : PECL). Parmi ces nouveaux principes, on trouve plusieurs articles relatifs à la compensation (art. 13:101-13:107 PECL)⁴⁶.

La Commission Lando a ainsi admis le régime de la *compensation par déclaration* (art. 13:104⁴⁷), s'écartant de la compensation automatique du droit français ou de la compensation judiciaire du droit anglais. Il est vrai que même ces régimes, distincts dans les codes ou les décisions anciennes, ont passablement évolué, tendant tous vers une compensation par déclaration⁴⁸.

43 Cf. dans ce sens Tribunal cantonal du canton de Lucerne *in* RSJ 1964, p. 234 ; V. AEPLI, ZKomm., n. 56, 61 ad art. 124 CO (qui considère – à tort – qu'il en va de même en cas de pluralité de créances principales) ; OSER/SCHÖNENBERGER, ZKomm., n. 6 ad art. 124 CO ; P. PICHONNAZ (note 6), n. 2173 ; v. TUHR/ESCHER, (note 29), p. 206 note 24 ; WEBER, BKomm., n. 9 ad art. 87 CO ; *contra* : ATF 58 III 21, 24 s. (n. t.).

44 P. PICHONNAZ (note 6), n. 2172 ss ; V. AEPLI, ZKomm., n. 46 et 57 ad art. 124 CO ; les art. 86 s. CO ne s'appliquent par analogie que lorsqu'il y a plusieurs créances principales et que le titulaire de la contre-créance n'indique pas quelle créance principale il veut éteindre par compensation, P. PICHONNAZ (note 6), n. 2167 ss et les références aux droits européens ; V. AEPLI, ZKomm., n. 46 et 57 ad art. 124 CO et les réf. ; *contra* notamment B. BÜREN, (note 32) p. 486, qui préconise que l'ordre est fixé par le moment où les créances principales sont devenues compensables.

45 Dans ce sens aussi V. AEPLI, ZKomm., n. 158 ad art. 120 CO ; *contra* : B. BÜREN (note 32), p. 486 s.

46 Pour une présentation détaillée, cf. P. PICHONNAZ (note 6), n. 2069 ss ; R. ZIMMERMANN, *Die Aufrechnung, Eine rechtsvergleichende Skizze zum Europäischen Vertragsrecht*, *in* Mélanges pour Dieter Medicus, Munich 1999, p. 707-739, 719. – Cette troisième partie des Principes européens n'a pas encore été publiée, mais devrait l'être prochainement. Nous remercions le Prof. R. Zimmermann, qui a bien voulu mettre à notre disposition la version définitive des principes européens relatifs à la compensation. Une version électronique se trouve sur Internet depuis peu : « [http://www.cbs.dk/departement/law/staff/ol/commission_on_ecl/8Articles\(EF\)f.htm](http://www.cbs.dk/departement/law/staff/ol/commission_on_ecl/8Articles(EF)f.htm) » (3.9.02).

47 Art. 13:104 PECL : « [Notification de la compensation] La compensation s'opère par notification à l'autre partie. ».

48 Sur cette convergence graduelle, mais déjà avancée, cf. P. PICHONNAZ (note 6), n. 2002 ss.

Elle a en outre retenu un *effet ex nunc*, supprimant résolument tout effet rétroactif de la compensation (art. 13:106 PECL⁴⁹). Ainsi, un débiteur opposant finalement une contre-créance en compensation, même par une déclaration faite hors procès, devra supporter les intérêts, y compris les intérêts moratoires, qui seront échus jusqu'au moment de la réception de la déclaration de compensation⁵⁰.

Dans le même temps, la Commission a *exclu la possibilité de compenser avec une créance prescrite* si l'autre partie s'y oppose en invoquant la prescription dans les deux mois suivant la réception de la déclaration de compensation (art. 14:503 PECL⁵¹). Cette règle est originale, puisqu'elle tient compte à la fois de la non-rétroactivité des effets de la compensation et du fait que les tribunaux ne peuvent relever d'office la prescription acquise. Dès lors, si le créancier principal n'invoque pas la prescription de la contre-créance dans le délai de deux mois, il est présumé avoir renoncé par actes concludants à invoquer la prescription déjà acquise. Nous ne pouvons qu'approuver la solution retenue dans ces principes, puisqu'elle nous paraît en harmonie avec les arguments dégagés précédemment⁵².

L'option choisie par les Principes européens du droit des contrats devrait ainsi inciter encore un peu plus le législateur fédéral à *modifier les règles sur la compensation*, en supprimant notamment la possibilité de compenser avec une contre-créance prescrite lorsque le créancier principal fait valoir la prescription de la créance.

II. L'INTERRUPTION DE LA PRESCRIPTION PAR L'INVOCATION DE LA COMPENSATION

De lege lata, le recours à la compensation permet aussi bien au créancier d'une obligation qu'au débiteur de celle-ci d'interrompre la prescription au sens de l'art. 135 CO. Les conditions et les effets de celle-ci sont toutefois différents. C'est la raison pour laquelle nous aborderons d'abord l'interruption de la prescription par un acte du débiteur (A.), pour traiter ensuite de celle qui émane d'un acte du créancier (B.).

49 Art. 13:106 PECL : « [Effets de la compensation] A compter de la notification, la compensation éteint les obligations à concurrence de la plus faible. » ; pour une analyse, cf. P. PICHONNAZ (note 6), n. 2178 ss.

50 P. PICHONNAZ (note 6), n. 2162.

51 Art. 14:503 PECL : « [Compensation] Une dette prescrite peut néanmoins être compensée à moins que le débiteur n'ait opposé la prescription antérieurement ou l'oppose dans un délai de deux mois à compter du moment où la compensation lui a été notifiée. » ; une traduction allemande des Principes européens sur la prescription existe *in* ZEuP 2001, p. 400-402.

52 Cf. P. PICHONNAZ (note 6), n. 2184.

A. L'interruption de la prescription par un acte du débiteur

Aux termes de l'art. 135 ch. 1 CO, « la prescription est interrompue lorsque le débiteur reconnaît la dette, notamment en payant des intérêts ou des acomptes, en constituant un gage ou en fournissant une caution ».

Selon cette disposition, lorsque le débiteur *reconnaît sa dette*, même dans son principe uniquement, expressément ou par actes concluants, sous une forme ou une autre⁵³, il interrompt le cours de la prescription pour toute la dette et fait partir immédiatement un nouveau délai de même durée que le précédent (art. 137 al. 1 CO).

La compensation est un moyen d'éteindre tout ou partie d'une dette (par le sacrifice d'une contre-créance). Etant donné que la prescription de la créance est interrompue en cas de paiement d'acomptes, il doit en aller de même lorsque le débiteur oppose la compensation et que la contre-créance est moins importante que la créance principale. En effet, dans ce cas-là, la compensation n'éteint qu'une partie de la créance ; elle doit donc interrompre la prescription pour le solde. Le Tribunal fédéral l'a reconnu expressément⁵⁴.

a) *Si le débiteur conteste la créance principale*, il faut distinguer deux cas de figure :

1° En l'absence de procédure pendante, il ne peut invoquer la compensation, puisqu'en tant qu'acte formateur, la compensation ne peut être assortie de conditions⁵⁵. S'il invoque la compensation, le débiteur ne peut alors plus contester la créance principale, puisqu'il l'aura implicitement reconnue. On pourrait tout au plus admettre qu'il déclare au moment de compenser qu'il conteste la part non compensée de la créance. En effet, un paiement pour solde de tout compte n'interrompt pas la prescription pour la part restante⁵⁶ ; la solution devrait être identique pour un paiement partiel assorti clairement de réserves expresses pour le solde.

2° Dans une procédure pendante, le débiteur devra contester la créance à titre principal et ne pourra opposer la compensation que dans des conclusions subsidiaires (*Eventualverrechnung*)⁵⁷. Dans le cas inverse, la créance serait implicitement admise pour le tout et éteinte pour la part opposée en compensation.

53 L'énumération est non exhaustive, cf. ATF 121 III 270 / JdT 1996 252.

54 ATF 110 II 176 / JdT 1985 I 29 ; ATF 78 II 243, 255 c. 5 d / JdT 1953 I 148, 155.

55 GAUCH/SCHLUEP/TERCIER (note 1), n. 2017 ; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/REY (note 1), n. 3370 ; P. ENGEL (note 1), p. 676 ; W. PETER, Bakomm, n. 16 ad. art. 120 CO.

56 Tribunal fédéral *in* SJ 1980 116.

57 Cf. cep. E. BUCHER, Kompensation im Prozess : Zurück zum materiellen Recht, *in* Einheit und Vielfalt des Rechts ? Mél. R. Geimer, Munich 2002, p. 105, pour qui la compensation est par nature conditionnelle lorsqu'elle est invoquée dans un procès.

b) Si le créancier conteste la compensation par la contre-créance, on doit à nouveau distinguer selon que celle-ci est ou non finalement admise. En effet, même s'il est possible de compenser au moyen d'une contre-créance contestée, le résultat pratique est que l'ensemble du contentieux sera soumis au juge qui examine alors, d'une part, l'existence et l'étendue de la contre-créance et, d'autre part, l'exclusion ou non de la compensation dans le cas d'espèce (exclusion conventionnelle ou légale selon l'art. 125 CO).

1° Si la compensation est finalement admise, l'effet interruptif de la prescription aura lieu dès le jour où la déclaration de compensation a été reçue par le créancier principal. Etant donné que la déclaration de compensation faite hors procès a un effet constitutif, le jugement se borne à constater que l'effet compensatoire a bel et bien eu lieu (effet déclaratif)⁵⁸. En vertu de la conception civiliste qui prévaut⁵⁹, si le défendeur invoque la compensation pour la première fois en justice, son acte est double : Il est à la fois une déclaration formatrice de compensation et une objection de compensation qui doit respecter les exigences de délai et de forme de la procédure cantonale⁶⁰. Ainsi, dans tous les cas de figure, c'est le moment de la réception par le créancier de la manifestation de volonté de compenser qui constitue l'acte interruptif faisant partir un nouveau délai (art. 137 CO⁶¹).

2° Si la compensation est finalement rejetée, l'effet interruptif de la prescription a néanmoins lieu. C'est le cas lorsque la compensation est rejetée parce que la contre-créance n'existe pas⁶² ; en fin de compte, ce qui est déterminant pour interrompre la prescription n'est pas l'existence de la contre-créance, mais la volonté du débiteur de compenser qui exprime implicitement la reconnaissance de sa dette. C'est aussi le cas lorsque le juge rejette la compensation parce que l'objection n'a pas été formée en temps utile ou selon les formes requises par le droit cantonal⁶³ ou encore lorsque la compensation est interdite. En effet, son acte reconnaît la créance. Dans un tel cas, l'interruption de la prescription frappe alors toute la créance.

58 Cf. P. PICHONNAZ (note 6), n. 2034.

59 Cf. P. PICHONNAZ (note 6), n. 2026 ss.

60 P. PICHONNAZ (note 6), n. 2031 ; V. AEPPLI, ZKomm., n. 123 ad Vorb. ad art. 120-126 CO.

61 En vertu de l'art. 132 CO, on compte le nouveau délai à partir du jour qui suit celui de l'interruption ; cf. ATF 81 II 135 c. 2 (n. p.) ; é.g. K. SPIRO, Die Begrenzung privater Rechte durch Verjährungs-, Verwirkungs- und Fatalefristen, t. I, Berne 1975, § 124, p. 277 s. ; P. ENGEL (note 1), p. 806.

62 GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/REY (note 1), n. 3467 ; Cour civile JU in DC 1990 N 42, p. 43 s., avec commentaires de P. TERCIER.

63 Sur l'effet matériel de ce rejet, cf. P. PICHONNAZ (note 6), n. 2065 ss.

B. L'interruption de la prescription par un acte du créancier

Le cours de la prescription peut aussi être interrompu par un acte émanant du créancier. Tel est le cas lorsque celui-ci « fait valoir ses droits par des poursuites, par une action ou une exception devant un tribunal ou des arbitres, par une intervention dans une faillite ou par une citation en conciliation » (CO 135 ch. 2).

On pourrait envisager deux situations distinctes, selon que l'interruption de la prescription est le fait du titulaire de la créance principale ou de celui de la contre-créance.

*Lorsque le titulaire de la créance principale n'ouvre action que pour une part réduite de sa créance, parce qu'il a tenu compte de la contre-créance inférieure, l'effet interruptif ne porte que sur le montant déduit en justice*⁶⁴. En principe, cela ne présente pas de difficultés particulières, puisque le montant non déduit en justice est éteint par compensation. La seule hypothèse délicate serait celle dans laquelle le créancier principal aurait à tort cru compenser alors même que la contre-créance n'existait pas ou avait été éteinte par une autre créance. Dès lors, la prescription de la créance résiduelle ne serait pas interrompue.

L'autre hypothèse est celle dans laquelle *le titulaire de la contre-créance l'oppose en compensation* dans un procès. Cette objection de compensation interrompt la prescription de la contre-créance au moment où elle est formulée⁶⁵, indépendamment du fait que les effets extinctifs de la compensation rétroagissent au jour où les deux créances pouvaient être compensées pour la première fois (CO 124 al. 2)⁶⁶. L'effet interruptif a lieu même si la compensation est invoquée à titre subsidiaire (*Eventualverrechnung*)⁶⁷.

Interrompre la prescription de la contre-créance par une objection de compensation peut présenter un intérêt lorsque la contre-créance est plus importante que la créance principale. Certes, en principe, le défendeur fera valoir sa contre-créance par une demande reconventionnelle, qui est interruptive de prescription⁶⁸. Toutefois, si le défendeur se borne à opposer la compensation par le biais d'une objection, la prescription est interrompue non pas jusqu'à concurrence du montant figurant dans la demande principale, mais jusqu'à concurrence du montant indiqué par le défendeur dans son objection ou de celui arrêté

64 ATF 122 III 195 c. 9c / JdT 1997 I 221, 222.

65 ATF 110 II 176 / JdT 1985 I 29 ; S. BERTI, ZKomm., n. 122 ad art. 135 CO.

66 Étonnamment, malgré le régime de la compensation automatique du droit français, un arrêt du 6 février 1996 de la Cour de cassation commerciale française va dans le même sens, Com., 6.2.1996, Bull. civ. IV, n. 42, in D.1998.87, obs. V. BREMOND.

67 K. SPIRO (note 61), § 136 p. 303 ; S. BERTI, ZKomm., n. 131 ad art. 135 CO ; V. TUHR/ESCHER (note 29), p. 228 note 23.

68 P. ENGEL, (note 1), p. 817.

par le juge, même si le montant dépasse celui de la créance principale⁶⁹. En effet, aussi longtemps que le procès dans lequel la contre-crédance a été invoquée en compensation est pendant, le défendeur ne peut souvent pas ouvrir une autre action pour la part restante (exception de litispendance) ; il serait dès lors inéquitable de laisser courir la prescription pour cette partie⁷⁰ ou de prévoir que la prescription pour cette partie est suspendue et qu'elle est interrompue pour le reste.

Enfin, comme pour les autres actes interruptifs, le sort ultérieur de l'objection n'a pas d'influence sur l'effet interruptif. Il n'en va autrement que si la compensation est rejetée par le juge pour des vices de forme de l'objection⁷¹ ; la situation doit être analogue à celle qui prévaut pour les actions affectées d'un vice de procédure⁷².

CONCLUSION

La relation complexe entre compensation et prescription a évolué au cours des siècles.

En effet, *la compensation au moyen d'une contre-crédance prescrite* n'a pas toujours été d'actualité. Ce n'est qu'avec l'apparition de la compensation par déclaration que la question est devenue importante. La dissociation entre le moment de la déclaration de compensation et celui des effets de celle-ci a amené à se demander si la compensation pouvait avoir lieu lorsque la contre-crédance était prescrite au moment de la déclaration sans l'être au moment des effets. En réaction à la réponse négative donnée par le Tribunal fédéral en 1909, le législateur suisse de 1910 a introduit expressément la possibilité de compenser au moyen d'une contre-crédance prescrite. Ce choix doit aujourd'hui être rejeté, puisqu'on ne peut le fonder ni sur l'équité, ni sur la rétroactivité des effets de la compensation. Certes, il correspond aux solutions adoptées à la même période par le législateur allemand notamment. Néanmoins, il doit être abandonné *de lege ferenda* à l'image de ce que proposent maintenant les Principes européens du droit des contrats. Dans des circonstances particulières, le créancier peut toutefois éviter, *de lege lata*, que son débiteur lui oppose une

69 Ég. K. SPIRO, (note 61), n. 136 ; *contra* : S. BERTI, ZKomm., n. 128 ad art. 135 CO ; S. BERTI, BaKomm., n. 20 ad art. 135 CO ; V. TUHR/ESCHER (note 29), p. 228 note 23 ; ATF 70 II 85 c. 3.

70 Dans ce sens ég. K. SPIRO, (note 61), § 136 p. 305.

71 S. BERTI, ZKomm., n. 129 et 131 ad art. 135 CO, qui admet toutefois l'effet interruptif si l'objection n'est que tardive.

72 ATF 85 II 504 c. 3b / JdT 1960 I 231.

contre-créance prescrite en compensation, mais la situation demeure insatisfaisante.

L'interruption de la prescription au moyen de la compensation n'a pas fait l'objet d'une jurisprudence abondante. Cela ne signifie toutefois pas que les diverses situations qui se présentent ne sont pas complexes. En effet, l'effet interruptif de la prescription sur les créances est différent selon que le débiteur ou le créancier invoque la compensation. Cela suppose dès lors des plaideurs un examen attentif de l'état de fait avant d'invoquer la compensation à titre principal ou subsidiaire, par le biais d'une objection ou par une demande reconventionnelle.

Rien n'est définitivement fixé, même en relation avec des institutions aussi importantes que la prescription et la compensation. Ce couple doit encore évoluer pour devenir plus harmonieux !

LA POSTPOSITION DE CREANCE SELON L'ART. 725 AL. 2 CO

Françoise Bastons Bulletti

Avocate, Présidente du Tribunal de la Sarine

I. PRESENTATION GENERALE

A. Le nouvel art. 725 al. 2 CO et la postposition

Selon l'art. 725 al. 2 CO dans sa teneur entrée en vigueur le 1^{er} juillet 1992¹, lorsqu'une société anonyme est surendettée, son conseil d'administration doit en aviser le juge, « à moins que des créanciers de la société n'acceptent que leur créance soit placée à un rang inférieur à celui de toutes les créances de la société dans la mesure de cette insuffisance de l'actif ». Jusqu'alors simple instrument de la pratique dont les effets voire la licéité étaient controversés², la postposition est ainsi reconnue par la loi. Cependant ce texte, proposé pour la première fois devant le Conseil National et adopté sans débats³, ne résout quasiment que la question de la licéité, en soi, d'une postposition : la nature, la conclusion, le montant, la durée, les conditions de validité et de suffisance, les effets de la postposition, entre autres questions, restent débattus en doctrine, notamment faute de jurisprudence publiée à ce jour.

1 LF du 4 octobre 1991 en vigueur depuis le 1^{er} juillet 1992, RO 1992 785, FF 1983 II 757.

2 Selon le Tribunal cantonal du Canton de Vaud la postposition était nulle, car elle éludait l'art. 725 al. 3 aCO, qui avait pour objet la protection du public (arrêt du 18.11.81, *in* La Société Anonyme Suisse, Revue suisse de droit commercial – ci-après : SAS – 54/1982 p. 87ss). L'Obergericht de Zurich (arrêt du 29.1.91, *in* ZR 90/1991 n. 94 p. 255ss, consid. 11c) avait estimé que la postposition ne dispensait pas de l'avis au juge, sans la déclarer nulle toutefois, avis partagé par P. BÖCKLI (Der Rangrücktritt in Spannungsfeld von Schuld- und Aktienrecht, *in* Festgabe zum 60. Geburtstag von Walter R. Schlupe, Zurich 1988 p. 339ss) et C. VON GREYERZ (Zum Rangrücktritt, *in* SAS 55/1983 p. 27ss); contra : A. PESTALOZZI, Skizzen zum Rangrücktritt des Gläubigers bei Forderungen, *in* SAS 41/1969 p. 1ss et M. DUSS, Der Rangrücktritt des Gesellschaftsgläubigers bei Aktiengesellschaften, thèse Zurich 1971, pour qui une postposition dispensait de l'avis au juge.

3 BOCN 1985 p. 1986 ; BOCE 1988 p. 515.

B. Les caractéristiques de la postposition

1. *Postposition au sens strict et sursis*

A lire l'art. 725 al. 2 CO, la postposition se limite à un retrait en rang derrière les autres créances dans le cadre de la liquidation – volontaire ou forcée – de la société. Dès lors qu'elle dispense de l'avis au juge malgré le surendettement, sa fonction est d'une part de permettre la continuation de l'activité sociale en dépit du surendettement, en évitant la faillite, et d'autre part la protection des autres créanciers, dont les créances ne sont désormais entièrement couvertes que par le jeu de la postposition. Or pour remplir cette dernière fonction, le simple retrait en rang dans la liquidation ne suffit pas : encore faut-il que la créance postposée, qui évitera une perte aux autres créanciers en n'étant payée qu'après les leurs dans la liquidation, ne disparaisse pas avant cette liquidation, au préjudice de la substance de la société. C'est pourquoi la doctrine unanime⁴ distingue deux éléments dans la postposition : d'une part la postposition au sens étroit, d'autre part le sursis : toute postposition au sens de l'art. 725 al. 2 CO contient au moins implicitement un tel sursis, pendant la durée duquel la créance et cas échéant les intérêts qu'elle porte ne pourront pas être éteints, sauf bien sûr par abandon de créance, ni garantis. Pour produire l'effet de dispense de l'avis au juge, postposition au sens strict et sursis ne peuvent aller l'un sans l'autre : tous deux sont des éléments essentiels de la postposition.

2. *Délimitations et contexte*

La postposition n'est pas un abandon de créance, pas même, à notre avis, un abandon sous conditions – suspensives – qu'il y ait liquidation et qu'à défaut de postposition, les autres créanciers subissent une perte : la créance postposée continue d'exister ; elle ne disparaît que du bilan déterminant pour

4 C. JAKUES, Le « rang » des créances dans l'exécution forcée : le cas des subordinations de créance (postpositions), thèse Lausanne 1999, p. 348 ; A. PESTALOZZI, SAS 1969 p. 2 et Rangrücktritt oder Benachrichtigung des Richters, in *Revue Suisse de Droit des Affaires* – ci-après : RSDA – 64/1992, p. 180s., 181 ; VON GREYERZ, p. 27 ; V. MÜLLER, Wesen und Bedeutung des Rangrücktritts, in *EC* 1988 p. 105ss, 106s. ; *Communication professionnelle N. 7 de la Chambre Fiduciaire*, p. 5 ; W. STOFFEL, Le conseil d'administration et la responsabilité des administrateurs et réviseurs, in *Le nouveau droit des sociétés anonymes*, publication CEDIDAC n. 23, Lausanne 1993, p. 157ss, 191 ; P. BÖCKLI, Das neue Aktienrecht, Zurich 1992, n. 1699ss, 1703 ; FORTSMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, Schweizerisches Aktienrecht, Berne 1996, n. 214 à 222 ad § 50, n. 219 ; B. KISTLER, La postposition, in *EC* 1996 p. 479ss et p. 586ss, 483, qui fonde le sursis sur l'obligation de bonne foi des parties pour ne pas empêcher l'avènement de la condition suspensive – la liquidation – à laquelle est subordonnée la remise de dette ; E. HOMBURGER, in *Zürcher Kommentar* 1997, n. 1265 ad art. 725 CO ; C. HONEGGER, Gedanken zum Rangrücktritt gemäss OR Art. 725 Abs. 2, in *EC* 1997, p. 441ss, 441 ; J. WITMER, Der Rangrücktritt in Schweizerischen Aktiengesellschaft, thèse St-Gall 1999, p. 173ss et p. 310s.

le calcul du surendettement. Le *sursis* prend effet dès la conclusion de la postposition et est soumis à condition résolutoire : il prendra fin soit à la fin du surendettement, soit à la liquidation⁵. Quant à la *postposition au sens strict*, elle produira ses effets – de retrait en rang, et non d’abandon de créance – à la double condition suspensive qu’il y ait liquidation et qu’à défaut de postposition, les autres créances ne soient pas entièrement couvertes. A la différence des postpositions destinées à garantir un crédit, celle visée par l’art. 725 al. 2 CO est faite en faveur de tous les autres créanciers de la société, non d’un bailleur de fonds déterminé⁶, et est généralement postérieure à la naissance de la créance postposée, modifiant ainsi un rapport d’obligation préexistant. Elle se distingue aussi des « subordinated loans », car elle tend à éviter la faillite et des pertes aux autres créanciers, et non à la constitution de capital⁷.

La postposition qu’admet l’art. 725 al. 2 CO intervient dans un contexte de surendettement – voire auparavant, si les administrateurs sont prévoyants : les actifs ne couvrent plus les dettes au sens de l’art. 725 al. 2 CO. A fortiori la moitié du capital social n’est-elle plus couverte au sens de l’art. 725 al.1 CO⁸, et le conseil d’administration se trouve tenu de convoquer une assemblée générale et de lui proposer des mesures d’assainissement, si ce n’est déjà fait. Ainsi, sauf dans les cas où le surendettement n’apparaît que passager et où des mesures d’assainissement ne sont pas nécessaires, la postposition prévue par l’art. 725 al. 2 CO intervient en connexité avec un assainissement, qu’elle a pour but de favoriser en permettant la continuation de l’activité sociale en lieu et place de la faillite. Nous y reviendrons (cf. *infra* IV.A). En général, la postposition est formulée par préférence à un pur abandon de créance, qui implique la perte définitive de celle-ci et en outre, est désavantageux sur le plan fiscal⁹ : le créancier postposant suppose que le surendettement n’est que passager, ou que sa débitrice va pouvoir être assainie et qu’il serait dès lors excessif d’abandonner une créance qu’il garde espoir de voir honorer plus tard ; il voudra réserver la perte de celle-ci au seul cas où la société en viendrait à la liquidation et où les autres créanciers ne seraient pas couverts. Quant au conseil d’administration de la société, il croit aussi en un surendettement passager ou un assainissement et souhaite

5 JAQUES, p. 352 ; HOMBURGER, n. 1262 ad art.725 CO ; sous réserve que le sursis puisse aussi n’être accordé que pour une certaine durée, cf. *infra* III.B.

6 JAQUES, p. 389.

7 MÜLLER, p. 109.

8 WITMER, p. 74s. et p. 110 : la sous-capitalisation visée par l’art. 725 al. 1 CO suppose que les actifs nets – sans le capital étranger – ne couvrent plus la moitié des fonds propres ; le surendettement, qui existe lorsque les actifs ne couvrent plus les dettes, implique cette sous-capitalisation.

9 JAQUES, p. 346 ; MÜLLER, p. 109.

poursuivre l'activité sociale malgré le surendettement tout en échappant à la responsabilité qui résulte de l'omission du dépôt de bilan, en évitant aussi les aléas, les démarches judiciaires et la publicité néfaste liés à un ajournement de faillite selon l'art. 725a CO.

II. LA CONCLUSION DE LA POSTPOSITION

A. Nature juridique de la postposition

Pour la doctrine majoritaire qui voit dans la postposition une remise de dette conditionnelle, la postposition est nécessairement un contrat¹⁰. Même si on ne retient pas cette thèse, la postposition apparaît comme un acte juridique bilatéral, donc un contrat, qui implique une déclaration de volonté des deux parties ; elle n'est pas une déclaration unilatérale du postposant, quoi que suggère le texte de l'art. 725 al. 2 CO¹¹ : cela résulte notamment du fait que le sursis que contient la postposition implique l'engagement des *deux parties* de ne pas éteindre la créance postposée. Cependant, en général, ce contrat est sans contrepartie de la part de la société qui en bénéficie¹² : en particulier, son engagement nécessaire à ne pas éteindre sa dette pendant le sursis n'est pas pris en faveur du postposant, mais des tiers créanciers. Une déclaration de postposition constitue une offre, qui dès lors qu'elle n'implique pas de contreprestation, peut être tacitement acceptée au sens de l'art. 6 CO : elle sera donc considérée comme acceptée à moins d'être refusée dans un délai convenable¹³. Il s'agit d'un contrat innomé, auquel ne peuvent être appliquées les dispositions relatives à un type particulier de contrat¹⁴. On l'a vu, ce contrat contient deux éléments essentiels : la postposition au sens strict, et le sursis¹⁵.

10 Art. 115 CO et KISTLER, p. 480s. ; *Communication professionnelle N. 7 de la Chambre Fiduciaire*, p. 5 ; STOFFEL, p. 191 ; dans son arrêt précité du 18.11.81, le Tribunal cantonal du Canton de Vaud a également qualifié la postposition de remise de dette conditionnelle, donc de contrat : cf. SAS 54/1982 p. 87ss.

11 JAQUES, pp. 394 à 402, 406 à 408 et 436, qui doute que la postposition au sens strict soit un contrat, mais rappelle que le sursis est un acte bilatéral ; HOMBURGER, n. 1265 ad art. 725 CO ; MÜLLER, p. 106 ; HONEGGER, p. 441 ; WITMER, p. 233ss.

12 Sauf, notamment, s'il est stipulé un intérêt supérieur – lui aussi soumis au sursis – en rémunération de la postposition, ou s'il est accordé un droit de regard au postposant sur la marche des affaires de la société. Quant à savoir si la société a l'obligation *contractuelle* de s'assainir, cf. *infra* IV.A.

13 *Communication professionnelle N. 7 de la Chambre Fiduciaire*, p. 5 ; JAQUES, p. 408 ; contra : WITMER p. 236.

14 Sauf l'art. 115 CO pour la postposition au sens strict, si on admet qu'elle constitue un abandon de créance conditionnel, ou l'art. 112 CO, si on retient que la postposition contient une stipulation pour autrui.

15 WITMER, p. 233ss et p. 173ss.

B. Les parties au contrat et le problème de la double représentation

Les parties à la postposition sont d'une part le postposant, d'autre part la société débitrice¹⁶. Souvent, la postposition est accordée par un créancier important et proche de la société, tel son actionnaire unique ou principal, ou une société liée à la débitrice dans un groupe. Il n'est ainsi pas rare qu'à l'acte, les deux parties soient représentées par la même personne physique, organe de toutes deux, ou qu'il soit conclu par la débitrice, représentée par son administrateur et principal ou unique actionnaire, avec lui-même. Si la débitrice vient à être liquidée, le postposant – et plus encore ses créanciers, si entre temps le postposant a fait faillite – sera enclin à invoquer la nullité de l'acte pour double représentation ou contrat avec soi-même, et ainsi participer à la liquidation à rang égal avec les autres créanciers.

Selon la jurisprudence du Tribunal fédéral, un contrat conclu avec soi-même ou en situation de double représentation est nul, en raison du conflit d'intérêts, à moins que de par sa nature l'acte ne risque précisément pas de porter préjudice au représenté, ou que le représentant ait été spécialement autorisé par un organe de rang égal ou supérieur, ou que ce dernier ait ratifié l'acte par la suite¹⁷. Le Tribunal fédéral ne semble aujourd'hui plus faire de distinction selon que le contrat est conclu par un représentant ou par un organe, quand bien même ce dernier n'est pas un représentant agissant pour le compte d'un tiers, mais exprime directement la volonté propre de la société¹⁸. En revanche, le Tribunal fédéral précise que si l'organe représentant est actionnaire unique de la représentée, une autorisation ou ratification n'est plus nécessaire, car il n'existe a priori aucun conflit d'intérêts¹⁹ ; ainsi, la nullité d'une postposition pour double représentation admise autrefois par le Tribunal cantonal vaudois ne serait-elle pas prononcée aujourd'hui : la postposante était représentée à l'acte par son administrateur et actionnaire unique²⁰. Rappelant les principes susmentionnés, dans un arrêt récent non publié concernant une postposition, le

16 Et non pas l'assemblée générale de la société ou les autres créanciers : H. WÜSTINER, Basler Kommentar 1994, n. 45 ad art. 725 CO ; WITMER, p. 235. Vu l'importance de l'acte, WITMER préconise que la société y soit représentée par un ou des administrateurs, et non un représentant délégué (p. 116 à 118).

17 ATF 93 II 461, consid. 6 ; 95 II 442 / JdT 1970 I 644, consid. 5 et 6 ; 95 II 617 / JdT 1971 I 130, consid. 2 ; 98 II 211, consid. 8 ; 126 III 361 / JdT 2001 I 131, consid. 3 et 5 ; ATF 127 III 332, consid. 2.

18 ATF 95 II 442 / JdT 1970 I 644, consid. 5 et 6 ; 95 II 617 / JdT 1971 I 130, consid. 2 ; 126 III 361 / JdT 2001 I 131, consid. 3 et 5. Dans son arrêt ATF 98 II 211, consid. 8, le Tribunal fédéral semblait admettre que l'organe d'une société n'est pas soumis à l'interdiction de double représentation dès lors que ses intérêts personnels ne sont pas en jeu. Cette jurisprudence semble aujourd'hui révolue, cf. ATF 126 précité.

19 ATF 126 précité, consid. 5.

20 Tribunal cantonal du Canton de Vaud, in SAS 54/1982 p. 87ss, consid. 3.

Tribunal fédéral a admis, sans le motiver toutefois, que la postposition peut porter préjudice aux intérêts du postposant, de sorte qu'à défaut d'être spécialement autorisée ou ratifiée, elle ne peut être conclue par un représentant – en l'espèce actionnaire majoritaire et administrateur unique des deux parties – en situation de double représentation²¹. Le Tribunal fédéral ne s'est hélas pas prononcé sur la motivation du premier juge, qui avait admis la validité de l'acte au motif que la pratique admet largement la double représentation par un organe dans le cas – réalisé en l'espèce – de sociétés économiquement très liées entre elles, en considération des nécessités économiques. Pourtant, dans un arrêt postérieur publié, le même Tribunal a admis, en supposant simplement l'existence très vraisemblable d'un lien économique étroit entre les deux parties à un contrat – en l'occurrence la cession d'une créance par une SA à une hoirie –, que cet acte, conclu par la même personne représentant les deux parties, pouvait être valable même sans ratification par un autre administrateur de la cédante, car il fallait alors admettre une autorisation tacite préalable à la double représentation²².

Cette jurisprudence rejoint la doctrine en matière de postposition²³ : il faut admettre que quand celle-ci est conclue entre des sociétés d'un même groupe, qui ont entre elles un lien étroit, leurs organes sont tacitement autorisés au préalable à la double représentation ; le conflit d'intérêts est au second plan, dès lors que ces organes agissent précisément en ce cas dans l'intérêt supérieur du groupe. Il en va de plus de la sécurité des transactions et des nécessités économiques. Enfin, le moyen pris de la double représentation permettrait bien commodément à la postposante, dans la faillite de sa société fille, mère ou soeur, de se dégager de ses obligations – avec l'appui des ex-organes de la faillie, qui se confondent le plus souvent avec les siens – au préjudice des créanciers que la postposition devait précisément protéger ; ceux-ci, représentés par l'administration de la masse en faillite, pourraient en pratique très difficilement établir les circonstances exactes de la conclusion de l'acte, et en subiraient les conséquences.

Une partie de la doctrine relève en outre que la postposition n'est pas forcément un acte préjudiciable au postposant, qui nécessiterait toujours une autorisation ou ratification spéciales²⁴ : le postposant n'agit pas de manière désintéressée. On l'a vu, il croit en une amélioration de la situation et en la perspective de recouvrer sa créance à de meilleures conditions que dans une faillite immédiate. Son acte est certes sans contrepartie financière à court terme, mais pas

21 Tribunal fédéral, arrêt non publié n. 5C.137/2000 Masse en faillite Luc SA c. Masse en faillite Sunshine Holding SA du 29.8.2000, consid. 4.

22 ATF 127 III 332, consid. 2c, rappelant un arrêt précédent du 7.2.78, in ZR 77/1978 n. 44, p. 128. L'arrêt ATF 93 II 461, consid. 6, semble aller dans le même sens.

23 VON GREYERZ, n. 5 p. 28.

24 VON GREYERZ, n. 5 p. 28 ; MÜLLER, p. 110 ; WITMER, p. 126 à 129.

gratuit à long terme. Il ne paraît ainsi pas plus risqué que n'importe quel investissement à long terme²⁵. Il est ainsi douteux qu'il soit par principe soumis à autorisation spéciale ou ratification.

En raison du risque que soit invoquée la nullité pour double représentation, la doctrine recommande en général que la postposition soit approuvée par la direction suprême de la société – postposante : eu égard à la plus récente jurisprudence à ce sujet, on doit admettre que l'approbation – supposé qu'elle soit nécessaire – d'un seul (autre) membre du conseil d'administration suffira ; si le représentant est administrateur unique, il lui faudra l'approbation de l'assemblée générale²⁶.

C. La forme de la postposition

La doctrine est divisée quant à la forme que doit revêtir la postposition. Pour certains aucune forme n'est prescrite²⁷ ; d'autres considèrent que ce contrat n'est en principe soumis à aucune forme, mais que si le rapport de base qu'il modifie était soumis à une prescription de forme, au sens de l'art. 12 CO, cette forme doit là aussi être respectée²⁸. D'autres enfin déduisent l'exigence de la forme écrite de l'importance de l'acte et/ou de motifs liés à la clarté des comptes ou à la nécessité du contrôle par l'organe de révision²⁹.

L'art. 725 al. 2 CO ne prescrivant pas de forme, on doit à mon avis considérer que celle-ci est libre. Toutefois, pour assurer le contrôle par l'organe de révision comme pour ménager un moyen de preuve, la bénéficiaire sera bien avisée de requérir au moins une confirmation écrite du postposant.

D. La validité de la postposition

Comme tout autre contrat, une postposition sera nulle – en tout ou partie –, notamment, si elle s'avère illicite, ou impossible, ou contraire aux mœurs au sens de l'art. 20 CO, ou si elle est affectée d'un vice de la volonté (art. 23ss CO), ou simulée (art. 18 CO), voire si elle se heurte à l'interdiction de double représentation ou de contrat avec soi-même (*supra*, B).

Il paraît important de distinguer ici la validité de la postposition d'une part, et d'autre part, son caractère suffisant pour éviter l'avis au juge au sens de

25 A moins que la postposition, in concreto, ne paraisse excessive, cf. WITMER, p. 126 à 129.

26 ATF 127 III 332 consid. 2b.aa.

27 Soit par application de l'art. 11 CO, soit, si on admet la construction juridique de la remise conditionnelle de dette, en application de l'art. 115 CO, cf. JAKUES, p. 414 et p. 437.

28 HOMBURGER, n. 1274 ad art. 725 CO ; KISTLER, p. 481 et p. 586ss ; contra : WITMER, p. 236.

29 HONEGGER, p. 441 ; WITMER, p. 236.

l'art. 725 al. 2 CO³⁰. Nous examinerons dans le titre suivant les conditions d'une postposition suffisante selon cette disposition (*infra* III). Il va de soi que si une postposition ne remplit pas ces conditions, elle ne sera pas nécessairement nulle : à défaut, il suffirait par exemple que le montant postposé soit insuffisant pour que le postposant puisse ensuite s'en prévaloir et participer à la liquidation au même rang que les autres créanciers. Au contraire, il résulte de l'art. 725 al. 2 CO – a contrario – qu'une postposition insuffisante n'a en principe d'autre conséquence que la subsistance du devoir d'avis au juge : si les administrateurs ne s'y conforment pas, leur responsabilité pourra être engagée par ceux qui en subiront une perte dans la faillite ; la postposition n'en sera pas moins prise en compte dans cette faillite³¹.

Etant reconnue par la loi, la postposition ne peut plus être considérée comme illicite en soi : à cet égard, l'arrêt précité du Tribunal cantonal vaudois³² est obsolète. Elle pourra l'être si elle contient un engagement excessif au sens de l'art. 27 CC, ce qu'il ne faudra admettre qu'avec grande retenue, s'agissant d'un acte qui n'affecte que le patrimoine³³. Quant aux vices du consentement, on peut concevoir une nullité pour dol, si le postposant s'est engagé sur la base de comptes falsifiés. Avec raison, WITMER refuse au postposant la faculté d'invoquer l'erreur de base lorsque l'assainissement annoncé par la débitrice n'a pas été mené, et recommande la simple nullité partielle, pour illicéité, d'une postposition qui n'aurait d'autre but que d'éviter l'avis au juge, sans que des mesures d'assainissement soient prises : seule la clause de sursis – par hypothèse trop long – serait alors nulle, le postposant demeurant colloqué après tous les autres créanciers dans la liquidation³⁴. De façon générale, il ne faut pas omettre que la nullité de la postposition ne concerne pas seulement les parties à l'acte, mais aussi et surtout les autres créanciers, qui vont perdre la part de liquidation que leur garantissait une postposition apparemment valable. La nullité sera souvent invoquée dans la liquidation, par un postposant tenté d'éviter la perte de sa créance, souvent avec le soutien de ceux qui ont accepté la postposition pour la société et qui sont liés, voire identiques au postposant. La nullité totale de la postposition renvoie en définitive les autres créanciers à une éventuelle action en responsabilité des administrateurs, toujours complexe et aléatoire, et avantage le postposant.

30 L'Obergericht de Zurich a déjà implicitement formulé cette distinction, en admettant sous l'ancien droit que la postposition ne suffisait pas à délier les administrateurs de leur devoir d'avis au juge, sans être nulle toutefois : arrêt du 29.1.91, in ZR 90/1991 n. 94 p. 255ss, consid. 11c.

31 JAQUES, p. 349, n. 733. Il faut réserver le cas où les créanciers du postposant lui aussi en faillite ouvriraient avec succès une action révocatoire (art. 285ss LP et *infra* III.C) : la postposition ne sera alors pas nulle, mais néanmoins sans effets.

32 Arrêt du Tribunal cantonal du Canton de Vaud du 18.11.81, in SAS 54/1982 p. 87ss.

33 JAQUES, p. 480 à 489.

34 WITMER, p. 211ss. HOMBURGER admet en ce cas un abus de droit, cf. n. 1267 ad art. 725 CO.

III. LE CONTENU NECESSAIRE DE LA POSTPOSITION PERMETTANT D'EVITER L'AVIS AU JUGE

A. Le montant de la postposition

La postposition doit comptablement lever l'état de surendettement de la société. L'art. 725 al. 2 CO ne précise pas quel manque d'actifs – évalué aux valeurs de continuation ou aux valeurs de liquidation –, le montant de la postposition doit couvrir, étant rappelé que le juge ne doit être avisé que si le surendettement résulte des deux bilans. La doctrine est divisée à cet égard : relevant que le but immédiat est l'assainissement de la société, qui va poursuivre son activité, des auteurs recommandent que la postposition couvre le surendettement évalué aux valeurs de continuation, à condition toutefois que l'assainissement paraisse probable³⁵ – ce qui pose des difficultés d'appréciation et risque, si les administrateurs sont trop optimistes à cet égard, de les amener à attendre trop longtemps avant de requérir la faillite, et de causer des pertes aux autres créanciers. D'autres admettent qu'il suffit de couvrir le plus petit des deux surendettements, soit le plus souvent celui établi aux valeurs de continuation, ou l'un de ces surendettements³⁶ – en pratique, le plus faible. Certains estiment par prudence que le montant de la postposition doit couvrir le plus grand des deux manques d'actifs³⁷. KISTLER et WITMER sont d'avis que le surendettement à couvrir est celui résultant du bilan aux valeurs de liquidation, relevant justement que la postposition ne prend effet qu'à la liquidation, où elle doit couvrir les autres créances³⁸. En outre, le surendettement pouvant varier pendant la poursuite de l'activité sociale, la doctrine unanime estime que le montant de la postposition ne doit pas seulement couvrir le surendettement actuel, mais aussi la perte probable de l'exercice en cours et les frais et engagements futurs prévisibles liés à l'assainissement projeté³⁹. En revanche, on doit partager à mon avis les doutes émis par HONEGGER⁴⁰ sur la possibilité de prévoir une postposition avec montant dégressif, permettant d'éteindre partiellement la créance postposée au fur et à mesure que

35 *Communication professionnelle N.7 de la Chambre Fiduciaire*, p. 4 ; JAQUES, p. 348 et 349s. ; P. HERZOG, *Der Rangrücktritt nach Aktienrecht*, in EC 1996, p. 981s.

36 W. STOFFEL, in FJS n. 403, mise au point 1.1.95, p. 14 ; STOFFEL, in *Le nouveau droit des sociétés anonymes*, p. 191 ; HOMBURGER, n. 1262 ad art. 725 CO.

37 PESTALOZZI, RSDA 1992, p. 181.

38 KISTLER, p. 587 ; WITMER, p. 181s. et p. 314 ; également MÜLLER, p. 108.

39 DUSS, p. 84 et 87 ; JAQUES, p. 348 et p. 350s. ; FORTSMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, n. 218 ; HOMBURGER, n. 1264 ad art. 725 CO ; PESTALOZZI, RSDA 1992, p. 181 ; MÜLLER, p. 108 ; KISTLER, p. 587 ; HERZOG, p. 981s. ; HONEGGER, p. 443 ; WITMER, p. 181s. et p. 314.

40 HONEGGER, p. 444 ; contra : WITMER, p. 209, pour qui un tel montant dégressif est sans autres admissible ; STOFFEL, FJS p. 15, admet – voire requiert – aussi une diminution progressive du montant de la postposition, pendant une durée de trois à cinq ans. Réserve : JAQUES, p. 355.

l'assainissement se dessine : d'une part, elle revient à priver la société de moyens dont elle a encore besoin pour s'assainir, étant rappelé que la fin du surendettement n'implique pas encore un assainissement ; d'autre part, elle est source de complications si après une première amélioration, la situation de surendettement se détériore à nouveau.

Conformément aux principes du droit des contrats⁴¹, il suffit que le montant de la postposition soit déterminable. Ainsi, une formule du type « les créances de X contre Y SA sont postposées dans la mesure nécessaire à la satisfaction totale des autres créanciers » me paraît admissible, dès lors qu'elle implique un sursis et la couverture constante du surendettement – évalué aux valeurs de liquidation – et est ainsi toujours suffisante, ce que l'organe de révision pourra constater même si elle n'indique pas un montant chiffré⁴².

Dès lors que le surendettement peut varier, voire s'accroître pendant la poursuite de l'activité, il me paraît possible de convenir que les créances futures du postposant contre la société seront également postposées : MÜLLER l'admet, alors que WITMER s'y oppose, pour des motifs de clarté des comptes⁴³. Il va de soi que la postposition n'en doit pas moins être d'emblée suffisante, pour être automatiquement complétée plus tard, mais ne saurait *reposer* sur des créances futures, dont il n'est jamais sûr qu'elles naîtront à temps pour couvrir le surendettement.

B. La durée de la postposition

De l'avis unanime, une fois conclue, la postposition *au sens strict* doit être irrévocable, au moins aussi longtemps que le surendettement subsiste, et ne peut être limitée dans le temps⁴⁴. Il est souvent admis que la postposition selon l'art. 725 al. 2 CO contient une stipulation pour autrui parfaite (art. 112 al. 2 CO)⁴⁵, qui donne aux autres créanciers sociaux un droit propre et irrévocable d'exiger, dans la liquidation, l'exécution du retrait en rang par le postposant : un éventuel « *contrarius actus* » des parties à l'acte serait ainsi sans effet pour

41 Art. 2 al. 1 CO et ATF 47 II 19 ; 84 II 266 / JdT 1959 I 42.

42 D'un avis contraire, mais sans le motiver : KISTLER, p. 483 ; réservé, pour permettre le contrôle de la suffisance du montant par l'organe de révision : WITMER, p. 187 et p. 314.

43 MÜLLER, p. 108 ; WITMER, p. 188s. et p. 314.

44 PESTALOZZI, SAS 1969 p. 3s. ; JAQUES, p. 353 ; FORTSMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, n. 217 ; HOMBURGER, n. 1279s. ad art. 725 CO ; STOFFEL, FJS p. 14 ; STOFFEL, *in* Le nouveau droit des sociétés anonymes, p. 192 ; MÜLLER, p. 106 ; HONEGGER, p. 442 ; WITMER, p. 195 à 204, p. 215 et p. 314 ; KISTLER admet par contre que la postposition peut prendre fin par *contrarius actus* des parties, la responsabilité des administrateurs vis-à-vis des créanciers étant toutefois engagée en ce cas, cf. p. 588.

45 PESTALOZZI, SAS 1969 p. 8 ; JAQUES, pp. 443, 464 à 468 et 474 à 477 ; WITMER, pp. 242 et 315 ; BÖCKLI, Das neue Aktienrecht, n. 1700. Contra : HOMBURGER n. 1283 ad art. 725 CO ; MÜLLER, p. 106 ; KISTLER, p. 588.

eux. Il en va de même si l'on admet que l'irrévocabilité résulte directement du sens et du but de l'art. 725 al. 2 CO.

Autre est la question de savoir si les parties peuvent fixer une limite temporelle au *sursis* qu'implique la postposition, ou s'il doit être illimité dans le temps, subsistant tant que dure le surendettement, voire tant que la société ne dispose pas d'un minimum de fonds propres. Beaucoup d'auteurs ne distinguent pas, à cet égard, le sursis de la postposition au sens strict⁴⁶ : il doit donc être illimité et durer tant que la société est surendettée. Une telle restriction ne paraît cependant pas indispensable à la protection des créanciers, dès lors que la postposition au sens strict, irrévocable, n'est en tous cas pas affectée par une limitation du sursis : on ne voit pas pourquoi il ne pourrait être fixé au sursis une durée maximale, ce qui permettrait au postposant de ne pas « geler » indéfiniment sa créance, et obligerait la société à redresser sa situation dans un délai raisonnable : si à l'échéance, la société est encore surendettée, elle devrait alors en aviser le juge⁴⁷ ; dans la liquidation, le postposant demeurerait toutefois placé en rang derrière les autres créanciers. Pourvu que le délai aménagé soit raisonnablement suffisant pour permettre à la société une réelle amélioration de sa situation, il paraît plutôt propre à éviter de nouvelles pertes et à faciliter l'octroi de postpositions que défavorable aux créanciers⁴⁸.

C. La capacité financière du postposant et la qualité de la créance postposée

Pour que la postposition écarte le surendettement et dispense d'aviser le juge, le postposant doit être en mesure de la supporter financièrement : il doit pouvoir perdre l'entier de sa créance dans la liquidation sans tomber lui-même en faillite. A défaut, ses propres créanciers pourraient ouvrir action en révocation de la postposition, considérée comme une libéralité ou un acte dolosif, et obtenir paiement de la créance postposée⁴⁹. Quant à la créance postposée, elle ne doit pas être

⁴⁶ BÖCKLI, Das neue Aktienrecht, n. 1703 ; HOMBURGER, n. 1279s. et 1282 ad art. 725 CO, qui admet toutefois que la postposition peut être *révoquée* si la société ne met pas en œuvre sans délai des mesures d'assainissement, ou si ce dernier n'apparaît plus possible ; STOFFEL, FJS p. 14 ; STOFFEL, *in* Le nouveau droit des sociétés anonymes, p. 192 ; PESTALOZZI, RSDA 1992, p. 181 ; MÜLLER, p. 27ss ; JAQUES, p. 349 ; BÖCKLI, Das neue Aktienrecht, n. 1709 ; FORTSMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, n. 220 ; HOMBURGER, n. 1277 ad art. 725 CO ; STOFFEL, FJS p. 14 ; STOFFEL, *in* Le nouveau droit des sociétés anonymes, p. 192 ; MÜLLER, p. 110 ; KISTLER, p. 481 et p. 588ss ; WÜSTINER, n. 48 ad art. 725 CO. Dans son arrêt non publié du 29.8.00, le Tribunal fédéral a toutefois refusé, en l'espèce, la révocation de la postposition : arrêt n. 5C.137/2000 Masse en faillite Luc SA c. Masse en faillite Sunshine Holding SA, consid. 3.

⁴⁷ A moins de convaincre le postposant ou un autre créancier de conclure une nouvelle postposition.

⁴⁸ JAQUES, p. 352s. ; HONEGGER, p. 445s., 5.2 ; WITMER, p. 195 à 205 et p. 314 : selon WITMER, de lege ferenda, le sursis devrait toujours être limité dans le temps.

⁴⁹ VON GREYERZ, p. 27ss ; JAQUES, p. 349 ; BÖCKLI, Das neue Aktienrecht, n. 1709 ; FORTSMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, n. 220 ; HOMBURGER, n. 1277 ad art. 725 CO ; STOFFEL, FJS p. 14 ; STOFFEL, *in* Le nouveau droit des sociétés anonymes, p. 192 ; MÜLLER, p. 110 ; KISTLER, p. 481 et p. 588ss ; WÜSTINER, n. 48 ad art. 725 CO. Dans son arrêt non publié du 29.8.00, le Tribunal fédéral a toutefois refusé, en l'espèce, la révocation de la postposition : arrêt n. 5C.137/2000 Masse en faillite Luc SA c. Masse en faillite Sunshine Holding SA, consid. 3.

nantie ou grevée d'une autre manière⁵⁰. Enfin, si le postposé est étranger ou domicilié à l'étranger, on empêchera au besoin par une clause d'élection de droit l'application d'un droit étranger qui n'admettrait pas la postposition⁵¹.

D. Mention, avis et contrôle de la postposition

La dette postposée continue d'exister. Elle doit toujours figurer dans les comptes de la débitrice, et pour que la postposition soit reconnaissable par les actionnaires ou par les tiers, doit figurer au bilan, dans une section spéciale ou en annexe⁵². La postposition doit également être mentionnée au rapport de l'organe de révision, surtout si sa mention est omise dans les comptes⁵³. La loi ne prévoit pas la publication de la postposition⁵⁴. En revanche, dès lors que le surendettement suppose une sous-capitalisation au sens de l'art. 725 al.1 CO, les administrateurs doivent convoquer l'assemblée générale et lui proposer des mesures d'assainissement – si ce n'est déjà fait ; l'assemblée n'a cependant pas à donner directement son accord à la postposition, qui n'est pas en soi une mesure d'assainissement⁵⁵.

Outre l'éventuel devoir de faire approuver la postposition par un autre administrateur – voire par l'assemblée générale, s'il n'y a qu'un administrateur –⁵⁶, la postposition devra être soumise à l'examen de l'organe de révision. Celui-ci n'a pas à y donner son accord, ni à juger de son opportunité, tâche qui relève de la gestion et donc des dirigeants. Etant soumis au devoir d'aviser le juge en cas de surendettement *manifeste* (art. 729 al. 2 CO), il devra toutefois au moins contrôler si la postposition conclue n'est pas manifestement insuffisante ou invalide, ou inefficace étant donné l'absence évidente de chances d'assainissement⁵⁷.

50 DUSS, p. 84 et 87 ; HOMBURGER, n. 1277 ad art. 725 CO ; KISTLER, p. 586.

51 MÜLLER, p. 109.

52 PESTALOZZI, SAS 1969 p. 6 ; HOMBURGER, n. 1266 ad art. 725 CO ; STOFFEL, FJS p. 15 ; PESTALOZZI, RSDA 1992, p. 181, avec mention du montant et cas échéant, de la durée du sursis ; WÜSTINER, n. 47 ad art. 725 CO ; WITMER, p. 274 et p. 316, pour qui la mention doit également renvoyer à l'art. 725 al. 2 CO et doit être complétée, pour les destinataires des comptes, par l'indication des modalités de la postposition convenue ; WITMER recommande en outre que la postposition soit mentionnée au bilan ou en annexe au bilan de la *postposante*.

53 KISTLER, p. 596 ; WITMER, p. 139s. et p. 274.

54 WITMER, p. 54s. et p. 236 ; selon JAQUES, p. 348, la postposition devra néanmoins être publiée si la protection des tiers l'exige.

55 HOMBURGER, n. 1269s. ad art. 725 CO ; KISTLER, p. 596 ; HONEGGER, p. 443 ; WÜSTINER, n. 45 ad art. 725 CO ; WITMER, p. 54s. et p. 236.

56 *Supra* II.B et ATF 127 III précité.

57 HOMBURGER, n. 1278 ad art. 725 CO ; KISTLER, p. 596 ; HONEGGER, p. 443 ; WÜSTINER, n. 48 ad art. 725 CO ; selon WITMER, pp. 139, 236 et 312s., l'organe de révision doit décider de l'aptitude et de la proportionnalité de chaque composante de la postposition.

IV. LES EFFETS DE LA POSTPOSITION

A. Postposition et assainissement

Dès lors que la dette postposée subsiste et que le surendettement est certes « gommé », mais persiste, la postposition n'a *aucun effet assainissant*. Elle a néanmoins un lien certain avec l'assainissement, qu'elle favorise par le sursis, laissant ainsi le temps aux administrateurs de prendre des mesures d'assainissement⁵⁸. La postposition est une exception au principe selon lequel une société surendettée doit être liquidée, et non continuer son activité ; cette exception, qui comporte un certain danger pour les créanciers⁵⁹, se justifie en raison des perspectives d'un assainissement, que la postposition favorisera : à défaut, la faillite doit être requise. Il en résulte que s'il n'existe (plus) aucune perspective d'assainissement, une postposition – même suffisante en soi – ne dispensera pas les administrateurs d'avis au juge ; s'ils l'omettent, ils engageront leur responsabilité⁶⁰. En revanche, la postposition n'en sera en principe pas pour autant invalide⁶¹. Au demeurant, l'assainissement n'est pas une obligation de la société à l'égard du postposant, dont celui-ci pourrait exiger l'exécution : il n'est ainsi pas un élément du contrat de postposition, même si le plus souvent, il en est un motif : si la société ne se conforme pas à son devoir d'assainissement, le postposant n'aura que l'action en responsabilité contre les administrateurs pour le préjudice ainsi causé⁶².

58 A moins que le surendettement ne paraisse que très passager et se résorbe de lui-même par la simple poursuite de l'activité sociale. En ce cas, des mesures d'assainissement ne sont pas nécessaires, et la postposition fournira à la société le simple « pont » nécessaire pour éliminer le surendettement tout en continuant ses affaires, cf. WITMER, p. 85 ; KISTLER, p. 596.

59 Quand bien même leurs créances sont couvertes par la postposition : ils risquent d'omettre de faire des provisions prudentes sur leurs créances. De nouveaux créanciers – à protéger aussi – risquent également d'apparaître, dès lors que la société poursuit son activité.

60 JAUQUES, p. 348s. et note 4 p. 348 ; BÖCKLI, *Das neue Aktienrecht*, n. 1708 ; FORTSMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, n. 221 ; HONEGGER p. 442 ; WÜSTINER, n. 47 ad art. 725 CO ; contra : STOFFEL, *in* *Le nouveau droit des sociétés anonymes*, p. 192, pour qui la nature passagère du surendettement relève de la prudence en affaires, mais n'est pas une condition juridique de la postposition.

61 Selon HOMBURGER, n. 1266s. ad art. 725 CO, si la postposition n'a d'autre but que de maintenir en vie une société moribonde, il y a toutefois abus de droit – et donc invalidité de la postposition. Selon WITMER, la postposition est en ce cas illicite, mais la nullité ne sera que partielle, seule la durée du sursis en étant affectée, cf. *supra* II.D. KISTLER semble aussi admettre que l'assainissement est une condition de *validité* de la postposition, cf. p. 596.

62 WITMER, p. 217 ; HONEGGER p. 445, 5.2 ; contra : HOMBURGER, n. 1266, 1272 et 1282 ad art. 725 CO, pour qui l'engagement de s'assainir est pris en contrepartie de la postposition et est une obligation de la société débitrice.

B. Le sursis et ses effets

Le sursis déploie ses effets dès la conclusion de la postposition⁶³. Pendant ce sursis, il est interdit aux *deux* parties d'éteindre la créance – sauf par pure remise de dette, à véritable effet assainissant –, notamment par remboursement en capital ou intérêts, par compensation, novation ou prescription⁶⁴. Elles ne doivent pas non plus garantir la créance et si elle l'est déjà, on admettra que le postposant renonce à cette sûreté⁶⁵. En revanche, la cession de la créance est possible, la débitrice cédée pouvant opposer au cessionnaire l'exception tirée du sursis, qu'elle avait contre le postposant (art. 169 al.1 CO)⁶⁶. Si la créance est malgré tout remboursée pendant le sursis, les autres créanciers pourront faire répéter ce remboursement par une action révocatoire⁶⁷. A moins que des mesures d'assainissement ne soient pas nécessaires, les administrateurs doivent en outre, on l'a vu (*supra*, A), les proposer à l'assemblée générale, utiliser le sursis pour les mener à bien, et contrôler en permanence la situation financière : leur devoir d'avis au juge renaît si le surendettement s'accroît au delà du montant de la postposition, ou si les perspectives d'assainissement disparaissent⁶⁸.

Le sursis prend fin soit à la liquidation de la société (*infra*, C), soit à la fin du délai conventionnellement fixé⁶⁹, soit à la fin du surendettement que couvre la postposition. En ce dernier cas, la postposition au sens strict s'éteindra également, sans avoir jamais produit d'effet. La doctrine est divisée sur la fin du surendettement : selon certains auteurs, il faudrait aller au-delà et ne mettre fin à la postposition que lorsqu'une partie des fonds propres de la société débitrice a été reconstituée, ou que la créance postposée a été remplacée par de nouveaux fonds propres ou quasi fonds propres, ou qu'il n'y a plus sous-capitalisation ; ils relèvent qu'à défaut, le surendettement et donc le risque de faillite sont certes écartés, mais que l'assainissement n'est pas encore achevé et pourrait être compromis par le remboursement immédiat de la créance postposée⁷⁰. Si on retient qu'il suffit que le surendettement soit écarté, il faudra qu'il ait totalement disparu, de façon durable, ce qui doit être calculé sans faire abstraction de la créance postposée et selon les auteurs, sur la base du bilan aux valeurs d'exploitation, ou des deux bilans, ou

63 Si la postposition est établie par prudence, avant tout surendettement, ses effets seront subordonnés à la condition que le surendettement soit établi, cf. WITMER, p. 193s.

64 JAQUES, pp. 348 et 438 à 440 ; MÜLLER, p. 106s. ; WITMER, p. 313 ; KISTLER, p. 483.

65 KISTLER, p. 481 ; MÜLLER, p. 107 ; WITMER, p. 313.

66 KISTLER, p. 481 ; MÜLLER, p. 107 ; WITMER, p. 313.

67 JAQUES, p. 468 ; MÜLLER, p. 107.

68 JAQUES, p. 348 ; MÜLLER, p. 110 ; WITMER, p. 238.

69 Si on admet que cette limitation dans le temps est possible, cf. *supra* III.B.

70 JAQUES, p. 351 ; BÖCKLI, Das neue Aktienrecht, n. 1708 ; HONEGGER p. 443 ; PESTALOZZI, RSDA 1992, p. 181 ; FORTSMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, n. 217 ; HOMBURGER, n. 1265 ad art. 725 CO.

du bilan le moins favorable⁷¹. Il incombera à l'organe de révision d'attester par un rapport la fin du surendettement, voire de déclarer la postposition achevée⁷². La postposition prendra alors fin au stade du sursis, sans avoir déployé ses effets de retrait en rang.

C. Les effets de la postposition au sens strict

Si le surendettement s'accroît au-delà du montant postposé, voire si l'assainissement devient exclu, la société débitrice devra en aviser le juge, qui prononcera sa faillite. La postposition au sens strict produit ses effets dans cette phase de liquidation, plus exactement au terme de celle-ci, si à l'établissement du tableau de distribution, il apparaît qu'à défaut de postposition, les autres créanciers vont subir une perte : le postposant prend alors le rôle de seul porteur d'un acte de défaut de biens. Auparavant, le postposant participera à la procédure comme les autres créanciers : il pourra notamment agir en contestation de l'état de collocation, ou se faire céder une action en responsabilité contre les administrateurs⁷³. Dès lors qu'il n'abandonne pas sa créance, il pourra recevoir un acte de défaut de biens et si de nouveaux biens sont découverts après la clôture de la faillite, être payé avant les actionnaires sur le produit de leur réalisation⁷⁴. La postposition devra être mentionnée à l'état de collocation, la question de savoir s'il faut ou non créer une quatrième classe – non prévue par l'art. 219 al. 4 LP – demeurant controversée⁷⁵.

Même si la postposition ne le prévoit pas expressément, on admet que les règles précitées sont applicables à tous les cas de liquidation⁷⁶, notamment au cas du concordat par abandon d'actifs, où un état de collocation est également dressé, ou dans la liquidation volontaire, s'il résulte du bilan final de liquidation que les actifs ne couvrent pas les dettes : l'avis au juge de la faillite est alors obligatoire (art. 743 al. 2 CO). En revanche, dans un concordat ordinaire, qui tend à la poursuite de l'activité sociale, la postposition ne produira pas d'effets.

71 JAQUES, p. 352 ; HOMBURGER, n. 1280 ad art. 725 CO ; PESTALOZZI, RSDA 1992, p. 181 ; WITMER, p. 218.

72 JAQUES, p. 352 ; WITMER, p. 218.

73 MÜLLER, p. 107 ; WITMER, p. 239s.

74 MÜLLER, p. 107 ; WÜSTINER, n. 45 ad art. 725 CO ; WITMER, p. 239s.

75 JAQUES, p. 599 ; MÜLLER, p. 107 ; WITMER, p. 162 et p. 260.

76 MÜLLER, p. 108 ; KISTLER, p. 482 ; WITMER, p. 165 ss et p. 313 ; JAQUES, p. 474.

DROIT PENAL

STRAFRECHT

ÜBER EINE AKTUELLE TENDENZ IM STRAFRECHT AM BEISPIEL DER FRISTENREGELUNG

André Clerc

Dr.iur., Rechtsanwalt

I. VORBEMERKUNG

Aufgabe des Gesetzgebers ist es nicht, in rechtspositivistischer Weise Normen zur Umschreibung strafbaren Verhaltens und die es sanktionierende Strafe zu erschaffen. Auch bleibt die gesetzgeberische Vorstellung, dass sich die soziale und rechtliche Wirklichkeit den bestehenden Strafnormen mit Rücksicht auf die Sanktion der Missachtung derartiger Verhaltensvorschriften beugt, eine nicht unbescheidene Schreibtischillusion. Gesetzgebung meint vielmehr das Erkennen weitgehend konzessualen gesellschaftlichen Handelns und die sich daraus herleitende Kodifizierung allgemein anerkannten, respektive verpönten Verhaltens. Gemeinhin verkannt wird dabei die reformatorische Bedeutung der Straftat. Die Begehung einer Straftat führt einesteils zur steten Erneuerung des kollektiven Unwerturteils und meint andererseits immer neu die Infragestellung der bestehenden Werteordnung und also die Bedingung zur Möglichkeit der Entwicklung nicht nur des Strafrechts, sondern auch der ihm vorstehenden Werteordnung selbst. Die jüngste Änderung des Schweizerischen Strafgesetzbuches betreffend den Schwangerschaftsabbruch (StGB Art. 118 bis 120) ist also nicht zufällig mit dem Resultat aus der verbreiteten Missachtung und mithin Verletzung der bis zum 1. Oktober 2002 geltenden strafrechtlichen Regelung betreffend die Abtreibung (altStGB Art. 118 bis 121). Die strafrechtliche Regelung des Schwangerschaftsabbruchs ist seit nun mehr als dreissig Jahren ständiger Gegenstand heftiger und oft auch emotional geführter Debatten. Die nachstehenden Betrachtungen verstehen sich in keiner Weise als verspäteten Beitrag zur engagiert geführten politischen, religiösen und ethischen Diskussion¹ über die Neugestaltung der strafrechtlichen Regelung der Abtreibung in der Schweiz². Sehr bewusst wird auch darauf verzichtet, eine Wertung über Recht und Unrecht des Kerngehalts der altrechtlichen Bestimmungen oder

1 Vgl. dazu die einlässliche Behandlung in Peter SINGER, *Praktische Ethik*, Stuttgart 1994, S. 177 ff.

2 Vgl. M. DONDÉNAZ, *Avortement, interruption de grossesse : le cas de la Suisse*, Lausanne 1987.

des neuen Rechts zu versuchen. Dennoch ist die Thematik nicht zufällig gewählt. Gerade in diesem Grenzbereich zwischen Ethik und Recht erweist sich die Rechtsetzung als in erhöhtem Masse schwierig und zeigen sich denn auch die Schwächen und Grenzen der gesetzgeberischen Tätigkeit mit einiger Deutlichkeit. Diese Schwierigkeit der Gesetzgebung wird zudem insoweit akzentuiert, als sich die medizinischen Möglichkeiten nicht nach der Rechtsordnung ergeben. Aus dieser Problematik entsteht sodann die Gefahr einer zur Gesamtheit der Rechtsordnung inkongruenten und diese letztlich zersetzenden Regelung. Bei der Analyse der neuen Bestimmungen ist also unumgänglich, deren Verträglichkeit mit den Grundsätzen des Strafrechts zu untersuchen. Zuvor soll das bisherige Recht kurz kommentiert und die Entstehungsgeschichte des neuen Rechts, ohne Anspruch auf Vollständigkeit, in Erinnerung gerufen sein.

II. KÜRZESTKOMMENTAR ZU DEN BESTIMMUNGEN VON ALTSTGB ART. 118 FF.

Von der Abtreibung zu unterscheiden ist die aus medizinischen Gründen gerechtfertigte und also straflose Unterbrechung der Schwangerschaft im Sinne von altStGB Art. 120. Als Abtreibung im Sinne von altStGB Art. 118/119 bezeichnet die der Definition geneigte Rechtswissenschaft jede rechtswidrige Tötung des ungeborenen Kindes (Embryo oder Foetus), erfolge sie im Mutterleib, durch die vorzeitige, zum Absterben der Frucht führende Loslösung oder auch durch die Herbeiführung einer Frühgeburt mit beabsichtigter Todesfolge³. Das durch altStGB Art. 118/119 geschützte Rechtsgut ist nach herrschender Lehre das (werdende) Leben des ungeborenen Kindes einerseits⁴, aber auch das Leben und die Gesundheit der schwangeren Frau sowie ihr Selbstbestimmungsrecht (vgl. altStGB Art. 119)⁵. Bereits unter altem Recht schuf diese Konkretisierung des geschützten Rechtsgutes die Grundlage für heftig geführte Diskussionen⁶. Zum einen galt es, den Beginn des menschlichen Lebens anzusetzen. Dabei beginnt für die herrschende Lehre Anbetrachts der Verbreitung von nach der Befruchtung eingreifenden Empfängnisverhütungsmethoden das menschliche Leben und also der strafrechtliche Schutz, in Verneinung biologi-

3 Vgl. für viele STRATENWERTH, Schweizerisches Strafrecht BT I, Bern 1995, S. 47 f.; TRECHSEL, Schweizerisches Strafgesetzbuch – Kurzkommentar, Zürich 1997, S. 439, mit reichhaltiger Literaturangabe; SCHUBARTH, Kommentar zum Schweizerischen Strafrecht, BT I, Bern 1982, S. 163; HURTADO, Droit pénal PS I, Zürich 1997, S. 82, mit weiteren Verweisen.

4 Für viele TRECHSEL, Kurzkommentar, S. 439; HURTADO, PS I, S. 82 mit zahlreichen weiteren Verweisen, aber zu engem Bezug auf die embryonale Phase; ebenso STRATENWERTH, BT I, S. 46 f.

5 SCHUBARTH, Kommentar, S. 149 mit Verweisen.

6 DONDÉNAZ, S. 59.

scher Kenntnis erst mit der Nidation⁷. Eine weitere konzeptuelle Besonderheit erhellt daraus, dass mit dem Selbstbestimmungsrecht der schwangeren Frau und dem Lebensrecht des ungeborenen Kindes sich mitunter widerstreitende Rechtsgüter geschützt sind und sich diesfalls zwingend ein Dilemma eröffnet⁸. Die Tathandlung wird mit « abtreiben » bezeichnet, was nichts anderes meinen kann als die in der (eventual)vorsätzlichen Absicht der Tötung des ungeborenen Kindes erfolgte Beeinträchtigung des Schwangerschaftsverlaufs. Damit ist auch gemeint, dass der durch altStGB Art. 118/119 gewährte Schutz mit der Geburt endet. Das Abtreibungsverbot ist seit mehreren Jahren ohne wirkliche forensische Bedeutung⁹.

Die Gesetzessystematik nach altStGB Art. 118/119 trifft wesentliche Unterscheidungen hinsichtlich der Person des Täters oder der Täterin. Für die schwangere Frau selbst bedachte altStGB Art. 118 die aktive wie die passive Abtreibung mit einer Vergehensstrafe. Für den die Fremdbtreibung gemäss altStGB Art. 119 vornehmenden Täter wurde zwischen Abtreibungshandlungen mit oder ohne Einwilligung der schwangeren Frau unterschieden und galten als zusätzlich strafschärfende Momente die Gewerbmässigkeit sowie der vorhersehbare Tod der schwangeren Frau. Eben gerade im Falle der Fremdbtreibung ohne Einwilligung der schwangeren Frau waren verletzte Rechtsgüter auch die körperliche Integrität der schwangeren Frau und ihr Selbstbestimmungsrecht¹⁰. Als Besonderheit mit Bezug auf die allgemeinen Regeln über die Helfenschaft (StGB Art. 25) hat wohl altStGB Art. 119 Ziff. 1 Abs. 2 zu gelten, welcher die Hilfeleistung zur Abtreibungshandlung unter Strafe stellte und damit das Prinzip der Akzessorietät aufhob. So war über altStGB Art. 119 Ziff.1 Abs. 2 der zum selbständigen Täter erhobene Gehilfe auch dann strafbar, wenn die Haupttat selber straflos blieb. Diese Überdehnung hatte auch das Bundesgericht schon früh erkannt¹¹ und ihr, systematisch unklar und wiederum über den Begriff der Helfenschaft, mit einer kaum verständliche Abgrenzung zwischen StGB Art. 25 und altStGB Art. 119 Ziff. 1 Abs. 2 entgegengewirkt.

7 Womit bezüglich der In-vitro-Fertilisation wiederum ein rechtsfreier Raum geschaffen ist.

8 Siehe zu dieser Dualität *infra*, Ziff. III, letzter Absatz.

9 Zu Statistiken siehe www.fristenloesung.ch; die letzte dem Schreibenden bekannte Verurteilung betraf den untypischen Fall der Idealkonkurrenz bei der Tötung einer schwangeren Frau (1998).

10 Siehe dazu STRATENWERTH, BT I, 57; HANGARTNER, Schwangerschaftsabbruch und Sterbehilfe, Zürich 2000, S. 11 ff.

11 BGE 69 IV 203.

III. ZUR ENTSTEHUNGSGESCHICHTE DER NEURECHTLICHEN REGELUNG

Mit Abschluss der zweiten Strafrechtsrevision im Jahre 1971 begann sogleich die nächste Revisionsetappe mit welcher die bereits eingeleitete und heftig geführte Diskussion über die strafrechtlichen Bestimmungen zum Schwangerschaftsabbruch aufgenommen wurde. Im September 1971 wurde die Expertenkommission durch den Bundesrat beauftragt, im Rahmen des ihr erteilten Mandates zuerst die Prüfung der Revisionsbedürftigkeit der Art. 118 bis 121 altStGB vorzunehmen. Die Kommissionsarbeit dauerte bis zu Beginn des Jahres 1973. Eine einheitliche Stellungnahme der Kommission bestand nur insoweit, als der gelebten Rechtsungleichheit und -unsicherheit zwischen den Kantonen¹² zu entgegnen, die weitere Entkriminalisierung zu erreichen und keine Strafschärfung zu akzeptieren sei. Die Expertenkommission vermochte keinen einhelligen Vorschlag zu unterbreiten und legte dem Bundesrat also drei verschiedene Lösungsansätze vor. Nebst der Fristenregelung wurden zwei Vorschläge erarbeitet, von denen der eine neben der medizinischen sowie der eugenischen auch die soziale Indikation berücksichtigte. Das Vernehmlassungsverfahren wurde im Juli 1973 eröffnet. Damals noch breitere Zustimmung als die Fristenregelung erfuhr der Vorschlag der Indikationenregelung ohne Sozialindikation. Die entsprechende Gesetzesvorlage wurde durch Volksabstimmung vom Mai 1978 verworfen. Bereits im Vorjahr war die Verfassungsinitiative betreffend die Fristenlösung verworfen worden. Dennoch setzten sich die Reformbemühungen auf politischer Ebene fort und es wurden diverse erfolglose parlamentarische und Standesinitiativen eingereicht. Am 29. April 1993 wurde eine neue parlamentarische Initiative zur Revision des StGB eingereicht. Der Nationalrat schloss sich den darin vorgebrachten Argumenten an und trat auf die Initiative am 3. Februar 1995 mit knapper Mehrheit ein. Die Kommission für Rechtsfragen wurde mit der Ausarbeitung eines Gesetzesentwurfes beauftragt. Die Rechtskommission des Nationalrates verabschiedete den Gesetzesentwurf am 30. Oktober 1996. Im Frühjahr 1997 ging der Entwurf der Nationalrats-Kommission in die Vernehmlassung. Entgegen der Meinung des Bundesrates stimmte der Nationalrat der Fristenregelung im Oktober 1998 zu. Die gleichfalls im Jahr 1998 gestartete, die Abtreibung bekämpfende Volksinitiative « Für Mutter und Kind » konnte im Folgejahr eingereicht werden. Im Monat März 2001 haben die eidgenössischen Räte ihre Differenzen bereinigt und wurde die Fristenregelung durch die Bundesversammlung definitiv gutgeheis-

¹² Vgl. Interruption de grossesse en Suisse, ASDAC, 1995.

sen¹³. Mit der Volksabstimmung vom 2. Juni 2002 wurde die Gesetzesvorlage angenommen, die Initiative « Für Mutter und Kind » abgewiesen.

Selbstredend ist der in der Schweiz geführten Debatte auch im Ausland eine vergleichbare Entwicklung vorangegangen. Bis 1967 war die Abtreibung lediglich in Schweden und Dänemark legal. Später wurde sie vorerst in Grossbritannien, den Vereinigten Staaten¹⁴ und sodann in den westeuropäischen Ländern liberalisiert¹⁵.

Bei der Gesamtheit der geführten Diskussion ist gleichbleibend auffallend, dass eine Polarisierung zwischen Lebensrecht des werdenden Kindes und Selbstbestimmungsrecht der schwangeren Frau zentral bleibt¹⁶, so dass das werdende Kind auch gegen die Mutter geschützt wird¹⁷. Die gesamte Argumentationsebene ist durch diesen von den Juristinnen und Juristen geschaffenen Konflikt vorbestimmt und scheint in der Folge nicht weiter reflektiert worden zu sein. Vorliegend soll nicht versucht sein, auf diese Argumentation und die mit ihr verbundene Güterabwägung, welches Dilemma zwingend ausserhalb der schlichten Logik bleibt, einzugehen. Durch die juristische Definition der geschützten, nicht jedenfalls komplementären Rechtsgüter wird in der Konfliktsituation die Wahl zwischen Respekt vor dem werdenden Leben und Respekt vor der Selbstbestimmung und mithin der körperlichen Integrität der schwangeren Frau vorgegeben. Akzentuiert formuliert macht das Selbstbestimmungsrecht der schwangeren Frau deren Gebärmutter zum gefahrvollsten Verbleib für das werdende Kind. Aus dieser Groteske scheint kein rationaler Weg zu führen. Dabei wird die Vorgabe der geschützten Rechtsgüter nicht hinterfragt. Möglich bleibt jedoch, dass das geschützte Rechtsgut, fälschlicherweise im (werdenden) Leben oder der Selbstbestimmung erkannt, die Schwangerschaft selbst ist. Die Diskussion würde damit insofern versachlicht, als nicht weiterhin ein mehr oder minder zufälliger, jedenfalls streitbarer Anfang des menschlichen Lebens zu setzen wäre. Zudem würde die Schuldproblematik dadurch entschärft, als nicht widerstreitende Interessen, sondern die Frage nach dem strafrechtlichen

13 Vgl. zur geschichtlichen Entwicklung BB1 1979, S. 1021 ff., 1980, S. 1047 ff., 1998, S. 2631 ff., S. 3005 ff. und 5376 ff., 2001, S. 1257; ferner für viele SCHULTZ, Vierzig Jahre schweizerisches Strafgesetzbuch in ZStR 1982, S. 1 ff., 16 ff.

14 Entscheid des amerikanischen *Supreme Court* vom 22. Januar 1973 i.S. *Roe c/Wade*, EuGRZ 1974, S. 52 ff.

15 SCHUBARTH, Kommentar, S. 155.

16 Vgl. Amtl.Bull. NR, 1998, S. 1989 ff., Amtl.Bull. StR, 2000, S. 533 ff.; Für viele HOERSTER, Ein Lebensrecht für die menschliche Leibesfrucht?, JuS 1989, Heft 3, S. 172 ff. Dennoch ging die in der Schweiz geführte Diskussion über die strafrechtliche Neuregelung des Schwangerschaftsabbruchs stillschweigend davon aus, dass keine verfassungsrechtlichen Vorgaben zu beachten seien (HANGARTNER, S. 9).

17 HANGARTNER, S. 21.

Schutzbedarf der Schwangerschaft selber im Vordergrund stünde. Einer derartigen Entdramatisierung widerspricht allenfalls die Einfachheit der Erkenntnis und namentlich der Umstand, dass während Jahrzehnten zentrierte Debatten nicht ihrer Begründetheit zu berauben sind.

IV. ÜBER DIE NEU GELTENDEN BESTIMMUNGEN BETREFFEND DEN SCHWANGERSCHAFTSABBRUCH¹⁸

Die langjährige politische Diskussion über die Inpraktikabilität des strafrechtlichen Abtreibungsgesetzes hat im Sinne einer Fristenregelung zur Änderung der Art. 118 bis 120 und zur Aufhebung des Art. 121 des Schweizerischen Strafgesetzbuches geführt. Nachfolgend sollen einzelne rechtliche Schwächen dieser neuen Bestimmungen aufgezeigt werden. Damit ist in keiner Weise die Wiederaufnahme der politischen Debatte gemeint, wohl aber die Verdeutlichung der Grenzen der gesetzgeberischen Tätigkeit.

Gemäss StGB Art. 118 wird grundsätzlich die Strafbarkeit des Schwangerschaftsabbruchs statuiert. Schuld- und damit straferschwerend wirkt die fehlende Einwilligung der schwangeren Frau. Geschütztes Rechtsgut ist nach der hier vertretenen Auffassung die Schwangerschaft an sich.

Art. 118 2. Schwangerschaftsabbruch. Strafbarer Schwangerschaftsabbruch

¹ Wer eine Schwangerschaft mit Einwilligung der schwangeren Frau abbricht oder eine schwangere Frau zum Abbruch der Schwangerschaft anstiftet oder ihr hilft, ohne dass die Voraussetzungen nach Artikel 119 erfüllt sind, wird mit Zuchthaus bis zu fünf Jahren oder mit Gefängnis bestraft.

² Wer eine Schwangerschaft ohne Einwilligung der schwangeren Frau abbricht, wird mit Zuchthaus bis zu zehn Jahren bestraft.

³ Die Frau, die ihre Schwangerschaft nach Ablauf der zwölften Woche seit Beginn der letzten Periode abbricht, abrechnen lässt oder sich in anderer Weise am Abbruch beteiligt, ohne dass die Voraussetzungen nach Artikel 119 Absatz 1 erfüllt sind, wird mit Gefängnis oder mit Busse bestraft.

⁴ ...

Täter nach StGB Art. 118 Abs. 1 ist jedenfalls eine Drittperson. Nicht die schwangere Frau selbst. Nach wie vor gilt also eine als Verbrechen verselbständigte Anstiftung und Gehilfenschaft zum Schwangerschaftsabbruch, wobei

18 Ungeklärt bleibt die übergangsrechtliche Regelung insoweit, als hinsichtlich des Inkrafttretens am 1. Oktober 2002 das neue Recht als Lex-mitior-Regelung regelmässig zur Anwendung gelangen wird, unter dem noch geltenden Recht jedoch nicht gefordert werden kann, dass die Bedingungen von StGB Art. 119/120 (wie schriftliches Gesuch, eingehendes Gespräch etc.) erfüllt werden.

die Akzessorietät jedoch insoweit dennoch eingeführt wurde, als die Strafbarkeit entfällt, wenn die Voraussetzungen für einen legalen Abbruch der Schwangerschaft nach StGB Art. 119 erfüllt sind. Die Problematik bleibt allerdings dennoch bestehen. Denkbar ist etwa der Fall, dass zu einem im Ausland erfolgenden legalen Schwangerschaftsabbruch, wo die besonderen Bedingungen von StGB Art. 119 so nicht zu erfüllen sind, Hilfe geleistet wird. Der Gehilfe oder Anstifter zu einer straffreien Handlung bliebe dabei nach StGB Art. 118 Abs. 1 strafbar. So ist zu bemerken, dass der Begriff der Anstiftung vorliegend in befremdend untechnischer Weise Anwendung gefunden hat. Der Anstiftung im Sinne von StGB Art. 24 macht sich schuldig, « wer jemanden zu einem von ihm verübten Verbrechen oder Vergehen vorsätzlich bestimmt hat ». Wenn nun aber die Voraussetzungen von StGB Art. 119 erfüllt sind oder wenn der Schwangerschaftsabbruch ansonsten legal ist, liegt eben gerade kein deliktisches Verhalten vor und ist also auch keinerlei Form der Anstiftung gegeben. Gesetzestechnisch richtiger aber auch einfacher wäre es gewesen, mit Strafe zu bedrohen, « wer eine Schwangerschaft mit Einwilligung der schwangeren Frau rechtswidrig abbricht oder eine schwangere Frau zum rechtswidrigen Abbruch der Schwangerschaft anstiftet oder ihr dabei hilft ».

StGB Art. 118 Abs. 3 bedroht die Frau mit Strafe, « die ihre Schwangerschaft nach Ablauf der zwölften Woche seit Beginn der letzten Periode abbricht, abbrechen lässt oder sich in anderer Weise am Abbruch beteiligt, ohne dass die Voraussetzungen nach Artikel 119 Absatz 1 erfüllt sind... ». Auch darin liegt eine offensichtliche gesetzgeberische Fehlleistung. Zwar ist durchaus verständlich, dass hinsichtlich der in StGB Art. 119 Abs. 2 statuierten Fristenregelung in StGB Art. 118 Abs. 3 lediglich die Strafbarkeit des Schwangerschaftsabbruchs nach der zwölften Woche statuiert wurde. Hingegen wurde eine Gesetzeslücke eröffnet, welche im Strafrecht in Nachachtung des Legalitätsprinzips eben nicht gefüllt werden darf. Die Füllung der Gesetzeslücke wäre lediglich durch eine *e-contrario*-Interpretation von StGB Art. 119 Abs. 2 möglich, stünde aber schon sehr nahe beim strafrechtlich unzulässigen Analogieschluss oder bei der Rechtsfindung *praeter legem* und wäre in Anwendung des Legalitätsprinzips von StGB Art. 1 lediglich zu Gunsten der Straftäterin möglich. Zudem würde bei dieser Interpretationsweise die Straffolge ungeklärt bleiben. Auch könnte mit gleicher Berechtigung auf die *e-contrario*-Interpretation von StGB Art. 118 Abs. 3 abgestützt werden. StGB Art. 118 Abs. 3 stellt unter dem Titel « Strafbarer Schwangerschaftsabbruch » das Abtreibungsverhalten der schwangeren Frau bis zum Ablauf der zwölften Woche nach Beginn der letzten Periode explizit nicht unter Strafe. StGB Art. 119 Abs. 2 statuiert während der gleichen Zeitspanne unter der Marginale « Straffloser Schwangerschaftsabbruch » lediglich die Strafflosigkeit des Schwangerschaftsabbruchs unter Einhaltung besonderer Bedingungen. Jedoch ist, anders als

beim expliziten Zusammenspiel zwischen StGB Art. 118 Abs. 3 und Art. 119 Abs. 1, eben offen gelassen, was für die Frau für den Fall des Schwangerschaftsabbruchs vor Ablauf der zwölften Woche seit Beginn der letzten Periode aber ohne Einhaltung der Bestimmung von StGB Art. 119 Abs. 2 zu gelten hat. Ohne rechtsgenügende Regelung bleibt für die schwangere Frau, nicht jedoch für den Anstifter oder Gehilfen im Sinne von StGB Art. 118 Abs. 1, der Schwangerschaftsabbruch während zwölf Wochen seit Beginn der letzten Periode jedenfalls straffrei, und geht die Schutzwirkung von StGB Art. 119 Abs. 2 teilweise verloren. Nicht bedacht wurde die Problematik der Anstiftung durch die schwangere Frau¹⁹, welche hier der Straflosigkeit wegen eben nicht mehr durch StGB Art. 118 Abs. 3 abgedeckt würde.

Art. 119 Straffloser Schwangerschaftsabbruch

¹ Der Abbruch einer Schwangerschaft ist straflos, wenn er nach ärztlichem Urteil notwendig ist, damit von der schwangeren Frau die Gefahr einer schwerwiegenden körperlichen Schädigung oder einer schweren seelischen Notlage abgewendet werden kann. Die Gefahr muss umso grösser sein, je fortgeschrittener die Schwangerschaft ist.

² Der Abbruch einer Schwangerschaft ist ebenfalls straflos, wenn er innerhalb von zwölf Wochen seit Beginn der letzten Periode auf schriftliches Verlangen der schwangeren Frau, die geltend macht, sie befinde sich in einer Notlage, durch eine zur Berufsausübung zugelassene Ärztin oder einen zur Berufsausübung zugelassenen Arzt vorgenommen wird. Die Ärztin oder der Arzt hat persönlich mit der Frau vorher ein eingehendes Gespräch zu führen und sie zu beraten.

³ Ist die Frau nicht urteilsfähig, so ist die Zustimmung ihrer gesetzlichen Vertreterin oder ihres gesetzlichen Vertreters erforderlich.

⁴ Die Kantone bezeichnen die Praxen und Spitäler, welche die Voraussetzungen für eine fachgerechte Durchführung von Schwangerschaftsabbrüchen und für eine eingehende Beratung erfüllen.

⁵ Ein Schwangerschaftsabbruch wird zu statistischen Zwecken der zuständigen Gesundheitsbehörde gemeldet, wobei die Anonymität der betroffenen Frau gewährleistet wird und das Arztgeheimnis zu wahren ist.

StGB Art. 119 klärt die Bedingungen, nach welchen ein Schwangerschaftsabbruch, dessen grundsätzliche Strafbarkeit gegeben ist, straflos bleibt. Zuvor ist die entwaffnende sprachliche Ehrlichkeit von StGB Art. 119 Abs. 1 bemerkenswert. Der Schwangerschaftsabbruch bleibt straffrei, wenn er nach ärztlichem *Urteil* notwendig ist. Damit ist im gesamten Strafrecht die einzige Bestimmung geschaffen, welche zur Feststellung der strafrechtlichen Relevanz

¹⁹ Siehe hierzu STRATENWERTH, BT I, S. 55.

auf ein nicht in einem rechtsstaatlichen Verfahren ergangenes *Urteil* abstützt. Es meint dies nicht lediglich ein Spiel mit Worten, sondern das Eingeständnis, dass die Verantwortlichkeit an die Ärztin oder den Arzt delegiert ist. Die Delegation wird noch dadurch umfassender, als der Ärztin oder dem Arzt mit StGB Art. 119 Abs. 1 in fine auferlegt ist, die Güterabwägung in der Weise vorzunehmen, als die Gefährdung für die schwangere Frau mit zunehmender Dauer der Schwangerschaft « grösser sein muss ». Soweit als der Gesetzgeber mit dieser Formulierung im besonderen Teil des Strafrechtes die Konkretisierung des Notstandes und der Notstandshilfe gemäss StGB Art. 34 wollte, ist ihm vorzuhalten, dass die Bestimmung von StGB Art. 34 selbstredend auch im Bereich des Abbruchs der Schwangerschaft Bestand behält. Zudem ist er bei einer ausfüllungsbedürftigen Norm geblieben und hat also die Konfrontation mit dem Legalitätsprinzip gemäss StGB Art. 1 und EMRK Art. 7 vorgezeichnet. Diesem rechtsstaatlichen Grundsatz²⁰ folgend gilt für das Strafrecht das Bestimmtheitsgebot²¹, wonach der Gesetzgeber mit möglichster Klarheit zu beschreiben hat, welches Verhalten tatbestandsmässig und also strafbar sein soll. Der Gesetzgeber kann sich folglich nicht damit begnügen, der Gerichtsbarkeit ausfüllungsbedürftige Tatbestände zu belassen und ihr so die Erarbeitung der Rechtsnormen auferlegen, deren Anwendung ihr obliegt. Die Missachtung dieses Grundsatzes führt zu sinnfreien Verfahren und jedenfalls zum Freispruch gemäss der *Maxime in dubio pro libertate*. Mit der vorliegenden gesetzlichen Regelung ist der Ärztin oder dem Arzt sowie der Gerichtsbarkeit keinerlei Anhaltspunkt zur erforderlichen Schwere der abzuwendenden Gefahr gegeben.

Das Gesetz versucht noch nicht einmal, a priori Entscheidungskriterien im Rahmen der Güterabwägung zu geben. Auch werden die behandelnden Ärztinnen und Ärzte vor der Intervention nicht die Möglichkeit haben, ihre Güterabwägung zur richterlichen Gutheissung zu unterbreiten. Die ausfüllungsbedürftige Norm ist vorliegend also durch den potenziellen Straftäter selbst auszufüllen. Mit dieser Entscheidungsfreiheit und -pflicht geht zwingend die Straffreiheit einher, soweit als der Ärztin oder dem Arzt nicht nachgewiesen wird, dass

20 Der Grundsatz *nulla poena sine lege scripta, certa, stricte, praevia* wurde erstmals durch ANSELM RITTER VON FEUERBACH so formuliert und galt ihm als eines der « höchsten Principien des peinlichen Rechts ». VON FEUERBACH, Lehrbuch des peinlichen Rechts, Giessen 1836, S. 29: « Jede rechtliche Strafe im Staate ist die rechtliche Folge eines, durch die Nothwendigkeit der Erhaltung äusserer Rechte begründeten, und eine Rechtsverletzung mit einem sinnlichen Uebel bedrohenden Gesetzes... Jede Zufügung einer Strafe setzt ein Strafgesetz voraus (Nulla poena sine lege). Denn lediglich die Androhung des Uebels durch das Gesetz begründet den Begriff und die rechtliche Möglichkeit der Strafe ».

21 Vgl. HURTADO, Droit pénal PG I, Zürich 1997, S. 90 ff.; GRAVEN, L'infraction pénale punissable, Bern 1995, S. 23; KILLIAS, Précis de droit pénal général, Bern 2001, S. 119 f.; SCHULTZ, Einführung in den allgemeinen Teil des Strafrechts, Bd. I, S. 50 ff.

er von der (medizinischen)²² Beurteilung der Notwendigkeit des Schwangerschaftsabbruchs gänzlich Umgang genommen hat oder dabei (eventual)vorsätzlich die Regeln der ärztlichen Kunst missachtet hat. Eine fahrlässig falsche Beurteilung der Notwendigkeit des Schwangerschaftsabbruchs bliebe in Anwendung von StGB Art. 18 Abs. 1 straffrei oder würde allenfalls über StGB Art. 125 geahndet.

Schliesslich besteht eine Ungereimtheit darin, dass bei wortgetreuer Auslegung der Bestimmung von StGB Art. 119 Abs. 1 zwar das Urteil über die Notwendigkeit des Schwangerschaftsabbruchs, nicht aber dieser selbst durch die Ärztin oder den Arzt (selbst die Zulassung zur Berufsausübung scheint hier nicht erforderlich) erfolgen müsste. Dies steht in einem bedenklichen Widerspruch zu Abs. 2, wo der einfachere Abbruch der Schwangerschaft während der ersten zwölf Wochen seit Beginn der letzten Periode nur straflos bleibt, wo er durch eine zur Berufsausübung zugelassene Ärztin oder einen zur Berufsausübung zugelassenen Arzt vorgenommen wird.

Zwar bezeichnen gemäss StGB Art. 119 Abs. 3 die Kantone die Praxen und Spitäler, welche die Voraussetzungen für fachgerechte Schwangerschaftsabbrüche erfüllen. Als weitere Inkohärenz ist damit jedoch keinerlei Behandlungsmonopol verbunden. Der straflose Schwangerschaftsabbruch ist, während der ersten zwölf Wochen seit Beginn der letzten Periode unter Vorbehalt der Berufsausübungsbewilligung, also auch nicht bezeichneten Ärzten und bei wortgetreuer Auslegung von Abs. 1 nach der zwölften Woche seit Beginn der letzten Periode sogar den Laien gestattet. Dies kann selbstverständlich nicht der Wille des Gesetzgebers sein und liesse auch StGB Art. 119 Abs. 5 in fine sowie StGB Art. 120 Abs. 2 unverständlich werden.

Zum Uebertretungsstrafrecht gemäss StGB Art. 120 ist zuvorderst auszuführen, dass möglicher Täter nur die Ärztin oder der Arzt ist. Unter Übertretungsstrafe gestellt ist lediglich die Nichteinhaltung der Bedingungen im Falle des Schwangerschaftsabbruchs gemäss StGB Art. 119 Abs. 2. Zudem werden – gesetzestechnisch falsch – diese Bedingungen auch noch in StGB Art. 120 Abs. 1 lit. b) und c) komplettiert. Damit wird nur für diesen Fall insoweit eine Privilegierung geschaffen, als der Arzt, der einen Abbruch der Schwangerschaft innerhalb der zwölf Wochen seit Beginn der letzten Periode aus Gründen der geltend gemachten Notlage vornimmt, ohne dass die restlichen Bedingungen nach StGB Art. 119 Abs. 2 und Art. 120 Abs. 1 lit. b) und c) erfüllt sind, eben nicht in Anwendung von StGB Art. 118 Abs. 1 bestraft wird²³. Der Wider-

22 Die Beurteilung der seelischen Notlage fällt an sich nicht in den spezifisch ärztlichen Kompetenzbereich.

23 Siehe zur Entstehungsgeschichte dieses Irrtums die Intervention METZLER, Amtl.Bull. StR, 2000, S. 552.

spruch ist hier offensichtlich und ein mehrfacher: Sind für einen Schwangerschaftsabbruch innerhalb der zwölf Wochen seit Beginn der letzten Periode die Bedingungen zur Strafflosigkeit von StGB Art. 119 Abs. 2 nicht erfüllt, gelangt für die Ärztin oder den Arzt die Übertretungsstrafe nach Art. 120 zur Anwendung. Anders, wenn für denselben – jedoch einige Zeit später vorgenommenen – Schwangerschaftsabbruch die Voraussetzungen zur Strafflosigkeit von StGB Art. 119 Abs. 1 missachtet wurden. Dann liegt ein Verbrechen nach StGB Art. 118 Abs. 1 vor. Noch seltsamer die Konsequenz, dass bei Nichteinhaltung der Voraussetzungen von StGB Art. 119 Abs. 2 durch die Ärztin oder den Arzt für diese(n) eine Übertretung, für das Hilfspersonal aber ein Verbrechen in Anwendung von StGB Art. 118 Abs. 1 anzunehmen wäre. Der Eventualdolus der Hilfsperson und so die blosser Inkaufnahme der Nichteinhaltung der Voraussetzungen von StGB Art. 119 Abs. 2 durch die Ärztin oder den Arzt genügt.

V. KONKLUSION

Zu wünschen bleibt, dass der Titel der vorstehenden Ausführungen insofern falsch gewählt ist, als sich anhand der Neuregelung zum Schwangerschaftsabbruch eben keine aktuelle Tendenz des Gesetzgebers abzeichnet. Es gehört mit zum Spannungsfeld der pluralistischen Gesellschaft, dass tradierte Werte nicht mehr geteilt werden und der Konsens über den Mindestgehalt der Regeln des Zusammenlebens zu finden bleibt. Die gesetzgeberische Aufgabe besteht aber mit Gewissheit nicht darin, in heiklen Rechtsfragen von einer klaren Regelung Umgang zu nehmen oder diese den Gerichten zu belassen. Dabei kann dem Gesetzgeber vorliegend jedenfalls nicht vorgehalten sein, die Vorarbeiten seien zu wenig eingehend geblieben. Nach dreissig Jahren der Vorarbeit hätte man aber mehr erwartet, als dass ein nicht angewandtes durch ein nicht anwendbares Gesetz ersetzt wird. Es hätte möglich sein müssen, die drei fraglichen Gesetzesbestimmungen ungeachtet des grundsätzlichen gesetzgeberischen Entscheides soweit zu ziselieren, dass sie kongruent bleiben und zur Rechtssicherheit beitragen. Diese Kritik meint noch nicht, dass es zuträglich gewesen wäre, dem seit 1988 bestehenden Beispiel Kanadas folgend auf eine strafrechtliche Regelung zum Schwangerschaftsabbruch zu verzichten²⁴. Die Strafverfolgung und vor ihr die Abgrenzung zwischen strafbarem und strafrechtlich nicht relevantem Verhalten bleibt eine staatliche Aufgabe. Darin liegt die Hauptkritik an der neuen Regelung zum Schwangerschaftsabbruch: die strafrechtliche Verantwortlichkeit wird insoweit «privatisiert», als der Gesetzgeber nicht den Mut aufgebracht hat, die Voraussetzungen zum legalen Schwangerschaftsabbruch zu konkretisieren. Diese Aufgabe fällt nun den po-

24 Dagegen HANGARTNER, S. 56 f.

tentiellen Straftätern selber zu. Es hat dies immerhin den Vorzug, dass die fehlende forensische Bedeutung nicht weiter überraschen wird.

PROCEDURE

PROZESSRECHT

ALTERNATIVE STREITERLEDIGUNGSMETHODEN IN UND AUSSERHALB VON RICHTSVERFAHREN

Alexandra Rumo-Jungo

Professorin an der Universität Freiburg

I. ALTERNATIVE STREITERLEDIGUNG: EINE ALTE METHODE IM AUFWIND

Warum gehen wir vor Gericht? Weil wir Recht zu haben glauben und Recht bekommen wollen. Obwohl der Gang vor Gericht naturgemäss nicht immer erfolgreich und mitunter zum Vornherein nutzlos ist, haben *Gerichtsurteile* eine wichtige Bedeutung im Bereich der *Rechtssicherheit*, der *Rechtsfortbildung* und eine *Leitbildfunktion*¹. Ferner wäre ohne Gerichtsurteile die vorliegende Festschrift nicht denkbar, feiern wir mit ihr doch das 10jährige Jubiläum der Freiburger Zeitschrift für *Rechtsprechung*.

Und doch: Neben dem Gang vor Gericht als üblicher Streiterledigungsmethode rücken in den letzten Jahren immer häufiger, auch in der Schweiz, alternative Streiterledigungsmethoden in den Vordergrund. In den USA gehören die Alternative Dispute Resolutions (ADR), in den 60^{er} Jahren aufgekommen, längst zum juristischen Alltag². Inzwischen hat die Bewegung Europa erreicht³

-
- 1 Ähnlich Klaus F. RÖHL, Der Vergleich im Zivilprozess – Eine Alternative zum Urteil?, in Erhard BLANKENBERG/Ekkehard KLAUSA/Hubert ROTTLEUTHNER (Hrsg.), *Alternative Rechtsformen und Alternativen zum Recht*, Jahrbuch für Rechtssoziologie und Rechtstheorie, Bd. VI, Opladen 1980, 279 ff., 282.
 - 2 Stephan BREIDENBACH, *Mediation: Struktur, Chancen und Risiken von Vermittlung im Konflikt*, Köln 1995, 11; Peter LIATOWITSCH, Anhang *Mediation*, in Ingeborg SCHWENZER (Hrsg.), *Praxiskommentar Scheidungsrecht*, Basel/Genf/München 2000, N 10 f.
 - 3 Für die Schweiz: Heiner EIHOLZER, *Die Streitbeilegungsabrede. Ein Beitrag zu alternativen Formen der Streitbeilegung*, namentlich zur *Mediation*, AISUF 173, Diss. Freiburg 1998. Deutschland: BREIDENBACH (Fn 2), 13 ff., sowie bereits Erhard BLANKENBERG/Ekkehard KLAUSA/Hubert ROTTLEUTHNER (Hrsg.), *Alternative Rechtsformen und Alternativen zum Recht*, Jahrbuch für Rechtssoziologie und Rechtstheorie, Bd. VI, Opladen 1980; für Frankreich: Jean-Pierre BONAFE-SCHMITT, *La médiation: du droit imposé au droit négocié*, in *Droit négocié, droit imposé*, Publication des Facultés Universitaires Saint-Louis, Brüssel 1996; CENTRE DE MEDIATION ET D'ARBITRAGE DE PARIS (CMAP) (Hrsg.), *La médiation dans les conflits commerciaux et internationaux*, Actes du Colloque du 20 octobre organisé avec le soutien de la Commission européenne, Paris 2002. Für Grossbritannien: Russel CALLER, *ADR and Commercial Disputes*, London 2002.

und sich in den letzten zehn Jahren auf der Angebots-, aber noch nicht auf der Nachfrageseite⁴, etabliert. Die *Wurzeln* der alternativen Streiterledigung sind allerdings *weit älter*: Bereits im antiken Griechenland wurden Mediation und Schiedsgericht teils gleichzeitig, teils abwechselnd herangezogen⁵. Auch im klassischen römischen Recht setzte der Schiedsvertrag (*compromissum*) zwischen zwei Parteien einen Schiedsrichter (*arbiter*) ein, der die staatliche Gerichtsbarkeit recht häufig ersetzte⁶. In der römischen Spätzeit verlieh der Staat den Schiedssprüchen sogar gesteigerte Wirkung, indem er ihnen unter bestimmten Umständen die staatliche Vollstreckung zur Verfügung stellte⁷. Die alternativen Streiterledigungsmethoden sind auch nicht die Erfindung einer hochentwickelten Gesellschaft: In afrikanischen Stammesgesellschaften wirken die Streitparteien aktiv am Verfahren mit; mangels Polizeiorganen und Parteivertretern kommen den Parteien auch die Aufgaben der Beweiserhebung und der eigenen Verteidigung zu. Das « Stammesgericht », das keinerlei Zwangsmittel besitzt, fällt ein moralisches Urteil und gibt Anweisungen an die Parteien für künftiges Verhalten; Ziel ist die Aufrechterhaltung künftiger Beziehungen unter den Parteien⁸. Schliesslich zeigt eine historische Studie über die Vergleichspraxis der Internationalen Handelskammer, dass in internationalen Handelssachen bereits anfangs des letzten Jahrhunderts ein System zur alternativen Streiterledigung ausgearbeitet wurde. Damals spielten die Mediation und der Vergleich eine grössere Rolle als die Schiedsgerichtsbarkeit⁹.

Mit dem modernen *Gerichtsverfahren* ist die Streiterledigung *verrechtlicht, formalisiert, standardisiert und egalisiert* worden. Das entspricht unserem Rechtsempfinden und erweist sich in der Regel als angemessen und vorteilhaft. Mit der zunehmenden Verrechtlichung der Streiterledigung wurden gleichzeitig die ausserrechtlichen Methoden verdrängt. Ein Zeugnis davon ist die Tatsache, dass noch vor einigen Jahren ein Vergleich im Verwaltungsverfahrenrecht

4 So wohl auch Peter BÖSCH/James PETER/Ruedi KIESER/Max HAURI, Schlussbericht zur Mediation am Bezirksgericht Zürich vom 12. September 2001, 14.

5 Derek ROEBUCK, *Ancient Greek Arbitration*, Oxford, 2001, 13 ff.; siehe auch LIATOWITSCH (Fn 2), N 8 f.

6 Max KASER/Karl HACKL, *Das römische Zivilprozessrecht*, München 1996, 639 f.; Reinhard ZIMMERMANN, *The Law of Obligations. Roman Foundations of the Civilian Tradition*, Oxford 1996, 513 f. Die Hinweise zum römischen Recht verdanke ich meinem Kollegen Pascal PICHONNAZ, Professor für Römisches Recht und Privatrecht, Universität Freiburg/CH.

7 KASER/HACKL (Fn 6), 1.

8 Richard L. ABEL, *Theories of Litigation in Society*, «Modern» Dispute Institutions in «Tribal» Society and «Tribal» Dispute Institutions in «Modern» Society as Alternative Legal forms, in BLANKENBERG/KLAUSA/ROTTLEUTHNER (Fn3), 165 ff., 169.

9 Dominique BROWN-BERSET, *La médiation commerciale : Le géant s'éveille*, ZSR NF 121 (2002), II, 319 ff., 344, mit Hinweis auf Hamilton STEUART, *La conciliation et la CCI: un aperçu historique*, in *ADR: applications internationales*, Bulletin de la cour international d'arbitrage de la CCI, Supplément spécial 2001, 25 ff.

kaum denkbar war¹⁰. Heute ist erneut ein umgekehrter Trend auszumachen: In sämtlichen Rechtsgebieten, namentlich auch im Verwaltungsrecht¹¹, werden gegenüber den staatlichen Gerichtsverfahren die Vorteile der sogenannten alternativen Streiterledigungsverfahren herausgestrichen¹². So beschäftigt sich auch der Schweizerische Juristentag 2002 mit Schiedsgerichtsbarkeit und Mediation¹³. Welches sind die Ursachen dafür oder anders gefragt: Was sind die Vorteile der alternativen Streiterledigungsmethoden gegenüber den staatlichen Gerichtsverfahren? Nach einem Überblick über die Vorteile und Chancen (III. A.) sind die Nachteile und Risiken zur Sprache zu bringen (III. B.). Diese beiden Themen bringen uns zur Frage, ob und gegebenenfalls für welche Verfahren, in welchen Situationen die alternative Streiterledigung dem staatlichen Gerichtsverfahren überhaupt vorzuziehen ist und wann umgekehrt das Gerichtsverfahren «geeigneter» ist (IV.). Schliesslich ist zu prüfen, wie den «neuen» Methoden im Rechtsalltag zum Durchbruch verholfen werden kann (V.). Zunächst aber ist zu erklären, was alternative Streiterledigungsmethoden sind oder sein können (II.).

II. ERSCHEINUNGSFORMEN ALTERNATIVER STREITERLEDIGUNGSMETHODEN

A. Im Allgemeinen

Als alternative Streiterledigungsmethoden bezeichnet man generell all jene auf *Konfliktlösung* (2) ausgerichtete Verfahren, die sich ausserhalb der staatlichen Gerichtsbarkeit abspielen. Daneben zählt man auch die auf *Konfliktver-*

10 So noch Alfred KÖLZ/Isabelle HÄNER, *Verwaltungsverfahren und Verwaltungsrechtspflege des Bundes*. Mit einem Grundriss der Verwaltungsrechtspflege des Kantons Zürich, Zürich 1993, N 299; vgl. auch VPB 1982 Nr. 72, E. 3b. Das Thema wird nun in der neueren Auflage etwas ausführlicher behandelt, was wohl auch auf die steigende Bedeutung des Themas zurück zu führen ist: Alfred KÖLZ/Isabelle HÄNER, *Verwaltungsverfahren und Verwaltungsrechtspflege des Bundes*, 2. Aufl. Zürich 1998, N 685, mit Hinweis auf BGE 114 Ib 77 ff.

11 So z.B. von Bernd HOLZNAGEL, *Mediation im Verwaltungsrecht*, in Stephan BREIDENBACH/Martin HENSSLER (Hrsg.), *Mediation für Juristen*, Köln 1997, 147 ff., von Thomas PFISTERER, *Über Konsens- und Mediationslösungen im öffentlichen Recht* («konferieren statt prozessieren»), in ZSR NF 121 (2002), II, 169 ff., oder von Karine SIEGWART, *Umweltmediation*, in Benjamin SCHINDLER/Regula SCHLAURI (Hrsg.), *Auf dem Weg zu einem einheitlichen Verfahren. Analysen und Perspektiven von Assistierenden des Rechtswissenschaftlichen Instituts der Universität Zürich*, Zürich 2001, 327 ff.

12 Statt vieler: BROWN-BERSET (Fn 9), 343.

13 Siehe die entsprechenden Referate: Pierre-Yves TSCHANZ, *Vers un arbitrage international préventif*, in ZSR NF 121 (2002), II, 3 ff.; Lucius HUBER, *Schiedsgerichtsbarkeit in der Schweiz – Perspektiven und Herausforderungen*, in ZSR NF 121 (2002), II, 77 ff.; PFISTERER (Fn 11), 169 ff.; BROWN-BERSET (Fn 9), 319 ff.

meidung (1) ausgerichteten Methoden dazu¹⁴, obwohl es sich streng genommen nicht um eigentliche dispute resolutions handelt.

(1) Der *Konfliktvermeidung* dient das sogenannte « *Partnering* », das aus regelmässigen meetings während der Vertragssimplementierung besteht, wozu in Anwesenheit eines « *mutual facilitators* ». Präventiv wirken auch die als zweite Instanz nach den Partnerings eingesetzten « *Claims Appeals Committees* » oder das « *Dispute Review Board* », eine ständige Einrichtung, die während der gesamten Laufzeit eines Vertrags Meinungsverschiedenheiten oder Forderungen zu beurteilen hat und teils blosser Empfehlungen, teils bindende Anordnungen bis zum Ende des Vertrags (z.B. Abschluss des Werks) erteilen kann¹⁵. In die gleiche Richtung zielt die neutrale *Schiedsperson* (referee) in Bausachen, die von den am Bau Beteiligten bestimmt wird; ihr sind die sich zwischen den Vertragsparteien bis zur Endabnahme des Werks ergebenden Streitigkeiten zum Entscheid vorzulegen. Der Entscheid bindet die Parteien bis zur Erfüllung des (Werk-)Vertrags¹⁶.

(2) Auf *Konfliktlösung* ausgerichtet sind die *Schiedsgutachten*, die von den Parteien zur verbindlichen Feststellung einer oder mehrerer rechtserheblicher Tatsachen und/oder einzelner Rechtsfragen in Auftrag gegeben werden¹⁷. Im Unterschied zum Schiedsgutachten, das immer nur Teilfragen löst, stellt das der Konfliktlösung dienende¹⁸ *Schiedsurteil* ein rechtskräftiges Urteil über die gesamte Streitsache dar, das aber durch vertraglich oder gesetzlich (Art. 12 IPRG) bestimmte Rechtsmittel anfechtbar ist¹⁹. Neben weiteren²⁰ alternativen Streiterledigungsmethoden, wie *Mini-Trial*²¹ und *Med-Arb*²², ist namentlich

14 HUBER (Fn 13), 105, mit Hinweis auf Marc BLESSING, Streitbeilegung durch «ADR» und «Pro-Aktive» Verhandlungsführung, in Bulletin ASA 14 (1996), 123 ff. Dazu gehört auch das informelle Verwaltungshandeln, das formelles Verwaltungshandeln (in Form von Verfügungen und öffentlichrechtlichen Verträgen) ergänzt und vorbereitet: PFISTERER (Fn 11), 191.

15 Zum Ganzen: Marc BLESSING, Einführung in die Schiedsgerichtsbarkeit, in Andreas KELLERHALS (Hrsg.), Schiedsgerichtsbarkeit, Zürich 1997, 1 ff., 139 ff.; DERS. (Fn 14), 138; HUBER (Fn 13), 105.

16 Zum Ganzen: Peter DERENDINGER, Alternative Methoden zur Beilegung von Baurechtsstreitigkeiten, in Pierre TERCIER/Roland HÜRLIMANN (Hrsg.), In Sachen Baurecht, Zum 50. Geburtstag von Peter Gauch, Freiburg 1989, 162 f.

17 BLESSING (Fn 14), 143 f.; HUBER (Fn 13), 101; Roland HÜRLIMANN, Das Schiedsgutachten als Weg zur aussergerichtlichen Beilegung von Baustreitigkeiten, in Baurecht 1992, 108 ff., der das Schiedsgutachten von der Expertise einerseits und vom Schiedsurteil andererseits unterscheidet. Siehe auch WIGET/WIGET/STRÄULI/MESSMER, ZPO, Kommentar zur zürcherischen Zivilprozessordnung, 3. Aufl., Zürich 1997, N 2 zu § 258 ZPO; BGE 117 Ia 365 ff.

18 Siehe dagegen zum rein präventiven Schiedsurteil: TSCHANZ (Fn 11), 3 ff., insb. 62 ff.

19 HUBER (Fn 13), 101; HÜRLIMANN (Fn 17), 110.

20 Siehe ausserdem BLESSING (Fn 14), 148; DERENDINGER (Fn 16), 169 ff.; HUBER (Fn 13), 107.

21 Dabei handelt es sich um ein Panel, das von einer neutralen Person präsiert wird und in dem überdies je ein/e Topmanager/in der beteiligten Parteien sitzt; diese sollen, allenfalls mit der Hilfe des neutralen Präsidiums, den Entscheidgremien der beteiligten Parteien einen Vergleich vorschlagen: BLESSING (Fn 14), 144 f.; DERENDINGER (Fn 16), 168 f.; HUBER (Fn 13), Fn 86.

die *Mediation* bzw. die Vermittlung hervorzuheben. Sie zielt auf einen aussergerichtlichen Vergleich^{22a} und steht vorliegend im Vordergrund (nachstehend B.). Neben diesem stellt im weitesten Sinn auch der gerichtliche Vergleich eine Alternative zur hoheitlichen Streiterledigung dar^{22b}.

In der *Schweiz* kennen wir an sich eine lange *Tradition* von *Vermittlung*, nämlich jene durch die *Friedensgerichte* (vorgesehen in den kantonalen Prozessordnungen) und die *Schlichtungsstellen* (z.B. jene in Miet- oder in Pachtangelegenheiten gemäss Art. 274a und 301 OR). Die Anrufung dieser beiden Institutionen ist regelmässig gesetzlich angeordnet (z.B. in Art. 274d ff. OR), doch sind diese, namentlich die Friedensgerichte, für ihre Vermittlungsaufgabe kaum speziell geschult und stehen ihnen auch nicht die personellen Ressourcen für ein aufwändiges und ausgewogenes Vermittlungsverfahren zur Verfügung²³. In die gleiche Richtung zielen die *Ombudsstellen*, zum Beispiel jene der Schweizerischen Privatversicherung und der SUVA²⁴, jene der Krankenversicherungen oder jene der Banken, denen die Aufgabe zukommt, die Parteien anzuhören und zwischen ihnen zu vermitteln, ohne dass ihre Anrufung einem Gerichtsverfahren zwingend vorausgehen hätte. Zu erwähnen sind schliesslich das *Schlichtungsverfahren* sowie das *Mini-Trial* der Zürcher Handelskammer²⁵.

22 Zunächst wird durch Mediation eine Lösung herbeizuführen versucht. Gelingt dies nicht, wird die Mediatorin zur Schiedsrichterin und erlässt einen verbindlichen Entscheid: ausführlich dazu James T. PETER, Med-Arb in International Arbitration, in The American Review of International Arbitration, 1997/Vol. 8, No 1, 83 ff., siehe auch HUBER (Fn 13), 106; siehe auch DERENDINGER (Fn 16), 166.

22a Dazu ausführlich Peter GAUCH, Der aussergerichtliche Vergleich, in Innominatverträge, Festgabe für Walter R. Schluep, Zürich 1988, 3 ff.

22b Zu den verschiedenen Verfahrensstufen bei der gerichtlichen Vergleichsverhandlung siehe Alexander BRUNNER, Zur Strategie von Vergleichsverhandlungen, in 125 Jahre Kassationsgericht des Kantons Zürich, Zürich 2000, 159 ff., 166 ff.

23 Ähnlich Rainer SCHUHMACHER, Mediation bei Grossprojekten in der Schweiz, Tagungsdokument zum Seminar « Mediation im Baurecht », Wiesbaden 1999, 8. Prüfwert wäre immerhin die Idee von Isaak MEIER/Christian DUVE, vom Friedensrichter zum Mediator. Einführung von Mediation in bestehende Institutionen der Streitschlichtung, in SJZ 95 (1999), 157 ff., 160, wonach der Friedensrichter im Schlichtungsverfahren für dafür geeignete Fälle die Mediation vorschlägt. Da er nach diesem Modell über die entsprechende Ausbildung verfügt, kann er die Mediation selber durchführen, oder die Parteien können eine Drittperson damit betrauen.

24 Der 1972 gegründeten Stiftung « Ombudsman der Privatversicherung » ist im Januar 2002 auch die SUVA beigetreten: siehe benefit, Das Kundenmagazin der SUVA, Nr. 2/2002, 11.

25 DERENDINGER (Fn 16), 174 ff.

B. Mediation im Besonderen

Teilweise wird zwischen blosser *Vermittlung* mit einem « Facilitator » und *klassischer Mediation* unterschieden²⁶. Bei dieser Unterscheidung kommt dem Mediator eine aktivere Rolle zu als der Vermittlerin, welche nie einen eigenen Vermittlungsvorschlag unterbreitet. Letztendlich spielt diese Begriffsunterscheidung aber keine Rolle; entscheidend ist der Wille der Parteien und dementsprechend ihr Auftrag an die Mediatorin oder den Mediator.

Anwälte und Anwältinnen, Richterinnen und Richter sind vielfach davon überzeugt, dass sie selber bzw. über die Friedensgerichte « schon immer » Vermittlung bzw. Mediation betrieben haben. Dass dem nicht so ist, zeigt das *heutige Verständnis von Mediation*: Mediation ist *aussergerichtliche Vermittlung* in Zwei- oder Mehrparteienkonflikten durch Einschaltung einer *neutralen*²⁷, *unabhängigen, nicht entscheidbefugten Drittperson*, so dass die betroffenen *Parteien den Entscheid selber treffen*²⁸.

III. VORTEILE UND NACHTEILE, CHANCEN UND RISIKEN DER MEDIATION

A. Vorteile und Chancen

1. Psychologische Vorteile und Chancen

a. Mediationslösungen sind *selbstbestimmt* und erfolgen *autonom*, während in Gerichtsverfahren die Hauptakteure die Anwälte und die Richterinnen sind, die Parteien die Sache also gleichsam aus der Hand geben. In der Mediation sind die *Parteien* nicht mehr blosse Objekte einer obrigkeitlichen Entscheidung, vielmehr sind sie es, die eine sie zentral betreffende *Entscheidung generieren*²⁹. Sie können auch jederzeit folgenlos aussteigen, eine andere Me-

26 HUBER (Fn 13), 106; BLESSING (Fn 14), 144 f.; siehe auch BROWN-BERSET (Fn 9), 355 f., der zwischen dem *médiateur évaluateur (aviseur)* und dem *médiateur facilitateur* (oder sogar *thérapeutique*) unterscheidet.

27 Zu den verschiedenen Formen der Beeinflussung und Parteilichkeit siehe Trina GRILLO, *The Mediation Alternative: Process Dangers for Women*, in Michael FREEMAN (Hrsg.), *Alternative Dispute Resolution*, Aldershot/Hong Kong/Singapur/Sydney 1995, 303 ff., 348 ff.

28 Siehe dazu, teils mit unterschiedlichen Begriffsmerkmalen: Stephan BREIDENBACH, *Grundlagen der Mediation. Mediation – Komplementäre Konfliktbehandlung durch Vermittlung*, in Stephan BREIDENBACH/Martin HENSSLER (Hrsg.), *Mediation für Juristen*, Köln 1997, 1; BROWN-BERSET (Fn 9), 347; Gisela MÄHLER/Hans-Georg MÄHLER, *Mediation – eine interessengerechte Konfliktregelung*, in Stephan BREIDENBACH/Martin HENSSLER (Hrsg.), *Mediation für Juristen*, Köln 1997, 13 ff., 15; LIATOWITSCH (Fn 2), N 37 ff.; Thomas F. MASTRONARDI, *Mediation als Weg. Kunst und Technik der Vermittlung*, Ittigen 2000, 1.

29 BROWN-BERSET (Fn 9), 343; GRILLO (Fn 27), 339; MÄHLER/MÄHLER (Fn 28), 17; MASTRONARDI (Fn 28), 82. Für gewisse Typen von Menschen oder aber in bestimmten Situationen ist genau die Selbstbestimmung, aber auch Selbstverantwortung ein Nachteil, siehe sogleich unter

diatorin suchen oder immer noch vor Gericht gehen. Diese Vorteile sind teilweise auch einem *gerichtlichen Vergleich* inhärent, wird doch die Entscheidungskompetenz und damit die Selbstbestimmung über die Streitsache – wenigstens vorübergehend – wieder zurückgenommen.

b. Die Parteien *wählen die Mediatorin* nach den spezifischen Erfordernissen des betreffenden Streitfalls selber *aus*³⁰. Oft geniesst die von den Parteien gewählte Person denn auch grösseres *Vertrauen* als anonyme staatliche Richter und Richterinnen³¹. Aufgrund des grösseren Vertrauens der Parteien in die Mediatorin, sind die Parteien in der Regel eher zu einem Vergleich geneigt als vor staatlichen Gerichten³². Ausserdem hat (auch diese) fachliche Autorität *Überzeugungskraft*³³.

c. In der Mediation besteht die Möglichkeit, die *eigene Sichtweise ausführlich darzustellen*, wozu auch sogenannte *rechtlich irrelevante Tatsachen, Emotionen und Vorstellungen* gehören. Dieselbe Plattform bietet meist auch der *gerichtliche Vergleich*³⁴. Gleichzeitig kann auch die Sichtweise der anderen Partei erfahren werden. Im günstigen Fall kann die Mediatorin die beiden Standpunkte einander annähern und/oder ein gewisses gegenseitiges Verständnis wecken³⁵. Demgegenüber berücksichtigt das Gerichtsverfahren die Tatsachen nach Massgabe der entscheiderelevanten Normen und reduziert damit die komplexe Wirklichkeit, was für die Parteien sehr frustrierend sein kann³⁶.

d. *Langfristige Beziehungen* können bei erfolgreicher Mediation (und mitunter Versöhnung) sowie grundsätzlich auch bei einem *gerichtlichen Vergleich* eher *gewahrt und fortgesetzt* werden als nach einem Gerichtsverfahren, das auf Konfrontation angelegt ist³⁷. Das Interesse an der Wahrung langfristiger Be-

B. – GRILLO a.a.O. sieht diese Freiheit eingeschränkt, sobald Mediation zwingend im Gerichtssystem vorgesehen ist, und zwar aus folgenden Gründen: « First, the parties have not chosen or timed the process according to their ability to handle it. Second, they are not allowed to decide themselves how much their lawyers should participate, but instead are deprived of whatever protection their lawyers have to offer. Finally, they are not permitted to choose the mediator and they often cannot leave without endangering their legal position even if they believe the mediator is biased against them ».

30 Jan K. SCHIFFER, Wirtschaftsschiedsgerichtsbarkeit. Die erfolgreiche aussergerichtliche Streitlösung. Praxishinweise, Bewertungshilfen, Schiedsordnungen, Checklisten und Muster, Köln/Berlin/Bonn/München 1999, 18; vgl. DERENDINGER (Fn 16), 177.

31 SCHIFFER (Fn 30), 18.

32 SCHIFFER (Fn 30), 18.

33 DERENDINGER (Fn 16), 177.

34 RÖHL (Fn 1), 281.

35 Dazu Monika ROTH/Suzanne SCHWARZ/Rolf ROTH, mediation@konflikte.streit.beziehungskisten.01, Zürich 2001, 68 ff.; MÄHLER/MÄHLER (Fn 28), 20 f.

36 BREIDENBACH (Fn 28), 4; RÖHL (Fn 1), 280.

37 ROTH/SCHWARZ/ROTH (Fn 35), 68 ff.; Andreas NELLE, Mediation bei Neuverhandlungen im Privatrecht, in Stephan BREIDENBACH/Martin HENSSLER (Hrsg.), Mediation für Juristen, Köln 1997, 195 ff., 196 f.

ziehungen ist dann besonders gross, wenn die Parteien wirtschaftlich oder örtlich langfristig aneinander gebunden oder aber wirtschaftlich aufeinander angewiesen sind. Ebenso können in besonderen Konstellationen beide Seiten daran interessiert sein, emotionale Spannungen, gegenseitiges Misstrauen und Kommunikationsprobleme durch Einschaltung einer neutralen Drittperson abzubauen, die das Vertrauen beider Seiten geniesst³⁸. Dies trifft namentlich auf partnerschaftliche Konflikte³⁹ sowie auf Konflikte unter Nachbarn, innerhalb eines Unternehmens, unter den Sozialpartnern oder zwischen Anbieterinnen und Verbrauchern zu⁴⁰. Diesfalls birgt die Mediation die Chance für *rasche und interessengerechte Einigungen* in einem *sozial verträglichen Verfahren*. Damit wird nicht nur verhindert, dass der aktuelle Konflikt durch langes Zuwarten eskaliert, sondern auch die *Gefahr der Entstehung von Folgekonflikten minimiert*⁴¹. Aufgrund dieser Vorteile eignet sich die Mediation mitunter auch als Führungsinstrument innerhalb eines Betriebs⁴².

e. Anders als Gerichtsverfahren sind (aussergerichtliche) Verhandlungen wie auch die Mediation nicht öffentlich. Meinungsverschiedenheiten können so (z.B. durch eine Vertragsanpassung) ohne Erregung öffentlichen Aufsehens beigelegt werden⁴³. Damit wird die *Vertraulichkeit* insbesondere auch gegenüber Konkurrenzunternehmen gewahrt, Betriebsgeheimnisse und (Familien-) Interna werden nicht publik, und die *Privatsphäre* der Parteien bleibt umfassender geschützt⁴⁴.

f. Schliesslich kann eine Mediation den Parteien psychische Anspannung, peinliche Blossstellung oder *demütigende Verletzung ersparen*⁴⁵.

2. *Wirtschaftliche und Effizienz-Vorteile*

a. Die Mediation ist *einfach, pragmatisch, unformalistisch, flexibel* (was es erlaubt, das Verfahren am jeweiligen Konflikttyp auszurichten), *vertraulich*,

38 NELLE (Fn 37), 196 f.

39 BREIDENBACH (Fn 28), 6; zur Scheidungsmediation im Besonderen siehe Caroline BONO-HÖRLER, Familienmediation im Bereiche von Ehetrennung und Ehescheidung, Diss. Zürich 1999; LIATOWITSCH (Fn 2), N 86 ff.

40 Dieter STREMPPEL, Aussergerichtliche Streitbeilegung – Konjunktur, Hintergründe und Perspektiven, in Walter GOTTWALD/Dieter STREMPPEL (Hrsg.), Streitschlichtung. Rechtsvergleichende Beiträge zur aussergerichtlichen Streitbeilegung, Köln 1995, 187 ff., 192; siehe auch THE NATIONAL LAW JOURNAL, Bd. 23 Nr. 45, 2. Juli 2001, A 17.

41 Tilman METZGER, Mediation im Nachbar-, Miet- und Verbraucherrecht, in Stephan BREIDENBACH/Martin HENSSLER (Hrsg.), Mediation für Juristen, Köln 1997, 183 ff., 191 f.

42 Roland REICHENBACH, Das Verhandlungsbare, das Mediierbare und die Grenzen der partizipativen Führung, Unterlage zum Kurs: Führung und Konfliktlösung durch Mediation in der Verwaltung, 16. Mai 2001, 9 ff.

43 NELLE (Fn 37), 197.

44 SCHIFFER (Fn 30), 16.

45 Vgl. RÖHL (Fn 1), 295, der diese Aussage bezüglich des gerichtlichen Vergleichs macht.

personenbezogen, z.T gar *partnerschaftlich*⁴⁶. Daher ist das Verfahren *schneller* und in der Regel auch *kostengünstiger* als ein staatliches Gerichtsverfahren⁴⁷.

b. Mit dem Zeitgewinn verbunden sind nicht nur die Verminderung persönlicher und sachlicher Aufwendungen, sondern auch die *Verkürzung einer Periode der Unsicherheit* und die raschere *Rückgewinnung von Dispositionsfreiheit*⁴⁸. Denn: Obwohl man Recht zu haben glaubt, wird man nicht zwangsweise auch Recht erhalten, denn erstens deckt sich die subjektive Sichtweise nicht immer mit dem Gesetz und zweitens können – trotz aller Prozesschancen – das Beweisverfahren und Ermessensentscheide den eigenen (vollumfänglichen) Prozessgewinn verhindern⁴⁹.

c. Der *Sitzungsrhythmus* orientiert sich nach den *Bedürfnissen der Parteien* und nicht nach dem Gerichtskalender⁵⁰.

d. Die Gerichte entscheiden nach Gesetz, was meist keinen Raum für kreative Lösungen lässt. Dagegen können in Mediationsverfahren *Emotionen, Wünsche, Beweggründe, Interessenlagen und ökonomische Gesichtspunkte* der Parteien oder auch Auswirkungen auf Dritte bzw. das Umfeld berücksichtigt werden, was vor Gericht unerheblich wäre⁵¹. Gegenstand der Mediation sind der *Konflikt, die Interessen und die Bedürfnisse der Parteien*, nicht ihre Rechte⁵². Das schafft Raum für zusätzliche bzw. umfassendere *Wertschöpfung* und *kreativere Entscheidungen*, die auch persönlich *höhere Befriedigung* verschaffen⁵³. Die Möglichkeit kreativer Lösungen ist namentlich bei erforderlichen Vertragsanpassungen von Bedeutung: Anders als das Gericht kann die Mediatorin die Interessen der Parteien umfassend erforschen und auch ausserhalb des

46 BROWN-BERSET (Fn 9), 345; mit Bezug auf das Schiedsverfahren ebenso SCHIFFER (Fn 30), 19.

47 STREMPER (Fn 40), 192; gl. M. SCHIFFER (Fn 30), 16, mit Bezug auf das Schiedsverfahren. Hinsichtlich der Kosten herrscht Uneinigkeit darüber, ob ein Schiedsverfahren billiger ist als ein Verfahren vor dem staatlichen Gericht: SCHIFFER (Fn 30), 16 f. Doch selbst wenn ein Schiedsverfahren kostenintensiver sein sollte als ein staatliches Gerichtsverfahren, kann sich aus der Schnelligkeit des Schiedsverfahrens ein kostenwirksamer Vorteil für die Parteien ergeben.

48 RÖHL (Fn 1), 294.

49 ROTH/SCHWARZ/ROTH (Fn 35), 68 ff.; Christian DUVE, Eignungskriterien für die Mediation, in Martin HENSSLER/Ludwig KOCH (Hrsg.), Mediation in der Anwaltspraxis, Bonn 2000, § 4 N 34.

50 ROTH/SCHWARZ/ROTH (Fn 35), 68 ff.

51 ROTH/SCHWARZ/ROTH (Fn 35), 68 ff.; STREMPER (Fn 40), 192.

52 BROWN-BERSET (Fn 9), 343; MÄHLER/MÄHLER (Fn 28), 18.

53 Jochen SCHNEIDER, Mediation im Wirtschaftsrecht, in Stephan BREIDENBACH/Martin HENSSLER (Hrsg.), Mediation für Juristen, Köln 1997, 171 ff., 181.

eigentlichen Streitgegenstandes liegende Möglichkeiten beiderseitig vorteilhafter Vertragsmodifikationen ausloten⁵⁴.

e. *Kooperatives (integratives) Verhandeln* führt nach den Erkenntnissen der Verhandlungspsychologie und der Diskurstheorie für beide Parteien *insgesamt zu besseren Ergebnissen* als kompetitives (distributives) Verhandeln, bei dem es immer Gewinnerinnen und Verlierer gibt⁵⁵. Obwohl diese Theorien z.T. auf wirklichkeitsfremden Annahmen beruhen (rationales Verhalten, offene und ehrliche Kommunikation in Kenntnis der gegenseitigen Interessen), besteht doch ihr wesentliches Verdienst in der Erkenntnis, dass eine *Optimierung für beide Seiten möglich* ist und eine Lösung kein Nullsummenspiel (dem Vorteil der einen steht ein ebenso grosser Nachteil der anderen Partei gegenüber) sein muss⁵⁶.

f. Mediation ist *prospektiv* und sucht Lösungen für die Zukunft, während ein Gerichtsverfahren grundsätzlich retrospektiv ausgerichtet ist und die Vergangenheit beurteilt⁵⁷.

g. Weil die Regelung des Konflikts von den Beteiligten selbstbestimmt herbeigeführt wird, stösst sie bei diesen eher auf *Akzeptanz* als eine gerichtliche Lösung⁵⁸.

h. Die *sozialen Kosten* einer aussergerichtlichen Regelung dürften in der Regel *niedriger* sein als diejenigen des gerichtlichen Wegs. Dieser Umstand spielt vor allem in den Fällen eine Rolle, in denen soziale Beziehungen auch nach dem Konflikt weiterbestehen sollen oder müssen⁵⁹.

i. Mediation erweist sich auch *im Vergleich zu hoheitlichem Handeln als wirtschaftlich*: Durch den Einbezug der Privaten in die Vorbereitung von for-

54 NELLE (Fn 37), 197; MÄHLER/MÄHLER (Fn 28), 20.

55 Siehe dazu etwa Jürgen HABERMAS, *Moral-Bewusstsein und kommunikatives Handeln*, Frankfurt am Main 1983, 134 f., 176 f.; DERS., *Faktizität und Geltung. Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats*, Frankfurt am Main 1992, 368; Horst EIDENMÜLLER, *Ökonomische und spieltheoretische Grundlagen*, in Stephan BREIDENBACH/Martin HENSSLER, *Mediation für Juristen. Konfliktbehandlung ohne gerichtliche Entscheidung*, Köln 1997, 31 ff., 41 ff.; MÄHLER/MÄHLER (Fn 28), 13 ff., 26; Fritjof HAFT, *Verhandlung und Mediation. Die Alternative zum Rechtsstreit*, 2. Aufl., München 2000, 108 ff. Dieses Vorgehen kann aber gerade in Gerichtsverfahren nicht umgesetzt werden, weil es prinzipiell nicht auf Konsens, sondern auf Entscheidung angelegt ist: RÖHL (Fn 1), 280. Siehe auch unten B. 9.

56 EIDENMÜLLER (Fn 55), 41.

57 MÄHLER/MÄHLER (Fn 28), 23; GRILLO (Fn 27), 320 ff., macht allerdings auch auf die Nachteile dieser Sichtweise aufmerksam, insbesondere, wenn damit der historische Kontext der zu mediiierenden Streitigkeit auch dann nicht berücksichtigt wird, wenn er mit Bezug auf die Gegenwart und die Zukunft aussagekräftig ist (z.B. mangelnde erzieherische Kompetenz oder Verantwortung in der Vergangenheit).

58 STREMPPEL (Fn 40), 192.

59 STREMPPEL (Fn 40), 192; siehe dazu vorne III. A. 1. d.

mellen Verwaltungsakten, die kontinuierliche Berücksichtigung ihrer Belange im Entscheidungsprozess und die Möglichkeit der frühzeitigen Artikulation ihrer Interessen kann die *Verwaltung* die formellen *Entscheidungen* besser vorbereiten, was die Effizienz steigert. Die Lösung ist aufgrund der besseren Kenntnis und Wahrnehmung der Verhältnisse und Vorstellungen der Privaten besser an den Erfordernissen des Einzelfalls ausgerichtet⁶⁰. Dies ist namentlich im *Umweltrecht* von Bedeutung⁶¹. Die Einschaltung eines behördenfremden Konfliktmittlers gewährleistet, dass das Verfahren fair und ohne Bevorzugung bestimmter Interessenvertreter durchgeführt wird⁶², hat sich doch das Verwaltungshandeln auch beim konsensualen Verhandeln an Gesetz und an das rechtsstaatliche Verfahren zu halten. Ferner sichert die private Mitwirkung an der Sachverhaltsaufklärung und Informationsbeschaffung die Chancen für die *Akzeptanz und Umsetzung*.

B. Nachteile und Risiken

1. Mediation wird von Frauen und Männern generell je aus verschiedensten Gründen abgelehnt. Sie birgt grundsätzlich auch geschlechterspezifische Gefahren⁶³:

a. *Frauen* lehnen eine Mediation bei der Scheidung etwa aus Misstrauen gegenüber ihrem Ehegatten ab, aus Angst vor ihm oder aus dem Wunsch, ihm aus dem Weg zu gehen⁶⁴. Da Frauen häufig stärker beziehungsorientiert sind als Männer, besteht die Gefahr, dass sie in der Mediation eher Kompromisse eingehen als Männer⁶⁵.

b. *Männer* hingegen wollen keine Mediation, weil sie skeptisch gegenüber dem Mediationsprozess sind oder weil sie überzeugt sind, einen Prozess vor Gericht zu gewinnen⁶⁶.

2. Im Gegensatz zu den öffentlichen Gerichtsverfahren werden Konflikte in der Mediation individualisiert und unter Ausschluss der Öffentlichkeit beigelegt. *Strukturell verankerte Missstände* können so für die Öffentlichkeit uner-

60 PFISTERER (Fn 11), 192; Paul RICHLI, Zu den Gründen, Möglichkeiten und Grenzen für Verhandlungselemente im öffentlichen Recht, ZBl 92 (1991), 381 ff., 403.

61 Ulrich RAMSAUER, Mediation im Umweltrecht, in Stephan BREIDENBACH/Martin HENSSLER (Hrsg.), Mediation für Juristen, Köln 1997, 161 ff., 166; SIEGWART (Fn 11), 331 ff.

62 HOLZNAGEL (Fn 11), 159.

63 Bei den nachfolgenden Aussagen handelt es sich naturgemäss immer um Pauschalierungen, die so individuell nicht unbedingt zutreffen mögen, aber auf das Ganze gesehen eine gewisse Tendenz anzeigen.

64 GRILLO (Fn 27), 359.

65 GRILLO (Fn 27), 308, mit Hinweis (in Fn 11) auf einschlägige Forschungsergebnisse.

66 GRILLO (Fn 27), 359.

kannt weiterbestehen, obwohl eine ganze Gruppe Interesse an der Konfliktlösung hätte. So kämpft jede einzelne Person auf individueller Ebene um ihr Recht, obwohl eine Gruppe bei gemeinsamem Handeln stärker wäre und für das Gemeinwesen relevante Konfliktherde für alle befrieden könnte⁶⁷. Darin wird ein Demokratiedefizit erkannt. Ferner wird befürchtet, die Mediation fördere (politischen) *Einfluss auf Kosten von Recht und Rechtsstaatlichkeit*⁶⁸.

3. Eine weitere Gefahr liegt darin, dass Mediation mitunter als unbedingtes « Befriedungsinstrument » aufgefasst und damit eine *falsch verstandene « Harmonie-Ideologie »* verfolgt wird. Die Nichteinigung und noch vielmehr die Nichtversöhnung mag in bestimmten Situationen durchaus ein « gutes » Ergebnis sein. Das gilt namentlich dann, wenn unter den konkreten Parteien überhaupt kein Einigungsbereich vorliegt⁶⁹.

4. Eine Mediation bietet sich umso eher an, je näher die Einschätzungen der Parteien hinsichtlich der Rechts- und Prozesslage liegen. *Unterscheiden* sich die *Vorstellungen beider Seiten zu stark* und irrt eine der Parteien grundsätzlich in ihrer Einschätzung der Rechts- und Prozesslage, so erscheinen die Chancen eines Vergleichs bei jedenfalls teilweiser Durchführung eines Schiedsverfahrens (Entscheidungsmacht des Vermittlers) höher⁷⁰.

5. Ist in einem Verfahren ein *alternatives Streiterledigungsverfahren vorgeschrieben*, wie dies in gewissen Ländern der Fall ist⁷¹, können wirtschaftlich schwache und machtlose Leute um eine berechtigte Klage gebracht werden, indem über ihre gesetzlichen Rechte hinweg verhandelt und mediiert wird und dabei eine *Partei die Machtlosigkeit und den Autoritätsglauben der anderen ausnützt*⁷². Damit können gesetzliche Schutzzwecke unterlaufen werden⁷³. « The argument (from the political left) suggests that providing ADRMs (alternative dispute resolution mechanisms) for the poor and powerless constitutes

67 METZGER (Fn 41), 192.

68 PFISTERER (Fn 11), 222.

69 EIDENMÜLLER (Fn 55), § 2 N 50 f.

70 Harald RIEGER, Alternative Dispute Resolution versus Schiedsgericht, in Bulletin ASA 14 (1996), 190 ff., 192 f.

71 Das gilt namentlich für gewisse Staaten in den USA, für Australien und Neuseeland. Siehe dazu Henry BROWN/Arthur MARRIOTT, ADR Principles and Practice, 2. Aufl., London 1999; zu den verschiedenen gesetzlichen Grundlagen in den USA, wo die Mediation teils gesetzlich vorgeschrieben, teils vom Gericht angeordnet werden kann, siehe GRILLO (Fn 27), Fn 4; siehe auch DIES. (Fn 27), 309 ff. zur Entwicklung der für Sorgerechts- und Besuchsrechtsfragen gesetzlich vorgeschriebenen Mediation. Zur alternativen Streiterledigung in den USA siehe auch Walther GOTTWALD, Mediation in den USA – ein Wegweiser, in Martin HENSSLER/Ludwig KOCH (Hrsg.), Mediation in der Anwaltspraxis, Bonn 2000, § 6.

72 Frank E.A. SANDER, Alternative Methods of Dispute Resolution: an Overview, in Michael FREEMAN (Hrsg.), Alternative Dispute Resolution, Aldershot/Hong Kong/Singapur/Sydney 1995, 97 ff., 113; GRILLO (Fn 27), 339 ff.

73 Horst EIDENMÜLLER, Verhandlungsmanagement durch Mediation, in Martin HENSSLER/Ludwig KOCH (Hrsg.), Mediation in der Anwaltspraxis, Bonn 2000, § 2 N 48.

the establishment's attempt to 'cool out' legitimate grievances by negotiating or mediating away poor people's rights »⁷⁴.

Machtungleichgewicht zwischen den Parteien kann den Vergleich auf drei Arten beeinflussen: « First, the poorer party may be less able to amass and analyze the information needed to predict the outcome of the litigation, and thus be disadvantaged in the bargaining process. Second he may need the damages he seeks immediately and thus be induced to settle as a way of accelerating payment, even though he realizes he would get less now than he might if he awaited judgment. ... Third, the poorer party might be forced to settle because he does not have the resources to finance the litigation, to cover either his own projected expenses »⁷⁵.

Da Mediation die Lösungsmöglichkeiten vergrössern und verbessern soll, liegt es an der *Mediatorin*, in einem gewissen Mass dafür zu sorgen, dass die Interessen einer Partei nicht verschlechtert werden. Ihr kommt mit anderen Worten eine gewisse *Ergebnisverantwortung* zu⁷⁶. Gleiches gilt für die Richterin bei der Ausarbeitung eines gerichtlichen Vergleichs.

6. Probleme können sich in einem ADR-Verfahren ergeben, wenn es sich bei den Parteien (oder auch nur einer Partei) um Unternehmen handelt, welche bei den Verhandlungen durch eine *Person ohne Entscheidungskompetenz* vertreten werden⁷⁷. Darüber hinaus übernehmen selbst entscheidbefugte Personen die damit zusammenhängende Verantwortung nicht immer gerne, weshalb diese unter Umständen gerne an ein Gericht oder an eine andere Autorität abgegeben wird. So kann leicht die «Schuld» für einen schlechten Entscheid abgeschoben werden.

7. Ein Nachteil kann ferner darin bestehen, dass das ausgehandelte *Ergebnis nicht durchsetzbar* ist. Selbst wenn es in einem Vertrag festgehalten ist, kann dessen Verletzung höchstens zu (sekundärem) Schadenersatz führen, während die primäre Vertragsleistung, in der ja gerade die Interessen der Parteien umfassend berücksichtigt wurden, regelmässig nicht direkt durchsetzbar ist⁷⁸.

⁷⁴ SANDER (Fn 72), 112.

⁷⁵ Owen M. FISS, *Against Settlement*, in Michael FREEMAN (Hrsg.), *Alternative Dispute Resolution*, Aldershot/Hong Kong/Singapur/Sydney 1995, 285 ff., 288; siehe dazu MASTRONARDI (Fn 28), 191, der dem Mediator die Aufgabe zuteilt, auf ein gewisses Machtgleichgewicht unter den Parteien hinzuarbeiten.

⁷⁶ EIDENMÜLLER (Fn 73), § 2 N 49; nach BRUNNER (Fn 22b), 164, hat nicht nur die Richterin, sondern auch der Mediator die Rechtsnormen als Ausdruck des demokratischen Grundkonsenses über Fragen der Gerechtigkeit bei den Verhandlungen als Kriterium und Leitgedanke zu berücksichtigen. Zum Ganzen siehe auch Peter LIATOWITSCH, *Die Bedeutung des Rechts in der Mediation, oder: wieviel Recht erträgt die Mediation?*, in *Anwaltsrevue* 2000, Heft 4, 4 ff.

⁷⁷ Vgl. FISS (Fn 75), 290 ff.

⁷⁸ Vgl. auch FISS, (Fn 75), 294 ff.

8. Die Existenz grösserer Mediationsverfahren (z.B. zwischen Sozialpartnern) wird *von den Medien aufgegriffen* und zum Gegenstand von *öffentlichen Spekulationen* gemacht. Die *Parteien* des Mediationsverfahrens sehen sich in der *Zwangslage*, entweder die Vertraulichkeit des Schiedsverfahrens durch öffentliche Darlegungen zur Prozesslage zu negieren oder diese Vertraulichkeit einzuhalten und Missdeutungen in den Medien hinzunehmen⁷⁹.

9. Der Vorteil der Mediation, nämlich die Erzielung einer *gemeinsamen optimalen Lösung* (z.B. für jede Partei 3 Einheiten), ist nur erreichbar bei *offenem und kooperativem (integrativem) Verhandeln*, bei dem beide Seiten die gegenseitigen Interessen ausloten. Die einzelne Partei verspricht sich jedoch aus Gründen der individuellen Nutzenmaximierung von kompetitivem (distributivem) Verhandeln für sich alleine mehr (z.B. für sich 4 und für die Gegenpartei 0 Einheiten). Das ist das *Verhandlungsdilemma* (sogenanntes « Gefangenendilemma »)⁸⁰. Obwohl rational erklärbar ist, dass kooperatives Verhalten letztlich beiden dient, haben Menschen häufig, aus Misstrauen gegenüber der Gegenpartei oder aus Selbstüberschätzung, die *Tendenz zu kompetitivem Verhalten*, das zu suboptimalen Ergebnissen führt⁸¹. Oder aber die Parteien glauben nicht an eine optimale Interessenslösung, sondern meinen, es gäbe nur Nullsummenspiele, weshalb sie sich erst recht kompetitiv verhalten⁸². *Daran können Verhandlungen scheitern*. Je längerfristig die Beziehung angelegt ist, desto grösser ist die Chance für kooperatives, integratives Verhandeln: Es steht insgesamt die Beziehung als solche auf dem Spiel, weshalb es sich lohnt, Kooperationsbereitschaft zu signalisieren⁸³.

Diese Gefahren und Risiken einer Mediation bringen uns zu den *Voraussetzungen*, die vorliegen müssen, damit eine *Mediation überhaupt erfolgreich* sein kann. Damit ist gleichzeitig gesagt, dass sie es nicht immer ist oder sein kann.

IV. VORAUSSETZUNGEN EINER ERFOLGREICHEN MEDIATION

A. Bezüglich der Art der Streitigkeit

Ist der Streit durch *weit auseinanderliegende Standpunkte* und/oder *Grundüberzeugungen* (etwa bei moralischen Wertungen, als Beispiel seien die diametralen Auffassungen in der Abtreibungsdebatte genannt) der Parteien ge-

79 RIEGER (Fn 70), 192 f., mit Bezug auf das Schiedsverfahren.

80 Zum Ganzen EIDENMÜLLER (Fn 55), 49 f.; siehe auch James T. PETER, Mediation: Ein Verfahren zur Überwindung von Einigungshindernissen, AJP 9 (2000), 18 ff., 21.

81 BREIDENBACH (Fn 28), 5; EIDENMÜLLER (Fn 55), 49 ff.; HAFT (Fn 55), 166 ff.

82 BREIDENBACH (Fn 28), 6 f.

83 EIDENMÜLLER (Fn 55), 51.

kennzeichnet, ist die Chance, aufgrund rationaler Argumente zu einer Einigung zu gelangen am geringsten⁸⁴. Liegt ausserdem zu einem bestimmten Problem ein gesteigertes *Bedürfnis nach Präcedenzwirkung* vor (z.B. bei der Auslegung von Allgemeinen Geschäftsbedingungen), sind die Parteien eher gewillt, vor Gericht zu gehen⁸⁵.

B. Bezüglich der Person der Mediatorin, des Mediators

Die Mediatorin muss *sachlich, allparteilich und unabhängig* sein. Beide Parteien müssen Vertrauen in die Person und in die Qualitäten der Mediatorin haben. Das ist die Grundvoraussetzung für die gemeinsame Auswahl der Mediatorin. Da (bei Vorliegen der übrigen Voraussetzungen) der Erfolg einer Mediation massgeblich von der *Kommunikationsfähigkeit* und vom *Können* des Mediators abhängt, kann die Notwendigkeit einer Grundlagenausbildung gar nicht genug betont werden: Die Mediatorin muss mindestens in Sachen Verhandlungsführung und Kommunikation, womöglich auch noch in Verhandlungspsychologie, ausgebildet sein⁸⁶. Da gerade im juristischen Studium regelmässig nicht einmal die Grundkenntnisse menschlicher Kommunikation vermittelt werden, erstaunt es, wie leichthin manche Richterinnen und Anwälte von sich behaupten, sie würden seit langem Mediation (sic) betreiben. (Die regelmässig durchgeführten Vergleichsverhandlungen sind nicht mit Mediation zu vergleichen, verfügt doch das Gericht über hoheitliche Entscheidungsmacht, weshalb die Vergleichsverhandlungen unter diesem besonderen Vorzeichen geführt werden.)

Aber *Ausbildung alleine genügt nicht*, ist doch die Verhandlungsführung oder die Mediation keine blosse Technik, sondern eine *Kunst*: Diese erfordert *soziale Kompetenzen, Fähigkeit zu überzeugen* und sich überzeugen zu lassen sowie optimale Wahl situationsangemessener Taktiken und Strategien⁸⁷. Die Mediatorin muss somit über ein gewisses *Charisma*, eine natürliche *Glaubwür-*

84 HOLZNAGEL (Fn 11), 152 f.; RAMSAUER (Fn 61), 164; RIEGER (Fn 70), 192 f.; MASTRONARDI (Fn 28), 130, mit Hinweis auf Roland REICHENBACH, Demokratisches Selbst – Dilettantisches Subjekt, Freiburger Habilitationsschrift, noch unveröffentlichtes Manuskript 1999, 308 f.

85 DUVE (Fn 49), § 4 N 36 ff.

86 BROWN-BERSET (Fn 9), 353; ROTH/SCHWARZ/ROTH (Fn 35), 90 ff.; wohl eher zurückhaltender SIEGWART (Fn 11), 342. Zu den Grundlagen menschlicher Kommunikation siehe Paul WATZLAWICK/Jeanet H. BEAVIN/Don D. JACKSON, Menschliche Kommunikation, Formen, Störungen, Paradoxien, 10. Aufl., Bern/Göttingen/Toronto/Seattle 2000, 51 f. Naturtalente, die nach zwanzig- oder mehrjähriger Erfahrung in Mediation- und Schiedsverfahren keine Ausbildung mehr benötigen, gibt es zwar, doch stellen sie eine kleine Minderheit dar.

87 REICHENBACH (Fn 42), 4 ff., insb. 9; BRUNNER (Fn 22b), 164; siehe auch HAFT (Fn 55), 7 f.

digkeit und Ausstrahlung der Persönlichkeit verfügen⁸⁸. Das ist die emotionale Seite der Mediation⁸⁹.

C. Bezüglich der Streitparteien

Mediation setzt auf der Seite der Parteien voraus, dass sie überhaupt ein *Interesse an Einigung* haben und sich nicht bloss zum Schein darauf einlassen. Mediation als konsensuales Verfahren bedingt sodann die *Anerkennung der Problemlösungskompetenz und auch der Integrität der Gegenpartei*. Geht die eine Partei von einer ausgeprägten Uneinsichtigkeit und Vereinbarungsunfähigkeit der anderen Seite aus oder besteht die ständige Gefahr von Retorsionsmassnahmen im Fall von Widerspruch oder Kritik, so ist eine konsensuale Konfliktregelung verunmöglicht⁹⁰. Ferner stehen hierarchisch strukturierte Unternehmen oder Menschen der Mediation generell eher skeptisch gegenüber und bevorzugen einen Gerichtsentscheid⁹¹.

Ganz allgemein kann gesagt werden, dass für die Parteien dann ein Verhandlungsanreiz besteht, wenn die Verhandlungslösung ihnen ein wenig günstiger erscheint als die im Fall des Scheiterns der Verhandlung eingreifende beste Alternative, für die in den USA das Kürzel *BATNA* (best alternative to a negotiated agreement) verwendet wird⁹². Das BATNA muss nach dem unter III. B. 9. Gesagten geringer/schlechter sein als das gemeinsame Optimum, denn dieses wird in der Mediation angestrebt und nicht das individuelle Optimum. Das gemeinsame Optimum ist aber meist nicht zu Beginn einer Verhandlung bekannt, sondern frühestens nach dem *Austausch der gegenseitigen Interessen und Standpunkte*. Ob sich eine Verhandlung lohnt, zeigt sich daher regelmässig erst nach Verhandlungsbeginn. In den Vergleich der besten Alternative mit einem voraussichtlichen Verhandlungsergebnis sind allerdings stets auch die sozialen Kosten, der Zeitfaktor sowie die Verfahrenskosten einzubeziehen. In Anbetracht dessen, dass die wenigsten Menschen von Anfang an über die zu diesen Entscheiden notwendigen Informationen sowie über die entsprechenden kognitiven Fähigkeiten verfügen und gleichzeitig die Emotionalität die Rationalität überwiegt, lohnt sich ein Verhandlungsbeginn (verstanden als Austausch der gegenseitigen Interessen und Standpunkte) allemal⁹³ – sofern die übrigen Voraussetzungen gegeben sind.

88 MASTRONARDI (Fn 28), 135; PFISTERER (Fn 11), 277.

89 BREIDENBACH (Fn 2), 58 ff.; PFISTERER (Fn 11), 277.

90 ROTH/SCHWARZ/ROTH (Fn 35), 79; DUVE (Fn 49), § 4 N 46 ff.

91 BROWN-BERSET (Fn 9), 360.

92 HOLZNAGEL (Fn 11), 153; RAMSAUER (Fn 61), 164 f.

93 Denn damit sind die oben unter III. A. erwähnten Vorteile und Chancen verbunden.

D. Bezüglich des Umfelds

Heute entspricht es immer noch der Tradition, bei juristischen Fragen primär einen Rechtsanwalt oder eine Rechtsanwältin aufzusuchen. Diese sind es, die nach allgemeiner Anschauung zur Verteidigung der eigenen Rechte berufen und geeignet sind. Einzig in Familienbelangen wird wohl häufig zuerst eine Familienberatungsstelle aufgesucht. Es liegt daher an den *Anwältinnen und Anwälten* sowie an den Beratungsstellen, den Klientinnen und Klienten Alternativen zum Gerichtsverfahren aufzuzeigen. Genau sie haben aber in der Regel *kein Interesse*, auf einen Vergleich hinzuwirken oder die Mediation zu empfehlen, da diese Alternativen für sie zwangsweise mit Honorareinbussen verbunden sind⁹⁴. Ferner ist immer noch die Meinung verbreitet, die Empfehlung zur Teilnahme an einer Mediation stelle bereits das *Eingeständnis der Kapitulation* dar⁹⁵. Sicher ist, dass nicht alle Klientinnen auf Anhieb erfreut auf diesen Vorschlag reagieren, weil ihnen der (noch vorhandene) Glaube an das unbedingte und vollständige Obsiegen genommen wird. Da dieser indessen ohnehin praktisch nie aufrecht erhalten werden darf, wird die Einsicht in die Vorteile einer Mediation mit einigen zusätzlichen Erklärungen wachsen und meist auch überwiegen. Liegt diese Überzeugung vor, kann die Wahl einer Mediation aber immer noch dadurch verhindert werden, dass sich die Parteien vor den zusätzlichen *Kosten einer Mediation* scheuen, die neben den allenfalls bereits getätigten oder womöglich bei Scheitern einer Mediation noch anfallenden Gerichts- und Vertretungskosten zu kalkulieren sind⁹⁶. Dieses letzte Hindernis steht zwar womöglich einer Mediation, *nicht* aber einem *gerichtlichen Vergleich* entgegen, sind dort doch die Kosten regelmässig geringer als bei Notwendigkeit eines begründeten Gerichtsentscheids.

F. Fazit

Die Mediation ist *kein Ersatz* für Gerichtsverfahren, sondern eine *sinnvolle Ergänzung der Palette der Streiterledigungsformen*⁹⁷. Die Mediation und im Gleichzug dazu häufig auch ein Vergleich vor Gericht ist v.a. erfolgsversprechend, wenn langfristige Beziehungen auf dem Spiel stehen, wenn die Vorstellungen der Parteien nicht allzu weit auseinander liegen, mit anderen Worten also überhaupt ein Einigungsfeld vorliegt, wenn ferner die entscheidungskompetenten Personen am Verfahren teilnehmen und wenn schliesslich die Parteien die *Problemlösungskompetenz und die Vereinbarungsfähigkeit* der anderen Seite anerkennen.

⁹⁴ BROWN-BERSET (Fn 9), 360 f.; DUVE (Fn 49), § 4 N 73.

⁹⁵ BROWN-BERSET (Fn 9), 360; DUVE (Fn 49), § 4 N 73.

⁹⁶ Schlussbericht zur Mediation am Bezirksgericht Zürich vom 13. September 2001 (Fn 4), 13.

⁹⁷ So auch BREIDENBACH (Fn 28), 10.

Im umgekehrten Fall, ist ein auf hoheitlichen Entscheid angelegtes Gerichtsverfahren die richtige und insofern auch die gute Lösung.

V. UMSETZUNG DER MEDIATION IN DER SCHWEIZ

In der *Schweiz* hat die gesetzliche Verankerung der Mediation im *Scheidungsrecht* (Art. 151 Entwurf zum Eheschliessungs- und Ehescheidungsrecht⁹⁸) vor dem Parlament *keine Gnade* gefunden, so dass im seit dem 1. Januar 2000 geltenden Scheidungsrecht die Konfliktregelung durch Mediation nicht vorgesehen ist⁹⁹. Zwar kennt das ZGB in Art. 171 eine die Kantone verpflichtende Bestimmung, für Eheleute in Schwierigkeiten Ehe- oder *Familienberatungsstellen* vorzusehen und haben viele kantonale Beratungsstellen die Mediation in ihr Angebot aufgenommen, doch *fehlt* auch hier noch eine ausdrückliche *gesetzliche Anerkennung* dieser Konfliktlösungsstrategie neben dem ordentlichen Gerichtsverfahren¹⁰⁰. Anderes gilt z.B. in *Deutschland*, wo seit dem 1. Januar 1992 ein Grundkonzept von *Mediation als Unterstützung der Einigung der sich trennenden Eltern* hinsichtlich der Regelungen über die Kinderbelange vorliegt: § 17 Abs. 1 und 2 des Kinder- und Jugendhilfegesetzes weist dem Jugendamt die Aufgabe der Beratung der Eltern mit Blick auf ein partnerschaftliches Zusammenleben in der Familie und auf die Bewältigung von Krisen und Konflikten in der Familie sowie die Unterstützung der sich trennenden oder scheidenden Eltern im Hinblick auf eine einvernehmliche Lösung für die *Wahrnehmung der elterlichen Sorge* zu.

Erwähnenswert ist aber immerhin ein *Pilotprojekt des Zürcher Bezirksgerichts*: Im Februar 2001 wurden die Parteien von 72 hängigen Prozessen angefragt, ob sie an einem vom Gericht unabhängigen Mediationsverfahren teilnehmen wollten. Angeboten wurden zwei halbtägige kostenlose Mediationsverhandlungen. Das Interesse war indessen klein, haben sich doch bloss die Parteien von sechs Verfahren zu Mediationsverhandlungen bereit erklärt. Die Hauptursachen lagen darin, dass viele Parteien in einem bereits fortgeschrittenen Gerichtsverfahren die Mediation als Rückwärtsschritt bzw. als Wiederholung der bereits fehlgeschlagenen gerichtlichen Vergleichsverhandlung beurteilten; mit fortschreitendem Verfahrensstand und entsprechend höherer Konflikteskalation nimmt die Bereitschaft zu kooperativen Konfliktlösungen erfahrungsgemäss ab. Ferner war ein erhebliches Informationsdefizit bei den Partei-

98 BBl 1996 I 214.

99 Ausführlicher dazu LIATOWITSCH (Fn 2), N 16 ff.

100 Siehe nun aber immerhin Art. 44 Abs. 3 BV, der bei Streitigkeiten zwischen Kantonen oder zwischen Kantonen und Bund die Möglichkeit der Verhandlung und Vermittlung explizit erwähnt.

en und Anwält(inn)en auszumachen, so dass die Skepsis gegenüber Mediationsverfahren nicht überwunden werden konnte¹⁰¹.

Eine *gesetzliche oder gerichtliche Verpflichtung* zur Mediation, nach dem Vorbild der USA, Australien und Neuseeland¹⁰², wird in der Schweiz wohl *nie ernsthaft in Betracht* gezogen¹⁰³. Hingegen ist das gesamte *schweizerische konsensorientierte Streiterledigungsumfeld* durchaus *geeignet*, die Mediation als Konfliktlösungsmethode anzubieten. Dazu würden sich – bei entsprechender Ausbildung – nicht nur die *Ombudsstellen*, sondern auch die *Friedensgerichte*¹⁰⁴ sehr gut eignen. Damit wären wir der bestechenden *Idee eines Multi-door Courthouse*¹⁰⁵ einen Schritt näher: Hier könnten die Parteien neben der traditionellen gerichtlichen Entscheidung in freier Wahl auch andere Konfliktlösungsverfahren wählen; die Mediation wäre eine von ihnen.

VI. BLICK IN DIE ZUKUNFT

Die doch recht anspruchsvollen Voraussetzungen für die Durchführung eines potentiell erfolgreichen Mediationsverfahrens zeigen, dass Mediation trotz bester Technik keine absolut verlässliche Konfliktlösungsstrategie sein kann und somit die gerichtliche Entscheidung weiterhin eine grosse Bedeutung haben wird. Das ergibt sich allein schon daraus, dass Mediation selbstverständliche Diskurstugenden, z.B. Diskursbereitschaft, erfordert, von denen nicht immer klar ist, wo und wie sie gelernt werden können¹⁰⁶. Gerade das ist aber ein Grund für die Einführung einer *Auswahl an Konfliktlösungsmechanismen* im Sinn des *Multi-door Courthouse*: Das ermöglicht jenen, die eine autoritative Entscheidung wünschen, den Weg an das Gericht, und jenen, die zu kooperativem und selbstbestimmtem, darum aber auch selbst zu verantwortendem Verhalten fähig und bereit sind, andere, aber gleichwertige Wege einzuschlagen. Ein *erster Schritt* in diese Richtung wäre ein (echtes) *Mediationsangebot* auf der Ebene der *Ombudsstellen* und *Friedensgerichte*. Diese Instanzen könnten die Mediation einerseits selber anbieten, müssten aber andererseits die freie Wahl einer externen Mediationsperson offen lassen. Bei Scheitern der Mediation müsste die friedensgerichtliche wie die externe Mediation den (erneuten) Gang zum Friedensgericht ersparen¹⁰⁷. Bei alledem werden auch gerichtliche

101 Schlussbericht zur Mediation am Bezirksgericht Zürich vom 13. September 2001 (Fn 4), 12 f.

102 Siehe Fn 71.

103 Siehe auch die Skepsis bei EIDENMÜLLER (Fn 73), 97 f. für Deutschland,

104 So bereits MEIER/DUVE (Fn 23), 160 f.

105 BROWN-BERSET (Fn 9), Fn 85; BREIDENBACH (Fn 2), 52; MEIER/DUVE (Fn 23), 160.

106 REICHENBACH (Fn 42), 3.

107 Schlussbericht zur Mediation am Bezirksgericht Zürich vom 13. September 2001 (Fn 4), 14.

Vergleiche weiterhin eine grosse Rolle spielen, so dass auch unserer Richterinnen und Richter (weiterhin) be- und aufgerufen sind, die Vorteile von konsensualer Streiterledigung (weiterhin) zu nutzen.

LA LIBRE CIRCULATION DES JUGEMENTS DIX ANS APRES L'ENTREE EN VIGUEUR DE LA CONVENTION DE LUGANO

Marianne Loretan

Avocate, Fribourg

La Convention de Lugano est entrée en vigueur pour la Suisse le 1^{er} janvier 1992 et l'objet de cet article est d'examiner le degré d'ouverture qui résulte de cette convention en Suisse et plus particulièrement dans le canton de Fribourg. La libre circulation des jugements instituée par la Convention de Lugano est-elle devenue réalité dans notre quotidien judiciaire cantonal ?

A l'heure où se prépare, d'une part, une convention mondiale sur la compétence et les jugements étrangers sous l'égide de la Conférence de la Haye¹, d'autre part, une révision de la Convention de Lugano², cette question est d'actualité. Elle l'est d'autant plus que les principes fondamentaux qui prévalaient en Suisse en matière de fors ont été récemment profondément ébranlés par l'abolition de la garantie constitutionnelle du for du débiteur de l'art. 59 aCst. et l'entrée en vigueur de la LFors.

L'examen de cette question se limitera ici à l'analyse de trois aspects particuliers du système conventionnel, à la lumière de quelques cas concrets qui permettent de « prendre la température ». Pour un exposé complet de la jurisprudence et des controverses doctrinales sur l'exequatur des décisions condamnant à une prestation pécuniaire, il est renvoyé aux ouvrages spécialisés en la matière et aux publications récentes citées dans le présent article³.

1 Cf. avant-projet de Convention sur la compétence et les jugements étrangers en matière civile et commerciale adopté par la Commission spéciale le 30.10.1999 et l'article d'Andreas BUCHER « Vers une convention mondiale sur la compétence et les jugements étrangers », in SJ 2/2000 ; cf. « <http://www.hcch.net/f/workprog/jdgm.html> » (notamment résumé des résultats des discussions de la Commission II de la première partie de la Conférence diplomatique, 6-22 juin 2001, la seconde partie étant programmée en 2002).

2 Cf. Alexander MARKUS, Revidierte Übereinkommen von Brüssel und Lugano: Zu den Hauptpunkten, SZW/RSDA 1999, p. 205ss ; cf. contribution du même auteur, in Publications du Europa Institut Zürich (EIZ), tome 31, Zurich 2000, p. 35ss, pour le texte du projet en l'état actuel des négociations et un commentaire complet.

3 Cf. notamment Walter A. STOFFEL, Kommentar zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, Bâle/Genève/Munich 1998 ; du même auteur, Das Verfahren zur Anerkennung handelsrechtlicher Entscheide nach dem Lugano-Übereinkommen, in SZW/RSDA 1993, p. 107 ; Yves DONZALLAZ, La Convention de Lugano du 16 septembre 1988 concernant la compétence judiciaire et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale, vol. II, Berne 1997 ; cf. publications citées infra, notes 5 et 8.

I. EXEQUATUR SANS POURSUITE PREALABLE ?

Cette question – fondamentale – est une des premières à faire l’objet d’une importante controverse en doctrine, dès avant l’entrée en vigueur de la Convention de Lugano, et d’une jurisprudence fluctuante dans son application en Suisse⁴.

A. Le débat

La position soutenue par le Professeur Pierre-Robert Gilliéron, selon laquelle un jugement étranger condamnant au paiement d’une somme d’argent ou à la fourniture de sûretés ne pourrait pas (contrairement à l’opinion de l’Office fédéral de la justice et de la majorité de la doctrine) faire l’objet d’un exequatur sans que le créancier ait introduit préalablement une poursuite, a été appliquée dans bon nombre de cantons et il en a résulté des jurisprudences contradictoires jusqu’il y a peu de temps encore⁵.

Dans un arrêt de 1999, le Tribunal fédéral s’est incidemment rallié à la doctrine majoritaire en considérant que la Convention de Lugano offre au créancier la possibilité de requérir l’exequatur d’une décision étrangère sans passer par la poursuite préalable, dans le cadre d’une procédure distincte et unilatérale conformément aux art. 26 et 31 ss CL⁶.

Il n’en demeure pas moins que la procédure relève, en l’état, du droit cantonal et qu’il appartient aux législateurs cantonaux, respectivement aux juridictions cantonales, de procéder aux aménagements nécessaires⁷.

4 Pour un résumé de la controverse, voir Sébastien BESSON, A propos de deux arrêts du Tribunal cantonal, exequatur d’un jugement comportant une condamnation pécuniaire selon la Convention de Lugano, *Journal des tribunaux* 1996 III, p. 8-12, n° II cf. p. 12 ; cf. l’extrait d’arrêt cantonal du 09.03.1995 publié au *Journal des tribunaux* 1997 II, p. 188.

5 Cf. Pierre-Robert GILLIERON, L’exequatur des décisions étrangères condamnant à une prestation pécuniaire ou à la prestation de sûretés selon la Convention de Lugano, *in* RSJ 1992, p. 117, 121ss, et du même auteur, Itérativement : l’exécution des décisions rendues dans un Etat partie à la Convention de Lugano, portant condamnation à payer une somme d’argent ou la prestation de sûretés, *in* RSJ 1994, p. 73 ; cf. Exécution de jugements portant sur le paiement d’une somme d’argent, observations de l’Office fédéral de la justice eu égard à l’entrée en vigueur de la convention le 1^{er} janvier 1992, du 18.10.1991, FF 1991 IV, p. 310ss ; pour une analyse plus détaillée de cette controverse et de l’application de la CL par les cantons, cf. Gabrielle KAUFMANN-KOHLER, L’exécution des décisions étrangères selon la Convention de Lugano : titres susceptibles d’exécution, mainlevée définitive, procédure d’exequatur, mesures conservatoires, *in* SJ 1997, p. 561, ch. II.3, p. 571 à 576 ; cf. Alessandra CAMBI FAVRE-BULLE, La mise en œuvre en Suisse de l’art. 39 al. 2 de la Convention de Lugano, *in* RSDIE 1998, p. 335.

6 ATF 125 III 386 et les références citées, notamment aux arrêts non publiés du Tribunal fédéral 5P 494/1997 et 5P 15/1998.

7 Cf. Cour de justice des communautés européennes et Convention de Bruxelles, *Chronique de jurisprudence* 1999 par Christophe RAPIN et Zeina WAKIM, *in* SJ 2000, p. 318, 336.

B. L'application par les cantons des art. 31 et 32 al. 1 CL

La grande majorité des cantons admettent l'exequatur sans poursuite préalable (Appenzell Rhodes Extérieures, Bâle-Ville, Bâle-Campagne, Berne, Grisons, Jura, Lucerne, Nidwald, Schaffhouse, St-Gall, Tessin, Thurgovie, Valais et Zurich⁸, de même que Soleure⁹, Zoug¹⁰ et Schwytz¹¹).

Dans le canton de Fribourg, l'adaptation de la LELP à la Convention de Lugano n'a pas, dans un premier temps, contribué à trancher clairement cette question, compte tenu notamment de la formulation plutôt ambiguë de l'art. 33 al. 2 LELP. Cette disposition ne règle en effet que les particularités de la procédure de mainlevée fondée sur un jugement étranger soumis à la Convention de Lugano. Il semble toutefois que l'exequatur sans poursuite préalable d'un jugement condamnant à une prestation pécuniaire soit à présent admis dans le canton de Fribourg, et l'on peut espérer que la pratique des juges de district le confirme à l'avenir¹².

Ce n'est toujours pas le cas à Genève, selon la jurisprudence de la Cour de justice de Genève, ni dans le canton de Vaud, alors même que dans un premier temps, la jurisprudence de ces deux cantons l'avaient admis¹³. La Cour des poursuites et faillites du Tribunal cantonal vaudois a rappelé encore récemment sa jurisprudence constante d'application de l'art. 32 CL et de l'art. 507 al. 2 CPC VD, selon laquelle une déclaration séparée d'exécution d'un jugement portant sur

8 Cf. références des textes législatifs et/ou jurisprudences respectives, Agnes ATTESLANDER-DÜRRENMATT, *Sicherungsmittel « à discrétion » ? Zur Umsetzung von Art. 39 LugÜ in der Schweiz*, in *AJP/PJA* 2/2001, p. 180, 182, note 21, dont les références sont encore actuelles.

9 Cf. arrêts non publiés rendus par la Zivilkammer des Obergerichts du canton de Soleure le 20.08.1998 dans l'affaire S. c/ V., réf. ZKA/ROF/98/65, p. 3, et le 23.03.2000 dans l'affaire B. GmbH c/ A., réf. ZKA/ROF/99/79.

10 Cf. arrêts non publiés rendus par le Kantonsgerichtspräsidium de Zoug le 29.10.1998 dans l'affaire C. Ltd., C. Trust Company, R. Corporation of Canada c/ B., réf. ER 1998 857, le 31.08.2001 dans l'affaire C. c/ A. et A.-B., réf. ER 2001 579, et le 27.02.1998 dans l'affaire B. Canada Ltd., C. Trust Company, D. Trust Corporation c/ A., réf. ER 1998 47 ; cf. aussi arrêt non publié rendu par le Obergericht du canton de Zoug le 28.12.2001 dans l'affaire X.Y. c/ A.B. Inc. et C.D., réf. JZ 2000/57.87.

11 Art. 12 al. 2 Einführungsverordnung zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, SRSZ 270.110.

12 Selon les renseignements obtenus auprès des tribunaux d'arrondissement et du Tribunal cantonal, seuls deux cas auraient été tranchés depuis 1994. Il s'agit d'abord de la décision qui a donné lieu à l'ATF 126 III 438 commenté ci-dessous, II B ; le prononcé de l'exequatur sans poursuite préalable n'avait pas été attaqué dans le recours auprès de la Cour d'appel, laquelle n'a pas abordé cette question dans les considérants de son arrêt du 23.12.1999, pas plus que ne l'a fait le Tribunal fédéral dans son arrêt 126 III 438 (cf. infra, note 20). Dans une autre affaire, le Président du Tribunal civil de la Sarine a encore prononcé un exequatur sans poursuite préalable, ainsi qu'un séquestre en application de l'art. 39 al. 2 CL, dans une ordonnance du 25.11.1999 dans l'affaire N. SA c/ E., F. et P.

13 Cf. A. ATTESLANDER-DÜRRENMATT, op.cit. note 8, p. 182, note 20 ; cf. S. BESSON, supra note 4.

le paiement d'une somme d'argent ou la prestation de sûretés n'est pas admissible¹⁴.

Selon les renseignements fournis récemment par la Cour de Justice de la République et canton de Genève, elle n'a pas eu à traiter de cas d'exequatur fondé sur la Convention de Lugano hors procédure de mainlevée, ni de cas de mesures conservatoires au sens de l'art. 39 CL, depuis l'arrêt du Tribunal fédéral statuant sur un cas genevois le 31 août 1999¹⁵, et il n'y aurait pas de pratique uniforme sur ces questions en première instance.

Les cantons d'Obwald et d'Uri ont adopté des dispositions cantonales peu claires à ce sujet. L'ordonnance d'application de la Convention de Lugano du canton d'Obwald semble admettre que l'exequatur est prononcé dans le cadre d'une procédure de mainlevée, mais il n'y a pas eu de jurisprudence cantonale sur cette question¹⁶. Quant au canton d'Uri, une disposition du code de procédure civile attribue la compétence pour prononcer l'exequatur en vertu de la Convention de Lugano au juge de l'exequatur, en procédure sommaire, sans faire de distinction entre les décisions portant condamnation à payer une somme d'argent et les décisions qui ne portent pas condamnation à payer une somme d'argent (ce qui semblerait contraire à ce que prévoit l'art. 32 al. 1 CL pour la Suisse). L'instance de recours n'a pas eu à ce jour à trancher la question de l'exequatur sans poursuite préalable, et l'application qui sera faite de cette disposition qui semble l'admettre n'est dès lors pas connue¹⁷.

Enfin, selon des renseignements obtenus, quelques cantons n'ont ni réglé expressément ni eu à trancher encore la question¹⁸.

14 Cf. arrêt non publié du 20.04.2001 de la Cour des poursuites et faillites du Tribunal cantonal, p. 5-6.

15 ATF 125 III 386 ; dans le cas d'espèce, l'exequatur avait été requis dans le cadre de la procédure de mainlevée définitive, mais le TF a reconnu incidemment la possibilité de requérir l'exequatur dans une procédure distincte et unilatérale en vertu des art. 26 et 31ss CL, ce qui semble en outre être admis par l'art. 472 B al. 1 à 3 LPC genevoise, en vigueur depuis le 09.05.1992.

16 Cf. art. 1, Ausführungsbestimmungen zum Lugano-Übereinkommen und zum Bundesgesetz über das Internationale Privatrecht du 15.10.1991, Obwaldner Landbuch, vol. XXI 246.

17 Art. 283 ZPO, RB 9.2211.

18 Les cantons de Neuchâtel, Argovie, Appenzell Rhodes Intérieures et Glaris ; le Kantonsgerichtspräsidium de Glaris a toutefois prononcé une saisie provisoire au titre de mesure conservatoire de l'art. 39 CL, ce qui présuppose un exequatur sans poursuite préalable, décision non publiée du 15.04.1999.

II. MESURES CONSERVATOIRES EN VERTU DE L'ART. 39 AL. 2 CL DANS LE CADRE DU PRONONCE DE L'EXEQUATUR D'UN JUGEMENT PORTANT CONDAMNATION A PAYER UNE SOMME D'ARGENT ?

A. Le débat

La question des mesures conservatoires susceptibles d'être ordonnées en application de l'art. 39 CL – question qui est étroitement liée à celle de l'applicabilité en Suisse du système conventionnel de l'exequatur séparé – donne lieu à une importante controverse doctrinale depuis l'entrée en vigueur de la Convention de Lugano¹⁹.

Elle n'est pas résolue à ce jour et aucune solution satisfaisante ne semble se dessiner, plus particulièrement dans les cas où le débiteur est domicilié en Suisse, puisque le législateur fédéral a renoncé à adapter la LP, en particulier l'art. 271 LP, aux exigences de l'art. 39 al. 2 CL. Le débat reste donc ouvert : l'art. 39 al. 2 CL constitue-t-il en lui-même un cas de séquestre « sui generis » ? Doit-on appliquer le séquestre ou la saisie provisoire du droit des poursuites en les adaptant aux exigences de l'art. 39 al. 2 CL ? Ou bien le créancier est-il privé de toute mesure conservatoire prononcée « ex parte » lorsque, comme c'est le cas le plus souvent dans le cadre d'un exequatur, aucun cas de séquestre existant en vertu de la LP n'est réalisé ?

B. La position du Tribunal fédéral

Le Tribunal fédéral a encore récemment refusé de « descendre dans l'arène », en statuant sur un recours contre un arrêt cantonal fribourgeois²⁰.

Le juge de mainlevée, saisi d'une requête d'exequatur et de mesures conservatoires, avait prononcé l'exequatur et ordonné un séquestre au titre de mesure conservatoire de l'art. 39 CL. La débitrice a fait recours à l'encontre de cette décision auprès de la Cour d'appel du canton de Fribourg. Cette dernière a annulé le séquestre, lui préférant l'institution de la saisie provisoire « *qui est conforme à la CL et qui s'inscrit dans le système général de la LP* ». Saisi d'un recours de droit public à l'encontre de l'arrêt cantonal, le Tribunal fédéral a

¹⁹ Cf. G. KAUFMANN-KOHLER, supra note 5, p. 576 ; cf. A. CAMBI FAVRE-BULLE, supra note 5, p. 356 ss ; cf. A. ATTESLANDER-DÜRRENMATT, supra note 8, p. 187s et ses réf.

²⁰ ATF 126 III 438 ; cf. Commentaire d'Yves DONZALLAZ, L'application de l'art. 39 CB/CL en Suisse : le Tribunal fédéral ne descend pas dans l'arène (ATF 126 III 438), in SJZ 2001, p. 49 ; ordonnance non publiée rendue par la Présidente du Tribunal civil de la Sarine le 15.04.1999 dans l'affaire S. c/ C., à Fribourg ; arrêt non publié rendu par la IIe Cour d'appel le 23.12.1999 dans l'affaire C. c/ S. SA, réf. A2 86/99.

limité son pouvoir de cognition au seul arbitraire et a ainsi pu confirmer l'arrêt cantonal sans avoir à trancher le débat.

Cet arrêt est d'autant plus insatisfaisant que le raisonnement développé par le Tribunal fédéral aurait abouti au même résultat si la mesure conservatoire annulée par la décision cantonale attaquée avait été une forme de saisie provisoire. Si l'on applique le même raisonnement, l'on devrait en effet considérer qu'une décision cantonale écartant la saisie provisoire au profit du séquestre ne viole pas (non plus) arbitrairement une norme ou un principe clair et indiscuté (du moins en l'absence d'une norme ou de jurisprudence du même canton préconisant la saisie provisoire). La conséquence, dans un cas comme dans l'autre, est que le créancier se trouve privé de mesures conservatoires malgré sa requête valablement fondée sur l'art. 39 CL.

C. Les solutions diverses appliquées par les cantons

Il est indéniable que ni le séquestre ni la saisie provisoire tels qu'ils sont régis par la LP ne répondent aux exigences de la Convention de Lugano, la saisie provisoire, notamment, parce qu'elle ne ménage pas l'effet de surprise à la base de la procédure unilatérale ; le séquestre, pour non conformité de la procédure de validation subséquente avec les exigences de la Convention en particulier²¹.

Leur application au titre de mesures conservatoires de l'art. 39 al. 2 CL nécessite des adaptations que certains juges de première instance ont eu l'audace de faire en dérogeant parfois considérablement à la LP. Ainsi, dans une décision du 24 janvier 1996, le président du Tribunal du district de Kreuzlingen, prononçant l'exequatur à titre principal (en-dehors de toute procédure de mainlevée), a ordonné la saisie provisoire, précisant que, dans un premier temps, il n'y avait pas lieu d'avertir le débiteur, afin de sauvegarder l'effet de surprise²².

Cette jurisprudence cantonale thurgovienne, qui reprenait la solution proposée par une minorité du groupe d'experts chargé d'examiner la nécessité d'adapter le projet de la LP révisé à la Convention de Lugano, est toutefois antérieure à la révision de la LP. Depuis qu'à l'occasion de la révision de la LP le législateur a refusé d'y intégrer une mesure conservatoire satisfaisant aux exigences de la Convention de Lugano, l'on devrait en principe se rallier à l'opinion que la mise en œuvre de l'art. 39 al. 2 CL – qui s'impose pourtant au regard du principe « pacta sunt servanda » – échappe au champ d'application

21 Cf. A. CAMBI FAVRE-BULLE, supra note 5, p. 363 à 368.

22 In Blätter für Schuldbetreibung und Konkurs 1996, p. 103 ; cf. A. CAMBI FAVRE-BULLE, supra note 5, p. 368s ; cette solution est reprise par le Bezirksgericht Bischoffzell dans deux décisions du 15.10.1997 et du 07.05.1999 (cf. « http://www.thurgiforum.ch/Thurgauer_Justiz/Berzirksgerichte_LugUe.htm »).

matériel de la LP²³. Il faut toutefois relever que l'art. 30a LP consacre définitivement la primauté des traités internationaux, dont la Convention de Lugano. Par conséquent, la décision du Parlement de ne pas procéder à l'adaptation de la LP ne saurait être invoquée pour refuser d'appliquer l'art. 39 al. 2 CL : si un conflit est constaté entre les normes de la Convention et celles de la LP, les dispositions du traité doivent prévaloir.

En pratique, en attendant que des normes de droit fédéral soient adoptées permettant une véritable mise en œuvre de la Convention de Lugano et en particulier de l'art. 39 al. 2 CL, les cantons se doivent dès lors de trouver des solutions, de « faire œuvre de pionniers, avec l'aide du Tribunal fédéral », pour reprendre la conclusion de M^e A. Cambi Favre-Bulle de son article abondamment cité ci-dessus.

Bon nombre de cantons l'ont fait, avant et après l'entrée en vigueur de la LP révisée. Ainsi, les cantons de Zurich, Bâle-Campagne, Lucerne, Schaffhouse, Soleure, du Tessin et du Valais favorisent la solution du séquestre²⁴. D'autres cantons appliquent d'autres solutions. Il s'agit soit d'une forme de saisie provisoire sans avis préalable au débiteur (cantons de Thurgovie, St-Gall, Glaris, Zoug, Bâle-Ville²⁵), voire encore d'autres formes de mesures conservatoires prononcées « ex parte » ; à Zoug par exemple, l'inscription au Registre foncier d'une interdiction d'aliéner des biens-fonds désignés a été ordonnée, assortie d'un ordre imparté au débiteur de retirer sans délai sa requête d'inscription au Registre foncier du transfert de propriété d'une partie de ces mêmes biens-fonds, sous la menace des peines de l'art. 292 CP²⁶.

23 Cf. A. CAMBI FAVRE-BULLE, supra note 5, p. 368s.

24 Les seuls cantons à avoir prévu expressément le séquestre en application de l'art. 39 al. 2 CL, par voie de directives cantonales toujours en vigueur, sont Zurich et Lucerne. Cf. détail des références citées par A. ATTESLANDER-DÜRRENMATT, supra note 8, p. 192, note 136, dont les références sont encore actuelles, et son analyse complète de l'application en Suisse de l'art. 39 CL.

25 Cf. jurisprudence cantonale, encore actuelle, citée par A. ATTESLANDER-DÜRRENMATT, supra note 8, références citées p. 192, note 136 ; à Bâle-Ville, toutefois, une saisie provisoire prononcée en première instance contre une société anonyme avait été annulée sur recours pour le motif qu'une saisie provisoire ne pouvait être ordonnée contre un débiteur soumis à la poursuite par voie de faillite, décision du Appellationsgerichts du 12.02.1997, in BJM 1999, p. 105. Selon une partie de la doctrine, une saisie provisoire doit être prononcée même contre le débiteur sujet à la poursuite par voie de faillite, cf. A. ATTESLANDER-DÜRRENMATT, supra note 8, pp. 188 et 190 et ses réf.

26 Décision non publiée rendue le 27.02.1998 par le Kantonsgerichtspräsidium du canton de Zoug ; il est à noter qu'il s'agissait en l'espèce de l'exequatur d'une décision anglaise comportant une interdiction générale au débiteur d'aliéner ou de diminuer la valeur de ses biens à hauteur de la créance du requérant, dite « Mareva Injunction ».

Les cantons de Vaud et de Genève qui n'admettent pas l'exequatur sans poursuite préalable ne prononcent bien évidemment pas non plus de mesures conservatoires « ex parte » en vertu de l'art. 39 CL²⁷.

Il va sans dire que cette situation demeure hautement insatisfaisante du point de vue de la sécurité du droit. Le sort d'une requête de mesures conservatoires fondée sur l'art. 39 al. 2 CL sera en effet différent suivant le canton dans lequel se trouve le domicile du débiteur, ce qui n'est pas admissible dans l'application d'une convention internationale. Le fait que la plupart des arrêts cantonaux rendus en application de l'art. 39 al. 2 CL ne sont pas publiés ne favorise guère le développement d'une pratique uniforme. De plus, même à l'intérieur d'un canton, la jurisprudence n'est pas toujours uniforme parmi les juges de première instance, et certains cantons (ou du moins l'instance cantonale de recours) n'ont pas encore eu à ce jour à statuer sur un cas de mesures conservatoires au sens de l'art. 39 al. 2 CL²⁸. Le créancier voulant exécuter en Suisse une décision portant sur une prestation pécuniaire et obtenir des mesures conservatoires en vertu de l'art. 39 al. 2 CL demeure ainsi confronté à une série de problèmes non encore résolus de manière définitive et uniforme²⁹.

D. Exécution par les Offices de poursuites de mesures conservatoires prononcées en vertu de l'art. 39 CL

Certains auteurs ont exprimé l'avis que, même si le juge de l'exequatur prononce en application de l'art. 39 al. 2 CL une saisie provisoire ou un séquestre dérogeant à la LP, il ne pourrait pas ordonner à l'Office des poursuites de l'exécuter et, le cas échéant, l'Office devrait refuser d'exécuter cette ordonnance³⁰.

La jurisprudence récente de la Chambre des poursuites et faillites du Tribunal fédéral démontre que les Offices de poursuites doivent exécuter de telles mesures conservatoires ordonnées par le juge de l'exequatur.

27 L'art 472B LPC genevoise semble cependant le prévoir et l'on peut espérer que la jurisprudence genevoise future se modifie suite à l'ATF 125 III 386 ; cf. note 15 ci-dessus.

28 Obwald, Nidwald, Argovie, Appenzell Rhodes Intérieures, Appenzell Rhodes Extérieures, Uri, Berne, Jura, Neuchâtel, Schwytz n'ont à ce jour ni réglé expressément ni eu à trancher cette question en instance de recours, d'après les renseignements récoltés. Concernant Berne, cf. Franz KELLERHALS, Neuerungen im Vollstreckungsrecht der bernischen Zivilprozessordnung (ZPO), Sonderband ZBJV/RSJB 132 bis, Berne 1996, p. 106ss, qui préconise plutôt le séquestre et seulement subsidiairement la saisie provisoire ; il n'y a pas de jurisprudence bernoise publiée, en relation avec l'art. 39 al. 2 CL, ni résumée sur le site Internet du canton de Berne.

29 Cf. A. ATTESLANDER-DÜRRENMATT, supra note 8, p. 192s et note 137.

30 Cf. A. CAMBI FAVRE-BULLE, supra note 5, p. 365.

Dans le canton de Zoug, l'exécution de la saisie provisoire dérogeant à la LP prononcée par le juge de l'exequatur en vertu de l'art. 39 CL avait fait l'objet d'une plainte du débiteur devant l'autorité cantonale de surveillance, puis d'un recours devant la Chambre des poursuites et faillites du Tribunal fédéral, parallèlement au recours devant l'instance cantonale de recours contre le prononcé de la saisie provisoire³¹. La Chambre des poursuites et faillites du Tribunal fédéral a rejeté ce recours du débiteur dans un arrêt non publié du 10 novembre 2000³².

Il ressort des considérants de cet arrêt non publié que les mesures conservatoires prononcées en vertu de l'art. 39 CL peuvent déroger aux règles du droit des poursuites, tout en s'appuyant sur la LP pour le surplus. L'Office des poursuites ne peut pas refuser d'exécuter l'ordre prononcé par le juge (sauf en cas de nullité manifeste, non rempli en l'espèce), qu'il s'agisse d'une saisie provisoire ou d'un séquestre. L'Office des poursuites n'a pas à examiner si les conditions que pose la LP pour le prononcé d'une saisie provisoire sont remplies, et en particulier, n'a pas à examiner si une poursuite est ou non en cours. Ainsi, l'Office des poursuites doit exécuter la saisie provisoire telle qu'elle a été prononcée par le juge de l'exequatur, en respectant les dérogations aux règles ordinaires de la LP que comporte le prononcé du juge, et en se conformant pour le surplus aux règles de la LP applicables à l'exécution d'une saisie provisoire.

Un autre arrêt non publié de la Chambre des poursuites et faillites du Tribunal fédéral, concernant l'exécution par l'Office des poursuites de Lugano d'une saisie provisoire prononcée par le juge de l'exequatur en vertu de l'art. 39 CL, a confirmé le considérant 1 de l'arrêt non publié du 10 novembre 2000 de la même Chambre commenté au paragraphe précédent³³.

³¹ Arrêt non publié du Kantonsgerichtspräsidium de Zoug du 29.10.1998 dans l'affaire C. Ltd., C. Trust Company, R. Corporation of Canada c/B., réf. ER 1998 857. Cet arrêt prononçait la saisie provisoire par analogie à l'art. 83 al. 1 LP, avec les dérogations suivantes aux prescriptions des art. 89ss LP : pas d'application des dispositions des art. 56 à 63 LP ; pas d'avis préalable au débiteur au sens de l'art. 90 LP, la saisie devant au contraire être exécutée sans avertissement au débiteur ; notification de la saisie au débiteur après son exécution ; application par analogie des art. 91 à 105 LP ; pas d'application des art. 106 à 111 et 113 à 115 LP ; établissement d'un procès-verbal par analogie à l'art. 112 LP ; renvoi au juge du procès-verbal et de l'accusé de réception du prononcé de la saisie provisoire notifié au débiteur.

³² Arrêt non publié de la Chambre des poursuites et faillites du Tribunal fédéral du 10.11.2000, réf. 7B.249/2000/min.

³³ Arrêt non publié de la Chambre des poursuites et faillites du Tribunal fédéral du 28.02.2001, réf. 7B.14/2001, 7B.15/2001.

E. Situation dans les cantons après l'ATF 126 III 438 ?

L'on pouvait craindre que l'arrêt du Tribunal fédéral évoqué sous lettre B ci-dessus³⁴ ne décourage les juges des instances inférieures dans leurs efforts de trouver des solutions au lieu de les y aider. Il faut espérer que ce ne sera pas le cas dans le canton de Fribourg.

Pour ce qui concerne les autres cantons, selon les renseignements récoltés auprès des instances cantonales de recours dans les cantons ayant accordé précédemment des mesures conservatoires au sens de l'art. 39 CL, les seuls arrêts cantonaux rendus sur cette question postérieurement à l'ATF 126 III 438 ont confirmé l'octroi de ces mesures conservatoires³⁵.

Ce constat est encourageant et il devrait inciter les créanciers – respectivement leurs avocats – agissant devant les instances fribourgeoises à requérir la saisie provisoire sans avis préalable au débiteur en tant que mesure conservatoire au sens de l'art. 39 al. 2 CL. Cette solution, pratiquée notamment dans le canton de Zoug, n'est pas contraire à l'arrêt de la II^e Cour d'appel du 23 décembre 1999, confirmé (sous l'angle restreint de l'arbitraire) par l'ATF 126 III 438.

En tout état, cet arrêt du Tribunal fédéral doit surtout être compris comme une demande tout à fait claire au législateur fédéral de concrétiser enfin l'art. 39 CL dans la législation fédérale³⁶.

III. L'EXEQUATUR PEUT-IL ETRE ACCORDE LORSQUE LE JUGEMENT NE COMPORTE NI ETAT DE FAIT NI MOTIFS ?

A. Le refus de l'exequatur

Dans un arrêt récent, le Tribunal fédéral a jugé qu'un jugement par défaut anglais qui ne contient ni état de fait ni motifs ne peut pas être exécuté à l'encontre d'un défendeur domicilié en Suisse³⁷.

³⁴ ATF 126 III 438.

³⁵ Saisie provisoire par analogie à l'art. 83 al. 1 LP sans avis préalable au débiteur, cf. détail des dérogations à la LP prononcées dans l'arrêt non publié du 29.10.1998, supra note 31. Cf. deux arrêts non publiés rendus par le Kantonsgerichtspräsidium du canton de Zoug, le 31.08.2001 dans l'affaire C. c/A. et A.-B., réf. ER 2001 579, et par le Obergericht du canton de Zoug le 28.12.2001 dans l'affaire X.Y. c/A.B. Inc. et C.D., réf. JZ 2000/57.87. Il n'y a pas eu d'arrêts zurichois publiés depuis 1999, ni d'arrêts non publiés semble-t-il, mais la circulaire de la Verwaltungskommission des Obergerichts du canton de Zurich du 13.11.1991 prévoyant expressément le séquestre en application de l'art. 39 al. 2 CL est toujours en vigueur (ZR 90/1991, p. 112).

³⁶ Cf. A. ATTESLANDER-DÜRRENMATT, supra note 8, p. 193, note 139, et le commentaire du même auteur de l'ATF 126 III 438, Von der Qual der Wahl : Zulässiges Sicherungsmittel im Sinne von Art. 39 Lugano-Übereinkommen (LugÜ) nach schweizerischem Recht, Jusletter 27.11.2000, « <http://www.weblaw.ch/jusletter/Artikel.jsp?ArticleNr=851> ».

La question à trancher était de savoir si un jugement qui n'expose pas les raisons de ses conclusions, et plus particulièrement, n'indique pas sur quelle base le tribunal d'origine a fondé sa compétence, peut ou non faire l'objet d'un exequatur en Suisse en vertu de la Convention de Lugano.

La décision dont l'exequatur était demandé en Suisse était un jugement anglais rendu par défaut par la High Court of Justice de Londres. Conformément aux règles de procédure anglaises, aucun considérant de fait ou de droit ne figurait dans le « jugement ». Le requérant avait produit à l'appui de sa requête d'exequatur une attestation délivrée par un magistrat de la Supreme Court of England and Wales, certifiant notamment que l'acte introductif d'instance avait été valablement notifié à la défenderesse, que la compétence du tribunal – qui n'a pas été contestée – reposait sur l'art. 17 de la Convention de Lugano et que le jugement, rendu par défaut, était exécutoire.

Un cas tout à fait similaire a été tranché presque simultanément par le juge de la mainlevée de l'arrondissement de la Gruyère, lequel a refusé l'exequatur d'un jugement anglais rendu par défaut, par une ordonnance du 18 septembre 2001 (au grand étonnement des avocats anglais du défendeur, et sans doute aussi de ceux du requérant), ordonnance qui est à présent définitive³⁸.

Dans les deux cas, le contenu du jugement anglais lui-même ne permettait pas de déterminer si les conditions (cumulatives) du refus de l'exequatur en vertu de l'art. 54ter al. 3 CL étaient ou non remplies, en particulier « *si la règle de compétence sur la base de laquelle la décision a été rendue diffère de celle résultant de la présente convention* ».

B. Analyse de l'ATF 127 III 186

Dans le cas de l'ATF 127 III 186, l'indication de la règle de compétence sur laquelle le tribunal anglais se serait basée pour fonder sa compétence figurait seulement dans l'attestation établie après le prononcé du jugement et par une personne qui n'avait été en aucune façon impliquée dans la décision prise par le tribunal anglais. Si le juge saisi de la requête d'exequatur ne devait pas prendre en considération l'attestation, il ne serait pas possible de déterminer si l'art. 54ter al. 3 CL trouve ou non application. A l'évidence, l'application de l'art. 54ter al. 3 CL présuppose que le fondement particulier sur lequel la compétence était basée soit connu du juge de l'exequatur, étant rappelé qu'en vertu de l'art. 20 CL, le tribunal d'origine *doit* examiner d'office sa compétence dans les cas de défaut.

³⁷ ATF 127 III 186 = SJ 2001 p. 429.

³⁸ Ordonnance non publiée rendue par le Président du Tribunal civil de la Gruyère le 18.09.2001 dans l'affaire B.R.B. c/G.G.

Le Tribunal fédéral a dès lors considéré que la question principale dans l'espèce était de savoir s'il est suffisant de fournir cette information seulement sous la forme d'une attestation établie ultérieurement, telle que celle produite par le requérant. Il est à noter que le Tribunal fédéral n'a pas examiné la question sur la base d'un doute quant à la compétence de l'autorité ayant statué, mais uniquement sur un plan formel.

Dans ses considérants sur ce point, le Tribunal fédéral s'est inspiré d'un arrêt précédent³⁹ rendu en application de l'art. 54 al. 2 CL et concernant un jugement par défaut allemand⁴⁰. Dans cet arrêt antérieur, le Tribunal fédéral avait posé l'exigence que l'information nécessaire (en fait et en droit) fondant la compétence alléguée ressorte du jugement lui-même ou, en l'absence d'indications dans le jugement (en particulier s'agissant de jugements par défaut), soit fournie au moyen de documents distincts qui font partie du dossier judiciaire de la cause auprès de l'autorité ayant statué, et qui soient clairs et sans équivoque à cet égard.

Dans son arrêt 127 III 186, le Tribunal fédéral a jugé que les mêmes critères doivent s'appliquer dans le cadre de l'art. 54ter al. 3 CL. Par conséquent, il a considéré que l'information qui permet d'identifier le fondement de la compétence qui a été appliquée doit émaner du tribunal d'origine lui-même (ce qui n'était pas le cas en l'espèce), le cas échéant sous la forme d'une motivation subséquente de la décision aux fins d'exécution à l'étranger, si le droit de l'Etat d'origine prévoit cette possibilité⁴¹. Le Tribunal fédéral a toutefois admis que le requérant puisse démontrer, par la production de documents clairs et non équivoques provenant du dossier judiciaire de la cause, que l'autorité ayant statué a fondé sa compétence sur la Convention de Lugano. Il semble qu'il pourrait suffire de produire par exemple un mémoire déposé dans le cours de la procédure d'origine, portant une motivation quant à la compétence, et qui n'avait pas été contestée par la partie adverse.

C. Conformité à l'ordre public suisse ?

Il est intéressant par ailleurs de noter que dans une décision du 28 décembre 2001⁴² longuement motivée, l'Obergericht du canton de Zoug, statuant sur recours contre le prononcé de l'exequatur en vertu de la Convention de Lugano, a considéré qu'une décision étrangère qui ne contient aucune motivation

39 ATF 123 III 374.

40 L'art. 54 al. 2 CL permet au juge de l'exequatur de contrôler la compétence de l'autorité ayant statué dans l'Etat d'origine dans certains cas transitoires où l'action a été introduite avant l'entrée en vigueur de la CL mais où la décision n'a été rendue qu'après son entrée en vigueur.

41 Cf. ATF 127 III 186, considérant 4b), et réf. à un arrêt non publié du 30.07.1999.

42 Décision non publiée de l'Obergericht du canton de Zoug du 28.12.2001, réf. JZ 2000/57.87, surtout p. 8 et 13, concernant l'exequatur d'un jugement anglais.

n'est pas contraire à l'ordre public suisse, pas plus qu'une sanction procédurale conforme de la loi de l'Etat d'origine portant exclusion d'une partie suisse de participer à la suite de la procédure en raison de sa violation d'un ordre imparté par l'autorité d'origine. En droit de procédure anglais, le non respect d'un ordre imparté au défendeur par l'autorité judiciaire, par exemple de fournir certains renseignements ou documents, est ainsi sanctionné et donne lieu à un jugement par défaut (sans motivation) rendu sur les seules conclusions du demandeur.

Le grief de violation de l'art. 27 al. 1 CL a par conséquent été rejeté et l'exequatur a été confirmé par l'instance de recours, laquelle n'a pas examiné la question sous l'angle de la jurisprudence du Tribunal fédéral précitée en relation avec l'art. 54ter al. 3 CL.

D. L'importance de la question

L'impact de ces arrêts apparemment contradictoires sur l'exécution en Suisse de décisions étrangères est plus vaste que l'on ne pourrait le penser à première vue. Dans de nombreux pays, les jugements par défaut ne contiennent aucune motivation ni en fait ni en droit, et ce, en parfaite conformité avec les règles de procédure de l'Etat d'origine.

La position adoptée par le Tribunal fédéral dans l'arrêt 127 III 186 risque dès lors de constituer un obstacle non négligeable à la libre circulation des jugements dans l'application de la Convention de Lugano et mérite d'être relevée à ce titre, en marge des questions traitées aux chapitres I et II ci-dessus.

IV. CONCLUSION

Les trois sujets traités ici ne sont qu'une toute petite sélection des questions qui sont controversées en Suisse dans le cadre de l'application de la Convention de Lugano. La qualification conventionnelle de la procédure de mainlevée provisoire de l'opposition reste incertaine notamment⁴³.

Les questions examinées ci-dessus aux chapitres I et II ont été choisies parce que les art. 31ss, en particulier les art. 34 et 39 al. 2 CL, sont l'expression de l'effet de surprise que la procédure d'exécution de la Convention est spécifiquement destinée à garantir dans les Etats contractants. Leur application en Suisse représente donc le facteur déterminant pour apprécier le degré d'ouverture à la libre circulation des jugements qui résulte en Suisse de la Convention de Lugano.

Force est de constater que l'application qui est faite à ce jour en Suisse de ces dispositions-clé de la Convention de Lugano n'est guère satisfaisante pour

⁴³ Cf. Matteo PEDROTTI, *Le séquestre international*, Zurich 2001, § 11, p. 346 à 355 et réf.

ce qui est de l'exécution de jugements portant condamnation à payer une somme d'argent.

Il est pour le moins paradoxal que l'unification de la procédure d'exequatur sur le niveau européen ait entraîné en Suisse un nouveau fractionnement du droit sur le niveau cantonal. Il ne s'agit pas ici de « stigmatiser » les cantons qui se montreraient moins ouverts que d'autres à l'esprit de la Convention de Lugano dans leur pratique judiciaire. La responsabilité de régler cette situation revient en effet au législateur fédéral. Il mérite d'être relevé que la plupart des cantons ont adopté la procédure d'exequatur « ex parte » prévue dans la Convention et que la majorité d'entre eux ont trouvé moyen de prononcer diverses mesures conservatoires dérogeant à la LP qui sont généralement conformes à l'art. 39 al. 2 CL.

L'on peut dès lors se demander s'il y a vraiment urgence à régler ces questions sur le plan fédéral. La réponse est clairement positive : l'application uniforme des art. 32 al. 1 et 39 CL en Suisse devrait être réglée au plus tard au moment de l'entrée en vigueur de la Convention de Lugano révisée, sans attendre la perspective d'un futur Code de procédure civile suisse⁴⁴.

Il est bon de garder à l'esprit que l'enjeu de l'éternelle discussion sur les rapports entre le droit international et le droit interne est, ni plus ni moins, celui de la conception que nous avons de l'Etat de droit⁴⁵.

L'enjeu pour la Suisse est essentiel sur le plan pratique également. Compte tenu de son petit marché interne, l'économie suisse est fortement engagée à l'étranger, et en particulier dans l'Union Européenne ; elle est ainsi dans une relation d'interdépendance avec l'économie mondiale aussi sur le plan de la procédure civile internationale, laquelle représente un facteur économique important. La Suisse, avec son économie orientée vers l'exportation, a un intérêt à ce que les décisions judiciaires puissent être reconnues et exécutées en Suisse et à l'étranger. Les décisions suisses doivent pouvoir être « exportées », et la Suisse doit garantir « l'importabilité » des décisions étrangères. Le maintien de la crédibilité des entreprises suisses à l'étranger en dépend⁴⁶.

44 Cf. A. ATTESLANDER-DÜRRENMATT, supra note 8, p. 193 i.f. ; au sujet de la révision de la Convention de Lugano, cf. aussi A. MARKUS, supra note 2. L'on peut s'attendre à ce que cette révision soit finalisée encore cette année.

45 M. PEDROTTI, supra note 43, p. 319, et sa citation d'Olivier JACOT-GUILLARMOD, *Rapports entre le droit international et le droit interne, Résumé de l'intervention de M. O. JACOT-GUILLARMOD, juge fédéral, Audition devant la sous-commission 2 de la Commission parlementaire de la révision constitutionnelle*, Berne, 23 avril 1997, p. 4.

46 Cf. A. FURRER, *Internationales Zivilprozessrecht im Wandel – Quo vadis ? in SJZ/RSJ 98 (2002) n° 6* cf. p. 141, 148ss.

LES REGLES DE LA PROCEDURE ADMINISTRATIVE FACE A LA PROTECTION DES DONNEES – COMBAT OU COMPLEMENTARITE ?

Jean-Baptiste Zufferey*

Professeur à l'Université de Fribourg

I. INTRODUCTION ET ENJEU

En Suisse, la législation en matière de protection des données est entrée en vigueur il y a maintenant entre cinq et dix ans. C'est le cas en particulier pour la loi fribourgeoise sur la protection des données du 25 novembre 1994 (LPrD/DSchG), qui déploie ses effets depuis le 1^{er} juillet 1995¹. Le temps écoulé jusqu'à ce jour permet déjà de tirer certains enseignements des expériences que l'Autorité cantonale de surveillance en matière de protection des données (ci-après : l'Autorité de surveillance) a pu accumuler, qu'il s'agisse de la Commission ou de la Préposée à la protection des données².

C'est ainsi que l'Autorité de surveillance a dû constater combien il est difficile d'établir une délimitation toujours claire entre la législation applicable à la protection des données et les divers codes qui gouvernent les procédures ; matériellement, cette délimitation détermine si lesdites procédures obéissent exclusivement à leurs propres règles ou si elles doivent en plus respecter les principes spécifiques de la protection des données. La question gagne en importance à l'heure où les avocats et les tribunaux prennent conscience de la protection des données et se demandent si elle est susceptible de fonder des arguments respectivement des obligations supplémentaires³. C'est l'objet de la présente contribution. Dans un ordre aussi logique que possible, les dévelop-

* Les développements contenus dans cette contribution expriment l'opinion personnelle de l'auteur et en aucun cas celle de l'Autorité fribourgeoise de surveillance en matière de protection des données ; il en a présidé la Commission de 1996 à 2002. Certaines des réflexions développées ici s'inspirent des débats qui ont eu lieu lors de la rencontre annuelle entre la Faculté de droit et le Tribunal administratif (18 mai 1998). Je remercie M. Stefano Casa, assistant à l'Université de Fribourg, pour l'aide qu'il m'a apportée dans la mise au point de ce texte.

1 RSF 17.1. Cette réglementation a remplacé le décret du 7 mai 1993 instituant un délégué à la protection des données traitées en vertu du droit fédéral.

2 Pour un descriptif des tâches de l'une et de l'autre, cf. les art. 30 et 31 LPrD. Chaque année, l'Autorité de surveillance présente au Grand Conseil un rapport d'activité plutôt détaillé, qui fait état de ses activités et interventions ; le dernier rapport en date est du 6 mars 2002. Tous les rapports sont disponibles auprès de l'Autorité de surveillance.

3 Pour plus de détails sur ce constat, cf. Autorité de surveillance en matière de protection des données, Rapport d'activité pour l'année 2001, p. 9 s.

pements qui suivent examinent quel est le champ d'application général de la LPrD (II), comment comprendre les exceptions qu'elle y apporte elle-même (III) et comment organiser son rapport avec les lois spéciales (IV).

Dans tous les cas, le « triomphe » de la LPrD entraînera des conséquences que l'on peut stigmatiser selon leur portée :

1. Une portée procédurale : les administrés (et leurs plaideurs) pourront faire appel à l'Autorité de surveillance. Plus encore, ils pourront exiger de l'autorité administrative compétente une véritable décision en matière de protection des données, puis utiliser contre elle les voies de droit habituelles (ci-après ch. II.A).
2. Une portée matérielle : d'une part comme on le verra (ci-après ch. II.C), la LPrD protège les données dès qu'il y a activité d'un organe étatique, tandis que le Code fribourgeois de procédure et de juridiction administrative du 23 mai 1991 (CPJA/VRG) consacre les droits des administrés uniquement si cette activité tend à une « décision » (art. 1)⁴. D'autre part dans les cas de procédure décisionnelle, la LPrD va parfois plus loin que le CPJA et son droit d'être entendu (avec ses multiples concrétisations) : le droit d'accès d'un administré à ses données lui est reconnu dès lors qu'il est nommé dans le dossier, même s'il n'est pas partie à la procédure au sens des art. 11 et 57 al. 1 CPJA (le droit d'accès est alors limité aux seules données qui le concernent et non pas à tout le dossier) ; ce même droit peut s'exercer sur toutes les données que l'administration détient dans la procédure en question, même celles qui ne sont pas pertinentes pour la décision en préparation⁵ ; il s'exercera gratuitement ainsi que par écrit et non pas, comme le prévoit l'art. 64 CPJA, au siège de l'autorité et moyennant finance (pour les copies).

Il n'en demeure pas moins que le droit d'accès aux données fondé sur la LPrD et le droit d'accès au dossier sur la base du CPJA ont un régime commun : l'autorité peut les refuser tous deux lorsqu'un intérêt public ou privé prépondérant doit être préservé. De même, la communication de données entre services administratifs obéira dans les deux cas aux principes de finalité et de proportionnalité (ci-après ch. II.A et IV).

II. LA LPRD ET SON CHAMP D'APPLICATION GENERAL

A. La LPrD

Le système de la LPrD est globalement similaire à celui qu'on trouve dans les autres cantons ou en droit fédéral ; les caractéristiques suivantes se révèlent à l'usage les plus riches de conséquences en termes de droit matériel :

⁴ RSF 150.1.

⁵ Arrêt du TFA du 10 août 2001, SJ 2002 I p. 86, c. 1.a.aa et les références citées.

1. Le but général de la LPrD est de protéger les droits fondamentaux des individus, lorsque des données qui les concernent font l'objet d'un traitement (art. 1). C'est l'aspect sans doute le plus moderne de la protection de la personnalité.

2. Afin d'atteindre ce but, la LPrD édicte quelques grands principes qui sont pour l'essentiel ceux de la légalité (art. 4 ; pour les données sensibles et les profils de personnalité, le droit fribourgeois est moins exigeant que le droit fédéral qui requiert en principe une base légale formelle), de la finalité (art. 5 ; les données ne peuvent être utilisées que dans le but pour lequel elles ont été collectées), de la proportionnalité ou nécessité (art. 6 ; c'est la notion classique du droit administratif général) et de l'exactitude (art. 7).

3. Lorsque les données concernées sont à qualifier de « sensibles », une diligence particulière s'impose à l'organe qui les traite (art. 8).

4. Tout administré au bénéfice d'un intérêt digne de protection peut exiger d'un traitement illicite de données qu'il cesse et que ses conséquences soient réparées, que l'illicéité soit constatée, que les données en question soient corrigées ou détruites, qu'elles ne soient pas communiquées à des tiers ou que leur inexactitude soit indiquée dans la banque de données (art. 26). Il faut rappeler ici que le droit fribourgeois ne connaît pas un droit général de blocage (droit pour l'administré de s'opposer sans indication de motif à la communication de ses données à un tiers), contrairement à ce qui prévaut dans d'autres cantons ; l'Autorité de surveillance s'est fondée sur ce constat pour justifier son opposition à certains traitements de données⁶.

5. Afin que ces droits soient effectifs, la législation assure à l'administré un « droit d'accès » aux données qui le concernent (art. 23 LPrD). Dans cette optique, il existe un registre cantonal des fichiers, que tout un chacun peut consulter gratuitement⁷.

Sous l'angle de la procédure, il appartient en priorité à la « ligne administrative » d'assurer le respect de la LPrD ; l'Autorité de surveillance n'a aucune compétence de décision, mais uniquement de conseil, d'information voire de contrôle (art. 30 s. LPrD). La protection juridique des citoyens est assurée au moyen de décisions administratives puis des voies de recours communes de la procédure administrative ; le législateur fribourgeois n'a pas créé de juridiction spécifique à la protection des données, contrairement à ce qui est le cas en droit fédéral avec la Commission fédérale de la protection des données. Enfin, il ne sera pas possible d'agir en responsabilité contre les collectivités à l'origine

6 Ainsi en ce qui concerne l'autoindex (registre privé des noms des détenteurs de véhicules automobiles), dont le Tribunal administratif a désormais admis la licéité (cf. Autorité de surveillance, Rapport d'activité pour l'année 2001, p. 12).

7 Adresse internet de l'Autorité de surveillance : www.fr.ch/sprd.

d'une atteinte à la personnalité autrement que par le truchement de l'action de droit administratif.

B. Un champ d'application limité à la protection des données traitées

Qui dit protection des données énonce simultanément un certain nombre de délimitations :

1. Même si la LPrD ne le dit pas directement, son objectif n'est pas de protéger les données pour elles-mêmes, mais les personnes qu'elles concernent ; c'est ce qu'entend souligner l'art. 13 de la Constitution fédérale lorsqu'il insère la protection des données dans celle de la sphère privée (avec le respect de la vie privée et familiale, du domicile, de la correspondance et des relations établies par la poste ou les télécommunications). C'est ainsi qu'une banque de données ou une procédure d'appel (connexion on line) pour les exploitations agricoles ou les immeubles devront respecter les exigences de la LPrD car elles permettent d'identifier les exploitants ou les propriétaires. Les procédures administratives, pénales et civiles concernent toujours des personnes, de sorte que cette première délimitation ne permet pas d'éviter la confrontation avec les codes de procédure ; peu importe qu'il s'agisse de personnes physiques ou morales (cf. art. 3 litt. b LPrD).
2. Les « données (personnelles) / Personendaten » englobent toutes les informations qui se rapportent à une personne identifiée ou identifiable (art. 3 litt. a LPrD). Un « fichier / Datensammlung » est quant à lui un ensemble de données dont la structure permet de rechercher les données par personne concernée (litt. f) ; on parle aussi de « banque de données »⁸. Cette dernière définition est très large : contrairement à ce que l'on entend parfois, la protection des données ne se limite absolument pas aux supports informatiques, mais englobe également tous les fichiers manuels (cartothèque, classeur organisé, dossiers suspendus, etc.) ainsi que les copies de fichiers dès l'instant où ils ont une vie indépendante de l'original (par exemple lorsqu'elles sont tenues par un autre organe administratif et qu'il s'en sert directement pour accomplir sa tâche). L'art. 34 LPrD aménage une exemption transitoire partielle, mais qui n'a d'ores et déjà pratiquement plus de portée : tant qu'une commune ne dispose d'aucun fichier informatisé, ses organes ne sont pas soumis à l'obligation de déclarer leurs fichiers à l'Autorité de surveillance. En terme de procédure, il s'ensuit que les autorités administratives, pénales et civiles seront toutes confrontées à la protection des données, car elles tiennent toutes de multiples fichiers, sous les formes les plus diverses.

⁸ A ne pas confondre avec une « base de données », terme que les informaticiens utilisent afin de désigner un ensemble de données à l'état brut et que les softwares peuvent ensuite utiliser et organiser de multiples façons en fonction de chaque utilisation recherchée.

3. La notion de « traitement / Bearbeiten » enfin est extrêmement large : il s'agit de toute opération relative à des données personnelles – quels que soient les moyens et procédés utilisés – notamment la collecte, la conservation, l'exploitation, la modification, la communication, l'archivage ou la destruction des données (art. 3 litt. d LPrD). A n'en pas douter, les autorités administratives, pénales et civiles ne pourront se soustraire à la protection des données en considérant que les manipulations qu'elles en font n'équivalent pas à un traitement au sens de la législation.

Il faut en conclusion constater qu'a priori la protection des données a, en tant qu'institution juridique, un champ d'application très étendu.

C. Un champ d'application limité par le droit supérieur

Le droit cantonal ne couvre pas tout le périmètre de protection des données ainsi décrit ; il faut en effet tenir compte du droit supérieur, à savoir en priorité la loi fédérale sur la protection des données du 19 juin 1992 (LPD / DSG)⁹ :

1. La loi fédérale régit le traitement des données lorsqu'il est effectué par des personnes privées ou des organes fédéraux, tandis que la loi cantonale s'applique aux organes publics fribourgeois (art. 1 LPD et 2 al. 1 LPrD). En termes de protection des données et de compréhension par les citoyens, ce système fédéraliste n'est sans doute pas idéal, mais toute autre solution était impossible en raison de la compétence cantonale exclusive en matière d'organisation étatique (art. 3 Cst.). Il n'entraîne pas toutefois d'inconvénients majeurs puisque le contenu matériel des deux législations est vraiment très similaire, notamment pour ce qui est des principes protecteurs (cf. ci-dessus ch. II.A) ; la distinction influencera par conséquent avant tout la question de savoir qui de l'Autorité de surveillance cantonale ou du Préposé fédéral sera compétent. Lorsque les autorités fribourgeoises de recours en matière administrative, civile ou pénale traitent des données, elles tombent à coup sûr exclusivement sous le coup de la LPrD ; en effet, elles interviennent comme des organes cantonaux et accomplissent les tâches juridictionnelles que des lois cantonales leur attribuent. Peu importe à cet égard si le droit matériel à l'origine des litiges qu'elles doivent trancher est du droit fédéral (par exemple la loi fédérale sur la protection de l'environnement, le Code civil ou le Code pénal). Il est de même irrelevant que le droit fédéral impose au canton de Fribourg certains minima de procédure (par exemple l'art. 98a OJ sur la qualité pour recourir devant le Tribunal administratif ou l'art. 144 CC sur le for du divorce).

⁹ RS 235.1. Il existe une ordonnance fédérale d'exécution du 14 juin 1993 (RS 235.11) et une loi cantonale d'application pour les actions en exécution du droit d'accès (RSF 17.3) ; elle n'est désormais plus nécessaire en raison de l'art. 382 al. 1 CPC.

2. Sur la base de l'art. 37 al. 2 LPD, les autorités fédérales estiment que la Confédération est compétente pour intervenir dans les cantons où ferait défaut un organe chargé de veiller au respect des standards que le droit fédéral fixe en matière de protection des données. A n'en pas douter, le droit fribourgeois respecte ces standards, que ce soit dans ses prescriptions matérielles ou dans l'organisation qu'il a mise en place (en particulier l'Autorité de surveillance, lorsque l'on sait qu'elle est indépendante de la hiérarchie cantonale et rapporte directement au Grand Conseil ; art. 30 à 32 LPrD). En aucun cas, les autorités administratives, civiles ou pénales fribourgeoises n'auront donc à faire appel au droit fédéral de protection des données, à titre supplétif, lorsqu'elles accomplissent des tâches cantonales.

3. La situation est moins claire lorsque les autorités fribourgeoises sont requises de participer à des traitements de données qui tombent sous le coup de la loi fédérale. Deux exemples concrets : des organes de l'Etat communiquent des données personnelles à la presse privée (assujettie à la LPD) ; un organe de l'Etat transmet « à Berne » des informations tirées d'une banque de données cantonale ou les introduit dans un système géré conjointement (cette situation se présente dans des services tels que la Police des étrangers, l'Office de la circulation et de la navigation, la Police cantonale ou l'Arsenal cantonal). Dans ce genre de circonstances et sur la base de l'art. 37 al. 1 et 2 LPD, l'Autorité de surveillance considère qu'elle est compétente pour vérifier que la « partie fribourgeoise » du traitement respecte la protection des données et elle prend systématiquement langue avec le Préposé fédéral afin d'adopter une position commune. Il est tout à fait imaginable que les juridictions administratives, civiles ou pénales du canton soient confrontées à cette situation ; ainsi lorsque les organes pénaux fédéraux (avec le développement actuel de leurs compétences) requièrent de l'Office cantonal des juges d'instruction la communication de certaines informations.

4. A signaler au surplus que la Préposée fribourgeoise à la protection des données accepte aussi de donner son avis lorsque la loi fédérale serait en soi exclusivement applicable, ceci dans le but d'assurer aux citoyens un service de proximité.

Le droit supérieur, c'est aussi la Convention du Conseil de l'Europe du 28 janvier 1981 pour la protection des personnes à l'égard du traitement automatisé des données à caractère personnel (STE n° 108), Convention que la Suisse a ratifiée le 2 octobre 1997¹⁰. La Directive communautaire relative à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère

¹⁰ La Convention, en vigueur depuis le 1^{er} février 1998, est disponible sur le site internet du Préposé fédéral à la protection des données (www.edsb.ch/f/gesetz/europarat/konvention108/index.htm). Cf. ég. le Message du Conseil fédéral du 17 novembre 1996, FF 1997 I, p. 701 ss.

personnel et à la libre circulation de ces données n'est pas applicable en Suisse¹¹ ; néanmoins, elle peut être utile aux autorités en tant qu'elle codifie en matière de protection des données le standard du droit à la vie privée que reconnaît l'art. 8 CEDH.

D. Le champ d'application spécifique à la LPrD

Même si le droit fédéral ne s'applique pas, cela ne signifie pas automatiquement que la LPrD est applicable ; elle édicte en effet ses propres délimitations, pour l'essentiel à son art. 2. Ces délimitations visent premièrement certaines entités ou personnes seulement.

1. En vertu de l'art. 2 al. 1 litt. a, la loi s'impose aux organes de l'Etat, des communes et des autres corporations de droit public. Quantitativement dans la réalité, il s'agit surtout de l'administration cantonale et des administrations communales. La LPrD paraît ainsi en ligne avec le CPJA, lorsqu'il désigne les « autorités administratives » (art. 2) ; en d'autres termes, le Conseil d'Etat et les préfets doivent aussi respecter la LPrD, dans leur activité en tant qu'organe administratif de première instance. En vertu de l'art. 22 LPrD, tous ces organes sont désormais dans l'obligation de mettre en œuvre le Règlement du 29 juin 1999 sur la sécurité des données personnelles (RSD/DSR)¹².

2. Deux précisions tout de même par rapport au CPJA : premièrement, les communes ont la possibilité d'établir leur propre autorité de surveillance en matière de protection des données et d'échapper ainsi à celle du canton (art. 29 al. 2 LPrD). A ce jour, quatre communes ont saisi cette opportunité. Leur autorité veille désormais à ce que les organes communaux respectent la LPrD¹³ ; celle-ci ne laisse en effet plus de place pour un règlement communal matériel de protection des données¹⁴. Secondement, les paroisses – même si elles sont des corporations de droit public – ont la possibilité de se soustraire à la LPrD en adoptant leurs propres dispositions de protection des données (art. 2 al. 3 LPrD) ; l'Eglise réformée et la Communauté israélite ont définitivement renoncé à le faire, tandis que la Corporation ecclésiastique catholique a réservé sa décision.

3. La LPrD s'applique à l'administration décentralisée, qu'il s'agisse d'établissements de droit public ou de corporations de droit public (art. 2 al. 1

11 Directive 95/46/CE du Parlement européen et du Conseil du 24 octobre 1995, JOCE n° L 281 du 23/11/1995, p. 31 ss.

12 RSF 17.15.

13 Il s'agit des communes de Bulle, Fribourg, Marly et Villars-sur-Glâne.

14 C'est ainsi que la commune de Fribourg a aboli le sien ; il faisait œuvre de pionnier dans le canton.

litt. a in fine). Pour les premiers, il s'agit par exemple de l'Université, de l'Hôpital cantonal ou de l'Établissement cantonal d'assurance des bâtiments ; pour les secondes, on peut citer toutes les associations de communes au sens des art. 109 ss de la loi sur les communes¹⁵. Même si la LPrD ne le dit pas, elle s'applique aussi aux « entreprises publiques » – à savoir aux entités de droit privé (telles qu'une société anonyme) en main de l'État – sinon, on ne voit pas comment comprendre l'art. 2 al. 2 litt. c LPrD qui les dispense de respecter cette loi lorsqu'elles sont en situation de concurrence économique (ainsi la Banque cantonale de Fribourg) et n'exercent pas une puissance publique (par exemple les Entreprises électriques fribourgeoises ou des Services industriels communaux privatisés lorsqu'elles/ils proposent des prestations commerciales non obligatoires).

4. Enfin, l'art. 2 al. 1 litt. b LPrD mentionne les particuliers et les organes d'institutions privées, lorsqu'ils accomplissent des tâches de droit public. Les travaux législatifs citent comme illustrations les notaires – s'ils agissent comme officier public – ainsi que les médecins et les aumôniers de prison¹⁶ ; on peut y ajouter par exemple toutes les associations de communes de droit privé (art. 60 ss CC) lorsqu'elles assument des tâches communales. L'Autorité de surveillance a par contre considéré que les médecins privés et les pharmaciens n'étaient pas dans cette situation ; ils tombent donc sous le coup de la loi fédérale.

Deuxièmement, certains de ces organes étatiques – en soi assujettis à la LPrD – ne le sont par exception pas pour certaines de leurs activités en vertu de l'art. 2 al. 2 (« toutefois / jedoch ») :

1. En vertu de la litt. a, la LPrD ne s'applique pas aux « délibérations / Verhandlungen » du Grand Conseil, des assemblées communales ou des conseils généraux, des assemblées bourgeoises ainsi que de leurs commissions. Cette exception se retrouve en droit fédéral (art. 2 al. 2 litt. b LPD) ; le législateur cantonal la motive en citant des hypothèses où les droits fondamentaux propres à la protection des données ne fonctionnent pas : « le droit d'accès ne peut être invoqué à l'égard des procès-verbaux non publiés et la rectification des propos tenus lors des délibérations ne peut être exigée »¹⁷. On se gardera d'interpréter extensivement cette exception : par principe en démocratie, les débats au sein des pouvoirs législatifs sont publics – l'art. 9bis de la loi du 25 septembre 1980 sur les communes affirme par exemple que les assem-

15 RSF 140.1.

16 Message n° 194 du 13 septembre 1994 accompagnant le projet de loi sur la protection des données, BGC 1994, p. 3046.

17 Ibidem. Le législateur précise que les commissions cantonales pour lesquelles la portée de cette exception sera la plus grande sont les commissions de naturalisation et de recours en grâce.

blées communales sont publiques, à moins que pour des raisons importantes, le bureau ne décide le huis clos – et les élus sont des « personnages publics »¹⁸.

2. La litt. b écarte la LPrD pour les « procédures civiles, pénales et de juridiction administrative en cours / die hängigen Verfahren der Zivil-, Straf- und Verwaltungsrechtspflege ». Ce sont ces exceptions que le paragraphe suivant examine (III).

Il existe enfin un troisième type de délimitations, à savoir les réserves en faveur des lois spéciales :

1. La LPrD les mentionne parfois expressément. Ainsi, l'art. 12 réserve la loi cantonale du 23 mai 1986 sur le contrôle des habitants (LCH) pour la communication à des tiers des données que les préposés détiennent (art. 16 ss)¹⁹ ; ou encore, l'art. 13 al. 2 LPrD réserve les dispositions sur l'archivage des documents administratifs, à savoir le règlement du Conseil d'Etat du 2 mars 1993 (en cours de remplacement par une loi formelle)²⁰. Ce type de renvois exprès présentent un double avantage : en pratique d'une part, ils signalent l'existence de la loi spéciale à tous les organes administratifs confrontés au traitement de données en question. Juridiquement d'autre part, ils affirment que la loi spéciale l'emporte définitivement sur la LPrD. C'est ainsi que les préposés au contrôle des habitants communaux doivent systématiquement transmettre le départ d'une personne à la Police cantonale (art. 16 al. 1 litt. b LCH), sans se demander si cette communication de données est ou non conforme au principe de proportionnalité. De même appartenait-il aux Archives cantonales de décider du sort à réserver au fichier des photos de conducteurs que la Police cantonale n'utilise désormais plus²¹.

2. En dehors des cas où la LPrD contient une réserve expresse, il existe encore beaucoup de situations – les identifier toutes in abstracto est impossible – où la question même se pose de savoir si telle ou telle autre loi particulière l'emporte sur la LPrD. La réponse est plus difficile à donner puisque le législateur de protection des données ne la fournit pas ; ce sera l'objet du paragraphe IV.

18 C'est ainsi que les membres du Grand Conseil ne peuvent s'opposer à ce que leur nom soit communiqué à des associations à but politique.

19 RSF 114.21.1.

20 RSF 481.1.11.

21 Pour l'historique de cette affaire, cf. Autorité de surveillance, Rapports d'activité pour les années 2000, p. 9 et 2001, p. 11.

III. L'ART. 2 AL. 2 LITT. B LPRD (exemption intra legem)

La LPrD est une loi de droit administratif, en ce sens qu'elle s'adresse aux organes étatiques (ci-dessus ch. I.D) ; elle déploie donc ses effets avant tout en procédure administrative. Les autorités des procédures civile et pénale sont cependant aussi des organes étatiques et l'Autorité de surveillance est également confrontée à des questions de protection des données qui les concernent.

A. Les « procédures de juridiction administrative en cours »

Dans la plupart des cas, l'exception de l'art. 2 al. 2 litt. b LPrD est claire et elle a la signification suivante : tous les organes étatiques mentionnés à l'al. 1 sont assujettis à la LPrD lorsqu'ils agissent comme autorité de première instance et ils n'y sont pas assujettis lorsqu'ils le font comme autorité de recours ; ou pour reprendre la terminologie précise du CPJA (art. 2 et 3), ils sont assujettis en tant qu'autorités administratives, mais pas en tant qu'autorités de la juridiction administrative (spéciales ou ordinaire). Cette distinction paraît logique car autrement, toute l'activité décisionnelle des autorités administratives échapperait à la protection des données ; or, c'est justement pour cette activité qu'elle est importante. Le législateur fribourgeois a donc eu raison de reprendre sur ce point le régime du droit fédéral²².

Ainsi concrètement, un préfet doit respecter la LPrD lorsqu'il accorde ou refuse une autorisation de construire (première instance), mais non lorsqu'il vérifie la validité d'une décision communale (recours) ; il en va de même (pour quelques temps encore) pour le Conseil d'Etat, suivant qu'il décide de ne pas reconduire un fonctionnaire à l'issue de la période administrative (première instance) ou qu'il se prononce sur la désaffectation du domaine public communal (recours). Le Tribunal administratif est par définition une autorité juridictionnelle ; il n'a donc pas à se soucier de la LPrD, sous réserve des cas où il traite de données comme le ferait un autre service administratif ou encore pour des procédures qui ne sont pas « en cours » (ci-après ch. III.B). Il n'y a au surplus pas de raison d'établir des distinctions en fonction de la nature de la décision ; les remarques qui précèdent valent pour les décisions à contenu positif comme négatif, de nature formatrice ou constatatoire (art. 110 CPJA), finales ou incidentes, de droit matériel ou de procédure.

22 Cf. Message, op. cit. note 14, p. 3047 qui renvoie au Message relatif au projet de loi fédérale sur la protection des données (FF 1988 II, p. 451) ; ég. MAURER/VOGT (édit.), Kommentar zum schweizerischen Datenschutzgesetz, Bâle et Francfort-sur-le-Main 1995, ad art. 2 n° 53. Tous les cantons n'ont pas adopté cette distinction.

Telle qu'elle est formulée, l'exception pour les procédures de « juridiction administrative » soulève au-delà de ce principe général diverses interrogations, dont voici quelques illustrations. La LPrD s'applique-t-elle à :

1. La révision (art. 105 CPJA) ? Assurément non, car la révision est un véritable recours, même s'il est limité à des circonstances extraordinaires. La révision n'est d'ailleurs possible que contre des décisions administratives elles-mêmes prises sur recours et dont la procédure est donc déjà soustraite à la LPrD.

2. La réclamation (l'art. 103 CPJA renvoie aux lois spéciales) ? La question fut posée à l'Autorité de surveillance par la commission sociale d'un district. Feu Monsieur Jacques Ducarroz, ancien Président du Tribunal administratif et l'un des pères regretté du CPJA, estimait (oralement) que la réclamation n'est pas une procédure de juridiction administrative. Cet avis est fondé – en tout cas sous l'angle de la protection des données – car on voit mal exiger d'une même autorité se prononçant deux fois sur un même dossier, qu'elle se soucie de la LPrD la première fois mais pas la seconde. La LPrD s'appliquera donc à la procédure de réclamation ; par nature cependant, la réclamation reste un moyen de droit juridictionnel²³.

3. L'opposition ? S'il s'agit en réalité d'une réclamation, les remarques qui précèdent valent pleinement ; ainsi chaque fois qu'un règlement communal prévoit l'opposition contre une décision du conseil communal. S'il s'agit en revanche d'une opposition à l'issue d'une mise à l'enquête publique, la LPrD s'applique évidemment puisque la décision qui met fin à la procédure de première instance n'est pas encore rendue ; ainsi pour l'opposition à une autorisation de construire ou à une concession pour l'usage exclusif du domaine public. La LPrD ne s'appliquera pas à la procédure de recours contre la décision qui se prononce sur l'opposition.

4. La reconsidération (art. 104 CPJA) ? A l'évidence, oui : la procédure de reconsidération aboutit (ou non) à une décision administrative de révocation, que l'autorité concernée prend en première instance. La LPrD s'appliquera même dans les cas où l'autorité administrative a l'obligation d'entrer en matière sur une requête en reconsidération (al. 2) et en particulier lorsque le requérant invoque des motifs de révision.

5. La procédure contre le déni de justice formel (art. 111 CPJA) ? A première vue, le texte du Code suggère que la LPrD ne s'applique pas, puisque les al. 1 et 2 parlent de « recours ». Ce dernier est cependant de la compétence non pas

²³ Pour plus de détails, cf. J.-B. ZUFFEREY, Les rapports entre la révision, la reconsidération et le recours ordinaire, RFJ 1995, p. 134 ; ég. B. BOVAY, Procédure administrative, Berne 2000, p. 317 ss qui invoque dans ce sens les arguments de la légitimation ainsi que de l'effet suspensif et dévolutif.

d'une autorité juridictionnelle, mais de l'autorité hiérarchique ou de surveillance ; elle intervient comme organe administratif et décide en première instance lorsqu'elle se prononce sur le retard allégué voire rend la décision attendue. Il s'ensuit qu'elle devrait respecter la LPrD, contrairement à l'autorité qui se prononcerait sur recours contre sa décision (ce ne pourra pas être la même ; al. 3).

6. La plainte ou la dénonciation (l'art. 112 CPJA ne distingue pas vraiment) ? Dans la même logique que pour le recours contre un déni de justice formel, il s'agit d'un moyen de protection juridique auxiliaire et non pas juridictionnel ; l'autorité hiérarchique ou de surveillance habilitée à se prononcer sera donc astreinte aux principes de la LPrD. A ne pas confondre cette procédure avec l'institution de la pétition ; même si cette dernière n'aboutit pas à une décision administrative, elle génère néanmoins en principe toujours l'intervention d'un organe étatique (cf. art. 33 al. 2 Cst.) ; la LPrD est par conséquent applicable dans ce cas également (ainsi pour répondre à la question de savoir si la liste des pétitionnaires peut être communiquée à qui la demande)²⁴.

7. L'action de droit administratif (art. 121 CPJA) ? Même si elle s'intente devant le Tribunal administratif, elle n'est pas une voie juridictionnelle. L'exception de l'art. 2 al. 2 litt. b LPrD devrait néanmoins valoir et la LPrD ne pas s'appliquer, pour deux motifs : d'une part en pratique, il n'est pas judicieux qu'un même tribunal ne soit assujéti à la LPrD que pour certaines de ses causes seulement ; d'autre part, l'action de droit administratif s'apparente fort à une procédure civile au sens de l'art. 2 al. 2 litt. b LPrD, que ce soit dans sa nature – dans certains cantons, elle est de la compétence des tribunaux civils – ou son déroulement (l'art. 101 CPJA prévoit l'application analogique du Code de procédure civile). Il n'y a en revanche pas de raison que la LPrD ne s'applique pas à la procédure préalable, à savoir celle qui aboutit à la détermination de l'Etat sur la requête en indemnisation (art. 112 CPJA) ; il s'agit en effet de l'activité d'un organe étatique. Cette affirmation a d'autant plus de portée que la détermination n'est pas une décision (art. 4 al. 3 CPJA) et qu'ainsi les administrés ne peuvent pas invoquer les droits que le Code de procédure administrative leur aménage (cf. art. 1 al. 1 in initio CPJA ; « décisions »).

8. Les procédures d'enquête administrative ou disciplinaire ? Elles sont diligentées par des organes étatiques, que ce soit l'autorité hiérarchique ou un tiers mandaté en vue d'accomplir une tâche publique d'expertise. Il ne s'agit pas de procédures juridictionnelles puisqu'elles précèdent une éventuelle décision. Dès lors, l'exception de l'art. 2 al. 2 litt. b LPrD ne vaut pas et la LPrD s'applique dès l'instant où des données personnelles sont traitées. Tel sera

²⁴ L'art. 8 de la loi cantonale du 21 mai 1987 sur le droit de pétition (RSF 116.1) déclare certes secrète l'identité des pétitionnaires, mais uniquement lorsqu'ils l'ont demandé par écrit.

immanquablement le cas pour une enquête disciplinaire, qu'elle se termine (ou non) par une décision de sanction. Ce sera aussi le cas pour une enquête administrative (qui examine en priorité le fonctionnement de services administratifs) dès l'instant où son dossier contiendra des données relatives au comportement d'agents publics individuels. L'application de la LPrD est ici en ligne avec le droit d'être entendu (droit d'accès au dossier) que la jurisprudence fribourgeoise a reconnu aux administrés dans les procédures d'enquête administrative dès l'instant où ils peuvent être atteints dans leur intérêt digne de protection²⁵.

B. Quelques autres remarques pour toutes les procédures

Cette contribution se focalise sur les questions de procédure administrative. On peut cependant compléter les réflexions développées jusqu'ici par un certain nombre de « caveat », qui valent non seulement pour les autorités de la juridiction administrative, mais aussi pour celles de la procédure civile et pénale.

Premièrement, l'art. 2 al. 2 litt. b dispense de la LPrD uniquement les procédures « en cours » ; cette précision vaut à n'en pas douter aussi pour les procédures civiles et pénales, nonobstant sa position en fin de phrase, après le mot « et » dans le libellé de la littera. Il s'agira donc de déterminer à chaque fois à quel moment une procédure commence et se termine. Quelques illustrations :

1. Quel est l'acte de procédure qui fait démarrer la phase juridictionnelle de la procédure administrative ? En principe, il s'agira du dépôt par le recourant de son mémoire de recours (avec ou sans effet suspensif), car il a effet dévolutif (même si l'administration peut toujours retirer sa décision jusqu'à l'envoi de ses observations ; art. 85 al. 2 CPJA).
2. La phase de conciliation en procédure civile échappe-t-elle à la LPrD ? Assurément oui, chaque fois que le législateur en a fait une condition préalable à l'introduction de la demande.
3. Quels sont les actes que les autorités pénales accomplissent en tant qu'organe de la procédure judiciaire et ceux qui doivent respecter la LPrD parce que de nature administrative ? Cela vaut en particulier pour la Police cantonale qui peut intervenir soit sur la base du Code de procédure pénale (CPP/StPO) (art. 6 et 9 al. 2 : subordination au juge)²⁶, soit comme autorité administrative chargée de collecter des informations²⁷. Concrètement, cette question de délimitation se pose par exemple pour la communication au Ministère public de la Confédération d'informations que détient la Commission can-

²⁵ RFJ 1998, p. 244 ss et les arrêts antérieurs cités.

²⁶ RSF 32.1.

²⁷ Expressément, Message, op. cit. note 14, p. 3046.

tonale d'acquisition d'immeubles par des étrangers, à l'occasion d'une enquête (informelle et avant tout statistique) au sujet de certains pays à risque sous l'angle du blanchiment d'argent ; question identique pour la communication de données personnelles tirées de procédures désormais closes à un juge d'instruction d'un autre canton (où une enquête est en cours) ; question similaire pour la communication (on line) à la Police cantonale par l'Office des juges d'instruction d'informations sur l'issue des enquêtes. Toujours la même question enfin, lorsqu'il s'agit de savoir s'il est correct d'inclure dans le dossier pénal de A (procédure en cours) les transcriptions des écoutes téléphoniques issues de procédures contre B et C (closes) et si B et C ont un droit d'accès à ces transcriptions respectivement s'ils peuvent en exiger la destruction puisque la procédure à leur sujet est terminée. L'installation d'écoutes téléphoniques échappe par contre à la LPrD puisqu'elle doit toujours être ordonnée par le juge d'instruction et qu'il s'agit dès lors d'un acte de procédure pénale en vertu des art. 134 ss CPP ; si les prescriptions de ces dispositions sont respectées, les standards de la protection des données le seront aussi²⁸.

Deuxièmement, les tribunaux – même civils ou pénaux – déploient certaines activités qui sont de nature administrative. Elles seront de trois types au moins : celles qu'un tribunal accomplit en tant qu'« employeur » ; ainsi, la protection des données s'applique aux règles d'utilisation d'internet (et à la surveillance des employés qui y sont soumis). Ensuite, les activités déployées en tant que maître de fichiers ; ainsi pour les directives nécessaires lorsque l'Office des juges d'instruction ou les tribunaux veulent établir des systèmes intranet de gestion de leurs dossiers. Enfin, les activités qu'il entreprend en tant qu'autorité administrative de première instance ; ainsi, lorsque le Tribunal cantonal est chargé d'assurer la surveillance²⁹.

Troisièmement, l'exception de l'art. 2 al. 2 litt. b dispense totalement ces autorités de respecter formellement la LPrD, mais elle ne les dispense pas de se conformer au standard matériel de la protection de la personnalité. Ce dernier figure en effet désormais dans la Constitution fédérale au titre de la protection de la sphère privée (art. 13 al. 2 ; cf. ég. art. 8 CEDH)³⁰ et la Constituante fribourgeoise s'apprête à adopter une disposition plus ou moins équivalente. Il s'ensuit qu'en appliquant leur code de procédure, les tribunaux civils, les autorités pénales de poursuite ou de jugement et les juridictions administratives devront s'assurer en toutes circonstances qu'elles respectent les droits fonda-

28 Autorité de surveillance, Rapport d'activité pour l'année 2000, p. 13.

29 Art. 29 de la loi sur la profession d'avocat du 10 mai 1977 (RSF 137.1) ; le système va changer avec la nouvelle loi.

30 Pour un bon panorama de la protection des données en tant que droit fondamental, ATF 126 I 7 c. 2 ; ég. J. MORITZ, Aperçu de la loi jurassienne sur la protection des données à caractère personnel, RJJ 1995, p. 11 ss.

mentaux des individus parties à la procédure. On pensera par exemple aux critères que doit utiliser le juge pour imposer le huis clos à une audience.

IV. LA LPRD ET LES LOIS SPECIALES

Les paragraphes qui précèdent traitent des cas où la LPrD règle elle-même le rapport avec les autres législations cantonales. Qu'en est-il lorsque la LPrD ne se prononce pas sur la question, mais qu'elle se trouve confrontée aux règles matérielles des législations spéciales applicables au cas considéré ? Il convient alors de distinguer entre diverses situations-types ; elles sont au moins au nombre de quatre :

1. Le droit fédéral énonce des prescriptions spéciales en dehors de la LPD mais qui traitent matériellement de protection des données ; elles l'emportent sur toute espèce de droit cantonal, LPrD ou autre. Ainsi les art. 96 à 97a de la loi fédérale sur l'assurance-chômage contiennent des règles très strictes sur la communication des données relatives aux chômeurs³¹.
2. La loi spéciale rappelle l'existence de la LPrD et y renvoie in globo. Il y a application parallèle des deux législations : tout traitement de données par l'autorité d'exécution doit respecter la LPrD. En cas de conflit, c'est la LPrD qui prévaut et le principe de la « lex posterior » n'y fait pas obstacle puisque celle-ci mentionne justement la LPrD. Dans ses prises de position concernant les nouvelles législations cantonales, l'Autorité de surveillance suggère fréquemment d'introduire un renvoi à la LPrD. La liste des lois à propos desquelles l'Autorité prend position figure dans son rapport d'activité annuel.
3. Le droit cantonal spécial contient des dispositions qui dérogent matériellement au régime de la LPrD ; elles ne le disent pas expressément, mais elles traitent de questions en des termes typiques de la protection des données. Dès lors, elles doivent avoir la primauté sur le régime ordinaire de la LPrD (« lex specialis derogat generali ») ; il s'agit par définition de dispositions légales récentes. C'est ainsi que l'art. 18 LCH instaure un droit de blocage contre la communication des données en main du contrôle des habitants, alors que la LPrD en général ne consacre pas cette institution (cf. ci-dessus ch. II.A). De même, les art. 139 à 143 de la (nouvelle) loi cantonale sur les impôts cantonaux directs fixent très précisément les règles relatives à la communication des données (secret fiscal, publicité des registres d'impôts, collaboration entre autorités fiscales, collaboration d'autres autorités, procédures d'appel) ou encore l'art. 145 al. 2 qui fait obstacle au droit d'accès du contribuable aux pièces

31 RS 837.0.

qu'il n'a pas produites ou signées tant que l'instruction du dossier n'est pas terminée³².

4. Situation plus difficile enfin, la loi spéciale ne se réfère aucunement à la LPrD et les dispositions topiques datent d'une époque où la protection des données n'était pas encore une préoccupation. C'est le cas par exemple de l'assistance générale entre les services administratifs, en vertu de l'art. 50 CPJA (collaboration à l'établissement des faits). Il s'agit alors d'interpréter la situation de cas en cas. Dans le doute, on tranchera en faveur de la LPrD (« lex posterior derogat priori ») et, en toutes circonstances, l'application de la loi spéciale respectera les standards de la protection des données (cf. ci-dessus ch. II.A). Pour l'entraide précitée, cela signifiera que – dès l'instant où des données personnelles sont en cause – elle devra respecter les principes de finalité et de proportionnalité ; on en veut pour preuve que la LPrD est expressément mentionnée à l'art. 13 al. 3 de la loi sur le statut du personnel de l'Etat (« communication de renseignements »)³³. Il est certes exact que le législateur de la LPrD semble avoir voulu considérer l'art. 50 CPJA comme une disposition spéciale, excluant du même coup la LPrD de l'assistance administrative³⁴. Il serait cependant trop facile d'écarter purement et simplement un principe aussi important que celui de la finalité par une disposition à la formulation très générale ; cela reviendrait à considérer l'ensemble des services de l'Etat comme un seul et même organe et à affirmer qu'il n'y a pas de secret de fonction entre ces services ni de conditions à respecter pour installer des procédures d'appel permanentes. Si le législateur fribourgeois veut effectivement écarter la LPrD de l'assistance administrative intra-cantonale – nul doute que l'exigence de finalité complique la tâche de l'Etat – il ferait bien d'en codifier les conditions en détail, comme c'est désormais le cas pour les procédures d'assistance administrative internationale.

A considérer globalement les réflexions qui précèdent, la LPrD offre assez fréquemment aux administrés (et à leurs défenseurs) des instruments de protec-

32 RSF 631.1.

33 RSF 122.70.1. La nouvelle loi sur le personnel de l'Etat (LPers/StPG) du 17 octobre 2001 (FO du 23 novembre 2001) qui entrera partiellement en vigueur au 1^{er} janvier 2003 prévoit un régime similaire : l'art. 129 al. 3 dispose que les résultats d'une enquête administrative ne peuvent être utilisés contre un collaborateur que s'ils sont portés à sa connaissance, aux fins du droit d'être entendu ; l'art. 63 règle la communication des renseignements nécessaires entre les services et l'art. 64 renvoie à la LPrD pour les cas où des données personnelles seraient traitées.

34 Message, op. cit. note 14, p. 3052.

tion supplémentaire par rapport aux règles ordinaires de la procédure administrative. Attention cependant à ne pas tomber dans deux travers que le législateur n'a certainement pas voulu : invoquer la protection des données afin d'arbitrer des litiges qui sont en réalité des conflits de personnes, de services ou d'intérêts ; l'invoquer afin que l'Etat ne puisse pas sanctionner un acte illicite.

DROIT ADMINISTRATIF

VERWALTUNGSRECHT

LA PROPORTIONNALITE DES ACTES ETATIQUES : UNE APPRECIATION DIFFICILE

Augustin Macheret*

Professeur, a. Conseiller d'Etat

La proportionnalité est admise dans l'ordre juridique suisse au titre de principe général de l'activité étatique. Elle n'est dès lors pas un droit constitutionnel, telles la liberté d'opinion, la liberté de la science, la liberté économique ou l'égalité de traitement, mais bien une règle de droit, qui plus est de rang constitutionnel. Implicite dans la Constitution fédérale de 1874, elle a été expressément consacrée par la nouvelle Constitution du 18 avril 1999, en ses articles 5 al. 2 de manière toute générale, et 36 al. 3 comme l'une des limites mises aux restrictions des droits fondamentaux¹. Elle a de plus fait l'objet de maintes autres consécutions textuelles². Au fil des décennies, le principe de proportionnalité a suscité une abondante jurisprudence et même un certain engouement doctrinal. Au bénéfice d'un régime juridique déjà passablement élaboré, il

* L'auteur tient à remercier Madame Andressa Curry Messer, licenciée en droit, de sa précieuse collaboration au plan de la recherche documentaire.

1 *Art. 5 al. 2* : « L'activité de l'Etat doit répondre à un intérêt public et être proportionnée au but visé. »

Art. 36 : « ¹ Toute restriction d'un droit fondamental doit être fondée sur une base légale. Les restrictions graves doivent être prévues par une loi. Les cas de danger sérieux, direct et imminent sont réservés. ² Toute restriction d'un droit fondamental doit être justifiée par un intérêt public ou par la protection d'un droit fondamental d'autrui. ³ Toute restriction d'un droit fondamental doit être proportionnée au but visé. ⁴ L'essence des droits fondamentaux est inviolable. »

2 La Constitution du canton de Berne du 6 juin 1993 mérite citation ; son article 28, véritable cours magistral, a la teneur suivante : « ¹ Toute restriction d'un droit fondamental nécessite une base dans la loi. Le contenu, le but et l'étendue des restrictions seront déterminés avec suffisamment de précision. Est réservé le cas d'un danger grave, imminent et manifeste, en particulier lorsque sont en cause la vie et la santé d'êtres humains, l'exercice des droits démocratiques ou un dommage irréparable pour l'environnement. ² Un droit fondamental ne peut être restreint que si la protection d'un intérêt public prépondérant ou d'un droit fondamental d'autrui le justifie. ³ Toute restriction doit être proportionnée au but poursuivi. ⁴ L'essence des droits fondamentaux est intangible. Elle se compose notamment des garanties que la présente Constitution déclare intangibles ou dont elle interdit de manière absolue toute restriction. » Le principe de proportionnalité a trouvé consécration dans de nombreuses dispositions législatives fédérales et cantonales ; ainsi à l'article 3 de la loi fédérale de 6 octobre 1995 sur le marché intérieur (LMI ; RS 943.02 ; ATF 125 I 474). Exemples fribourgeois : l'art. 8 du Code de procédure et de juridiction administrative du 23 mai 1991 (CPJA), RSF 150.1 ; l'art. 55 de la loi du 16 octobre 2001 sur l'organisation du Conseil d'Etat et de l'administration (LOCEA), RSF 122.0.1.

ne présente pas moins encore diverses incertitudes ; des critiques lui sont adressées, en raison surtout de son indétermination.

Dans la pratique quotidienne, il arrive que le principe de proportionnalité soit perçu et appliqué de manière plutôt approximative, au flair. Quelles sont les exigences de ce principe ? Comment les mettre en oeuvre sans risquer l'arbitraire ? Ce sont là des questions un peu négligées. Il faut dire que la règle de la proportionnalité est douée d'une rare force de suggestion. Elle s'impose comme une idée simple et sympathique. On ne tue pas une mouche avec un canon. La proportionnalité pousse dès lors instinctivement à montrer du doigt ce qui semble exagéré, hors de proportion, « *ausser Verhältnis* » et donc injuste, et à proposer avec une égale spontanéité la solution équitable. A y regarder de plus près, l'on se rend compte que le principe de proportionnalité peut être en réalité d'un maniement difficile, en particulier de par les opérations d'arbitrage qu'il implique entre des intérêts divergents et opposés de toutes sortes, privés et publics. Sans doute répugne-t-il à toute théorisation rigide ; il ne saurait être non plus le royaume de ce qu'il est convenu d'appeler le bon sens élémentaire.

I. LA PROPORTIONNALITE AU SERVICE DE L'ETAT DE DROIT

Lié à une tradition qui remonte à l'Antiquité et a trouvé consécration dans la Magna Charta de 1215, dans l'école du droit naturel et la philosophie des lumières (*Aufklärung* – XVIII^e s.), le principe de proportionnalité est d'essence libérale. Aux côtés de divers autres principes constitutionnels, il a pour fonction de contenir les interventions de l'Etat dans les limites du raisonnable et de prévenir ainsi les excès de pouvoir. Fondamentalement, il est au service d'une conception humaniste des relations entre puissance publique et particuliers, reconnus titulaires de droits et de libertés inaliénables qui méritent protection. En bref, la règle de la proportionnalité tend à promouvoir « *eine freiheitliche Rechtsordnung* ». Précision essentielle : posant l'exigence d'une relation équilibrée entre fins et moyens, le principe ne peut en principe intervenir, c'est-à-dire trouver place dans le raisonnement juridique, que pour autant que l'autorité jouisse d'une certaine liberté dans le choix des voies et moyens d'atteindre le but ou les buts d'intérêt public qui lui sont assignés. Or les situations dans lesquelles l'agent de l'Etat bénéficie d'une telle liberté sont très nombreuses en droit public. L'on voit donc que la règle de la proportionnalité y est investie d'un rôle majeur : celui de discipliner l'autorité dans l'exercice de sa liberté d'appréciation. A l'analyse jurisprudentielle, l'on constate que la proportionnalité est implicitement présente à d'autres moments du processus décisionnel, ainsi dans l'interprétation de notions juridiques imprécises, dans l'établissement et la qualification juridique d'un fait, opérations exposées à un

contrôle de légalité. Suivant par exemple qu'il sera tenu pour grave, bénin ou sans importance, l'écart de comportement d'un fonctionnaire sera constitutif ou non de la violation d'un devoir de service. Cette appréciation en fait et en droit se devra de donner à l'événement ses justes proportions, sauf à entraîner, cas échéant, une mesure disproportionnée. Mais revenons au libre choix des moyens, c'est-à-dire à la liberté laissée à l'autorité en ce qui concerne le « comment » de son action. Dans quelle mesure le principe de proportionnalité pourra-t-il avoir prise sur cette liberté ? Cette question complexe ne saurait recevoir de solution univoque. Des éléments de réponse lui seront trouvés dans la théorie et la pratique du contrôle juridictionnel de la proportionnalité, tout dépendant en définitive de l'amplitude de la marge de manœuvre effectivement laissée à l'Etat défendeur³.

Une première conclusion nous est permise : la proportionnalité est au service de l'Etat de droit. Avec le principe de la légalité et celui de l'intérêt public, elle en est même l'un des fondements. C'est d'ailleurs dans cet ordre logique – légalité, intérêt public, proportionnalité – qu'invariablement ou presque le Tribunal fédéral examine le bien-fondé d'un recours de droit public ou d'un recours de droit administratif interjeté contre un acte étatique (ATF 112 Ia 318 ; 123 I 296 ; 125 I 209 ; 126 I 219). Rappelons ici que le principe de proportionnalité s'est d'abord affirmé et a trouvé sa maturité dans le champ de la protection des libertés publiques contre des mesures de police (*Polizeirecht*). Comme principe constitutionnel, il ne saurait pourtant fonder à lui seul, de façon indépendante, un recours de droit public pour violation d'un droit constitutionnel ; il ne pourra y être invoqué qu'à titre incident, à l'appui d'un grief principal pris de la violation d'un tel droit (ATF 123 I 1 ; 102 Ia 69)⁴. Il ne joue pas moins un rôle régulateur essentiel dans notre droit public, ce d'autant plus que d'innombrables restrictions et obligations de droit public n'affectent pas les droits constitutionnellement protégés et doivent, elles aussi, satisfaire aux exigences de la proportionnalité.

Rappelons encore que le principe de proportionnalité n'est pas le seul à prescrire aux organes de l'Etat la recherche dans leur activité publique de solutions équilibrées et justes. Une approche globale nous le montre au contact régulier d'autres principes constitutionnels apparentés ou voisins, ainsi de celui

3 Cf. *infra* ch. III.E, La règle et son contrôle juridictionnel.

4 « Das Verhältnismässigkeitsprinzip ist zwar ein verfassungsmässiges Prinzip, aber kein verfassungsmässiges Recht, dessen Verletzung der einzelne selbständig, ohne Zusammenhang mit der Anrufung eines besonderen Grundrechts, geltend machen kann... Die Rüge der Verletzung der Verhältnismässigkeit hat deshalb nebst den bereits behandelten Rügen der Willkür und der Rechtsungleichheit keine selbständige Bedeutung » : cons. 10 de l'ATF 123 I 1 (réglementation fixant les traitements dans la fonction publique).

de la *bonne foi*⁵ et de la *non-rétroactivité*⁶. Il s'inscrit également dans la mouvance de l'*équité*, laquelle prend aussi corps dans la considération du cas particulier et conduit à peser le pour et le contre ; l'équité est cependant plus que la proportionnalité dans la mesure où elle offre un tempérament à l'ordre légal. Statuant en *opportunité*, c'est-à-dire dans le cadre de sa liberté d'appréciation, l'autorité se devra de choisir la solution la plus appropriée à l'ensemble des circonstances ; opportune, la décision sera conforme à la proportionnalité⁷. Cette dernière se situera cas échéant aussi dans le prolongement du principe de *subsidiarité*, selon lequel les organes de la collectivité de rang supérieur n'interviennent que si et dans la mesure où les objectifs de l'action envisagée ne peuvent être réalisés de manière satisfaisante à l'échelon inférieur. Quant à l'*interdiction générale de l'arbitraire*, elle a un champ d'application virtuellement beaucoup plus vaste. Dans l'optique de la proportionnalité, ce droit fondamental proclamé par l'article 9 Cst. ne sera cependant transgressé que lorsqu'il y a disproportion évidente entre les moyens mis en œuvre par une décision et le but poursuivi ; il est dans ce sens plus restreint⁸.

-
- 5 Le principe de proportionnalité sera invoqué avec succès par un administré de bonne foi. Illustration : « Le fait qu'une installation ait été érigée sans permis de construire et qu'elle ne puisse pas obtenir après coup l'autorisation nécessaire n'implique pas encore qu'il faille forcément ordonner sa démolition. Une telle conséquence ne peut être admise qu'à l'issue d'une appréciation circonstanciée fondée sur le respect des principes administratifs et en particulier sur celui de la proportionnalité. Il est en effet possible de renoncer à la démolition lorsque les vices de la construction sont insignifiants ou lorsque la destruction de l'objet n'est pas dans l'intérêt public ; on peut également tolérer le bâtiment lorsque le propriétaire a considéré de bonne foi qu'il était habilité à exécuter la construction et que le maintien de l'état illégal n'est pas contraire à un intérêt public prépondérant » (Tribunal administratif, arrêt du 15 janvier 1999 concernant l'ordre de démolition d'un ponton, non publié ; ATF 111 Ib 221).
- 6 Sur les exigences de la proportionnalité dans le temps, cf. M. BORGHI, Il diritto amministrativo intertemporale, RDS 1983 II, p. 512 ; Tribunal administratif, arrêt du 8 février 1996 concernant la suppression de primes communales aux enseignants, non publié.
- 7 L'inopportunité d'une décision se prêterait à un contrôle de proportionnalité. Le juge administratif n'étant, sauf prescriptions spéciales, pas habilité à statuer en opportunité, le recours de droit administratif interjeté en tel cas se résoudra sous l'angle de l'abus du pouvoir d'appréciation (ATF 103 Ib 134).
- 8 Selon une jurisprudence constante et abondante, une décision est arbitraire lorsqu'elle est manifestement insoutenable, méconnaît gravement une norme ou un principe juridique clair et indiscuté, ou encore heurte de manière choquante le sentiment de justice et de l'équité. L'autorité de recours ne s'écarte de la solution adoptée par l'auteur de la décision que si elle apparaît comme insoutenable, en contradiction manifeste avec la situation effective, adoptée sans motifs objectifs et en violation d'un droit certain. Il n'y a pas arbitraire du seul fait qu'une autre solution pourrait aussi se défendre et sembler même plus correcte (ATF 125 II 10 ; 125 II 129 ; 124 I 247 ; 120 Ia 369 ; 118 Ia 118 ; 117 Ia 139 ; 116 Ia 327 ; 115 Ia 125).

II. LA PROPORTIONNALITE : UN PRINCIPE OMNIPRESENT

Omniprésente, la proportionnalité conditionne l'ensemble des activités de l'Etat, à commencer par son activité législative. L'on ne saurait contester au législateur le bénéfice d'une liberté étendue dans le choix des voies et moyens à mettre en œuvre pour atteindre un objectif d'intérêt général. N'attend-on pas de ce pouvoir doué d'une pleine légitimité démocratique, qu'il assume ses responsabilités et opte clairement pour les solutions qui lui paraissent les meilleures dans une situation politique, économique et sociale donnée ou à venir. Dans l'exercice de cette liberté, il se doit évidemment de respecter les normes de rang supérieur (Constitution, traité international, etc.) mais aussi, proportionnalité oblige, d'opérer ses choix en fonction de critères objectifs et raisonnables⁹. Le principe de proportionnalité détermine ensuite l'activité gouvernementale et administrative des pouvoirs publics dans ses multiples aspects: production réglementaire, émission d'actes administratifs, actes d'administration matérielle. Comme le démontre l'analyse jurisprudentielle, la notion a ses champs de prédilection. De constante actualité dans toute une série de domaines relevant de l'administration restrictive (*Eingriffsverwaltung*)¹⁰, le principe de proportionnalité trouve des applications toujours plus significatives dans l'administration de prestations (*Leistungsverwaltung*) ; elle y prend d'ailleurs des accents spécifiques¹¹. Avec des contours propres, la proportionnalité se loge dans le contentieux de la responsabilité et de l'indemnisation de droit public (appréciation du risque, établissement du préjudice, mesure de la réparation). Constat général, les contrôles de proportionnalité se sont souvent rapportés au cours des dernières années à des problématiques complexes et bien révélatrices de notre temps. Entre autres exemples, mentionnons le contrôle abstrait d'une loi sur les prélèvements et transplantations d'organes et de tissus (ATF 123 I 112) ; le port du foulard islamique par une enseignante et la neutralité confessionnelle de l'école publique (ATF 123 I 296) ; la fréquentation de l'école obligatoire et la possibilité de participer à des fêtes religieuses – le res-

⁹ Sur le contrôle de proportionnalité de l'acte législatif, voir P. MÜLLER, Le principe de proportionnalité, RDS 1978 II, p. 214 ss ; P. LERCHE, Übermaß und Verfassungsrecht, Zur Bindung des Gesetzgebers an die Grundsätze der Verhältnismässigkeit und Erforderlichkeit, Köln 1961, p. 343 ss.

¹⁰ Cf. P. MÜLLER, p. 220 ss ; U. ZIMMERLI, Der Grundsatz der Verhältnismässigkeit im öffentlichen Recht, RDS 1978 II, p. 34 ss.

¹¹ Dans l'activité distributive de l'Etat, le principe de proportionnalité s'est appliqué, par exemple, aux conditions d'octroi de prestations diverses (subventions, allocations et autres avantages), aux restrictions mises à l'accès à un service ou à une institution de droit public (piscine communale, établissement de formation). A la différence des restrictions portant atteinte aux droits fondamentaux, celles qui concernent l'octroi de prestations positives habilent la collectivité publique prestataire à tenir compte dans une mesure accrue de critères tels que la capacité d'accueil, les ressources disponibles ou le domicile du requérant. Illustrations : ATF 111 V 328 ; 104 Ia 187 ; 110 Ia 287.

pect dû aux minorités confessionnelles (ATF 117 Ia 311 ; 114 Ia 129) ; la détermination de la langue d'enseignement dans l'école officielle, rapports entre liberté de la langue et principe de territorialité (RFJ 2001 p. 365 ; ATF 122 I 236) ; les restrictions au financement des campagnes électorales et la liberté de votation et d'élection (ATF 125 I 441) ; la politique en matière d'asile et de réfugiés durant la seconde guerre mondiale – devoir d'indemnisation, péremption (ATF 126 II 145) ; la protection des biens culturels – classement d'un bâtiment (ATF 126 I 219) ; l'interdiction des emballages pour boissons en PVC, recyclage des déchets (ATF 118 Ib 367) ; la réglementation de la vente par correspondance (ATF 125 I 209) ; le monopole de l'affichage publicitaire sur le domaine public et sa mise en concession exclusive (ATF 125 I 209) ; etc. A elle seule, cette énumération montre que la proportionnalité est un principe « tout-terrain » dont l'application suppose généralement la réunion de connaissances multiples. Celle-ci invite le praticien du droit, le juriste en particulier, à quelque modestie, c'est-à-dire à l'interactivité et l'interdisciplinarité. A partir des ordres juridiques nationaux, au sein desquels son impact est largement pluridisciplinaire¹², la règle de la proportionnalité a investi le droit international public, puis le droit européen, conventionnel et communautaire. Plusieurs dispositions de la Convention européenne des droits de l'homme (CEDH) et des Protocoles habilent les Etats à restreindre l'exercice des droits et libertés qu'elles consacrent, sous condition de « nécessité dans une société démocratique ». Sur cette base, la proportionnalité est devenue un axe permanent des contrôles juridictionnels exercés par la Cour européenne des droits de l'homme¹³. Le principe de proportionnalité compte aussi au nombre des principes fondamentaux de l'ordre juridique propre à l'Union européenne (UE), et cela à un double titre : tout d'abord comme principe modérateur de l'action des institutions communautaires, mais aussi, dans les zones d'interférence, comme régulateur de l'action des Etats membres¹⁴.

12 Cet impact est évident en droit pénal, en plusieurs domaines du droit privé, dans le droit de l'exécution forcée, dans les droits de procédure, etc.

13 Cf. S. VAN DOOGHENBROECK, La proportionnalité dans le droit de la Convention européenne des droits de l'homme, Bruxelles 2001 ; J.O. VIOUT, La Cour européenne des droits de l'homme et le principe de proportionnalité, in *Le principe de proportionnalité en droit belge et en droit français*, Liège 1995, p. 187 ss.

14 Cf. J. BIANCARELLI, Le principe de proportionnalité dans l'ordre juridique communautaire, étude parue dans l'ouvrage cité en note 13, p. 151 ss ; N. EMILIOU, *The principle of proportionality in european law, A comparative Study*, Londres/La Haye/Boston, 1996, p. 115 ss ; F. Schwab, *Der Europäische Gerichtshof und der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz: Untersuchung der Prüfungsdichte*, Frankfurt/M., 2002 (Gegenüberstellung der Kontrolle von Gemeinschaftsakt und von Massnahmen der Mitgliedstaaten).

III. LES EXIGENCES DE LA PROPORTIONNALITE

Plus que simple modérateur du pouvoir discrétionnaire de l'Etat, le principe de proportionnalité fait obligation aux pouvoirs publics de rechercher et de promouvoir dans leurs interventions une relation adéquate entre buts et moyens. A partir de cette définition générale, la doctrine et la jurisprudence allemandes¹⁵ et suisses¹⁶ ont développé une définition analytique et fonctionnelle de la proportionnalité.

A. Trois exigences matérielles

Suivant cette définition désormais classique, la proportionnalité répond à trois exigences matérielles : 1) la mesure envisagée doit être « apte » à atteindre le but recherché (*Geeignetheit*) ; 2) cette mesure doit ensuite être « nécessaire », ce qui signifie qu'il ne doit pas exister quelque autre mesure qui, moins incisive, serait tout aussi appropriée au regard de la fin poursuivie (*Erforderlichkeit*) ; 3) proportionnalité au sens strict, la mesure considérée ne doit pas induire un préjudice démesuré par rapport au bénéfice escompté au profit de l'intérêt général (*Verhältnismässigkeit im engeren Sinne*). Cette troisième exigence postule une pesée des intérêts en présence. Les trois exigences sont présentées comme cumulatives et devraient, en bonne théorie, être examinées dans un ordre subsidiaire.

Cette définition a le mérite de proposer au praticien une méthode et un cheminement dans l'interprétation et l'application du principe de proportionnalité ; il peut en résulter une certaine rationalisation dans un processus souvent décrié par le passé pour son imprécision et son caractère aléatoire. Ce sont là autant d'arguments qui plaident en faveur d'une application régulière de la définition tripartite, du moins dans les affaires complexes. Pour autant que nous puissions en juger, la pratique, juridictionnelle surtout, paraît bien aller dans ce sens.

A l'analyse de la jurisprudence cantonale et fédérale de ces vingt dernières années, l'on observe que la démarche des autorités varie passablement, au gré notamment de la spécificité et de la complexité des situations. Ainsi voit-on le Tribunal fédéral s'imposer parfois – plutôt rarement – une démarche *complète*, c'est-à-dire un examen de la proportionnalité sous l'angle de chacune de ses

15 Cf. L. HIRSCHBERG, *Der Grundsatz der Verhältnismässigkeit*, Göttinger Rechtswissenschaftliche Studien, Band 106, Göttingen, 1981, p. 45 ss ; BVerwGE 79, 256.

16 Cf. P. MOOR, *Principes de l'activité étatique et responsabilité de l'Etat*, in *Droit constitutionnel suisse*, Zurich 2001, p. 279 ss ; A. GRISEL, *Traité de droit administratif*, Neuchâtel 1984, vol. I, p. 348 ss ; ZIMMERLI, *RDS* 1978, p.12 ss. ATF 126 I 219 : didactique, cet arrêt qui concerne la protection d'un bâtiment, nous offre une synthèse de la théorie générale de la proportionnalité.

trois composantes¹⁷. Au demeurant, celles-ci présentent l'avantage de s'enchaîner dans un ordre progressif de difficultés. Cas échéant, la démarche ne sera que *partielle*, limitée qu'elle pourra être à l'examen du seul critère de l'« aptitude » ; la non-réalisation de cette première exigence, considérée à juste titre comme un préalable (*Vorfrage*), dispensera en effet l'autorité de passer à l'examen des questions suivantes¹⁸. Autres cas de figure : l'examen sous l'angle de la « nécessité » prend fréquemment le pas sur celui de l'« aptitude », d'ailleurs peu problématique. Il arrive même que la « nécessité » soit seule prise en compte, lorsque, par exemple, la mesure incriminée apparaît d'emblée irrégulière parce qu'évidemment excessive au regard du but visé¹⁹. Dans des situations fréquemment rencontrées, l'autorité n'aborde que sommairement les deux premières exigences et concentre son attention sur la troisième et les pondérations qu'elle déclenche²⁰. Si les trois éléments ressortent assez distinctement dans la pratique, ils ne se présentent pas moins comme étroitement interdépendants. Dans certains cas, leurs examens pourront se recouper, voire se confondre ; ils pourront même rétroagir et provoquer la remise en question des buts. Notons enfin que l'examen de la proportionnalité s'inscrit dans un contexte global et qu'il commence parfois déjà au stade de l'examen de la légalité et de la condition d'intérêt public. Cela dit, il convient de revenir brièvement sur chacune des trois maximes pour en relever quelques difficultés d'application.

B. La mesure est-elle apte à atteindre le but poursuivi ?

L'examen de cette question suppose évidemment que le but ou les buts justifiant l'intervention de l'Etat soient identifiés et admis, un préalable qui peut encore être source d'incertitudes lors de l'examen de la proportionnalité. L'appréciation de l'aptitude ou de l'inaptitude d'une mesure étatique s'inscrit dans la logique d'une relation de cause à effet. Le moyen envisagé doit être propre à générer le résultat escompté. Dans cette perspective téléologique, l'autorité sera souvent appelée à développer des visions d'avenir et à émettre des pronostics – qu'elle espère fiables – sur les effets attendus de la mesure choisie. Faute en effet de pouvoir se fonder en toute situation sur les résultats

17 Illustrations : l'ATF 125 I 209 (concession du droit exclusif d'affichage publicitaire sur le domaine public) ; ATF 109 II 210 (maintien de prix imposés).

18 ATF 125 I 441 (restrictions légales au financement des campagnes électorales).

19 ATF 108 IV 94 (licéité des actes de fonction, devoir d'information d'un agent public) ; 111 Ia 214 (obligation de résidence imposée à un fonctionnaire) ; 112 Ia 318 (port du titre d'avocat) ; 114 II 213 (privation de liberté à des fins d'assistance).

20 ATF 122 I 256 ; RFJ 2001, p. 366 (détermination de la langue d'enseignement et territorialité des langues) ; ATF 117 Ia 311 ; 114 Ia 129 (liberté religieuse et caractère obligatoire de l'école) ; 123 I 296 (port de vêtements particuliers pour des motifs religieux et neutralité confessionnelle de l'école).

de l'expérience ou sur des données politiques, économiques, scientifiques ou techniques suffisamment stabilisées, les organes de l'Etat peuvent en être réduits à des conjectures dans le choix des moyens appropriés et nécessaires à une fin. Le constat d'aptitude ou d'inaptitude, à supposer qu'il soit clair, suffira à qualifier une mesure de légitime dans son principe, ou à la disqualifier. Un moyen inapte n'est pas un moyen. Pour en juger, l'instance de recours devra en principe se reporter à la situation telle que l'autorité pouvait la connaître au moment de sa décision (appréciation *ex ante*).

En jurisprudence, les décisions concluant à la violation de la première exigence de la proportionnalité sont plutôt rares. Cela tient sans doute au fait que l'autorité politique ou administrative se voit généralement reconnaître une liberté d'appréciation étendue dans l'évaluation (*pro futuro*) de l'aptitude d'une mesure à satisfaire un but donné. Exemples significatifs : l'obligation faite aux architectes de se constituer un domicile professionnel dans la région a été jugée inapte à atteindre le but prescrit par une loi cantonale qui était de garantir l'acquisition des connaissances pratiques nécessaires (ATF 116 Ia 355). En revanche, il a été admis qu'on puisse interdire l'exercice de la profession d'hygiéniste dentaire à titre indépendant, au vu de la difficulté à garantir autrement que l'hygiéniste n'effectue pas des travaux de dentisterie (ATF 116 Ia 118). La disposition de la loi sur l'exercice des droits politiques du canton du Tessin, qui limitait à 50 000 francs les contributions de tiers au financement de la campagne électorale d'un candidat aux élections cantonales, a été déclarée inapte en ces termes : « *In conclusione, la disposizione all'esame si avvera dunque idonea a raggiungere lo scopo che si prefigge, sia perché facilmente e legalmente eludibile, sia perché accentua le differenti opportunità finanziarie dei candidati* » (ATF 125 I 441). L'ATF 109 II 219 est intéressant à plus d'un titre. Il nous montre tout d'abord que le principe de proportionnalité joue également un rôle en des domaines qui n'appartiennent pas au droit public, mais en sont voisins. La mesure cartellaire incriminée, à savoir le maintien de prix imposés sur les articles de tabac, a été analysée sous l'angle de chacune des trois exigences. S'agissant de l'« aptitude », le Tribunal fédéral reconnaît que les prix imposés sont un moyen adéquat pour maintenir les petits commerces ou en freiner la diminution. Il a également jugé que la création d'un monopole de l'affichage publicitaire sur le domaine public constitue une mesure appropriée pour assurer la sécurité du trafic, la protection du paysage urbain et l'usage commun du domaine public dans des conditions acceptables (ATF 125 I 209).

C. La mesure est-elle nécessaire ?

Etant admis qu'elle soit apte, la mesure envisagée doit être aussi nécessaire à atteindre le but prescrit. Plus précisément, cette deuxième exigence implique qu'il ne se présente pas de solution de rechange à la mesure envisagée ou choisie, solution qui, à efficacité égale, serait moins incisive pour les intérêts de la personne concernée. Ainsi formulée, l'exigence de « nécessité » postule la recherche du moyen le plus doux, « *des mildesten aber gleich wirksamen Mittels* » au regard des finalités poursuivies.

L'examen de cette exigence soulève des problèmes de même nature que ceux rencontrés avec le critère de l'aptitude, mais aggravés du fait que l'autorité doit cette fois faire porter son appréciation non seulement sur le moyen litigieux, mais aussi sur le ou les autres moyens susceptibles de représenter des solutions de remplacement valables. La difficulté du « pronostic » s'en trouvera accrue d'autant ; le coefficient d'incertitude pourra être relativement élevé en ce qui concerne l'équivalence d'efficacité d'une solution alternative. C'est la raison pour laquelle le juge n'admettra pas sans autre l'existence d'une solution de rechange, ni non plus que celle-ci, à supposer qu'elle se présente, doive nécessairement se substituer à la mesure retenue par l'autorité de première décision. Celle-ci se trouve être, dans l'esprit de l'instance judiciaire, l'autorité de première ligne, c'est-à-dire la mieux placée pour choisir la mesure la plus appropriée à l'ensemble des circonstances pertinentes.

L'exigence de la nécessité est constamment présente dans la jurisprudence. L'ATF 112 Ia 318 en donne un bon exemple à propos du port du titre d'avocat : pour atteindre le but d'intérêt public poursuivi par la législation cantonale en cause, il n'était pas nécessaire, selon le Tribunal fédéral, d'interdire, d'une manière générale, le port du titre d'avocat à tous ceux qui sont engagés dans une entreprise ou une administration. Cette interdiction a été jugée excessive par rapport à l'intérêt que possèdent les titulaires d'un brevet d'avocat à mentionner leur certificat de capacité dans la vie professionnelle. Il suffisait en effet, pour protéger le public, d'attribuer aux avocats inscrits au tableau un titre différent de la désignation générale de la profession. Le législateur aurait pu aussi prescrire, à ceux qui n'ont pas besoin d'une autorisation pour exercer leur activité, de porter un titre d'avocat avec un complément qui les distingue nettement des avocats pratiquants soumis à surveillance. Le principe de proportionnalité s'applique indubitablement aussi au placement d'un interdit dans un établissement (ATF 114 II 213) ; une autre solution que la privation de liberté à des fins d'assistance ne sera considérée comme acceptable que si l'intéressé peut être aidé de manière efficace par ses proches, sans que cela implique pour eux une charge trop lourde. Dans l'ATF 125 I 474, le Tribunal fédéral a estimé qu'un règlement cantonal interdisant à une pharmacie

établie dans un autre canton d'envoyer régulièrement des médicaments par la poste violait, au vu des conditions de sécurité déjà imposées dans ce canton, la liberté d'accès au marché intérieur suisse garantie par l'article 2 LMI. Dans ce cas comme en d'autres, l'on voit que l'inadéquation du moyen recèle en réalité le choix d'un but inadmissible parce qu'interdit. En l'occurrence, il s'agissait sans doute de ménager les intérêts régionaux d'une branche économique, sous couvert de protection de la santé publique. Rappelons enfin que, pour apprécier la nécessité d'une mesure donnée, le juge doit à nouveau se placer au moment où celle-ci a été adoptée et se fonder sur les connaissances que l'autorité pouvait avoir à ce moment-là (ATF 109 II 260). Cette règle ne peut plus guère être suivie lorsque, par exemple, une décision apparaissait apte et nécessaire *ex tunc*, mais se révèle être à l'évidence inadéquate *ex nunc*.

D. La proportionnalité au sens étroit – balance des intérêts

Apte et nécessaire, l'intervention de l'Etat doit encore subir avec succès l'épreuve de la proportionnalité *stricto sensu*. Cette troisième exigence signifie que le moyen envisagé doit se trouver dans une relation raisonnable (*in einem vernünftigen Verhältnis*) avec le but à atteindre ; qu'en d'autres termes, elle ne doit pas être excessive, disproportionnée, « *ausser Verhältnis* », c'est-à-dire aller au-delà de ce qu'exige la réalisation de l'objectif recherché. Les inconvénients qui peuvent résulter pour le particulier d'une mesure restrictive de liberté ou de droits doivent également rester dans un rapport raisonnable avec l'importance de l'intérêt public en jeu. *Das Mittel dürfe den Betroffenen nicht übermässig belasten, müsse für ihn zumutbar sein*. Ces formules ont toutes en commun d'être très générales et de postuler une pesée d'intérêts. Loin de se limiter à une confrontation abstraite entre buts et moyens, cette opération implique l'identification, l'appréciation et la pondération de tous les intérêts en cause, et cela au regard de l'ensemble des circonstances pertinentes. C'est dire que, selon les situations, les éléments à prendre en considération peuvent être nombreux : libertés, droits, biens juridiquement protégés, intérêts privés, aspects divers de l'intérêt public, valeurs éthiques, gravité de la mesure, préjudice porté ou susceptible de l'être, aspects financiers, bonne foi, considérations temporelles et spatiales, etc. Pour s'en sortir sans trop de peine et d'errements dans les situations complexes, l'autorité se devra de régler autant que possible sa démarche. Dans ce sens, elle prendra soin de recenser attentivement les intérêts en jeu, de les sérier et de les assembler, de leur donner un poids au regard du système de valeurs consacrées par notre ordre juridique, de les situer dans le contexte concret, *pour enfin les mettre en balance*. En un premier temps, la pondération pourra être générale et concerner dès lors les libertés et l'intérêt public principalement en cause ; au bénéfice d'un premier résultat plutôt théorique, elle sera ensuite contextuelle, complète et éminemment

concrète. Malgré tous les efforts qui auront été entrepris pour en rationaliser le processus, la balance des intérêts demeurera une tâche ardue. Les situations administratives ne sont pas des prêts-à-peser ! En quête de critères d'appréciation objectifs, l'autorité sera souvent tributaire de l'expert. L'interactivité et la pluridisciplinarité vaudront mieux que le cheminement solitaire. Des éléments de solution pourront être trouvés en dehors du cas d'espèce, dans la recherche et l'analyse de précédents. Rappelons enfin que le respect du principe de proportionnalité passe au départ par celui de deux garanties procédurales élémentaires : la constatation exacte et complète des faits pertinents et le droit d'être entendu dans ses diverses acceptions.

La pratique abonde en exemples révélateurs de la complexité que nous venons d'évoquer. Plusieurs arrêts récents retiennent l'attention dans le seul domaine de l'instruction publique. Ainsi en est-il de la décision rendue le 2 novembre 2001 dans la cause Amrein (RFJ 2001, p. 366 ss). Le Tribunal fédéral y admet le recours de droit public formé par un élève et ses parents contre une décision cantonale leur refusant l'autorisation de changer de cercle scolaire, changement qui devait permettre une scolarisation de l'enfant dans sa langue maternelle. Le litige se déroule sur la frontière linguistique, soulève la question complexe des rapports entre la liberté de la langue et le principe de la territorialité, et partant, oppose les intérêts très divers de nombreux partenaires : l'élève et ses parents, leur commune de domicile, le cercle scolaire d'accueil, les autorités scolaires communales, régionales et cantonales, le corps enseignant. L'affaire est à multiples facettes : linguistique et culturelle, donc politique, pédagogique, organisationnelle et financière. Dans la délibération des juges, la liberté de la langue l'a emporté sur le principe de la territorialité, cela au terme d'une pesée d'intérêts minutieuse, mais qui n'en a pas moins laissé sans réponse suffisante certaines questions délicates²¹. La pesée d'intérêts trouve une autre illustration significative – et controversée – dans l'arrêt par lequel le Tribunal fédéral a confirmé l'interdiction, faite à une enseignante du secteur public, de porter à l'école un foulard répondant à ses yeux aux exigences du Coran. Sous l'angle de la proportionnalité au sens étroit, il convenait en l'espèce de comparer la liberté de conscience et de croyance de la recourante à l'intérêt public à faire respecter la neutralité confessionnelle de l'école, c'est-à-dire de confronter l'intérêt de l'enseignante à pouvoir respecter un commandement de sa religion à l'intérêt des élèves et de leurs parents à ne pas être influencés ou heurtés dans leurs propres convictions. Il fallait encore tenir compte de la nécessité d'une certaine tolérance, également voulue par le prin-

21 Cf. A. MACHERET, Liberté de la langue et territorialité ; B. WILSON, Une application relativisée du principe de territorialité. Ces deux notes de jurisprudence ont paru dans la RFJ 2001, p. 375 ss.

cipe de la neutralité confessionnelle, entre les adhérents de diverses croyances religieuses (ATF 123 I 296). Porté par une élève, le foulard islamique aurait sans doute trouvé grâce auprès des autorités scolaires et des juridictions de droit public. Le contentieux confessionnel des dispenses et des congés scolaires mérite également mention ; sur la base de pesées d'intérêts circonstanciées, il a conduit à l'annulation de décisions cantonales parce que, tout bien considéré, celles-ci limitaient la liberté religieuse au-delà de ce que requiert normalement l'intérêt public²².

Notre dernier exemple a trait à une problématique particulièrement sensible. Sur contrôle abstrait, le Tribunal fédéral a admis la constitutionnalité d'une loi cantonale instituant le système du consentement présumé en matière de transplantation d'organes, après décès. Cette cause a été l'occasion de mettre en balance d'une part la liberté personnelle et le droit à se déterminer sur le sort de sa dépouille avec d'autre part l'intérêt privé des personnes en attente d'une greffe, attente qui correspond à un intérêt plus général relié au droit à la vie et à l'amélioration des conditions d'existence des malades. L'exigence d'un consentement explicite, a-t-on reconnu, peut freiner le don d'organes et aggraver une situation de pénurie. Au chapitre de la proportionnalité, le passage au consentement présumé n'a été admis que pour autant qu'une politique d'information de public soit mise en place, et que le devoir d'informer les proches soit respecté (ATF 123 I 112).

IV. LA REGLE ET SON CONTROLE JURIDICTIONNEL

Comme règle de droit public, le principe de proportionnalité s'applique d'office. En cas de litige, il donne lieu à un contrôle de droit. L'organe de décision devra au besoin apporter la preuve que la mesure choisie est bien apte et nécessaire à atteindre le but poursuivi et qu'elle n'est pas disproportionnée au regard de celui-ci. Il y a donc la règle de la proportionnalité avec ses exigences à respecter aux plans législatif, gouvernemental et administratif et, de plus, toute la problématique de son contrôle juridictionnel. Nous n'entendons abor-

22 « Das Verhältnismässigkeitsprinzip verlangt, dass ein Grundrechtseingriff sich auf ein die privaten Interessen überwiegendes öffentliches Interesse stützt und sich auf das zum Schutz des öffentlichen Interesses Notwendige beschränkt... Das öffentliche Interesse an der Einhaltung des Schulobligatoriums ist unter dem Gesichtspunkt der öffentlichen Ordnung (geregelter Schulbetrieb) und des Schutzes der Interessen der anderen Schüler gewichtig. Es ist abzuwägen gegenüber dem Interesse der Gesuchsteller, als Familie ihren Glaubensvorstellungen nachleben zu können. Diese stehen vor der Alternative, entweder einem staatlichen oder einem religiösen Gebot zuwiderhandeln zu müssen... Dadurch entsteht nicht nur die Gefahr eines Gewissenskonfliktes, sondern auch einer Auseinandersetzung zwischen Schule und Familie, unter der insbesondere das betroffene Kind leiden könnte » (ATF 117 Ia 311, cons. 4 ; voir aussi l'ATF 114 Ia 129).

der cette dernière que brièvement²³. Au demeurant, elle l'a déjà été en plusieurs endroits (voir *supra* ch. II, ch. III, B, C et D).

L'étendue possible de ce contrôle est difficile à synthétiser, tant elle peut varier au gré des secteurs, voire des situations contentieuses. Respectueux de l'autonomie créatrice du législateur, le contrôle juridictionnel sera empreint d'une grande réserve lorsque l'acte contesté est de caractère normatif, ce qui n'exclut nullement qu'il puisse être, cas échéant, particulièrement approfondi (bonnes illustrations : ATF 123 I 112 ; 117 Ia 311 ss). Le contrôle concret sera généralement plus serré que le contrôle abstrait ; il sera moins intense dans le cadre de l'administration distributive²⁴ que lors d'interventions restrictives de liberté. Ce sont là des tendances qui peuvent toujours être infirmées dans des situations particulières.

Au départ, le contrôle juridictionnel est circonscrit par les dispositions légales définissant les motifs de recours (*Beschwerdegründe*), et par là même, le pouvoir d'examen du juge constitutionnel et du juge administratif. Dans le cadre du recours de droit public, le contrôle de proportionnalité se calquera sur le contrôle appliqué au droit constitutionnel prétendument violé (art. 84 et 85 OJF et la pratique sinieuse qui s'en est suivie). Il sera donc en principe libre, sauf cas où le justiciable n'aurait pu fonder son recours que sur l'interdiction générale de l'arbitraire (*Willkürverbot*). Quant aux juridictions administratives, elles peuvent en règle générale statuer en fait et en droit ; sauf habilitations légales spéciales, elles ne sauraient revoir l'opportunité de l'acte litigieux (art. 77 et 78 CPJA ; art. 104 et 132 OJF). Armé de ce pouvoir de *cognitio*, le juge administratif ne devrait pas éprouver de difficulté à revoir librement une décision administrative sous l'angle de l'aptitude et de la nécessité. En pratique, il s'imposera, tout comme d'ailleurs le juge du recours de droit public²⁵, une certaine retenue, voire une retenue certaine, dans l'examen de questions d'appréciation ou de circonstances locales, dont les autorités inférieures ont à ses yeux une meilleure connaissance. Ainsi en sera-t-il de la question de savoir

23 Face à la révision totale de l'organisation judiciaire fédérale, qui introduira notamment le recours unifié en matière de droit public, nous ne jugeons pas utile de nous attarder ici sur les particularités actuelles du contrôle juridictionnel de la proportionnalité. Sur cette réforme : cf. Message du Conseil fédéral du 28 février 2001, FF 2001, p. 4000 ss.

24 La liberté d'appréciation des autorités gouvernementales est généralement considérée comme particulièrement étendue en matière de traitements et autres rémunérations dans la fonction publique : ATF 123 I 1.

25 Dans son arrêt du 28 juin 2000 concernant le classement d'un bâtiment, le juge constitutionnel donne une définition assez exemplaire de son pouvoir d'examen : « ...le Tribunal fédéral examine librement la légalité de cette mesure..., ainsi que l'application du droit cantonal, la pesée des intérêts en présence et le respect du principe de la proportionnalité...il s'impose toutefois de la retenue particulière dans l'examen de questions d'appréciation ou de circonstances locales, dont les autorités cantonales ont une meilleure connaissance, notamment pour ce qui concerne la protection des monuments... » (ATF 126 I 219 ; 124 I 6 ; 120 Ia 270 ; 118 Ia 384).

s'il y avait *in casu* une ou des solutions préférables à la solution choisie (ATF 114 II 213). Le juge témoignera de la même déférence, lorsqu'il est appelé à reprendre une pesée d'intérêts, opération qui dépend largement de considérations d'opportunité. Mais trop de retenue peut amener à l'abdication. Aussi bien faut-il saluer une autre constante de la jurisprudence de droit public : à savoir la *modulation* du contrôle de proportionnalité en fonction de l'ampleur reconnue aux droits et libertés en cause, de la gravité de la mesure choisie, de l'importance prévisible du préjudice qui menace le justiciable, etc. Ce sont là autant de facteurs qui vont inciter le juge de la proportionnalité à rétrécir le champ de la liberté ou du pouvoir d'appréciation des organes de l'Etat. Joueront, il est vrai en sens inverse, des paramètres tels que le poids de l'intérêt public en cause (sécurité publique, santé de la population), l'urgence d'une intervention, la mauvaise foi éventuelle de la personne concernée.

V. REFLEXIONS FINALES

1. Par cette brève analyse, nous avons voulu mettre en évidence l'importance du principe de proportionnalité, l'un des ferments de l'Etat de droit, libéral et social. Subtilement, il s'interpose entre la liberté d'appréciation des pouvoirs publics et les droits fondamentaux de la personne. En réalité, il régit l'ensemble des activités de l'Etat. Tout en se maintenant dans le sillage de la règle fondatrice *in dubio pro libertate*, il tend à assurer la concordance pratique entre intérêts concurrents de toutes sortes, privés et publics.

2. Chemin faisant, nous avons observé que la règle de la proportionnalité donnait lieu à nombre d'interrogations. Omniprésente, générale et floue, elle serait, selon certains auteurs, source d'insécurité juridique et se nourrirait constamment de l'intervention des juges. Expression en soi salutaire d'une attitude de réserve, voire de défiance à l'endroit des courants positivistes, elle entretiendrait même l'illusion de pouvoir offrir demain un droit public sur mesure, libéré en bonne partie des contraintes du syllogisme juridique classique et de ses modèles déductivistes. Ces observations critiques paraîtront bien abstraites aux yeux du praticien ; elles sont pourtant utiles à lui signaler les risques inhérents à l'utilisation quotidienne d'un principe aux contours fluctuants et au contenu nécessairement imprévisible. Ce principe peut, il vrai, conduire à certaines dérives, notamment à l'excès de « proportionnalisme ». A la limite, tout serait matière à peser et à soupeser dans la relation Etat-individu²⁶. Pareille conception peut amener à l'aventureuse relativisation des normes du droit pu-

²⁶ Sur cette tendance : cf. W. LEISNER, *Der Abwägungsstaat, Verhältnismässigkeit als Gerechtigkeit ?*, Berlin 1997, p. 33 ss.

blic, même de celles dont les conditions et les exigences auraient été définies avec précision. Dès lors, le principe de la légalité se dissoudrait peu à peu dans celui de l'opportunité, avec les conséquences éventuelles suivantes : nivellement des exigences légales, dispersion casuistique, subjectivité et arbitraire.

Les remarques qui précèdent ne nous autorisent certainement pas à mettre en doute la force régulatrice et protectrice du principe de proportionnalité. Dans la ligne de notre exposé, elles invitent plutôt le praticien du droit à interpréter et à appliquer ce principe avec méthode ... sans jamais cependant se laisser enfermer dans des schémas rigides. La proportionnalité n'est pas le domaine des impératifs catégoriques.

3. Sous l'apparence trompeuse de la simplicité et de l'accessibilité, le principe de proportionnalité est généralement difficile à concrétiser. Il a beau tirer son origine – fort ancienne – des mathématiques et d'autres savoirs chiffrables, il ne s'accommode pas en droit public d'applications mécaniques et stéréotypées. Il implique de constants jugements de valeur et des pesées d'intérêts bien souvent complexes. Aussi bien le praticien du droit ne saurait-il l'appliquer en s'en remettant à sa seule intuition. Sans renier le sens commun habituellement synonyme de bon sens, il a certes intérêt à connaître les composantes et la logique interne du principe ; à s'interroger sur la place que la proportionnalité est appelée à prendre dans l'ordre juridique en général et dans la solution d'un cas d'espèce ; bref, à s'imposer une démarche favorisant une concrétisation aussi objective que possible.

4. A partir de la doctrine et de la jurisprudence très suggestive du Tribunal fédéral, la présente étude rappelle ou esquisse un certain nombre d'approches et de préceptes : interactivité, pluridisciplinarité, analyses comparatives de cas d'application, systématisations par secteurs d'intervention de l'Etat, etc. Nous reconnaissons dans la définition tripartite de la proportionnalité un instrument propre à faciliter l'application correcte du principe. Mais comme toute méthode, celle que suggère cette définition doit être appliquée au besoin avec souplesse, ne serait-ce que par économie de procédure. Nous admettons également que si le praticien du droit doit avoir une méthode, il n'est pas indispensable qu'il en fasse l'étalage dans chacune de ses motivations. Ce n'est cependant qu'au prix d'une certaine rigueur qu'il évitera l'inégalité de traitement et l'arbitraire dans l'application d'un principe qui doit être pour lui et pour le justiciable une règle d'or et non un calvaire.

L'ADAPTATION DU DROIT CANTONAL A L'ACCORD SUR LA LIBRE CIRCULATION DES PERSONNES : QUELQUES CONSIDERATIONS

Benoît Rey

Avocat, conseiller juridique de la Direction de la justice, de la police et des affaires militaires

I. INTRODUCTION

Le 23 juin 1999, la Confédération a approuvé les accords sectoriels passés entre la Suisse et la Communauté Européenne (ci-après : CE) ainsi que les actes législatifs relatifs à la transposition des accords en droit suisse et aux mesures d'accompagnement. Le présent article a pour but de présenter quelques incidences choisies de l'Accord sur la libre circulation des personnes¹ sur le droit cantonal fribourgeois, essentiellement le droit de l'Etat cantonal, à l'exclusion du droit communal. Cette présentation résulte d'un choix. Il ne s'agit pas ici de décortiquer ces accords – au demeurant fort complexes –, pas plus de développer les incidences purement pratiques² que leur entrée en vigueur³ aura sur le paysage économique et juridique fribourgeois. Ces débats sont laissés au Grand Conseil qui sera saisi du dossier, en automne 2002.

Cette modeste contribution va tour à tour rappeler l'essentiel de l'Accord LCP, aborder certaines incidences ciblées d'un tel accord sur le droit fribourgeois et, enfin, ouvrir quelques perspectives. Nous replacerons, parfois, la question de l'adaptation du droit fribourgeois dans le contexte du marché intérieur suisse, plus particulièrement celui de la législation fédérale sur le marché intérieur qui a déjà repris, on l'oublie souvent, certains principes de droit européen.

La matière exposée n'est pas inconnue des juristes de l'administration fribourgeoise. Après l'échec, un fameux 6 décembre 1992, de l'Espace Economique Européen (EEE), le groupe de travail formé pour cette occasion (le groupe

1 Le titre complet est le suivant : Accord du 21 juin 1999 entre la Communauté européenne et ses Etats membres, d'une part, et la Confédération suisse, d'autre part, sur la libre circulation des personnes (ci-après : Accord LCP).

2 Les incidences pratiques sont diverses ; l'on songera en particulier aux incidences administratives liées aux mesures d'accompagnement et aux incidences financières liées aux contrôles que les autorités compétentes devront instaurer.

3 L'entrée en vigueur des accords a été fixée au 1^{er} juin 2002.

FREUlex) a continué ses travaux⁴, même si le dossier « Europe » avait perdu de son acuité. L'ouverture des négociations qui ont abouti aux accords sectoriels a redonné aux Directions du Conseil d'Etat l'opportunité de se pencher sur un droit, ardu d'approche, qui influence de plus en plus le paysage juridique de la Confédération. A cet égard, l'influence indirecte des directives et des règlements européens a été, depuis 1992 aussi, bien réelle sur le droit fribourgeois et cela est tant mieux, même si l'ardeur à réfléchir à une législation cantonale eurocompatible a apparemment quelque peu diminué au fil des ans⁵.

Mais il est temps de découvrir en quoi l'entrée en vigueur de l'Accord LCP va influencer la législation fribourgeoise. On le verra, cette influence est loin d'être conséquente.

II. L'ACCORD LCP : UN RAPIDE SURVOL CIBLE

A. Généralités

L'Accord LCP a pour objectif déclaré, selon le Conseil fédéral⁶, d'introduire la libre circulation des citoyennes et citoyens de la Suisse et des pays de l'Union européenne (ci-après : UE), par étapes successives qu'il serait trop long de rappeler ici. Signalons simplement que l'Accord LCP – qui concerne notamment les salariés et les indépendants⁷ – prévoit une ouverture progressive et non automatique du marché du travail. Cela dit, certaines dispositions seront applicables déjà à l'entrée en vigueur de l'Accord. Parmi ces incidences immédiates, citons le respect du principe de non-discrimination, entendu dans un sens large, et l'application des mécanismes de reconnaissance des

4 Le groupe FREUlex, présidé par M. Denis Loertscher, chef de l'Office de législation, a réalisé des travaux préparatoires en vue de l'adaptation du droit cantonal au droit découlant des accords sectoriels. Un rapport a été adressé à cet effet au Conseil d'Etat en janvier 2001, comprenant notamment des instructions destinées à uniformiser les projets d'adaptations législatives. Les conseillers juridiques des Directions ont été très étroitement mêlés à ces travaux ; ils ont en réalité réalisé l'essentiel des travaux préparatoires d'adaptation, pour la législation appliquée par chaque Direction.

5 Un arrêté du Conseil d'Etat du 10 octobre 1995 (RSF 122.0.21) oblige notamment les Directions du Conseil d'Etat, par des directives, à indiquer dans les messages et rapports explicatifs l'eurocompatibilité des actes législatifs (cf. aussi art. 66 al. 1 let. f de la loi portant règlement du Grand Conseil).

6 Cf. le Message relatif à l'approbation des accords sectoriels entre la Suisse et la CE, du 23 juin 1999, tiré-à-part, p. 176ss (ci-après : le Message du CF).

7 L'Accord LCP concerne aussi les personnes sans activité lucrative (disposant de moyens financiers suffisants) et, aussi, les simples prestataires de services (prestations de services personnels transfrontaliers limitées toutefois à 90 jours par année (par ex. la prestation de services d'un avocat qui viendrait plaider pour une affaire particulière ; cf. art. 21 à 26 de la loi fédérale du 23 juin 2000 sur la libre circulation des avocats). A remarquer, d'un point de vue général, qu'en droit européen, *la libre circulation des personnes* comprend, à la fois, *la libre circulation des travailleurs* (cf. art. 39ss du Traité instituant la Communauté européenne ; ci-après : TCE), *le droit d'établissement* (art. 43ss TCE) et *la libre circulation des services* (art. 49ss TCE).

diplômes et certificats. Nous reviendrons sur ces questions, qui constituent en quelque sorte la pierre angulaire de la présente contribution.

Afin d'éviter des abus⁸, la Confédération a instauré un appareil législatif (« mesures d'accompagnement »), visant essentiellement à l'élaboration d'une réglementation des conditions de travail des travailleurs envoyés en Suisse pour une durée limitée par des entreprises ayant leur siège à l'étranger (travailleurs détachés), à la possibilité d'introduire, en cas d'abus, des salaires minimaux par voie de contrats-types de travail et, enfin, à l'allègement des conditions mises à l'extension des conditions de travail. Ces mesures, régies par le droit fédéral⁹, devront trouver un écho en droit cantonal ; elles ne vont pas entrer en vigueur en même temps que l'Accord LCP, mais dès la fin de la période transitoire durant laquelle la Suisse peut encore procéder au contrôle des conditions de salaire et de travail (au maximum 2 ans après l'entrée en vigueur de l'Accord LCP). Le Conseil d'Etat a confié le 19 décembre 2000 à une « commission préparatoire en vue de l'entrée en vigueur de l'accord sectoriel sur la libre circulation des personnes »¹⁰ l'adaptation des dispositions relevant de ces domaines spécifiques. Nous ne nous y attarderons donc pas ici.

B. Les instruments formels liés à la libre circulation des personnes (aperçu des autorisations)

En pratique, dès l'entrée en vigueur de l'Accord LCP, différentes catégories d'autorisations seront introduites, parmi lesquelles, en résumé :

1. *L'autorisation de séjour permanent* pour les travailleurs salariés (valable 5 ans si le contrat de travail est conclu pour plus d'un an). Cette autorisation, renouvelable, confère la mobilité géographique et professionnelle et le droit au regroupement familial (cf. art. 3, art. 6 ch. 1 et art. 8 de l'Annexe I à l'Accord LCP).
2. *L'autorisation de séjour de courte durée* pour les travailleurs salariés. Cette autorisation remplace le séjour saisonnier. Elle est délivrée pour la durée du

⁸ Le Message du CF vise essentiellement la sous-enchère en matière salariale (cf. Message du CF, p. 256s.).

⁹ Cf. not. la nouvelle loi fédérale sur les conditions minimales de travail et de salaire applicables aux travailleurs détachés en Suisse et sur les mesures d'accompagnement (loi sur les travailleurs détachés) (cf. le Message du CF, p. 341ss).

¹⁰ Les tâches de cette commission sont plus limitées que ce que son titre ne laisse accroître. Comme déjà dit, l'adaptation (ordinaire) du droit cantonal au droit découlant de l'Accord LCP a été préparée par les Directions du Conseil d'Etat, appuyées par le groupe FREUlex.

contrat de travail (de trois mois jusqu'à douze mois)¹¹ (cf. art. 6 ch. 2 al. 1 et art. 27 de l'Annexe I à l'Accord LCP). Elle confère les mêmes droits que l'autorisation de séjour permanent.

3. *L'autorisation frontalière* pour les travailleurs salariés ou pour les indépendants¹² (pro memoria).

4. *L'autorisation de séjour pour les indépendants*. Un titre de séjour préalable, valable 6 mois, est d'abord délivré pour la période d'installation. Puis, sur présentation de la preuve qu'ils exercent une activité indépendante, les indépendants ont droit à un titre de séjour valable 5 ans, prolongeable (sur le système, complexe, instauré pour les indépendants, voir not. art. 12 de l'Accord LCP et art. 31 de l'Annexe I à l'Accord LCP).

5. *L'autorisation pour les prestations de services*. Un titre spécial de séjour est délivré, de façon temporaire¹³, c'est-à-dire soit pour la durée de la prestation, soit limité à 90 jours, selon les cas. Ce droit de séjour confère les mêmes droits que le séjour permanent.

6. *L'autorisation pour les personnes n'exerçant pas d'activité économique*. Un titre de séjour d'une durée de cinq ans au moins, prolongeable automatiquement, est octroyé à certaines conditions (moyens financiers et assurance maladie). L'autorisation confère en outre les mêmes droits que le séjour permanent (cf. art. 24 de l'Accord LCP).

La mise en œuvre pratique des instruments développés ci-dessus est du ressort de la Confédération et du Service de la police des étrangers et des passeports, sur la base de la législation fédérale (cf. l'ordonnance sur l'introduction progressive de la libre circulation des personnes entre la Confédération suisse et la Communauté européenne ainsi que ses Etats membres, du 29 juin 2000). La Confédération vient d'édicter des directives concernant l'introduction progressive de la libre circulation des personnes entre la Confédération suisse et la CE et ses Etats membres ainsi qu'entre la Confédération suisse et les Etats membres de l'Association européenne de libre-échange (AELE) (Directives OLCP, de février 2002).

11 Le travailleur salarié qui occupe un emploi d'une durée ne dépassant pas trois mois n'a pas besoin de titre de séjour (cf. art. 6 ch. 2 al. 2 de l'Annexe I à l'Accord LCP).

12 En principe, le frontalier, indépendant ou salarié, n'a pas besoin de titre de séjour, sauf si l'autorité compétente de l'Etat concerné le prévoit (cf. art. 7 ch. 2 et art. 13 ch. 2 de l'Annexe I à l'Accord LCP). Par frontalier, l'on entend la personne, ressortissante d'une partie contractante, qui a sa résidence sur le territoire d'une partie contractante et qui exerce une activité salariée ou indépendante sur le territoire de l'autre partie contractante en retournant à son domicile chaque jour, ou au moins une fois par semaine.

13 L'Accord LCP prévoit non pas la réalisation complète de la libre circulation des services, prévue dans le marché intérieur de la Communauté européenne, mais uniquement la libéralisation des prestations individuelles de services transfrontaliers (cf. art. 50 TCE).

C. Les principes qui sous-tendent l'Accord LCP

En plus des mécanismes liés à la libre circulation des personnes au sens strict, l'Accord LCP reprend formellement certaines institutions essentielles du droit de la CE, à savoir le principe de non-discrimination (lié à celui de l'égalité de traitement) et le système de reconnaissance mutuelle des qualifications professionnelles (diplômes, certificats et autres titres).

1) *Le principe de non-discrimination*

Principe axial du droit de la CE¹⁴, l'interdiction de la discrimination à raison de la nationalité figure en bonne place dans les dispositions de base de l'Accord LCP¹⁵, avec son corollaire (aspect positif), celui de l'égalité de traitement. Ces principes concernent l'accès à l'activité économique et son exercice, ainsi que les conditions de vie, d'emploi et de travail¹⁶. L'Accord LCP prévoit aussi, pour assurer en quelque sorte ces principes, la coordination des systèmes de sécurité sociale, coordination qui entraîne l'application de divers actes communautaires énumérés à l'Annexe II de l'Accord LCP. La particularité de cette partie importante de l'Accord LCP réside dans le fait que la Confédération (et, dans certains domaines, les cantons) doit appliquer des règlements de l'UE, c'est-à-dire des actes qui, contrairement aux directives qui doivent être transposées en droit suisse ou cantonal, sont directement applicables¹⁷. A remarquer que la jurisprudence de la Cour de justice de la Communauté européenne (CJCE) a abondamment interprété les principes de non-discrimination et d'égalité de traitement¹⁸. Cette jurisprudence – dont les autorités d'application de l'Accord LCP doivent tenir compte (cf. art. 16 ch. 2 de l'Accord LCP) – a aussi souvent rappelé que les règles d'égalité de traitement et de non-discrimination prohibent non seulement les discriminations ostensibles, fondées sur la nationalité, mais encore toutes formes dissimulées de dis-

14 Le principe de non-discrimination trouve son assise générale à l'article 12 TCE. Il est rappelé, sous l'angle de l'égalité de traitement, dans les parties spéciales du TCE (pour l'essentiel, art. 43ss TCE : droit d'établissement ; art. 49ss : régime de la libre prestation de services ; art. 39 TCE : libre circulation des travailleurs).

15 Cf. art. 1 let. d et art. 2 de l'Accord LCP ; Message du CF, p. 178.

16 Cf. art. 7 let. a de l'Accord LCP (en général). L'Annexe I à l'Accord LCP reprend, pour chaque catégorie de personnes, le principe (art. 9 pour les travailleurs salariés ; art. 15 pour les indépendants ; art. 19 pour les prestations de services).

17 La liste des règlements applicables en matière de coordination des systèmes de sécurité sociale figure à l'Annexe II de l'Accord LCP. Voir aussi le ch. III. D., ci-dessous.

18 Le juriste intéressé consultera avec profit, pour une première interprétation des notions ici évoquées, le commentaire (ouvrage collectif) des traités UE et CE, rédigé sous la direction de Philippe Léger (Commentaire article par article des traités UE et CE, ouvrage collectif rédigé sous la direction de Philippe LEGER, Bruylant Bruxelles 2000) (cité ci-après : Commentaire TUE, avec le nom de l'auteur concerné).

crimination qui, par application d'autres critères de distinction, aboutissent en fait au même résultat¹⁹.

L'application des principes précités n'est pas absolue. La Confédération (et les cantons) pourraient y déroger soit en invoquant des motifs d'ordre, de sécurité et de santé publics²⁰, soit en refusant aux non-nationaux l'accès aux emplois dans l'administration publique (travailleurs salariés) ou mettant en jeu l'exercice de la puissance publique (indépendants)²¹. Ces restrictions potentielles, non développées dans le Message du CF, seront là encore interprétées conformément au droit de la CE et à la jurisprudence de la CJCE. Les dérogations basées sur les articles 10 et 16 de l'Accord LCP vont concerner, on le verra, le législateur fribourgeois (cf. ch. III. B., ci-dessous).

Cela dit, d'autres dérogations sont possibles. La CJCE admet que l'on puisse déroger à la liberté d'établissement et à la liberté de prestations de service pour des « raisons impérieuses d'intérêt général », même si ces mesures sont indistinctement applicables aux nationaux et aux non-nationaux. L'interprétation de cette notion juridique imprécise a fait couler beaucoup d'encre bleue et a trouvé un écho certain en droit suisse, précisément à l'article 3 de la loi fédérale du 6 octobre 1995 sur le marché intérieur (LMI) (cf. la notion d'intérêt public prépondérant figurant à l'article 3 al. 1 let. b LMI). Ce genre de restriction, on le verra, ne devrait pas trop préoccuper le législateur fribourgeois dans le cadre de l'adaptation au droit européen. En réalité, c'est de façon générale, notamment en application de la LMI (cf. art. 3 LMI), que le législateur doit apprécier si une réglementation est justifiée pour des raisons impérieuses d'intérêt général. Cet examen, on le verra, trouvera une certaine réalité à l'occasion de l'examen de la réglementation sur les architectes (cf. ch. III. C., ci-dessous). Tout ceci démontre surtout que la réalisation du marché intérieur suisse et la réalisation du marché intérieur européen obéissent (ou devraient obéir) à des règles analogues. Fort heureusement, le droit fédéral s'est déjà, ici, rapproché du droit européen (cf. ch. IV. B. ci-dessous).

2) *La reconnaissance des diplômes, certificats et autres titres*

A l'instar de la coordination des systèmes de sécurité sociale, l'Accord LCP aborde de façon spécifique, et nous dirons, en bonne logique, les règles applicables en matière de reconnaissance des diplômes, certificats et autres titres. A signaler que la problématique n'est pas nouvelle en droit fribourgeois ; la loi fédérale sur le marché intérieur a là encore déjà intégré certaines règles européennes de principe en la matière.

¹⁹ Cf. Commentaire TUE-TRUCHOT article 43 no 49 et jurisprudence citée.

²⁰ Cf. art. 5 de l'Annexe I à l'Accord LCP (cf. aussi art. 38 TCE).

²¹ Cf. art. 10 et 16 de l'Annexe I à l'Accord LCP (cf. aussi art. 45 et 55 TCE).

L'article 9 de l'Accord LCP prescrit que les parties doivent prendre les mesures nécessaires « concernant la reconnaissance mutuelle des diplômes, certificats et autres titres et la coordination des dispositions législatives, réglementaires et administratives concernant l'accès aux activités salariées et non salariées et l'exercice de celles-ci ainsi que la prestation de services ». Les mesures envisagées ici correspondent en droit à la transposition des multiples directives CE exposées à l'Annexe III de l'Accord²². Ces directives CE concernent diverses activités dont certaines, par exemple dans le domaine de l'enseignement social ou paramédical sont régies par les cantons. Il en va de même de diverses activités faisant l'objet, dans les cantons, d'une réglementation de police exigeant entre autres des qualifications spéciales²³. Cette matière a fait l'objet, dans le cadre de l'adaptation du droit fribourgeois au droit européen, d'un examen attentif (cf. ch. III. C., ci-dessous).

Anticipant en quelque sorte la détermination qui sera prise par le Comité mixte²⁴, le législateur fribourgeois devrait prendre l'option d'appliquer d'ores et déjà la directive 99/42/CE, bien que cet acte soit postérieur à la signature de l'Accord LCP. Cette directive a l'avantage de codifier la jurisprudence antérieure à l'Accord LCP²⁵ et de remplacer, dans un processus de simplification,

22 Le Message du CF (p. 212 à 214) commente brièvement les incidences des directives topiques sur le droit fédéral, distinguant entre les directives générales et les directives spéciales, applicables à certaines professions déterminées.

23 Les professions « réglementées » ne sont concernées par les directives CE que si elles exigent des qualifications particulières (titre de formation, attestation de compétence ou, encore, expérience professionnelle). La liste de ces professions est diversement étendue selon les cantons. A Fribourg, seules certaines activités, pour lesquelles des qualifications sont exigées, sont concernées (par ex. les ramoneurs, les exploitants d'établissements publics, les architectes et certaines professions de la santé) (cf. ch. III C., ci-dessous). La Confédération tente d'établir la liste des professions réglementées de tous les cantons dans le but de pouvoir, le moment venu, informer les requérants étrangers sur la législation applicable dans les cantons.

24 Le Comité mixte, institué par l'Accord LCP (cf. art. 14 de l'Accord LCP), est chargé d'assurer la gestion et le bon fonctionnement de l'Accord. Il peut à cet effet formuler des recommandations et examiner les implications d'un droit nouveau (fédéral ou cantonal) sur l'Accord LCP (cf. art. 17 de l'Accord LCP). Ce comité est compétent pour décider des modifications aux Annexes II et III de l'Accord LCP.

25 Directive 99/42/CE, du 7 juin 1999, instituant un mécanisme de reconnaissance des diplômes pour les activités professionnelles couvertes par les directives de libéralisation et portant mesures transitoires, et complétant le système général de reconnaissance des diplômes. Cette directive codifie, à son article 3, un principe essentiel développé par la jurisprudence de la CJCE : un Etat ne peut ignorer les compétences et qualifications acquises. Il a l'obligation de prendre en considération les diplômes, certificats et autres titres acquis dans un autre Etat membre en procédant à un *examen comparatif* entre les compétences attestées par ce titre pour l'exercice de cette activité et celles que requiert sa propre réglementation de la même activité. Si l'examen comparatif fait apparaître des différences « substantielles », le requérant peut démontrer qu'il a acquis les connaissances et qualifications manquantes (*stage d'adaptation ou épreuve d'aptitude*, selon les cas) (La jurisprudence de la CJCE « intégrée » ici découle de l'arrêt Vlassopoulos ; aff. C-340/89, Rec. 1991 p. 2357 ; cf. aussi C-104/91, Rec. 1992 p. I-3003).

une grande partie des directives spéciales figurant en Annexe III de l'Accord LCP. Cette directive – essentielle – fixe notamment les principes applicables à la procédure de reconnaissance et définit à quelles conditions une pratique d'une certaine durée peut être reconnue comme suffisante pour l'exercice d'une activité considérée²⁶. A remarquer l'incidence certaine que ces dispositions vont avoir sur l'application de la loi fédérale sur le marché intérieur (LMI) (cf. l'art. 4 de dite loi qui traite de la reconnaissance des certificats de capacité). Apparemment, la Confédération n'a pas examiné l'incidence du droit découlant de l'Accord LCP sur cette dernière disposition, comme sur l'entier de la LMI d'ailleurs. Se posera notamment la question de l'application des mécanismes exposés à l'article 3 de la directive 99/42/CE, qui, apparemment, sont plus précis et, dans certains cas, plus exigeants que ce que le législateur a prévu à l'article 4 al. 3 LMI. Cela dit, la jurisprudence devrait interpréter l'article 4 LMI à la lumière des dispositions de la directive 99/42/CE (codifiant, on l'a vu, la jurisprudence de la CJCE antérieure à l'Accord LCP), même si, en bonne doctrine, l'on doit constater que la Confédération a omis de transposer la directive précitée dans son droit²⁷.

III. LES INCIDENCES DE L'ACCORD LCP SUR LE DROIT FRIBOURGEOIS

A. Généralités

L'Accord LCP n'a, à l'analyse, que peu d'influences directes sur la législation fribourgeoise autonome (loi ou ordonnance). Une certaine influence indirecte pourra cependant être observée au niveau de la législation (cantonale) d'exécution du droit fédéral, modifié, lui, en application de l'Accord LCP. Ces influences sont cependant marginales²⁸.

²⁶ Cf. art. 4 de la directive 99/42/CE (la durée des pratiques entraînant l'équivalence dépend notamment des activités considérées et de la position du requérant dans l'entreprise).

²⁷ La Confédération, consciente de la problématique, penche effectivement apparemment pour une réglementation jurisprudentielle de la difficulté. Le Tribunal fédéral devrait, dans ce domaine, prôner l'application des « standards » exposés par la directive 99/42/CE. Sous cet angle, nous avons noté que l'article 4 al. 3 LMI fait référence à une « correspondance partielle », alors que l'article 3 de la directive exige une différence « substantielle ». Une révision (souhaitable, sur plusieurs points) de la LMI pourrait clarifier le droit.

²⁸ En l'état, ce genre d'adaptation concerne notamment le tarif des émoluments dus pour les autorisations de séjour. Cela dit, un cas d'école est aussi constitué à cet égard par l'adaptation de la législation fribourgeoise à la loi fédérale du 23 juin 2000 sur la libre circulation des avocats. Cette loi fédérale – qui détermine notamment les modalités selon lesquelles les avocats ressortissants d'Etats membres de l'UE ou de l'AELE peuvent pratiquer la représentation en justice en Suisse – transpose 2 directives CE importantes concernant les avocats (directive 77/249/CE et directive 98/5/CE). Signalons, pour les juristes intéressés, que cette loi fédérale transpose de façon complète – l'on dira dans les règles de l'art européen – les directives topi-

Les adaptations réellement exigées sont limitées ; elles n'en concernent pas moins des situations fort différentes. Dans certains cas, le législateur devra éliminer des clauses discriminatoires manifestes ; dans d'autres, il devra transposer des directives CE en s'inspirant des exigences formelles du droit européen, l'Accord LCP ne prévoyant expressément aucune méthode particulière de transposition²⁹. En matière sociale, on l'a vu, des règlements seront directement applicables, sans que des renvois ne soient nécessaires en droit cantonal. L'impact de ces règlements sera d'autant plus limité que la législation en matière d'assurances sociales est pour l'essentiel de niveau fédéral.

Le caractère limité des incidences de l'Accord LCP sur la législation fribourgeoise rassurera le juriste et ravira peut-être le citoyen passionné d'ouverture internationale. Au fond, les incidences marginales de l'Accord LCP s'expliquent aisément. En effet, le champ des compétences cantonales est constitutionnellement limité et c'est donc bien la Confédération qui porte le poids principal de l'adaptation à l'Accord LCP. Il n'est dès lors pas surprenant que l'adaptation ne concerne pour l'essentiel, finalement, que les domaines limités des autorisations de police et de la procédure.

Les considérations exposées dans le présent chapitre tiennent compte des travaux préparatoires effectués par les conseillers juridiques des Directions du Conseil d'Etat, travaux qui ont abouti au projet d'adaptation de la législation fribourgeoise aux accords sectoriels entre la Suisse et la CE.

B. La suppression des dispositions discriminatoires

Quelques clauses nettement discriminatoires à l'égard des ressortissants des Etats de l'Union européenne subsistent en droit cantonal. Certaines activités spéciales de la fonction publique sont en effet réservées à des ressortissants suisses. Cette limitation est juridiquement possible dans certains domaines (cf. le cas des notaires, des juges, des agents de police et ... des secrétaires et bourgeois communaux) puisqu'elle vise des personnes qui participent, d'une façon ou d'une autre, à l'exercice de l'autorité publique. Dans d'autres cas, par contre, l'activité doit être accessible aux ressortissants d'Etats membres de l'UE.

ques, en distinguant notamment la simple prestation de services de l'exercice permanent de la profession d'avocat.

²⁹ La Confédération a utilisé, pour les textes qui la concernent, trois méthodes de transposition des directives : le renvoi pur et simple à la directive topique, le reproduction textuelle et l'adaptation matérielle (intégration des dispositions en respectant le sens). Au niveau cantonal, cette dernière méthode sera préconisée, le renvoi étant selon nous dans tous les cas à proscrire (la sécurité juridique doit prévaloir). Poursuivant le raisonnement, l'on peut même se demander si l'article 16 ch. 1 de l'Accord LCP n'exige pas la reprise des règles formelles européennes applicables à la transposition des directives.

Fort heureusement, ces cas de discriminations sont rares (exploitants de salons de jeu ; exploitants d'établissements publics ; titulaires du permis de recherche ou de concession d'exploitation d'hydrocarbures)³⁰. Ajoutons que ni la législation générale actuelle sur le statut du personnel de l'Etat, ni la future législation sur le personnel de l'Etat ne prévoient de discriminations.

Plus complexe est le cas des obligations de domicile³¹ qui peuvent, selon les cas, constituer une discrimination (directe ou indirecte) si elles ne sont pas justifiées par des motifs d'intérêt public pertinents. Une première analyse du droit fribourgeois fait apparaître de telles obligations comme problématiques en matière d'octroi de subsides de formation³² et d'octroi de permis ou de concession en matière de recherche et d'exploitation des hydrocarbures³³. Par contre, en matière d'expropriation, l'exigence, pour une personne qui n'a pas sa résidence habituelle en Suisse, de se constituer un domicile (cf. art. 115 al. 3 de la loi sur l'expropriation) n'est pas considérée comme discriminatoire ; un motif impérieux d'intérêt général justifie la restriction. En procédure civile, l'élection de domicile en cas de consorité répond à la même exigence (cf. art. 89 al. 2 CPC)³⁴, comme aussi, d'ailleurs l'institution, bien connue en procédure, de la « cautio judicatum solvi » (cf. art. 117 al. 1 let. a CPC)³⁵. Cela dit, l'analyse de la compatibilité d'obligations de résidence avec les dispositions de l'Accord LCP n'a peut-être pas encore livré tous ses secrets. Existe-t-il encore des obligations de domicile discriminatoires, cachées dans la législation fribourgeoise, n'obéissant pas à d'impérieux motifs d'intérêt général ?

C. La reconnaissance des diplômes, certificats et autres titres

La reconnaissance des diplômes, certificats et autres titres ne devrait pas trop effrayer le législateur cantonal. En effet, la transposition des diverses directives CE est essentiellement l'affaire de la Confédération pour ce qui est des

30 Cf. art. 26 let. a de la loi du 19 février 1992 sur les appareils de jeu et les salons de jeu (RSF 946.1) ; art. 27 al. 1 let. a de la loi du 24 septembre 1991 sur les établissements publics et la danse (RSF 952.1) ; art. 3 de la loi du 27 février 1960 sur la recherche et l'exploitation des hydrocarbures (RSF 931.2) ; cf. aussi art. 15 al. 2 de la loi du 24 septembre 1987 d'application de la loi fédérale sur l'acquisition d'immeubles par des personnes à l'étranger (RSF 214.12.1).

31 Le droit européen indique plutôt l'obligation de « résidence » (la jurisprudence de la CJCE concernant l'admissibilité d'obligations de résidence est assez fournie ; elle ne peut être évoquée ici).

32 Cf. art. 11 al. 1 du règlement du 27 octobre 1992 d'exécution de la loi sur les bourses et prêts de formation (RSF 44.11).

33 Cf. art. 3 de la loi du 27 février 1960 sur la recherche et l'exploitation des hydrocarbures (RSF 931.2).

34 Cf. aff. C-427/85, Commission / Allemagne, Rec. 1988 p. 1123 ; aff. Van Binsbergen, Rec. 1974 p. 1299, c. 16.

35 Cf. aff. C-122/96, Saldanha et MTS, Rec. 1997 p. I-5325, a contrario. L'exigence d'une telle « cautio » serait contraire à l'article 12 TCE si, contrairement à ce que prévoit l'article 117 CPC, elle ne s'appliquait pas aussi aux ressortissants suisses.

activités que cette collectivité réglemente (par ex., avocats, médecins, pharmaciens, vétérinaires) ou dont elle réglemente la formation (cf. par ex. les titres de formation professionnelle découlant de la législation fédérale sur la formation professionnelle, comme par exemple les maîtrises fédérales et les brevets). La reconnaissance peut être aussi l'affaire de cantons et/ou d'organismes privés parties à des conventions comme l'Accord intercantonal sur la reconnaissance des diplômes de fin d'études, du 18 février 1993³⁶. Cela dit, des procédures de reconnaissance des diplômes, certificats et autres titres concernées existent, en droit (purement) cantonal, qui visent des domaines spécifiques limités. Nous n'évoquons ici que les cas principaux constitués par les exploitants d'établissements publics et, surtout, par les architectes, professions qui exigent une adaptation plus ou moins conséquente du droit cantonal.

Dès l'entrée en vigueur de l'Accord LCP, la législation sur les établissements publics devra tenir compte de certains standards européens. Ainsi le Service de la police du commerce et des établissements publics devra reconnaître les diplômes, certificats ou autres titres conformément aux dispositions – transposées en droit réglementaire cantonal – de la directive 99/42/CE. Une pratique d'une certaine durée suffira à remplacer un certificat défaillant chez l'exploitant³⁷.

La reconnaissance des diplômes d'architectes suisses mérite ici une mention à part. Elle a donné lieu, lors des négociations de l'Accord LCP, à quelques difficultés. Si les diplômes établis suite aux formations prodiguées par les Ecoles Polytechniques Fédérales et l'Université de Genève correspondent, quant à la durée de formation (3 ans), aux directives de la CE, il n'en va pas de même des diplômes d'architectes dits « non universitaires » (cf. les architectes ETS)³⁸. Cela dit, en droit cantonal, seules certaines catégories d'architectes

36 A ce sujet, voir le Message du CF, p. 212 à 214. L'Accord intercantonal du 18 février 1993 (cf. RSF 410.1) concerne les diplômes de fin d'études notamment pour les formations réglementées dans le domaine de la santé. Cet Accord renvoie à un règlement s'agissant de la procédure et des conditions de la reconnaissance. A remarquer, encore, la Convention des 28 avril et 20 mai 1976 entre les cantons et la Croix-Rouge suisse concernant la formation professionnelle du personnel infirmier, médico-technique et médico-thérapeutique (RSF 821.10.4) (la Croix-Rouge enregistre les titulaires de diplômes et certificats obtenus à l'étranger s'ils justifient d'une qualification professionnelle suffisante ; cf. ch. 2.3 de dite convention).

37 La reconnaissance des titres (étrangers) s'effectuera par le biais des dispenses de cours, régies par le règlement d'exécution. Contrairement au droit actuel, qui précise qu'une pratique de cinq ans remplace en quelque sorte un certificat défaillant ou insuffisant pour un exploitant, le droit européen admet comme suffisante une pratique de *trois ans*. A remarquer que la pratique actuelle de cinq ans correspond à la règle prévue dans la Convention « administrative » du 12 mars 1999 sur les activités industrielles et artisanales réglementées (Espace Mittelland). (Cette convention devra être adaptée sur ce point).

38 Sur ces questions, voir le Message du CF, p. 212 et 213. La question de l'inclusion (future), dans l'Annexe III de l'Accord LCP, des diplômes d'architectes délivrés par les Hautes écoles spécialisées suisses a été expressément évoquée dans l'Acte final de l'Accord LCP (p. 610). La Confédération proposera au Comité mixte d'inclure ces diplômes dans l'Accord LCP.

sont actuellement autorisées à établir des projets d'ouvrages du bâtiment ou d'autres projets. L'autorisation est portée à la connaissance du public par l'inscription dans un registre cantonal, tenu par l'OCAT (cf. art. 186ss LA-TeC). Sans le dire expressément, le droit cantonal instaure ainsi un système d'autorisation de police, dont les conditions d'octroi se limitent à la possession de capacités professionnelles attestées et dont les conditions de retrait sont liées à des violations légales diverses (cf. art. 190 LATeC). Tous les architectes sont concernés, qu'ils soient établis dans le canton ou qu'ils y exercent une prestation de service spécifique.

La législation fribourgeoise traitant des architectes est-elle compatible avec l'Accord LCP ? Notre législation détermine quelles sont les exigences requises, exigences qui seront réalisées soit par la possession d'un certificat ou diplôme (par ex. : architecte EPFL, ingénieur civil), soit pas la possession d'un certificat ou diplôme avec des années de pratiques (architecte ETS, ingénieur ETS), soit, encore, par l'inscription au registre (fédéral) des architectes-techniciens du REG (Fondation des registres suisses des ingénieurs, des architectes et des techniciens) (sur ces questions, cf. art. 187 et 188 LATeC). La question de la compatibilité de ce système d'autorisation avec les dispositions de l'Accord LCP est selon nous identique à celle de l'admissibilité dudit système au regard de la LMI. Au vu de l'intérêt public à assurer (protection des personnes et des biens), il ne fait pas de doute que le droit cantonal peut imposer certaines exigences pour la réalisation de projets de construction d'une certaine envergure en imposant que les personnes responsables de ces projets possèdent certaines qualités professionnelles attestées. La question est en soi de savoir, sous l'angle du principe de la proportionnalité, quelle réglementation de police serait nécessaire (cf. art. 3 LMI). Sous cet angle, eu égard aux qualifications exigées, un système spécifique (matériel ou formel) d'autorisation ne semble pas indiqué, un simple devoir d'information pouvant suffire³⁹, surtout que le professionnel qui viole la loi peut faire l'objet de sanctions pénales. Au total, une adaptation du système à la LMI et au droit européen impose l'abandon du système de l'autorisation de police tel qu'il est ancré dans la loi et l'instauration d'une procédure d'information. La compatibilité d'un (simple) système d'information avec les dispositions de la directive spéciale topique 85/384/CE concernant la reconnaissance des diplômes des architectes ne nous semble pas non plus pro-

³⁹ Si un intérêt public existe pour réglementer une profession, le devoir d'information ou d'annonce sera souvent considéré comme une mesure adéquate (cf. par ex. l'obligation d'annonce prévue, pour les exploitants de salles et les distributeurs de films, par la loi fédérale du 14 décembre 2001 sur le cinéma). Le système de l'autorisation de police (avec conditions personnelles) sera toutefois préféré lorsque la réalisation de conditions liées à la personne même sont indispensables (cf. not. l'exercice des droits civils, l'absence de condamnations pénales, ...) et lorsque le non-respect des exigences légales imposerait en quelque sorte la mise à l'écart de la personne autorisée.

blématique. La reconnaissance des qualifications requises à l'étranger devra faire l'objet d'une procédure formelle et les dispositions topiques de la directive s'appliqueront. Ces dispositions devraient être transposées en droit cantonal, mais dans la mesure seulement où ce droit l'exige⁴⁰. Le législateur cantonal devrait par ailleurs déterminer s'il entend édicter, pour la simple prestation de services, des règles particulières inspirées de la directive en question (cf. art. 22 ch. 3 et 4 de la directive 85/384/CE). Selon nous, les règles qui devraient être transposées pourraient sans autre figurer au niveau réglementaire.

D. L'application de règlements de la Communauté européenne (pro memoria)

L'application de règlements de la CE, exigée par l'Accord LCP, ne pose, par définition, pas de problème d'adaptation puisqu'un règlement a une portée générale, est obligatoire dans tous ses éléments et, surtout, est directement applicable dans tous les Etats membres (cf. art. 249 al. 2 TCE). Cela dit, rappelons que le domaine concerné par cette réglementation se limite à la coordination des systèmes de sécurité sociale (cf. art. 8 de l'Accord LCP et art. 1 de l'Annexe II à l'Accord LCP).

Le droit fribourgeois contient, a priori, peu de domaines touchés par la réglementation européenne, la législation concernant les assurances sociales étant en général de la compétence de la Confédération⁴¹. Cela dit, divers domaines sont concernés, à savoir, essentiellement, la législation sur les allocations de maternité, la législation sur les allocations familiales et la législation sur les prestations complémentaires. Il conviendrait d'examiner si les principes découlant de la réglementation européenne sont respectés (égalité de traitement entre Suisses et ressortissants de l'UE, versement à l'étranger des prestations et prise en compte des périodes d'assurance, d'emploi ou de résidence accomplies à

40 Plusieurs dispositions de la directive 85/384/CE s'appliqueront à première vue : art. 20 concernant la durée de la procédure d'admission ; art. 26 concernant l'information des architectes de l'UE ; art. 27 concernant la procédure prévue pour vérifier le cas échéant l'authenticité des documents produits.

41 En réalité, 2 règlements principaux sont applicables : le règlement (CEE) no 1408/71 du Conseil, du 14 juin 1971, relatif à l'application des régimes de sécurité sociale aux travailleurs salariés, aux travailleurs non salariés et aux membres de leur famille qui se déplacent à l'intérieur de la Communauté ; le règlement (CEE) no 574/72 du Conseil, du 21 mars 1972, fixant les modalités d'application du règlement (CEE) no 1408/71 relatif à l'application des régimes de sécurité sociale aux travailleurs salariés, aux travailleurs non salariés et aux membres de leur famille qui se déplacent à l'intérieur de la Communauté. A signaler que ces règlements ne s'appliquent pas à l'assistance sociale et médicale, ni aux régimes sociaux spéciaux des fonctionnaires ou du personnel assimilé à ceux-ci (cf. art. 4 al. 4 du règlement 1408/71/CE). Cela dit, il appartiendrait au législateur cantonal d'examiner si les textes d'application cantonaux de la législation fédérale en matière d'assurances sociales exigent des adaptations légales en droit cantonal.

l'étranger). Nous renonçons, faute de place, à examiner dans le détail cette matière dont la complexité n'échappera pas, même aux praticiens⁴². Signalons ici que le législateur fribourgeois pourrait procéder aux adaptations nécessaires et ne pas procéder comme la Confédération qui a simplement introduit dans les législations fédérales concernées un renvoi aux règlements de la CE, renonçant à adapter le droit comme une bonne doctrine l'exigerait⁴³.

IV. QUELQUES PERSPECTIVES

A. Les effets du développement du droit cantonal sur l'Accord LCP

Le Comité mixte institué par l'article 14 de l'Accord LCP a, on l'a vu, pour tâche essentielle d'assurer la gestion et le bon fonctionnement de l'Accord. L'une des tâches de cet organe est d'examiner les implications, sur l'Accord LCP, de modifications de la législation interne des parties contractantes (cf. art. 17 de l'Accord LCP). Un échange de vues est prévu, bien sûr déjà au stade de l'élaboration des projets législatifs (cf. art. 17 ch. 2 de l'Accord LCP). Si le projet législatif contrevient aux dispositions de l'Accord LCP, une procédure de règlement des différends est envisagée (cf. art. 19 de l'Accord LCP), chaque partie pouvant aussi introduire une procédure de révision de l'Accord (cf. art. 18 de l'Accord LCP). La procédure de révision sera allégée si la modification ne concerne que les Annexes II et III de l'Accord LCP ; dans un tel cas, la modification est décidée uniquement par le Comité mixte.

L'influence du mécanisme décrit ci-dessus sera réelle pour la Confédération. Elle le sera aussi pour le droit cantonal qui rentre dans le champ d'application de l'Accord LCP. En pratique, tout projet de modification du droit interne contraire à l'Accord LCP (modification au sens strict ou nouveau texte) devra être soumis au Comité mixte, déjà lors des travaux préparatoires. Les Directions du Conseil d'Etat devront intégrer cette problématique dès le début de leurs travaux législatifs⁴⁴.

42 Une première analyse effectuée par la Direction de la santé publique et des affaires sociales semble démontrer que le délai de carence prévu à l'article 5 al. 4 de la loi du 6 juin 1991 sur les allocations de maternité serait contraire à l'article 22 du Règlement 1408/71/CE (versement, à l'étranger, des prestations).

43 Sur la méthode utilisée par la Confédération, voir le Message du CF, p. 223s. ; cette méthode (inhabituelle, pour ne pas dire plus, en droit européen) a été préconisée par le Groupe de travail « Sécurité sociale » institué par la Commission paritaire Confédération /cantons (cf. le Rapport final de cette commission, du 22 décembre 1999). La méthode a notamment été aussi utilisée pour l'adaptation de la loi fédérale sur les allocations fédérales dans l'agriculture et de la loi fédérale sur les prestations complémentaires à l'AVS et à l'AI.

44 Ces réflexions devront figurer et dans le rapport explicatif, et dans le message du Conseil d'Etat. L'arrêté du 10 octobre 1995 concernant l'examen de l'eurocompatibilité des textes législatifs, déjà évoqué plus haut (RSF 122.0.21), pourrait préciser les exigences et la procédure

B. La réalisation du marché intérieur suisse pour les activités réglementées

On l'a évoqué, une relation certaine existe entre l'Accord LCP et la LMI, cette dernière loi ayant déjà intégré des principes essentiels de droit européen⁴⁵. Il est de fait, sous cet angle, que l'Accord LCP participe à la réalisation du marché intérieur suisse. Cette influence est aussi manifeste pour ce qui est des directives spéciales exposées à l'Annexe III de l'Accord LCP, en particulier pour la directive 99/42/CE déjà évoquée ici. L'application des dispositions de fond et de procédure exposées dans cette directive devra en effet être réalisée dans tous les cantons, ceux-ci étant responsables de la transposition de ce texte⁴⁶.

Cela dit, un examen des multiples réglementations cantonales (de police) fait apparaître de sensibles différences d'approche. Certaines activités sont réglementées dans certains cantons alors qu'elles ne le sont pas dans d'autres. Là où des réglementations existent, les conditions personnelles et/ou de formation sont parfois différentes. Les législateurs cantonaux seraient à notre avis bien inspirés de porter une réflexion globale sur le maintien de certaines autorisations de police, à la lumière des principes exposés aux articles 3 et 4 LMI⁴⁷. La Conférence des gouvernements cantonaux (ci-après : CdC) nous semble constituer le forum idéal pour une telle approche. Celle-ci pourrait déboucher sur une certaine harmonisation des activités de police réglementées, harmonisation qui irait plus loin que les mécanismes institués par la LMI. Si nécessaire, des lois-modèles ou même des conventions pourraient être négociées⁴⁸, à

applicables. Il serait cependant utile de prévoir la saisie formelle des services fédéraux spécialisés *avant* celle du Comité mixte lui-même.

45 Cf. pour ce qui concerne l'art. 2 al. 1 LMI, le principe dit « Cassis-de-Dijon » (aff. Dassonville, Rec. 1974 p. 837ss). Comme déjà expliqué, les articles 3 et 4 LMI intègrent, pour une grande part, la jurisprudence de la CJCE (cf. les restrictions justifiées pour des raisons impérieuses d'intérêt général et les mécanismes de reconnaissance des certificats de capacité). A noter, d'un point de vue général, que d'aucuns s'accordent à reconnaître que la LMI n'a eu que peu d'effets sur la réalisation du marché intérieur suisse (sur ces questions, voir le Rapport de la Commission de gestion du Conseil national concernant les effets de la loi fédérale sur le marché intérieur (LMI) sur la libre circulation des services et des personnes en Suisse, du 27 juin 2000 (FF 2000 p. 5603ss).

46 On l'a vu (cf. ch. II. C. 2. ci-dessus), la directive 99/42/CE détermine si et dans quelle mesure une pratique d'une certaine durée pallie un certificat insuffisant. Elle fixe aussi les mécanismes de contrôle utilisables lorsque l'examen comparatif des certificats montre des différences « substantielles ».

47 Ces réflexions devraient débiter par la suivante : existe-t-il réellement un intérêt général impérieux à maintenir la réglementation topique ? La réponse à cette question peut certes varier selon quelques considérations locales, mais, au fond, l'on ne comprend pas pourquoi, dans un pays comme la Suisse, les intérêts de principe à réglementer et les conditions d'exercice de certaines professions sont si différents d'un canton à l'autre.

48 Cette démarche doit être soutenue par la Confédération (cf. art. 1 al. 2 let. b LMI), mais nous ignorons ce que celle-ci a déjà entrepris en la matière (cf. aussi, à ce sujet, le prescrit de l'art. 95 ch. 2 de la Constitution fédérale), mise à part, peut-être, la réalisation de l'inventaire des activités réglementées cantonales.

l'instar de ce que certains cantons ont déjà réalisé dans des domaines particuliers⁴⁹. Une autre voie, plus centralisatrice, semble se dessiner, dans le sillage de l'article 95 de la (nouvelle) constitution fédérale. C'est sur cette base que la Confédération a, par exemple, édicté la loi fédérale du 23 juin 2000 sur la libre circulation des avocats et la loi fédérale du 23 mars 2001 sur le commerce itinérant. La toute récente loi fédérale (du 14 décembre 2001) sur la culture et la production cinématographique participe d'un même mouvement lorsqu'elle prévoit par exemple l'enregistrement obligatoire des exploitants de salles de cinéma, rendant ainsi caduques, sur ce point, les réglementations de police cantonales⁵⁰.

En attendant une intervention plus marquée de la Confédération, il n'en demeure pas moins que la réalisation du marché intérieur suisse est en mains des cantons. Les rapides considérations émises ici démontrent que beaucoup reste à faire, mais que l'Accord LCP devrait servir d'aiguillon en la matière. Et même si l'Accord LCP n'empêche en soi pas l'existence de règles différentes d'un canton à l'autre⁵¹, l'existence de telles disparités devient bien incongrue dans un système européen de libre circulation des personnes.

C. Les (futurs) bilatérales bis

Comme chacun le sait, le Conseil fédéral a ouvert de nouvelles négociations bilatérales avec l'UE. Ces pourparlers concernent les mandats de négociation encore ouverts dans le domaine de la fiscalité de l'épargne, de « Schengen/Dublin » (coopération policière et judiciaire renforcée) et, enfin, de la libéralisation des services. Ce dernier mandat va prolonger en quelque sorte l'Accord LCP. Même si celui-ci prévoit que seuls les services transfrontaliers liés aux personnes seraient libéralisés, l'UE et la Suisse se sont engagées, dans

49 L'on songera ici par exemple au concordat du 18 octobre 1996 sur les entreprises de sécurité (RSF 559.6) (regroupant les cantons romands) et à la convention « administrative » du 12 mars 1999 sur les activités industrielles et artisanales réglementées [Espace Mittelland] (RSF 940.3). A remarquer que les travaux d'adaptation de ces conventions à l'Accord LCP sont actuellement pendants auprès des organes concordataires compétents. La convention administrative (Espace Mittelland) offre d'intéressantes particularités dans la mesure où certaines de ses dispositions prévoient des mécanismes de reconnaissance facilitée (art. 3 : reconnaissance, sur simple présentation de l'autorisation délivrée par le canton d'origine ; une pratique de 3 ans, sans plainte, dans le canton d'origine est considérée comme équivalente à une autorisation). Par contre, dite convention doit être adaptée à l'Accord LCP (ainsi, par exemple, l'art. 5 al. 2 de la convention – qui mentionne qu'une pratique de 5 ans est équivalente à un certificat – est contraire à la disposition de l'article 4 ch. 6 de la directive 99/42/CE).

50 La loi du 15 novembre 1977 sur les cinémas et les théâtres (RSF 953.1) prévoit entre autres un système d'autorisation d'exploitation. Cette loi, avec son règlement d'exécution, devra être entièrement révisée.

51 En droit européen, il est de principe que les dispositions du TCE ne peuvent être appliquées aux activités dont tous les éléments se cantonnent à l'intérieur d'un seul Etat (il n'y a pas ici de discrimination à rebours) (cf. not. Commentaire TUE-TRUCHOT article 49-50 no 25).

une déclaration commune annexée à l'Accord LCP⁵², à entamer des négociations sur une libéralisation générale de la prestation de services⁵³.

Le canton de Fribourg a manifesté à l'intention de la CdC⁵⁴ son intérêt à la libéralisation (générale) des services, en faisant toutefois une réserve d'importance. En effet, le gouvernement a expressément insisté sur le fait que les monopoles cantonaux d'assurance des bâtiments et d'assurance des animaux de l'espèce bovine contre les risques de l'incendie, de la foudre, de l'avalanche, de l'éboulement et de l'inondation⁵⁵ doivent être réservés. Ces réserves – qui concernent l'Etablissement cantonal d'assurance des bâtiments et l'Etablissement cantonal d'assurance contre la mortalité du bétail – ont été transmises au Conseil fédéral par la CdC.

Il est encore trop tôt pour décrire l'étendue de la libéralisation des services qui ressortira des négociations. Liée à d'autres dossiers bien connus, cette libéralisation devra aussi, le moment venu, faire l'objet d'une attention particulière de la part du législateur fribourgeois, même si l'intérêt populaire et politique se porte plutôt – on le comprend – vers la fiscalité de l'épargne et la coopération judiciaire et policière renforcée.

V. CONCLUSION

Arrivés au terme de cette contribution, nous ne pouvons que souligner et constater avec bonheur la bonne tenue du droit fribourgeois face à l'Accord LCP. L'adaptation du droit fribourgeois ne devrait pas retenir trop longtemps l'attention des parlementaires fribourgeois. Il en ira peut-être différemment lorsque les textes d'adaptation aux mesures d'accompagnement seront abordés, vraisemblablement dans les deux ans à venir. Le concret et la politique reprendront alors leur place.

Cette courte présentation aura aussi vraisemblablement démontré, si besoin en était encore, la complexité du droit européen lui-même. Ce droit est difficile de compréhension, souvent rédigé avec un langage juridique obscur. Par ailleurs, le juriste suisse, dans sa recherche du droit communautaire applicable, a bien raison de rêver à un droit européen codifié qui serait autant facile d'accès que les dispositions des recueils systématiques fédéral et cantonaux. Une autre

52 Cf. l'Acte final de l'Accord LCP, p. 608s. du texte des accords sectoriels.

53 En pratique, la libéralisation totale des services concerne essentiellement le domaine bancaire et celui des assurances. Chacun reconnaît l'intérêt de pouvoir proposer des services à toute l'Europe, à partir de la Suisse, sans avoir besoin de créer des filiales ou succursales à l'étranger.

54 Cf. lettres du Conseil d'Etat à la CdC, des 2 avril 2001 et 15 janvier 2002.

55 Cf. art. 3 de la loi du 6 mai 1965 sur l'assurance des bâtiments contre l'incendie et les autres dommages (RSF 732.1.1); la loi du 22 novembre 1985 sur l'assurance du bétail (RSF 914.20.1).

difficulté, inhérente celle-là au système fédéraliste que nous vivons, est représentée par la complexe stratification du droit (communal - cantonal - fédéral - droit européen) qui rend déjà perplexe plus d'un administré. Et encore, le droit intercantonal et celui découlant de l'OMC ne sont-ils pas mentionnés.

Toutes ces difficultés sont autant de défis pour le législateur fribourgeois. Cela dit, vrai est-il que le droit communautaire est sur le point de faire partie du paysage législatif de notre canton ; la Confédération l'intègre d'ailleurs à l'occasion, reprenant dans certains domaines des standards devenus incontournables en Europe. En réalité, tout se passe comme si l'intégration juridique, basée sur un intérêt général bien compris, précédait en quelque sorte l'intégration politique.

Mais ceci est le début d'une autre histoire.

HÄRTEFÄLLE IM AUSLÄNDER- UND ASYLRECHT

Das Rundschreiben des Bundesamtes für Ausländerfragen und des Bundesamtes für Flüchtlinge vom 21. Dezember 2001

Thierry Steiert

Rechtsanwalt, Dienstchef des Polizeidepartementes

I. EINLEITUNG

Im Frühsommer 2001 hat sich im Kanton Freiburg eine Bewegung von « *Sans-papiers* »¹ gebildet, welche unter anderem mit einer Kirchenbesetzung auf die Problematik der illegal (d.h. ohne Aufenthaltsberechtigung) in der Schweiz anwesenden Personen hinweisen wollte. Die Kritik der Bewegung richtet sich insbesondere gegen die Praxis der zuständigen Bundesbehörden, wonach Personen ausgewiesen werden, die sich seit vielen Jahren in der Schweiz aufhalten und die zum Teil einen hohen Integrationsgrad erreicht haben. Des weitern fordert die Bewegung die « kollektive Regularisierung » sämtlicher Papierlosen, die sich in der Schweiz aufhalten². Sowohl die zuständigen Bundesbehörden als auch die mit dem Vollzug des Ausländerrechts betrauten kantonalen Behörden haben diese Forderung – unter Verweis auf die geltende Rechtslage – von vornherein abgelehnt und auf die Möglichkeit der individuellen Beurteilung der Härtefälle hingewiesen. Diese einzelfallweise Behandlung wird indes von den Aktivistenkreisen als zu restriktiv qualifiziert.

Nachdem die Bewegung in der Folge auf weitere Kantone ausgeweitet wurde und die Eidgenössischen Räte sich ebenfalls mit der Frage der Papierlosen befassten, erliessen das Bundesamt für Ausländerfragen und das Bundesamt für

¹ Nachfolgend wird der Begriff « Papierlose » verwendet. Zum Begriff der « *Sans-papiers* » vgl. die ausführliche Darstellung von D. EFIONAYI-MÄDER und S. CATTACIN (Schweizerisches Forum für Migrations- und Bevölkerungsstudien), « Illegal in der Schweiz – Eine Übersicht zum Wissensstand », in *Asyl* 1/02 S. 3 ff.

² Laut Aktivistenkreisen sollen sich rund 150'000 bis 300'000 Papierlose in der Schweiz aufhalten. Zuverlässige Schätzungen sind in diesem Bereich naturgemäss kaum möglich, doch scheinen diese Zahlen eher hoch gegriffen. Diese hohen Zahlen sind unter anderem auch darauf zurückzuführen, dass die Bewegung der « *Sans-papiers* » eine sehr breit gefasste Definition verwendet und etwa auch Personen umfasst, die sich erst seit sehr kurzer Zeit in der Schweiz aufhalten und keine Aussicht auf eine Härtefallbewilligung haben. Gemäss anderen Schätzungen liegt die Zahl der Papierlosen in der Schweiz bei rund 50'000 bis 180'000 (EFIONAYI-MÄDER/CATTACIN, a.a.O., S. 7 f., 12).

Flüchtlinge am 21. Dezember 2001 ein gemeinsames Rundschreiben (nachfolgend: das Rundschreiben) an die zuständigen kantonalen Behörden, in welchem die Praxis dieser Bundesämter im Bereich der sogenannten schwerwiegenden persönlichen Härtefälle präzisiert wird.

Im Folgenden werden die bisherige Praxis und Rechtsprechung im Bereich der Härtefälle kurz dargestellt, bevor das Rundschreiben eingehender vorgestellt wird. Um der geltenden Systematik zu folgen, welche auch dem Rundschreiben zu Grunde liegt, werden im II. Abschnitt zunächst die Härtefälle im Bereich des Ausländerrechts (im engeren Sinne³) beleuchtet. Der III. Abschnitt ist den Härtefällen im Bereich des Asylrechts gewidmet. Der IV. Abschnitt schliesslich befasst sich mit dem Rundschreiben der Bundesämter.

A. Der Begriff des Härtefalls

Härtefallbestimmungen finden sich – in unterschiedlicher Form – in praktisch allen Bereichen der schweizerischen Rechtsordnung⁴. All diesen Tatbeständen ist gemeinsam, dass eine grundsätzlich anwendbare Rechtsnorm aufgrund ganz besonderer Umstände nicht zur Anwendung kommt. Härtefallbestimmungen haben stets Ausnahme- und Einzelfallcharakter und können nur bei Vorliegen strenger Voraussetzungen herangezogen werden, denn eine allzu grosszügige Anwendung der Härtefallklauseln gefährdet die Rechtssicherheit und kann letztendlich zu einer Aushöhlung des Gesetzes führen.

B. Die besondere Bedeutung des Härtefallbegriffes im Ausländer- und Asylrecht

Wie in den übrigen Bereichen der schweizerischen Rechtsordnung, hat der Härtefallbegriff auch im Ausländer- und im Asylrecht Ausnahmecharakter und wird entsprechend streng ausgelegt. So waren etwa im Jahre 2000 von den im Ausländerrecht neu erteilten Aufenthaltsbewilligungen lediglich 2,4 % Härtefallbewilligungen⁵. Trotz dieser strengen Praxis hat jedoch die Anzahl Härtefälle in den letzten Jahren zugenommen. So kamen allein im Kanton Freiburg

3 Darunter sind die Rechtsnormen zu verstehen, die den Status der ausländischen Bevölkerung in der Schweiz unter Ausschluss der dem Asylrecht unterstehenden Personen regeln, also insbesondere das Bundesgesetz über Aufenthalt und Niederlassung der Ausländer (ANAG, SR 142.20) und dessen Ausführungsverordnungen.

4 Z.B. im Privatrecht (Erstreckung des Mietverhältnisses, wenn die Kündigung für den Mieter eine grosse Härte bedeutet, Art. 272 ff. OR), im Sozialversicherungsrecht (Rückerstattung von zu Unrecht bezogenen Leistungen, Art. 47 Abs. 1 AHVG; Art. 52 Abs. 1 UVG; Art. 95 Abs. 2 AVIG), im Strafrecht (Strafverzicht, wenn der Täter durch die unmittelbaren Folgen seiner Tat schwer getroffen wird (Art. 66^{bis} StGB).

5 Bundesamt für Ausländerfragen, *in* (www.auslaender.ch), « http://www.auslaender.ch/statistik/aktuelle_ergebnisse/einwanderungsgrund/7b_d1200a_dez00_d.asp » (5.4.2002).

im Jahre 2001 insgesamt 342 Personen gestützt auf Artikel 13 lit. f der Verordnung über die Begrenzung der Zahl der Ausländer (BVO)⁶ in den Genuss einer Härtefallbewilligung⁷.

II. DER HÄRTEFALL IM AUSLÄNDERRECHT

A. Die Härtefallbewilligung nach Artikel 13 lit. f BVO

1. Allgemeines

Für Aufenthaltsbewilligungen zwecks Aufnahme einer Erwerbstätigkeit legt der Bundesrat jährlich Höchstzahlen fest, die auf den Bund und die Kantone aufgeteilt werden (Art. 12 BVO)⁸. Gemäss Art. 13 lit. f BVO sind Ausländer von diesen Höchstzahlen ausgenommen, wenn ein *schwerwiegender persönlicher Härtefall* oder *staatspolitische Gründe*⁹ vorliegen. Diese Bestimmung, die eigentlich nicht die Erteilung einer Aufenthaltsbewilligung, sondern nur die Frage der Unterstellung des betroffenen Ausländers unter das kantonale Kontingent regelt, bildet in der Praxis den Haupttatbestand für Härtefallbewilligungen im Bereich des Ausländerrechts. Da mit Ausnahme von hochqualifizierten Arbeitskräften nur Angehörige von EU- und EFTA-Staaten in den Genuss einer « regulären » Arbeits- und Aufenthaltsbewilligung kommen können (Art. 8 Abs. 1 BVO), bildet Artikel 13 lit. f BVO oft die einzige Möglichkeit, für Arbeitnehmer aus sogenannten Drittstaaten eine Bewilligung zu erhalten¹⁰.

2. Verfahren

Die Erteilung einer Härtefallbewilligung fällt nicht in die alleinige Zuständigkeit der kantonalen Behörde, sondern bedarf der Zustimmung des Bundesamtes für Ausländerfragen (BFA). Das BFA tritt allerdings nur dann auf ein Härtefallgesuch ein, wenn die kantonale Behörde grundsätzlich bereit ist, dem Ausländer eine Aufenthaltsbewilligung zu erteilen. Ist der Kanton zum vorne-

6 SR 823.21.

7 Im allgemeinen Sprachgebrauch werden diese Bewilligungen oft als « permis humanitaire » bzw. als « humanitäre Bewilligungen » bezeichnet.

8 Für Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer aus den Mitgliedstaaten der Europäischen Gemeinschaft und der EFTA sollen die Höchstzahlen nach Inkrafttreten des Freizügigkeitsabkommens nur noch während einer Übergangsfrist von 5 Jahren gelten, vgl. hierzu NYFFENEGGER, Grundzüge des Freizügigkeitsabkommens unter besonderer Berücksichtigung der Übergangsbestimmungen, in Aktuelle Fragen des schweizerischen Ausländerrechts, St. Gallen 2001, S. 79 ff.

9 Auf die staatspolitischen Gründe wird im Folgenden nicht näher eingegangen.

10 Hinzu kommen allerdings all jene Personen, die im Rahmen des Familiennachzugs eine Aufenthaltsbewilligung erhalten. Diese zahlenmässig starke Kategorie von Ausländern fällt für die Ausübung einer Erwerbstätigkeit – ungeachtet ihrer beruflichen Qualifikation – nicht unter die kantonalen Kontingente.

herein nicht bereit, dem Ausländer eine Bewilligung zu erteilen, so kann er die Aufenthaltsbewilligung in eigener Zuständigkeit verweigern, ohne den Fall der Bundesbehörde unterbreiten zu müssen. Dies gilt selbst dann, wenn der Ausländer ausdrücklich Härtefallgründe geltend macht¹¹.

Hat das BFA über ein von der kantonalen Behörde unterbreitetes Härtefallgesuch zu befinden, so trifft es eine Feststellungsverfügung über die Frage, ob ein erwerbstätiger Ausländer von der zahlenmässigen Begrenzung ausgenommen sei (Art. 52 Abs. 1 lit. a BVO). Dabei prüft das BFA, ob ein schwerwiegender persönlicher Härtefall (oder staatspolitische Gründe) eine solche Ausnahme rechtfertigen.

3. *Bisherige Praxis und Rechtsprechung zu Art. 13 lit. f BVO*

a) *Weisungen des BFA / Praxis der kantonalen Fremdenpolizeibehörden*

Zwecks einheitlicher Auslegung und Anwendung des Bundesrechts hat das BFA zu Handen der kantonalen Fremdenpolizeibehörden zahlreiche Weisungen erlassen, so auch im Bereich der Härtefallbewilligungen¹². Das BFA betont dabei den Ausnahmecharakter dieser Bewilligungen und hält fest, dass der betroffene Ausländer sich in einer persönlichen Notlage befinden muss. « Seine Lebens- und Daseinsbedingungen müssen, gemessen am durchschnittlichen Schicksal von Ausländern, die sich nicht oder nicht mehr in der Schweiz aufhalten dürfen, in gesteigertem Masse in Frage gestellt sein »¹³. Für das BFA begründet auch eine längere Anwesenheit in der Schweiz für sich allein noch keinen Härtefall. Immerhin könne jedoch eine besonders enge Beziehung zur Schweiz (z.B. langjähriger Aufenthalt, gute Integration in hiesige Verhältnisse, seit längerem eingeschulte Kinder) die Anforderung an die Dringlichkeit der Notlage allenfalls herabsetzen.

Zu prüfen ist zudem laut BFA, ob es dem Ausländer in persönlicher, wirtschaftlicher und sozialer Hinsicht zuzumuten ist, in sein Heimatland zurückzukehren bzw. sich dort aufzuhalten. Seine zukünftige Situation im Ausland ist seinen persönlichen Verhältnissen in der Schweiz gegenüberzustellen. Demgegenüber erinnert das BFA aber auch daran, dass die Härtefallregelung nicht den Schutz vor kriegerischen Ereignissen und staatlichen Übergriffen bezweckt, da

11 BGE 119 Ib 91 E. 2c.

12 Weisungen und Erläuterungen des Bundesamtes für Ausländerfragen betreffend Einreise, Aufenthalt und Niederlassung. Diese Weisungen bilden trotz ihrer grossen Tragweite keine Rechtsquellen im eigentlichen Sinne, so dass die Gerichte nicht daran gebunden sind. Die Weisungen sind auf der Internetseite des Bundesamtes für Ausländerfragen unter « www.auslaender.ch/rechtsgrundlagen.ch » abrufbar.

13 Ziffer 445.1 der Weisungen des BFA.

hierfür andere Rechtsinstitute vorgesehen sind (Asylgewährung oder vorläufige Aufnahme).

Zur Frage des illegalen Aufenthalts äussern sich die Weisungen nicht. Es ist demnach nicht von vorneherein ausgeschlossen, dass ein Ausländer trotz langjährigen illegalen Aufenthaltes in den Genuss einer Härtefallbewilligung kommt. Sowohl die kantonalen Fremdenpolizeibehörden als auch das BFA weisen jedoch derartige Gesuche in der Regel systematisch ab oder treten nur mit allergrösster Zurückhaltung und nur bei Vorliegen ganz ausserordentlicher Umstände darauf ein. So wird selbst ein sehr hoher Integrationsgrad oft nicht berücksichtigt, da diese Integration auf den illegalen Aufenthalt zurückzuführen ist.

Die spezifische Ausgestaltung des Verfahrens (s. oben II. 2.) bringt es mit sich, dass die Praxis der kantonalen Fremdenpolizeibehörden im Bereich der Härtefälle zum Teil uneinheitlich ausfällt. So sind in manchen Kantonen die Behörden offenbar eher bereit, auf Härtefallgesuche einzutreten und diese Gesuche dem BFA zu unterbreiten, während in anderen Kantonen auf solche Gesuche mitunter auch dann nicht eingetreten wird, wenn die Chancen auf Erteilung einer Härtefallbewilligung intakt wären. Der grosse Beurteilungsspielraum der Kantone und der wenig transparente Entscheidungsprozess erhöht damit die Gefahr einer Ungleichbehandlung ähnlicher Lebenssituationen¹⁴.

b) *Rechtsprechung*

Gerichtsinstanzen, die sich mit Härtefallbewilligungen aufgrund von Artikel 13 lit. f BVO zu befassen haben, bestätigen in der Regel die rigorose Haltung der Fremdenpolizeibehörden und des BFA. Das Bundesgericht betont demnach in seiner konstanten Rechtsprechung zu Artikel 13 lit. f BVO den Ausnahmecharakter der Härtefallbewilligung und bestätigt im Wesentlichen die Weisungen des BFA, wonach sich der betroffene Ausländer in einer persönlichen Notlage befinden muss. « Das bedeutet, dass seine Lebens- und Daseinsbedingungen gemessen am durchschnittlichen Schicksal von Ausländern in gesteigertem Masse in Frage gestellt sein müssen beziehungsweise die Verweigerung von der Ausnahme der zahlenmässigen Begrenzung für den Betroffenen schwere Nachteile zur Folge hätte. Bei der Beurteilung des Härtefalles sind alle Gesichtspunkte und Besonderheiten des Einzelfalles zu berücksichti-

¹⁴ Die kantonalen Fremdenpolizeibehörden bzw. deren übergeordnete politische Instanzen werden denn auch regelmässig mit dem Vorwurf konfrontiert, sie nützten ihren Handlungsspielraum bei der Erteilung von Härtefallbewilligungen nicht aus. Ein anschauliches Beispiel hierfür bildet der in der « Neuen Zürcher Zeitung » geschilderte Fall eines Papierlosen, der als 17-Jähriger in die Schweiz eingereist war und nach 5 Jahren Aufenthalt und abgeschlossener Berufslehre weggewiesen werden sollte (NZZ vom 27./28. April 2002, S. 45).

gen. Beim Vergleich mit dem Schicksal anderer Ausländer ist zu beachten, dass allfällige vom Gesetz vorgegebene Besonderheiten in der rechtlichen Stellung einer Ausländerkategorie zwar allenfalls mitberücksichtigt werden können, aber nicht bereits für sich eine massgebliche Härte begründen. Ein Härtefall setzt nicht zwingend voraus, dass sich der Ausländer je hier aufgehalten hat, sofern sich eine Anwesenheit in der Schweiz als unabdingbar zur Vermeidung einer bedrohlichen Notlage entpuppt. Andererseits genügt die bisherige oder eine frühere Anwesenheit für sich allein nicht zur Annahme eines Härtefalles. Wenn der Ausländer allerdings eine besonders enge Beziehung zur Schweiz hat, zum Beispiel weil er während längerer Zeit mit Anwesenheitsrecht hier lebte und gut integriert ist, kann dies die Anforderungen an die Dringlichkeit der Notlage verringern, sofern gerade auch darin eine Härte zu sehen ist, dass er seine Beziehung zur Schweiz nicht oder nicht mehr hier leben kann. Dies ist auch daran zu messen, wieweit es dem Ausländer zumutbar ist, sich in einem andern Land, namentlich in seiner Heimat, aufzuhalten beziehungsweise sich dorthin zu begeben »¹⁵.

Ein langjähriger illegaler Aufenthalt wird von den Gerichten grundsätzlich nicht berücksichtigt. So hat etwa das Verwaltungsgericht des Kantons Freiburg in seiner konstanten Rechtsprechung die restriktive Praxis der Fremdenpolizeibehörde bestätigt und dabei festgehalten, dass diese Haltung zur Bekämpfung des illegalen Aufenthaltes und der Schwarzarbeit beitrage. Das Verwaltungsgericht führt hierzu aus: « Il n'est pas choquant que ceux qui viennent en Suisse au mépris des règles sur le séjour et l'établissement des étrangers ne puissent pas bénéficier, lorsqu'ils sont découverts, de la souplesse que les autorités réservent aux étrangers disposant d'un statut officiel. Le renvoi des clandestins est une pratique bien établie qui répond à l'intérêt public tendant à combattre le travail et le séjour clandestins. A défaut, si un clandestin devait pouvoir régulariser sa situation lorsqu'il est découvert, cette régularisation constituerait une sorte de prime au séjour et au travail illégaux, propre à saboter les efforts consentis en vue de lutter contre l'immigration clandestine »¹⁶. Das Bundesgericht hält seinerseits in einem unveröffentlichten Entscheid vom 21. Juni 2001 fest, dass die rechtswidrige Aufenthaltsdauer bei der Härtefallprüfung grundsätzlich nicht berücksichtigt werde¹⁷.

B. Weitere Härtefälle im Bereich des Ausländerrechts

Bei den Härtefallbewilligungen nach Art. 13 lit. f BVO handelt es sich um die zahlenmässig weitaus bedeutsamste Kategorie. Das Ausländerrecht kennt

15 BGE 119 Ib 33 E. 4c.

16 VGE vom 29. Januar 2001 i.S. J.

17 Entscheid 2A.166/2001 i.S. VG.

aber auch andere Härtefall-Tatbestände, die jedoch vom Rundschreiben BFA/BFF nicht bzw. nicht prioritär tangiert sind und deshalb im vorliegenden Zusammenhang nicht weiter vertieft werden. In der Praxis sind insbesondere die Fälle der nichterwerbstätigen Ausländer (Art. 36 BVO) sowie das Erlöschen der Aufenthaltsbewilligung nach Auflösung der Ehe¹⁸ von Bedeutung¹⁹:

III. DER HÄRTEFALL IM ASYLRECHT

A. Der Grundsatz der Ausschliesslichkeit des Asylverfahrens

Im Bereich des Asylrechts können sich Härtefallsituationen insbesondere dann ergeben, wenn nach einer längeren Verfahrensdauer ein negativer Asylentscheid erfolgt und die Betroffenen sich unterdessen in ihrer neuen Umgebung integriert haben. Hier ist zunächst Art. 14 des Asylgesetzes vom 26. Juni 1998 (AsylG)²⁰ von zentraler Bedeutung: Laut dieser Bestimmung kann vom Zeitpunkt der Einreichung eines Asylgesuchs bis zur Ausreise nach seiner rechtskräftigen Ablehnung (oder bis zur Anordnung einer Ersatzmassnahme bei nicht durchführbarem Vollzug) kein Verfahren um Erteilung einer fremdenpolizeilichen Bewilligung eingeleitet werden. Dies bedeutet, dass ein Asylbewerber während und nach dem Asylverfahren (sofern das Asylgesuch abgewiesen wurde) kein Gesuch um Erteilung einer Härtefallbewilligung nach Art. 13 lit. f BVO einreichen kann, selbst wenn dieses Verfahren ausserordentlich lange gedauert hat. Auf ein entsprechendes Gesuch wird erst dann eingetreten, wenn der Ausländer die Schweiz verlässt und sein Gesuch aus dem Ausland stellt. Das neue Asylgesetz hat diesen sogenannten Grundsatz der Ausschliesslichkeit des Asylverfahrens²¹ verschärft, war es doch nach früherem Asylrecht unter bestimmten Voraussetzungen noch möglich, während eines laufenden Asylverfahrens ein fremdenpolizeiliches Verfahren einzuleiten²².

18 Beruht die Aufenthaltsbewilligung eines Ausländers auf der Ehe mit einem Schweizer Ehegatten bzw. mit einem in der Schweiz anwesenheitsberechtigten Ausländer, so wird diese Aufenthaltsbewilligung grundsätzlich nicht mehr verlängert, wenn die Ehe vor Ablauf von fünf Jahren nach Eheschliessung aufgelöst wird. Das BFA lässt in Härtefällen auch hier Ausnahmen zu, vgl. Ziffer 644 der Weisungen des BFA.

19 Zu beachten sind auch die den Härtefalltatbeständen verwandten Fälle, wonach das Bundesamt für Flüchtlinge die vorläufige Aufnahme eines Ausländers verfügt, wenn sich der Vollzug einer Weg- oder Ausweisung als nicht möglich, nicht zulässig oder nicht zumutbar erweist (Art. 14a ANAG).

20 SR 142.31.

21 Vgl. hierzu A. ZÜND, Schwerwiegende persönliche Notlage und fremdenpolizeilicher Härtefall in verfahrensrechtlicher Hinsicht, *in* Asyl 2/00, S. 11.

22 Vgl. R. HENNINGER, Die Erteilung von humanitären Bewilligungen an Asylbewerber, *in* FZR 1992, S. 299 ff.

B. Die vorläufige Aufnahme nach Art. 44 AsylG

Trotz des Grundsatzes der Ausschliesslichkeit des Asylverfahrens muss bei offensichtlichem Vorliegen eines Härtefalles die Möglichkeit bestehen, den betroffenen Personen das weitere Verbleiben in der Schweiz zu erlauben. Um diesen Situationen Rechnung zu tragen, sieht Art. 44 Abs. 3 AsylG vor, dass in Fällen einer schwerwiegenden persönlichen Notlage eine vorläufige Aufnahme angeordnet werden kann, sofern vier Jahre nach Einreichen des Asylgesuchs noch kein rechtskräftiger Entscheid ergangen ist. Mit der vorläufigen Aufnahme erhält der Betroffene einen Status, der zwar weit unsicherer ist als etwa eine Aufenthaltsbewilligung, doch eröffnet sich damit immerhin die Möglichkeit, ein fremdenpolizeiliches Verfahren einzuleiten²³. In der Praxis führt die vorläufige Aufnahme in solchen Fällen meist zu einem gefestigten Aufenthalt und mittelfristig zu einer Aufenthaltsbewilligung, sofern in der Zwischenzeit keine Ausschlussgründe (namentlich Begehung von Straftaten, schwere Fürsorgeabhängigkeit) hinzukommen.

In formeller Hinsicht ist zu betonen, dass eine vorläufige Aufnahme – entgegen dem absoluten Wortlaut von Art. 44 Abs. 3 AsylG – auch dann in Frage kommen kann, wenn bereits ein rechtskräftiger Entscheid vorliegt und die Wegweisung angeordnet wurde. Dies trifft dann zu, wenn der Vollzug der Wegweisung aus Gründen, welche die asylsuchende Person nicht zu vertreten hat, auf längere Sicht nicht vollzogen werden kann²⁴.

Was die materielle Prüfung von Härtefällen nach Art. 44 AsylG betrifft, so führt Abs. 4 dieser Bestimmung aus, dass bei der Beurteilung der schwerwiegenden persönlichen Notlage insbesondere die Integration in der Schweiz, die familiären Verhältnisse und die schulische Situation der Kinder zu berücksichtigen sind. Zudem ist bei der Prüfung dieser Frage die bisherige bundesgerichtliche Praxis zu Art. 13 lit. f BVO heranzuziehen und weiterzuführen²⁵. Was unter « schwerwiegender persönlicher Notlage » im Sinne von Art. 44 AsylG zu verstehen ist, hat der Bundesrat in Art. 33 der Asylverordnung²⁶ näher ausgeführt. Demnach muss « aufgrund der Dauer des Aufenthalts und der gesamten persönlichen Umstände eine besonders enge Beziehung zur Schweiz » bestehen. Dies sei namentlich dann der Fall, wenn « die asylsuchende Person sich in der Schweiz eine dauerhafte wirtschaftliche Existenz geschaffen hat » oder wenn sie « für ein oder mehrere Kinder zu sorgen hat, die seit mehr als

23 ZÜND, a.a.O., S. 13

24 M. GATTIKER, « Schwerwiegende persönliche Notlage » im Sinne von Art. 44 Asylgesetz, in *Asyl* 2/00, S. 5.; ZÜND, a.a.O., S. 12.

25 Grundsatzentscheid der Schweizerischen Asylrekurskommission (ARK) vom 1. Mai 2001 i.S. Z.P. und Familie, in (www.ark-cra.ch), « www.ark-cra.ch/emark/d/index.htm » (13.04.2002).

26 Asylverordnung 1 über Verfahrensfragen vom 11. August 1999 (AsylV 1), SR 142.311.

vier Jahren ununterbrochen eine Ausbildung in der Schweiz absolvieren, und eine angemessene Ausbildung im Land, in welches die Wegweisung erfolgen soll, nicht gewährleistet ist.» Die Schweizerische Asylrekurskommission (ARK) hat hierzu festgehalten, dass die in Art. 33 AsylV 1 aufgeführten positiven Kriterien, die zur Bejahung einer schwerwiegenden persönlichen Notlage führen, als beispielhafte, hingegen nicht als abschliessende Aufzählung verstanden werden müssen²⁷.

IV. DAS RUNDSCHREIBEN VOM 21. DEZEMBER 2001

A. Vorgeschichte

Im Sommer und Herbst 2001 haben Aktivistenkreise zusammen mit betroffenen Ausländern in mehreren Kantonen²⁸ durch Aktionen wie Kirchenbesetzungen, Demonstrationen und Medienauftritte auf die Problematik der Papierlosen hingewiesen. Bis dahin war die Tatsache, dass sich eine grosse Anzahl Ausländer ohne Arbeits- und Aufenthaltsbewilligung in der Schweiz aufhalten und am wirtschaftlichen und sozialen Leben teilnehmen, sowohl von den politischen Instanzen der Kantone und des Bundes als auch von der Öffentlichkeit unbeachtet geblieben. Aufgrund der verschiedenen Aktionen wurde nun erstmals eine breitere Öffentlichkeit für die Anliegen der Papierlosen in der Schweiz sensibilisiert.

Die Hauptforderung der Papierlosen-Bewegung, nämlich die « kollektive Regularisierung »²⁹ aller Papierlosen, wurde vom Bundesrat wie auch von den betroffenen Kantonsregierungen von vorneherein strikte abgelehnt. Hingegen verwiesen die (in erster Linie angesprochenen) Bundesbehörden auf die Möglichkeit hin, bereits unter dem geltenden Recht Härtefälle zu prüfen und den Betroffenen ein dauerndes Verbleiben in der Schweiz zu erlauben. Um diese Praxis in Erinnerung zu rufen und näher zu erläutern, erliessen das BFA und das BFF am 21. Dezember 2001 ein Rundschreiben, welches an die Fremdenpolizei- sowie die Arbeitsmarktbehörden der Kantone adressiert war³⁰. Das

27 Entscheid vom 1. Mai 2001 (s. oben, Anm. 25). Zwar wurde Art. 33 AsylV 1 nach diesem Entscheid revidiert (V vom 3. Juli 2001, AS 2001 1750), doch muss die zitierte Rechtsprechung der ARK auch nach dieser Revision weiterhin gelten. Dies lässt sich aus der Wortwahl des Verordnungsgebers (« namentlich ») ableiten.

28 Insbesondere Freiburg, Neuenburg, Waadt, Bern, Basel-Stadt.

29 Darunter ist wohl die Gewährung von Aufenthaltsbewilligungen aus humanitären Gründen (Art. 13 f BVO) zu verstehen. Während manche Aktivisten die voraussetzungslose « Regularisierung » aller Betroffenen forderten, waren andere immerhin bereit, bestimmte Kriterien zu definieren.

30 Weitere Adressaten sind die Fremdenpolizei- und Arbeitsmarktbehörden verschiedener Schweizer Städte, die über solche Behörden verfügen, sowie die Fremdenpolizeibehörde des

Rundschreiben trägt den Titel « Praxis der Bundesbehörden bei der Anwesenheitsregelung von Ausländerinnen und Ausländern in schwerwiegenden persönlichen Härtefällen » und soll bei den kantonalen Behörden, aber auch bei den betroffenen Personen Transparenz schaffen.

Dem Erlass des Rundschreibens vorangegangen war eine kurzfristige Konsultation der Mitglieder der Konferenz der Kantonalen Justiz- und Polizeidirektorenkonferenz (KKJPD). Dabei hatte die Mehrheit der Kantone dem Entwurf zugestimmt, während acht Kantone zum Teil wichtige Vorbehalte angebracht und vier Kantone sich ausdrücklich gegen das Rundschreiben ausgesprochen hatten. Die Ergebnisse dieser Vernehmlassung wurden nicht veröffentlicht, so dass unter anderem die Vorbehalte bzw. die Gründe für die Ablehnung des Rundschreibens durch bestimmte Kantone nicht erkennbar sind.

B. Rechtsnatur

Bezüglich seiner Rechtsnatur ist das Rundschreiben mit den Weisungen des BFA³¹ vergleichbar: Es wurde von einer bzw. zwei Verwaltungsbehörden des Bundes erlassen und richtet sich an die kantonalen Behörden, die mit der Umsetzung des Ausländer- und Asylrechts betraut sind. Im Unterschied zu den Weisungen enthält das Rundschreiben jedoch keine Anordnungen zur Auslegung und Anwendung des geltenden Rechts, sondern erläutert vielmehr den kantonalen Behörden, welche Voraussetzungen erfüllt sein müssen, damit die Bundesämter ein Härtefallgesuch allenfalls gutheissen können. Es bleibt den kantonalen Behörden indes freigestellt, ob sie ein entsprechendes Gesuch einreichen wollen oder nicht. Dem Ermessen der Kantone sind allerdings Schranken in der Form der allgemeinen Rechtsgrundsätze (insbesondere das Rechtsgleichheitsgebot und das Willkürverbot) gesetzt.

C. Härtefallbewilligungen des Ausländerrechts

Zunächst befasst sich das Rundschreiben mit den Kriterien, die für die Beurteilung eines Härtefalls im Bereich des Ausländerrechts massgeblich sind. Dabei werden folgende Kriterien aufgeführt:

- Dauer der Anwesenheit (Gesuchsteller, Ehepartner und Kinder);
- Zeitpunkt und Dauer der Einschulung der Kinder; schulische Leistungen;
- Klagloses Verhalten und guter Leumund (insbesondere keine erheblichen wiederholten strafrechtlichen Verurteilungen);

Fürstentums Liechtenstein. Das Rundschreiben ist auf den Internetseiten der Bundesämter abrufbar (« www.auslaender.ch » oder « www.asyl.admin.ch »).

31 S. hierzu oben, II. 3. a).

- Soziale Integration aller Familienmitglieder (Sprache, Fürsorgeabhängigkeit, usw.);
- Gesundheitszustand aller Familienmitglieder;
- Integration im Arbeitsmarkt (Stabilität; Weiterbildung usw.);
- Angehörige in der Schweiz oder im Ausland;
- Unterkünfte- und Integrationsmöglichkeiten in der Heimat;
- Bisherige Bewilligungsverfahren (insbesondere frühere Gesuche um Anerkennung als schwerwiegende persönliche Härtefälle und deren zeitlicher Ablauf);
- Verhalten der für den Vollzug des Ausländerrechts zuständigen Behörden im konkreten Einzelfall.

Aus der Wortwahl des Rundschreibens (« insbesondere ») ist abzuleiten, dass diese Aufzählung nicht abschliessend ist. Vielmehr können auch andere, hier nicht aufgeführte Kriterien mitberücksichtigt werden. Des weitern müssen die genannten Kriterien nicht kumulativ erfüllt sein, doch werden manche Aspekte in der Praxis stärker gewichtet als andere.

Im Wesentlichen wird bei der näheren Erläuterung der erwähnten Kriterien auf S. 3 bis 5 des Rundschreibens die geltende Praxis und Rechtsprechung zu Art. 13 lit. f BVO wiederholt, so dass das Rundschreiben auf den ersten Blick keine eigentlichen Neuerungen enthält. In zwei Punkten jedoch signalisiert das BFA eine gewisse Öffnung:

1. Anwesenheitsdauer

Zwar ist es nach geltender Praxis und Rechtsprechung in ausserordentlichen Fällen selbst dann möglich, eine Härtefallbewilligung zu erteilen, wenn die betreffende Person sich noch nie in der Schweiz aufgehalten hat³², doch im Regelfall wurde dem Kriterium der Anwesenheitsdauer bisher ein sehr grosses Gewicht beigemessen. Manche Kantone wenden gar als Eintretensvoraussetzung eine zeitliche Limite an (z.B. Aufenthaltsdauer von mindestens 8 oder 9 Jahren). Solche Limiten verhindern indes eine umfassende Prüfung des Einzelfalls und stehen zudem im Widerspruch zur bundesgerichtlichen Rechtsprechung³³.

Das Rundschreiben trägt diesen Bedenken Rechnung und hält nun fest, dass in Zukunft insbesondere der Integrationsgrad stärker berücksichtigt werden soll. Als Faustregel wird dennoch präzisiert, dass bei einem Aufenthalt in der Schweiz von weniger als vier Jahren davon ausgegangen werden könne, dass kein Härtefall im Sinne von Art. 13 lit. f BVO vorliegt. Bei Aufenthalten von mehr als vier Jahren erscheine dagegen eine vertiefte Prüfung der Begehren

³² Vgl. oben, II. 3. b).

³³ Vgl. SPESCHA, Handbuch zum Ausländerrecht, Bern, Stuttgart, Wien 1999, S. 82.

angezeigt. Eine Anwesenheitsdauer von mehr als vier Jahren genüge allerdings für sich allein nicht für die Annahme eines Härtefalls. Vielmehr müssen weitere der genannten Kriterien erfüllt sein. Dies gelte auch für Personen, die sich bisher legal in der Schweiz aufgehalten haben.

Das stärkere Abstellen auf den Integrationsgrad ist grundsätzlich zu begrüßen, da die bisherige Praxis dem starren Aspekt der Aufenthaltsdauer allzu grosse Bedeutung beigemessen hat. Indes erlauben es die wenig klaren Aussagen des Rundschreibens nicht, die künftige Entwicklung im Bereich der Härtefälle zu prognostizieren.

2. *Illegaler Aufenthalt*

Nach geltender Praxis und Rechtsprechung wird der rechtswidrige Aufenthalt in der Schweiz bei der Härtefallprüfung grundsätzlich nicht berücksichtigt³⁴. Zwar prüfen die Fremdenpolizeibehörden und Gerichte auch hier die Gesuche unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls, doch werden die Gesuche systematisch abgewiesen, da man die Betroffenen nicht noch dafür « belohnen » will, dass sie ihren rechtlichen Pflichten über mehrere Jahre nicht nachgekommen sind. Diese rigorose Praxis ist nachvollziehbar, kann doch nur auf diese Weise eine Aushöhlung der Rechtsordnung vermieden werden. Hingegen wurde in der Vergangenheit allfälligen weiteren Kriterien meist nicht oder zu wenig Rechnung getragen.

Was den illegalen Aufenthalt betrifft, so hält das Rundschreiben nun fest, dass die konkreten Umstände, die zu diesem Aufenthalt geführt haben, angemessen berücksichtigt werden müssen. Dies gelte insbesondere für ehemalige langjährige Saisoniers, die keine neue Bewilligung mehr erhalten konnten³⁵. Hier signalisiert das BFA eine gewisse Öffnung für Ausländer, denen für die Umwandlung einer Saison- in eine Jahresaufenthaltsbewilligung nur noch wenig fehlte, die jedoch wegen der Einführung des 3-Kreise-Systems nicht mehr in den Genuss dieser Umwandlung kommen konnten. Viele der Betroffenen sind danach untergetaucht und verweilen noch heute in der Schweiz. Der Wortlaut « insbesondere » lässt aber darauf schliessen, dass auch in anderen Fällen ein langjähriger illegaler Aufenthalt nicht (mehr) als absoluter Ausschlussgrund zu betrachten ist. So könnten in einer konkreten Interessenabwägung andere Kriterien, wie etwa eine sehr lange Aufenthaltsdauer, überwiegen.

Das Rundschreiben hält sodann fest, dass die stillschweigende Tolerierung der illegalen Anwesenheit durch die mit dem Vollzug des Ausländerrechts betrauten Behörden (Gemeinden und Kantone) zu Gunsten der Gesuchsteller

³⁴ Vgl. oben II. 3. b).

³⁵ Rundschreiben, S. 3.

zu berücksichtigen ist³⁶. Damit wird (erstmal?) dem Umstand Rechnung getragen, dass in manchen Gemeinden die Präsenz von illegal anwesenden Ausländern mitunter geduldet und damit den Betroffenen der Eindruck vermittelt wird, ihr Status in der Schweiz sei gesichert und sie hätten keine Ausweisung zu befürchten. Da das Rundschreiben jedoch ausdrücklich präzisiert, die Tolerierung müsse von den mit dem Vollzug des Ausländerrechts betrauten Behörden ausgehen, können sich all diejenigen Ausländer nicht auf dieses Kriterium berufen, deren Kinder mit stillschweigender Duldung der *Schulbehörden* die Schule besuchen, die jedoch bei den anderen Gemeindebehörden (insbesondere bei der Einwohnerkontrolle) nicht registriert sind. Faktisch dürfte dieses Kriterium somit hauptsächlich denjenigen Ausländern zu Gute kommen, die sich in kleineren bis mittelgrossen Gemeinden aufhalten und deren Präsenz nicht nur den Schul-, sondern auch den übrigen Gemeindebehörden bekannt ist.

D. Härtefälle im Bereich des Asylrechts

Für den Bereich des Asylrechts beschränkt sich das Rundschreiben im Wesentlichen darauf, die geltende Praxis und Rechtsprechung zu den Härtefällen in Erinnerung zu rufen. Es unterscheidet dabei zwischen den Gesuchten, die während eines laufenden Asylverfahrens behandelt werden und denjenigen, die nach Abschluss des Asylverfahrens zu prüfen sind. Zu letzteren Fällen habe der Bundesrat immerhin seine Bereitschaft erklärt, « schwerwiegende Härtefälle, die von den Kantonen unterbreitet werden, durch die zuständigen Bundesämter prüfen zu lassen. » Die (kumulativen) Voraussetzungen, die für eine solche Prüfung erfüllt sein müssen, sind indes ausserordentlich streng formuliert, so dass eine vorläufige Aufnahme nur in seltenen Fällen in Frage kommen dürfte. Hinzu kommt, dass der Antrag auf Prüfung des Härtefalls durch die zuständige Regierungsrätin / den zuständigen Regierungsrat unterbreitet werden muss. Damit wird es wesentlich von der politischen Sensibilität des betreffenden Regierungsmitglieds abhängen, ob ein Dossier überhaupt dem BFF unterbreitet wird oder nicht. Die Zuteilung eines Asylbewerbers an einen bestimmten Kanton zu Beginn des Asylverfahrens kann somit einen nicht unwesentlichen Einfluss auf ein allfälliges, späteres Härtefallverfahren haben. Es ist fraglich, ob solche kantonalen Disparitäten mit dem Grundsatz der Rechtsgleichheit vereinbar sind.

Die künftige Praxis des BFF wird zeigen, ob das Rundschreiben auch im Asylbereich dazu beitragen wird, besonders verfahrenre Situationen angemessen zu lösen.

³⁶ Rundschreiben, S. 5.

E. Erste Erfahrungen / Ausblick

Die ersten vom Bund bekanntgegebenen Zahlen bestätigen den Eindruck, dass das Rundschreiben nicht in allen Kantonen auf Interesse stösst. So wurden im Jahr 2002 bisher³⁷ 95% der Härtefallgesuche von den Kantonen Genf (30%), Waadt (30%), Bern (13%), Freiburg (11%) und Neuenburg (11%) eingereicht, während die restlichen 5% auf die Kantone Jura, Zürich, Solothurn, Wallis, Basel-Land und Schaffhausen verteilt sind. Insgesamt wurden 149 Dossiers (439 Personen) den Bundesämtern unterbreitet³⁸, wovon 54% gutgeheissen wurden³⁹. In 19% der Fälle erging ein negativer Entscheid, während in 13% der Fälle nicht auf das Gesuch eingetreten wurde. 14% der Gesuche waren im Zeitpunkt der Erhebung noch hängig.

Diese Ergebnisse sollten indes nicht zur Annahme verleiten, in manchen Kantonen sei das Härtefallproblem vernachlässigbar. Vielmehr ist davon auszugehen, dass in allen Kantonen – in mehr oder weniger hohem Ausmass – Härtefälle vorkommen. Ebensowenig kann behauptet werden, es gebe Kantone ohne illegal anwesende Ausländer. Es ist deshalb zu hoffen, dass sich auch die zurückhaltenden Kantone dieser Realität bewusst werden und das Rundschreiben als Möglichkeit betrachten, im Einvernehmen mit den Bundesämtern Problemfälle zu lösen. Die Bundesämter ihrerseits sollten den Kantonen das nötige Vertrauen entgegenbringen und die ihnen unterbreiteten Fälle mit Wohlwollen prüfen.

Es dürfte allen Beteiligten klar sein, dass das Rundschreiben keine Lösung der Papierlosenproblematik bringt, denn dieses Phänomen steht in einem grösseren migrationspolitischen Zusammenhang und kann nicht mit Hilfe von Einzelfallprüfungen angegangen werden. Wie die Erfahrung in anderen europäischen Ländern gezeigt hat, vermag aber auch eine grosszügige Regularisierungspolitik nur kurzfristig Abhilfe zu schaffen. Unklar ist auch, ob der Migrationsdruck inskünftig durch eine stärkere Anbindung der Schweiz an die Europäische Union (« Schengen-Raum » & « Dubliner Übereinkommen ») besser gesteuert werden kann. Für die gegenwärtigen Probleme bietet das Rundschreiben immerhin einen ersten, wenn auch zaghaften Ansatz, ausgewiesene Härtefälle einer angemessenen Lösung zuzuführen.

37 Übersicht Härtefälle BFA/BFF, Stand per 6. Mai 2002.

38 67 Dossiers beim BFA und 82 beim BFF.

39 Entweder durch Ausstellung einer Aufenthaltsbewilligung (BFA) oder durch die Gewährung der vorläufigen Aufnahme (Asylfälle).

BEHÖRDLICHE INFORMATION ÜBER ABSTIMMUNGSVORLAGEN: EIN FALLBEISPIEL

Stephan Dillier

Rechtsanwalt, juristischer Berater beim Amt für Gesetzgebung

I. EINLEITUNG: DAUERBAUSTELLE POLITISCHE RECHTE

Die politischen Rechte sind ein viel beackertes Feld. In diesem landwirtschaftlichen Sinn ist das Motto der FZR-Sondernummer «Recht im Umbruch» charakteristisch für dieses Rechtsgebiet; teilweise trifft auch der eigentliche Sinn eines Bruchs mit der Vergangenheit zu. Ein paar Beispiele aus Gesetzgebung und Rechtsprechung der letzten zehn Jahre mögen dies illustrieren, bevor auf einige Fragen im Zusammenhang mit der Information über Abstimmungsvorlagen eingegangen werden soll.

Im fraglichen Zeitraum sind mehrere Teilrevisionen¹ und schliesslich die Totalrevision des Gesetzes vom 18. Februar 1976 über die Ausübung der bürgerlichen Rechte (GABR) in Kraft getreten. Bei einer dieser Revisionen erhielten die öffentlich-rechtlich anerkannten Kirchen auf Anfang 1998 die Kompetenz, die Pfarreiwahlen und -abstimmungen selbst zu regeln²; die Kirchen haben ihre Autonomie dazu genutzt, ihren ausländischen Mitgliedern Stimmrecht und Wählbarkeit zu gewähren³. Kurz vor der Totalrevision wurde das GABR im Hinblick auf die National- und Ständeratswahlen von 1999 letztmals teilrevidiert, um die hohen Hürden für die Gewährung von Beiträgen an Parteien und Wählergruppen an die bundesgerichtliche Rechtsprechung anzupassen⁴. Der staatsrätliche Entwurf für ein totalrevidiertes Gesetz brachte

1 Im Text nicht aufgeführte Revisionen: Gesetz vom 25.9.1991 (geänderte Zuständigkeiten für Beschwerden; AGS 1991 S. 455); Gesetz vom 1.10.1991 (Stimmrechtsalter 18, Anpassung an Verfassungsänderung; AGS 1991 S. 531); Gesetz vom 15.2.1995 (Erleichterung der brieflichen Stimmabgabe; AGS 1995 S. 109); Gesetz vom 28.9.1995 (Möglichkeit, Wahllisten kostenlos durch die Gemeinden verteilen zu lassen; AGS 1995 S. 457); Gesetz vom 18.9.1997 (Anpassung an die neue StPO; AGS 1997 S. 383).

2 Gesetz vom 26.9.1990 über die Beziehungen zwischen den Kirchen und dem Staat (AGS 1990 S. 419/SGF 190.1; GABR-Änderung durch Art. 40 Ziff. 10).

3 Vgl. die Statute der römisch-katholischen Kirche (SGF 191.0.11) und der evangelisch-reformierten Kirche (SGF 192.11). Diese Regelung hat auch die israelitische Kultusgemeinde eingeführt (SGF 193.11).

4 Revision vom 11.5.1999 (AGS 1999 S. 148), ausgelöst durch BGE 124 I 55 (Anm. 11).

neben einzelnen materiellen Änderungen⁵ vor allem eine Neugliederung (insbesondere nach Proporz- und Majorzwahlen), dank der gegenüber dem bisherigen Gesetz rund siebzig Artikel eingespart wurden⁶. Die vorberatende Grossratskommission ergänzte den Entwurf mit verschiedenen substanziellen Änderungen⁷, so dass schliesslich ein auch materiell totalrevidiertes Gesetz⁸ verabschiedet wurde. Doch nach dieser Innenrenovation zeichnet sich bereits eine Aufstockung⁹ der politischen Rechte ab, denn was dem Grossen Rat recht ist, kann dem Verfassungsrat nur billig sein.

In derselben Zeitspanne gab die Ausübung der politischen Rechte auch immer wieder Anlass zu Beschwerdefällen. So wurde wiederholt die Nichtunterstellung unter das Finanzreferendum gerügt¹⁰. Auch gesetzliche Regelungen wurden angefochten, mit Erfolg im Fall der Bestimmungen, die die Vergütung der Kosten für den Druck von Wahllisten und die Gewährung eines Beitrags an die Wahlkampfkosten an beträchtliche Wahlerfolge knüpften¹¹. Die Wahl des

-
- 5 Ausschluss der stillen Wahl bei Gesamterneuerungswahlen, Herabsetzung des Quorums von 7,5 auf 5 %, Neuregelung (separates Gesetz) der staatlichen Beteiligung an den Wahlkampfkosten (vgl. TGR 2001 S. 96).
 - 6 Das neue Gesetz fasst die Regeln, die allen Wahlen bzw. einem Wahlmodus gemeinsam sind, zusammen, statt sie jeweils zu wiederholen. Es bricht so allerdings die chronologische Reihenfolge der Bestimmungen, was die Verständlichkeit des Gesetzes nicht unbedingt erhöht; dabei war gerade die Unübersichtlichkeit des alten Gesetzes ein Hauptgrund der Revision (vgl. TGR 2001 S. 96).
 - 7 Staatsangestellte ohne eigentlichen Bezug zur Exekutiv- oder Legislativgewalt können nunmehr dem Grossen Rat angehören; Listenverbindungen sind nicht mehr möglich; die Hürde des Quorums wird beseitigt; bei der Grossratswahl werden die Sitze gleich auf die Listen verteilt wie bei der Nationalratswahl.
 - 8 Gesetz vom 6. April 2001 über die Ausübung der politischen Rechte (PRG; SGF 115.1); inzwischen bereits erstmals geändert: Gesetz vom 16.10.2001 (ABI Nr. 44 vom 2.11.2001/AGS 2001 S. 468; das Amtsblatt ist nicht mehr Publikationsorgan für die referendumpflichtigen Erlasse).
 - 9 Der Verfassungsrat hat im Frühjahr 2002 beschlossen, die Volksmotion, das Stimmrecht der Auslandschweizerinnen und Auslandschweizer auf Kantonebene sowie das Stimmrecht und die Wählbarkeit der niedergelassenen Ausländerinnen und Ausländer auf Gemeindeebene einzuführen, vgl. Thesen der Null-Lesung, S. 18 ff., auf der Website des Verfassungsrats (www.fr.ch/constituante/de) abrufbar, «www.fr.ch/constituante/doc/fichiers/lecture_0/theses_lect_0.pdf» (26.6.2002).
 - 10 Im Fall der Beteiligung am Aktienkapital der SAIDEF (Betreiberin der Kehrrechtverbrennungsanlage) mit Erfolg (Urteil 1P.551/1998 des BGer vom 26.4.1999; Dekrete vom 15.9.1998 [AGS 1998 S. 462] und vom 17.9.1999 [AGS 1999 S. 314]).
 - 11 Urteil des BGer vom 1.4.1998 i. S. Evangelische Volkspartei Freiburg (EVP) gegen Staatsrat des Kantons Freiburg (BGE 124 I 55); die Schwelle eines Wahlerfolgs von 7,5 % bzw. von fünf Grossratssitzen ist nicht mit der Wahlfreiheit (Rechtsgleichheitsgebot und Diskriminierungsverbot) vereinbar. Der Entscheid erinnert an das Urteil Geissbühler vom 28.3.1962 (JdT 1962 I 271 ff.), in dem das BGer ein Quorum von 15 % für verfassungswidrig erklärte. 1996 wurde erfolglos die Bestimmung angefochten, die den Druck der Wahllisten den Parteien überliess (für kleine Parteien u. U. zu kostspielig; Urteil 1P.120/1996 vom 12.9.1996, ZBI 98/1997 S. 355 ff.); nach dem PRG besorgt nunmehr der Kanton bei kantonalen Wahlen den Druck auf seine Kosten.

Verfassungsrates führte zu einer ganzen Reihe von Beschwerden¹², die insbesondere das Fehlen einer Wahlanleitung¹³ oder das Quorum von 7,5 % rügten. Sie wurden zwar allesamt abgewiesen, sind aber durchaus nicht folgenlos geblieben¹⁴. Schliesslich wurden die amtlichen Erläuterungen zur Abstimmung über die Umwandlung der Rechtsform der Freiburgischen Elektrizitätswerke (im Folgenden: FEW-Abstimmung) angefochten, wobei das Bundesgericht die Aufmachung der Broschüre missbilligte¹⁵. Das heikle Problem einer angemessenen Information der Behörde über die Vorlage, die sie den Stimmberechtigten unterbreitet, stellt sich bei jeder Abstimmung; es lohnt sich also, sich näher damit zu beschäftigen.

II. EINE UMSTRITTENE ABSTIMMUNGSBROSCHÜRE

Am 19. Oktober 2000 verabschiedete der Grosse Rat ein Gesetz¹⁶ zur Umwandlung der Freiburgischen Elektrizitätswerke (FEW) in eine privatrechtliche Aktiengesellschaft. Gegen das Gesetz wurde das Referendum ergriffen. Der Staatsrat setzte die Volksabstimmung auf den 10. Juni 2001 an. Seine Abstimmungserläuterungen veröffentlichte er in einer 32-seitigen Broschüre mit zahlreichen farbigen Illustrationen, die zur Hälfte einer anderen kantonalen Abstimmungsvorlage (Verpflichtungskredit für den Bau der Umfahrungsstrasse Bulle–La Tour-de-Trême) gewidmet war. Die sozialdemokratische Partei des Kantons Freiburg und Claude Vaucher fochten am 4. Mai 2001 diese Erläuterungen beim Staatsrat an, wobei sie im Wesentlichen deren inhaltliche und formale Unausgewogenheit rügten. Der Staatsrat wies die Beschwerde¹⁷ am 15. Mai 2001 ab.

Am 2. Juni 2001 gelangten die unterlegenen Parteien mit staatsrechtlicher Beschwerde an das Bundesgericht. Die Erteilung der aufschiebenden Wirkung wurde am 5. Juni 2002 mit Präsidualverfügung abgelehnt, da die Gutheissung

12 Urteile des BGer 1P.298/2000 vom 31.8.2000 (ZBl 102/2001 S. 188 ff.; v. a. zur Frage der fehlenden Wahlanleitung) und 1P.442/2000 vom 20.10.2000 (v. a. zur Frage des Quorums); auf der Website des Bundesgerichts (www.bger.ch) abrufbar in der Rubrik Rechtsprechung, Urteile ab 2000.

13 Aus diesem Grund war schon die Grossratswahl von 1996 angefochten worden. Der kantonale Entscheid hob hervor, dass bei der Nationalratswahl trotz Abgabe einer Anleitung an alle Stimmberechtigten der Anteil ungültiger Stimmen vergleichbar war.

14 Bei den kantonalen Wahlen von 2001 wurde eine Anleitung abgegeben. Das PRG hat die Hürde des Quorums abgeschafft, zugleich aber auch die Möglichkeit von Listenverbindungen.

15 Vgl. hinten Ziff. II, Schluss des dritten Absatzes.

16 Gesetz über die Rechtsform der Freiburgischen Elektrizitätswerke und ihrer Pensionskasse (SGF 772.1.1).

17 Sowohl die Beschwerdeführer wie die Beschwerdeinstanz bezeichneten das Rechtsmittel als «réclamation»; die Artikel 60 ff. des (damals geltenden) Gesetzes vom 18. Februar 1976 über die Ausübung der bürgerlichen Rechte sprechen aber von «recours» bzw. «Beschwerde».

der Beschwerde zur Aufhebung der Abstimmung führen könne. In der Sache entschied das Bundesgericht erst nach der Abstimmung¹⁸; es wies die Beschwerde ab. Zwar stellte es verschiedene Mängel an der Abstimmungsbroschüre fest, hob aber die Abstimmung nicht auf, da nichts darauf schliessen liess, die gerügten Unregelmässigkeiten hätten dessen Ergebnis beeinflussen können.

Die Beschwerdeführer rügen in erster Linie ein Missverhältnis zwischen der Darstellung der Ausführungen des Staatsrates und dem Abdruck des Textes des Referendumskomitees. Der Staatsrat legt seinen Standpunkt auf zwölf, graphisch ansprechenden Seiten dar; sein Text ist mit zahlreichen Fotos illustriert und prägnante Kernaussagen sind als Blickfang hervorgehoben. Demgegenüber sind die Argumente des Referendumskomitees in gedrängter Schrift auf eine Seite gezwängt und nicht einmal im Inhaltsverzeichnis aufgeführt. Das bewirke ein Informationsdefizit und widerspreche dem Gebot kurzer, sachlicher Erläuterungen, wie sie beim Bund¹⁹ ausdrücklich vorgeschrieben sind. Die Beschwerdeführer kritisieren verschiedene Aussagen als Propaganda, die die Sorge um die wirtschaftliche Zukunft der FEW und die Erhaltung der Arbeitsplätze mit nicht belegten Behauptungen allein für sich beanspruche und den gegnerischen Standpunkt diskreditiere. Deplatziert sei auch die Angabe der Webadresse der FEW, könne doch die Website des Unternehmens unkontrollierte Informationen enthalten. Das Bundesgericht erachtet die Broschüre inhaltlich sowie in Bezug auf den Umfang der befürwortenden und der gegnerischen Ausführungen als im Rahmen des Zulässigen, bringt aber bei der Form gewichtige Vorbehalte²⁰ an.

III. RECHTSPRECHUNG, LEHRE, LEHREN FÜR DIE ZUKUNFT

A. Vorbemerkung: «Freispruch», aber kein Freibrief

Viele Stimmrechtsbeschwerden werden wie im Fall der FEW-Abstimmung trotz festgestellter Unregelmässigkeiten abgewiesen. Denn wenn ausgeschlossen werden kann, dass der Mangel das Abstimmungsergebnis verfälscht hat²¹,

18 Urteil 1P.377/2001 vom 4.9.2001; auf der Website des Bundesgerichts (Anm. 12) abrufbar.

19 Art. 11 Abs. 2 BPR (SR 161.1): «Der Abstimmungsvorlage wird eine kurze, sachliche Erläuterung des Bundesrates beigegeben, die auch den Auffassungen wesentlicher Minderheiten Rechnung trägt. Die Abstimmungsvorlage muss den Wortlaut der auf dem Stimmzettel gestellten Fragen enthalten. Für Volksinitiativen und Referenden teilen die Urheberkomitees ihre Argumente dem Bundesrat mit; dieser berücksichtigt sie in seinen Abstimmungserläuterungen. Der Bundesrat kann ehrverletzende, krass wahrheitswidrige oder zu lange Äusserungen ändern oder zurückweisen.»

20 «Elle suscite ... d'importantes réserves quant à la forme» (E. 4f). Vgl. auch Anm. 70.

21 Oder: «Erscheint die Möglichkeit, dass die Abstimmung ohne den Mangel anders ausgefallen wäre, nach den gesamten Umständen als derart gering, dass sie nicht mehr ernsthaft in Betracht fällt» (BGE 119 Ia 271, E. 3b).

so muss der Volkswille respektiert werden²², und die Abstimmung darf nicht aufgehoben werden²³. Dass die Beschwerde abgewiesen wird, obwohl die Unregelmässigkeit bestehen bleibt, ist aber «particulièrement frustrant pour le recourant»²⁴, und die in der Abstimmung Unterlegenen teilen die Auffassung des Gerichts, dass die Abstimmung ohne den Mangel nicht anders ausgegangen wäre²⁵, nicht unbedingt. Es ist daher wichtig, dass Mängel wenn immer möglich vor der Abstimmung behoben werden²⁶.

Die zurückhaltende Kassationspraxis des Bundesgerichts darf für die Behörden²⁷ keinesfalls ein Ruhekitzel sein; sie verpflichtet diese vielmehr, ihre Aufgaben bei der Abstimmungsvorbereitung und -durchführung «mit grossem Verantwortungsbewusstsein gegenüber der demokratischen Meinungs- und Willensbildung wahrzunehmen»²⁸. Die Behörden tun auch im Interesse ihrer Glaubwürdigkeit gut daran, sich die von der Rechtsprechung geforderte Zurückhaltung aufzuerlegen. Der Staatsrat wird darauf achten müssen, künftig keine werbegründlich aufgemotzte Broschüre mehr abzusegnen. Vorsorglich sollte er das Verfahren so ausgestalten, dass ihm gar nicht erst wohlmeinende Staatsdiener eine fragwürdige Druckvorlage unterbreiten.

B. Allgemeine Grundsätze

Die Frage der amtlichen Information über Abstimmungsvorlagen steht im Spannungsfeld zwischen der Informationspflicht der Behörden bzw. dem Anspruch der Stimmberechtigten auf Information einerseits und der Pflicht der

22 E. GRISEL, L'information des citoyens avant les votations, in Festschrift zum 70. Geburtstag von Hans Nef, Zürich 1981, S. 55 ff., 72.

23 Zum Ganzen: R. LEVI, Das Stimmenverhältnis als Kriterium für den Entscheid über Stimmrechtsbeschwerden, in Verfassungsrechtsprechung und Verwaltungsrechtsprechung, Zürich 1992, S. 85 ff.; H.-R. ARTA, Die Rechtsfolgen unzulässiger behördlicher Einflussnahmen auf kantonale und kommunale Wahlen und Abstimmungen, in AJP 3/96 S. 278 ff., 282 ff.

24 A. AUER, Les caprices de la nature cassatoire du recours de droit public, in Festschrift für Ulrich Häfelin, Zürich 1989, S. 33 ff., 38.

25 Nach G. MÜLLER, Die Behörden im Abstimmungskampf: vom Neutralitätsgebot zur Teilnahmepflicht, in De la Constitution: études en l'honneur de Jean-François Aubert, Basel 1996, S. 255 ff., 265, lässt sich das «im Nachhinein meist nur schwer feststellen».

26 In diesem Zusammenhang wäre zu prüfen, ob nicht die (absolute) Beschwerdefrist von Art. 152 Abs. 2 PRG, die ab der Veröffentlichung der Ergebnisse läuft, durch eine relative Frist ab Entdeckung des Beschwerdegrundes ergänzt werden sollte (vgl. Art. 77 Abs. 2 BPR und die Praxis bei staatsrechtlichen Beschwerden, BGE 114 Ia 42, E. 4a).

27 Gemeint sind hier in erster Linie die Regierung und die Verwaltung, die sie unterstützt, in Bezug auf die Abstimmungsempfehlungen auch das Parlament.

28 ARTA (Anm. 23), S. 284. Die Meinungen über die Wirkung der bundesgerichtlichen «Schelte» gehen auseinander: Y. HANGARTNER/A. KLEY, Die demokratischen Rechte in Bund und Kantonen der Schweizerischen Eidgenossenschaft, Zürich 2000, S. 1033, sehen Anzeichen für eine Präventivwirkung, während für MÜLLER (Anm. 25), S. 265, die fehlende Sanktion «die Beachtung der verfassungsrechtlichen Schranken (...) nicht gerade gefördert hat».

Behörden zur Zurückhaltung bzw. der Wahrung der Abstimmungsfreiheit andererseits²⁹. Früher herrschte die Auffassung, die Behörden hätten sich darauf zu beschränken, die Abstimmungsvorlage auszuarbeiten, und die politische Diskussion im Vorfeld der Abstimmung ganz den interessierten Interessengruppen und Parteien zu überlassen³⁰. Immerhin ist die Zulässigkeit von Abstimmungsempfehlungen, soweit ersichtlich, nie bestritten worden³¹; im Kanton Freiburg sind solche sogar seit über hundert Jahren gesetzlich vorgesehen³². Die Vorstellung einer weitgehend «staatsfreien» demokratischen Willensbildung ist durch die allgemeine Verbreitung amtlicher Abstimmungserläuterungen³³ allmählich aufgegeben worden (während verschiedene Kantone seit dem vorletzten Jahrhundert solche Erläuterungen kennen, haben der Bund und mehrere Kantone sie in den Siebzigerjahren³⁴ des vorigen Jahrhunderts eingeführt, Freiburg 1985³⁵). Heute wird anerkannt, dass die Behörden ihre Vorlagen erläutern und sich ausnahmsweise auch darüber hinaus in den Abstimmungskampf einschalten können³⁶.

Die Abstimmungsfreiheit³⁷ garantiert, dass die Stimmberechtigten ihren Entscheid gestützt auf einen möglichst freien und umfassenden Prozess der Meinungsbildung treffen können³⁸. Die Rechtsprechung betrachtet diese Freiheit primär als Abwehrrecht: Die Behörden haben die demokratische Willensbildung grundsätzlich den gesellschaftlichen und politischen Kräften zu überlassen³⁹. Sie dürfen über die Publikation von Abstimmungserläuterungen hinaus nur bei Vorliegen triftiger Gründe in den Abstimmungskampf eingreifen⁴⁰.

29 P. MAHON, L'information par les autorités, in ZSR 118/1999 II S. 199 ff., 232.

30 MAHON (Anm. 29), S. 233; MÜLLER (Anm. 25), S. 255 f.

31 G. STEINMANN, Interventionen des Gemeinwesens im Wahl- und Abstimmungskampf, in AJP 3/96 S. 255 ff., 260.

32 Bei der Verfassungsinitiative mindestens seit 1894 (Gesetz vom 12.5.1894 über das Verfahren bei der Ausübung des Antragsrechts (Initiative) des Volkes, AGS 1894 S. 124), bei der Gesetzesinitiative seit deren Einführung im Jahr 1921 (Gesetz vom 13.5.1921 betreffend die Ausübung des Verfassungs- und Gesetzgebungsinitiativrechts der Bürger und des Referendumsrechts, AGS 1921 S. 186).

33 Heute in den meisten Kantonen üblich, vgl. STEINMANN (Anm. 31), S. 260.

34 Im Bund 1976 gesetzlich verankert (Anm. 19), aber seit 1950 vom Bundesrat fallweise beschlossen. Dazu sowie zur Situation in den Kantonen vgl. W. BUSER, Rechtliche Aspekte der amtlichen Abstimmungserläuterung, in Festschrift 500 Jahre Solothurn im Bund, Solothurn 1981, S. 103 ff., 103–106.

35 GABR-Änderung vom 27.9.1985 (Art. 29 Abs. 1 Bst. d; AGS 1985 S. 359). Kurz vor dem Inkrafttreten der Revision (1.1.1986) wurden zur Strassenkreditabstimmung vom 1.12.1985 erstmals (?) Erläuterungen abgegeben.

36 MÜLLER (Anm. 25), S. 256; MAHON (Anm. 29), S. 233.

37 Art. 34 Abs. 2 BV; vor Inkrafttreten der neuen Bundesverfassung ein ungeschriebenes Verfassungsrecht, aus dem das Bundesgericht eine Reihe von Prinzipien, u. a. für die behördliche Information vor Abstimmungen, abgeleitet hat, vgl. STEINMANN (Anm. 31), S. 256.

38 BGE 121 I 138, E. 3 mit Hinweisen.

39 STEINMANN (Anm. 31), S. 259.

40 BGE 121 I 252, E. 2, 119 Ia 271, E. 3b.

Als Rechtfertigungsgründe kommen in erster Linie das Auftauchen neuer Fakten⁴¹ und die Richtigstellung offensichtlich falscher oder irreführender Informationen⁴² in Frage. Auch die Komplexität einer Vorlage kann unter Umständen ein Tätigwerden der Behörden rechtfertigen⁴³. Hingegen kann in der Absicht, die Stimmberechtigten zur Annahme einer Abstimmungsvorlage zu bewegen, kein triftiger Grund erblickt werden⁴⁴. Zusätzliche Informationen sind gerechtfertigt, wenn sie im Interesse einer unverfälschten Willensbildung und Willensbetätigung der Stimmberechtigten als notwendig erscheinen⁴⁵. Unter diesen Umständen gefährden sie (sofern sie inhaltlich und in der Form nicht zu beanstanden sind) die Abstimmungsfreiheit nicht, sondern ermöglichen erst deren Verwirklichung⁴⁶.

Ein Teil der neueren Lehre spricht sich für die grundsätzliche Zulässigkeit behördlicher Information im Abstimmungskampf aus, knüpft deren Modalitäten aber an Bedingungen, die eine Verfälschung des demokratischen Willensbildungsprozesses ausschliessen sollen⁴⁷. Das überlieferte Bild einer demokratischen Meinungsbildung von unten nach oben wird von einer zeitgemässeren Auffassung eines wechselseitigen demokratischen Kommunikationsprozesses abgelöst. Die Behörden müssen sich in diesem Dialog an Spielregeln wie Verhältnismässigkeit des Mitteleinsatzes, Objektivität, Transparenz und Fairness halten und dürfen insbesondere ihre Überlegenheit nicht ausspielen⁴⁸. Das Bundesgericht anerkennt zwar in neueren Entscheiden, dass es zu den Aufgaben der Regierung gehört, über ihre Vorlagen aktiv zu informieren und sich

41 Der Wegfall eines (für ungültig erklärten) Gegenvorschlags rechtfertigte die nochmalige Veröffentlichung eines Teils der Abstimmungszeitung (unveröffentlichtes Urteil des BGR vom 20.11.1985 i. S. Ausfeld); eine kurz vor der Abstimmung bekannt gewordene Landabtretung rechtfertigte eine Information über die dadurch ermöglichte Verbesserung des Projekts (zumal eine öffentliche Erörterung der neuen Sachlage noch möglich war; BGE 89 I 437, E. 7a)

42 BGE 117 Ia 452, E. 3c (der Entscheid betraf eine Wahl; bei Wahlen gilt eine strenge Neutralitätspflicht, was aber Richtigstellungen nicht ausschliesst). Nur grob wahrheitswidrige Angaben über wesentliche Elemente der Vorlage, die zudem eine gewisse Verbreitung finden, rechtfertigen eine Reaktion des Gemeinwesens, sonst würde das Erfordernis der triftigen Gründe ausgehöhlt, vgl. A. HAEFLIGER, Die Information des Bürgers vor dem Urnengang in der bundesgerichtlichen Rechtsprechung, in De la Constitution: études en l'honneur de Jean-François Aubert, Basel 1996, S. 223 ff., 226.

43 Urteil des BGR vom 24.11.1982 i. S. Pfenninger (BVR 1983, S. 1 ff., 6 f.) in dem eine Plakataktion der Behörden noch als Information gewertet wurde.

44 BGE 114 Ia 427, E. 4c; als unzulässig beurteilt worden sind etwa die Abgabe eines Argumentariums und Zeitungsinserate zur Sensibilisierung der Stimmberechtigten, vgl. ZBI 93/1992, S. 312 ff., E. 4d bzw. BGE 112 Ia 332, E. 4d.

45 HAEFLIGER (Anm. 42), S. 226.

46 U. BOLZ, Volksrechte, in Handbuch des bernischen Verfassungsrechts, Bern 1995, S. 105 ff., 127; G.-A. DECURTINS, Die rechtliche Stellung der Behörde im Abstimmungskampf, Diss. Freiburg i. Ü. 1992, S. 269.

47 MAHON (Anm. 29), S. 244 f. (Gründe für die Entwicklung; vgl. S. 243 f.); STEINMANN (Anm. 31), S. 268.

48 BOLZ (Anm. 46), S. 128; MÜLLER (Anm. 25), S. 260.

dafür einzusetzen; das gilt aber – in Übereinstimmung mit seiner bisherigen Rechtsprechung – nur, solange keine Abstimmung ansteht⁴⁹. Wann das «Vorfeld» von Abstimmungen beginnt, während dem Informationen nur ausnahmsweise zulässig sind, hat das Gericht allerdings bisher nicht geklärt⁵⁰.

Die Frage, ob behördliche Informationen einer gesetzlichen Grundlage bedürfen, ist in der Rechtsprechung wenig geklärt⁵¹. Bei den Abstimmungserläuterungen ist die Frage im Bund und in den Kantonen, in denen sie gesetzlich vorgesehen sind⁵², gegenstandslos. Richtigstellungen können sich direkt auf die verfassungsrechtliche Abstimmungsfreiheit abstützen⁵³. Die übrigen Informationsmittel sollten wohl durch eine formellgesetzliche Grundlage oder wenigstens eine Kreditbewilligung demokratisch legitimiert sein⁵⁴. Eine gesetzliche Regelung erscheint auch angesichts der Unsicherheiten über das rechtlich Zulässige an sich als wünschbar⁵⁵. Der Anspruch, die Rechtssicherheit wesentlich zu erhöhen, ist aber wohl nur schwer erfüllbar. So erschöpfte sich die Bestimmung im Vernehmlassungsentwurf für ein Informationsgesetz des Kantons Waadt, die allfällige Informationen durch den Staatsrat im Abstimmungskampf regelte, darin, den Stand der Rechtsprechung knapp zusammenzufassen⁵⁶; die Bestimmung wurde denn auch im endgültigen Entwurf des Staatsrates gestrichen⁵⁷.

49 BGE 121 I 252 E. 2; Urteil 1P.377/2001 (Anm. 18), E. 3.

50 BGE 121 I 252 E. 3 (mögliche Abgrenzungskriterien: E. 2); zur Problematik der Abgrenzung vgl. MAHON (Anm. 29), S. 245 ff.

51 STEINMANN (Anm. 31), S. 262.

52 Im Kanton Freiburg verweist Art. 12 Abs. 1 Bst. b PRG auf «das im Ausführungsreglement vorgesehene Stimm- und Informationsmaterial» (früher direkt im Gesetz, vgl. Anm. 35). Nach E. GRISEL, *Initiative et référendum populaires*, Bern 1997, S. 110, ist eine gesetzliche Grundlage (in verschiedenen Kantonen nur bei Initiativen und Gegenvorschlägen, nicht aber bei Referenden vorhanden) nicht erforderlich, da es zur Funktion des Parlaments bzw. der Regierung gehört, Abstimmungsvorlagen zu kommentieren. Immerhin wäre es m. E. wünschbar, wie beim Bund (Anm. 19 und 89) und in verschiedenen Kantonen den heute unbestrittenen Grundsatz und die Bedingungen der Berücksichtigung gegnerischer Auffassungen gesetzlich zu verankern.

53 STEINMANN (Anm. 31), S. 262.

54 MÜLLER (Anm. 25), S. 263 f, verlangt eine formellgesetzliche Grundlage, während Y. HANGARTNER, Interventionen eines Gemeinwesens im Abstimmungskampf eines anderen Gemeinwesens, in AJP 3/96 S. 270 ff., 276, darauf hinweist, dass nach der Rechtsprechung ein Gemeindeversammlungsbeschluss oder ein referendumsfähiger Parlamentsbeschluss dieses Erfordernis ersetzen kann.

55 Bolz (Anm. 46), S. 125 ff., bedauert den Verzicht auf eine verfassungsrechtliche Regelung im Kanton Bern, insbesondere weil die allzu pragmatische Rechtsprechung des Bundesgerichts nicht «die gewünschten griffigen Standards für die Praxis» liefere.

56 *Projet de loi sur l'information*, Fassung vom 28.8.2000, Art. 24 Abs. 2: «Il [le Conseil d'Etat] peut, à titre exceptionnel, intervenir dans une campagne précédant une votation; cette intervention doit avoir pour unique but de donner une information complémentaire si les circonstances l'exigent ou de faire une mise au point visant à rectifier des faits erronés, afin d'éviter que ne soit faussée la volonté des électeurs.» Artikel 139 des Walliser Gesetzes über die

Zurückhaltung muss sich die Behörde nicht nur bei der Grundsatzfrage, ob sie Informationen verbreiten darf, auferlegen, sondern auch in Bezug auf die Modalitäten der Information. Abstimmungserläuterungen und allenfalls zulässige weitere Informationen müssen inhaltlich objektiv sein, in Bezug auf Art und Weise sowie Aufmachung sachlich und korrekt bleiben und im Mitteleinsatz verhältnismässig sein⁵⁸. Eine unerlaubte Beeinflussung liegt nach der Rechtsprechung vor, wenn die Behörde ihre Pflicht zu objektiver Information verletzt und über Zweck und Tragweite der Vorlage falsch orientiert oder wenn sie in unzulässiger Weise in den Abstimmungskampf eingreift und positive, zur Sicherung der Freiheit der Stimmberechtigten aufgestellte Vorschriften missachtet oder sich sonst wie verwerflicher Mittel bedient⁵⁹.

Das Objektivitätsgebot verlangt keine Neutralität⁶⁰. So darf die Behörde eine Vorlage zur Annahme oder zur Verwerfung empfehlen, die Gründe für einen Parlamentsentscheid angeben oder auf allfällige Mängel einer Initiative hinweisen⁶¹. Nach der Rechtsprechung sind auch Wertungen und Würdigungen grundsätzlich zulässig⁶². Die Objektivität erfordert auch nicht, dass sich die behördlichen Erläuterungen mit jeder Einzelheit einer Vorlage befassen. Es dürfen aber natürlich nicht für den Entscheid wichtige Elemente verschwiegen werden⁶³. Auch gegnerische Auffassungen müssen berücksichtigt werden; bei Initiativen und fakultativen Referenden am zweckmässigsten, indem die entsprechenden Komitees selbst zu Wort kommen, bei obligatorischen Referenden, indem allfällige gewichtige Einwände, die im Parlament oder in den Medien vorgebracht wurden, aufgenommen werden⁶⁴. Der Staatsrat druckt heute jeweils einen Text des Initiativ- oder Referendumskomitees ab⁶⁵. Noch 1985 war der Grosse Rat aber

Wahlen und Abstimmungen (Systematik-Nr. 160.1) beschränkt sich darauf, den Staatsrat zu Richtigstellungen unter Einhaltung des Verhältnismässigkeitsprinzips zu ermächtigen.

57 Vgl. «Exposé des motifs et projet de loi sur l'information» vom 17.12.2001, Ziff. 2.1 am Schluss, auf der Website des Bureau d'information et de communication de l'Etat de Vaud (www.bic.vd.ch) abrufbar, <[http://sndmz02e.vd.ch/PROD/wss/bic_wssw_p.nsf/73ed9471f0ba9e5ec1256a8f0023bde6/210ed6b1651e8731c1256b18005e7299/\\$FILE/empl_linfo.pdf](http://sndmz02e.vd.ch/PROD/wss/bic_wssw_p.nsf/73ed9471f0ba9e5ec1256a8f0023bde6/210ed6b1651e8731c1256b18005e7299/$FILE/empl_linfo.pdf)> (7.5.2002); zur Streichung haben wohl auch kritische Vernehmlassungen beigetragen, in denen parteiische Interventionen des Staatsrates befürchtet wurden (vgl. die «synthèse des prises de position», <[http://sndmz02e.vd.ch/PROD/wss/bic_wssw_p.nsf/73ed9471f0ba9e5ec1256a8f0023bde6/187374fca5760275c1256b28003b11e8/\\$FILE/linfo_synthese_resultats_consultation.pdf](http://sndmz02e.vd.ch/PROD/wss/bic_wssw_p.nsf/73ed9471f0ba9e5ec1256a8f0023bde6/187374fca5760275c1256b28003b11e8/$FILE/linfo_synthese_resultats_consultation.pdf)> (13.6.2002).

58 STEINMANN (Anm. 31), S. 259 f.
59 BGE 119 Ia 271, E. 3b mit Hinweisen.
60 ZBI 99/1998, S. 89 ff., E. 4a; BGE 121 I 252, E. 2.
61 STEINMANN (Anm. 31), S. 260.
62 Im Einzelnen STEINMANN (Anm. 31), S. 260 f.
63 ZBI 99/1998, S. 89 ff., E. 4b.
64 HAEFLIGER (Anm. 42), S. 224.

65 Anfangs schwankende Praxis: Argumente des Referendumskomitees berücksichtigt bei der Kirchengesetz-Abstimmung vom 28.9.1986 (jedes Argument gefolgt von einer Entgegnung),

dagegen, den Staatsrat zu verpflichten, gegnerische Meinungen überhaupt zu erwähnen⁶⁶.

C. Abstimmungserläuterungen

1. Aufmachung

Das Bundesgericht hat sich bisher nur am Rande mit der Aufmachung von Abstimmungserläuterungen befasst. In einem Entscheid von 1964 verlangt es, dass solche Erläuterungen in «der für amtliche Drucksachen üblichen Form»⁶⁷ gestaltet sein müssen; im Entscheid im Zusammenhang mit der FEW-Abstimmung⁶⁸ nimmt es diese Umschreibung wieder auf. Die Praxis des Bundes sowie vieler Kantone und Gemeinden sieht allerdings anders aus. Ein Teil der Lehre⁶⁹ lehnt denn auch die bundesgerichtliche Haltung als nicht sachgerecht ab: Einerseits hat nur ein ansprechend gestalteter Text gute Chancen, überhaupt gelesen zu werden, andererseits erlaubt der Einsatz einfacher graphischer Mittel, die Lesbarkeit zu erhöhen, ohne gleich eine suggestiv wirkende Werbebroschüre zu kreieren. Das scheint auch das Bundesgericht anzuerkennen, indem es seine Kritik an den Erläuterungen über die FEW-Abstimmung auf besonders werbewirksame Aspekte⁷⁰ konzentriert und zurückhaltendere, aber bei amtlichen Drucksachen unübliche graphische und redaktionelle Mittel⁷¹ stillschweigend billigt. Wenn das Gericht die eindringliche Wiederholung einzelner Aussagen als kaum bedenklich einstuft und schliesslich meint, es sei nicht erwiesen, dass die Illustrationen (zahlreiche Farbfotos) die Überzeugungskraft der Argumente erhöhten⁷², so sollte umso mehr eine ansprechende Textgestaltung mit der Hervorhebung von Kernaussagen als unbedenklich für einen freien Meinungsbildungsprozess gelten.

nicht berücksichtigt beim fakultativen Referendum über das Zivilschutzzentrum Châtillon (6.12.1987).

66 Gesetzesentwurf vom 28.5.1985 zur Änderung des GABR, erste Lesung, TGR 1985 S. 1527 ff.

67 Urteil vom 8.7.1964 (ZBl 66/1965, S. 245 ff., E 3a).

68 Urteil 1P.377/2001 (Anm. 18), E. 4f.

69 DECURTINS (Anm. 46), S. 186 f.; W. STAUFFACHER, Die Stellung der Behörden im Wahl- und Abstimmungskampf, ZBl 68/1967, S. 361 ff. und 385 ff., 374; a. M. GRISEL (Anm. 52), S. 111 (vgl. Anm. 82).

70 Urteil 1P.377/2001 (Anm. 18), E. 4f: Fotos ohne Informationswert, sloganartige Bildlegenden (insbesondere Rotlicht mit Legende: «Öffentlich-rechtliche AG: Achtung Gefahr!«).

71 Z. B. Spalte mit knappen Kernaussagen in grosser Schrift; Seitenüberschrift in farbigem Kopfbalken; professionelle Auswahl von Schriftarten, Textausrichtung u. Ä.

72 Urteil 1P.377/2001 (Anm. 18), E. 4f.

Wo liegen die Grenzen, innerhalb deren sich eine zeitgemässe Gestaltung und das Gebot der Zurückhaltung vereinbaren lassen? G.-A. DECURTINS⁷³ nennt als Erstes das Erfordernis der Verhältnismässigkeit der Mittel, das etwa durch eine vierfarbige Hochglanzbroschüre verletzt würde. Weiter verlangt er, dass die Abstimmungserläuterungen jeweils einheitlich konzipiert sind, und präzisiert (als hätte er die Erläuterungen zur FEW-Abstimmung vor Augen): «eine unmotivierte, viel aufwendiger gestaltete Abstimmungserläuterung wäre mit der Abstimmungsfreiheit nicht zu vereinbaren». Schliesslich postuliert er im Interesse der Chancengleichheit ein Gebot der formalen Gleichbehandlung von behördlicher Begutachtung und gegnerischer Standpunkte bei Initiative und Referendum⁷⁴.

Den Grundsatz der Verhältnismässigkeit der Mittel erachtet das Bundesgericht im Fall der FEW-Abstimmung als eingehalten. Die Kosten der Erläuterungen hielten sich in einem vertretbaren Rahmen, und die Broschüre sei in Bezug auf Papier- und Druckqualität nicht übertrieben luxuriös⁷⁵. Gestützt auf die Angaben des Staatsrates vergleicht das Gericht die Kosten von 52 000 Franken für die Broschüre zur Abstimmung vom 10. Juni 2001 (Umfahrungsstrasse A189 und Rechtsform der FEW) mit durchschnittlichen Kosten von 34 000 Franken und (insbesondere) mit Kosten von je rund 70 000 Franken bei der Abstimmung über den Grundsatz einer Totalrevision der Staatsverfassung (13.6.1999) und derjenigen über die Schulgesetzrevision (Partnersprache) und das neue Pflegeheimgesetz (24.9.2000).

Der Kostenvergleich bedarf einer Erklärung. Die Broschüren zu den letztgenannten Abstimmungen enthielten wie die allermeisten bisherigen Erläuterungen den deutschen und den französischen Text in einer Ausgabe. Bei der A189/FEW-Abstimmung wurden hingegen zwei getrennte Ausgaben erstellt. Mit je 48 Seiten waren so die Broschüren zu jenen Abstimmungen zwar absolut umfangreicher als die 32-seitigen Erläuterungen zu dieser. In Bezug auf den effektiven Text waren sie aber mit 24 Seiten ein Viertel kürzer⁷⁶. Im

⁷³ DECURTINS (Anm. 46), S. 187 f.

⁷⁴ So bewirke etwa der Abdruck eines Initiativtextes und der Begründung dazu auf einem Beiblatt statt in der Abstimmungszeitung selbst eine Benachteiligung der Initiative, was das Bundesgericht allerdings verneinte, vgl. ZBl 80/1979 S. 527 ff., E. 3b-d.

⁷⁵ Urteil 1P.377/2001 (Anm. 18), E. 5b; es handelte sich um (glänzendes) Recycling-Papier; der Vierfarbendruck war wegen der anderen Abstimmungsvorlage, einer Umfahrungsstrasse, vertretbar (Pläne, Graphiken, Fotomontagen).

⁷⁶ Wären nach Sprachen getrennte Ausgaben gedruckt worden, so würde auch der Kostenvergleich anders ausfallen. Die Druckkosten liessen sich in etwa halbieren, während der Aufwand für Konzeption und Layout gleich bliebe. Die vorliegenden, nicht aufgeschlüsselten Zahlen erlauben keine zuverlässige Schätzung. Immerhin kann man wohl davon ausgehen, dass die einsprachigen Ausgaben, wenn auch nicht die Hälfte von 70 000 Franken, so doch deutlich weniger als 52 000 Franken gekostet hätten. Umgekehrt wäre zu prüfen, ob der letztgenannte Betrag die gesamten Herstellungskosten für die Broschüre zur A189/FEW-Abstimmung

Vergleich zu den kantonalen Broschüren nimmt sich das «Bundesbüchlein», das auch bei wichtigsten Vorlagen meist einen Umfang von 16 oder 24 Seiten⁷⁷ nicht übersteigt, eher bescheiden aus.

Auch ein Kostenvergleich mit den Erläuterungen des Bundesrates ist nicht uninteressant. Diese werden in den vier Landessprachen in fünf Millionen Exemplaren gedruckt und kosten bei 24 Seiten um die 450 000 Franken und bei 32 Seiten ca. 520 000 Franken⁷⁸. Der Anteil, der auf den Kanton Freiburg entfällt⁷⁹, liegt bei aufgerundet 15 400 bzw. 17 800 Franken. Die Broschüre zur A189/FEW-Abstimmung war somit immerhin fast dreimal so teuer wie gleich umfangreiche Erläuterungen zu eidgenössischen Abstimmungen. Auch die durchschnittlichen Kosten von 34 000 Franken betragen noch mehr als das Doppelte von denjenigen für eine 24-seitige eidgenössische Broschüre, was sich kaum mit der Zweisprachigkeit der kantonalen Erläuterungen erklären lässt⁸⁰. Der Sparwille, der den Staatsrat seinerzeit bewog, sich gegen die Abgabe von Abstimmungserläuterungen bei jeder Abstimmung auszusprechen⁸¹, ist in diesem Bereich sichtlich erlahmt.

Mit einem gestalterischen Konzept für die Abstimmungserläuterungen liessen sich zumindest ungerechtfertigte Kostenunterschiede vermeiden. Eine Neuausrichtung auf ein übersichtliches, aber nüchternes Erscheinungsbild⁸² und eine zweckgemässe Papierqualität würde sogar erheblich kostendämpfend wirken. Das Konzept müsste den Einsatz von Fotos, Zeichnungen, Graphiken und dergleichen regeln. Illustrationen müssen sich aus Informationsgründen

umfasst; der Umstand etwa, dass Fotos der Broschüre auch im Prospekt des befürwortenden Komitees zu finden waren (vgl. Urteil IP.377/2001 [Anm. 18], E. 4f), lässt zumindest gewisse Synergien vermuten.

77 16 Seiten: z. B. Bilaterale Abkommen mit der EU (21.5.2000), Fristenregelung (StGB-Änderung)/Initiative «für Mutter und Kind» (2.6.2002); 24 Seiten: Initiative für den UNO-Beitritt/Initiative «für eine kürzere Arbeitszeit» (3.3.2002), Militärgesetzänderungen (Bewaffnung, Ausbildung)/Abschaffung des Bistumsartikels (10.6.2001). Der Text der Vorlagen selbst war jeweils kurz; das war auch bei den erwähnten kantonalen Vorlagen so, ausser beim Pflegeheimgesetz (8 Seiten).

78 Vgl. Das Engagement von Bundesrat und Bundesversammlung im Vorfeld von eidgenössischen Abstimmungen, Bern 2001, S. 33; auf der Website des Bundes (www.admin.ch) abrufbar, «www.admin.ch/ch/d/pore/pdf/Eng_BR_d.pdf» (26.6.2002).

79 Berechnet auf Grund des Anteils freiburgischer Stimmberechtigter (vgl. ABl Nr. 10 vom 8.3.2002, S. 350) an allen Personen, die bei der eidgenössischen Volksabstimmung vom 3.3.2002 stimmberechtigt waren (vgl. BBl 2002 3690): $161\,179 : 4\,721\,320 \approx 0,034$.

80 Abgesehen von den beiden erwähnten 48-seitigen Broschüren lag der Umfang in den letzten Jahren wie beim Bund meist bei 16 oder 24 Seiten, bis Anfang der 90-er Jahre darunter. (Überdies liessen sich durch den Druck einsprachiger Ausgaben die Herstellungskosten nicht halbieren, vgl. Anm. 76.)

81 Vgl. Gesetzesentwurf vom 28.5.1985 zur Änderung des GABR, erste Lesung, Kommentar des Kommissionsprechers zu Art. 29 Abs. 1 (TGR 1985 S. 1527).

82 Dies käme auch dem Anliegen GRISELS (vgl. Anm. 69) entgegen, es müsse auf den ersten Blick ersichtlich sein, ob es sich um staatliche Erläuterungen und Empfehlungen handle.

rechtfertigen und dürfen nicht als Werbemittel missbraucht werden⁸³. Die freiburgische Praxis erscheint in dieser Hinsicht bisweilen recht unbekümmert: Da wird hier mit dem ergreifenden Foto eines kleinen Mädchens, das von Rettungsleuten aus den Trümmern geborgen wird, für ein neues Zivilschutzzentrum⁸⁴ geworben, dort mit der Karikatur eines potenten Steuerzahlers, der grossen Schrittes dem Kanton enteilt, vor einer sozialistischen Steuerinitiative gewarnt⁸⁵. Bei der Abstimmung über ein Kultur- und Sportzentrum versandte der betreffende Gemeindeverband ein A3-Faltblatt, das neben einer sachlich dargestellten Präsentation des Projekts ein Leiterspiel mit witzigen Froschfiguren enthielt, wobei ein humoriges Beiblatt zu einer unkonventionellen Informationsveranstaltung mit Unterhaltungsprogramm («Côaky Party») einlud⁸⁶. Natürlich müssen Texte, die sich an ein breites Publikum richten, heute anders dargestellt werden als vor dem Fernsehzeitalter. Dafür reicht aber eine lockere Gestaltung mit Zwischentiteln und Zusammenfassungen. Das Konzept kann, soweit nötig, zurückhaltend künftigen Entwicklungen angepasst werden, es darf aber keinen effekthaschenden Kommunikationsstil zulassen.

Ein Konzept sollte auch den Aufbau⁸⁷ festlegen und einen Rahmen für den Umfang der Ausführungen des Staatsrates und der Darstellung des gegnerischen Standpunkts abstecken. Eine formale Gleichbehandlung im Sinne eines Anspruchs auf gleich lange befürwortende und gegnerische Ausführungen wird von der Rechtsprechung nicht verlangt⁸⁸. Zur Gewährleistung eines möglichst freien und umfassenden Meinungsbildungsprozesses muss aber zumindest eine gewisse formale Ausgewogenheit verlangt werden. So muss die gegnerische Argumentation, wenn nicht (grundsätzlich) wörtlich berücksichtigt werden (wie beim Bund gesetzlich vorgesehen⁸⁹ und auch im Kanton Freiburg feste

83 Vgl. Kritik der Verwendung von Fotos ohne Informationswert im Urteil 1P.377/2001 (Anm. 70). Es ist bezeichnend, dass die Erläuterungen des Bundes ohne Fotos auskommen und auch andere Illustrationen sparsam einsetzen (vgl. z. B. die sachliche zeichnerische Darstellung der schrittweisen Einführung des freien Personenverkehrs in den Erläuterungen zur Abstimmung über die bilateralen Abkommen mit der EU (21.5.2000), S. 5).

84 Das Projekt wurde dann aber verworfen (6.12.1987, vgl. AGS 1987 S. 163).

85 Gesetzesinitiative «für eine bessere Verteilung der Steuerlast» (28.9.1997).

86 Abstimmung über das «Centre Culturel et Sportif d'Arruffens» (2.6.2002). Das Projekt ist mit einem Stimmenunterschied von 43 Stimmen bzw. weniger als 1 % (2568 : 2525) äusserst knapp angenommen worden (vgl. AB1 Nr. 23 vom 7.6.2002, S. 902). Im Beschwerdefall hätten m. E. gute Aussichten bestanden, dass die Abstimmung aufgehoben worden wäre (vgl. zum entscheidenden Kriterium des Stimmenverhältnisses die Literaturhinweise in Anm. 23).

87 Vgl. Engagement (Anm. 78), S. 34.

88 Urteil 1P.377/2001 (Anm. 18), E. 4a; ZBl 80/1979 S. 527 ff., E. 3d (Verhältnis 4:1 stillschweigend gebilligt).

89 Vgl. Art. 11 Abs. 2 BPR, dritter und vierter Satz (Anm. 19). Laut BGER schliesst diese Bestimmung nicht aus, dass der Bundesrat die gegnerischen Argumente in seine Ausführungen integriert (vgl. Urteil 1P.377/2001 [Anm. 18], E. 4a). Nach der Botschaft zur BPR-Revision

Praxis⁹⁰), so doch hinreichend zur Geltung kommen. Es ist fraglich, ob die Erläuterungen zur FEW-Abstimmung diesem Anspruch genügten. Dem Referendatskomitee wurde für seine Darlegungen nur ein Zwölftel des Platzes zugestanden, den die staatsrätlichen Ausführungen einnahmen⁹¹; überdies war die Seite mit den gegnerischen Argumenten hoffnungslos überfüllt⁹². Es befriedigt kaum, wenn das Bundesgericht dieses Missverhältnis mit dem Argument billigte, mangels eines Rechtsanspruchs auf Abdruck eines eigenen Textes hätte der Staatsrat die gegnerischen Argumente ja schlicht in seine eigenen Ausführungen aufnehmen können⁹³.

Im Interesse der formalen Ausgewogenheit und einer einheitlicheren Praxis sollte ein Richtwert für das Verhältnis der befürwortenden und der gegnerischen Darlegungen festgesetzt werden (z. B. 3:1), der in begründeten Fällen (z. B. umfangreiche Pläne oder Graphiken) überschritten werden könnte. Aus praktischen Gründen und im Interesse der Gleichbehandlung der verschiedenen Initiativ- und Referendatskomitees muss auch eine absolute Grenze für den Umfang ihrer Darlegungen bestimmt werden. Dabei fragt sich, ob entsprechend der bisherigen Praxis für alle Vorlagen dieselbe Höchstgrenze⁹⁴ festgelegt soll oder ob die Komplexität der Vorlage zu berücksichtigen ist. Ausgehend von der zustehenden Anzahl Druckseiten ist sodann der Umfang des Manuskripts zu bestimmen, im Computerzeitalter wohl am ehesten anhand der Anzahl Zeichen. Die anachronistische Regel der Maschinen geschriebenen A4-Seite jedenfalls führte bei den Erläuterungen zur FEW-Abstimmung dazu, dass die gegnerischen Argumente mit Mühe und Not auf eine A5-Seite gezwängt wurden, so dass deren Layout in einem befremdlichen Gegensatz zur restlichen Broschüre stand.

vom 21.6.1996 (bei der die erwähnten Sätze, die wörtlich aus dem bundesrätlichen Entwurf stammen, eingefügt wurden) ist sehr wohl der Abdruck des eingereichten Textes gewollt: «Der Redaktionsvorschlag will (...) die seit 1984 eingespielte Praxis kodifizieren, wonach die Urheberkomitees von Volksinitiativen und Referenden ihre Anliegen in den Abstimmungserläuterungen selber (...) begründen können» (BB1 1993 III 445 ff., 473).

90 Vgl. vorn III.B, sechster Absatz.

91 Urteil 1P.377/2001 (Anm. 18), E. 2. Die unnötige Länge des staatsrätlichen «Plädoyers» liegt nicht ganz im Sinne des Gesetzgebers, der nur deshalb vom Erfordernis der Kürze absah, um nicht die Verständlichkeit zu gefährden (vgl. Votum des Kommissionsprechers [Anm. 81]).

92 Was wohl nicht zuletzt an der ungenauen Vorgabe (eine A4-Seite, vgl. folgenden Absatz und Anm. 94) lag. (Auch die Botschaft von 1993 zur BPR-Revision von 1996 [Anm. 89] sprach übrigens noch von «insgesamt einer A4-Seite»).

93 Urteil 1P.377/2001 (Anm. 18), E. 4a.

94 Im Bund und im Kanton Freiburg bisher eine Druckseite im A5-Format. Beim Referendum über die Fristenregelung (StGB-Änderung; 2.6.2002) teilten sich die beiden Komitees diese Seite, anscheinend im Verhältnis zur Zahl der gesammelten Unterschriften.

2. Ausarbeitung

Das Abfassen von Abstimmungserläuterungen stellt hohe Anforderungen. Die erforderliche sachliche und inhaltlich objektive Darstellung⁹⁵ der Vorlage ist ein heikles Unterfangen, das sich durch Richtlinien kaum genügend konkretisieren lässt. Es scheint mir daher wichtig, dass diese Aufgabe nicht einfach der für die Vorlage zuständigen Direktion überlassen wird, sondern in Zusammenarbeit mit einem Fachorgan⁹⁶ ausgeführt wird. Die Qualität und die Einheitlichkeit der behördlichen Abstimmungsinformation könnten so erhöht werden. Abgesehen von der Fachkenntnis und Erfahrung, die einfließen würden, wäre allein schon der leidenschaftslose Blick Aussenstehender hilfreich bei der Erarbeitung eines Textes, der dem Objektivitätsgebot gerecht wird.

Für die Ausgestaltung der Zusammenarbeit sind verschiedene Modelle denkbar. Die Regelung des Bundes sieht vor, dass die Bundeskanzlei zusammen mit dem zuständigen Departement die Erläuterungen ausarbeitet⁹⁷. In der Praxis werden die Abstimmungserläuterungen von einer Arbeitsgruppe unter dem Vorsitz von Vizekanzler Casanova erarbeitet, in der das zuständige Departement und die Bundeskanzlei vertreten sind⁹⁸. Der Bundesrat äussert sich zu einem ersten Entwurf und verabschiedet dann die definitive, nicht beschwerdefähige⁹⁹ Fassung.

Die Mitwirkung eines Fachorgans wäre besonders hilfreich bei heiklen Problemen wie der Kommentierung einer Vorlage, gegen die die Exekutive Vorbehalte hat¹⁰⁰, oder der Bereinigung einer überlangen oder gar inakzeptablen Stellungnahme eines Initiativ- oder Referendumskomitees. Dieses Organ sollte auch bei der Ausarbeitung des gestalterischen Konzepts¹⁰¹ und weiterer Richtlinien (z. B. Entscheid für einsprachige oder zweisprachige Ausgabe¹⁰², Modalitäten der Berücksichtigung gegnerischer Auffassungen) zum Zug kommen.

95 Vgl. vorn III.B, fünfter und sechster Absatz.

96 GRISEL (Anm. 22), S. 72, ruft die zuständigen Behörden dazu auf, «de vouer une attention accrue à la forme et au contenu de leur message, quitte à faire rédiger les projets par des spécialistes». – Auf Gemeindeebene ist eher an eine Beratung durch eine kantonale Stelle (Oberamt, vorgeschlagenes Fachorgan) zu denken.

97 Art. 3 Abs. 2 VPR.

98 Engagement (Anm. 78), S. 33.

99 Entscheid des Bundesrates vom 17.5.2000, VPB 64.101 (Bestätigung der Praxis).

100 So sprach sich der Staatsrat wegen der finanziellen Folgen gegen das neue Pflegeheimgesetz (Abstimmung vom 24.9.2000) aus und begründete seine Haltung ausführlich. Der Bundesrat verweigerte der Arbeitsgesetzrevision, über die am 1.12.1996 abgestimmt wurde, seine Unterstützung (vgl. GRISEL (Anm. 52), S. 102).

101 Vgl. vorn III.C.1, zweiter und sechster bis achter Absatz.

102 Vgl. vorn III.C.1, vierter Absatz.

IV. SCHLUSSBEMERKUNG

Die bundesgerichtliche Kritik an der Aufmachung der Erläuterungen zur FEW-Abstimmung soll für die Behörden Anlass sein, die Art und Weise der Ausarbeitung solcher Erläuterungen zu überprüfen sowie allgemein den Fragen, die sich im Zusammenhang mit der Information über Abstimmungsvorlagen stellen, die nötige Aufmerksamkeit zu schenken. Die heikle Gratwanderung, dem Anspruch auf Information gerecht zu werden, ohne die Stimmberechtigten ungebührlich zu beeinflussen, lässt es ratsam erscheinen, zur Ausarbeitung der Abstimmungserläuterungen neben der jeweils zuständigen Direktion ein Fachorgan beizuziehen. Die Erläuterungen sollten zudem nach einem einheitlichen Konzept gestaltet werden.

Der Beizug eines Fachorgans rechtfertigt sich umso mehr, wenn Interventionen erwogen werden, die über die Abgabe von Abstimmungserläuterungen hinausgehen, insbesondere wenn die Behörde mit zusätzlichen Informationen an die Stimmberechtigten gelangen will, was die Rechtsprechung nur bei Vorliegen triftiger Gründe zulässt. Auch Interventionen von Exekutivmitgliedern und Spitzenbeamten sollten umsichtig gehandhabt werden, obschon solche Auftritte und Stellungnahmen nach Rechtsprechung und herrschender Lehre weitgehend zulässig¹⁰³ sind. Fundiertes Handeln ist schliesslich auch wesentlich, wenn in anderen Situationen Eingriffe in die politischen Rechte zu befürchten sind, etwa wenn eine Einflussnahme auf eine Unterschriftensammlung¹⁰⁴ oder auf einen Abstimmungskampf eines anderen Gemeinwesens¹⁰⁵ in Frage steht.

103 Darstellung und Kritik bei STEINMANN (Anm. 31), S. 264 f.; GRISEL (Anm. 22), S. 60/(Anm. 52), S. 113 f., rechnet Auftritte von Exekutivmitgliedern der Behörde zu; für HAEFLIGER (Anm. 42), S. 229, gehören mündliche Auftritte, auch in amtlicher Eigenschaft, «zum Prozedere der politischen Willensbildung vor Abstimmungen».

104 Z. B. parlamentarische Anfrage betreffend Mitarbeit des kantonalen Gleichstellungsbüros im Initiativkomitee für eine kantonale Mutterschaftsversicherung, TGR 2001 S. 1429. Nach HANGARTNER/KLEY (Anm. 28), S. 1041 f., darf ein Gemeinwesen eine Unterschriftensammlung weder unterstützen noch behindern (ausdrückliche Kritik von BGE 116 Ia 466).

105 Z. B. Stellungnahme der Kantone FR und VD gegen die Kleeblattinitiativen (die sich u. a. gegen den Bau des Autobahnteilstücks Murten–Yverdon richteten; am 1.4.1990 verworfen). Im Einzelnen, vgl. HANGARTNER (Anm. 54).

LES MARCHES PUBLICS D'ASSURANCE

Denis Esseiva

Avocat, LL.M.

I. INTRODUCTION

Jusqu'à une époque récente, les contrats d'assurance des collectivités publiques n'étaient pas considérés comme des marchés publics. Ils pouvaient donc être passés sans mise en concurrence préalable et sans respect de règles particulières de forme. Le nouveau droit des marchés publics, entré en vigueur le 1^{er} janvier 1996, a modifié cette situation sur plusieurs points importants : (i) extension du droit des marchés publics aux marchés de services et, en particulier, aux marchés d'assurance ; (ii) obligation de mise en concurrence pour les marchés les plus importants sur la base de procédures respectant les principes d'égalité de traitement, de transparence, d'impartialité et d'économie des deniers publics ; (iii) possibilité pour les soumissionnaires de recourir contre les décisions d'adjudication. Depuis lors, cette nouvelle matière a été abondamment explorée par la jurisprudence et la doctrine, principalement dans le domaine de la construction. Les marchés publics d'assurance n'ont par contre fait l'objet d'aucune jurisprudence. Ils posent pourtant des questions délicates parmi lesquelles, faute de place, j'évoquerai les rapports entre le droit des marchés publics et le droit des contrats, respectivement la législation spéciale¹, ainsi que le traitement des communautés de soumissionnaires². Je me limiterai donc à met-

1 Pour la relation avec le droit des contrats, voir P. GAUCH, Das öffentliche Beschaffungsrecht der Schweiz *in* recht 5/1997 p. 173 s. ; P. GAUCH, Vergabeverfahren und Vergabegrundsätze nach dem neuen Vergaberecht des Bundes *in* DC 4/1996 p. 103 ss ; la législation spéciale est principalement composée de la Loi fédérale sur le contrat d'assurance (RS 221.229.1) et de la Loi fédérale sur la surveillance des assurances (RS 961.01) ; un avant-projet de révision de ces dispositions légales a été adopté au mois d'août 1998 ; voir à ce sujet F. WERRO, La révision de la loi sur le contrat d'assurance *in* Journées du droit de la circulation routière 2002 p. 26 ; en droit français, une Circulaire interministérielle du 30 juillet 1999 relative à la passation des marchés publics d'assurance (reproduite *in* Bulletin juridique des contrats publics 8/2000 p. 9 ss) pose le principe de la primauté de la législation spéciale sur le droit des marchés publics (art. VII) ; cf. à ce sujet F. LLORENS, Les tribulations des marchés publics d'assurance *in* Revue française de droit administratif 1/2000 p. 51 ss.

2 Les communautés de soumissionnaires prennent la forme de la société simple, ce qui implique en principe une solidarité entre les associés (art. 544 al. 3 CO) ; la coassurance est une forme particulière de communauté : les compagnies d'assurance se regroupent avant la conclusion du contrat qui revêt la forme d'une police unique. Elles sont représentées par un apériteur qui agit comme mandataire des coassureurs dans leurs relations avec l'assuré. Les coassureurs ne sont pas solidairement responsables entre eux. Ils répondent chacun pour une part prédéterminée.

tre en évidence quatre thèmes en étudiant successivement la définition des marchés publics d'assurance (II), le calcul des valeurs seuil (III), le courtier d'assurance en qualité d'auxiliaire du pouvoir adjudicateur (IV) et les clauses de tacite reconduction (V).

Le droit des marchés publics étant régi par le principe du fédéralisme, le présent article se base sur la législation applicable dans le canton de Fribourg³. Celle-ci est toutefois largement analogue au droit des autres cantons puisque ceux-ci, comme le canton de Fribourg, sont liés par une législation internationale, intercantonale et fédérale⁴. Au demeurant, en matière d'assurance, le droit fédéral⁵ présente des similitudes avec le droit cantonal.

II. DEFINITION DES MARCHES PUBLICS D'ASSURANCE

La notion de marchés publics recouvre l'ensemble des contrats passés par les pouvoirs publics avec des soumissionnaires (privés) portant sur l'acquisition de prestations de fournitures, de construction ou de services moyennant le paiement d'un prix⁶. Cette définition appelle deux remarques.

Le droit des marchés publics ne s'oppose pas à ce type de communauté, pour autant qu'elle ait été autorisée par les documents d'appel d'offres (art. 10 RMP, cf. ci-après note de bas de page 3), que tous les coassureurs soient connus dès le dépôt de l'offre et que chacun d'eux remplisse les conditions exigées pour accéder aux marchés, en particulier les critères d'aptitude ; la question de savoir si le pouvoir adjudicateur peut imposer concrètement une certaine formulation du contrat de société simple, notamment en matière de solidarité des associés, est délicate ; cf. à ce sujet, P. GAUCH / H. STÖCKLI, Thèses sur le nouveau droit fédéral des marchés publics, Fribourg 1999, p. 45 ss ; P. GALLI / D. LEHMANN / P. RECHSTEINER, Das öffentliche Beschaffungswesen in der Schweiz, Zurich 1996, p. 91 n. 287 note de bas de page 11 ; pour le droit européen, voir C. BOCK, Das europäische Vergaberecht für Bauaufträge, Bâle/Francfort-sur-le-Main 1993, p. 254 ss.

3 Loi du 11 février 1998 sur les marchés publics (RSF 122.91.1) ; Règlement du 28 avril 1998 sur les marchés publics (RSF 122.91.11, RMP).

4 Accord OMC sur les marchés publics du 15 avril 1994 (RS 0.632.231.42, AMP) ; Accord bilatéral du 21 juin 1999 CH/UE sur certains aspects relatifs aux marchés publics, dont l'entrée en vigueur a été fixée au 1er juin 2002, disponible sur internet (<http://www.europa.admin.ch/f/index.htm>) ; Accord intercantonal du 25 novembre 1994 sur les marchés publics (RSF 122.91.2, AIMP) ; cet accord a été révisé le 15 mars 2001 ; à la fin mai 2002, seul le canton de Fribourg avait adhéré à cette modification ; voir à ce sujet Feuille officielle du canton de Fribourg N° 46 du 16.11.2001, N° 51 du 21.12.2001 et DC 2/2002, p. 81 ; Loi fédérale sur le marché intérieur du 6 octobre 1995 (RS 943.02, LMI).

5 Cf. à ce sujet Loi fédérale sur les marchés publics du 16 décembre 1994 (RS 172.056.1, LMP) ; Ordonnance sur les marchés publics du 11 décembre 1995 (RS 172.056.11, OMP) ; pour un aperçu des sources législatives, voir J.-B. ZUFFEREY / B. REVAZ, Le nouveau droit des marchés publics, 2ème éd., Fribourg 1998.

6 ATF 125 I 209, DC 4/1999 p. 141 N° S27 ; N. MICHEL, Droit public de la construction, Fribourg 1996, p. 376 n. 1872 ; J.-B. ZUFFEREY, Les marchés publics dans la construction « cinq ans après » in Journées du droit de la construction 2001, Vol. I, p. 17 ; pour une définition plus large des marchés publics, voir F. BELLANGER / C. BOVET, Marchés de l'affichage public ou marchés publics de l'affichage in DC 4/1999 p. 164 s. ; F. BELLANGER, Le droit applicable

Premièrement, selon une jurisprudence vaudoise, seuls les contrats passés entre un pouvoir adjudicateur et une entité de droit privé sont assujettis au droit des marchés publics⁷. Par conséquent, un contrat liant deux entités de droit public n'est pas un marché public. Encore faut-il à mon avis que la collectivité publique « adjudicataire » bénéficie d'un droit exclusif en vertu de « dispositions législatives réglementaires ou administratives publiées » au sens de la note 1 relative aux annexes 4 AMP et AIMP révisé ainsi qu'à l'annexe VI de l'Accord bilatéral. Tel est par exemple le cas de l'Etablissement cantonal d'assurance des bâtiments qui dispose dans le canton de Fribourg d'un monopole légal pour l'assurance des bâtiments contre le feu et les risques naturels (art. 1 et 3 Loi sur l'assurance des bâtiments contre l'incendie et les autres dommages, RSF 732.1.1).

Deuxièmement, il faut distinguer les marchés qui sont soumis aux traités internationaux et ceux qui ne le sont pas.

1° Dans le cadre des premiers, les contrats d'assurance sont considérés comme des prestations de services soumises au droit des marchés publics selon les annexes 4 AMP/AIMP révisé et VI de l'Accord bilatéral. Ces annexes contiennent en effet une liste (limitative) des services assujettis⁸, qui inclut les « services d'assurances ». Elles renvoient au surplus aux numéros 812 et 814 d'une liste CPC qui est une classification complète (en langue anglaise) des biens et des services élaborée dans le cadre des Nations Unies⁹. Il en découle que sont des marchés publics toutes formes de prestations en matière de réassurance (titre du n° CPC 812), de prévoyance vieillesse, survivants et invalidité (n° CPC 81212), d'assurance accidents et perte de gain en cas de maladie (n° CPC 81291), d'assurance véhicules à moteur (n° CPC 81292), d'assurance de chose ou encore d'assurance du patrimoine (n° CPC 81295 à 81297)¹⁰. Cette liste comporte cependant une exception

aux marchés publics *in* RDAF 2001 p. 370 s. ; Commission fédérale de recours en matière de marchés publics 3.9.1999 *in* DC 4/1999 p. 139 n° S20 ; V. CARON / J. FOURNIER, sous la direction de N. MICHEL et E. CLERC, La protection juridique dans la passation des marchés publics, Fribourg 2002, p. 3 s.

7 TA VD 2.7.1999 *in* RDAF 2000 I p. 123, DC 2/2000 p. 62 N° S29 avec note C. BOVET.

8 Cf. Commission fédérale de recours en matière de marchés publics 11.10.2001 *in* JAAC 2002 I p. 45, DC 2/2002 p. 68 N° S1 ; F. BELLANGER, Le droit applicable aux marchés publics *in* RDAF 2001 p. 372 ; à noter que certains cantons assujettissent plus largement les prestations de services ; tel est le cas p. ex. des cantons du Jura (mais seulement pour les marchés non régis par les traités internationaux ; voir art. 9 LMP et 11 OAMP JU) et de Vaud ; pour le canton de Vaud, voir E. POLTIER, Droit des marchés publics : premières expériences vaudoises *in* RDAF 2000 p. 316.

9 Classification centrale des produits (CPC) disponible sur internet (<http://www.un.org/depts/unsd/class/class1.htm>) ; cf. F. BELLANGER, La classification des services soumis à l'AMP *in* DC 4/2000 p. 123 s. ; ZUFFEREY/REVAZ, Le nouveau droit des marchés publics, p. 231 ss.

10 A ce sujet, cf. D. ESSEIVA, Contrat d'assurance *in* DC 4/2000 p. 121 ; cf. ég. TA VD 4.6.2002 sur internet (<http://www.marches-publics.vd.ch>).

importante : le titre de la section 812 CPC exclut en effet les « *compulsory social security services* », c'est-à-dire les services de sécurité sociale obligatoire. Ceux-ci sont définis par le n° CPC 913 qui recouvre notamment les assurances des 1^{er} et 2^{ème} piliers, l'assurance accident, l'assurance maternité et l'assurance perte de gain¹¹ obligatoires ainsi que les prestations en matière d'allocations familiales. Il convient toutefois de tenir compte du fait que certains contrats d'assurance octroient des prestations qui vont bien au-delà du régime obligatoire. Tel est fréquemment le cas dans le domaine des assurances du 2ème pilier (p. ex. couverture pour les salaires dépassant ou n'atteignant pas le salaire coordonné ; cf. art. 8 al. 1 LPP, RS 831.40). Ces contrats portent donc en partie sur des prestations non obligatoires. Il faut considérer qu'ils sont globalement assujettis au droit des marchés publics pour autant que la part de prime correspondant à l'assurance non obligatoire soit plus élevée que celle relative aux prestations d'assurance obligatoire¹². Tombent également dans le champ d'application de la loi les services de courtage (n° CPC 814.01) ainsi que les services de conseils en matière d'assurance et de fonds de pension (n° CPC 814.02)¹³. Sont ainsi assujetties toutes les prestations fournies par un courtier en matière de marchés publics d'assurance (évaluation du risque, rédaction du cahier des charges et de l'appel d'offres, évaluation des offres et gestion du dossier).

2° Les marchés de services non soumis aux traités internationaux sont ceux pour lesquels les soumissionnaires ayant leur siège ou leur domicile en Suisse peuvent invoquer le droit des marchés publics. Dans ce domaine, l'article 6 al. 3 AIMP révisé ne fait plus référence à des listes de prestations et étend le champ d'application de la loi « à tous les marchés des adjudicateurs publics »,

11 La conclusion d'une assurance perte de gain maladie est parfois imposée par des conventions collectives de travail (pour un exemple, cf. JdT 2001 p. 381 ss) ; le champ d'application de celles-ci peut être étendu par décision de l'autorité en application de la loi fédérale du 28 septembre 1956 (RS 221.215.311, LECCT) ou de la loi fédérale du 8 octobre 1999 sur les travailleurs détachés (cf. FF 1999 p. 7942, ég. disponible sur internet [<http://www.europa.admin.ch/f/index.htm>]) ; on considérera alors qu'il s'agit d'un régime de sécurité sociale imposé par la loi ; cf. à ce sujet, M. REHBINDER, *Schweizerisches Arbeitsrecht*, 15ème éd., Berne 2002, p. 256 note 558 ; J.-L. DUC / O. SUBILIA, *Commentaire du contrat individuel de travail*, Lausanne 1998, p. 634.

12 Dans ce sens, cf. D. ESSEIVA, *Droit applicable à un marché comportant des services en partie assujettis au droit des marchés publics* in DC 2/2000 p. 53 ; F. BELLANGER, *Le droit applicable aux marchés publics* in RDAF 2000 p. 377 et note de bas de page 36.

13 Dans ce sens pour le droit français, voir H. LEPETIT-COLLIN, *La nouvelle circulaire relative aux marchés publics d'assurance : clarification et question en suspens* in *Bulletin juridique des contrats publics* 8/2000 p. 5. L'importance du droit français doit être relevée. Développé depuis 1964, ce droit a servi de modèle au droit européen des marchés publics. Celui-ci a lui-même profondément influencé l'Accord OMC sur les marchés publics (AMP) auquel la Suisse a adhéré. Le juge suisse pourra donc s'inspirer de la jurisprudence européenne (à ce sujet, cf. DC 4/2001 p. 160 N° S48 avec note D. ESSEIVA) et française.

donc également aux marchés d'assurance et de courtage, y compris à ceux relevant des assurances sociales obligatoires¹⁴.

III. CALCUL DES VALEURS SEUIL

Les pouvoirs adjudicateurs ont l'obligation de recourir à des procédures avec mise en concurrence (ouverte ou sélective) dès que la valeur estimée du marché dépasse les seuils légaux (appelés valeurs seuil). Dans le canton de Fribourg, la valeur seuil de déclenchement de l'appel d'offres public se situe à 250'000 francs pour les marchés de services¹⁵. Pour calculer cette valeur, on estimera de manière prudente, au stade de l'appel d'offres, toutes les formes de rémunérations que devra verser le pouvoir adjudicateur à l'assurance adjudicataire, TVA non comprise (art. II al. 2 AMP, 7 al. 1ter AIMP, 4 al. 2 RMP). En matière de contrat d'assurance, la rémunération consiste dans l'ensemble des primes versées par l'assuré (cpr. art. 7 al. 4 Directive « Services » 92/50/CEE du 18 juin 1992). A défaut de prescription contraire de la loi, le droit de timbre doit être inclus dans l'estimation. En effet, l'adjudicataire étant débiteur de cet impôt, celui-ci fait partie de la rémunération à verser par l'entité adjudicatrice (cf. art. 25 Loi fédérale sur les droits de timbre, RS 641.10). En cas d'erreur fautive d'estimation de la valeur du marché à la baisse et de choix d'une procédure exceptionnelle (de gré à gré ou d'invitation à soumissionner) au lieu d'une procédure avec appel d'offres, le pouvoir adjudicateur s'expose à une annulation sur recours de la décision d'adjudication. Une erreur d'estimation à la

¹⁴ Cf. Message du 9 octobre 2001 du Conseil d'Etat du canton de Fribourg accompagnant le projet de décret portant adhésion à la modification de l'AIMP, BGC 2001 p. 1638 ss ad art. 6 ; au niveau fédéral, tous les services d'assurance sont assujettis, sauf les services de sécurité sociale obligatoire (cf. art. 5 al. 1 let. b LMP, 3 al. 1 OMP et annexe 1 OMP). Il en va de même dans les cantons n'ayant pas encore adhéré à l'AIMP révisé et qui se réfèrent aux annexes 4 AMP et 2 AIMP non révisé ; pour les entités de niveau cantonal et communal, cette conclusion n'est pas contraire à l'article 5 LMI qui assujettit apparemment tous les marchés publics de services ; en effet, compte tenu de son caractère subsidiaire, cette disposition n'a pas pour but d'étendre le champ d'application de la loi à d'autres marchés de services que ceux définis dans les annexes 4 AMP et 2 AIMP non révisé ; dans ce sens, cf. P. TERCIER, *La libéralisation du marché de la construction in ; Journées du droit de la construction 1997*, vol. I, p. 19 ; contra E. CLERC, *in P. TERCIER / C. BOVET, Droit de la concurrence, Genève/Bâle/Munich 2002*, n. 46 ad art. 5 LMI.

¹⁵ Cela correspond au régime de l'AIMP rév., qui devrait à terme en principe prévaloir dans tous les cantons ; voir art. 41 al. 3 RMP ; pour un aperçu des valeurs seuil applicables par la Confédération et les cantons romands (plus le canton de Berne) au 1er janvier 2002, cf. D. ESSEIVA, *Les marchés publics d'architectes et d'ingénieurs*, 2ème éd., Fribourg 2002, p. 27 ss, disponible sur internet (<http://www.gillon.ch/articles.html>) ; conformément à l'art. 41 al. 1 et 2 RMP et à l'AIMP rév. (annexe 2), il est possible de recourir à la procédure d'invitation à soumissionner (au moins trois offres) pour les marchés de services situés entre 150'000 et 250'000 francs et d'adjuger ces marchés directement (de gré à gré) jusqu'à une valeur de marché de 150'000 francs.

hausse reste par contre sans conséquence, le pouvoir adjudicateur étant libre d'offrir aux soumissionnaires un plus haut niveau d'ouverture au marché¹⁶.

Si l'adjudicateur met en soumission la conclusion d'un seul contrat d'assurance pour tous ses risques, la valeur du marché correspond à la prime globale. Si plusieurs contrats d'assurance sont conclus avec des assureurs différents, se posent trois questions délicates : sur quelle durée convient-il de comptabiliser les primes (1°) et faut-il considérer le montant de chaque contrat pris isolément ou additionner leurs valeurs respectives (2° et 3°) ?

1° Si le contrat d'assurance est conclu pour une durée déterminée, c'est la valeur totale des primes dues pour cette durée qui doit être prise en compte. Si le contrat est conclu pour une durée indéterminée, on additionnera les primes calculées sur 4 ans (art. II al. 5 AMP, 5 al. 2 RMP). Les contrats conclus pour une durée inférieure à 4 ans et qui contiennent une clause de tacite reconduction (cf. à ce sujet ci-dessous V) doivent être considérés comme des contrats de durée indéterminée car, en cas de doute, on doit se baser sur la valeur supérieure du marché (art. II al. 5 AMP, 5 al. 3 RMP).

2° Il n'est pas interdit de passer plusieurs contrats (*Fachlose*) décalés dans le temps pour couvrir l'ensemble des risques, voire d'adjuger un marché par lots séparés (*Teillose*). Le pouvoir adjudicateur doit cependant choisir pour chacun des contrats et lots une procédure de passation correspondant à la valeur estimée du marché. Le principe d'interdiction de division du marché conduit à écarter la prise en considération isolée de chaque contrat (art. 2 al. 3 AMP, 4 al. 1 RMP). Cela ne signifie toutefois pas qu'il faille additionner les primes de tous les contrats. La notion de marché correspond en effet à l'ensemble des opérations couvrant des risques de même nature¹⁷. Le pouvoir adjudicateur doit donc additionner les valeurs de l'ensemble des contrats destinés à couvrir la même catégorie de risques. La question de savoir quels sont les risques de même nature dépendra de l'ensemble des circonstances. La pratique distingue trois catégories principales de risques : les assurances des personnes (not. assurance accident, assurance maladie), les assurances de choses (incendie, vol, dégâts d'eau) et les assurances du patrimoine (not. assurance RC, assurance perte d'exploitation). On ne peut toutefois pas exclure que des subdivisions supplémentaires soient admises à l'intérieur de ces trois catégories. Il conviendra de déterminer à chaque fois s'il existe un motif objectif de partager le marché. A cet égard, les critères suivants peuvent être pris en compte : changement

16 Pour l'ensemble de ces questions, cf. ESSEIVA, Les marchés publics d'architectes et d'ingénieurs, p. 16 s.

17 Cf. D. ESSEIVA, note concernant les arrêts S42-S43 in DC 4/2000 p. 129 ; voir ég. TA FR 6.9.2000 in DC 2/2001 p. 69 s. N° S23 ; cpr. TA ZH 9.11.2001, VB.2001.00116 sur internet (<http://www.vgrzh.ch>).

de pratique du pouvoir adjudicateur par rapport au passé, existence d'un motif économique, juridique ou de fait justifiant un partage du marché¹⁸. A titre d'exemple, les primes payées pour les assurances responsabilité civile relatives à tous les bâtiments d'une collectivité publique devront en principe être additionnées car il s'agit de risques de même nature. Il peut cependant arriver que certains bâtiments présentent des risques tout à fait particuliers justifiant un traitement séparé (p. ex. une usine d'incinération).

3° La durée sur laquelle il faut comptabiliser les primes de chaque catégorie de marché est soit la valeur réelle des contrats successifs passés au cours des 12 mois précédant l'adjudication du marché, soit la valeur estimée des marchés successifs qui seront adjugés au cours des 12 mois suivant l'adjudication de ce marché (art. II al. 4 AMP, 5 al. 1 RMP). Si le marché contient des options, on doit ajouter leur valeur.

IV. LE COURTIER D'ASSURANCE EN QUALITE D'AUXILIAIRE DU POUVOIR ADJUDICATEUR¹⁹

En matière d'assurance, tant l'assureur que l'assuré peuvent décider de recourir à un intermédiaire. Lorsque celui-ci est un courtier d'assurance, auxiliaire de l'assuré, on doit se poser la question des limites d'une telle pratique du point de vue du droit des marchés publics. En effet, si l'auxiliaire du pouvoir adjudicateur est lié économiquement, juridiquement ou d'une quelconque manière à un ou plusieurs soumissionnaires, il y a un risque de violation des principes d'égalité de traitement et de concurrence efficace (art. 1 al. 3 let. a et b, 11 let. a et b AIMP). Après avoir examiné les bases juridiques de l'activité du courtier d'assurance (ci-après A), j'aborderai donc la question de la conformité au droit des marchés publics de son intervention en qualité d'auxiliaire du pouvoir adjudicateur (B).

¹⁸ En France, la Circulaire interministérielle du 30 juillet 1999 (art. V) formule une suggestion tendant à apprécier les valeurs seuil par catégories de contrats couvrant les risques de même nature habituellement pratiqués sur le marché : assurance du patrimoine, assurance des responsabilités, assurance automobile, assurance des personnes, assurance construction, assurance de transport de marchandises ou de personnes, assurance aviation ; cf. à ce sujet LLORENS, p. 48 s. ; LEPETIT-COLLIN, p. 5 s. ; pour le droit allemand, cf. N. DREHER, *Versicherungsdienstleistungen und Vergaberecht, Die Vergabe von Versicherungsdienstleistungen nach dem neuen Vergaberecht*, Heft 10 Schriftenreihe des Forum Vergabe e.V., Cologne 2000, p. 87 s., publié ég. *in* VersR 16/2000 ; E. TRAUTNER / S. FÖRSTER, *Vergabe von Versicherungsdienstleistungen in Vergaberecht* 3/2001 p. 190 s.

¹⁹ Je dois le caveat suivant à l'objectivité scientifique : ce chapitre se fonde sur un avis de droit que j'ai eu l'occasion de rédiger au profit d'une association professionnelle d'agents généraux d'assurance.

A. Les bases juridiques de l'activité du courtier d'assurance

Le courtage est un contrat conclu entre un preneur d'assurance et un courtier en vertu duquel celui-ci sert d'intermédiaire lors de la conclusion de contrats d'assurance et reçoit au surplus le mandat de prendre en charge la surveillance de la protection juridique du preneur d'assurance pour un risque particulier ou pour l'ensemble du portefeuille d'assurances de son client²⁰. Habituellement, le salaire du courtier est payé sous forme de commission non pas par l'assuré, mais par l'assureur. Il est au surplus calculé en pourcent de la prime encaissée.

On peut distinguer trois phases dans l'activité du courtier. Premièrement, il y a la préparation de l'appel d'offres qui recouvre des opérations aussi diverses que l'étude du risque et du besoin d'assurance, le développement d'un concept, l'analyse du marché, ainsi que la rédaction du cahier des charges et de l'appel d'offres. En matière de marchés publics, il appartient au pouvoir adjudicateur de décrire de manière détaillée l'objet et l'importance du marché (art. 14 al. 3 let. c, 15 al. 1 let. b RMP). Cette exigence est d'autant plus importante qu'il ne peut y avoir de réelle concurrence que si les soumissionnaires connaissent de manière précise l'étendue des prestations attendues. Le domaine de l'assurance étant relativement spécialisé, le recours à un courtier professionnel est donc dans l'intérêt du pouvoir adjudicateur.

La deuxième phase concerne l'examen et l'évaluation des offres ainsi que la proposition d'adjudication formulée à l'intention du pouvoir adjudicateur.

La dernière phase a trait à la gestion de la police d'assurance. Elle concerne notamment la gestion des sinistres (annonces, négociations avec l'assureur), le contrôle de la couverture d'assurance et l'adaptation de la police au changement de circonstances, ce qui implique éventuellement la résiliation des polices en cours²¹.

Sur le plan du droit civil, la qualification du contrat liant assuré et courtier d'une part et assureur et courtier d'autre part est délicate. En effet, certains aspects de l'activité du courtier relèvent du contrat d'entreprise (art. 363 ss CO ; établissement d'un cahier des charges), d'autres du contrat de courtage (art. 412 ss CO ; négociations avec les différents soumissionnaires) et certains enfin du contrat de mandat (art. 394 ss CO ; évaluation des offres et gestion de la police d'assurance). La doctrine en déduit qu'il s'agit de relations contractuelles sui generis²². Le Tribunal fédéral n'a pas tranché la question. Dans un

20 ATF 124 III 481, JdT 1999 I 455 ; H. BAUMANN, *Die Courtage des Versicherungsmaklers*, thèse, Zurich 1996, p. 26.

21 Voir H. STUDER, *Die Rechtsstellung des Versicherungsbrokers in der Schweiz*, thèse, Berne 2000, p. 132 ss.

22 BAUMANN, p. 76 s., 221 s. ; STUDER, p. 83 ss, 209 ss.

arrêt récent, il a retenu l'existence d'une relation contractuelle tripartite lorsque l'activité du courtier d'assurance est couronnée de succès et aboutit à la conclusion d'un contrat²³.

B. La conformité au droit des marchés publics de l'intervention du courtier

1. La possibilité pour le pouvoir adjudicateur de s'adjoindre l'aide d'un auxiliaire

Il convient en premier lieu de déterminer si le pouvoir adjudicateur peut s'adjoindre l'aide d'un auxiliaire pour préparer et mener à bien la procédure de passation. Comme celle-ci relève du droit public, ce sont les dispositions de droit public cantonales et communales qui déterminent qui peut agir pour le compte de la personne morale de droit public et la représenter (art. 33 al. 1 CO). Lorsque le pouvoir public agit exclusivement dans le cadre du droit privé, c'est le Code des obligations qui s'applique (cf. art. 32 ss CO)²⁴. Rien ne s'oppose à ce que le représentant d'une personne morale de droit public soit une personne physique étrangère à l'organisation du pouvoir adjudicateur²⁵. Pour l'établissement des faits relevant, l'autorité administrative est au demeurant autorisée à recourir à des experts (art. 46 al. 1 let. e, 52 Code de procédure et de juridiction administrative, RSF 150.1, CPJA). On doit donc admettre qu'elle puisse déléguer certaines tâches à des personnes compétentes dans la mesure où le déroulement normal de la procédure de soumission nécessite des connaissances spéciales²⁶. Or, c'est précisément le cas dans le domaine des marchés publics d'assurance.

Il n'y a ainsi pas d'objection à ce que le pouvoir adjudicateur soit assisté d'un courtier pour préparer la procédure de passation et évaluer les offres. Dans le domaine de la construction, il est d'ailleurs usuel que ce soit l'architecte, respectivement le ou les ingénieurs qui préparent la soumission et procèdent à l'évaluation des offres des entrepreneurs. Une délégation complète à un tiers de l'organisation de la procédure de passation est par contre interdite. L'adjudicateur doit en effet garder la maîtrise des étapes importantes de la procédure (choix des critères d'aptitude et d'adjudication, définition du mar-

23 ATF 124 III 481 consid. 4a, JdT 1999 I 459 s. ; voir ég. BAUMANN, p. 81.

24 A ce sujet, voir ATF 124 III 418, JdT 1999 I 370.

25 B. KNAPP, Précis de droit administratif, Bâle/Francfort-sur-le-Main 1991, p. 169 n. 767ter ; P. MOOR, Droit administratif, vol. II, Berne 2002, p. 60 s.

26 Voir art. 26 al. 1 RMP ; § 24 al. 1 Directives AIMP ; § 28 al. 1 Modèle de Directives AIMP rév. ; art. 14 OSoum BE, RS BE 731.21 ; art. 35 al. 1 OMP VS, RS VS 726.100 ; art. 45 al. 2 OAMP JU, RS JU 174.11 ; au plan fédéral, en matière de concours, la délégation à un tiers de l'exécution des travaux préparatoires est même la règle lorsque l'adjudicateur ne dispose pas de « spécialistes internes » ; à ce sujet, cf. art. 45 al. 1 OMP.

ché, évaluation des offres). Il ne saurait donc s'en remettre complètement à un préavis d'adjudication de son mandataire. Il doit au contraire exiger de celui-ci un rapport détaillé et compréhensible concernant l'évaluation des offres, de telle manière qu'il puisse prendre une décision en connaissance de cause.

Le choix du courtier doit être précédé d'une procédure de mise en concurrence lorsque les valeurs seuil sont dépassées (cf. ci-dessus III). Certes, le pouvoir adjudicateur ne verse aucune rémunération au courtier qui est payé par l'adjudicataire sur la base d'une commission. Toutefois, comme celle-ci est intégrée dans le montant de la prime, il faut considérer qu'il y a rémunération et, par conséquent, un état de fait relevant du droit des marchés publics²⁷.

2. *Le respect des règles en matière de récusation*

Il est indispensable que les procédures de passation se déroulent de manière à garantir l'égalité de traitement des soumissionnaires (art. 1 al. 3 let. b, 11 let. a AIMP). A cet égard, le législateur a voulu éviter que d'autres intérêts, en particulier des intérêts privés non protégés, puissent influencer la procédure²⁸. C'est une des raisons pour lesquelles un des objectifs de la loi est d'assurer l'impartialité de l'adjudication dans le respect des conditions de récusation des personnes concernées (art. 11 let. d AIMP). En édictant la disposition précitée, le législateur avait principalement en vue les conflits d'intérêt auxquels les membres des autorités adjudicatrices sont confrontés lorsqu'ils veulent à la fois déposer une offre et siéger au sein de l'organe de décision²⁹. Le droit des marchés publics ne contenant aucune autre précision dans ce domaine, on se référera au surplus aux règles de procédure administrative non contentieuse du droit cantonal³⁰. Les dispositions en matière de récusation sont essentiellement contenues dans le Code de procédure et de juridiction administrative (art. 21 al. 1 CPJA ; cf. ég. pour les marchés publics communaux, art. 65 Loi sur les communes [RSF 140.1] et 25 ss Règlement d'exécution de cette loi [RSF 140.11]), étant précisé que la Constitution fédérale garantit un standard minimum qui s'impose aux cantons³¹.

Le CPJA a pour but de garantir l'indépendance et l'absence de prévention de l'autorité de telle manière qu'aucune circonstance étrangère à la procédure de passation n'exerce une influence injustifiée en faveur de tel ou tel soumissionnaire. L'autorité doit se récuser en présence de circonstances qui, considé-

27 Dans ce sens pour le droit français, LEPETIT-COLLIN, p. 4 ; LLORENS, p. 34 s.

28 P. HAENNI / M. SCRUIZZI, Zur Ausstandspflicht im Rahmen von Submissionsverfahren in DC 4/1999 p. 134.

29 Message du Conseil d'Etat du canton de Fribourg du 28.04.1995 concernant l'Accord intercantonal sur les marchés publics, BGC 1995 p. 1520 ss ad art. 11 let. d.

30 Cf. E. CLERC, L'ouverture des marchés publics : effectivité et protection juridique, thèse, Fribourg 1997, p. 487, 643 ; HAENNI/SCRUIZZI, p. 134.

31 Cf. art. 4a Cst., 29 Cst. ; MOOR, Droit administratif, vol. II, p. 238.

rées objectivement, sont propres à fonder l'apparence d'une prévention. De telles circonstances peuvent résulter d'une attitude déterminée de l'autorité ou de données externes de nature fonctionnelle ou organisationnelle³². Le système légal n'impose pas la récusation seulement lorsqu'une prévention effective est établie, car une disposition interne de la part de l'autorité ou de l'un de ses membres ne peut souvent pas être prouvée ; il suffit donc que les circonstances donnent l'apparence de la prévention et fassent redouter une activité partielle. Seules des circonstances constatées objectivement doivent être prises en considération. Les impressions purement individuelles d'une des parties ne sont pas décisives³³.

Les exigences varient selon qu'il s'agit d'un organe juridictionnel ou au contraire d'un organe exécutif ou administratif. Cela tient notamment au fait que l'organisation administrative ou exécutive implique des cumuls que l'institution judiciaire ne peut pas connaître. Il est ainsi justifié d'avoir des exigences moins élevées pour les autorités exécutives selon la nature de la fonction exercée dans la mesure où l'exercice normal de la compétence en cause l'implique³⁴. Les exigences sont cependant les mêmes qu'en matière judiciaire lorsqu'il ne s'agit pas de récusation pour des motifs fonctionnels, mais pour des motifs personnels³⁵.

L'obligation de récusation concerne non seulement l'autorité de décision, mais également la personne appelée « à collaborer à la prise de celle-ci » au sens de l'article 21 al. 1 CPJA (cpr. art. 10 al. 1 Loi fédérale sur la procédure administrative, RS 172.021). Sont par conséquent visées toutes les personnes qui, d'une manière ou d'une autre, accomplissent une activité d'une certaine importance dans la préparation de la décision, sans que cette activité doive nécessairement être de nature à influencer sur le contenu de la décision³⁶. Plusieurs tribunaux ont au demeurant admis que les dispositions en matière de

32 ATF 120 Ia 184 consid. 2b, JdT 1996 II 67 ; ATF 124 I 121 consid. 3a, JdT 1999 I 161.

33 ATF 116 Ia 135 consid. 2 ; 125 I 255 consid. 4a ; 125 I 119 consid. 3a.

34 ATF 125 I 119 consid. 3f et 209 consid. 7 ; MOOR, Droit administratif, vol. II, p. 239 ; ainsi, il n'y a pas de contre-indication à ce qu'un conseiller communal ayant fonctionné comme « expert » dans une commission de bâtisse siège ensuite au sein de la municipalité lors de la décision d'adjudication ; à ce sujet, cf. TA VD 26.1.2000 in DC 4/2000 p. 132 s. N° S55 avec note C. BOVET.

35 ATF 119 V 465 ; A. KÖLZ / I. HÄNER, *Verwaltungsverfahren und Verwaltungsrechtspflege des Bundes*, Zurich 1998, p. 91 n. 250 s. ; HÄNNI/SCRUZZI, p. 134.

36 RJN 1992 p. 227 ; G. BOINAY, *La procédure administrative et constitutionnelle du canton du Jura*, Porrentruy 1993, p. 81 n. 12 ; A. KÖLZ / J. BOSSHART / M. RÖHL, *Kommentar zum Verwaltungsrechtspflegegesetz des Kantons Zürich*, Zurich 1999, n. 9 ad § 5a ; T. MERKLI / A. AESCHLIMANN / R. HERZOG, *Kommentar zum Gesetz vom 23. Mai 1989 über die Verwaltungsrechtspflege des Kantons Bern*, Berne 1997, n. 7 ad art. 9 ; R. SCHAEER, *Juridiction administrative neuchâteloise*, Neuchâtel 1995, p. 72 s. ; B. BOVAY, *Procédure administrative*, Berne 2000, p. 116 s.

récusation s'appliquaient à l'auxiliaire du pouvoir adjudicateur, par exemple à l'architecte³⁷. Il doit en aller par conséquent de même du courtier d'assurance.

Comme relevé ci-dessus, il n'y a pas d'objection de principe à ce que le pouvoir adjudicateur s'adjoigne l'aide d'un courtier pour organiser le déroulement de la procédure de passation. L'expérience d'un courtier peut d'ailleurs être très appréciable pour l'entité adjudicatrice, non seulement au stade de l'élaboration du cahier des charges, mais également lors de l'évaluation des offres. On n'oubliera cependant pas que les avantages résultant du recours à un auxiliaire compétent doivent céder le pas devant les règles en matière de récusation³⁸. D'autre part, pour que le courtier doive se récuser, il n'est pas nécessaire que la preuve d'une influence illicite sur la procédure de passation soit apportée. Il suffit qu'existent des circonstances sérieuses et objectives de nature à faire douter de son impartialité. Cette règle relativement stricte doit être appliquée avec rigueur car un courtier a de multiples possibilités d'influencer la procédure de passation en violation de l'égalité de traitement des soumissionnaires (p. ex. lors de la rédaction du cahier des charges ou du choix des critères d'adjudication). Cela se vérifie en particulier au stade de l'évaluation des offres. Parmi les critères d'adjudication usuels figurent non seulement le prix (la prime d'assurance), mais également la qualité de la prestation (art. 30 al. 1 RMP). Or, l'évaluation de ces critères laisse ouvertes de multiples possibilités d'interprétation. Même en matière de notation du montant de la prime, diverses méthodes sont envisageables³⁹. En d'autres termes, de nombreuses possibilités de manipulations de la procédure sont possibles sans que le pouvoir adjudicateur soit toujours en mesure de déterminer si le courtier s'est inspiré de motifs objectifs en toute impartialité.

L'obligation de récusation du courtier peut résulter principalement de la conjonction de trois éléments. Premièrement, la plupart des courtiers concluent avec les compagnies d'assurance des contrats cadre dans lesquels sont fixés à l'avance le taux de commissionnement par catégorie de police. Il s'agit d'une relation (pré)contractuelle entre le courtier et les futurs soumissionnaires. D'autre part, chaque fois que l'activité du courtier aboutit à la conclusion d'un contrat d'assurance, on doit admettre la conclusion d'une relation contractuelle (cf. ci-dessus IV A). Le courtier se trouvera donc souvent dans une relation

37 TA AG 16.7.1998 *in* ZBI 1999 p. 387 ss, DC 4/1998 p. 129 s. N° 341 ; cf. ég. Commission fédérale de recours en matière de marchés publics 3.9.1999 *in* DC 4/1999 p. 140 N° S24 ; cpr. TA BE 8.9.2000 *in* BVR 2001 p. 284/286 ; TA ZH 6.4.2001 consid. 3a/bb, VB.2000.00068 sur internet (<http://www.vgrzh.ch>).

38 ATF 115 V 257 consid. 5c.

39 A ce sujet, cf. D. ESSEIVA, L'évolution des marchés publics de construction, où en sommes-nous ?, Fribourg 2002, p. 9 s. sur internet (<http://www.gillon.ch/articles.html>) ; DC 2/2002, p. 75 s. N° S10-S13 avec note D. ESSEIVA.

contractuelle durable avec la plupart des compagnies d'assurance soumissionnaires, ce qui constitue un motif de récusation en application de l'article 21 al. 1 let. d et f CPJA⁴⁰. Le fait que des liens contractuels soient entretenus avec la plupart, si ce n'est avec tous les soumissionnaires, n'atténue pas le risque de violation de l'égalité de traitement. En effet, les relations du courtier avec les différents assureurs ne sont pas toutes de la même qualité, ni de la même intensité. Le risque de partialité ne peut donc pas être écarté. Au demeurant, même des relations d'affaires passées justifient la récusation dans la mesure où elles étaient étroites et régulières⁴¹. Par contre, un unique mandat terminé ne suffit en principe pas à créer l'apparence de la prévention⁴².

Deuxièmement, le courtier a un intérêt indirect marqué, d'ordre financier, à l'issue de la procédure de passation puisqu'il est rémunéré non pas par le pouvoir adjudicateur, mais par la compagnie d'assurance adjudicataire (art. 21 al. 1 let. f CPJA)⁴³. Cette rémunération consiste en un pourcentage du montant de la prime versée par l'assuré. On ne peut au surplus pas exclure que certains soumissionnaires promettent au courtier, en cas d'adjudication, un taux préférentiel de commissionnement. Le mode de rémunération du courtier constitue donc un facteur objectif susceptible d'entraîner une violation de l'égalité de traitement des soumissionnaires. Certes, il se peut que certains taux de commissionnement soient unifiés sur la base d'un usage des différentes compagnies d'assurance. Il n'y a toutefois aucune garantie sur le plan juridique que ces pratiques soient respectées, ne serait-ce qu'en raison du fait qu'elles contreviennent sans doute à la législation sur les cartels. Quoi qu'il en soit, même avec un taux de commissionnement déterminé imposé dans l'appel d'offres (p. ex. 10%), le courtier est indirectement intéressé à avantager le soumissionnaire dont la prime est la plus élevée. En effet, la rémunération du courtier est proportionnelle au montant de la prime. L'assuré a certes un intérêt à payer la prime la plus basse possible. Il n'en reste pas moins que l'intérêt du courtier est susceptible de jouer un rôle sur la procédure de passation puisque, pour les marchés de services, le critère d'adjudication du prix n'est

40 ATF 116 Ia 135 consid. 3c, JdT 1992 IV 96 ; ATF 116 Ia 485 consid. 3, JdT 1992 I 116 ; ACEDH du 22 juin 1989 en la cause Langborger c/ Suède in Série A volume 155 p. 30 ss ; TA AG 27.8.1984 in AGVE 1984 p. 697 ; voir ég. AGVE 1984 p. 698 ; BOVAY, p. 118 ; HÄNNI/SCRUZZI, p. 134 ; MERKLI/AESCHLIMANN/HERZOG, n. 10 et 14 ad art. 9 ; KÖLZ/BOSSHART/RÖHL, n. 15 ad § 5a ; A. GRISEL, Traité de droit administratif, Neuchâtel 1984, vol. II, p. 836 s.

41 P. JOLIDON, Commentaire du concordat suisse sur l'arbitrage, Berne 1984, p. 269 s.

42 Commission de recours DFEF 5.9.1996 in JAAC 1997 II p. 339 ss.

43 Un intérêt de nature indirect suffit à entraîner l'obligation de récusation pour autant qu'il soit marqué ; cf. KÖLZ/BOSSHART/RÖHL, n. 16 ad § 5a ; MERKLI/AESCHLIMANN/HERZOG, n. 10 ad art. 9 ; voir ég. JOLIDON, p. 269.

qu'un critère parmi d'autres et qu'il n'est en général pas le critère prépondérant⁴⁴. L'adjudication peut donc être prononcée en faveur d'une offre qui n'est pas la meilleur marché.

Troisièmement, une partie importante du mandat confié au courtier par le pouvoir adjudicateur consiste dans le suivi de la gestion de la police d'assurance. Or, si cette gestion s'avère difficile, la rémunération du courtier n'en restera pas moins fixe. Celui-ci a ainsi intérêt à ce que l'adjudicataire soit un soumissionnaire avec lequel il puisse s'entendre de manière harmonieuse. Cet élément est également susceptible d'influencer le courtier.

Par conséquent, compte tenu des règles en matière de récusation et du principe d'égalité de traitement, il y aura très souvent des objections de principe à ce que le pouvoir adjudicateur s'adjoigne l'aide d'un courtier pour l'organisation de la procédure de passation et la gestion de la police d'assurance. On notera que des conclusions similaires ressortent de l'analyse de la jurisprudence et de la doctrine en Allemagne⁴⁵ et en France⁴⁶.

44 Cf. D. ESSEIVA, Critères d'adjudication et prix *in* DC 4/2001 p. 153 ; TA AG 4.11.1999 *in* AGVE 1999 p. 332 N° 63 ; pour la notation du prix, cf. DC 2/2002, p. 75 s. N° S10-S13 avec note D. ESSEIVA.

45 Une décision jurisprudentielle de principe a été rendue par le Tribunal supérieur du Land de Rostock (OLG Rostock) en date du 29.9.1999 (décision reproduite *in* Die Vergabe von Versicherungsdienstleistungen nach dem neuen Vergaberecht, Heft 10 Schriftenreihe des Forum Vergabe e.V., Cologne 2000, p. 125 ss). Ce tribunal a admis que le courtier était indirectement intéressé à l'issue de la procédure en raison du fait qu'il était rémunéré par l'adjudicataire et qu'il avait intérêt à ce que soit choisi un adjudicataire prêt à collaborer avec lui. Ces éléments faisaient présumer une violation de l'égalité de traitement des soumissionnaires, présomption que le pouvoir adjudicateur n'était pas parvenu à renverser. Deux autres arrêts se sont ralliés à cette jurisprudence (cf. décision de la Chambre des adjudications de Detmold du 7.1.2000 reproduite *in* Die Vergabe von Versicherungsdienstleistungen nach dem neuen Vergaberecht, Heft 10 Schriftenreihe des Forum Vergabe e. V., Cologne 2000, p. 160 ss, et décision du 18.10.2000 de l'OLG Düsseldorf reproduite *in* Vergaberecht 1/2001 p. 45 ss). La doctrine dominante a globalement salué cette jurisprudence ; cf. DREHER, p. 101 ss ; H. HÖFER, Rechtsfragen der Vergabe von Versicherungsdienstleistungen *in* Die Vergabe von Versicherungsdienstleistungen nach dem neuen Vergaberecht, Heft 10 Schriftenreihe des Forum Vergabe e.V., Cologne 2000, p. 24 s. ; N. RÄUBER, Commentaire de l'arrêt OLG Düsseldorf du 18.10.2000 *in* Vergaberecht 1/2001 p. 51 s. ; TRAUTNER/FÖRSTER, p. 199 ss ; contra M. TEICHLER, Die Rolle des Versicherungsmaklers im öffentlichen Vergabeverfahren, *in* Die Vergabe von Versicherungsdienstleistungen nach dem neuen Vergaberecht, Heft 10 Schriftenreihe des ForumVergabe e.V., Cologne 2000, p. 71 ss.

46 La légalité de l'intervention du courtier d'assurance dans les marchés publics n'a pas encore été analysée par un tribunal français. Le Tribunal administratif de Lyon a laissé ouverte cette question dans un arrêt du 28 juin 2000, le recours ayant été admis pour un autre motif (cf. Bulletin juridique des contrats publics 2000 p. 416 ss). L'article II de la Circulaire interministérielle du 30 juillet 1999 limite l'activité du courtier à deux éventualités. Soit le courtier est le conseiller du pouvoir public et il est alors rémunéré par lui pour ses conseils. Soit il est représentant d'un assureur avec lequel il collaborera en cas d'adjudication dans le cadre de la gestion du dossier. Le cumul de ces deux activités n'est pas possible. La doctrine française a salué ces principes ; voir LEPETIT-COLLIN, p. 3 ss ; LLORENS, p. 38 ss ; N. BERBARI /

Celui qui est frappé d'une cause de récusation ne peut ni participer à la prise de décision, ni surtout assister à la délibération et faire valoir son point de vue. Il ne peut de même pas préparer la prise de décision⁴⁷. Il faut en déduire qu'il lui est notamment interdit d'évaluer les offres. S'il participe tout de même à ces opérations, la sanction est l'annulation de la décision d'adjudication indépendamment de l'intérêt matériel que le recourant peut avoir à la suppression de la décision viciée⁴⁸. Il faut tout au plus réserver les cas dans lesquels le recourant aurait omis fautivement de présenter une requête de récusation à un stade antérieur de la procédure ; un vice affectant un organe administratif doit en effet être invoqué aussitôt que possible, c'est-à-dire à la première occasion après en avoir eu connaissance⁴⁹. L'autorité de recours ne peut pas réparer un vice frappant la décision à laquelle l'organe qui aurait dû se récuser a participé⁵⁰.

V. LES CLAUSES DE TACITE RECONDUCTION

Il est usuel en pratique que les contrats d'assurance prévoient une durée déterminée (en général de 3 à 5 ans) et ensuite un renouvellement tacite, à moins de résiliation notifiée par l'une ou l'autre des parties dans un délai donné. Ce type de clause de reconduction tacite contrevient à un des buts du droit des marchés publics, à savoir la garantie d'une concurrence efficace et du libre accès au marché. En effet, à défaut de résiliation, le marché pourrait se renouveler sans qu'il faille procéder à un nouvel appel d'offres, ce qui excluerait du marché les autres concurrents pour une longue période. On doit en tirer deux conséquences : premièrement, les appel d'offres doivent prévoir une durée maximale du contrat de telle manière que de nouvelles mises en concurrence soient possibles⁵¹. En soi, les contrats comportant une clause de reconduction ne sont pas prohibés puisque la loi fait référence aux contrats de durée indéterminée (art. II al. 5 let. b AMP, 5 al. 2 let. b RMP). Toutefois, si le pouvoir

F. COUILBAULT / J.-L. FERON / C. PARDESSUS / G.-M. PEYRICAL, Les marchés publics d'assurance, Paris 2000, p. 80 s. ; cf. ég. La mise en concurrence des marchés d'assurance peut-elle être limitée au seul choix des courtiers ? *in* Contrats et marchés publics 11/2001 p. 26 N° 218.

47 TA FR 6.12.2001, arrêt 3A 00 170 sur internet (<http://www.fr.ch/tad>) ; AGVE 1984 p. 697 s.

48 BOVAY, p. 127.

49 ATF 116 Ia 135 consid. 2d ; 124 I 121 consid. 2, JdT 1999 I 159.

50 TA FR 6.12.01, arrêt 3A 00 170 précité ; TA BE 8.9.2000 *in* BVR 2001 p. 288 ; KÖLZ/ BOSS-HART/RÖHL, n. 7 ad § 5a.

51 Cf. TA ZH 2.11.2000 *in* DC 4/2001 p. 156 N° S41 ; TA AG 29.6.1999 *in* DC 4/2000 p. 128 N° S41 ; TA JU 17.5.2001 consid. 2 ; Commission fédérale de recours en matière de marchés publics 3.11.2001 *in* JAAC 2001 II p. 482, DC 2/2002 p. 69 N° S2 avec note H. STÖCKLI ; pour le droit français, voir F. LLORENS / P. SOLER-COUTEAUX, Code des marchés publics, Paris 1999, p. 122.

adjudicateur entend y recourir, il devra prévoir une durée maximale raisonnable du contrat au-delà de laquelle un renouvellement ne sera pas possible (p. ex. durée initiale du contrat de 3 ans, ensuite renouvellement d'année en année, mais au maximum pour 5 ans). Deuxièmement, il incombe aux pouvoirs adjudicateurs de résilier pour le plus prochain terme possible les contrats comportant des clauses de reconduction tacite qui n'indiqueraient pas de durée maximale⁵².

Ces principes s'appliquent aux polices d'assurance conclues après l'entrée en vigueur du nouveau droit des marchés publics (1.1.1996). Les contrats conclus antérieurement peuvent par contre se renouveler sans limite dans le temps conformément aux prescriptions contractuelles adoptées par les parties puisqu'ils ne sont pas soumis au nouveau droit⁵³. En effet, le renouvellement tacite d'un contrat conclu sous l'ancien droit n'équivaut pas à la conclusion d'un nouveau contrat car la relation contractuelle n'est pas négociée à nouveau. On considère donc que le contrat est de durée indéterminée et que, faute de résiliation, il est toujours en vigueur. Cela ne vaut cependant que dans la mesure où les parties n'ont pas, postérieurement au 1er janvier 1996, renégocié la police d'assurance sur des points contractuels importants touchant au contenu et aux modalités d'exécution des prestations réciproques (p. ex. modification sensible du risque ou du montant de la prime, ou encore extension de la police d'assurance à un autre pouvoir adjudicateur). En pareil cas, il y a conclusion d'un nouveau contrat et, par conséquent, obligation de mise en concurrence. Est réservée la situation dans laquelle ces modifications interviendraient unilatéralement sur la base de l'exercice d'un droit d'option conféré à l'une des parties par le contrat initial (p. ex. droit d'adaptation de la prime accordé à l'assureur).

VI. CONCLUSION

Les nombreuses difficultés et interrogations que soulèvent les marchés publics d'assurance ne trouvent pas toujours de réponses claires dans la loi. Cela provient sans doute du fait que le législateur n'avait pas spécialement en vue les marchés de services, en particulier les marchés d'assurance, lors de l'adoption du nouveau droit. On peut ainsi souhaiter que les prochaines révisions législatives tiennent mieux compte de la particularité des assurances. A défaut, il appartiendra à la jurisprudence et à la doctrine de trouver des solu-

52 Dans ce sens, voir Commission fédérale de la concurrence *in* RPW/DPC 2/1999 p. 268 ; pour le droit français, cf. LLORENS, p. 41, 55 ; LEPETIT-COLIN, p. 6 s.

53 Cf. art. 22 al. 1 AIMP ; dans ce sens pour le droit fédéral, voir Commission fédérale de recours en matière de marchés publics 3.11.2000 *in* JAAC 2001 II p. 482, DC 2/2002 p. 69 s. N° S3 avec note H. STÖCKLI.

tions adéquates. Quoi qu'il en soit, ce domaine est certainement voué à un bel avenir. Il suffit de penser aux nombreuses questions laissées en suspens, telles que les rapports avec la législation spéciale et les difficultés susceptibles de survenir au stade de l'exécution du contrat d'assurance.

DIE VERPFLICHTUNG DES STAATES DURCH RECHTSGESCHÄFTLICHE HANDLUNGEN VON BEHÖRDEMITGLIEDERN

Überlegungen zum Verhältnis von Vertretungsrecht und Staatshaftung aus Anlass eines Urteils des Verwaltungsgerichts des Kantons Freiburg

Daniel Lehmann

Lic. iur., Oberamtmann des Seebezirks

Ein Mitglied der kantonalen Behörden verspricht einem Kulturschaffenden, Gelder aufzutreiben für ein kulturelles Projekt. Wird der Kanton durch ein solches Versprechen verpflichtet? Unter welchem Titel kommt eine solche Verpflichtung in Frage? Ein vom Verwaltungsgericht des Kantons Freiburg im Jahre 1997 entschiedener Fall¹ gibt Anlass, Fragen nachzugehen, die sich zum Verhältnis von Vertretungsrecht und Staatshaftung stellen.

I. DER ENTSCHEID

A. Der Sachverhalt

Der Oberamtmann eines freiburgischen Bezirks ist vom Direktor einer Filmproduktionsgesellschaft um Mithilfe bei der Finanzierung eines Films angegangen worden. In einem Schreiben mit Briefkopf des Oberamtes und mit der Unterschrift als Oberamtmann hat er der Gesellschaft mitgeteilt, dass er verschiedene an der Finanzierung des Films interessierte Persönlichkeiten kontaktiert habe und dass er das Interesse dieser Personen an einer Beteiligung an der Finanzierung des Films in der Höhe eines bestimmten Betrages bestätigen könne. In einem weiteren Schreiben hat er noch einmal bestätigt, dass von dritter Seite eine finanzielle Beteiligung erfolgen werde, deren Minimalbetrag auf die zuvor genannte Summe geschätzt werde.

Nach Erhalt dieses zweiten Schreibens hat die Produktionsgesellschaft der Direktion für Erziehung und kulturelle Angelegenheiten des Kantons Freiburg ein Subventionsgesuch zur Ergänzung der Finanzierung des Films eingereicht. In seiner Antwort hat der Dienstchef des Departements für kulturelle Angelegenheiten

¹ VGE vom 9. Oktober 1997, in FZR 1999, S. 317 ff. (auf eine staatsrechtliche Beschwerde gegen diesen Entscheid ist das Bundesgericht nicht eingetreten: Entscheid 5P. 53/1999).

ten klargestellt, dass seine Dienststelle vom Oberamtmann in dieser Sache nie kontaktiert worden sei und dass sie niemandem je eine Subventionsgewährung für diesen Film zugesichert habe. Einige Monate später hat die kantonale Direktion der Produktionsgesellschaft schriftlich mitgeteilt, dass die erwähnten zwei Briefe des Oberamtmanes betreffend eine finanzielle Beteiligung den Kanton Freiburg nicht verpflichteten. Später hat der Staatsrat für den Film dann die Gewährung einer Subvention beschlossen, die aber nur einen Bruchteil der vom Oberamtmann in seinem Schreiben erwähnten Summe ausmachte.

Nachdem die Produktionsgesellschaft den Oberamtmann etliche Male gemahnt hatte, hat sie beim Staatsrat ein Schadenersatzbegehren eingereicht. Sie hat das Begehren damit begründet, dass der Oberamtmann eine Verpflichtung im Sinne von Art. 111 OR (Vertrag zu Lasten eines Dritten oder Garantievertrag²) eingegangen sei und dass der Staat für diese Verpflichtung einzustehen habe. Der Staatsrat hat den geltend gemachten Anspruch bestritten. Darauf hat die Produktionsgesellschaft beim Verwaltungsgericht Klage auf Haftung des Staates für seinen Amtsträger eingereicht. Sie hat geltend gemacht, der Staat müsse für Handlungen des Oberamtmanes einstehen, wenn Dritte vernünftigerweise davon ausgehen durften, dass diese Handlungen vom Amtsträger in Ausübung seines Amtes erfolgt seien. Zu den im Gesetz erwähnten Aufgaben des Oberamtmanes gehöre auch die Kulturförderung in seinem Bezirk. Der Oberamtmann habe systematisch Briefpapier mit dem Briefkopf des Oberamtes verwendet. Er habe nie ausdrücklich gesagt, dass er sein Garantieversprechen als Privatmann abgegeben habe, sondern er habe vielmehr zu verstehen gegeben, dass er als Oberamtmann handle. Demgegenüber hat der Staatsrat in seiner Klageantwort ausgeführt, der Oberamtmann habe weder ausdrücklich noch stillschweigend zu verstehen gegeben, dass er mit seinen Handlungen den Staat verpflichte. Die Klägerin habe selber anerkannt, dass sie sich darüber im Klaren war, dass der vom Oberamtmann erwähnte Beitrag nicht aus der Staatskasse bezahlt würde. Im Übrigen beschränke sich die Aufgabe des Oberamtmanes im Bereiche der Kulturförderung auf Koordination. Er habe keinerlei Kompetenzen zur Zusprechung von Subventionen. Diese kämen vielmehr dem Staatsrat oder dem Departement für kulturelle Angelegenheiten zu. Der Oberamtmann habe deshalb als Privatmann gehandelt.

2 GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/REY, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 2 Bde., 7. Aufl., Zürich 1998, N 4057.

B. Die Erwägungen

Gemäss dem Klageantrag hat das Verwaltungsgericht die Frage der Haftung des Staates gestützt auf das Gesetz vom 16. September 1986 über die Haftung der Gemeinwesen und ihrer Amtsträger (HGG) geprüft.

Zunächst hat es untersucht, ob der Oberamtmann in Ausübung seines Amtes (Art. 6 Abs. 1 HGG) gehandelt hat. Es hat festgestellt, dass diese Haftungsvoraussetzung nicht nur dann erfüllt ist, wenn der Amtsträger im Rahmen der Befugnisse gehandelt hat, die ihm auf Grund von Gesetzgebung, Verwaltungsbestimmungen oder Pflichtenheft zustehen, sondern auch dann, wenn er zwar seine Befugnisse überschritten hat, Dritte aber vernünftigerweise davon ausgehen durften, er habe im Rahmen der ihm vom Staat übertragenen Aufgaben gehandelt. Im vorliegenden Fall hat es diese Voraussetzung für erfüllt gehalten. Angesichts der Rolle, die das Gesetz dem Oberamtmann für die Förderung der Entwicklung seines Bezirks zuweist³, und angesichts weiterer Umstände, die auf ein Handeln in Ausübung seines Amtes hindeuteten, hätte er ausdrücklich darauf hinweisen müssen, wenn er sein Handeln als rein privat hätte verstanden wissen wollen.

Als Weiteres hat das Verwaltungsgericht geprüft, ob eine widerrechtliche Handlung im Sinne von Art. 6 Abs. 1 HGG vorliegt. Dazu hat es ausführlich untersucht, ob der Oberamtmann, wie von der Klägerin behauptet, ein Garantiersprechen im Sinne von Art. 111 OR abgegeben habe oder ob er, wie vom Beklagten behauptet, nur die Verpflichtung eingegangen sei, Personen zu suchen, die an der Finanzierungsbeteiligung interessiert seien. Es hat zwar festgestellt, dass es klar gewesen sei, dass das Geld nicht vom Staat kommen solle, sondern von Persönlichkeiten des Kantons, die vom Oberamtmann kontaktiert worden seien. Gestützt auf das für Willenserklärungen anwendbare Vertrauensprinzip ist es aber zum Schluss gekommen, dass ein Vertrag im Sinne von Art. 111 OR vorliege, der von einem Vertreter des Staates in Ausübung seines Amtes eingegangen worden sei und der die legitime Gewissheit geschaffen habe, dass das, was von der Magistratsperson versprochen worden sei, auch eingehalten werde. Indem er einen Garantievertrag abgeschlossen habe, ohne über die entsprechenden Gelder auch tatsächlich zu verfügen, habe der Oberamtmann die ihm durch Art. 15 des Gesetzes über die Oberamtmänner verliehenen Befugnisse aber bei weitem überschritten. Damit habe er gegenüber der Produktionsgesellschaft gegen den Grundsatz von Treu und Glauben verstossen, der in Art. 8 VRG und in Art. 4 aBV gewährleistet sei. Über das reine Vertragsverhältnis hinaus habe dieses Verhalten einen allgemeinen Missbrauch

³ Art. 15 des Gesetzes vom 20. November 1975 über die Oberamtmänner (SGF 122.3.1), Art. 7 Abs. 1 des Gesetzes vom 24. Mai 1991 über die kulturellen Angelegenheiten (SGF 480.1).

des Vertrauens dargestellt, das die Produzenten des Films in die Erklärungen der in Ausübung ihres Amtes handelnden Magistratsperson haben durften. Es sei nicht Sache der Filmproduktions-Partner des Oberamtmannes gewesen, sich darum zu kümmern, ob dessen Versprechungen noch im Rahmen seines Kompetenzbereiches liegen oder nicht. Insbesondere haben sie nicht prüfen müssen, ob er tatsächlich über die versprochenen Beträge verfüge und damit auch ermächtigt sei, ein entsprechendes Versprechen abzugeben, oder ob er nicht über diese Mittel verfüge und durch seine Kompetenzüberschreitung eine widerrechtliche Handlung begehe. Die Zusage des Oberamtmannes habe dazu geführt, dass auch das Bundesamt für Kultur seinen Beitrag freigegeben habe, wodurch die Realisierung des Films erst ermöglicht und das finanzielle Fiasko geschaffen wurde. Daran änderten die Briefe des Dienstchefs des Departements für kulturelle Angelegenheiten und der kantonalen Direktion nichts mehr, da diese Mitteilungen erst erfolgt seien, als die Dreharbeiten beendet waren.

Schliesslich hat das Verwaltungsgericht auch festgehalten, dass das Verhalten des Oberamtmannes zu direkten Verlusten der Produktionsgesellschaft geführt habe und dass dieses Verhalten demnach für den von ihr erlittenen Schaden adäquat kausal sei.

Zusammenfassend hat es ausgeführt, der Oberamtmann habe, indem er seine Kompetenzen überschritten und dadurch seine Partner fälschlicherweise zum Glauben veranlasst habe, sie verfügten über die für die Realisierung des Films noch erforderlichen Gelder, eine widerrechtliche Handlung im Sinne von Art. 6 HGG begangen. Ohne diese Zusage wäre der Film nicht realisiert worden und damit der aus dem Ausbleiben der zugesagten Beträge resultierende Schaden nicht entstanden. Die Produktionsgesellschaft könne sich deshalb zu Recht auf eine Verletzung des Grundsatzes von Treu und Glauben – der sie unmittelbar schütze, wenn sie mit einer Behörde in Kontakt trete – berufen und unabhängig von allfälligen vertraglichen Rechten eine Haftung des Staates nach HGG geltend machen.

Am Rande hat das Verwaltungsgericht dann noch vermerkt, dass die Angelegenheit auch unter dem Titel der vertraglichen Haftung des Staates hätte behandelt werden können. Es sei ja bereits festgehalten worden, dass die Partner des Oberamtmannes davon haben ausgehen dürfen, dass der Staat durch dessen Handlung verpflichtet worden sei, und ebenfalls sei festgestellt worden, dass ein Garantievertrag vorliege. Es sei anzunehmen, dieser Vertrag unterliege dem öffentlichen Recht, weshalb eine entsprechende Klage vom Verwaltungsgericht zu beurteilen wäre (Art. 121 Abs. 2 Bst. b VRG). Dieses käme wohl zum Schluss, dass eine vertragliche Haftung des Staates vorliege. Da aber im vorliegenden Falle sowohl eine Vertragshaftung wie auch eine Haftung aus unerlaubter Handlung vorliege, verfüge die Geschädigte über zwei konkurrierende

Ansprüche, und sie könne zwischen dem einen oder andern Haftungsgrund auswählen.

II. BEMERKUNGEN

Der Entscheid wirft mehrere Fragen auf. Im Vordergrund steht die Frage nach der allfälligen vertraglichen Haftung des Staates beim vorliegenden Sachverhalt. Daran anschliessend stellt sich die Frage nach der Anwendbarkeit des HGG auf diesen Sachverhalt. Schliesslich interessiert im Zusammenhang mit der vom Verwaltungsgericht bejahten Haftung aus unerlaubter Handlung insbesondere die Frage nach der Widerrechtlichkeit (im Sinne des Haftpflichtrechts) der Handlung des Oberamtmannes.

A. Die vertragliche Haftung des Staates

Im Hinblick auf die vertragliche Haftung des Staates ist zunächst zu prüfen, ob durch die Handlungen des Oberamtmannes ein Vertrag zwischen dem Staat und der Produktionsgesellschaft zustande gekommen ist. Falls nicht, ist zu prüfen, ob der Staat allenfalls unter dem Titel der (vor-)vertraglichen Hilfspersonenhaftung verpflichtet worden ist.

1. Das Zustandekommen eines Vertrages mit dem Staat

a) Vorbemerkungen

Für die Frage der vertraglichen Haftung des Staates spielt es grundsätzlich keine Rolle, ob ein privat- oder ein öffentlich-rechtliches Vertragsverhältnis zur Diskussion steht⁴. Denn bei einem öffentlich-rechtlichen Vertrag beurteilt sich die Haftung bei Nicht- oder Schlechterfüllung in Analogie zum Privatvertragsrecht⁵.

Vorab ist festzuhalten, dass durch die Handlung des Oberamtmannes kein Vertrag über die (direkte) Zahlung eines Beitrages des Staates an den Film zustande gekommen ist. Denn auch die Klägerin hat die Erklärung nicht so verstanden, dass das versprochene Geld aus der Staatskasse fliessen solle. Hin-

4 Ob ein privat- oder ein öffentlich-rechtliches Vertragsverhältnis zur Diskussion steht, ist hingegen von Bedeutung für die Frage, welches Gericht zur Beurteilung eines vertraglichen Haftungsanspruchs gegen den Staat zuständig ist. Bei einem privatrechtlichen Vertrag ist es das Zivilgericht, gemäss den Bestimmungen des Gerichtsorganisations-Gesetzes (Art. 139 u. Art. 143 GOG), bei einem öffentlich-rechtlichen Vertrag ist es das kantonale Verwaltungsgericht (Art. 121 Abs. 2 Bst. b i.V.m. Art. 123 VRG).

5 J. GROSS, Schweizerisches Staatshaftungsrecht, Stand und Entwicklungstendenzen, 2. Aufl., Bern 2001, S. 158.

gegen stellt sich die Frage, ob zwischen dem Staat und der Klägerin ein Garantievertrag im Sinne von Art. 111 OR zustande gekommen ist.

Das Verwaltungsgericht hat ausgeführt, angesichts der dem Oberamtmann bekannten Usancen bei der Zusprechung von Geldern für die Filmproduktion seien seine Erklärungen nach Vertrauensprinzip als ein Versprechen zu deuten, dass die kontaktierten Drittpersonen die erwähnte Finanzierungsbeteiligung leisten werden. Dem ist zuzustimmen. Doch genügt das noch nicht für das Zustandekommen eines Garantievertrages zwischen dem Staat und der Produktionsgesellschaft. Ob ein solcher Vertrag zustande gekommen ist, beurteilt sich nach den Regeln des Vertretungsrechts. Soweit das öffentliche Recht keine entsprechenden Bestimmungen enthält, sind die Regeln des allgemeinen Vertretungsrechts des OR analog anwendbar⁶.

Nach dem allgemeinen Vertretungsrecht setzt der Eintritt der Vertretungswirkung⁷ bei der Vornahme einer Rechtshandlung namentlich ein Zweifaches voraus: Handeln in fremdem Namen und Vertretungsmacht⁸.

b) *Handeln im Namen des Staates*

Ob der Oberamtmann « im Namen eines andern » – im vorliegenden Falle im Namen des Staates – gehandelt hat, beurteilt sich nach Vertrauensprinzip, es sei denn, die Empfängerin habe die Erklärung tatsächlich so verstanden, wie sie vom Erklärenden gemeint war⁹.

Eine Feststellung des Sachverhalts, wie die Produktionsgesellschaft die Erklärung des Oberamtmanes in dieser Hinsicht verstanden hat, liegt nicht vor. Im Rahmen der Staatshaftungsklage hat die Produktionsgesellschaft jedoch geltend gemacht, der Oberamtmann habe « in Ausübung seines Amtes » (und nicht als Privatperson) gehandelt. Es liegt deshalb nahe anzunehmen, dass sie auch in vertragsrechtlicher Hinsicht von einem Handeln des Oberamtmanes « im Namen des Staates » (und eben nicht in seinem privaten Namen) ausgegangen ist. Daran ändert der Umstand nichts, dass sie sich bewusst war, dass die Beiträge nicht aus der Staatskasse fliessen sollten. Denn ein Garantievertrag zeichnet sich ja gerade dadurch aus, dass die versprochenen Leistungen zu-

6 So für das privatrechtliche Handeln der Amtsträger: R. ZÄCH in Berner Kommentar 1990, N 100 Vorbem. zu Art. 32-40 OR; dasselbe gilt für den Abschluss öffentlich-rechtlicher Verträge. Vgl. auch ders., N 17 zu Art. 33 OR. Nach R. SCHWAGER, Die Vertretung des Gemeinwesens beim Abschluss privatrechtlicher Verträge, Diss. Freiburg 1974, S. 95 ff., kommen die Art. 32 ff. OR auf die Vertretung des Gemeinwesens bei Privatrechtsgeschäften sogar direkt (und nicht nur analog) zur Anwendung.

7 Die Vertretungswirkung besteht darin, dass die Wirkung der Rechtshandlung (einzig) beim Vertretenen und nicht beim Vertreter eintritt (GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/REY, op. cit. Anm. 2, N 1314).

8 Art. 32 Abs. 1 OR; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/REY, op. cit. Anm. 2, N 1317 ff.

9 Vgl. BGE 120 II 197, 200.

nächst einmal von einem (oder mehreren) Dritten erwartet werden und nicht von dem, der das Garantieverprechen abgibt.

Das Verwaltungsgericht ist im Rahmen der Staatshaftungsklage zum Schluss gekommen, die Umstände – zu denen auch (aber nicht nur) die Verwendung von Briefpapier des Oberamtes gehörte – hätten darauf hingedeutet, dass der Oberamtmann « in Ausübung seines Amtes » gehandelt habe; er hätte deshalb ausdrücklich darauf hinweisen müssen, wenn er sein Verhalten als rein privat hätte verstanden wissen wollen. Umgesetzt auf die Abgabe einer Willenserklärung bedeutet dies, dass die Umstände darauf hingedeutet haben, dass der Oberamtmann im Namen des Staates gehandelt hat; zwar nicht ausdrücklich, wohl aber stillschweigend¹⁰. Er hätte ausdrücklich darauf hinweisen müssen, wenn er die Willenserklärung (entgegen dem durch die Umstände erweckten Eindruck) in eigenem Namen hätte abgeben wollen. Die Empfängerin durfte deshalb nach Vertrauensprinzip von einem Handeln im Namen des Staates ausgehen.

c) *Vertretungsmacht*

Anders verhält es sich jedoch mit der zweiten (Haupt-)Voraussetzung der Vertretungswirkung: der Vertretungsmacht. Eine solche lag klarerweise nicht vor.

Wer ermächtigt ist, für den Staat Rechtshandlungen vorzunehmen, beurteilt sich zunächst nach den Bestimmungen des öffentlichen Rechts¹¹. Die Bestimmungen über die Befugnisse des Oberamtmanes enthalten keinerlei Ermächtigung zum Eingehen von Verbindlichkeiten für den Staat, weder im Allgemeinen, noch im Bereich der Kulturförderung. Möglich wäre es jedoch allenfalls, dass der Oberamtmann von den zu solchen Rechtshandlungen befugten Amtsträgern ermächtigt würde, entsprechende Verbindlichkeiten einzugehen. Doch auch eine solche Ermächtigung lag nicht vor. Wie das Verwaltungsgericht zu Recht festgestellt hat, hat der Oberamtmann mit dem Abschluss eines Garantievertrages im Namen des Staates seine Kompetenzen überschritten¹². Er hatte nicht die Befugnis, den Staat für ein solches Rechtsgeschäft zu vertreten. Es fehlte ihm die Vertretungsmacht^{13, 14}.

¹⁰ Vgl. auch BGE 120 II 197, 202, E. 3a.

¹¹ R. SCHWAGER, *op. cit.* Anm. 6, S. 94 f.

¹² Eine Kompetenzüberschreitung liegt von vornherein nur dann vor, wenn man einen Vertragsschluss im Namen des Staates annimmt. Hätte der Oberamtmann den Garantievertrag in eigenem Namen (« für sich ») abgeschlossen, würde sich die Frage der Kompetenzüberschreitung gar nicht stellen.

¹³ Vertretungsmacht wird hier im Sinne von Vertretungsbefugnis verstanden (A. KOLLER, *Der gute und der böse Glaube im allgemeinen Schuldrecht*, Freiburg 1985, N 186, Anm. 204). Die von der Vertretungsbefugnis verschiedene sogenannte externe Vertretungsmacht (bzw. exter-

Allerdings ist die Vertretungsmacht nicht eine unabdingbare Voraussetzung für den Eintritt der Vertretungswirkung. Nach dem privaten Vertretungsrecht gibt es Fälle, in denen der gute Glaube des Dritten geschützt wird in der Weise, dass er die fehlende Vertretungsmacht ersetzt¹⁵. Indes gibt es keinen allgemeinen Schutz des Vertrauens Dritter in das Bestehen von Vertretungsmacht¹⁶. Nur wo das Gesetz es vorsieht, vermag der gute Glaube des Dritten die fehlende Vertretungsmacht zu ersetzen. Die Gutgläubensschutzbestimmungen des allgemeinen Vertretungsrechts sind aber der analogen Anwendung auf die Vertretung im öffentlichen Recht zugänglich. Soweit eine Ermächtigung des Oberamtmannes zur Eingehung einer solchen Verbindlichkeit für den Staat möglich ist, ist demnach auch eine den Gutgläubensschutz bewirkende (Art. 33 Abs. 3 und Art. 34 Abs. 3 OR) Kundgabe einer solchen Ermächtigung an Dritte möglich¹⁷. In diesem Zusammenhang stellt sich die Frage, ob eine solche Kundgabe im Umstand gesehen werden kann, dass der Oberamtmann bereits in früheren Fällen in dieser Weise bei der Finanzierung von Filmen mitgewirkt hat und der Staat (bzw. die für eine entsprechende Ermächtigung zuständigen Amtsträger¹⁸) dagegen nicht eingeschritten ist. Die Annahme einer solchen Ermächtigung-Kundgabe mit Gutgläubensschutzfolge würde indes voraussetzen, dass die zuständigen Amtsträger vom entsprechenden Handeln des Oberamtmannes für den Staat Kenntnis gehabt hätten (sogenannte externe Duldungsvollmacht) oder zumindest hätten haben müssen (sogenannte Anscheinsvollmacht) und dieses Handeln hätten verhindern können¹⁹. Diese Voraussetzung ist vorliegend nicht erfüllt, und zwar unter anderem deshalb nicht, weil bei den früheren Filmfinanzierungen nie ein finanzielles Engagement des Staates entstanden war.

Keine Kundgabe einer Ermächtigung kann sodann im Umstand gesehen werden, dass der Oberamtmann in Ausübung seines Amtes gehandelt hat (bzw. in den Umständen, die zu diesem Schluss führen). Dieser Umstand besagt nur

ne Vollmacht) ist keine Vertretungsmacht (dazu GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/REY, op. cit. Anm. 2, N 1406 ff.).

14 Im Rahmen der Staatshaftungsklage hat das Verwaltungsgericht die Auffassung vertreten, der Oberamtmann hätte seine Befugnisse mit dem Abschluss eines Garantievertrages nicht überschritten, wenn er tatsächlich über die versprochenen Gelder von Drittpersonen verfügt hätte. Unter vertretungsrechtlichen Gesichtspunkten ist diese Auffassung allerdings zweifelhaft.

15 GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/REY, op. cit. Anm. 2, N 1390 ff.

16 BGE 107 II 105, 116.

17 Vgl. R. ZÄCH, op. cit. Anm. 6, N 18 zu Art. 33 OR. Diese Konstellation unterscheidet sich von dem in BGE 107 II 105, 114 ff., behandelten Fall der gesetzlichen Vertretung eines Unmündigen oder Entmündigten, wo das Bundesgericht zu Recht festgehalten hat, dass der Vertretene mangels Handlungsfähigkeit gar nicht eine von der gesetzlichen Vertretungsmacht abweichende Ermächtigung kundgeben könne.

18 R. SCHWAGER, op. cit. Anm. 6, S. 358 f.

19 Zur Duldungs- und zur Anscheinsvollmacht GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/REY, op. cit. Anm. 2, N 1409 ff.; A. KOLLER, op. cit. Anm. 13, N 231.

(aber immerhin), dass der Oberamtmann im Namen des Staates gehandelt hat. Eine Kundgabe einer Ermächtigung bedeutet er schon deshalb nicht, weil für eine solche Kundgabe nicht das Verhalten des Vertreters, sondern dasjenige des Vertretenen (im vorliegenden Falle der Amtsträger, die dem Oberamtmann im Namen des Staates eine entsprechende Ermächtigung hätten erteilen können) massgeblich ist.

Schliesslich sei auch betont, dass die Stellung als Oberamtmann für sich allein noch kein Ansatzpunkt für einen vertretungsrechtlichen Schutz des guten Glaubens Dritter sein kann. Man könnte sich sogar fragen, ob diese Stellung nicht vielmehr geeignet wäre, dem Dritten eine allfällige Berufung auf seinen guten Glauben zu verwehren (Art. 3 Abs. 2 ZGB). Denn die Befugnisse des Oberamtmanes sind ja im Gesetz festgelegt, und grundsätzlich ist es niemandem möglich, aus der Unkenntnis des Gesetzes für sich Rechte abzuleiten: Man hat zu wissen, dass ein Oberamtmann keinerlei Befugnis hat, im Namen des Staates einen Garantievertrag abzuschliessen.

d) Ergebnis

Die Rechtslage, die sich aus dem Umstand ergibt, dass keine Vertretungsmacht vorliegt und auch kein vertretungsrechtlicher Gutgläubensschutz greift, ist in Art. 38 f. OR²⁰ umschrieben: Die Vertretungswirkung tritt nicht ein, es sei denn der Vertrag werde vom Vertretenen genehmigt (Art. 38 Abs. 1 OR). Das bedeutet, dass kein Garantievertrag zwischen dem Staat und der Filmproduktionsgesellschaft zustande gekommen ist, soweit dieser nicht nachträglich vom Staat genehmigt worden ist.

Dem Dritten (der Filmproduktionsgesellschaft) bleibt ein Schadenersatzanspruch nach Art. 39 OR gegen den Vertreter (den Oberamtmann), der ohne Vertretungsmacht gehandelt hat.

2. Die (vor-)vertragliche Hilfspersonenhaftung des Staates

Die Ablehnung der Genehmigung des durch den Vertreter ohne Vertretungsmacht abgeschlossenen Vertrages begründet grundsätzlich keine Schadenersatzpflicht des Vertretenen gegenüber dem Dritten²¹. Umstritten ist in der Literatur jedoch, ob den Vertretenen allenfalls eine Hilfspersonenhaftung nach Art. 101 OR für den ohne Vertretungsmacht handelnden Vertreter treffen kann²².

²⁰ Für die analoge Anwendung von Art. 38 f. OR auf öffentliche Amtsträger vgl. R. ZÄCH, op. cit. Anm. 6, N 3 Vorbem. zu Art. 38-39 OR.

²¹ GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/REY, op. cit. Anm. 2, N 1386.

²² GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/REY, op. cit. Anm. 2, N 1388.

Vorab sei vermerkt, dass eine solche Hilfspersonenhaftung in erster Linie für den Fall erwogen wird, wo der Vertretene den Vertreter als Gehilfen für die Vertragsverhandlungen verwendet hat (wenn auch, ohne ihm Vollmacht zu erteilen und ohne dem Dritten eine Vollmacht kundzugeben), also nicht für den Fall, wo der Vertreter aus eigenem Antrieb auftritt²³. Offen bleibt dabei, welche Voraussetzungen erfüllt sein müssen, damit von einem « Beizug » des Vertreters durch den Vertretenen gesprochen werden kann.

Eine solche Hilfspersonenhaftung des Vertretenen ist abzulehnen. Die Vertretungsmacht (bzw. deren Grenzen) « hat ja gerade den Sinn, den Umfang, in welchem der Vertretene durch Handlungen des Vertreters verpflichtet werden kann, zu begrenzen »²⁴. Einen Interessenausgleich zugunsten des (gutgläubigen) Dritten bringen die vertretungsrechtlichen Gutgläubensschutzbestimmungen. Wo weder Vertretungsmacht vorliegt noch vertretungsrechtlicher Gutgläubensschutz greift, kann es nicht angehen, eine Verpflichtung des Vertretenen über die Hilfspersonenhaftung zu konstruieren. Würde eine solche Haftung bejaht, so würde damit ein grosser Schritt hin zu einem allgemeinen Gutgläubensschutz bei Vertretung ohne Vertretungsmacht getan.

Dass die Hilfspersonenhaftung nach Art. 101 OR auf die vertretungsmachtlose Vertretung nicht passt, zeigt sich auch darin, dass diese Haftung « hypothetische Vorwerfbarkeit » voraussetzt, d.h. die Haftung des Geschäftsherrn nach Art. 101 OR wird « begründet, wenn die Handlung der Hilfsperson dem Schuldner vorzuwerfen wäre, hätte er sie selbst vorgenommen »²⁵. Bei der vertretungsmachtlosen Vertretung besteht die vorwerfbare Handlung der « Hilfsperson » darin, dass sie ohne Vertretungsmacht im Namen des Vertretenen gehandelt hat. Das kann der Vertretene (der « Geschäftsherr ») nicht selbst tun (er kann nicht « ohne Vertretungsmacht in seinem Namen » handeln), so dass sich die Frage der hypothetischen Vorwerfbarkeit für ihn gar nicht stellen kann.

Von der Hilfspersonenhaftung nach Art. 101 OR zu unterscheiden ist die Haftung des Vertretenen *aus eigenem Verhalten* nach den Regeln über die culpa in contrahendo²⁶. Eine solche Haftung ist selbstverständlich nicht ausgeschlossen. Sie hat ihren Grund aber nicht darin, dass dem Vertretenen das vertretungsmachtlose Handeln des Vertreters als pflichtwidriges Verhal-

23 Vgl. GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/REY, op. cit. Anm. 2, N 1388; R. SCHWAGER, op. cit. Anm. 6, S. 336 u. 338, spricht von einer Sonderbeziehung zwischen dem angeblichen Vertreter und dem Vertretenen.

24 R. ZÄCH, op. cit. Anm. 6, N 73 zu Art. 39 OR.

25 GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/REY, op. cit. Anm. 2, N 2864.

26 R. ZÄCH, op. cit. Anm. 6, N 68 ff. zu Art. 39 OR.

ten zugerechnet wird, sondern in einem (pflichtwidrigen) Verhalten des Vertretenen selber²⁷.

Als Ergebnis ist festzuhalten, dass im vorliegenden Falle keine (vorvertragliche) Hilfspersonenhaftung des Staates Platz greift, und zwar schon deshalb nicht, weil hier nicht davon gesprochen werden kann, dass der Staat den Oberamtmann als Gehilfen für Vertragsverhandlungen eingesetzt habe; aber auch deshalb nicht, weil eine solche Hilfspersonenhaftung grundsätzlich abzulehnen ist. Im Übrigen trifft den Staat auch keine Haftung « aus eigenem Verhalten » nach den Regeln über die culpa in contrahendo.

B. Die Anwendbarkeit des Staatshaftungsgesetzes (HGG)

Nachdem weder ein Vertrag mit dem Staat zustande gekommen ist, noch eine (vor-)vertragliche Hilfspersonenhaftung des Staates Platz greift, kann der beiläufigen Aussage des Verwaltungsgerichts, dass der Fall unter dem Titel der vertraglichen Haftung wohl gleich zu entscheiden gewesen wäre, nicht zugestimmt werden. Umso wichtiger ist deshalb die Frage, wie es sich mit der vom Verwaltungsgericht bejahten ausservertraglichen Haftung und insbesondere mit der Widerrechtlichkeit der Handlung des Oberamtmannes im Sinne des Haftpflichtrechts verhält. Vorab sind aber noch einige allgemeine Überlegungen zur Anwendbarkeit des HGG anzubringen.

1. Keine Anwendung des HGG auf (rein) vertragliche Verhältnisse

Es ist nicht selbstverständlich, dass auf den vorliegenden Sachverhalt, dem ein (nicht gültig zustande gekommener) Vertrag zugrunde liegt, das HGG überhaupt Anwendung findet. Denn bei (rein) vertraglichen Verhältnissen richtet sich die Haftung des Staates ausschliesslich nach vertraglichen Regeln²⁸. Das HGG findet auf die Vertragshaftung keine Anwendung²⁹.

Wäre der Garantievertrag (im Namen des Staates) gültig zustande gekommen, so wäre der Staat als Promittent verpflichtet worden, dem Promissar bei Ausbleiben der versprochenen Leistungen der Drittpersonen nach Art. 111 OR Schadenersatz zu leisten. Dieser Schadenersatzanspruch des Promissars ist ein vertraglicher Erfüllungsanspruch³⁰. Das HGG ist auf ihn nicht anwendbar.

Im vorliegenden Falle steht aber gerade nicht ein Anspruch aus einem gültig zustande gekommenen Vertrag zur Diskussion. Vielmehr geht es um die

27 Beispiele für ein Verhalten des Vertretenen, das eine solche Haftung auslösen kann, bei R. ZÄCH, op. cit. Anm. 6, N 71 zu Art. 39 OR.

28 IMBODEN/RHINOW, Schweizerische Verwaltungsrechtsprechung, 2 Bde., 5. Aufl., Zürich 1976, Nr. 101 B I e.

29 Botschaft zum HGG: TGR 1986, S. 553 ff., 555.

30 GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/REY, op. cit. Anm. 2, N 4075.

Frage der Haftung für den Schaden, der daraus entstanden ist, dass der Vertrag nicht gültig zustande gekommen ist. Das will jedoch nicht ohne weiteres heissen, dass das HGG auf diesen Sachverhalt anwendbar ist. Denn soweit die Rechtsfolgen des Mangels, der bewirkt, dass der Vertrag nicht gültig zustande gekommen ist, im Vertragsrecht geregelt sind, scheint es zumindest prüfungswert, ob nicht auch hier die Regeln des Vertragsrechts ausschliesslich anwendbar sein sollten.

2. *Anwendung des HGG, wenn gleichzeitig eine unerlaubte Handlung vorliegt*

Auf Sachverhalte, die eine vertragliche Haftung des Staates begründen, findet das HGG immer dann (auch) Anwendung, wenn gleichzeitig eine unerlaubte Handlung eines Amtsträgers des Staates vorliegt. Soweit auch die übrigen Voraussetzungen der Staatshaftung erfüllt sind, greift diesfalls neben der vertraglichen Haftung des Staates auch eine Haftung für unerlaubte Handlung (eine ausservertragliche Haftung) nach Massgabe des HGG Platz. Die Ansprüche aus diesen beiden Haftungen bestehen (alternativ) nebeneinander. Es besteht Anspruchskonkurrenz³¹.

C. Die ausservertragliche Haftung des Staates (Haftung nach HGG)

1. *Die potentiell haftungsauslösende Handlung des Oberamtmannes*

Bei der Prüfung der Frage nach der Haftung des Staates aus unerlaubter Handlung ist zunächst klarzustellen, welche Handlung im vorliegenden Falle als haftungsauslösend in Betracht kommt. Die Klägerin ist nämlich offenbar davon ausgegangen, die unerlaubte Handlung bestehe darin, dass der Oberamtmann seine Versprechen, Gelder von Drittpersonen beizubringen, nicht eingelöst habe. Indes wäre die Nichteinhaltung dieses Versprechens, wenn es Inhalt eines gültigen Garantievertrages gewesen wäre, keine unerlaubte Handlung im Sinne des Haftpflichtrechts, sondern schlicht Bedingung dafür, dass die Klägerin ihren vertraglichen Erfüllungsanspruch gegen den Vertragspartner geltend machen könnte; gegen den Staat, wenn der Garantievertrag in seinem Namen zustande gekommen wäre (oben, B 1), und gegen den Oberamtmann, wenn er selber der Vertragspartner gewesen wäre (d.h. wenn er in eigenem Namen gehandelt hätte). Insbesondere ist zu unterstreichen, dass auch in diesem zweiten Falle, also wenn der Oberamtmann selber Vertragspartner gewesen wäre, die Nichteinhaltung seines Versprechens (also das Ausbleiben der Beiträge der Drittpersonen) keine unerlaubte Handlung dargestellt hätte, für welche der Staat nach HGG hätte einstehen müssen. Und ebenso wenig hätte, wenn der Oberamt-

³¹ J. GROSS, op. cit. Anm. 5, S. 151 f.; Botschaft zum HGG: TGR 1986, S. 553 ff., 555.

mann dann selber seiner vertraglichen Leistungspflicht (anstelle der Beiträge der Drittpersonen) nicht nachgekommen wäre, diese Nichterfüllung des Vertrages eine unerlaubte Handlung dargestellt, für welche der Staat nach HGG hätte einstehen müssen.

Nachdem jedoch gar kein gültiger Vertrag über dieses Versprechen zustande gekommen ist (mit dem Staat nicht, weil es an der erforderlichen Vertretungsmacht fehlt, kein Gutgläubensschutz greift und keine Genehmigung des Vertrages vorliegt; mit dem Oberamtmann nicht, weil dieser ja nicht in eigenem, sondern im Namen des Staates gehandelt hat³²), kann die Nichteinhaltung des Versprechens von vornherein nicht als unerlaubte Handlung im Sinne des Haftpflichtrechts in Frage kommen.

In Betracht kommt deshalb einzig das Verhalten des Oberamtmanes, das darin besteht, dass er, ohne dazu ermächtigt zu sein, im Namen des Staates ein Garantieverprechen abgegeben hat oder, mit andern Worten, dass er seine (Vertretungs-)Befugnis überschritten hat. Darauf stellt denn auch das Verwaltungsgericht in seinem Entscheid ab.

2. *Die Voraussetzungen der Haftung des Staates nach HGG*

Damit eine Handlung eines Amtsträgers eine Haftung des Staates nach HGG auslöst, müssen folgende Voraussetzungen (kumulativ) erfüllt sein (Art. 6 Abs. 1 HGG): Handeln des Amtsträgers « in Ausübung seines Amtes », Widerrechtlichkeit der Handlung, Schaden und adäquater Kausalzusammenhang zwischen dem Schaden und der Handlung.

Fragen stellen sich im vorliegenden Falle vor allem im Zusammenhang mit der Widerrechtlichkeit der Handlung. Sie wird deshalb im Folgenden einer besonderen Betrachtung unterzogen. Auf die übrigen Voraussetzungen wird nicht näher eingegangen.

3. *Die Widerrechtlichkeit des Handelns ohne Vertretungsmacht*

a) *Die objektive Widerrechtlichkeitstheorie*

Die Widerrechtlichkeit nach HGG ist im Sinne der in der Schweiz im privaten Haftpflichtrecht herrschenden³³ objektiven Widerrechtlichkeitstheorie zu

³² Wer in fremdem Namen gehandelt hat, wird, auch wenn die Vertretungswirkung wegen fehlender Vertretungsmacht nicht eintritt, nicht selber berechtigt und verpflichtet: GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/REY, op. cit. Anm. 2, N 1419.

³³ OFTINGER/STARK, Schweizerisches Haftpflichtrecht, 1. Band: Allgemeiner Teil, 5. Aufl., Zürich 1995, § 4 N 10 (S. 171) u. N 22 (S. 174); J. GROSS, op. cit. Anm. 5, S. 163.

verstehen³⁴. Das bedeutet, dass eine Schadenszufügung widerrechtlich ist, « wenn sie gegen eine allgemeine gesetzliche Pflicht verstösst, indem entweder ein absolutes Recht des Geschädigten beeinträchtigt (Erfolgsunrecht) oder eine reine Vermögensschädigung durch Verstoss gegen eine einschlägige Schutznorm bewirkt wird (Verhaltensunrecht) »³⁵. Soweit nicht ein absolutes Recht, sondern nur das Vermögen des Geschädigten beeinträchtigt wird, ist also ein Verstoss gegen eine Schutznorm erforderlich, « die genau dem Schutz des verletzten Vermögensinteresses dient »³⁶. Dieses Erfordernis wird als Rechtswidrigkeitszusammenhang³⁷ oder Widerrechtlichkeitszusammenhang³⁸ bezeichnet.

Das Verwaltungsgericht knüpft die Widerrechtlichkeit der Handlung des Oberamtmannes an die Überschreitung seiner Befugnisse an (d.h. an den Abschluss eines Garantievertrages im Namen des Staates, ohne dazu befugt zu sein), welche der Klägerin gegenüber gleichzeitig eine Verletzung von Treu und Glauben darstelle. Dadurch seien sowohl Art. 15 des Gesetzes über die Oberamtmänner wie auch Art. 8 VRG verletzt worden. Dem Verwaltungsgericht genügt das, um die Widerrechtlichkeit zu bejahen. Dabei bleiben etliche Fragen offen, die im Folgenden aufgegriffen werden.

b) *Verletzung eines absoluten Rechtes*

Das Gesetz enthält keine Aufzählung der absoluten Rechte, deren Verletzung stets (besondere Rechtfertigungsgründe vorbehalten) widerrechtlich ist. Absolute Rechte (oder absolut geschützte Rechtsgüter) sind namentlich Leben, körperliche und geistige Integrität, Gesundheit, persönliche Freiheit, Eigentum und Besitz³⁹. Keines dieser Rechtsgüter ist im vorliegenden Falle verletzt worden.

Jedoch stellt sich die Frage, ob nicht auch der Grundsatz von Treu und Glauben ein solches absolutes Recht darstellt. In der Tat wird in der Literatur zum privaten Haftpflichtrecht der Grundsatz von Treu und Glauben bisweilen bei den absoluten Rechten aufgeführt⁴⁰. Eine Verletzung von Treu und Glau-

34 B. REY, La loi fribourgeoise sur la responsabilité civile des collectivités publiques et de leurs agents: quelques considérations, in FZR 1998, S. 365 ff., 370.

35 BGE 119 II 127, 128.

36 GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/REY, op. cit. Anm. 2, N 2906. Vgl. auch BGE 119 II 127, 128 f.; OFTINGER/STARK, op. cit. Anm. 33, § 4, N 41.

37 M. FAJNOR, Staatliche Haftung für rechtmässig verursachten Schaden, Diss. Zürich 1987, S. 16.

38 J. GROSS, op. cit. Anm. 5, S. 175.

39 OFTINGER/STARK, op. cit. Anm. 33, § 4, N 26.

40 KELLER/GABI, Das Schweizerische Schuldrecht, Band II, Haftpflichtrecht, 2. Aufl., Basel und Frankfurt am Main 1988, S. 37 ff.; J. GROSS, op. cit. Anm. 5, S. 163.

ben würde somit zur Begründung von Widerrechtlichkeit genügen⁴¹. Dagegen wird jedoch (zu Recht) eingewendet, dass diese Auffassung Probleme schaffen würde, weil damit jedes vertragswidrige (und damit treuwidrige) Verhalten zugleich widerrechtlich im Sinne von Art. 41 Abs. 1 OR sein müsste⁴², was mit der herrschenden Auffassung zur Abgrenzung von vertraglicher und ausservertraglicher Haftung nicht vereinbar wäre⁴³. Zustimmung verdienen deshalb wohl eher diejenigen, die Treu und Glauben nicht bei den absoluten Rechten einreihen⁴⁴.

Man könnte sich allenfalls noch fragen, ob es sich mit dem Grundsatz von Treu und Glauben bei der Haftung nach HGG anders verhalte als im Privatrecht. Im vorliegenden Falle wurde ja nicht eine Verletzung von Art. 2 ZGB, sondern von Art. 8 VRG zur Begründung der Widerrechtlichkeit angeführt. Indes sind bei der Haftung nach HGG die gleichen Einwände gegen eine auf die Verletzung von Treu und Glauben gestützte Widerrechtlichkeit anzubringen wie im privaten Haftpflichtrecht. Auch hier hätte eine solche Ansicht zur Folge, dass jede Vertragsverletzung « widerrechtlich » sein müsste. Und die Aussage, dass das HGG auf die Vertragshaftung nicht zur Anwendung komme⁴⁵, hätte damit keine Gültigkeit mehr.

Was insbesondere die Vornahme von rechtsgeschäftlichen Handlungen für den Staat ohne die dazu erforderliche Vertretungsmacht anbelangt, so hätte die Annahme, dass eine Verletzung von Treu und Glauben für die Widerrechtlichkeit im Sinne des HGG genüge, zur Folge, dass die Regeln über die Vertretungsmacht und über den Gutgläubensschutz bei fehlender Vertretungsmacht praktisch bedeutungslos würden für die Frage, ob der Staat durch eine solche Handlung verpflichtet wird oder nicht. Denn auch wenn die vertretungsrechtlichen Regeln eine Verpflichtung des Staates ausschliessen würden, käme eine solche über den (Um-)Weg der Staatshaftung in aller Regel doch zustande.

41 Das wird denn bisweilen auch von denjenigen Autoren angenommen, welche die Haftung aus culpa in contrahendo als eine Deliktshaftung begreifen (vgl. die Hinweise bei GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/REY, op. cit. Anm. 2, N 980).

42 GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/REY, op. cit. Anm. 2, N 980.

43 Vgl. auch GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/REY, op. cit. Anm. 2, N 2908: « Die Auffassung, dass jede Vertragsverletzung auch widerrechtlich im Sinne von Art. 41 Abs. 1 wäre, geht zu weit. »

44 Wie z.B. B. GROSS, Die Haftpflicht des Staates, Vergleich und Abgrenzung der zivil- und öffentlich-rechtlichen Haftpflicht des Staates, Diss. Zürich 1996, S. 123 (m.w.H.). Vgl. auch BGE 121 III 350, 354, mit Hinweis auf BGE 108 II 305, 311.

45 Botschaft zum HGG: TGR 1986, S. 553 ff., 555.

c) *Verletzung einer Schutznorm*

Soweit kein absolutes Recht der Geschädigten, sondern « nur » ihr Vermögen beeinträchtigt worden ist, bedarf es zur Begründung von Widerrechtlichkeit der Verletzung einer Schutznorm, welche gerade den Schutz dieser Vermögensinteressen bezweckt.

Indem der Oberamtmann seine Befugnisse überschritten (d.h. ohne Vertretungsmacht gehandelt) hat, hat er zwar durchaus gegen eine Rechtsnorm verstossen⁴⁶. Jedoch bezweckt eine Bestimmung über die Beschränkung der Vertretungsbefugnis eines Amtsträgers des Staates nicht den Schutz der potentiellen Vertragspartner, sondern den Schutz des Staates. Der Widerrechtlichkeitszusammenhang ist somit nicht gegeben. Die Überschreitung der Vertretungsbefugnis stellt (gegenüber dem Dritten) keine Verletzung einer Schutznorm im Sinne des Widerrechtlichkeitsbegriffs dar⁴⁷.

d) *Ergebnis*

Sofern man nicht den Verstoss gegen Treu und Glauben für die Begründung der Widerrechtlichkeit genügen lässt (dazu oben, b), liegt im Umstand, dass ein Amtsträger ohne Vertretungsmacht im Namen des Staates eine Vertretungshandlung vorgenommen hat, keine Widerrechtlichkeit im Sinne von Art. 6 Abs. 1 HGG. Folgt man dieser Ansicht, so kann demzufolge eine Haftung des Staates für den Schaden, der durch ein solches ermächtigungsloses Handeln verursacht wird, nicht auf Art. 6 Abs. 1 HGG gestützt werden⁴⁸.

Ein solches Ergebnis scheint durchaus sachgerecht. Denn was zur (vor-)vertraglichen Hilfspersonenhaftung gesagt worden ist (oben, A 2), gilt auch hier: Würde eine Haftung des Staates aus unerlaubter Handlung bejaht für den Schaden, der einem Dritten (gerade) deshalb entsteht, weil ein Vertreter ohne Ermächtigung im Namen des Staates gehandelt hat, so würde damit die im Vertretungsrecht durch das Zusammenspiel der Regeln über die Vertretungsmacht und den Gutgläubensschutz vorgenommene Risikoverteilung aus den Angeln gehoben.

46 Im vorliegenden Falle wird ein Verstoss gegen Art. 15 des Gesetzes über die Oberamt männer geltend gemacht.

47 Wenn in der Botschaft zum HGG gesagt wird, Widerrechtlichkeit liege auch dann vor, wenn die Behörde offensichtlich ihre Befugnisse überschreite (Botschaft zum HGG: TGR 1986, S. 553 ff., 561), so kann damit nur die Überschreitung einer Befugnislimite gemeint sein, die dem Schutz des Geschädigten dient (z.B. wenn eine Behörde in offensichtlichlicher Überschreitung ihrer Befugnisse die vorübergehende Schliessung einer Gaststätte verfügt).

48 Vgl. auch R. SCHWAGER, op. cit. Anm. 6, S. 368 f. (für den Bund) und S. 369 f. (für die Kantone und Gemeinden), dessen Ausführungen aber ausdrücklich nur den Fall betreffen, wo das Gemeinwesen als Subjekt des Zivilrechts auftritt (d.h. wo der wegen der fehlenden Ermächtigung nicht gültig zustande gekommene Vertrag ein privatrechtlicher Vertrag ist).

Ein solches Ergebnis (d.h. keine Widerrechtlichkeit des Handelns ohne Vertretungsmacht) bedeutet im Übrigen zudem, dass auch der ohne Ermächtigung handelnde Vertreter dem Dritten gegenüber nicht aus unerlaubter Handlung haftbar wird. Und auch das ist durchaus sachgerecht. Denn seine Haftung gegenüber dem Dritten ist ja in Art. 39 OR geregelt, und daneben bleibt kein Raum für eine Haftung des Vertreters nach Art. 41 Abs. 1 OR⁴⁹.

4. Vertrauenshaftung des Staates ?

In der jüngeren zivilrechtlichen Rechtsprechung ist unter gewissen Voraussetzungen eine sogenannte Vertrauenshaftung bejaht worden⁵⁰, welche eine « dritte Spur » zwischen Vertrags- und Deliktshaftung darstellt⁵¹ und dazu dient, « den reinen Vermögensschaden in jenen Situationen zu ersetzen, in denen ein Vertrag fehlt und die deliktsrechtlichen Normen versagen, die Ablehnung einer Haftung jedoch unbillig wäre »⁵².

Im öffentlichen Recht wird eine Vertrauenshaftung des Gemeinwesens unmittelbar aus der Bundesverfassung abgeleitet⁵³. Haftungsgrundlage ist heute wohl Art. 9 BV⁵⁴ (früher Art. 4 aBV). Dieser Haftungsgrundlage entspricht Art. 8 Abs. 2 Bst. d VRG (Treu und Glauben), dessen Verletzung im vorliegenden Fall geltend gemacht wird. Es besteht deshalb die Möglichkeit, dass auch hier eine solche Haftung Platz greifen könnte. Dazu ist aber anzumerken, was folgt:

Eine solche Haftung wäre, wenn sie zu bejahen wäre, nicht eine Haftung aus unerlaubter Handlung des Amtsträgers nach Art. 6 Abs. 1 HGG, sondern eine Haftung eigener Art.

Soweit das erweckte (und enttäuschte) Vertrauen gerade darin besteht, der mit dem Amtsträger im Namen des Staates abgeschlossene Vertrag (hier: der Garantievertrag) komme auch gültig (mit dem Staat) zustande, besteht kein Raum für eine solche Vertrauenshaftung. Denn dieses Vertrauen entspricht dem Vertrauen auf Vorliegen einer Ermächtigung (d.h. von Vertretungsmacht). Und das Vertrauen auf Vorliegen von Vertretungsmacht wird gerade nicht

49 Vgl. aber A. KOLLER, op. cit. Anm. 13, N 387, der zwar eine Anwendung von Art. 41 Abs. 1 OR ebenfalls ausschliesst, aber nicht wegen fehlender Widerrechtlichkeit, sondern weil Art. 39 OR die Haftung des ermächtigungslosen Vertreters abschliessend regle.

50 BGE 120 II 331 ff.; 121 III 350 ff.; 123 III 220, 231. Zum Ganzen GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/REY, op. cit. Anm. 2, N 982a ff.

51 J. GROSS, op. cit. Anm. 5, S. 149.

52 GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/REY, op. cit. Anm. 2, N 982m.

53 J. GROSS, op. cit. Anm. 5, S. 149, mit Verweis auf B. WEBER-DÜRLER, Vertrauensschutz im öffentlichen Recht, Basel und Frankfurt am Main 1983.

54 J. GROSS, op. cit. Anm. 5, S. 149, sieht Art. 5 Abs. 3 BV als Haftungsgrundlage. Zur Abgrenzung des Art. 9 BV von Art. 5 Abs. 3 BV siehe aber: B. WEBER-DÜRLER, Neuere Entwicklung des Vertrauensschutzes, in ZBl 103 (2002), S. 281 ff., 282 f.

allgemein geschützt. Angesichts des Umstandes, dass das Vertretungsrecht selber eine differenzierte Regelung dieses Sachverhalts enthält, liegt hier keine Situation vor, in der trotz « Versagens » der deliktsrechtlichen Normen die Ablehnung einer Haftung unbillig wäre. Auch hier (wie schon bei der vorvertraglichen Hilfspersonenhaftung und bei der Haftung aus unerlaubter Handlung) gilt, dass nicht durch eine solche Haftung die im Vertretungsrecht durch das Zusammenspiel der Regeln über die Vertretungsmacht und den Gutgläubensschutz vorgenommene Risikoverteilung aus den Angeln gehoben werden darf.

LA RESPONSABILITE DISCIPLINAIRE DU NOTAIRE

Michel Mooser

Docteur en droit, notaire, professeur titulaire à l'Université de Fribourg

INTRODUCTION

Le notaire est un officier public (cf. art. 1 LN-FR), autorisé par la législation cantonale à conférer à certains actes la qualité d'actes authentiques. Son activité revêt le caractère d'une fonction participant de la souveraineté de l'Etat¹ ; elle relève de la juridiction gracieuse². Il est ainsi investi d'une parcelle de la puissance publique et, partant, subordonné à des exigences rigoureuses d'aptitudes, de moralité et de probité³. Dans le but de garantir l'exercice irréprochable de la profession, il peut être soumis à une responsabilité disciplinaire aménagée par l'Etat⁴.

La responsabilité disciplinaire des notaires relève exclusivement⁵ du *droit cantonal* (cf. art. 55 al. 1 T.f. CC). Elle a été instituée par tous les cantons romands (cf. art. 40ss LN-BE ; art. 34 LN-FR ; art. 50ss LN-GE ; art. 30ss LN-JU ; art. 24ss LN-NE ; art. 20 LN-VS ; art. 129ss LN-VD), dans lesquels les notaires exercent une activité indépendante. La présente contribution traitera principalement de la législation fribourgeoise⁶.

I. LE BUT DE LA RESPONSABILITE DISCIPLINAIRE

La responsabilité disciplinaire est aménagée *pour l'avenir*⁷ : elle tend à ce que le notaire ait à l'avenir un comportement correct⁸ (*ne peccetur*⁹).

1 Notamment Tribunal fédéral, *in* RNRF 2000, p. 72.

2 HONSELL/SCHMID, *Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Schweizerisches Zivilgesetzbuch II, Commentaire bâlois, Bâle et Francfort-sur-le-Main* 1998, n. 3 ad art. 55 T.f. ; Tribunal cantonal Fribourg, *in* RNRF 1966, p. 284.

3 ATF 124 I 297/301.

4 CARLEN L., *Notariatsrecht der Schweiz*, Zurich 1976, p. 146 ; MARTI H., *Bernisches Notariatsrecht*, Berne 1983, n. 1 ad art. 40.

5 STEINAUER P.-H., *La forme authentique en droit fédéral*, *in* Journée juridique à l'intention des notaires, Fribourg 1989, p. 33.

6 Sauf indication contraire, les articles cités sont ceux de la loi fribourgeoise sur le notariat.

7 RUF P., *Notariatsrecht*, Langenthal 1995, p. 293.

8 Verwaltungsgericht Bern, *in* RNRF 1997, p. 242/244 ; Aufsichtsbehörde über die Urkundspersonen Luzern, *in* RNRF 1976, p. 141/142.

Selon la conception dominante, la sanction disciplinaire n'a donc pas pour but principal d'amender le notaire¹⁰, but que seul poursuit le droit pénal (*quia peccatum est*¹¹). Elle contribue également au bon fonctionnement d'une activité d'intérêt public (au besoin par l'exclusion d'un membre « indigne » : *quod medicamenta non sanant, ferrum sanat*¹²) et permet de rétablir la confiance que le public doit placer dans cette institution¹³. Dès lors, l'assujettissement du notaire au droit disciplinaire débute avec l'attribution de l'autorisation d'exercer la profession¹⁴ et prend fin au moment où le notaire a renoncé à sa patente ; une sanction disciplinaire ne peut alors plus être prononcée contre lui (cf. art. 130 al. 1 litt. c LN-VD)¹⁵, à moins qu'il s'agisse de la suspension ou du retrait de la patente¹⁶ (cf. infra III) ; mais si le notaire obtient à nouveau une patente (art. 14 al. 1 LN-FR), la poursuite disciplinaire peut être réintroduite, pour autant que la prescription ne soit pas atteinte¹⁷. L'action disciplinaire s'éteint également par le décès du notaire (cf. art. 130 al. 1 litt. a LN-VD). La suspension de la patente ne soustrait en revanche pas le notaire à d'autres sanctions disciplinaires¹⁸.

9 HEGNAUER C., Das Verhältnis der disziplinarrechtlichen zur strafrechtlichen Verantwortlichkeit des zürcherischen Notars, in RNR 1952, p. 229/230.

10 MARTI, n. 2 ad art. 40 ; cf. BOINAY G., Le droit disciplinaire dans la fonction publique et dans les professions libérales, particulièrement en Suisse romande, in RJJ 1998, p. 1/11 et réf. citées.

11 HEGNAUER, p. 230.

12 HEGNAUER, p. 230.

13 RUF, p. 293.

14 BOINAY, p. 13 ; pour cette raison, la procédure disciplinaire ne peut être dirigée que contre un notaire, à l'exception notamment de ses stagiaires ou de son personnel (BOINAY, p. 13 ; BRUECKNER C., Schweizerisches Beurkundungsrecht, Zurich 1993, p. 994, n. 3540) ; cf. en outre infra, n. 47.

15 BOINAY, p. 13 et p. 68 ; MARTI, n. 2 et n. 7 ad art. 40 ; Aufsichtsbehörde über die Urkundspersonen Luzern, in LGVE 1999 I 16. Dans ce sens, si une amende a été prononcée comme sanction disciplinaire, et qu'elle n'a pas été payée avant que le notaire ait été privé de sa patente ou ait renoncé à celle-ci, elle ne peut plus être recouvrée (MARTI, n. 3 ad art. 42). *Contra* : Camera avvocatura e notariato Tessin, in Rep. 1988, p. 389 : « In presenza di un interesse pubblico ad accertare l'esistenza di un motivo di cessazione dal notariato, la rinuncia volontaria all'esercizio non provoca la decadenza del procedimento disciplinare pendente contro il notaio rinunciante » ; en l'occurrence, la sanction disciplinaire consistait en un retrait de la patente.

16 Dans ce même sens, BRUECKNER, p. 996, n. 3547 ; RUF, p. 294. L'idée est la suivante. La suspension disciplinaire prononcée à deux reprises en l'espace de 10 ans a pour effet le retrait de la patente (art. 13 al. 2) ; le notaire ne peut alors obtenir une nouvelle patente avant l'expiration d'une période de 5 ans (art. 14 al. 2). Si le notaire fautif renonçait volontairement à sa patente avant que soit prononcée contre lui une suspension, il échapperait à celle-ci et pourrait obtenir une nouvelle patente aux conditions de l'art. 14 al. 1, c'est-à-dire sans avoir à attendre les 5 ans en question. Il en irait de même en cas de retrait de la patente, puisque celui-ci est définitif (cf. infra III).

17 Dans ce sens, RUF, p. 300.

18 BOINAY, p. 13 ; MARTI, n. 4 ad art. 42.

La responsabilité disciplinaire du notaire est *indépendante de la responsabilité civile ou pénale* (cf. art. 40 al. 1 LN-BE ; art. 34 al. 1 LN-FR ; art. 50 al. 2 LN-GE ; art. 26 al.1 LN-NE ; art. 19 et 20 LN-VS ; art. 129 al. 1 LN-VD), en raison des buts que chacune de ces responsabilités poursuit¹⁹.

L'indépendance à l'égard de la *responsabilité civile* implique que le notaire peut être puni disciplinairement, même si les conditions de celle-ci ne sont pas remplies, en particulier même si son comportement n'a provoqué aucun dommage. Inversement, le fait que la responsabilité civile du notaire a été engagée n'implique pas qu'il sera, en relation avec les mêmes faits, sanctionné disciplinairement, le principe d'opportunité (cf. infra III) étant applicable. En outre, il n'appartient pas à l'autorité disciplinaire de se prononcer sur les prétentions civiles des lésés²⁰.

L'indépendance à l'égard de la *responsabilité pénale* implique que le principe « *ne bis in idem* » ne s'applique pas²¹ : l'autorité disciplinaire est en droit de prononcer une sanction même si le juge pénal a fait de même. Ce principe n'est pas non plus violé lorsqu'un avocat et notaire doit répondre d'un délit constituant une infraction aux droits régissant les deux professions ; le fait qu'une sanction a été prononcée par l'autorité compétente dans le domaine du barreau peut cependant être pris en considération sous l'angle de la proportionnalité de la mesure²². L'introduction d'une procédure contre un notaire pour infraction commise en matière fiscale n'exclut pas non plus la poursuite de celui-ci sur le plan disciplinaire²³. L'indépendance de principe des poursuites pénale et disciplinaire n'empêche pas que, dans le temps, priorité soit donnée à la première (cf. art. 41 al. 1) : la procédure pénale permet d'obtenir un état de fait qui correspond selon toute probabilité à la réalité ; par ailleurs, l'autorité disciplinaire pourra tenir compte, dans sa décision, de la position qu'aura prise le juge pénal²⁴. Mais elle n'est pas tenue de le faire : une sanction pénale n'entraîne pas ipso jure le prononcé d'une sanction disciplinaire. Inversement, l'autorité disciplinaire peut sanctionner disciplinairement lorsque la poursuite pénale a abouti à un non-lieu²⁵, ou retirer la patente à un notaire même si le juge pénal ne l'a pas fait, en application de

19 BOINAY, p. 13 ; BRUECKNER, p. 1000, n. 3568 ; CARLEN, p. 146 ; HEGNAUER, pp. 229ss.

20 BOINAY, p. 23 ; BRUECKNER, p. 1000, n. 3568 ; Justizdirektion Bern, in RNRF 1942, p. 68.

21 BOINAY, p. 23 ; RUF, p. 295 ; cf. ATF 102 Ia 28 = JdT 1978 I 31.

22 Tribunal fédéral, in RNRF 1994, p. 239/243.

23 Conseil exécutif Berne, in RNRF 1967, p. 221. Sur la question du retrait administratif, voir infra, n. 83.

24 HEGNAUER, p. 235.

25 BOINAY, p. 24.

l'art. 54 CP²⁶, par exemple lorsque le rapport de confiance entre le notaire et le public est définitivement rompu.

II. LES CONDITIONS DE LA PUNISSABILITE

A. En général

D'une façon générale, la responsabilité disciplinaire du notaire est engagée pour toute violation des prescriptions légales sur le notariat, toute atteinte à la dignité ou à la réputation de la fonction et pour tout comportement déloyal en affaires (cf. art. 40 al. 1 LN-BE ; art. 34 al. 1 LN-FR ; art. 50 al. 1 et 3 LN-GE²⁷ ; art. 24 al. 1 LN-NE ; art. 20 LN-VS ; art. 129 al. 1 LN-VD)²⁸. La faute est nécessaire²⁹. En revanche, il importe peu que le notaire ait agi intentionnellement ou par négligence (expressément : art. 40 al. 1 LN-BE ; art. 24 al. 1 LN-NE ; art. 129 al. 1 LN-VD), ces notions étant les mêmes que celles que connaît le droit pénal³⁰. Peu importe également où l'acte en question a été commis : la punissabilité ne suppose pas que le notaire ait agi dans la circonscription qui lui est attribuée³¹.

Les conditions auxquelles sont subordonnées les sanctions disciplinaires doivent être interprétées restrictivement³². Un notaire qui, si une prescription permet plusieurs interprétations, opte avec de bonnes raisons pour l'une d'elles parce qu'il n'existe pas de pratique bien établie en la matière ou parce qu'il désire provoquer un changement de pratique, ne manque pas à ses devoirs professionnels et ne saurait encourir de ce chef une sanction disciplinaire³³.

26 BOINAY, p. 24 ; Tribunal d'appel Tessin, *in* Rep. 1981, p. 385.

27 Le notaire peut être frappé de sanctions disciplinaires en cas de manquement à ses obligations (al. 1) et en raison d'un comportement extérieur à l'exercice de la profession, dans la mesure où il affecte l'honorabilité ou la dignité de l'intéressé (al. 3).

28 Plus réservé : BRUECKNER, p. 996, n. 3550, pour lequel seules des violations de prescriptions légales (écrites ou non écrites) peuvent être sanctionnées disciplinairement ; selon cet auteur, la prise en compte de comportements déloyaux ou indignes ne manque pas de susciter des problèmes d'interprétation et est incompatible avec la sécurité du droit.

29 BOINAY, p. 27 ; MOOR P., *Droit administratif*, Vol. II, Berne 2002, p. 124 ; RUF, p. 298.

30 Cf. BOINAY, p. 29 ; MARTI, n. 12 ad art. 40.

31 Cf. BOINAY, p. 29 ; BRUECKNER, p. 995, n. 3545 ; RUF, p. 295. Ainsi, un notaire fribourgeois peut se voir reprocher un comportement déloyal en affaires en s'étant rendu coupable de captation de mandats (cf. *infra* D) en dehors du territoire cantonal, c'est-à-dire en un lieu où il n'a pas la compétence d'instrumenter (art. 18 al. 1).

32 MARTI, n. 13 ad art. 40 ; cf. Tribunal administratif Genève, *in* RDAF 1981, p. 345/351.

33 *Verwaltungsgericht Bern, in RNRF 1997*, p. 239/241 : « Bei Auslegungsfragen ist Zurückhaltung in der Anwendung des Disziplinarrechts am Platze ».

B. La violation de prescriptions légales

Les prescriptions légales en question concernent uniquement le notaire en tant qu'il agit dans le cadre de son activité ministérielle, à l'exclusion des activités accessoires³⁴.

Selon l'art. 31, le notaire répond disciplinairement de toute violation des prescriptions de la présente loi. Ce texte est à mon sens trop étroit et ne saurait être appliqué à la lettre³⁵. Une interprétation restrictive empêcherait l'autorité disciplinaire d'intervenir dans certains domaines de l'activité notariale, de sorte que la responsabilité disciplinaire perdrait une partie de son sens³⁶. A la différence du droit pénal (*nullum crimen sine lege*), l'autorité disciplinaire n'est pas liée par le principe de légalité³⁷. Il est en outre admis que les prescriptions susceptibles d'engager la responsabilité disciplinaire peuvent être des règles non écrites³⁸. Il convient dès lors de reconnaître également une responsabilité disciplinaire en cas de violation des prescriptions de droit fédéral³⁹, des pres-

34 Le notaire exerce des activités ministérielles et des activités accessoires, qui obéissent à des régimes juridiques différents, mais dont les contours ne sont pas définis de façon claire et uniforme. D'une façon générale, les *activités ministérielles* comprennent l'ensemble des opérations que le notaire est amené à accomplir comme officier public, « drapé de cette parcelle de puissance publique dont il est investi » (DE WECK B., La faute civile du notaire, in La responsabilité civile du notaire, Journée juridique à l'intention des notaires, Fribourg 1998, p. 2); cela recouvre l'instrumentation proprement dite, la préparation des actes et leur exécution, notamment les réquisitions d'inscriptions auprès des registres publics. Les *activités accessoires* recouvrent les autres activités du notaire, que celui-ci exerce indépendamment de sa compétence étatique; ce sont ainsi les activités qu'il partage avec d'autres professions du droit. On entend ainsi par là, par exemple, les activités d'exécuteur testamentaire, de liquidateur de succession, les activités fiduciaires, la gestion et l'administration de fortunes, les fonctions d'administrateur ou de domiciliataire de sociétés anonymes, la participation à des conseils de fondation, le courtage immobilier (dans la mesure où il est autorisé par la législation cantonale), la représentation de créanciers dans la poursuite, les activités d'enseignement du droit.

35 Observons à ce propos que le projet de loi prévoyait que les peines disciplinaires peuvent être prononcées « en cas de violation de la loi et des règlements » (BGC 1966, p. 919).

36 Ce principe peut être illustré comme suit. A côté de la procédure d'instrumentation (ordinaire) aménagée par le législateur cantonal, le droit fédéral institue, aux art. 500 à 502 CC, une procédure qualifiée applicable aux actes qui doivent revêtir la forme des dispositions pour cause de mort. L'utilisation de cette forme est possible pour tous les actes relevant de la procédure cantonale (cf. art. 54 litt. d). On ne saurait imaginer que le notaire voie sa responsabilité disciplinaire engagée dans un cas et non dans l'autre. Par ailleurs, le notaire qui instrumente un acte en sa faveur viole, dans la procédure cantonale, l'art. 21 al. 1 LN; il ne serait pas concevable qu'une poursuite disciplinaire soit exclue lorsque la libéralité est faite pour cause de mort, pour le motif que seul le droit fédéral s'appliquerait; la sanction de l'art. 503 al. 2 CC n'empêche pas un prononcé disciplinaire.

37 BOINAY, p. 17; BRUECKNER, p. 996, n. 3548 (« Im Disziplinarrecht gibt es, im Unterschied zum Strafrecht, keine einzeln umschriebenen Unrechtstatbestände »); RUF, p. 296.

38 Cf. BRUECKNER, p. 997, n. 3551.

39 Pourraient à ce titre entrer en ligne de compte les prescriptions concernant la forme des testaments publics et des pactes successoraux (art. 500 à 502, 512 CC; par exemple, le notaire laisse son stagiare « instrumenter » un testament public) ou l'art. 503 al. 2 CC (cf. supra, n. 36). Par ailleurs, il est admis que certaines obligations du notaire relèvent du droit fédéral et constituent des exigen-

criptions du règlement d'exécution de la loi sur le notariat⁴⁰, des prescriptions contenues dans d'autres lois cantonales⁴¹ ou des règles traditionnellement admises dans le domaine du notariat⁴².

Le notaire pourra dès lors engager sa responsabilité disciplinaire s'il viole des obligations générales qui lui sont imposées expressément par la loi sur le notariat (cf. art. 19ss), en particulier en cas de violation des obligations d'instrumenter⁴³ (art. 19ss), de véracité⁴⁴ (art. 24 al. 1 et 2), de clarté (art. 24 al. 2), de renseigner⁴⁵ (art. 25 al. 1 et 1bis), d'impartialité⁴⁶ (art. 25 al. 2), de garder le secret⁴⁷ (art. 26), de tenir à disposition les sommes qui lui sont confiées (art. 27) ou de tenir une comptabilité⁴⁸ (art. 28). Une sanction disciplinaire peut également lui être infligée en cas de violation d'autres dispositions légales, par exemple en cas d'association non autorisée (art. 7), d'instrumentation d'un acte authentique hors du territoire cantonal (art. 18 al.

ces minimales (Mindestanforderungen) imposées par celui-ci aux cantons, du fait que la notion même de forme authentique est une notion de droit fédéral ; sur ces questions voir notamment SCHMID J., *Die öffentliche Beurkundung von Schuldverträgen*, Thèse Fribourg 1988, pp. 42ss ; HONSELL/SCHMID, n. 7 et nn. 25ss ad art. 55 T.f. ; STEINAUER, pp. 10ss.

- 40 Ainsi, un notaire qui ne contrôlerait pas mensuellement si les personnes dont il a instrumenté les dispositions pour cause de mort vivent encore violerait l'art. 19 RN et pourrait être sanctionné disciplinairement.
- 41 On peut citer à ce propos le cas du notaire qui, en violation de l'art. 15 al. 2 LRF, omet (systématiquement) d'indiquer dans l'acte que l'immeuble en cause fait l'objet d'une procédure d'établissement au registre foncier fédéral.
- 42 Ainsi, un notaire qui ferait une publicité excessive pourrait engager sa responsabilité disciplinaire (cf. infra, n. 66).
- 43 MARTI H., *Notariatsprozess*, Berne 1989 (cité : MARTI-NP), p. 39 ; MARTI, n. 6 ad art. 25 ; STEINAUER, p. 33. Inversement, le notaire pourra être sanctionné disciplinairement lorsqu'il instrumente alors qu'il aurait l'obligation légale de refuser de le faire, par exemple lorsque l'acte violerait la loi (art. 20).
- 44 Cf. CARLEN, p. 122 ; MARTI, n. 2 ad art. 29 et n. 5 ad art. 13 ND ; Tribunal administratif Genève, *in* RDAF 1981, p. 345/351 ; Notariatskammer Bern, *in* RNRF 1996, pp. 94ss.
- 45 MARTI, n. 15 ad art. 30. S'agissant des conséquences fiscales, voir en particulier BOCHUD L., *Notar und Steuern*, *in* RNRF 1995, p. 1/37 ; SANTSCHI A., *Die Rechtsberatung durch den Notar*, *in* RNRF 1968, p. 8 ; Tribunal fédéral, *in* Rep. 1995, pp. 103ss : cas d'un notaire qui avait omis de consigner par écrit le fait qu'il avait renseigné l'acheteur sur les risques d'hypothèques légales liées au paiement des impôts sur les gains immobiliers. Voir en outre Obergericht Zürich, *in* RNRF 1956, p. 91 : cas d'un substitut qui avait outrepassé son devoir de renseigner en se rendant chez une dame un dimanche soir en vue de lui déconseiller de vendre un immeuble à un prix qu'il trouvait trop avantageux ; Justizdirektion Bern, *in* RNRF 1949, p. 143 ; Justizdirektion Bern, *in* RNRF 1941, p. 225 : cas d'un notaire qui n'avait pas suffisamment renseigné les parties sur la répartition interne des charges fiscales successorales.
- 46 Cf. MARTI, n. 9 ad art. 40 ; Conseil d'Etat Genève, *in* SJ 1981, pp. 7ss : cas d'un notaire qui avait pris parti en faveur d'un membre d'une hoirie ; Verwaltungsgericht Bern, *in* RNRF 2000, p. 395/403. *Contra* : BRUECKNER, p. 998, n. 3557.
- 47 Si la violation du secret professionnel est le fait d'un employé, le notaire ne répond disciplinairement que s'il a autorisé cette violation ou n'a pas suffisamment informé l'auteur de celle-ci ; en revanche l'employé ne saurait lui-même se voir infliger des sanctions disciplinaires (MARTI, n. 16 ad art. 31) ; cf. supra, n. 14.
- 48 Pour un cas d'application, Tribunal fédéral, *in* RNRF 1994, p. 239.

1) ou en dehors des lieux et temps prohibés (art. 52). Elle peut également être prononcée en cas de violation des prescriptions relatives à l'instrumentation des actes, en particulier si le notaire viole une prescription de forme⁴⁹, ne respecte pas le principe de l'unité de l'acte⁵⁰, ne lit pas l'intégralité de l'acte⁵¹ (cf. art. 60) ou dans le cas où les formalités liées à une légalisation de signature n'auraient pas été observées (cf. art. 63). Enfin, une responsabilité devrait également être reconnue dans le domaine de la conservation des actes (cf. art. 70ss), de la tenue des registres imposés par la loi⁵² et de la réquisition d'inscription des actes qu'il instrumente⁵³ (art. 75).

C. Les atteintes à la dignité de la profession

Ces atteintes sont réalisées lorsque le comportement du notaire est incompatible avec celui que l'on peut attendre d'un organe de la juridiction gracieuse et avec la confiance que les autorités et le public doivent pouvoir placer en lui⁵⁴. Dans cette mesure, ces comportements peuvent être liés à l'activité ministérielle du notaire ou à l'exécution d'activités accessoires, voire à des activités purement privées⁵⁵ ou qui rentrent même dans la sphère intime du notaire. Certains comportements sont définis dans des « us et coutumes », qui sont

-
- 49 RUF, p. 297. Cela concerne en particulier les cas où un notaire, après la signature de l'acte, et en l'absence des parties, apporte une modification à cet acte (pour des cas d'application, voir en particulier Staatsrat Aargau, *in* AGVE 1974, p. 566 ; Verwaltungsgericht Bern, *in* BN 1995, p. 111 ; Notariatskammer Bern, *in* BN 1993, pp. 64ss). Voir en outre JGK Bern, *in* BVR 2000, p. 289/299 : cas du notaire qui, pour contourner la pratique selon laquelle l'impôt sur les mutations frappe conjointement les contrats combinés de vente et d'entreprise, dresse un acte dont la forme n'est pas valable.
- 50 Cf. Justizdirektion Bern, *in* RNRF 1946, p. 204 : cas d'un notaire qui avait procédé en deux temps (séparés de plusieurs mois) à l'instrumentation d'un acte authentique, mais dont la formule de clôture accréditait l'idée que les parties étaient toutes deux présentes lors de l'instrumentation.
- 51 Sur cette question, voir en particulier MOOSER M., La lecture de l'acte authentique dans la procédure ordinaire d'instrumentation, *in* RNRF 2002, p. 1/8.
- 52 RUF, p. 296 et réf. citées.
- 53 Tribunal administratif Genève, *in* RDAF 1981, p. 345 ; Aufsichtsbehörde über die Urkundspersonen Luzern, *in* RNRF 1976, p. 141/143.
- 54 MARTI, n. 11 ad art. 40 ; cf. Verwaltungsgericht Bern, *in* RNRF 2000, p. 395/403 ; Notariatskammer Bern, *in* RNRF 1993, p. 32/34 : « Der Grund, warum Notare hinsichtlich ihrer Tätigkeit strenger behandelt werden als irgendwelche Dritte, liegt bekanntermasse darin, dass der Notar und das Notariat als solches grundlegend auf das Vertrauen des Publikums angewiesen sind » ; Aufsichtsbehörde über die Urkundspersonen Luzern, *in* RNRF 1976, p. 141/143.
- 55 Cf. MARTI, n. 5 ad art. 40 ; RUF, p. 295 ; CHRISTE P., Le notariat jurassien – Questions choisies, *in* RJJ 1991, p. 191/199 : « Dans sa vie privée ou professionnelle, le notaire s'abstient à toute activité non conciliable avec la dignité du notariat. C'est ainsi qu'il doit s'exprimer toujours de manière objective, digne et véridique ». *Contra* : BRUECKNER, p. 995, n. 3542, pour lequel seules des activités ministérielles peuvent entrer en ligne de compte.

l'expression de l'usage professionnel et peuvent avoir une portée contraignante⁵⁶.

Peuvent être considérés comme comportements pouvant justifier le prononcé d'une sanction disciplinaire :

- les actes par lesquels le notaire, profitant de son statut social, exploite la détresse ou la faiblesse d'autrui, réalise des gains disproportionnés ou s'adonne à des activités permettant de réaliser de tels gains⁵⁷,
- les actes ou omissions démontrant que le notaire n'exerce pas sa profession avec sérieux, en utilisant par exemple dans sa correspondance un ton blessant, en ne répondant pas aux courriers qui lui sont adressés ou en accusant un retard fautif dans ses affaires⁵⁸,
- les actes par lesquels un notaire s'adonne au courtage (immobilier) et retire à ce titre des commissions⁵⁹, à moins que la loi sur le notariat ne l'autorise,
- les activités que le notaire exerce à titre privé en profitant d'informations qu'il a acquises dans le cadre de son activité professionnelle (*Verbot des Selbsteintritts*)⁶⁰,
- les actes par lesquels un notaire se rend coupable de soustraction fiscale et fait l'objet d'un redressement fiscal⁶¹,
- les actes accomplis dans le cadre de l'administration d'une société⁶²,
- des actes réprimés par la morale, tels que le fait de s'adonner à la prostitution ou d'encourager celle-ci.

56 Cf. BOINAY, p. 38.

57 Notariatskammer Bern, in RNRf 1993, p. 32/34.

58 Cf. BRUECKNER, p. 997, n. 3555 ; RUF, p. 297. Pour un cas d'application (retard fautif), ayant justifié un retrait de patente, voir Verwaltungsgericht Bern, in BN 1996, pp. 265ss.

59 BRUECKNER, p. 997, n. 3553. Cf. Obergericht Zürich, in RNRf 1957, p. 129 (« Ein Notar, der sich für ein auf seinem Amte abzuwickelndes Geschäft einen Provisionsschein ausstellen lässt, der die eine der Vertragsparteien vor der Amtshandlung in ein Nebenzimmer der Kanzlei führt, um dort einen Geldbetrag übergeben zu lassen, für den er keine Quittung ausstellen will, verliert auch vor dieser Partei jede Achtung »).

60 BRUECKNER, p. 997, n. 3552 (qui range ce cas dans la violation de prescriptions non écrites). Ainsi, un notaire amené à instrumenter un acte de vente profite de cette information pour aborder le vendeur et lui offrir un prix plus élevé que celui que l'acheteur, qui l'avait renseigné, était disposé à offrir. *Contra* : Obergericht Zürich, in RNRf 1937, p. 117.

61 Regierungsrat Bern, in RNRf 1967, p. 221/222.

62 Notariatskammer Bern, in RNRf 1997, p. 248 : cas d'un notaire qui, exerçant la fonction de président du conseil d'administration d'une banque, délivre des certificats de dépôt de la banque pour des papiers d'une valeur nominale de plusieurs centaines de millions de dollars mais qui, économiquement, n'avaient aucune valeur ; le notaire a été sanctionné disciplinairement du fait que l'utilisation de ces documents était de nature à fausser les rapports juridiques.

D. Les comportements déloyaux en affaires

La loi exige que le notaire ait un comportement loyal en affaires. Elle entend protéger à la fois les clients et les confrères de l'officier public. Le législateur fribourgeois s'est montré particulièrement attentif à ce point, en disposant expressément, à l'art. 34 al. 2, que « sont en particulier considérés comme comportement déloyal en affaires, les réductions de tarif accordées sans autorisation ainsi que les avantages offerts aux parties ou aux tiers en vue d'obtenir un mandat ». L'idée est la suivante. Les notaires, qui ne bénéficient pas de la liberté du commerce et de l'industrie, sont liés par un tarif impératif. Ce tarif, qui a une composante sociale⁶³, est calculé de façon à garantir à tous les notaires (dont le nombre est limité – art. 2 al. 1) un revenu suffisant. La réalisation de ce revenu devrait leur permettre d'échapper à tout risque de dépendance ; elle contribue à assurer le respect de l'obligation légale d'impartialité. Pour cette raison, il convient d'éviter que des notaires puissent, par des manœuvres indelicates, en particulier par des rabais ou le versement de commissions, réaliser des profits importants, au risque de mettre leurs confrères « honnêtes » dans des situations que la loi entend précisément éviter. Ces comportements sont parfois également décrits dans les us et coutumes des notaires, qui servent de guides déontologiques.

Constituent ainsi, à mon sens, des *comportements déloyaux* en affaires (comportements qui peuvent du reste également être contraires à la dignité de la profession) le fait :

- d'accorder des réductions de tarifs non autorisées⁶⁴ (cf. art. 29 al. 5), peu importe leur quotité et leur forme ; ainsi, le notaire ne saurait accorder des rabais sur ses factures ; le critère déterminant est la volonté de faire profiter le client d'une réduction de la note, dans l'idée de l'inciter à faire appel au même notaire à l'occasion d'une opération ultérieure⁶⁵,

63 Pour la plupart des actes authentiques (en particulier dans le domaine des transferts de la propriété immobilière, des gages immobiliers et des actes constitutifs de société), le montant de l'émolument est calculé en fonction de la valeur en jeu (tarif *ad valorem*) : les émoluments dus pour les affaires d'une importance financière faible, qui ne permettent pas de couvrir les frais mêmes de l'acte (cf. JGK Bern, in BVR 2000, p. 301/309), sont compensés par ceux qui sont perçus pour des opérations portant sur des sommes importantes (cf. Tribunal fédéral, in RNR 1971, p. 360).

64 Cf. MARTI, n. 11 ad art. 40 ; RUF, p. 298.

65 La question de savoir si l'on est en présence d'un rabais peut donner lieu à interprétation. Il me semble clair que, si le décompte fait par le notaire indique un certain montant (par exemple Fr. 860.--) et que, dans sa facture, le notaire prévoit expressément une réduction (par exemple : « montant que je réduis volontiers à Fr. 800.-- »), on est en présence d'un rabais prohibé par la loi. Il en va évidemment de même de ristournes qui seraient versées (par exemple en fin d'année) à des clients fidèles. Une autre forme de rabais prohibé pourrait consister à renoncer à relancer un débiteur (par exemple un promoteur immobilier) et à laisser systématiquement se prescrire des notes. Des réductions peuvent, à titre exceptionnel, se justifier par des relations

- d’effectuer une publicité personnelle dépassant les limites des usages⁶⁶,
- de rendre visite aux héritiers et de leur adresser des cartes de condoléances alors qu’ils ne figurent pas dans le cercle des connaissances du notaire⁶⁷,
- de se recommander notamment auprès des instituts de crédit, des agents immobiliers, de fiduciaires, de secrétaires communaux, des tuteurs généraux, des juges de paix ou des registres publics⁶⁸,
- de verser des commissions de quelque nature que ce soit⁶⁹,
- d’adresser, sur la base des informations parues dans la Feuille officielle, des messages de recommandation aux personnes qui sollicitent la délivrance d’un permis de construire,
- d’acquérir, dans le cadre d’une promotion immobilière, un appartement ou une villa, au titre de « contre-affaire »,
- de prévoir que les parties devront faire appel au notaire instrumentant pour la constitution de gages futurs et de toutes opérations immobilières liées en particulier à cet immeuble⁷⁰,
- de prévoir, dans toutes les dispositions pour cause de mort que le notaire est amené à rédiger, qu’il est désigné en qualité d’exécuteur testamentaire⁷¹,
- d’inviter systématiquement ses clients à prendre des dispositions pour cause de mort pour lesquelles le notaire ne demande qu’une rémunération symbolique,
- de dénigrer la qualité du travail de ses confrères.

particulièrement étroites (résultant de la parenté, de l’alliance, de parrainage), que le notaire entretient avec son client ; conformément au texte de la loi, elles ne peuvent être consenties que si elles sont autorisées par le Département de la justice (émoluments) et la Chambre des notaires (honoraires), en application de l’art. 29 al. 5. Dans d’autres cas, une réduction peut paraître imposée par les usages commerciaux (par exemple le fait d’arrondir à Fr. 1’000.-- une facture de Fr. 1’003.--) et ne saurait être qualifiée de répréhensible.

66 Cf. BRUECKNER, p. 997, n. 3554 (pour lequel le notaire violerait, ce faisant, une règle de droit non écrit) ; Obergericht Luzern, *in* LGVE 1976 I 342. A la différence d’autres législations (cf. art. 3 al. 3 LN-BE ; art. 6 LN-GE ; art. 59 al. 1 LN-NE ; art. 12 LN-TI ; art. 15 LN-VD), la législation fribourgeoise ne contient aucune disposition expresse concernant la publicité. Celle-ci ne saurait être mercantile, tapageuse ou trompeuse (cf. BOINAY, p. 38). On ne saurait ainsi imaginer qu’un notaire fribourgeois insère dans « La Liberté » des annonces vantant ses mérites, ses qualifications et « ses » tarifs, qu’il fasse imprimer dans le même sens des sets de tables destinés à des établissements publics, ou qu’il distribue systématiquement des stylos publicitaires comportant ses nom, adresse et numéro de téléphone. Est à mon sens discutable la pratique consistant à verser à une société organisatrice d’une manifestation un certain montant, de façon que le nom du donateur figure dans un libretto.

67 MARTI, n. 11 ad art. 40 ; RUF, p. 298 ; Notariatskammer Bern, *in* RNRF 1997, p. 248/250.

68 MARTI, n. 11 ad art. 40 ; Notariatskammer Bern, *in* RNRF 1997, p. 248/250.

69 RUF, p. 298. Ainsi, constituerait des manœuvres déloyales le fait de verser à un agent immobilier une partie de l’émolument en cas de vente, ou à un banquier une partie de l’émolument en cas de constitution de gage.

70 MARTI, n. 11 ad art. 40 ; RUF, p. 298 ; Notariatskammer Bern, *in* RNRF 1997, p. 248/250.

71 RUF, p. 298.

En revanche, *ne constituent pas*, à mon sens, des comportements déloyaux en affaires le fait :

- de soigner ses relations d'affaires, par une fréquentation régulière des agents de l'activité économique, par exemple la participation à des clubs service, à des activités politiques ou à des « cocktails »,
- d'adresser en fin d'année des cartes de vœux,
- d'être actif au service d'œuvres de bienfaisance ou dans le cadre d'activités culturelles,
- d'accompagner, après la conclusion d'un contrat, les parties à un repas ou à un apéritif, quand bien même (et cela est parfois la tradition) la note est acquittée par le notaire,
- de publier des articles scientifiques et d'enseigner le droit,
- de protocoler un procès-verbal de tirage au sort (même si, de ce fait, le notaire se trouverait en photo dans le journal).

III. LES SANCTIONS DISCIPLINAIRES ET LEUR QUOTITE

Les sanctions disciplinaires sont définies par le droit cantonal. Ce sont⁷² :

1° Le *rappel à l'ordre* (art. 42 al. 1 litt. a LN-FR) ou l'avertissement⁷³ (art. 50 al. 1 LN-GE⁷⁴) ; ce sont de vraies sanctions, dont le but est d'attirer l'attention du notaire sur le fait que des sanctions plus graves pourraient, en cas de récidive, être prononcées à son encontre.

2° Le *blâme* (art. 42 al. 1 litt. b LN-FR ; art. 42 al. 1 litt. a LN-BE ; art. 50 al. 1 LN-GE ; art. 26 al. 1 litt. a LN-NE ; art. 131 al. 1 litt. a LN-VD) ou la réprimande (art. 22 al. 1 litt. a LN-VS).

72 Dans les cantons qui connaissent un notariat fonctionnarisé, l'autorité peut également prononcer la suspension du salaire, le déclassement du notaire, sa mise au provisoire, la menace d'un licenciement (cf. CARLEN, p. 49) ou le déplacement dans un autre poste administratif (BOINAY, p. 59) ; cf. à ce propos la liste contenue à l'art. 26 al. 1 LStP.

73 Cf. Staatsrat Aargau (*in* AGVE 1974, p. 566/568) : un avertissement a été prononcé à l'encontre d'un notaire qui avait unilatéralement modifié un acte déjà signé.

74 Le Conseil d'Etat genevois (*in* SJ 1981, p. 7/13), agissant sur préavis de la Commission de surveillance des notaires, s'était limité à prononcer un avertissement à l'encontre du notaire qui avait commis « plusieurs fautes professionnelles grossières », en ne résiliant pas son mandat afin d'éviter d'être complice d'une fraude fiscale, en manquant à son devoir d'authenticité dans l'établissement d'un inventaire et en prenant parti en faveur d'un membre d'une hoirie. Le Tribunal administratif genevois (*in* RDAF 1981, p. 345/352) a également sanctionné d'un avertissement un notaire qui avait commis plusieurs fautes grossières liées à l'exécution d'un contrat de vente immobilière en n'ayant pas informé l'acheteur de l'existence de saisies, en ne communiquant pas l'acte avec célérité au registre foncier et en ne versant pas sans délai à la venderesse le montant qui lui revenait.

3° La *suspension* de l'activité notariale (art. 42 al. 1 litt. c LN-BE⁷⁵ ; art. 42 al. 1 litt. c LN-FR ; art. 50 al. 1 LN-GE ; art. 30 al. 1 LN-JU⁷⁶ ; art. 26 al. 1 litt. c LN-NE ; art. 22 al. 1 litt. c LN-VS ; art. 131 al. 1 litt. c LN-VD) ; c'est une mesure grave, qui peut être envisagée lorsqu'il apparaît qu'elle sera de nature à ramener le coupable à un comportement correct pour l'avenir⁷⁷. Dans le canton de Fribourg, elle ne peut être prononcée que d'un mois à deux ans et pour manquements graves ou réitérés (art. 42 al. 3)⁷⁸ ; le Conseil d'Etat indique si et dans quelle mesure les dispositions concernant la fermeture de l'étude (art. 21 à 23 RN-FR) sont applicables (art. 24 RN-FR). Durant la suspension, le notaire ne peut instrumenter aucun acte authentique ni délivrer aucune expédition ; un acte « instrumenté » par un notaire suspendu ne revêt pas la forme authentique⁷⁹ (art. 53 litt. a) ; en revanche, la suspension n'empêche pas l'exercice d'activités accessoires⁸⁰ ; s'agissant des avocats-notaires, la suspension de la patente de notaire n'est pas un empêchement à la continuation de la pratique du barreau⁸¹. A l'expiration de la période de suspension, le notaire peut d'office reprendre son activité ministérielle ; il n'a pas besoin d'obtenir à cet effet une autorisation spéciale⁸².

4° Le *retrait de la patente* (art. 42 al. 1 litt. d LN-BE ; art. 42 al. 1 litt. d LN-FR⁸³ ; art. 26 al. 1 litt. d LN-NE ; art. 22 al. 1 litt. d LN-VS) ou la destitution

75 La Chambre des notaires bernois a sanctionné de suspension pour trois mois un notaire qui s'était engagé solidairement à l'égard d'un client et avait violé les règles à observer en matière de comptabilité ; cette sanction a été confirmée par le Tribunal fédéral (*in* RNRF 1994, p. 239). Le Conseil exécutif a prononcé une suspension d'un mois à l'encontre d'un notaire qui avait violé constamment les prescriptions relatives à sa capacité de paiement (*in* RNRF 1967, p. 219/220). Le Conseil d'Etat a prononcé une même sanction suite à une soustraction fiscale commise par un notaire (*in* RNRF 1967, p. 221/222).

76 Un notaire s'est vu infliger une suspension pendant deux ans pour n'avoir notamment pas tenu régulièrement sa comptabilité durant plusieurs années et n'avoir pas déposé des actes au registre foncier (Tribunal fédéral, *in* RJJ 1993, p. 326).

77 BOINAY, p. 63 et réf. citées.

78 L'autorité de surveillance lucernoise (*in* RNRF 1994, p. 212/213) a prononcé une suspension de trois mois à l'encontre d'un notaire qui avait irrégulièrement procédé à la légalisation de deux signatures. L'Obergericht Aargau (*in* AGVE 1971, p. 297/304) a suspendu pour la durée légale de 3 mois un notaire qui s'était rendu coupable de façon répétée d'agissements contraires à la dignité du notariat et dont certains avaient été sanctionnés par une lourde peine.

79 MARTI, n. 4 ad art. 42.

80 MARTI, n. 4 ad art. 42 ; Verwaltungsgericht Bern, *in* RNRF 1997, p. 242/247.

81 Cf. Verwaltungsgericht Bern, *in* RNRF 1997, p. 242/247.

82 Cf. BOINAY, p. 64 ; RUF, p. 301.

83 Le retrait de la patente, en tant que sanction disciplinaire, doit être distingué du *retrait administratif*, qui doit intervenir d'office (art. 13 al. 1) lorsque les conditions de l'octroi de la patente ne sont plus remplies (notamment par l'effet de la perte de l'exercice des droits civils, le fait d'avoir été condamné pour des actes contraires à la dignité de la profession, le fait d'être en faillite ou l'objet d'un acte de défaut de biens, l'absence de domicile dans le canton – art. 4), lorsque le notaire exerce une activité prohibée (art. 6), qu'il n'est pas assuré ou ne fournit pas de sûretés (art. 11) ou qu'il n'est plus en mesure, par suite d'infirmité, d'exercer son office (art. 13 al. 3). Il y a également retrait administratif lorsqu'une suspension disciplinaire a été

(art. 50 al. 1 LN-GE ; art. 131 al. 1 litt. d LN-VD). C'est une mesure destinée à protéger le public à l'égard d'une personne indigne d'exercer le notariat⁸⁴ ; elle suppose que le coupable n'est pas susceptible d'adopter un comportement professionnel correct. C'est donc l'*ultima ratio*⁸⁵. Dans le canton de Fribourg, le retrait ne peut être prononcé que pour manquements graves ou réitérés (art. 42 al. 3). La loi ne subordonne pas le retrait de la patente à un avertissement ou à une suspension ; dans la mesure cependant où il s'agit d'une sanction extrêmement lourde, qui peut avoir pour la personne concernée des conséquences encore plus pénibles que la sanction pénale, elle ne devrait être prononcée, sauf cas extrêmement graves, que si elle est précédée d'une mesure moins coercitive⁸⁶. La loi n'indique pas expressément quelle est la durée du retrait de la patente et dans quelle mesure le notaire concerné peut en obtenir une nouvelle. Il y a lieu de considérer, en particulier par une lecture a contrario de l'art. 42 al. 1 litt. c et de l'art. 14 al. 2, que ce retrait est définitif⁸⁷. Comme en matière de suspension, le notaire auquel la patente a été retirée ne peut instrumenter aucun acte authentique (art. 53 litt. a), mais le retrait n'exerce aucune influence sur la possibilité d'exercer des activités accessoires⁸⁸. Les scellés sont apposés immédiatement par le juge de paix (art. 21 al. 2 RN-FR) ; les dispositions concernant la fermeture de l'étude (cf. art. 76 LN-FR) sont applicables ; celles-ci consistent en un inventaire (art. 21 RN-FR), le dépôt des actes (art. 22 RN-FR) et la liquidation de l'étude (art. 23 RN-FR). La personne concernée ne peut plus porter le titre de notaire⁸⁹.

5° L'*amende* (art. 42 al. 1 litt. b LN-BE⁹⁰ ; art. 42 al. 2 LN-FR ; art. 50 al. 1 LN-GE ; art. 26 al. 2 litt. b LN-NE ; art. 22 al. 1 litt. b LN-VS ; art. 131 al. 1

prononcée pour la seconde fois en l'espace de dix ans (art. 13 al. 2). Dans ces hypothèses, le retrait est prononcé par le simple fait que ces conditions sont remplies. Aucune enquête disciplinaire n'est menée ; le notaire n'a pas à être entendu. La différence est d'autant plus importante que, dans le cas de l'art. 13 al. 1, le notaire en question peut se voir délivrer une nouvelle patente lorsque les conditions de l'octroi sont de nouveau réunies (art. 14 al. 1), c'est-à-dire en particulier au moment où le notaire a été réhabilité (art. 4 litt. d) ; en revanche, lorsque le retrait a été prononcé au titre de sanction disciplinaire, la délivrance d'une nouvelle patente est exclue.

84 Cf. ATF 102 Ia 28 = JdT 1978 I 31/32.

85 BOINAY, p. 64.

86 Dans ce même sens, BOINAY, p. 64 ; RUF, p. 301 ; pour un cas d'application : Verwaltungsgericht Bern, in BN 1996, pp. 265ss.

87 *Contra* : BOINAY, p. 65.

88 MARTI, n. 5 ad art. 42.

89 Cf. RUF, p. 302.

90 L'autorité bernoise (JGK Bern, in BVR 2000, p. 289/300) a sanctionné un notaire d'une amende de Fr. 5'000.-- pour avoir, dans le but de réduire les conséquences fiscales de ses actes, dressé un acte invalide (le prix de vente ne comprenant pas la valeur de la construction érigée au jour de la signature). Le Tribunal administratif bernois (in RNRF 2000, p. 395/404) a prononcé une amende de Fr. 15'000.-- à l'encontre d'un notaire qui, à trois reprises, avait instrumenté un contrat de vente contenant un prix qui ne tenait pas non plus

litt. b LN-VD) ; dans le canton de Fribourg, le montant de l'amende est fixé entre 200 et 5000 francs ; l'amende peut être cumulée avec une autre peine (art. 42 al. 2).

Par ailleurs, lorsque les faits qui ont donné lieu à une enquête pénale laissent craindre un manquement grave de la part du notaire, le Conseil d'Etat peut *suspendre provisoirement* le notaire de son office (art. 41 al. 3). Au même titre que la suspension provisoire ordonnée en application de l'art. 13bis⁹¹, il ne s'agit pas d'une véritable sanction, mais d'une mesure destinée à protéger le public.

Dans la détermination de la *nature et de la quotité de la peine*, l'autorité doit tenir compte du but poursuivi par la procédure disciplinaire (la garantie d'une exécution parfaite de la fonction, dans le futur – cf. supra I)⁹² et respecter le principe de proportionnalité⁹³. La sanction adéquate dépend dès lors de la gravité de l'infraction (cf. art. 50 al. 1 LN-GE), du degré de culpabilité de la personne impliquée, de ses motifs⁹⁴, des intérêts (publics et privés) menacés ou lésés, de la manière dont le notaire avait auparavant rempli ses fonctions (cf. art. 43 LN-BE) ainsi que des circonstances du cas. La récidive constitue un facteur aggravant⁹⁵. L'autorité pourra s'inspirer à cet égard des prescriptions de l'art. 154 al. 2 du règlement du 10 juillet 1985 du personnel de l'Etat. Au regard du principe de proportionnalité, le retrait de la patente ne devrait être

compte de la valeur d'une telle construction. Ce même Tribunal (*in* BN 1995, pp. 111ss) a réduit à Fr. 10'000.-- une amende prononcée à l'encontre d'un notaire qui avait, par une astuce juridique, contribué à éluder les règles concernant le respect de la charge maximale et avait unilatéralement modifié un acte déjà signé. Dans le cas où un notaire « autorisé par les parties » avait modifié unilatéralement un acte signé, après la procédure d'instrumentation, en apportant certaines modifications ayant une portée matérielle, la Chambre des notaires bernoise (*in* BN 1989, pp. 386ss et RNRf 1993, p. 23/31) avait sanctionné un notaire d'une amende de Fr. 500.-- ; elle avait notamment tenu compte, pour justifier le faible montant de l'amende, de ce que le notaire concerné n'avait jamais fait l'objet de sanctions disciplinaires antérieurement à la décision. Cette même Chambre (*in* BN 1993, pp. 64ss) a sanctionné d'une amende de Fr. 5'000.-- un notaire qui avait, postérieurement à la signature de l'acte, apporté des corrections à ce dernier, sans la participation des parties.

91 Cette disposition autorise le Conseil d'Etat à suspendre provisoirement un notaire de son office, lorsqu'une procédure tendant à la privation totale ou partielle de l'exercice des droits civils est engagée contre le notaire et lorsque la solvabilité de celui-ci est douteuse.

92 BOINAY, p. 56 ; MARTI, n. 2 ad art. 43 ; RUF, p. 302 ; cf. Verwaltungsgericht Bern, *in* RNRf 2000, p. 395/404 et *in* RNRf 1997, p. 242/245.

93 Cf. notamment BOINAY, pp. 18s., MOOR, p. 125 ; Tribunal fédéral, *in* RJJ 1993, p. 326/327.

94 Les considérations subjectives, telles qu'elles sont caractéristiques en droit pénal, s'appliquent également en matière administrative, mais ont d'autant moins d'importance que le bon fonctionnement d'un service public ou d'une profession à vocation d'intérêt général commande de s'en écarter (MOOR, p. 126).

95 Verwaltungsgericht Bern, *in* RNRf 2000, p. 395/405.

prononcé qu'avec une extrême retenue⁹⁶. Généralement, le droit disciplinaire ne connaît pas le sursis⁹⁷.

A la différence du droit pénal, qui connaît le principe de légalité, le droit disciplinaire est régi par le *principe d'opportunité* ; ainsi, l'autorité disciplinaire n'est pas tenue d'enquêter sur un suspect, de continuer une procédure et, en cas d'infraction, de prononcer une sanction⁹⁸ (cf. art. 40 al. 2 LN-BE ; art. 26 al. 3 LN-NE). Elle pourra en particulier renoncer à toute sanction en cas d'infraction de peu de gravité⁹⁹, lorsque le notaire concerné n'avait auparavant jamais fait l'objet d'une procédure disciplinaire¹⁰⁰, ou lorsqu'il apparaît d'emblée qu'à l'avenir le notaire exercera sa fonction de façon irréprochable¹⁰¹. L'autorité est toutefois tenue d'éviter l'excès ou l'abus de son pouvoir d'appréciation¹⁰² et doit respecter le principe de l'égalité de traitement¹⁰³. En revanche, si elle prononce une sanction, elle ne peut prononcer qu'une sanction prévue par la loi¹⁰⁴ ; le principe « *nulla poena sine lege* » s'applique.

IV. LES AUTORITES ET LA PROCEDURE DISCIPLINAIRES

Les autorités et la procédure disciplinaires sont définies par les cantons, qui arrêtent également les compétences respectives de ces autorités.

Dans le canton de Fribourg, les *autorités disciplinaires* sont (art. 39) :

- la Chambre des notaires (c'est-à-dire le comité de l'Association fribourgeoise des notaires – art. 16 al. 4), compétente pour statuer dans les cas peu graves, sauf récidive, d'atteinte à la dignité de la profession (cf. supra II.C)

96 RUF, p. 302.

97 BOINAY, p. 65.

98 BOINAY, p. 16 ; CARLEN, p. 47 ; Tribunal d'appel Tessin, *in Rep.* 1986, p. 297/298 ; Verwaltungsgericht Aargau, *in AGVE* 1971, p. 297/303.

99 Ainsi, l'autorité pourra renoncer à toute sanction disciplinaire lorsque :

– de façon casuelle, le notaire omet d'indiquer dans le répertoire ad hoc l'envoi des expéditions (MARTI, n. 13 ad art. 40) ;

– le notaire, agissant par négligence, confirme qu'une personne a la capacité civile alors qu'une tutelle avait été publiée plus de quinze ans auparavant et que l'activité du notaire n'avait donné lieu à aucune critique (Notariatskammer Bern, *in RNRF* 1996, p. 94/99).

100 Pour un cas d'application, Justizdirektion Bern, *in RNRF* 1942, p. 68/70 ; l'autorité avait toutefois mis les frais de la cause à la charge du notaire.

101 RUF, p. 295.

102 BOINAY, p. 16.

103 KNAPP Bl., Précis de droit administratif, 4ème édition, Bâle et Francfort-sur-le-Main 1991, p. 644, n. 3154.

104 BOINAY, p. 17 ; KNAPP, p. 644, n. 3153 ; RUF, p. 303 ; cf. Tribunal fédéral, *in Rep.* 1995, p. 103/105 : l'autorité disciplinaire avait prononcé un « fermo richiamo » à l'encontre d'un notaire, alors que la loi (art. 127 al. 1 LN-TI) prévoit une « ammonizione ». Le Tribunal fédéral a considéré que la sanction n'était pas arbitraire et qu'elle pouvait être considérée comme une forme atténuée d'admonestation

ou de comportement déloyal (cf. supra II.D) ; la Chambre n'est donc pas compétente lorsque le notaire s'est rendu coupable d'une violation des prescriptions légales ; ses sanctions sont susceptibles d'un recours préalable au Conseil d'Etat (art. 44a al. 2) ;

- le Département de la justice (remplacé vraisemblablement, à partir du 1^{er} janvier 2003, par la Direction de la sécurité et de la justice), qui bénéficie d'une présomption générale de compétence ; ses sanctions sont susceptibles d'un recours préalable au Conseil d'Etat (art. 44a al. 2) ;
- le Conseil d'Etat, compétent pour statuer dans les cas de manquements graves ; la suspension et le retrait de la patente ne peuvent être prononcés que par lui (art. 42 al. 3).

D'une façon générale, la procédure est régie par le CPJA (cf. art. 2 litt. d et litt. b CPJA¹⁰⁵). Le notaire concerné a le droit d'être entendu avant le prononcé d'une sanction (art. 43 al. 1)¹⁰⁶ ; ce droit comprend les facultés qu'aménagent les art. 57ss CPJA. Conformément à l'art. 57 al. 2 CPJA, le notaire n'a pas droit à une audition verbale. Les particularités relatives à la procédure figurent aux art. 40ss LN-FR. L'autorité disciplinaire intervient d'office ou sur plainte¹⁰⁷ ; le retrait de la plainte ne met pas fin à l'action. Elle peut notamment intervenir sur la base des rapports d'inspection qui sont adressés au Département de la justice (art. 36 al. 3). Ce dernier prend, au vu de ces rapports, les mesures propres à assurer le respect des prescriptions légales (art. 38).

Le Département désigne, lorsque cela paraît opportun (cf. supra III)¹⁰⁸, l'organe d'instruction (art. 40 al. 2)¹⁰⁹ ; généralement, lorsqu'il apparaît d'emblée que le cas relève de la compétence de la Chambre des notaires, il désigne celle-ci en qualité d'organe d'instruction et lui transmet le dossier. Lorsque la Chambre, invitée à fonctionner comme d'organe d'instruction, constate que le comportement incriminé rentre dans le champ de ses compétences, mais qu'aucune sanction ne doit être prononcée, elle rend une décision de

105 Dans le même sens, LOERTSCHER D., La nouvelle procédure administrative fribourgeoise, *in* RFJ 1992, p. 101/112.

106 Dans le même sens, voir art. 52 al. 2, 57 et 58 LN-GE ; art. 32 al. 2 LN-NE ; art. 25 al. 2 LN-VS ; art. 21 RN-VS ; art. 132 al. 2 LN-VD ; RUF, p. 304 ; pour les détails, voir en outre BOINAY, pp. 75ss.

107 Cf. BOINAY, p. 70. Observons à titre de comparaison que, dans le canton de Berne, les conservateurs du registre foncier ont été invités à informer systématiquement et sans délai la Direction de la justice des manquements des notaires à leurs devoirs professionnels (notamment lorsque ceux-ci modifient unilatéralement des pages des expéditions ou violent des règles de compétence) ; cf. Weisungen der Justizdirektion des Kantons Bern an die Grundbuchverwalter, *in* RNRF 1991, p. 121.

108 Cf. BOINAY, p. 71.

109 L'organe d'instruction ordonne d'office les mesures d'enquête nécessaires (art. 40 al. 2) et dépose son rapport d'enquête auprès du Département de la justice qui l'adresse, le cas échéant, à l'autorité disciplinaire compétente (art. 40 al. 3).

non-lieu, qu'elle communique au notaire concerné et au Département de la justice ; lorsqu'elle estime que le comportement du notaire justifie le prononcé d'une sanction disciplinaire, mais constate qu'elle n'est pas compétente (parce que ce comportement sort du champ d'application de l'art. 39 litt. a¹¹⁰, elle entend le notaire concerné, établit un rapport d'enquête et le dépose auprès du Département de la justice ; celui-ci statue ou, dans le cas où l'affaire est de la compétence du Conseil d'Etat, adresse le rapport à ce dernier (art. 40 al. 3).

Les sanctions disciplinaires sont communiquées aux intéressés et, le cas échéant, au Département de la justice et à la Chambre des notaires (art. 43 al. 2). Les intéressés sont évidemment le notaire incriminé. Ce sont également, le cas échéant, les plaignants ; à mon sens, les inspecteurs des études de notaires sont aussi informés, lorsque la procédure a été ouverte suite à leurs rapports d'inspection.

Le retrait de la patente est publié d'office dans la Feuille officielle (art. 15) ; dans les autres cas, le prononcé peut être publié lorsque le notaire ne respecte pas la décision de suspension ou que la réputation de la profession l'exige (art. 43 al. 3).

L'action disciplinaire se prescrit par cinq ans dès l'infraction, à moins que l'action pénale ne soit soumise à une prescription pénale plus longue, qui serait alors seule applicable (art. 44 al. 1) ; la prescription est interrompue par la plainte, la dénonciation et par tout acte d'enquête (cf. à ce propos art. 40 al. 2 i.f.) ; néanmoins, l'action disciplinaire sera en tout cas prescrite lorsque le délai ordinaire sera dépassé de moitié (art. 44 al. 2). Les peines d'amende se prescrivent par cinq ans dès leur prononcé (art. 44 al. 3).

Les décisions prises en application de la loi fribourgeoise sur le notariat sont sujettes à recours conformément au code de procédure et de juridiction administrative (art. 44a al. 1). En revanche, les décisions de non-lieu ne sont pas susceptibles de recours (art. 44 al. 2 a contrario) ; en particulier, le plaignant ne saurait recourir contre une telle décision.

Un litige portant sur le retrait de l'autorisation d'exercer le notariat (et les autres sanctions disciplinaires), prononcé à l'encontre d'un notaire indépendant, constitue une contestation de droit civil au sens de l'art. 6 § 1 CEDH ; le notaire concerné peut donc invoquer les garanties accordées par cette disposition dans le cadre de contestations de droit civil. A ce titre, il a le droit d'exiger que ses contestations soient jugées par un tribunal qui remplit les conditions de cette disposition. La décision d'une autorité administrative qui ne remplit pas

110 C'est-à-dire lorsque le comportement constitue une atteinte à la dignité de la profession ou un comportement déloyal, mais que le cas n'est pas de peu de gravité ou qu'il y a eu récidive, ou lorsqu'il y a eu violation des prescriptions légales.

ces conditions est admissible si elle peut faire l'objet d'un recours auprès d'un tribunal disposant d'un pouvoir d'examen complet en fait et en droit¹¹¹. Ces conditions sont remplies, s'agissant de la procédure fribourgeoise¹¹².

111 ATF 123 I 87 = JdT 1999 I 538/539ss ; en l'occurrence, le Tribunal fédéral a nié à la commission cantonale grisonne du notariat l'indépendance qu'exige l'art. 6 § 1 CEDH pour être qualifié de tribunal indépendant. Cf. en outre BOINAY, pp. 110ss.

112 Cf. ZIMMERMANN R., Les sanctions disciplinaires et administratives au regard de l'article 6 CEDH, *in* RDAF 1994, p. 335/349.

ASSURER LA DISPONIBILITE DES ZONES A BATIR

Jacques Meyer

Avocat

I. INTRODUCTION

L'un des objectifs de toute société politique est la recherche d'un développement durable. Ce but, consacré aux art. 2 al. 2, 73 et 104 al. 1^{er} Cst., se concrétise, dans le domaine de l'aménagement, en une exigence d'utilisation judicieuse et mesurée du sol¹ (art. 75 al. 1^{er} Cst., art. 1^{er} al. 1^{er} LAT). La progression ininterrompue de la construction et son emprise croissante sur le territoire représentent une menace grave pour la nature et sa capacité de renouvellement. Mais l'aménagement du territoire ne tend pas qu'à la conservation des espaces ruraux et naturels et à la protection du paysage ; il doit permettre la création d'un milieu bâti favorable à l'habitat et à l'exercice des activités économiques (art. 1^{er} al. 2 litt. b, art. 3 al. 3 LAT), ce même s'il convient d'en limiter l'étendue. L'art. 15 LAT, qui définit la dimension de la zone à bâtir, fait la conciliation de ces objectifs en partie contradictoires : les zones à bâtir, composées de terrains propres à la construction, s'étendent, outre les surfaces déjà largement bâties, à celles qui seront probablement nécessaires à la construction dans les quinze ans à venir et seront équipées dans ce laps de temps. La règle permet de satisfaire aux besoins de l'urbanisation, compte tenu des prévisions et de la politique de développement choisie, mais ce de manière mesurée et économe. Prévenir et, au besoin, corriger le surdimensionnement des zones à bâtir constitue l'un des objectifs centraux du droit et de la politique de l'aménagement².

On rappelle, pour mémoire, qu'une disponibilité effective du terrain à bâtir passe par son équipement ; ce qui suppose un programme d'équipement (art. 19 al. 2 LAT) et, dans la pratique, un plan financier pour la collectivité responsable des infrastructures. On s'abstient néanmoins de discuter ici cette condition préalable à toute construction.

Les plans d'affectation n'ont en principe d'effets que négatifs, en ce sens qu'ils interdisent toute utilisation autre ou plus intense que celle qu'ils

1 Réforme de la Constitution fédérale, Message, FF 1997 I p. 249.

2 ATF 122 II 328, 117 Ia 307.

autorisent ; ils ne prescrivent pas au propriétaire de faire l'usage prévu ni de prendre des dispositions à cet effet ; de telles obligations positives sont certes envisageables mais relèvent en général d'autres législations³. Rien n'interdit au propriétaire d'un fonds classé en zone d'habitation à haute densité de continuer à l'utiliser pour ses cultures de maïs. De même, celui qui souhaite assurer ses aises en zone de villas peut acheter plusieurs parcelles, n'en bâtir qu'une et utiliser les autres comme jardin ou dégagement. Pour que les besoins en terrains de l'habitat et des activités soient effectivement satisfaits, il faut donc qu'un nombre suffisant de propriétaires décident de bâtir ou de céder leurs fonds à des constructeurs. Si tel n'est pas le cas, si le terrain à bâtir est thésaurisé, même un dimensionnement correct des zones constructibles ne garantit plus la réalisation des objectifs de l'aménagement en matière d'habitat et d'activités. Et, comme l'a souligné le Tribunal fédéral⁴, on ne saurait faire abstraction du terrain non disponible lors de l'estimation des réserves destinées à satisfaire aux besoins de l'urbanisation ; on encouragerait ainsi la thésaurisation, tout en soustrayant la planification à la volonté politique de la collectivité ; l'exigence d'une utilisation mesurée serait éludée, le terrain thésaurisé pouvant toujours être mis sur le marché. On s'abstiendra de jugements de valeur sur les phénomènes de thésaurisation du sol et d'insuffisance du degré de saturation⁵, car ils peuvent être parfaitement compréhensibles, voire légitimes au plan individuel ; on ne saurait en effet blâmer celui qui réserve du terrain pour les besoins de ses descendants ou considère ses parcelles à bâtir comme un capital à n'entamer qu'en cas de besoin. Mais ces phénomènes, auxquels les collectivités locales et les praticiens sont confrontés quotidiennement, présentent des inconvénients très sensibles et conduisent à un dilemme. Ou bien l'autorité classe des surfaces supplémentaires, pour compenser la thésaurisation, mais alors elle surdimensionne ses zones ; ou bien elle applique strictement l'art. 15 LAT, et les besoins de l'urbanisation ne seront pas satisfaits ; dans l'un et l'autre cas, l'un au moins des objectifs de l'aménagement sera sacrifié.

Dans un considérant à la formulation quelque peu désabusée⁶, le Tribunal fédéral a relevé que le législateur avait eu conscience du risque de

3 DEPARTEMENT FEDERAL DE JUSTICE ET POLICE, Etude relative à la loi fédérale sur l'aménagement du territoire, Berne, 1981, p. 190s. ; MOOR *in* Commentaire ASPAN (Aemisegger/Kuttler/Moor/Ruch, Commentaire de la Loi fédérale sur l'aménagement du territoire, Zurich, 1999), n. 13ss ad art. 14 ; HÄNNI, Planungs-Bau-und besonderes Umweltschutzrecht, 4^e éd., Berne, 2002, p. 191 ; TANQUEREL *in* Commentaire ASPAN, n. 22 ad art. 21.

4 ATF 116 Ia 333.

5 Rapport, exprimé en pour-cent, entre la surface légalement constructible et la surface effectivement construite.

6 ATF 116 Ia 333.

thésaurisation et l'avait accepté, sans quoi il aurait adopté les mesures propres à fluidifier le marché. On peut certes se rallier à ce constat⁷. Cela ne dispense toutefois pas d'une analyse des instruments qui restent à disposition des collectivités pour tenter de concilier les besoins de l'urbanisation avec une utilisation économe du sol.

II. POLITIQUE D'ACQUISITIONS FONCIERES

Une politique active d'acquisitions foncières permet à la collectivité publique de réguler le marché immobilier dans sa sphère d'influence. En achetant, classant, équipant et offrant des terrains, la corporation peut prévenir une augmentation des prix induite par la thésaurisation. Bien plus, elle garde la maîtrise de l'urbanisation, par le choix des types d'implantations souhaitées. Une telle politique ne peut être menée qu'à très long terme. Elle implique des prévisions faites suffisamment tôt sur l'étendue et la localisation des développements futurs, car il convient d'acheter où l'on classera et non de classer où l'on a acheté. Les moyens financiers correspondants doivent être disponibles et pouvoir être investis des années, voire des décennies avant le classement en zone à bâtir. Cette politique n'a de sens que sur des terrains qui appartiennent encore à la zone agricole et, si possible, ne figurent pas déjà dans les périmètres d'extension retenus par les plans directeurs.

Les dispositions du droit foncier rural constituent un obstacle majeur à une telle politique. Déjà sous l'empire de l'art. 21 al. 1^{er} litt. b LPR, le Tribunal fédéral avait jugé que l'acquisition de simples réserves de terrain par la collectivité n'était pas soustraite à la procédure d'opposition⁸. La collectivité n'échappait pas d'emblée aux griefs de spéculation ou d'accaparement, au sens de l'art. 19 al. 1^{er} litt. a LPR, mais l'application de ces notions n'excluait pas toute souplesse⁹. L'introduction de la procédure d'opposition, surtout, relevait de la liberté des cantons (art. 18 LPR), qui pouvaient en limiter les cas et les motifs¹⁰. L'entrée en vigueur de la Loi fédérale sur le droit foncier rural a entraîné un durcissement. Sauf cas exceptionnels (art. 62 LDFR), toute acquisition d'un immeuble ou d'une entreprise agricole doit faire l'objet d'une autorisation (art. 61 LDFR), laquelle est en principe refusée si l'acquéreur n'est pas exploitant à titre personnel. Les exceptions prévues spécifiquement pour les collectivités publiques (art. 65 LDFR) sont destinées à la réalisation, y compris

7 Cf. infra ch. VII.

8 ATF 116 II 555s., 115 II 373ss.

9 ATF 115 II 377ss.

10 ATF 87 I 329ss.

le remploi, de projets concrets¹¹ et non à la constitution de réserves de terrain. Cette dernière, au vu de la genèse de la loi¹², ne saurait être admise comme un juste motif au sens de la clause générale de l'art. 64 LDFR.

En clair, le droit foncier rural empêche désormais les collectivités publiques de mener une politique foncière active, notamment d'acquérir des réserves de terrains avant leur classement en zone à bâtir. Traduit en termes économiques, cela signifie que l'augmentation de la rente foncière induite par le classement doit demeurer en mains paysannes. Là également, on s'abstient d'un jugement de valeur, les difficultés actuelles de l'agriculture pouvant faire apparaître certaines compensations comme légitimes. On constate simplement que cette compensation prive la collectivité d'un moyen économique et politique de réaliser les objectifs de l'aménagement.

III. OBLIGATION DE CONSTRUIRE ASSORTIE D'UNE ACQUISITION FORCEE PAR LA COLLECTIVITE

a) La thésaurisation du sol empêche l'utilisation effective, pour l'habitat et les activités, du terrain légalement constructible et équipé ou équipable. L'idée peut dès lors paraître séduisante d'obliger le propriétaire de tels fonds à les bâtir lui-même ou à les céder à des constructeurs. Mais les modalités d'une telle obligation doivent être définies, notamment le délai de carence et les sommations. L'obligation de bâtir, surtout, se prête mal à une exécution en la forme spécifique. Toute la problématique se reporte sur les sanctions. Les unes tendent à empêcher que l'obligation ne soit éludée, notamment en bloquant des projets utilisant le sol de manière insuffisante ou inopportune. Les autres frappent l'inexécution même de l'obligation ; les seules qui soient efficaces sont le déclassement, qui sera discuté plus loin¹³, et l'expropriation¹⁴.

La Loi fédérale sur l'aménagement du territoire, du 4 octobre 1974¹⁵, rejetée en votation populaire, prévoyait des mesures de ce type en son article 35. La voie de l'expropriation était ouverte en cas d'impossibilité ou de difficulté excessive dans la réalisation des plans d'affectation (al. 1^{er}) ; tel était le cas lorsque, en cas d'offre insuffisante sur le marché, un propriétaire ne bâtissait pas à l'expiration d'un délai raisonnable, ce sans pouvoir invoquer de justes motifs ; les terrains expropriés devaient être bâtis sans retard, en principe après

11 BANDLI *in* Le droit foncier rural, Commentaire de la loi fédérale sur le droit foncier rural, Brugg, 1998, n. 8 ad art. 65.

12 BANDLI, *op. cit.*, n. 1s. ad art. 65.

13 Ch. V.

14 Sur l'ensemble de la question Georg MÜLLER, *Baupflicht und Eigentumsordnung*, Festschrift für Ulrich Häfelin, Zurich, 1989, p. 167-181.

15 FF 1974 II, p. 816ss.

adjudication publique à des particuliers (al. 2). L'institution, déjà mitigée par rapport à l'avant-projet¹⁶, a été présentée comme assimilable à une procédure d'expropriation pour un ouvrage d'intérêt public ; elle ne devait pas permettre la constitution de réserves mais servir uniquement dans des cas concrets d'aménagement¹⁷. Il n'empêche que, selon les analyses faites après le scrutin de 1976, le contenu de l'art. 35 précité a été l'une des causes du rejet populaire, raison pour laquelle on y a renoncé, certes à regret¹⁸.

L'obligation de construire n'est prévue en droit fédéral qu'à l'art. 9 LCAP¹⁹, pour les terrains qui ont fait l'objet d'un remembrement urbain. Elle ne se retrouve qu'exceptionnellement en droit cantonal, en général pour des cas particuliers²⁰.

b) Le législateur fédéral ayant renoncé à prévoir, sauf en cas de remembrement, une obligation de construire et à la sanctionner par la voie de l'expropriation, on se demandera si les cantons peuvent prendre la relève et introduire l'institution dans leur droit. Georg MÜLLER²¹ répond par l'affirmative, sous réserve du respect de la garantie de la propriété. La compétence de la Confédération étant limitée à l'adoption d'une législation-cadre, rien n'interdirait aux cantons de reprendre des réglementations auxquelles le législateur a sciemment renoncé. Cette réponse ne convainc pas ou mérite à tout le moins d'être nuancée. Il est exact que le mandat législatif de la Confédération se limite à « fixer les principes applicables à l'aménagement du territoire » (art. 75 al. 1^{er} Cst.). La formule se veut reprise²² de l'art. 22quater al. 1^{er} aCst., qui ne visait que les « principes applicables aux plans d'aménagement ». Il ressort toutefois tant du projet de 1974 que de la LAT que la tâche législative de la Confédération ne se borne pas à définir des objectifs et à déterminer le contenu fondamental des affectations du sol ; parmi les principes que doit fixer la Confédération figurent également les instruments essentiels de l'aménagement : plans directeurs, plans d'affectation, devoir d'équiper (art. 19 LAT), remembrement (art. 20 LAT), régime de compensation (art. 5 al. 1^{er} LAT). Or, en 1974, le législateur a clairement manifesté que l'obligation de bâtir, assortie d'une sanction sous forme d'expropriation, constituait un instrument essentiel de l'aménagement, qui devait, à ce titre, être réglé par la Confédération. Se pose donc la question du silence qualifié.

16 FF 1972 I, p. 1474.

17 FF 1972 I, p. 1509.

18 FF 1978 I, p. 1010-1012.

19 Loi fédérale encourageant la construction et l'accèsion à la propriété de logements, RS 843.

20 MÜLLER, op. cit., p. 170s.

21 MÜLLER, op. cit., p. 171s.

22 Réforme de la Constitution fédérale, Message, FF 1997 I p. 248s.

Sans égard même à la garantie de la propriété, laquelle s'impose, en théorie du moins, au législateur fédéral tout autant qu'aux législateurs cantonaux, on imagine mal que les cantons puissent recourir à des instruments tels que les réserves foncières²³. Des instruments de ce type n'ont été ni prévus, ni exclus par le législateur fédéral. Leur mise en œuvre, avec la faculté notamment d'expropriation qu'elle implique pour les collectivités, donnerait à l'aménagement un caractère interventionniste et volontariste incompatible avec le régime semi-libéral qui a été voulu par l'auteur de la loi fédérale. On est dès lors d'avis que seul le législateur fédéral pourrait prévoir une obligation de construire qui serait, de manière générale, sanctionnée par une expropriation, avec affectation du terrain aux réserves foncières de la collectivité.

c) Dans la mesure où l'on ne réserve pas au législateur fédéral l'instrument de l'obligation de construire, on doit encore s'assurer de sa compatibilité, dans son principe et surtout dans sa mise en œuvre, avec la garantie de la propriété (art. 26 Cst., art. 22ter aCst.). Bien évidemment, une base légale expresse est indispensable²⁴ et, compte tenu de la gravité de l'atteinte, seule une loi au sens formel entre en considération²⁵. Les difficultés apparaissent dans l'appréciation de l'intérêt public et dans l'application du principe de proportionnalité, spécialement dans le choix de la sanction, en principe l'expropriation.

Si l'admissibilité de principe de l'obligation de construire est controversée en doctrine²⁶, elle semble implicitement reconnue en jurisprudence²⁷ ; elle est d'ailleurs, certes dans un cas particulier, consacrée à l'art. 9 LCAP²⁸.

Selon la jurisprudence, la loi peut prévoir l'expropriation « dans le cadre de mesures d'intérêt général relevant de la politique sociale ou économique » ; mais « l'expropriation ordonnée pour des motifs de politique sociale ou économique doit comporter en elle-même certaines limites »²⁹. Elle est admise pour la création de logements à caractère social, en cas de pénurie grave³⁰, mais pas de manière générale et indifférenciée pour tous types de logements³¹. Si, avec Georg MÜLLER³², on peut l'étendre à d'autres cas de pénurie grave de terrain, il faut encore que la mesure soit indispensable et que l'intérêt public à l'augmentation de l'offre l'emporte sur l'intérêt du propriétaire à conserver son

23 Cp. Code de l'urbanisme (français), Art. L 221.1s.

24 ATF 113 Ib 326.

25 MÜLLER, op. cit., p. 173s.

26 Cf. sur l'état de la discussion, MÜLLER, op. cit., p. 176, lui-même l'admettant.

27 ATF 112 Ia 70.

28 RS 843.

29 ATF 88 I 254ss.

30 ATF 88 I 254ss.

31 ATF 103 Ia 425ss.

32 Op. cit., p. 178s.

immeuble. Or, on conçoit mal que le résultat de cette comparaison des intérêts soit favorable à la collectivité en l'absence d'un projet concret répondant à un intérêt public au sens usuel ou élargi aux domaines économique et social. L'obligation de construire et sa sanction naturelle, qui est l'expropriation, ne devraient pas permettre la constitution de réserves de terrain mais uniquement la réalisation de projets précis. On ne voit dès lors plus en quoi l'institution se distinguerait du droit traditionnel de l'expropriation.

Ainsi conçue, l'obligation de construire ne permet pas de pallier les inconvénients de la thésaurisation. Celui qui a des capitaux à placer ou entend s'installer pour exercer une activité ne peut attendre les mois ou les années que dure une procédure d'expropriation, avec les aléas de son issue. Seule la constitution de réserves foncières pour des projets généraux, au besoin par la voie de l'expropriation³³, permet de réagir avec la rapidité inhérente à la vie moderne.

IV. OBLIGATION DE CONSTRUIRE FONDEE SUR UNE CONVENTION

a) La conclusion de contrats de droit administratif est admise, même implicitement, dans la mesure où elle n'est pas expressément exclue par la loi³⁴. La question de la légalité matérielle du contrat est plus controversée. Certes, on conçoit mal qu'un contrat serve à octroyer à des particuliers des avantages constituant une dérogation à l'ordre légal, par exemple une remise de taxes ou de contributions³⁵. Plus délicate est l'exigence d'une base légale pour la prestation fournie par l'administré : le Tribunal fédéral admet cette nécessité, toutefois dans un considérant qui n'appartient pas à la « ratio decidendi » de son arrêt³⁶. Cette exigence est critiquée en doctrine, avec de bons arguments³⁷. Quoi qu'il en soit, la méconnaissance des règles objectives du droit ne conduit pas nécessairement à l'invalidité du contrat, une pesée devant être opérée entre l'intérêt à l'application correcte de la loi et l'intérêt à la protection de la confiance ; pour entraîner l'invalidité, un vice juridique doit être suffisamment grave pour que le fait de l'invoquer n'apparaisse pas, de la part de celui qui a donné son accord à l'acte, incompatible avec les exigences de la bonne foi³⁸.

33 Cp. Code de l'urbanisme, art. L 221.1.

34 ATF 105 Ia 207ss., 103 Ia 505ss.

35 ATF 103 Ia 34s.

36 ATF 105 Ia 210.

37 Isabelle HÄNER, Die Einwilligung der betroffenen Person, als Surrogat der gesetzlichen Grundlage, ZBI 2002, p. 57-76, p. 60s. ; HÄFELIN/MÜLLER, Grundriss des Allgemeinen Verwaltungsrechts, 2e éd., Zurich, 1993, p. 203 ; MOOR, Droit administratif, t. II, Berne, 1991, p. 262.

38 ATF 105 Ia 210s., 103 Ia 514s.

Statuant dans un domaine proche de l'aménagement³⁹, le Tribunal fédéral a jugé douteux qu'une partie puisse invoquer l'absence de base légale pour un engagement qu'elle avait librement contracté.

L'accord par lequel la collectivité et le propriétaire fixent les modalités de l'aménagement et de la construction d'une zone doit être qualifié de contrat de droit administratif. Il porte en effet sur un objet d'intérêt public et concrétise une tâche incombant à la corporation publique, ès qualité⁴⁰. Le critère de la subordination ne peut d'ailleurs jouer qu'un rôle mineur pour la qualification de rapports contractuels. Toutefois, la partie du contrat de droit administratif qui doit entraîner une mutation immobilière (création d'une servitude, transfert de propriété, droit de préemption, droit d'emption) reste soumise au droit privé fédéral applicable en tant que tel, notamment dans le domaine de la forme, et fait au besoin l'objet d'un contentieux civil⁴¹. Ce qui peut conduire à des démembrements problématiques en matière de droit applicable et de contentieux.

b) Par la voie contractuelle, la collectivité et le particulier peuvent, outre les modalités de l'équipement, déterminer les types de constructions qui devront, dans les limites de la réglementation applicable à la zone, être édifiées ; ils peuvent fixer des délais de réalisation. Comme ces engagements se prêtent mal à une exécution spécifique, le cœur du dispositif sera constitué par des droits d'emption et de préemption concédés à la collectivité en cas de carence. De la sorte, la corporation se voit reconnaître la faculté de constituer des réserves de terrain en acquérant les fonds que le propriétaire, dans le délai fixé, n'a pas construits ou affectés à l'usage convenu.

La conclusion de tels accords n'est envisageable que dans des constellations particulières, dans lesquelles le propriétaire doit s'assurer la collaboration de la collectivité. La contre-prestation de cette dernière doit être licite, ne pas contrevenir à des règles impératives, ne pas constituer de privilège dérogeant à l'ordre légal. La liberté de décision du propriétaire doit être respectée. On peut envisager les cas suivants :

- Le classement d'un fonds peut être lié à des engagements de construire lorsque les principes de l'aménagement ne l'imposent pas clairement ni ne l'excluent. En d'autres termes, lorsque plusieurs secteurs entrent sérieusement en considération pour un classement, la préférence peut être donnée à un propriétaire qui a l'intention de construire⁴² et prend des engagements à cet égard.

39 ATF 98 Ia 202.

40 Cf., sur les critères de distinction avec le contrat civil, HÄFELIN/MÜLLER, op. cit., p. 199.

41 ATF 112 II 109s.

42 Felix JOST, Grösse und Lage von Bauzonen, Zurich, 2000, p. 99.

- La réalisation d'un équipement de base peut s'avérer nécessaire pour viabiliser un quartier, sans que le délai prévu dans le programme d'équipement ne soit expiré. La collectivité accepte de réaliser l'équipement mais fait prendre des engagements au propriétaire.
- L'engagement pris par le propriétaire peut sanctionner l'exigence de réalisation, dans un délai raisonnable, des plans d'aménagement de détail tels que les plans de quartier⁴³. La conclusion d'un tel engagement sera facilitée si la collectivité dispose de terrains stratégiques dans le périmètre du plan.

c) Le procédé contractuel, pour assurer la disponibilité des zones à bâtir, doit être tenu pour licite si sa mise en œuvre ne contrevient pas aux exigences d'un Etat fondé sur le droit. Il ne doit pas aboutir à l'octroi de privilèges indus ni servir à subordonner une application correcte de la loi⁴⁴ à des engagements du propriétaire. Il est essentiellement adapté aux situations dans lesquelles la nature et l'ampleur des développements fonciers postulent une collaboration entre la collectivité et le propriétaire ou le promoteur.

V. LES SANCTIONS EN MATIERE DE CLASSEMENT

a) Les collectivités locales, lorsqu'elles s'approprient à adopter ou réviser un plan d'aménagement local, font une enquête auprès des propriétaires fonciers, notamment sur leurs intentions d'équiper, de vendre ou de bâtir. L'analyse de données de ce type fait partie des études servant de base à la planification locale. Il est toutefois clair que ces données ne sont pas décisives pour la classification. La délimitation des zones à bâtir par rapport aux zones agricoles et aux zones protégées doit obéir à des principes d'aménagement et d'urbanisme et le découpage ne peut être laissé au hasard des intentions – au demeurant fluctuantes – des propriétaires. Les classements portent sur des zones entières et l'échelle considérée n'est pas celle de la parcelle ou du projet individuel ; les intérêts éventuels des propriétaires particuliers ne peuvent être pris en considération que de manière extrêmement limitée⁴⁵. Le défaut de pertinence de principe des intentions des propriétaires vaut également pour la réduction des zones à bâtir⁴⁶. Car la délimitation obéit au principe de cohérence, lequel n'est certes pas absolu ; mais, sauf circonstances tout à fait spéciales, la délimitation de petites zones à bâtir isolées n'est pas admissible⁴⁷,

43 Cf. art. 72 LATeC.

44 Par exemple, le classement d'un terrain apte à la construction et se trouvant déjà dans la zone largement bâtie.

45 ATF 113 Ia 449.

46 ATF 115 Ia 348s.

47 ATF 116 Ia 339ss.

tout comme la création de zones de réserve au milieu du périmètre à urbaniser⁴⁸.

Les classements et refus de classement, les confirmations de classement et les déclassements doivent, sans égard aux intentions des propriétaires, pouvoir se justifier par des motifs pertinents d'aménagement du territoire. Dans la mesure où la collectivité peut ou doit opérer des choix entre plusieurs solutions qui toutes peuvent se défendre au regard des principes de l'aménagement, elle peut faire intervenir le critère des intentions des propriétaires et des engagements qu'ils acceptent de prendre pour assurer la disponibilité du terrain. Comme le relève JOST⁴⁹, ce sera essentiellement le cas lorsque les terrains en cause se situent à la périphérie du périmètre constructible et représentent une part importante de la réserve actuelle ou à constituer.

b) Il ne suffit pas de déterminer si un refus de classement ou un déclassé sont défendables du point de vue de l'aménagement. La collectivité qui envisage d'y procéder pour lutter contre la thésaurisation du sol, se pose nécessairement la question de leurs incidences financières :

- Le non-classement (qui inclut la sortie d'une zone à bâtir fixée dans un plan antérieur au 1^{er} janvier 1980 ou postérieur, mais non conforme à la LAT) n'entraîne une expropriation matérielle que dans des cas exceptionnels, définis par la jurisprudence⁵⁰.
- On peut se demander si le déclassé entraîne par principe une expropriation matérielle⁵¹, ou s'il ne s'agit là que de la conséquence la plus fréquente⁵². L'absence de volonté de construire ou de vendre du propriétaire ne permet pas d'exclure le cas d'expropriation matérielle lorsque les conditions en sont remplies⁵³. Il suffit de constater que l'opération implique un risque financier important. Le déclassé sans indemnité ne peut sanctionner de manière générale le défaut d'utilisation et cette solution, retenue par le législateur appenzellois⁵⁴, pourrait s'avérer contraire au droit fédéral.

On se permettra en outre un simple constat tiré de l'expérience. Si les cas d'allocation d'indemnités pour expropriation matérielle sont plutôt rares, compte tenu de la jurisprudence restrictive du Tribunal fédéral, les craintes y

48 ATF 116 Ia 335ss.

49 Op. cit. p. 96.

50 ATF 125 II 433s., 123 II 487ss, 122 II 326ss et arrêts cités.

51 Dans ce sens, ZEN-RUFFINEN/GUY-ECABERT, Aménagement du territoire, construction, expropriation, Berne, 2001, p. 610ss.

52 MÜLLER, op. cit., p. 178 ; JOST, op. cit., p. 97.

53 ATF 113 Ib 326.

54 Art. 42 al. 3 Baugesetz AI.

relatives demeurent très vives. Même lorsque le risque d'octroi d'une indemnité est faible, la collectivité peut être amenée à renoncer à le courir ; car la réalisation du risque, pour peu probable qu'elle soit, pourrait avoir des conséquences financières difficiles à assumer. Seule la constitution des fonds d'indemnisation prévus à l'art. 5 al. 1^{er} LAT, qui emportent mise en commun et répartition des risques liés à l'expropriation matérielle, pourrait permettre aux collectivités locales de faire preuve d'une audace accrue en matière de classements. Sans la création de cet instrument, il est vain d'espérer que les opérations de zonage puissent servir de moyen de lutte réellement efficace tant contre la thésaurisation du sol que contre le surdimensionnement des périmètres constructibles.

c) Un classement qui deviendrait caduc en cas de défaut de construction dans un délai préfix n'entre pas en considération. Il constituerait une planification conditionnelle, inadmissible dans son principe⁵⁵, et éluderait les exigences de l'art. 33 LAT.

VI. LES CONTRIBUTIONS PUBLIQUES

Les contributions publiques assises sur les immeubles ou les opérations foncières peuvent inciter le propriétaire à vendre tout ou partie de ses terrains, notamment pour obtenir un financement. L'instrument doit toutefois être utilisé avec discernement, car le propriétaire aura naturellement tendance à reporter le montant de la contribution sur l'acquéreur et utilisateur ; la chose lui sera facilitée en temps de reprise économique et donc d'accroissement de la demande en terrains à bâtir.

a) L'art. 19 al. 2 LAT prévoit le principe de la participation des propriétaires aux frais d'équipement. Cette participation est, pour les zones destinées à l'habitation, réglée de manière plus contraignante par l'art. 6 LCAP et les art. 1 à 1b OLCAP, lesquels ne constituent certes pas la base légale indispensable à la perception⁵⁶.

L'obligation pour le propriétaire d'acquitter des contributions à l'équipement peut, dans une certaine mesure, prévenir le phénomène de thésaurisation ; le propriétaire peut être incité à vendre soit pour trouver un financement, soit pour éviter les frais financiers courant entre le moment de la perception et celui de la vente ou construction. Encore faut-il que la contribution ne soit pas conçue comme une taxe de raccordement, payable lors du raccordement effectif, mais sous forme de charge de préférence ou contribution de plus-value, perçue dès

55 ATF 118 Ia 172ss.

56 ATF 112 Ib 238ss.

que l'équipement est réalisé et, en soi, pourrait être utilisé⁵⁷. On notera que cette dernière solution est imposée par l'art. 6 al. 1^{er} i.f. LCAP pour les zones résidentielles, avec possibilité de report en cas de rigueur (art. 1a OLCAP) ou pour les terres faisant partie d'un domaine agricole (art. 1b OLCAP). Ces sursis devraient demeurer exceptionnels si, dans la région considérée, on constate une offre insuffisante en terrains constructibles.

L'effet des contributions d'équipement ne doit pas être surestimé, notamment à l'égard de propriétaires qui n'ont pas d'autres frais financiers à assumer. Il est d'ailleurs fréquemment possible de ne vendre que les surfaces nécessaires au financement des contributions.

b) Sous réserve d'une prise en considération de la valeur de rendement, les terrains doivent être estimés à leur valeur vénale pour l'imposition de la fortune (art. 14 al. 1^{er} LHID⁵⁸). Pour un terrain classé en zone à bâtir, le recours à la valeur vénale est obligatoire, à tout le moins si le terrain est équipé. L'application stricte de ce principe peut ôter une partie de son intérêt à la thésaurisation.

Les immeubles affectés à l'agriculture sont imposés en principe à la valeur de rendement, le droit cantonal pouvant prévoir une prise en considération de la valeur vénale ou une imposition complémentaire (art. 14 al. 2 LHID). Il restera à déterminer si le privilège s'étend également aux fonds agricoles ne supportant pas de constructions rurales et entièrement situés en zone à bâtir, fonds non soumis au droit foncier rural (art. 2 LDFR). Une réponse positive favoriserait la thésaurisation et une réponse négative pénaliserait l'agriculture.

c) L'impôt sur les gains immobiliers a pour effet négatif, lorsqu'il peut être reporté, de renchérir le terrain et, surtout, il ne prévient pas la thésaurisation. Car il est en principe perçu lors de la réalisation du gain, en règle générale sous la forme d'une aliénation ; il en va d'ailleurs de même de l'imposition qui, dans le système dualiste⁵⁹, frappe la part des revenus ou du bénéfice afférente aux opérations immobilières.

Pour que cet impôt ait un effet préventif en matière de thésaurisation, les cantons devraient, comme ils peuvent le faire, l'étendre aux plus-values résultant de mesures d'aménagement, même sans aliénation (art. 12 al. 2 litt. e LHID). Ils devraient en outre pratiquer le système moniste et, sans égard à la qualité du contribuable, soumettre tous les gains immobiliers à l'impôt spécial

57 Sur la distinction, ATF 106 Ia 242s.

58 Loi fédérale sur l'harmonisation des impôts directs des cantons et des communes, du 14 décembre 1990, RS 642.14.

59 Impôt spécial ou cédulaire sur les gains immobiliers pour les contribuables ordinaires et intégration dans le revenu ou le bénéfice imposable pour les entreprises.

ou cédulaire (cf. art. 12 al. 4 LHID). Cet impôt ne se distinguerait alors plus guère de la contribution prévue à l'art. 5 al. 1^{er} LAT.

d) Depuis le 1er janvier 1980, les cantons sont tenus de prévoir « un régime de compensation permettant de tenir compte équitablement des avantages et des inconvénients majeurs qui résultent de mesures d'aménagement » (art. 5 al. 1^{er} LAT). Neuchâtel et Bâle-Ville disposent de tels systèmes. Vaud a introduit une péréquation réelle dans les remaniements parcellaires. En 1994, une initiative demandant un régime de compensation a été rejetée à Zurich. Un projet élaboré à Fribourg en 1996 n'a même pas été soumis au Grand Conseil. Cette absence d'empressement dans l'exécution d'un mandat impératif du droit fédéral s'explique par le risque politique auquel est exposé tout projet en la matière. La propriété foncière est déjà largement grevée et tout prélèvement supplémentaire peut être ressenti comme confiscatoire, sans préjudice d'un éventuel effet de renchérissement du sol. Le prélèvement d'une plus-value et la gestion d'un fonds de compensation impliquent une activité administrative, génératrice de coûts. Le produit de l'impôt sur les gains immobiliers entre dans les recettes générales de la collectivité, alors que l'affectation de la contribution de plus-value est liée, même si elle peut être définie de manière large.

Les craintes que suscite la contribution de plus-value tiennent en réalité moins au principe même de l'institution qu'aux modalités de sa mise en œuvre. Cette contribution ne devrait pas s'ajouter purement et simplement à l'impôt assis respectivement sur les gains immobiliers ou sur le revenu ou le bénéfice. Elle devrait être coordonnée avec le prélèvement fiscal, le législateur mettant en place des systèmes de plafonnement ou d'avoir fiscal ; car si l'introduction de la contribution de plus-value devait conduire à une augmentation globale importante des prélèvements, les risques d'un échec seraient programmés. L'estimation des plus-values ne devrait par ailleurs pas entraîner de travaux administratifs majeurs, les services fiscaux devant de toute manière fixer la nouvelle valeur vénale des terrains faisant l'objet d'un classement. L'usage du fonds d'indemnisation, enfin, peut être conçu de manière suffisamment large pour soulager d'autres postes des budgets généraux des collectivités publiques (p. ex., outre le paiement des indemnités d'expropriation matérielle, les compensations pour restriction de l'usage agricole, les aides pour la sauvegarde de zones protégées ou de monuments classés, le financement de mesures de protection contre le bruit).

La mise en place du régime de compensation imposé par l'art. 5 al. 1^{er} LAT présente des avantages majeurs :

- La contribution peut être prélevée sitôt que la plus-value se produit, en principe dès que le terrain est classé définitivement et est raccordable aux

équipements ou peut être équipé sans difficultés particulières par le propriétaire. A la différence de l'impôt sur les gains immobiliers, il n'est pas nécessaire d'attendre la réalisation de la plus-value. De ce fait, le système pénalise la thésaurisation du terrain. La collectivité peut, si la loi l'y autorise, octroyer des échéanciers, contre des engagements de mise à disposition des terrains. Elle peut également se constituer des réserves foncières, en acceptant un paiement en nature.

- La contribution permet de donner un caractère général et égal à la perception de la plus-value. Dans le système fiscal dualiste, la part de cette plus-value qui devrait revenir à la collectivité lui échappe souvent : le bénéfice en capital réalisé sur la vente d'un immeuble peut fort bien être absorbé par les pertes de l'exercice ou par le report autorisé des pertes des exercices précédents.
- La contribution de plus-value permet la constitution d'un fonds servant au financement des indemnités pour expropriation matérielle. Si la base territoriale est suffisamment large, le fonds peut jouer, pour les collectivités locales, le rôle d'une couverture d'assurance. Or, trop souvent les collectivités renoncent à une application correcte des principes de l'aménagement pour ne pas devoir assumer seules le risque, même relativement faible, d'une indemnité pour expropriation matérielle. La mise en commun des risques, par la constitution du fonds, leur ouvrirait la voie d'une politique plus ferme en matière d'aménagement et de protection de l'environnement.

VII. CONCLUSIONS

La loi fédérale sur l'aménagement du territoire fixe un objectif ambitieux aux collectivités cantonales et communales : assurer les besoins en terrain à bâtir pour l'habitat et les activités, tout en garantissant une utilisation économe du sol. La réalisation de cet objectif peut être compromise en cas de dysfonctionnement du marché. Le législateur de 1974 l'avait compris et prévu des mesures de correction, certes timides. Après l'échec du projet en votation populaire, la recherche du consensus a conduit simplement à laisser le problème sans solution. Le droit foncier rural interdit désormais aux collectivités de conduire une politique d'acquisitions à long terme. L'obligation de construire, autant qu'elle soit admissible, n'est guère qu'un épouvantail à moineaux, tant la mise en œuvre d'éventuelles sanctions demeure complexe et problématique, ou dépend du bon vouloir du propriétaire. Aucune forme d'intervention foncière ne permet aux collectivités de constituer des réserves en recourant au besoin à la voie de l'expropriation. La plupart des instruments

« fiscaux » ne permettent que de manière limitée de prévenir la thésaurisation du sol et la quasi-totalité des cantons ont, depuis plus de vingt ans, renoncé à mettre en œuvre celui qui pourrait s'avérer le plus efficace.

Le surdimensionnement des zones et la dissémination de l'urbanisation, qui ont marqué le paysage, ont permis pendant longtemps d'occulter le problème que représente l'insuffisance des moyens de l'intervention foncière. Les autorités locales ont également pu pallier en partie la faiblesse des moyens légaux par la pratique de la négociation. Mais de plus en plus, des communes qui suivent une politique d'économie du sol se voient placées dans l'impossibilité d'accueillir de nouveaux arrivants, à tout le moins ceux qui ne peuvent acquitter une rente foncière prohibitive. Or la possibilité, notamment pour la collectivité, de mettre le terrain indispensable à la disposition des entreprises et de leurs collaborateurs, tout en leur offrant un cadre de vie agréable, fait partie de la compétitivité d'une région ou d'un pays.

Si l'on veut assurer un développement durable, soit satisfaire aux besoins actuels en matière d'activités et d'habitat, et préserver la nature et sa capacité de renouvellement, notamment protéger le paysage et l'environnement, on n'échappera pas à un débat d'idées. Dans quelle mesure le sol et le territoire doivent-ils être traités comme « le patrimoine commun de la nation »⁶⁰ ou comme l'objet de droits de propriété individuels ? Les objectifs légaux de l'aménagement et surtout les instruments d'intervention mis à disposition de la collectivité exprimeront l'équilibre trouvé entre ces deux pôles. Etant rappelé que les moyens doivent être en adéquation avec les buts. Quels que soient ses mérites par ailleurs, la loi fédérale sur l'aménagement du territoire souffre d'un déficit en la matière : les douleurs de son enfantement l'ont privée des ressources qu'appelaient ses ambitions.

60 Cp. Code de l'urbanisme, Art. L110.

LA PROTECTION DES SITUATIONS ACQUISES EN ZONE A BATIR SELON LE DROIT FRIBOURGEOIS DES CONSTRUCTIONS

Christian Pfammatter

Juge au Tribunal administratif

Le législateur fribourgeois est conscient depuis longtemps de la nécessité de régler de manière spéciale le statut des bâtiments existants non conformes à la loi, aux plans et aux règlements¹. Dans la zone à bâtir², les dispositions légales à appliquer ne sont donc pas nouvelles. Le contexte a toutefois profondément changé. En effet, l'entrée en vigueur de la loi fédérale sur l'aménagement du territoire³, le 1^{er} janvier 1980, et celle de la loi cantonale sur l'aménagement du territoire et les constructions⁴, le 1^{er} juillet 1984, ont imposé aux communes l'obligation d'organiser de manière plus stricte l'occupation de leur territoire. Après une période d'adaptation qui a vu ces collectivités choisir des planifications locales plutôt permissives, les principes régissant l'aménagement⁵ ont été appliqués avec plus de rigueur⁶. Cette évolution, certes bien venue, de l'aménagement local se traduit concrètement par une multiplication des situations dans lesquelles un bâtiment construit sous un certain régime juridique se trouve soudain en contradiction avec les nouvelles normes applicables. Cette fréquence nouvelle d'un problème ancien justifie d'examiner plus en détail ce qu'entend le législateur lorsqu'à l'art. 54 LATeC, il déclare protéger les situations acquises.

1 Cf. l'art. 39 de l'ancienne loi sur les constructions du 15 mai 1962 (BL 1962 p.108).

2 Pour une présentation de la situation hors de la zone à bâtir qui sort du sujet du présent article : R. KAPPELER, Die baurechtliche Regelung bestehender Gebäude, Zurich 2001, n° 3848 ss.

3 LAT ; RS 700.

4 LATeC ; RSF 710.1.

5 Art. 3 LAT. Par exemple, séparation nette des zones bâties et non bâties ; séparation des zones d'habitation de celles réservées aux activités économiques ; aménagement d'aires de verdure en milieu bâti ; protection contre les pollutions.

6 Notamment sous l'impulsion constante donnée par le Tribunal fédéral.

I. LE CONTEXTE DE L'ART. 54 LATEC

A. Les garanties minimales offertes par le droit constitutionnel

La jurisprudence⁷ a déduit à la fois de la garantie de la propriété⁸ et du principe de la non-rétroactivité des lois une protection de la situation acquise⁹ qui postule que de nouvelles dispositions restrictives ne peuvent être appliquées à des constructions autorisées conformément à l'ancien droit que si un intérêt public important l'exige et si le principe de la proportionnalité est respecté¹⁰. Le droit constitutionnel n'offre cependant qu'une protection minimale de la situation acquise car, lorsque ses conditions d'application sont réunies, il se borne à autoriser le maintien du bâtiment et son entretien normal¹¹ ; la garantie constitutionnelle ne s'étend pas aux transformations, rénovations, changements d'affectation ou reconstructions, qui, à défaut de règles cantonales spéciales, sont soumis au nouveau droit.

B. Les limitations imposées par le droit fédéral

Selon l'art. 49 Cst., le droit fédéral prime le droit cantonal qui lui est contraire. Dans le domaine qui nous concerne, il saute aux yeux qu'en prévoyant une obligation générale d'assainir les installations existantes¹², la loi fédérale sur la protection de l'environnement règle de manière exhaustive la question en tant qu'elle entre dans son champ d'application. Le législateur cantonal n'a plus de compétence en la matière, de sorte que les règles générales qu'il peut édicter sur la garantie des situations acquises ne s'appliquent pas à ce cas particulier¹³.

7 ATF 113 Ia 122.

8 Art. 26 de la Constitution fédérale.

9 *Besitzstandsgarantie*.

10 Le principe de la bonne foi est aussi invoqué parfois au côté de la garantie de la propriété comme fondement de la protection des situations acquises. G. MÜLLER *in* Commentaire de la Constitution fédérale, ad art. 22ter, n° 17 ; BLVGE 1991 75. Dans la mesure où toutes ces normes entrent en concours et éclairent une même situation sous différents aspects, il est vain, à mon sens, de tenter de faire dépendre la protection constitutionnelle de tel ou tel droit ou principe. Ce sont les circonstances concrètes de l'affaire, voire les possibilités procédurales (recours de droit public ou non) qui justifieront d'invoquer la garantie de la propriété plutôt que la bonne foi ou inversement. Pour un exposé complet de toutes les théories en la matière : R. KAPPELER, *op. cit.*, n° 4422 ss.

11 ATF 109 Ib 119.

12 Art. 16 ss LPE auxquels il faut ajouter les différentes dispositions des ordonnances fédérales réglant l'assainissement dans les domaines particuliers du droit de l'environnement (air, bruit, ...).

13 D'autres dispositions du droit fédéral peuvent, selon le cas, avoir une influence sur le maintien d'une situation acquise concrète (par ex. art. 11 de la loi sur la protection des eaux, art. 1 de l'ordonnance sur la protection des animaux). Le droit de l'environnement est cependant unique par son importance. L'art. 24c LAT règle également tout un aspect de la protection des si-

Indépendamment des domaines soustraits à sa compétence législative par le droit fédéral, le législateur cantonal dispose, dans la zone à bâtir, d'une grande liberté pour étendre au-delà du minimum prescrit par le droit constitutionnel la protection des situations acquises¹⁴. S'il peut autoriser, sous certaines conditions, les transformations, rénovations, voire les reconstructions, il est tenu cependant d'observer dans son activité législative les principes fondamentaux de l'aménagement du territoire¹⁵. Le droit fédéral intervient donc non seulement pour restreindre le champ d'application de la loi cantonale, mais également pour fixer les limites matérielles à respecter.

C. Examen du texte et de la genèse de l'art. 54 LATeC

Repris largement de l'art. 39 de l'ancienne loi de 1962, le texte de l'art. 54 LATeC¹⁶ frappe d'emblée par sa formulation très « défensive » et prudente. Si l'on se reporte aux discussions qui ont entouré l'adoption de la norme par le Grand Conseil¹⁷, on se rend compte que les députés étaient conscients des risques qu'une solution trop généreuse envers les propriétaires de bâtiments non conformes pouvait faire peser sur la réalisation effective d'une planification locale. Ils ont donc choisi une solution plutôt restrictive qui s'est concrétisée dans le texte légal actuel par un choix clair dans l'ordre des priorités¹⁸. De plus, il est intéressant de noter que, même si le contenu minimal de la garantie constitutionnelle tel que rappelé à l'art. 54 al. 2 LATeC est un droit, la tournure de phrase utilisée montre bien – à mon avis, volontairement – que l'on se situe à la limite de la simple tolérance. Il est étonnant également que le droit au maintien du bâtiment non conforme – soit le cœur de la garantie constitution-

tions acquises. Il ne concerne pas, cependant, la zone à bâtir et, à ce titre, est sans influence sur l'art. 54 LATeC, objet de la présente étude.

14 L'art. 23 LAT laisse expressément au droit cantonal le soin de régler les exceptions prévues à l'intérieur de la zone à bâtir.

15 Art. 1 et 3 LAT. ATF 113 Ia 122.

16 L'art. 54 LATeC a la teneur suivante :

¹ *Lorsqu'un intérêt public prépondérant le justifie, le conseil communal peut exiger d'un propriétaire qu'il rende son immeuble conforme à la loi, aux plans et aux règlements en lui impartissant un délai convenable pour le faire. L'art. 198 al. 2 s'applique par analogie.*

² *Les bâtiments non conformes à la loi, aux plans et aux règlements ne peuvent être l'objet que de travaux d'entretien et de réparation indispensables.*

³ *Le préfet peut cependant, avec l'accord de la commune, autoriser des travaux de transformation ou d'agrandissement, à condition que le propriétaire s'engage à renoncer, en cas de réalisation du plan, à réclamer une indemnité pour la plus-value due aux travaux.*

⁴ *Cette renonciation est mentionnée au registre foncier, aux frais du propriétaire.*

17 BGC 1962 p. 178 s.

18 D'abord, le principe premier affirmant avec force le droit d'exiger la mise en conformité si un intérêt public l'exige, puis le rappel du contenu minimal garanti par la Constitution et, enfin, la possibilité d'obtenir une autorisation dépassant ce minimum.

nelle – n'est pas énoncé expressément et qu'il faut le déduire implicitement de celui d'entretenir et de réparer l'ouvrage.

Mise en relation avec les réticences énoncées dès l'origine par le législateur, la formulation du texte légal exclut d'en faire une interprétation extensive. Cette réserve se justifie d'autant plus que, selon la jurisprudence, lorsque le droit cantonal élargit la protection minimale fédérale, il doit expressément mentionner sur quels points cet élargissement est accordé ; dans le doute sur l'intention du législateur, une interprétation restrictive de la norme cantonale s'impose¹⁹.

D. Exclusivité de l'art. 54 LATeC au niveau cantonal

A la différence de la solution choisie par certains cantons²⁰, aucune disposition de droit fribourgeois ne confère aux communes la compétence d'adopter une réglementation dérogeant à l'art. 54 LATeC. Certes, l'art. 66 al. 4 LATeC prévoit, de manière générale, que les communes peuvent aggraver les restrictions découlant du droit cantonal. A mon avis, cette disposition n'est pas applicable à l'art. 54 LATeC et ne permet pas à une commune de réduire, sur son territoire, la portée de la protection des situations acquises au seuil minimum découlant du droit constitutionnel. En effet, à l'instar de l'art. 55 LATeC concernant les dérogations, l'art. 54 LATeC ne prévoit pas de « restrictions » au sens de l'art. 66 al. 4 LATeC mais, au contraire, aménage un statut particulier au bénéfice de certains propriétaires fonciers. La condition posée par la loi pour reconnaître à la commune le pouvoir d'adopter une disposition plus sévère que le droit cantonal n'est donc pas remplie.

II. LA SITUATION ORDINAIRE : LE MAINTIEN DU BATIMENT (ART. 54 AL. 2 LATeC)

A. Notion de *bâtiment*

Fondement de toute la réglementation, le droit au maintien du bâtiment non conforme implique en premier lieu la possibilité d'échapper à l'obligation de démolir ou de modifier l'ouvrage lorsque la loi, les plans ou les règlements changent après sa construction. La notion de *bâtiment* au sens de l'art. 54 LATeC englobe à l'évidence toutes les constructions et installations dont l'aménagement est subordonné à l'obtention d'un permis de construire au sens

¹⁹ ZBI 1982 p. 448.

²⁰ Par ex. Berne et Zurich ; cf. W. SCHMID-LENZ, Zur Besitzstandsgarantie baurechtswidriger Gebäude in Bauzonen, DC 1990 p. 62.

des art. 72 et 73 RELATeC²¹. Il ne fait aucun doute en effet que des canalisations ou des antennes, qui ne sont pas des bâtiments au sens strict, peuvent aussi bénéficier de la protection légale de la situation acquise²². De plus, indissociable du bâtiment, l'affectation de ce dernier est également comprise dans cette protection. Le propriétaire d'un atelier de réparation situé en zone résidentielle pourra non seulement maintenir la structure du bâtiment (à supposer que sa hauteur ou son indice d'utilisation ne correspondent plus à la réglementation de la zone), mais également continuer l'exploitation de l'atelier²³. La non-conformité d'une situation peut même se rapporter à un bâtiment polyvalent qui ne pose aucun problème en lui-même, mais dont seul l'usage est en contradiction avec la réglementation en vigueur. On peut penser au cas d'une entreprise commerciale ayant ses bureaux dans une villa située en zone résidentielle ne tolérant pas ce genre d'activité²⁴. Pour que l'immeuble soit protégé dans son affectation, il est indispensable qu'il ait été effectivement utilisé dans le but indiqué et ceci sans interruption importante²⁵.

B. Exigence de la conformité initiale du bâtiment

Par ailleurs, un propriétaire ne peut invoquer valablement l'art. 54 LATeC ou la garantie de la propriété (en tant qu'elle protège une situation acquise) que si, à l'origine, le bâtiment non conforme a été érigé en respectant l'ordre juridique de l'époque²⁶. Si tel n'est pas le cas, le nouveau droit s'applique en principe pleinement à la situation. Il convient cependant de relever immédiatement que si l'autorité a toléré pendant longtemps une construction qu'elle savait illégale, le principe de la bonne foi lui interdit d'exiger le rétablissement de l'état de droit²⁷. Cette problématique ne relève toutefois pas du champ d'application de l'art. 54 LATeC car il ne s'agit pas de reconnaître le droit de maintenir l'objet non conforme, mais de renoncer à exiger la remise en état des

21 Plus précis, l'art. 3 de la loi bernoise sur les constructions du 9 juin 1985 qui parle de « bâtiments et installations autorisés sous l'empire de l'ancienne loi ».

22 Au surplus, une interprétation restrictive de la notion de *bâtiment* reviendrait à accorder à certains ouvrages une protection moins étendue que la garantie constitutionnelle de la propriété, ce qui mettrait le droit cantonal en opposition avec le droit fédéral.

23 ATA non publié du 31 mars 1999 en la cause P. Le maintien de l'affectation est cependant subordonné à la condition que les nuisances soient supportables pour le voisinage et ne justifient pas une mise en conformité du bâtiment en application de l'art. 54 al. 1 LATeC.

24 Plus exotique, ATA non publié du 1^{er} juillet 1994 en la cause P. où le propriétaire utilisait sans modification la salle de bain de sa villa pour produire des yogourts de chèvre.

25 ATA non publié du 31 mars 1999 déjà cité. DC 1994 p. 79 n° 141.

26 Pour le droit bernois : A. ZAUGG, *Kommentar zum Baugesetz des Kantons Bern*, Berne 1995, 2^{ème} éd., n° 2 ad art. 3 ; pour le canton d'Argovie : E. KISTLER / R. MÜLLER, *Baugesetz des Kantons Aargau*, Brugg 1994, p. 90. Dans un cas hors de la zone à bâtir : ATA du 27 février 2002 en la cause B. publié sur le site internet du Tribunal administratif : www.fr.ch/tad.

27 Pra 2002 n° 3 p. 17 ; RDAF 2000 I 101 ; ATF 107 Ia 124.

lieux, ce qui n'est pas la même chose : alors que des travaux de transformation ou d'agrandissement sont possibles dans un cas en application de l'art. 54 al. 3 LATeC, ils ne le sont pas dans l'autre.

Il appartient en principe au propriétaire d'établir que son bâtiment a été construit en respectant les exigences légales de l'époque. Dans la mesure où l'ouvrage peut avoir été érigé depuis très longtemps, on ne saurait cependant exiger, à chaque fois, une preuve formelle de sa conformité passée. Lorsque l'examen de la législation en vigueur au moment de la construction ne permet pas de tirer de conclusion ou lorsque la configuration spéciale du bâtiment laisse planer un doute, l'autorité devra examiner l'ensemble des circonstances pour forger sa conviction, au besoin en se contentant d'indices²⁸.

C. Portée du droit d'entretenir et de réparer

Lorsque les conditions énoncées ci-dessus sont réunies, le propriétaire concerné est protégé dans son droit de maintenir le bâtiment. Selon l'art. 54 al. 2 LATeC, ce droit comprend également celui d'entretenir et de réparer l'ouvrage. Dans la mesure où le législateur fribourgeois n'a pas traité de manière spécifique des rénovations, se pose la question de savoir si ce genre de travaux tombe dans le champ d'application de l'art. 54 al. 2 LATeC au titre d'entretien – ce qui donne au propriétaire un droit d'y procéder – ou dans celui de l'art. 54 al. 3 LATeC au titre de transformation, ce qui impose l'obtention d'une autorisation spéciale. La réponse variera, à mon avis, en fonction de l'importance des travaux. La rénovation peut être assimilée aux travaux d'entretien lorsqu'elle vise, par des dépenses raisonnables, à moderniser le bâtiment en laissant intacts son volume, sa structure, son aspect extérieur et sa destination. En particulier, elle reste dans le cadre de l'entretien lorsqu'elle se limite à mettre le bâtiment et son infrastructure au niveau standard actuel²⁹. En revanche, si la rénovation provoque une modification allant au-delà de ce qui est usuel, comme un accroissement important du confort, elle constitue alors une transformation³⁰. Il n'en demeure pas moins que la distinction est souvent difficile à faire et que c'est le comportement du propriétaire qui fera parfois la différence³¹.

28 ATA non publié du 27 octobre 1999 en la cause C.

29 *Zeitgemäss Erneuerung*. Par exemple en matière d'isolation, de sanitaires ou de cuisine. Un changement de type de chauffage peut s'avérer plus problématique.

30 P. ZEN-RUFFINEN / CH. GUY-ECABERT, *Aménagement du territoire, construction, expropriation*, Berne 2001, p. 281.

31 Il tombe sous le sens que des travaux d'ampleur réduite intervenant à intervalle régulier sur plusieurs années ont plus de chance d'être considérés comme des travaux d'entretien qu'une intervention unique ayant le même but. Un exemple connu hors de la zone à bâtir est celui du propriétaire d'un ponton qui décide de le refaire à neuf en une fois (il a peu de chance

Selon la jurisprudence cantonale³², un bâtiment non conforme détruit par la force majeure ne peut pas bénéficier de l'art. 54 LATeC pour être reconstruit. Le Tribunal administratif a considéré que, dès l'instant où la substance du bâtiment a disparu dans la catastrophe, on ne peut plus parler d'entretien ou de réparation de l'ouvrage. En réalité, dans une telle situation, le droit au maintien de la situation acquise n'a plus d'objet, de sorte que, sur le terrain libéré, la nouvelle réglementation s'applique désormais pleinement. La seule possibilité offerte au propriétaire de reconstruire de manière non conforme est d'obtenir une dérogation selon les conditions très sévères de l'art. 55 LATeC. La solution fribourgeoise qui interprète strictement le texte légal est plus restrictive sur ce point que bien des législations cantonales qui connaissent des dispositions spéciales autorisant la reconstruction après une destruction de l'ouvrage par la force majeure³³. De plus, on ne peut pas suivre l'opinion selon laquelle la protection de la bonne foi liée à la garantie du maintien de la situation acquise justifierait de permettre à un propriétaire de reconstruire le bâtiment détruit par la force majeure sous prétexte qu'au moment de la construction initiale, il pouvait raisonnablement compter sur une durée de vie normale de l'ouvrage³⁴. En effet, dans cette situation, ce n'est pas l'Etat qui prive le propriétaire de l'usage du bâtiment, mais la force majeure. En supprimant l'objet non conforme, cet événement aléatoire épuise les droits de l'intéressé et le replace sur le même pied que les autres administrés. Il n'y a donc plus de raison de le traiter différemment³⁵.

III. LES TRAVAUX DE TRANSFORMATION OU D'AGRANDISSEMENT (ART. 54 AL. 3 LATeC)

Si le propriétaire d'un bâtiment non conforme veut le transformer ou l'agrandir, il doit obtenir une autorisation du préfet et l'accord de la commune. Cette autorisation ne lui sera octroyée que « s'il y a des raisons impératives de le faire »³⁶. En d'autres termes, pour accorder l'autorisation, le préfet doit procéder à une pondération rigoureuse des différents intérêts en présence, de laquelle il ressort que l'intérêt du propriétaire à la transformation est nettement

d'obtenir l'autorisation) et du même qui se limite à remplacer quelques planches et pieux chaque année (en 15 ans, il aura légalement un ponton neuf).

32 ATA non publié du 6 septembre 2001 en la cause P.

33 Pour Argovie : E. KISTLER / R. MÜLLER, op. cit., p. 92. Pour les Grisons : PVG 2000 n° 56. Voir aussi l'approche critique de ces règles issues de l'histoire formulée par R. KAPPELER, op. cit., n° 1401 p. 394.

34 P. KARLEN, Das abgebrannte Badehäuschen, recht 1991 p. 99 ss.

35 ZBl 1989 p. 545

36 BGC 1962 p. 179

prépondérant³⁷. A ce titre, l'autorisation de l'art. 54 al. 3 LATeC constitue une autorisation de police exceptionnelle car elle permet une activité habituellement contraire à l'intérêt public tenant à la police des constructions et au respect des planifications³⁸. Malgré ce caractère exceptionnel, l'autorisation de transformer ou d'agrandir de l'art. 54 al. 3 LATeC ne doit pas être assimilée à la dérogation de l'art. 55 LATeC qui exige non seulement un intérêt privé nettement prépondérant, mais en plus que le refus de l'autorisation soit de nature à entraîner un préjudice excessif au propriétaire. Il y a lieu en effet de distinguer entre la dérogation qui vise la création d'un nouvel état d'exception et justifie de poser des conditions draconiennes et l'autorisation de l'art. 54 al. 3 LATeC qui concerne la modification d'un bâtiment non conforme déjà existant ; dans ce dernier cas, le requérant ne crée pas, *stricto sensu*, une nouvelle situation dérogeant à la réglementation en vigueur, mais adapte simplement l'état existant³⁹.

L'octroi de l'autorisation de transformer dépend par ailleurs de l'accord de la commune. Cette condition n'a pas pour effet de donner un blanc-seing à cette dernière qui pourrait faire dépendre son assentiment de considérations étrangères à l'affaire ou des relations plus ou moins tendues qu'elle entretient avec le requérant. Elle doit se prononcer en respectant les principes généraux du droit administratif⁴⁰. Cela étant, compte tenu du texte légal clair, son point de vue va plus loin qu'un simple préavis et, lorsqu'il est négatif, lie le préfet, compétent pour accorder l'autorisation⁴¹. Le refus de l'accord communal – qui entraîne le rejet de la demande d'autorisation – fait ainsi partie intégrante de la décision préfectorale et peut être revu par le Tribunal administratif à l'occasion d'un recours visant cette dernière.

L'autorisation de l'art. 54 al. 3 LATeC est également subordonnée à l'acceptation d'un réversal par le propriétaire. Cela signifie que si la collectivité publique décide d'ordonner ultérieurement la mise en conformité du bâtiment en application de l'art. 54 al. 1 LATeC, le propriétaire ne pourra pas faire valoir la plus-value due aux travaux ainsi autorisés.

37 ATA non publié du 12 avril 1994 en la cause F.

38 Par opposition au permis de construire usuel qui constitue une autorisation de police ordinaire ne visant qu'à contrôler l'activité au nom de l'intérêt public. Sur ces questions : A. GRISEL, *Traité de droit administratif*, Neuchâtel 1984, p. 410.

39 ATA non publié du 12 avril 1994, déjà cité.

40 Art. 8 CPJA.

41 L'accord communal n'est pas cependant une décision susceptible de recours indépendant. Il est comparable juridiquement à l'avis obligatoire que donne l'office de l'emploi à l'autorité de police des étrangers dans le cadre d'une prolongation d'une autorisation d'exercer une activité lucrative (art. 43 al. 4 de l'ordonnance limitant le nombre des étrangers ; RS 823.21). L'accord de la commune n'empêche pas le préfet de refuser l'autorisation pour d'autres motifs.

IV. L'EXCEPTION : L'ORDRE DE MISE EN CONFORMITE DU BATIMENT (ART. 54 AL. 1 LATeC)

Conçu comme principe de toute la réglementation quand bien même il n'est appliqué que très exceptionnellement, l'art. 54 al. 1 LATeC donne à la commune le droit d'exiger d'un propriétaire qu'il rende son immeuble conforme au droit en vigueur si un intérêt public prépondérant le justifie.

Le législateur n'a pas limité le genre d'intérêt public qui peut être pris en considération pour exiger la mise en conformité du bâtiment. Il peut donc s'agir non seulement de mesures de police au sens strict qui visent à écarter un danger concret et immédiat, mais aussi et surtout d'intérêts publics plus généraux et abstraits dont le respect est jugé prépondérant. On peut admettre, dans ce cadre, que des préoccupations liées à la protection de l'environnement (bruit, eau, gestion des déchets) ou à celle du patrimoine et du paysage comme aussi à des exigences d'aménagement du territoire peuvent prévaloir sur le droit du propriétaire au maintien de la situation acquise. Dans la mesure où ce droit est protégé, entre autre, par la garantie constitutionnelle de la propriété, un ordre de mise en conformité du bâtiment fondé sur l'art. 54 al. 1 LATeC devra également satisfaire aux conditions posées par l'art. 26 Cst. à une restriction du droit de propriété⁴². Si tel est le cas, la garantie constitutionnelle se limite à une garantie de la valeur lorsque la restriction en cause équivaut à une expropriation. Ce n'est pas le lieu ici d'exposer les conditions auxquelles est soumise une indemnisation pour expropriation matérielle⁴³. Tout au plus convient-il de remarquer qu'en édictant un ordre de remise en conformité du bâtiment, l'autorité prive le propriétaire d'une possibilité d'utilisation qu'il exerçait effectivement. Lorsque cette atteinte à l'usage actuel se révèle particulièrement grave ou constitue une inégalité choquante, le propriétaire a droit à une indemnité même si la mise en conformité du bâtiment résulte, par hypothèse, d'une mesure de police, dont il est admis qu'elles n'ont que rarement ce genre de conséquence⁴⁴.

Dès lors que l'ordre de mise en conformité implique une modification de l'usage actuel du bâtiment, son exécution nécessite en principe une collaboration active du propriétaire à qui revient la charge d'effectuer les éventuels tra-

42 La restriction doit se fonder sur une base légale suffisante, répondre à un intérêt public prépondérant et respecter le principe de la proportionnalité. cf. G. MÜLLER, op. cit., ad art. 22ter n° 16 ss. Hormis l'exigence de proportionnalité qui n'est pas expressément mentionnée dans la disposition cantonale, mais qui est implicite, les conditions d'application de l'art. 54 al. 1 LATeC (qui constitue lui-même la base légale à la restriction) recouvrent les exigences constitutionnelles.

43 Pour un exposé complet : P. ZEN-RUFFINEN / CH. GUY-ECABERT, op. cit., n° 1388 ss. Voir aussi, A. GRISEL, op. cit., p. 765 ss.

44 P. ZEN-RUFFINEN / CH. GUY-ECABERT, op. cit., n° 1488.

vaux nécessaires (désaffectation, démolition, assainissement). Face à un propriétaire récalcitrant, la loi prévoit deux types de mesures. Tout d'abord, en application de l'art. 197 LATeC, la commune ou le préfet peut ordonner une exécution par substitution en mandatant un tiers pour effectuer les travaux aux frais du propriétaire⁴⁵. Cette décision est subordonnée à une mise en demeure⁴⁶ de l'intéressé par la commune. Aisément modulable en fonction de la situation concrète et, par conséquent, adaptée au principe de la proportionnalité, l'exécution par substitution est la mesure de contrainte que l'autorité utilisera en priorité. Ce n'est qu'à titre exceptionnel qu'elle recourra à l'autre possibilité que lui offre la loi, à savoir l'acquisition de l'immeuble par expropriation formelle en appliquant par analogie l'art. 198 al. 2 LATeC. Cette mesure extrême ne se justifie que rarement, lorsque l'intérêt public menacé par le bâtiment non conforme ne peut être sauvegardé autrement. Cela concerne essentiellement les situations dans lesquelles la collectivité est forcée de disposer de l'immeuble pour atteindre le but d'intérêt public visé. Ces hypothèses se rapportant à un bâtiment non conforme ayant été construit légalement sont tellement rares qu'aucun exemple d'expropriation fondée sur l'art. 54 al. 1 LATeC n'est connu.

V. CONCLUSION

Le rapide tour d'horizon qui vient d'être fait souligne la position délicate du législateur écartelé entre l'obligation de garantir des situations acquises et sa volonté compréhensible de concrétiser sur le terrain les effets du nouveau droit. En n'accordant aux propriétaires de bâtiments non conformes que peu de possibilités d'usage allant au-delà de la garantie constitutionnelle minimale, le canton de Fribourg, à la différence d'autres cantons, s'est nettement prononcé en faveur de l'application la plus large possible du nouveau droit. Il appartient cependant aux communes de faire usage de cet outil législatif en fonction des circonstances. L'examen de la jurisprudence montre que si elles appliquent assez strictement les règles qui ne leur coûtent rien⁴⁷, en revanche, elles sont très réticentes à intervenir pour exiger une mise en conformité qui implique le risque de devoir payer une indemnité pour expropriation. Dans cette matière comme dans d'autres, l'argent reste le nerf de la guerre...

45 Cas échéant, il en sera tenu compte dans le calcul de l'indemnité pour expropriation matérielle.

46 Le délai convenable à impartir au propriétaire prévu par l'art. 54 al. 1 LATeC et par l'art. 197 LATeC est le même, de sorte que la commune ne doit pas fixer deux délais distincts avant d'agir par substitution.

47 Soit la limitation du propriétaire aux seuls travaux d'entretien et exceptionnellement d'agrandissement et de transformation.

LA LEGISLATION SANITAIRE FRIBOURGEOISE : UNE LEGISLATION EN MOUVEMENT

Dominique Sprumont*

Professeur associé aux Facultés de droit des Universités de Fribourg et Neuchâtel, Directeur-adjoint de l'Institut BENEFRI de droit de la santé de l'Université de Neuchâtel

en collaboration avec :

Guillaume Roduit*

Lic. phil., collaborateur scientifique de l'Institut BENEFRI de droit de la santé

« Nous sommes des nains juchés sur des épaules de géants. »

Bernard de Chartres, XII^{ème} siècle

INTRODUCTION

Alors que la Revue fribourgeoise de jurisprudence (RFJ) célèbre ses dix ans d'existence, la législation sanitaire fribourgeoise fêtera dans deux ans son bicentenaire. En effet, c'est en 1804 que le Petit Conseil du canton de Fribourg adopte le premier règlement de police de santé précisant les compétences de l'Etat en la matière¹. Un an plus tôt, il avait déjà franchi une étape importante en instituant le Conseil de santé générale². Pour l'essentiel, les compétences attribuées à l'époque à l'Etat et les obligations qui y étaient liées restent d'actualité. Elles n'ont cependant eu de cesse de s'élargir, la place de la police sanitaire perdant de l'importance, notamment par rapport aux questions des

* Les auteurs tiennent à remercier Séverine Boillat, lic. iur., et Guillaume Spoorenberg, lic. iur., pour leur soutien amical et néanmoins efficace dans l'élaboration de cet article, ainsi que M. Jean a Marca, pharmacien cantonal de Fribourg, pour les précieuses informations qu'il nous a transmises concernant l'histoire de sa profession.

1 Le Grand Conseil confirma ce règlement le 12 novembre 1805 qui prit alors force de loi (cf. Bulletin des Lois, Décrets, Arrêtés et autres actes publics du Gouvernement du canton de Fribourg [ci-après : BL] 1804, p. 56ss et L. MONTELEONE, Essai sur la santé publique dans le canton de Fribourg durant la première moitié du XIX^{ème} siècle, Fribourg 1982, p. 51).

2 Arrêté du 31 octobre 1803 sur l'établissement d'un Conseil de santé générale pour le canton de Fribourg (BL 1803, p. 182ss).

droits des patients, de promotion de la santé ou encore de financement des soins et de contrôle des coûts.

Il est vrai que la société a connu parallèlement des changements sans précédent : l'avènement de l'Etat moderne, l'industrialisation, la création de l'Etat social, la reconnaissance et le respect des libertés et des droits fondamentaux, l'atomisation des rapports humains. De même, la médecine a suivi une fantastique évolution. Elle s'est transformée en intégrant les nouvelles connaissances et techniques scientifiques. D'un art³, elle devient partiellement une science. Le XIX^{ème} siècle est ainsi marqué par un fort courant expérimental qui annonce les succès du XX^{ème} siècle⁴. Les médecins peuvent davantage guérir que soigner et alléger les souffrances. L'introduction de l'anesthésie permet l'essor de la chirurgie, elle-même profitant des nouvelles connaissances en anatomie et en physiologie⁵. Particulièrement dans la seconde moitié du XX^{ème} siècle, la médecine apparaît sans limite, allant même jusqu'à imaginer de transplanter des organes, de créer des bébés en éprouvette ou de modifier notre patrimoine génétique. Il est vrai aussi que la compréhension de la maladie et du handicap, de leurs causes internes et externes, de leurs conséquences individuelles et collectives a conduit à une redéfinition du rapport de l'homme avec son corps et sa santé. La Constitution de l'OMS va, en 1948, jusqu'à ériger un droit à la santé et un droit aux soins sur le plan international ; droits qui sont aujourd'hui admis par notre propre ordre juridique⁶.

Ce numéro anniversaire de la RFJ invite à se placer dans une perspective historique et à prendre du recul pour étudier l'évolution de notre législation sanitaire. Nous proposons ainsi de remonter le temps pour mettre en lumière les principaux changements qui se succédèrent en la matière, mais aussi les quelques constances. Nous n'avons évidemment ici aucune prétention d'exhaustivité, les connaissances et le temps (toujours lui) nous faisant défaut. Il paraît néanmoins intéressant d'opérer un petit exercice de mémoire, particulièrement à un moment où tout semble aller si vite en médecine, si l'on pense notamment au débat sur les cellules souches, à la xénotransplantation, au contrôle des coûts ou au maintien d'un accès aux soins pour tous. Notre point de

3 La loi de 1850 sur la police de santé parle ainsi de « l'exercice de l'art médical » (cf. BL 1850, p. 186), reprenant l'allusion faite dans le règlement de 1804 aux « progrès de l'art » (cf. BL 1804, p. 60).

4 A l'image de l'ouvrage de Claude Bernard souvent cité comme un des pères fondateurs de la médecine moderne ; cf. C. BERNARD, Introduction à l'étude de la médecine expérimentale, Paris 1865.

5 U. TRÖHLER, L'essor de la chirurgie, in M. D. GRMEK (dir.), Histoire de la pensée médicale en Occident, tome 3, Paris 1997, p. 235ss.

6 SPRUMONT/GUILLOD, Le droit à la santé : un droit en émergence, in Etudes en l'honneur de Jean-François Aubert, Bâle 1996, p. 337ss ; J.-F. AUBERT, Un droit constitutionnel aux soins ?, in Journées de droit de la santé, Neuchâtel 1996 ; G. STEFFEN, Droit aux soins et rationnement, Berne 2002.

départ sera l'arrêté du 31 octobre 1803 sur l'établissement d'un Conseil de santé générale pour le canton de Fribourg. Il s'agira donc uniquement d'une histoire contemporaine de cette législation, ce qui se justifie aussi bien d'un point de vue historique que juridique, tant par l'accessibilité des sources que par leur pertinence. Malheureusement, les dimensions de cet exposé nous obligent à faire certains choix. Le thème du droit des patients, par exemple, ne sera pas abordé ici. Au-delà de l'étendue de cette matière, il faut du reste signaler qu'elle se prête mal à une étude historique de nos textes de lois, ces droits n'apparaissant pour la première fois que dans la loi fribourgeoise sur la santé de 1999⁷. L'introduction d'un chapitre sur le droit des patients constitue d'ailleurs une des principales raisons de cette dernière révision législative⁸.

Après avoir décrit la structure générale des législations successives et le contexte de leur adoption, nous analyserons plus spécifiquement les dispositions relatives aux professionnels de la santé. Dans un premier temps, nous étudierons, en guise d'exemple, l'évolution du statut des pharmaciens. Nous verrons ensuite, pour aborder le monde des médecins, la question brûlante de la libre circulation des professionnels de la santé, question qui fait notamment apparaître que les tensions entre corporatisme et professionnalisme ont toujours existé. Enfin, nous terminerons en montrant que le contrôle des coûts et le financement des soins ne sont pas uniquement des soucis actuels.

I. QUELQUES REPERES HISTORIQUES ET FACTUELS

En relisant l'histoire du canton de Fribourg, il ressort qu'une cassure – à la suite de la Révolution française – se produit à la fin du XVIII^{ème} siècle, inaugurant ainsi la période contemporaine. Après l'intermède de la République Helvétique (1798-1803) qui a provoqué l'effondrement de l'Ancien Régime, la Médiation ouvre une autre page de notre histoire. En 1803, même si l'ancienne classe dirigeante semble revenir au pouvoir, « un langage nouveau » est adopté ; même au niveau juridique un nouveau départ est donné avec « la nouvelle constitution cantonale »⁹. La législation cantonale se modernise dès lors et le Bulletin Officiel des lois commence à être édité. C'est d'ailleurs dans le premier volume de ce bulletin que l'arrêté du 31 octobre 1803 sur l'établissement d'un Conseil de santé générale est publié¹⁰. Pour bien apprécier la « moderni-

7 Pour les lecteurs intéressés, voir notamment : D. SPRUMONT, Droit des patients : survol de la législation, *in* *Plädoyer* 4/1998, p. 41ss ; D. SPRUMONT, Les droits des patients dans la législation cantonale romande : l'exemple de la règle du consentement, *in* *Bulletin de législation*, n° 2, mars-avril 2000, p. 15ss.

8 Cf. *Bulletin officiel des séances du Grand Conseil du canton de Fribourg* (ci-après : BGC) 1999, p. 545ss.

9 R. RUFFIEUX (dir.), *Histoire du Canton de Fribourg*, Fribourg 1981, tome 2, p. 772.

10 BL 1803, p. 182ss.

té » de la nouvelle loi sur la santé de 1999, il n'est donc pas inutile de faire des parallèles avec la clairvoyance des anciens législateurs qui désiraient, eux aussi, rationaliser le système de la santé dès le début du XIX^{ème} siècle.

Dans son message du 24 mars 1999 accompagnant le projet de loi sur la santé, le Conseil d'Etat affirmait : « Une révision totale de [la loi sur la police de santé de 1943] est indispensable afin de l'adapter à la situation actuelle et d'anticiper les besoins futurs de la population et des milieux concernés ». De même, il précisait à propos du projet présenté au Grand Conseil : « Il s'agit d'une loi-cadre devant servir de colonne vertébrale à l'activité de l'Etat dans ce domaine »¹¹. Les mêmes motifs animaient le Conseil d'Etat lors du dépôt, en 1940, du projet de loi sur la police de santé qui est adopté en 1943 : il s'agissait alors de combler les lacunes de la loi de 1850, de refondre en un tout homogène la législation sanitaire de l'époque et d'harmoniser la législation cantonale avec la législation fédérale. L'idée d'une loi-cadre est aussi déjà présente : « La loi contient les règles permanentes ; le règlement contiendra les règles d'actualité »¹². La loi du 28 mai 1850 sur la police de santé part d'un constat similaire, à savoir l'urgence de combler les importantes lacunes du règlement de 1804 et d'en abroger les dispositions devenues inapplicables, mais aussi « la nécessité de refondre et réunir en un tout les diverses lois et règlements concernant l'art de guérir »¹³. Cette dernière loi marque en effet l'abrogation de 9 lois, arrêtés et règlements¹⁴. On ne peut toutefois parler de loi-cadre, celle-ci comprenant pas moins de 395 (!) articles. En comparaison, la loi de 1943 n'en contient que 188, ce qui démontre effectivement une volonté de se limiter aux questions de principe. Avec ses 140 articles, la loi sur la santé de 1999 marque un aboutissement dans ce sens, d'autant plus que la matière couverte dépasse largement le champ d'application des législations antérieures¹⁵. Le règlement du 4 juin 1804 sur la police de santé, quant à lui, compte 148 articles séparés en deux parties : la première – de 66 articles – sur la santé de l'homme et qui concerne principalement l'exercice de la médecine, les apothicaires et les sages-femmes, ainsi que la vente de poisons ; la seconde – de 82 articles – sur la santé du bétail.

Alors que la loi sur la santé de 1999 met surtout l'accent sur les patients, leurs droits et leurs besoins, le règlement de 1804 s'intéresse en premier lieu à la santé du bétail¹⁶. Notons qu'il ne s'agit pas ici de la santé des animaux, mais

11 BGC 1999, p. 545.

12 Message du Conseil d'Etat du 31 août 1940 concernant la nouvelle loi sur la police de santé (BGC 1940, p. 137).

13 Préambule de la loi du 28 mai 1850 sur la police de santé (BL 1850, p. 182).

14 Article 393 de la loi du 28 mai 1850 sur la police de santé (BL 1850, p. 288).

15 Cette loi comprend ainsi deux chapitres entièrement nouveaux concernant les droits des patients et la promotion de la santé.

16 Pour reprendre l'expression de Luc Monteleone, la politique sanitaire au début du XIX^{ème} siècle « tient dans cette affirmation lapidaire : d'abord le bétail ! » (cf. L. MONTELEONE, Le

bien de celle du bétail en tant que ressource économique¹⁷. Les patients sont déjà mentionnés, mais les objectifs de l'époque n'étaient pas tant de promouvoir leurs droits et leur autonomie, mais plutôt de les protéger contre les charlatans. En préambule du règlement de 1804, le Petit Conseil défend ainsi que « nous cherchons à conserver un père à ses enfants, un enfant à sa tendre mère, et l'homme précieux à la société »¹⁸. Cette protection des individus ne se fait d'ailleurs pas sans résistance, que ce soit par ignorance des populations concernées ou par manque de volonté des autorités qui craignaient surtout d'augmenter leur charge financière¹⁹. Il existe ainsi un décalage important entre les prescriptions du règlement de 1804, puis de la loi de 1850 et leur mise en œuvre effective²⁰. Il convient donc de relativiser la portée de ces textes, même si cela n'enlève pas la pertinence des solutions juridiques trouvées, d'autant plus que ces problèmes demeurent d'actualité. Au-delà de leur style désuet et de leur vision paternaliste du rôle des autorités, plusieurs dispositions de nos lois anciennes forcent en effet le respect.

De manière générale, le législateur fait preuve de constance dans sa volonté de s'adapter aux exigences de son époque, tout en faisant œuvre de codification. Il y a d'un côté le souci de réglementer de nouveaux domaines qui souffrent des lacunes de la loi et, d'un autre côté, celui de restructurer les dispositions en vigueur. La législation évolue ainsi par vagues successives, chaque nouvelle loi marquant le début d'un cycle. Dans chaque phase, l'activité normative s'intensifie – se traduisant par autant de lois, de règlements ou d'arrêtés – pour aboutir à l'adoption d'une nouvelle loi abrogeant l'ensemble des textes antérieurs et marquant le début d'une nouvelle vague. Si les préoccupations de police sanitaire demeurent un élément important de la législation, il s'effectue un changement conceptuel : de la santé du bétail perçu comme ressource économique, on passe à une acception moderne de la santé publique concentrée sur les besoins individuels et collectifs. Les patients prennent aussi davantage d'importance pour se retrouver au centre de toutes les attentions du législateur à la fin du XX^{ème} siècle. Un autre élément évolue au rythme des révisions : l'importance des différentes autorités sanitaires. En 1804, le règlement de po-

pouvoir et la santé publique sous le régime libéral, in *Annales Fribourgeoises*, n° 57, 1986-87, p. 109).

17 Le préambule du règlement est éloquent : « Nous sommes fondés à attendre que les habitants des campagnes, éclairés par l'expérience, s'empresseront de satisfaire aux ordonnances qui sont destinés à conserver la santé à leur bétail, et à notre Canton sa plus importante ressource » (nos italiques) (BL 1804, p. 57).

18 BL 1804, p. 56.

19 Sur ce dernier point, il faut avouer que la situation n'a guère évolué. Le service de la santé publique souffre d'un manque chronique de moyens pour exécuter l'ensemble de ses tâches.

20 Cf. A. BOSSON, *Histoire des médecins fribourgeois (1850-1900)*, Fribourg 1998 ; L. MONTELEONE, *Le pouvoir et la santé publique sous le régime libéral*, in *Annales fribourgeoises*, n° 57, 1986-87, p. 107ss.

lice sanitaire ne comprend que peu d'indications sur leur composition et leurs responsabilités. Pour l'essentiel, c'est le Conseil de santé générale qui est garant du respect de la loi. La loi de 1850 est déjà plus explicite puisqu'elle consacre un titre entier aux autorités (articles 1 à 89) avec de nombreux détails sur leurs tâches respectives. La loi de 1943 ne comprend plus que 19 articles sur cette question, le surplus étant réglé au niveau des règlements. C'est le cas également de la loi de 1999 sur la santé dont le chapitre sur les autorités se réduit à 13 articles prévoyant une répartition en cascade des responsabilités depuis le Conseil d'Etat jusqu'aux préfets, sans oublier les communes qui conservent certaines compétences d'exécution en matière d'hygiène générale et de police des cimetières.

II. LA REGLEMENTATION DES PROFESSIONNELS : L'EXEMPLE DES PHARMACIENS

Parmi les fournisseurs de soins, les pharmaciens forment un rouage essentiel du système de la santé et le législateur s'est toujours préoccupé de fixer un cadre juridique à leurs activités. Sans remonter à « l'affaire des poisons » qui secoua la France de Louis XIV²¹, les autorités fribourgeoises avaient aussi des inquiétudes légitimes qui les poussèrent à réglementer la profession de pharmacien. En 1869 encore, pour justifier la signature d'un concordat médical entre cantons romands, on avance l'argument d'une plus grande sévérité dans le contrôle de la vente des toxiques.

« Qui de nous ignore que les cas d'empoisonnement augmentent en proportion effrayante et que l'achat d'agents toxiques n'est plus soumis à des difficultés ou à des garanties quelque peu sérieuses. (...) On va, par exemple, sur territoire fribourgeois, et là on s'adresse tout bonnement à un maréchal de village. (...) Lorsqu'une femme ne trouve pas à Fribourg l'arsenic nécessaire pour se débarrasser d'un mari importun, eh bien ! elle fait vite un petit trajet jusqu'à Berne. On peut même déjà, lors du voyage de noces, faire ses petites emplettes, ainsi que cela s'est vu, par exemple, à Cormondes. »²²

Très tôt, une législation détaillée est mise en place et le règlement de 1804 sur la police de santé consacre tout un chapitre aux apothicaires. Ce terme est remplacé par celui de pharmacien dans le règlement du 5 juin 1846 concernant les pharmacies dans le canton de Fribourg²³. Celles-ci ont donc une histoire²⁴ particulièrement intéressante pour cet article consacré à l'évolution de notre

21 Cf. à ce propos : J.-C. PETITFILS, *L'affaire des poisons : alchimistes et sorciers sous Louis XIV*, Paris 1977 ; A. LEBIGRE, *L'affaire des poisons*, Bruxelles 1989.

22 SCHNYDER/CASTELLA, *La médecine cantonale ou les cantons de la Suisse romande en présence du concordat médical*, Fribourg 1869, p. 17s.

23 BL 1846, p. 69.

24 Cf. J.-B. MONNEY, *Les pharmaciens et l'Etat de Fribourg de 1850 à 1948*, Fribourg 2001.

droit cantonal sanitaire, les pharmaciens étant les professionnels de la santé soumis à la plus forte réglementation juridique depuis deux siècles. Certaines « innovations » de la nouvelle loi de 1999 doivent ainsi être relativisées par l'existence de dispositions beaucoup plus anciennes.

A. La clause du besoin

La première disposition concernant les apothicaires dans le règlement de 1804 institue ... une clause du besoin. En effet, on peut lire aux articles 22 et 23 de ce règlement :

« 22. Les établissements de pharmacie devant être proportionnés à la population, et ceux qui existent actuellement dans plusieurs localités, suffisants aux besoins du public, leur nombre ne sera pas augmenté sans nécessité absolue.

23. Aucune pharmacie nouvelle ne pourra être établie à l'avenir sans une permission du Petit Conseil sur le préavis du Conseil de santé générale, qui en aura constaté l'utilité et la nécessité. »²⁵

Une telle exigence est maintenue dans le règlement de 1846 (articles 1-3) et dans celui de 1850 (articles 126-128). Abrogée par la loi sur la police de santé de 1943, la clause du besoin vient d'être réintroduite le 1^{er} juillet 2002 suite à l'entrée en vigueur de l'ordonnance fédérale du 3 juillet 2002 sur la limitation de l'admission des fournisseurs de prestations à pratiquer à la charge de l'assurance-maladie obligatoire²⁶. Cette ordonnance – qui avait initialement la forme d'une révision de l'ordonnance sur l'assurance-maladie (OAMal)²⁷ – se fonde sur l'article 55a de la loi sur l'assurance-maladie (LAMal) entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2000²⁸. Elle introduit le gel de l'ouverture de toute nouvelle pharmacie. En effet, alors que les médecins paraissent les seuls touchés par cette mesure de contrôle des coûts, elle s'applique en fait à tous les fournisseurs de soins identifiés dans l'annexe I de l'ordonnance, donc y compris aux pharmaciens. En fait, cette ordonnance confère aux cantons la compétence d'exécuter cette nouvelle mesure, mais aussi celle de renoncer à l'appliquer en tout ou en partie (article 2). Alors que nous écrivons ces lignes, la décision du canton de Fribourg en ce qui concerne les pharmacies n'est toujours pas connue²⁹.

²⁵ BL 1804, p. 65.

²⁶ RS 832.103.

²⁷ RS 832.102.

²⁸ RS 832.10.

²⁹ On notera d'emblée l'ambiguïté de cette clause du besoin qui traite des professionnels de la santé *ad personam* travaillant à titre indépendant, alors que le but réel est le contrôle du nombre des cabinets médicaux et des officines. En l'état actuel de la loi, rien n'empêche un professionnel indépendant d'engager un collègue à titre dépendant, ce qui aboutit à un accroissement

La loi de 1850 précise que « les pharmacies publiques existent en vertu de concession du Conseil d'Etat ». De manière générale, une concession est un acte juridique par lequel l'autorité attribue à une personne, physique ou morale, le droit d'exercer une activité qui relève du service public³⁰. Cela souligne le rôle particulier que les pharmacies jouent dans le système de santé. Elles doivent assumer l'approvisionnement de la population en médicaments en supportant les obligations que cela implique. Le pharmacien ne peut d'ailleurs pas renoncer unilatéralement à sa charge. La loi de 1850 prescrit qu'il doit prévenir la Direction de police six mois avant son retrait des affaires, afin que les mesures convenables puissent être prises dans l'intérêt du public (article 131). En ce qui concerne les remplacements pour cause de maladie ou d'absence de plus de quinze jours, la loi exige que le commis qui dessert provisoirement la pharmacie soit autorisé à cet effet par le Directeur de police (article 132). Cette obligation faite au remplaçant du pharmacien est toujours en vigueur, bien qu'elle ait fortement évolué. La loi de 1999 sur la santé l'a partiellement abrogée, l'article 94 n'imposant, en principe, qu'un devoir d'information de la part du professionnel remplacé. Une autorisation expresse de la Direction de la santé publique est néanmoins exigée pour les personnes n'étant pas au bénéfice d'une autorisation de pratiquer comme pharmacien, par exemple un assistant en pharmacie ou un préparateur en pharmacie. De même, il faut une autorisation de remplacement lorsque l'absence se prolonge au-delà de quatre semaines³¹.

D'autres obligations sont fixées de manière récurrente dans les législations successives. Ainsi, le règlement de 1804 (article 38) exige que « les pharmacies doivent s'ouvrir à toute heure de la nuit, d'après les besoins du public ». Cette obligation apparaît encore dans le règlement du 16 mars 1948 d'exécution de la loi du 6 mai 1943 sur la police de santé qui précise d'ailleurs que : « Dans les localités où il n'y a qu'une seule pharmacie, la fermeture, les dimanches et les fêtes, n'est permise qu'avec l'autorisation de la Direction et aux conditions fixées par elle » (article 38 alinéa 3). Aujourd'hui, les pharmaciens sont uniquement tenus de participer aux services de garde et de permanence prévus à l'article 95 de la loi sur la santé de 1999.

de l'offre de soins à l'opposé de l'effet escompté de la clause du besoin. On peut espérer que cette incongruité n'échappera pas aux cantons lorsqu'ils adopteront les dispositions d'exécution de la LAMal liées à cette révision.

30 Cf. A. GRISEL, *Traité de droit administratif*, Neuchâtel 1984, p. 283 ; B. KNAPP, *Précis de droit administratif*, Bâle 1991, p. 294 ; P. MOOR, *Droit administratif*, tome 3, Berne 1992, p. 120.

31 Cf. article 12 alinéa 2 du règlement du 21 novembre 2000 concernant les fournisseurs de soins et la Commission de surveillance (RSF 821.0.12).

B. La propharmacie

Si les pharmaciens ont des charges importantes, la réglementation leur apporte aussi une protection particulière, notamment en interdisant la propharmacie, à savoir la possibilité pour un médecin de vendre des médicaments. L'article 8 du règlement de 1804 prévoyait déjà que :

« Dans les localités dans lesquelles une pharmacie est établie, les Médecins et les Chirurgiens ne devront pas tenir chez eux des drogues à l'usage du public, qui sur leur formule les prendra chez l'Apothicaire. »³²

Il existe cependant une exception pour les médecins et chirurgiens forains, ceux-ci devant malgré tout obligatoirement s'approvisionner dans une pharmacie du canton et conserver la facture de leurs achats comme moyen de preuve (article 10). Le règlement de 1846 établit à une demi-lieue la distance minimale qui doit exister entre une pharmacie publique et une pharmacie privée, « à moins que la position particulière de la localité n'exige une exception » (article 40). La loi de 1850 sur la police de santé augmente cette distance à une lieue³³. A notre connaissance, la lieue de l'époque valait environ 4,4 kilomètres³⁴. Dans une décision du 27 novembre 1936, le Conseil d'Etat interprète cette distance à 5 kilomètres³⁵, ce qui sera confirmé à l'article 25 du règlement d'exécution de 1948 de la loi sur la police de santé de 1943. Au vu du développement des moyens de communication, le maintien d'une distance quasiment identique depuis 1850 apparaît plutôt favorable aux médecins ; 4,4 kilomètres au milieu du XIX^{ème} siècle s'avérant en effet une distance bien plus longue à parcourir que 5 kilomètres au début du XXI^{ème} siècle.

Cette mesure constitue néanmoins une restriction à la liberté économique des médecins garantie par l'article 27 de la Constitution fédérale du 18 avril 1999³⁶, auparavant désignée comme liberté du commerce et de l'industrie (article 31 de la Constitution fédérale de 1874). Une telle restriction n'est en principe pas admise par notre ordre juridique, à moins de respecter les conditions restrictives énoncées par le Tribunal fédéral et inscrites depuis à l'article 36 de la Constitution fédérale. C'est ainsi que le Tribunal fédéral a eu à juger d'une affaire concernant le retrait, suite à l'ouverture d'une pharmacie publique dans la même localité, de l'autorisation faite à un médecin de tenir une pharmacie privée dans son cabinet médical. Saisie d'un recours de droit public, notre Cour suprême a reconnu qu'une telle limitation de la liberté du

32 BL 1804, p. 60.

33 Cf. article 156, BL 1850, p. 220.

34 Il s'agit en fait de la valeur de la lieue française qui avait cours sous la République Helvétique.

35 Protocole du Conseil d'Etat du canton de Fribourg, CE I 137, 1936, p. 246ss. (cf. J.-B. MONNEY, Les pharmaciens et l'Etat de Fribourg de 1850 à 1948, Fribourg 2001, p. 81ss.)

36 RS 101.

commerce et de l'industrie du médecin concerné répondait à un intérêt public dans la mesure où cela « permet une meilleure répartition territoriale des pharmacies publiques et, partant, un meilleur approvisionnement de la population en médicaments »³⁷. Le Tribunal administratif fribourgeois a connu depuis une affaire similaire qui a abouti au même résultat. Ce jugement a permis de rappeler le caractère relatif de la norme des 5 kilomètres en tant que « Kann-Vorschrift » ne donnant pas un droit absolu à l'autorisation de la propharmacie, même si la pharmacie publique la plus proche est distante d'un peu plus de 5 kilomètres³⁸. Un élément important est l'accessibilité à une pharmacie, critère qui a été formellement retenu à l'article 25 du règlement du 28 novembre 2000 concernant les produits thérapeutiques³⁹.

Sans remettre en cause le principe de l'interdiction de la propharmacie, qui est en fait la règle dans la plupart des pays européens, il ne faut pas non plus sous-estimer le caractère protectionniste de cette mesure. Comme nous l'avons vu, le nombre des officines était limité jusqu'en 1943. La loi de 1850 fixait à deux lieues la distance minimale entre deux pharmacies publiques (article 129). Elle exigeait aussi une réévaluation des besoins pour repourvoir la concession d'une pharmacie qui ferme lorsqu'il y a déjà d'autres pharmacies dans la même localité (article 130). Si certains districts souffrent encore aujourd'hui d'une sous-dotation en pharmacies (ce qui justifie la douzaine d'autorisations d'exploiter une pharmacie privée dans notre canton), certaines localités, pour ne pas dire certaines rues, en paraissent au contraire largement pourvues. Si l'approvisionnement en médicaments est certainement garanti dans ces endroits, il y a tout lieu de se demander si cette situation ne va pas à l'encontre d'un meilleur contrôle des coûts, alors qu'il s'agit aussi d'un intérêt public important selon le Tribunal fédéral⁴⁰. La multiplication des points de vente n'est d'ailleurs pas non plus sans présenter certains risques d'incitation à la

37 ATF 111 Ia 184 / JdT 1987 I 35, consid. 4 (et arrêts cités).

38 Tribunal administratif du canton de Fribourg (Arrêt du 24 octobre 1995 de la III^{ème} Cour administrative), *in* RFJ 1997, p. 127 (avec un commentaire).

39 RSF 821.20.21.

40 ATF 118 Ia 427 / JdT 1994 I 566. Il s'agit d'un recours de droit public contre la loi sur les soins dentaires scolaires du canton de Fribourg qui impose aux parents de faire examiner leurs enfants par le dentiste scolaire ou d'apporter la preuve qu'ils ont été contrôlés par un autre dentiste. Parmi les arguments justifiant une telle mesure prophylactique, le TF a défendu que : « Le but des dispositions contestées est de lutter contre certaines affections – caries, affections parodontales – et de les soigner. Ces affections représentent un problème important du point de vue de la santé publique et sous l'angle économique [...]. La lutte contre ces affections repose donc sur un intérêt public important et, dans ce contexte, il est aussi justifié de combattre une explosion des coûts de la santé » (consid. 6d et jurisprudence citée).

consommation⁴¹. Alors que le débat sur la vente de médicaments par Internet ne fait que débiter, il ne faut pas négliger cet élément.

C. Les responsabilités du pharmacien

Pour en revenir à notre histoire contemporaine de la législation sanitaire, il paraît intéressant d'étudier dans quelle mesure les responsabilités des pharmaciens ont évolué au cours des ans. Le règlement du 28 novembre 2000 concernant les produits thérapeutiques énonce en son article 8 les principales responsabilités du pharmacien. Il convient de mettre en perspective cette disposition avec celles de la loi sur la santé de 1999 concernant les conditions d'exercice des professions de la santé ainsi que les droits et devoirs généraux des professionnels. Parmi celles-ci, la principale est sans doute celle de disposer de la formation et de l'expérience adéquates. Cette condition est un élément essentiel pour obtenir une autorisation de pratique (article 80), mais aussi pour délimiter le champ d'activité du professionnel (article 86). On ajoutera l'article 94, qui restreint la possibilité de se faire remplacer uniquement par un autre professionnel au bénéfice d'une autorisation de pratiquer la même profession, autrement dit par une personne qui dispose des mêmes formation et expérience.

La législation de la fin du XX^{ème} siècle insiste sur la responsabilité personnelle du pharmacien dans le contrôle de la qualité des produits qu'il vend, dans la validation des ordonnances qu'il exécute et dans la tenue de dossiers détaillés concernant chacune de ses activités, en particulier le registre des ordonnances. L'article 14 du règlement de l'an 2000 concernant les produits thérapeutiques précise encore que « Le/la ou les pharmacien-ne-s responsables d'une pharmacie répondent de toutes les erreurs et fautes qui s'y commettent ». A ce propos, il n'y donc pas de véritable changement depuis le règlement de 1804, dont l'article 31 avait la teneur suivante : « [Les apothicaires] sont rendus responsables de toutes les négligences, oublis ou fautes que leurs garçons ou leurs subordonnés pourroient (sic) commettre ». Corollaire de cette responsabilité du pharmacien, celui-ci doit contrôler l'ensemble des activités qui se déroulent dans son officine, de la fabrication au stockage et à la remise des spécialités thérapeutiques, de la validation des ordonnances à leur inscription dans un registre.

Concernant la validation des ordonnances, le règlement de l'an 2000 précise que le pharmacien doit y procéder personnellement (article 15 littéra c). Cette exigence avait paru nouvelle pour certains lors de son adoption, d'aucuns

⁴¹ Le phénomène de la dépendance aux médicaments, bien que moins médiatisé que les problèmes d'alcoolisme, de tabagisme et de toxicomanie, s'avère pourtant tout aussi préoccupant d'un point de vue de santé publique. Voir à ce propos : E. MAFFLI (dir.), L'abus des médicaments en Suisse : état des lieux et pistes pratiques, Lausanne 2000.

prétendant qu'elle ne tenait pas suffisamment compte des réalités pratiques. A toutes fins utiles, il est intéressant de se référer à l'article 57 du règlement de 1804 sur la police de santé. Cette disposition concerne la vente des poisons. Elle se lit comme suit :

« Les Apothicaires sont tenus de conserver soigneusement et protocoler en entier dans un registre ad hoc soit les ordonnances des Médecins et Chirurgiens, soit les certificats des Préposés, afin de pouvoir au besoin contrôler cette vente. *Ils ne devront confier cette vente à qui que ce soit.* »⁴²

Nous retrouvons ici le principe de la validation et de la conservation des données à des fins de contrôle. Si la loi de 1850 ne comprend pas de dispositions expresses en la matière, il ressort de ses articles 134 et suivants que le pharmacien continue d'assumer ces obligations. Il en est de même de la loi sur la police de santé de 1943. Une nouvelle exigence est introduite en 1965, celle pour le pharmacien patenté exploitant une pharmacie publique de s'assurer contre les risques de la responsabilité civile qu'il peut encourir du fait de cette exploitation⁴³. La loi sur la santé de 1999 étend le devoir d'assurance RC à tous les professionnels de la santé travaillant à titre indépendant (article 80), les autres devant être couverts par l'assurance RC de leur employeur. Cette exigence apporte une sécurité supplémentaire aux patients lésés, ce qui correspond au souci du législateur de renforcer leurs droits, mais elle protège aussi les professionnels de la santé contre les aléas d'une action en justice. Il en va donc directement de leur intérêt d'avoir une assurance RC.

En ce qui concerne la tenue des registres, la loi de 1850 complète l'obligation antérieure de tenir un registre des ventes de poison par celle de conserver l'original des prescriptions durant au moins cinq ans (article 146). Aujourd'hui encore, le pharmacien est toujours tenu de conserver un registre des ordonnances⁴⁴. Il est intéressant de noter que le contenu de ce registre n'a pas foncièrement évolué. Selon l'article 45 du règlement de l'an 2000, « les informations suivantes doivent y figurer : a) le numéro d'identification ; b) la date de la remise ; c) l'auteur/e de la prescription ; d) la composition ; e) le mode d'emploi ; f) l'identification. »

En nous plongeant dans les archives de la première pharmacie « moderne » de notre canton – la pharmacie du Bourg qui date de 1765⁴⁵ – nous avons pu consulter des anciens registres datant du XIX^{ème} et du début du XX^{ème} siècle.

42 BL 1804, p. 71.

43 Cf. article 21 du règlement d'exécution du 16 mars 1948 de la loi sur la police de santé (BL 1965, p. 184).

44 Article 45 du règlement de l'an 2000 concernant les produits thérapeutiques (RSF 821.20.21).

45 Cf. T. DE RAEMY, Une ancienne pharmacie de Fribourg et ses propriétaires : 1765-1912, in Annales Fribourgeoises, n° 1, janvier-février 1914, p. 1ss et n° 2, mars-avril 1914, p. 20ss.

Ceux-ci se présentent comme l'exige la disposition ci-dessus, si ce n'est l'inscription du mode d'emploi du médicament remis⁴⁶.

Comme nous l'avons vu, la législation interdit de manière constante la pharmacie et limite, en principe, la vente de médicaments et de poisons (on parle aujourd'hui de toxiques) aux seules pharmacies publiques. Les médecins conservent toutefois en parallèle la compétence exclusive de prescrire des médicaments, les pharmaciens devant s'exécuter dans le respect des règles de l'art et, au besoin, en demandant des précisions au médecin prescrivante (article 143 de la loi de 1850, respectivement l'article 33 du règlement de 1804). Il est expressément défendu aux pharmaciens de prescrire et de délivrer eux-mêmes des médicaments⁴⁷. La loi de 1943 sur la police de santé précise que « l'exercice de la pharmacie ne comporte pas le traitement des malades, sous quelque forme que ce soit » (article 54 alinéa 3). Il est intéressant de souligner que la législation interdit également tout remplacement d'un médicament prescrit par un autre. Cela ressort clairement de l'article 20 du règlement de 1846 concernant les pharmacies dans le canton de Fribourg et de l'article 144 de la loi de 1850⁴⁸. La récente révision de la LAMal a renversé la règle dans la mesure où l'article 52a LAMal entré en vigueur le 1^{er} janvier 2001 autorise le pharmacien à proposer des médicaments génériques à ses patients à moins que le médecin prescripteur ne l'ait expressément exclu dans sa prescription. Cette nouvelle compétence du pharmacien est également inscrite à l'article 43 du règlement de l'an 2000 concernant les produits thérapeutiques.

III. LA LIBRE CIRCULATION DES MEDECINS

On retrouve dans nos lois passées, des règles concernant la délivrance des autorisations de pratique ou patentes. Comme aujourd'hui, un élément déterminant pour le droit de pratiquer est la formation acquise. L'évaluation de cette formation se fait à l'origine par la « Faculté de médecine », comme se qualifiait elle-même la société des médecins du canton de Fribourg au XVIII^{ème} siècle. En 1798, le Conseil de santé est cependant institué par décision de la Chambre administrative et fait ensuite l'objet du règlement du 31 octobre 1803. En 1850, cet organisme important de l'administration de la santé devient la Commission

46 Nous tenons ici à remercier vivement M. Bertrand Deschenaux de la Pharmacie du Bourg de nous avoir fourni ces documents. Pour la petite histoire, il était justement en train de procéder à la vente d'un toxique de classe 3 au moment de notre rencontre, ce qui nous a permis de constater *de visu* que la pratique d'aujourd'hui rejoignait parfaitement les prescriptions légales remontant au début du XIX^{ème} siècle ...

47 Cf. article 39 du règlement de 1804 (BL 1804, p. 68) et article 123 de la loi de 1850 (BL 1850, p. 212).

48 Voir aussi l'article 31 du règlement de 1804 (BL 1804, p. 67).

de santé⁴⁹, institution maintenue jusqu'à nos jours. L'ancienne Commission de santé est devenue aujourd'hui la Commission de surveillance des professions de la santé et des droits des patients et patientes (Commission de surveillance)⁵⁰. Il est intéressant de signaler que le Conseil de santé réapparaît dans la nouvelle loi de 1999 (article 14), son rôle ayant toutefois évolué pour s'assimiler à celui d'une commission d'éthique.

Outre ses compétences dans le domaine de la santé publique, le Conseil de santé générale « est spécialement chargé de la police sur les Médecins, Chirurgiens, Apothicaires, Accoucheurs & Accoucheuses, empiriques indigènes ou étrangers »⁵¹. Entre autres compétences, il est ainsi habilité à organiser les examens pour l'accès à ces différentes professions. Cette compétence est maintenue jusqu'à l'entrée en vigueur de la loi fédérale de 1877 concernant l'exercice des professions de médecin, de pharmacien et de vétérinaire dans la Confédération suisse. A ce propos, notons que les médecins « étrangers » – à savoir bernois, vaudois ou de Suisse centrale – sont plutôt découragés de se présenter aux examens. Comme le remarque Alain Bosson, « Bien que la Commission de santé n'ait cessé de regretter le manque de médecins établis dans le canton en général et dans certaines régions en particulier, à aucun moment elle n'a envisagé d'encourager l'établissement de médecins provenant d'autres cantons. Au contraire, tout au long de la période 1850-1877, elle s'opposera catégoriquement à l'octroi de patentes – même temporaires – sans l'examen complet, à des médecins pourtant déjà brevetés dans un autre canton »⁵². La volonté corporatiste prime sur la nécessité d'augmenter la densité médicale dans le canton de Fribourg. Les médecins fribourgeois mettent ainsi en doute la qualité de la formation de leurs collègues « étrangers ». Les mêmes arguments sont avancés de nos jours, en particulier pour les médecins ne provenant pas du cercle de l'Union européenne et de l'Amérique du Nord. Mais une telle politique peut encore aujourd'hui se retourner contre ses défenseurs.

Le 1^{er} juin 2002, la Suisse s'est rapprochée davantage de l'Union européenne suite à l'entrée en vigueur des Accords bilatéraux. Entre autres changements importants que ce traité va entraîner sur le droit suisse et le droit fribourgeois, le principe de la libre circulation des personnes entre la Suisse et l'Union européenne devra être appliqué. Il s'agit d'une des quatre grandes libertés consacrées par le Traité de l'Union européenne, avec la libre circulation des marchandises, des capitaux et des services. La mise en œuvre de ce principe est garantie par l'interdiction faite aux Etats membres et à la Suisse de

49 Cf. à ce propos : L. MONTELEONE, Le pouvoir et la santé publique sous le régime libéral, *in* *Annales Fribourgeoises*, n° 57, 1986-87, p. 108.

50 Article 17 de la loi sur la santé de 1999.

51 BL 1803, p. 184.

52 A. BOSSON, *Histoire des médecins fribourgeois (1850-1900)*, Fribourg 1998, p. 64.

discriminer un ressortissant d'un autre Etat membre en raison de sa nationalité. Elle a pour corollaire le principe de la reconnaissance des diplômes. Cette règle visant à créer un marché intérieur au sein de l'Union européenne, elle invite chaque Etat à unifier son droit et sa pratique concernant l'établissement, le séjour et l'emploi des travailleurs étrangers provenant des autres pays membres de l'Union. Comme le rappelle la spécialiste Ariane Ayer, la reconnaissance des diplômes est le sésame indispensable pour l'accès à l'exercice de la profession :

« Ainsi, en matière de professions de santé, le régime juridique lié à l'exercice de la profession doit-il être le même pour les nationaux et les ressortissants des Etats membres ; les réglementations nationales qui prévoient une autorisation d'exercice, l'obligation de s'inscrire dans un registre ou encore l'obligation de s'annoncer sont compatibles avec le Traité, dans la mesure où elles ne constituent pas des entraves déguisées et qu'elles ne sont pas discriminatoires. La plupart des Etats membres subordonnent d'ailleurs l'exercice de la profession de médecin à une autorisation d'exercice (Allemagne, Luxembourg) ou à l'inscription dans un registre professionnel (Angleterre, Irlande) »⁵³.

Cette condition se retrouve à l'article 80 alinéa 1 lettre a de la loi fribourgeoise sur la santé de 1999. Cette disposition parle des diplômes reconnus par la Direction de la santé publique et est complétée par l'article 8 alinéa 4 du règlement du 21 novembre 2000 sur les fournisseurs de soins et la Commission de surveillance qui se lit comme suit :

« Lorsque la compétence en matière de formation professionnelle appartient à la Confédération, à la Conférence des Directeurs cantonaux des affaires sanitaires, à la Croix-Rouge ou à une autre organisation reconnue par la Direction, les diplômes et les titres reconnus par elles sont admis dans le canton. »⁵⁴

On constate en fait une légère nuance entre le texte actuel, reproduit ci-dessus, et la version originelle parue dans la Feuille officielle du canton de Fribourg le 29 décembre 2000⁵⁵. En effet, le texte initial précise que « *seuls* les diplômes et les titres reconnus par elles sont admis dans le canton ». Cette différence peut paraître banale, mais elle cache en fait un délicat problème pratique et juridique.

53 A. AYER, Les effets des accords bilatéraux entre la Suisse et la Communauté européenne dans les cantons, en particulier en matière de reconnaissance des diplômes de professions de santé, Neuchâtel 2000, p. 6. Ce rapport est disponible sur le site de la Conférence des directeurs cantonaux des affaires sanitaires (CDS) à l'adresse suivante : <http://www.sdk-cds.ch/fr/berufsbildung-f.html>.

54 RSF 821.0.12.

55 Feuille officielle du canton de Fribourg, n° 52, 2000, p. 2515.

Dans le cadre de la procédure de délivrance d'une autorisation de pratique, le Service de la santé publique réclame notamment une copie des diplômes obtenus par le requérant et, pour les titulaires de diplômes étrangers, une copie de l'équivalence de ces diplômes accordée par l'autorité compétente en Suisse pour la formation de la profession considérée. Schématiquement, pour les professions soignantes, il s'agit encore de la CDS alors que, pour les professions médicales, c'est la Confédération qui est compétente⁵⁶. Dans le cas d'un médecin désireux de s'installer dans notre canton, celui-ci est donc tenu de présenter une équivalence de son diplôme délivrée par l'Office fédéral de la santé publique.

Le problème est que, jusqu'à l'entrée en vigueur des Accords bilatéraux, cet office refusait d'entrer en matière, prétextant son incompétence ou, plutôt, la compétence exclusive des cantons dans ce domaine. D'un autre côté, le règlement sur les fournisseurs de soins liait la Direction de la santé publique en précisant bien que *seuls* les diplômes reconnus par cet office seraient admis dans le canton. On aboutissait à une aberration toute ubuesque dans l'administration de ces dossiers. Les demandeurs d'autorisation de pratique étaient tenus de présenter une équivalence dont on savait *ab initio* qu'elle ne leur serait pas délivrée. Pour mettre un terme à cette situation, le Conseil d'Etat a procédé à cette légère modification de la disposition à la source du problème. Après la suppression du terme « seuls » de l'alinéa en question, la Direction recouvrait sa compétence propre de délivrer des équivalences, quand bien même la formation d'une profession devrait être réglementée par une instance nationale.

La situation a fortement changé avec l'entrée en vigueur des Accords bilatéraux. En effet, en vertu du droit communautaire, il est prévu qu'une seule instance nationale soit autorisée à délivrer des équivalences de diplôme. En ce qui concerne les professions médicales, il s'agit du comité directeur désigné à l'article 3 de la loi fédérale du 19 décembre 1877 concernant l'exercice des professions de médecin, de pharmacien et de vétérinaire dans la Confédération suisse. Cet organe est rattaché à l'Office fédéral de la santé publique. Selon l'article 2b de cette loi fédérale :

«¹ Le Comité directeur (art. 3) reconnaît les diplômes étrangers dont l'équivalence est prévue dans un traité avec l'Etat concerné réglant la reconnaissance mutuelle des diplômes.

² Un diplôme étranger reconnu déploie en Suisse les mêmes effets qu'un diplôme fédéral.

⁵⁶ Rapport du groupe de travail « Autorisations de pratiquer les professions du domaine de la santé » au conseil de formation de la CDS de juin 2000. Ce rapport est disponible sur le site de la CDS à l'adresse suivante : <http://www.sdk-cds.ch/fr/berufsbildung-f.html>.

³ Si un diplôme étranger n'est pas reconnu, le Comité directeur fixe les conditions d'obtention du diplôme fédéral correspondant. »⁵⁷

La portée de cette équivalence est la même que celle d'un diplôme fédéral. Elle donne à son titulaire le droit d'exercer sa profession à titre indépendant sur tout le territoire suisse.

L'expression « à titre indépendant » dans cette loi fédérale doit être mise en parallèle avec la notion de « pratique à titre indépendant » dans la loi sur la santé de 1999 (article 77 *a contrario*) et celle mentionnée dans l'OAMal (article 46). Comme l'OAMal insiste explicitement sur le fait qu'il s'agit de pratique « à titre indépendant *et pour son propre compte* », on peut en déduire que la pratique indépendante n'implique pas nécessairement de travailler pour son propre compte. Une telle interprétation rejoint d'ailleurs l'esprit de la loi fribourgeoise qui se préoccupe davantage de l'indépendance et, partant, de la responsabilité du professionnel de la santé vis-à-vis de ses patients, plutôt que de ses rapports avec son employeur. C'est ainsi que la loi fribourgeoise exige une autorisation de pratique également pour les personnes qui travaillent en institution dans la mesure où elles y assument des responsabilités dans la prise en charge des patients. La Confédération ne devrait donc pas limiter de manière unilatérale sa compétence de délivrer des équivalences aux seuls professionnels agissant pour leur propre compte. Elle se doit de traiter toutes les demandes d'équivalence indépendamment du statut du professionnel concerné.

A ce propos, il convient de revenir sur la pratique actuelle de l'administration fédérale qui semble ne pas vouloir entrer en matière pour délivrer des équivalences de diplôme pour les médecins qui ne travaillent pas à titre indépendant, ce que l'Office fédéral de la santé publique paraît traduire par ne travaillant pas pour leur propre compte. Pour ces médecins, il est prétendu que ce sont les cantons qui restent compétents pour octroyer des équivalences. Une telle interprétation aboutit à la reconnaissance de fait de deux catégories de médecins, les uns au bénéfice d'un diplôme suisse ou jugé équivalent par les instances fédérales et, les autres, porteurs d'un diplôme étranger avec reconnaissance cantonale. Il faut espérer que cette interprétation va être rapidement abandonnée au profit d'une reconnaissance de la compétence de la Confédération pour délivrer des équivalences de diplômes indépendamment du lieu de travail des professionnels concernés. Cela paraît en effet indispensable du point de vue des patients et des professionnels pour garantir que chacun travaille selon les mêmes standards et avec les mêmes garanties de qualité.

En termes de « libre circulation », la loi sur la santé et ses règlements d'exécution ne se sont pas limités à anticiper les effets des Accords bilatéraux, ils ont aussi intégré les exigences de la loi fédérale sur le marché intérieur

⁵⁷ RS 811.11.

(LMI)⁵⁸ qui, comme son nom l'indique, reproduit au niveau suisse le principe de la libre circulation. En vertu de cette loi, toute personne autorisée à exercer une activité dans un canton est autorisée à exercer la même activité partout ailleurs en Suisse. Les cantons ne peuvent soumettre ces personnes à des conditions particulières dans leur accès au marché. L'article 80 alinéa 2 de la loi sur la santé de 1999 prévoit, dans ce cas uniquement, que la personne concernée fournisse à la Direction une copie conforme et actuelle de son autorisation de pratiquer dans un autre canton. Cette disposition marque l'aboutissement d'un processus qui s'oppose aux barrières corporatistes dans l'accès à une profession. On signalera d'ailleurs à ce propos que le Groupement Romand des Services de Santé publique (GRSP) élabore actuellement un projet d'harmonisation des procédures d'autorisation de pratique qui devrait faciliter encore la circulation des professionnels de la santé.

IV. CONTROLE DES COUTS ET FINANCEMENT DES SOINS

Pour terminer ce tour d'horizon du passé de la législation sanitaire fribourgeoise, nous allons traiter d'une question dont on pourrait penser qu'elle ne préoccupe les autorités sanitaires que depuis peu, à savoir le financement des soins et son contrôle. Pourtant, le règlement de 1804 comprend déjà plusieurs dispositions intéressantes du point de vue du contrôle des coûts. L'article 7 prévoit en effet que : « Aucun médecin ou chirurgien ne devra prescrire des remèdes dispendieux sans nécessité ». Une telle invitation à ne pas s'enrichir indûment sur la détresse des patients va disparaître des règlements et des lois postérieurs. Elle réapparaît néanmoins en 1999, l'article 85 de la loi sur la santé interdisant aux professionnels de la santé tout accord, notamment de nature financière, susceptible de porter atteinte aux intérêts d'un patient, alors que l'article 86 leur interdit de fournir des soins superflus ou inappropriés.

Dans le règlement de 1804 déjà, le prix des médicaments n'est pas laissé à la libre appréciation de l'apothicaire, mais fixé dans un tarif datant de 1790 (article 27). Pour les nouvelles préparations, c'est en principe au Conseil de santé que revient la compétence d'en définir le prix (articles 28 et 29). Il apparaît ainsi que les médicaments sont, de longue date, traités comme des biens de consommation particuliers qui, en principe, échappent aux règles du marché. Cela est confirmé par la loi de 1850 sur la police de santé, dont l'article 136 confère au Conseil d'Etat, sur proposition de la Direction de police et préavis de la Commission de santé, la compétence de déterminer la pharmacopée et de fixer « la taxe des médicaments », le prix des médicaments étant en principe réévalué tous les cinq ans. Notons que l'alinéa 3 de cette disposition précise

58 RS 943.02.

que les pharmaciens doivent se conformer à ces prix sans pouvoir les augmenter. La loi reste cependant muette sur la possibilité de vendre des médicaments à des prix meilleur marché.

Pro memoria, la pharmacopée constitue le recueil des prescriptions relatives notamment à la définition, à la fabrication, à la préparation et à la distribution des médicaments⁵⁹. La Suisse utilisait principalement, dans la première moitié du XIX^{ème} siècle, des pharmacopées étrangères, le Conseil d'Etat fribourgeois n'échappant vraisemblablement pas à la règle. La première pharmacopée nationale suisse (Pharmacopoea Helvetica) a été publiée en 1865 par l'association suisse des pharmaciens⁶⁰. Le Conseil fédéral en a étendu la portée, lors de sa troisième édition en 1894, à l'ensemble du territoire fédéral, en adoptant un arrêté concernant l'adoption d'une pharmacopée nationale suisse⁶¹. Le développement d'une pharmacopée nationale a réduit d'autant les compétences cantonales en la matière⁶². En 1900, les compétences des cantons concernant le contrôle des médicaments furent aussi grandement restreintes suite à la conclusion du Concordat intercantonal sur le contrôle des médicaments⁶³.

Pour revenir à la question de la fixation des prix des médicaments, la pression actuelle pour libéraliser en partie la vente des produits thérapeutiques s'oppose au bon sens qui prévaut depuis près de deux siècles dans notre canton. Il est vrai qu'à défaut d'analyser plus en détail les documents de l'époque, il est difficile de connaître les véritables motivations du Petit Conseil de 1804 : limiter les coûts de la santé pour les patients, éviter un enrichissement abusif des médecins ou garantir le revenu des pharmaciens en évitant une baisse des prix suite à la concurrence ? Il n'empêche que les mesures adoptées se rapprochent de la pratique et du droit actuels.

Dans l'article 7 du règlement de 1804, il y a également un appel fait aux médecins pour tenir compte de la situation financière de leurs patients. La loi de 1850 sur la police de santé va apporter sur ce point un progrès important, du moins sur le papier. Elle prévoit en son article 97 que :

« Les officiers publics de santé ne peuvent refuser le secours de leur ministère à personne, à moins de raisons légitimes reconnues telles par la Direc-

59 Cf. article 1 alinéa 1 de l'Ordonnance du 17 octobre 2001 sur la pharmacopée (RS 812.211).

60 FF 1964 II 853.

61 FF 1893 V 363.

62 Pour un historique de la pharmacopée dans notre pays, consulter FF 1988 II 907 et P. SCHLEGEL, Heilmittelgesetzgebung im Bund und im Kanton Zürich, Zurich 1981, p. 61ss.

63 A ce sujet, voir notamment : OICM, 50 Jahre interkantonale Kontrollstelle für Heilmittel Bern, Berne 1950 ; F. WUST, Die Interkantonale Vereinbarung über die Kontrolle der Heilmittel vom 16. Juni 1954, St-Gall 1969 ; P. FISCHER, Développement, tâches et organisation de l'Office intercantonal de contrôle des médicaments, in OICM, 75 ans de contrôle intercantonal des médicaments, Berne 1975, p. 51ss.

tion de la police, en cas de dénonciation. Les personnes, dont l'indigence est certifiée par l'autorité locale, ont droit à leurs soins gratuits. »⁶⁴

Cette disposition constitue un embryon de loi sociale qui vient en complément des obligations communales dans la prise en charge des pauvres. Car déjà dès la fin du XVIII^{ème} siècle, à propos de l'organisation de l'assistance publique dans les campagnes fribourgeoises, « l'administration se substitue peu à peu à la charité privée, aiguillonnée par la mendicité »⁶⁵. C'est ensuite tout au long du XIX^{ème} siècle, sous les contrecoups de la révolution industrielle, qu'une politique sociale toujours plus efficace se met en place⁶⁶. Toutefois, cette politique ne se développe pas sans de fortes réticences, notamment par souci d'économie. A ce propos, Monte Leone souligne le manque de clairvoyance de certaines autorités de la première moitié du XIX^{ème} siècle⁶⁷.

Il existe néanmoins, à la même époque, un souci des plus pauvres dans une partie du corps médical. En 1827, le docteur de Gendre propose en effet de créer des postes de médecins de cantonnement qui rempliraient aussi bien un rôle de santé publique qu'un rôle social et qui seraient financés par le canton⁶⁸. En dehors de cette « protection » sociale, il convient aussi de mentionner que les médecins eux-mêmes adaptaient leurs tarifs en fonction de leur clientèle, parfois en renonçant à tout honoraire dans le respect de leur devoir de charité chrétienne⁶⁹. Dès la fin du XIX^{ème} siècle, la Confédération va s'impliquer davantage dans ces domaines par le biais du développement des assurances sociales. Il y a alors un transfert important de compétences vers l'Etat central. On notera toutefois que l'article 37 de la loi sur la police de santé de 1943 institue une obligation de soigner pour toutes les personnes exerçant une profession médicale, « à moins qu'elles ne soient en mesure de fournir des raisons reconnues légitimes par la Direction ». Renseignement pris auprès du médecin can-

64 BL 1850, p. 205.

65 J. BERNARD, *Le village fribourgeois sous l'Helvétique et la Médiation*, Fribourg 1922, p. 50.

66 Pour cette évolution historique, voir notamment : P. MAHON, *Droit social*, tome 1, Neuchâtel 1996, p. 11ss ; F. EWALD, *Histoire de l'Etat providence*, Paris 1996.

67 « On apprend que, par un honteux souci d'économie, les administrateurs de commune n'appellent le médecin que rarement, ou souvent trop tard. Et lorsqu'ils accordent un médecin au malade pauvre, ce médecin est ordinairement un empirique dont ils ne se serviraient pas eux-mêmes. Un tel cas s'est présenté dans la paroisse d'Epandes. Ce qui est appelé ici "économie" n'en est certainement pas une. Car il est fréquent que le malade succombe à une maladie dont il aurait pu se remettre avec des soins appropriés. Sa famille, très souvent nombreuse, et dont il était le seul soutien, tombe à la charge de la commune » (L. MONTELEONE, *Le pouvoir et la santé publique sous le régime libéral*, in *Annales fribourgeoises*, n° 57, 1986-87, p. 113).

68 Cf. L. MONTELEONE, *Essai sur la santé publique dans le canton de Fribourg durant la première moitié du XIX^{ème} siècle*, Fribourg 1982, p. 56.

69 Citons, pour l'exemple, le cas du « bon » docteur Joseph Muggly qui, selon Monte Leone, « ne travaille pas pour l'argent » (cf. L. MONTELEONE, *Essai sur la santé publique dans le canton de Fribourg durant la première moitié du XIX^{ème} siècle*, Fribourg 1982, p. 88).

tonal qui était compétent pour la levée de cette obligation, cette norme est largement restée inappliquée – dans le sens où il y a eu peu de demandes pour lever cette obligation – et les rares cas étaient fondés sur des raisons relationnelles plutôt que financières. Aujourd’hui, le principe du libre choix du patient et de celui du médecin prévaut. L’article 84 de la loi de 1999 invoque toutefois les limites déontologiques et les situations d’urgence qui peuvent induire une obligation de soins. En ce qui concerne le financement des soins, ceux-ci échappent en quasi totalité au droit cantonal, il relève ainsi des assurances sociales ou du droit privé, tous deux réglés par le droit fédéral.

CONCLUSION

En 1941, alors que le Grand Conseil fribourgeois discute de la loi qui va remplacer celle de 1850 sur la police de santé, J. Bovet rend un hommage flatteur au législateur du XIX^{ème} siècle :

« La nonagénaire qui va s’éteindre doucement, a rendu de grands services, au cours de sa longue existence, aussi convient-il de l’entourer, dans ses derniers moments, de tout le respect dû à ceux qui ont eu une vie utile et bien remplie. »⁷⁰

Au terme de cet exposé, il paraît légitime de réitérer cet hommage adressé aux législateurs fribourgeois depuis 1803. Ce travail nous a en effet permis de constater que la loi sur la santé de 1999 repose sur des bases qui remontent plus loin dans le passé qu’il n’y paraît de prime abord.

Cela devrait nous inciter à procéder, de manière plus systématique, à une lecture historique de la législation. Le droit privé a depuis longtemps intégré les références au passé, en particulier au droit romain. Comme nous l’avons vu, une telle démarche peut aussi s’avérer fructueuse dans le domaine du droit public, en particulier dans celui du droit de la santé. Des débats essentiels, comme par exemple ceux portant sur la révision de la loi sur l’assurance-maladie, gagneraient sans doute en profondeur si l’on prenait soin de relire les divers comptes rendus sur ces mêmes thèmes lorsqu’ils furent abordés pour la première fois à la fin du XIX^{ème} siècle. Nous serions certainement nombreux à être surpris de constater le peu de progrès accompli pour proposer des solutions véritablement originales dans ce domaine. Il serait dans tous les cas intéressant de poursuivre la réflexion.

⁷⁰ J. BOVET, Législation fribourgeoise et police de santé, in *Etrennes Fribourgeoises*, n° 74, 1941, p. 15.

LE REVENU D'INVALIDE EN ASSURANCE-INVALIDITÉ ET ACCIDENTS

Anne-Sophie Peyraud

Avocate, greffière-rapporteuse au Tribunal administratif

Johannes Frölicher

Avocat, greffier-rapporteur au Tribunal administratif, vice-président de la Commission fédérale de recours en matière d'assurance-accidents, vice-président de la Commission fédérale de recours pour les produits thérapeutiques

I. INTRODUCTION

La présente contribution est destinée à fournir au praticien un aperçu de quelques aspects de l'évaluation de l'invalidité en assurance-invalidité et accidents. L'accent a été mis sur la fixation du revenu d'invalidé sur la base des statistiques, dans le cadre de la méthode générale de comparaison des revenus, ainsi que sur la jurisprudence publiée à cet égard par le TFA¹.

II. GÉNÉRALITÉS

A. L'invalidité au sens des art. 28 LAI et 18 LAA

1. *La notion d'invalidité : une perte de gain*

L'invalidité au sens de la LAI² et de la LAA³ est définie comme la diminution permanente ou de longue durée, résultant d'une atteinte⁴ à la santé assurée, des possibilités de gain sur le marché du travail⁵ équilibré qui entre en ligne de

1 Arrêts pris en compte jusqu'aux ATF 127 V 5^e cahier. A défaut d'indication contraire, les références à des parutions spécialisées concernent des arrêts rendus par le TFA.

2 Loi fédérale du 19 juin 1959 sur l'assurance-invalidité (LAI ; RS 831.20).

3 Loi fédérale du 20 mars 1981 sur l'assurance-accidents (LAA ; RS 832.20).

4 Voir pour l'assurance-invalidité, art. 4 LAI et, pour l'assurance-accidents, art. 18 al. 2 1^{er} phr. LAA.

5 ATF 121 V 326 consid. 3b ; ATF 116 V 246 consid. 1b.

compte pour la personne assurée. Les deux assureurs sociaux font usage de cette notion unique⁶. La simple incapacité professionnelle et l'invalidité définie médicalement ne rentrent pas dans ce concept. En assurance-invalidité toutefois, l'empêchement d'accomplir les travaux habituels au sens de l'art. 5 LAI, ou incapacité de travail dite spécifique⁷, est assimilé à l'incapacité de gain. Nous n'y reviendrons pas.

2. *Le taux d'invalidité : une comparaison des revenus*

Les dispositions légales pour évaluer le taux d'invalidité sont ainsi rédigées :

« Pour l'évaluation de l'invalidité, le revenu du travail que l'invalidé pourrait obtenir en exerçant l'activité qu'on peut raisonnablement attendre de lui, après exécution éventuelle de mesures de réadaptation et compte tenu d'une situation équilibrée du marché du travail, est comparé au revenu qu'il aurait pu obtenir s'il n'était pas invalide » (art. 28 al. 2 LAI).

« Est réputé invalide celui dont la capacité de gain subit vraisemblablement une atteinte permanente ou de longue durée. Pour l'évaluation de l'invalidité, le revenu du travail que l'assuré devenu invalide par suite d'un accident pourrait obtenir en exerçant l'activité qu'on peut raisonnablement attendre de lui, après exécution éventuelle de mesures de réadaptation et compte tenu d'une situation équilibrée du marché du travail, est comparé au revenu qu'il aurait pu obtenir s'il n'était pas invalide » (art. 18 al. 2 LAA).

Non seulement la notion, mais également l'évaluation de l'invalidité est identique dans les deux branches d'assurance⁸. En règle générale, il sied ainsi de comparer entre eux les revenus obtenus avant et après l'atteinte à la santé ; la différence des montants en pour cent détermine le degré d'invalidité. La loi fédérale du 6 octobre 2000 sur la partie générale du droit des assurances sociales (LPGA)⁹, qui entre en vigueur le 1^{er} janvier 2003, prévoit désormais expressément cette concordance à l'art. 16.

3. *La réadaptation avant la rente*

Ce leitmotiv¹⁰ constant, tant en assurance-invalidité qu'en assurance-accidents, signifie que l'évaluation de l'invalidité ne se fait qu'après exécution

6 Voir Message à l'appui d'un projet de loi fédérale sur l'assurance-accidents du 18 août 1976, ch. 343, in FF 1976 III p. 170.

7 Voir à cet égard art. 28 al. 3 LAI en relation avec art. 27 et 27bis RAI ; ATF 125 V 146 ss / VSI 1999 p. 231 ss.

8 Cela vaut aussi pour l'assurance militaire (ATF 127 V 129 / VSI 2001 p. 265 / SVR 2002 IV no 6 p. 13, consid. 4d).

9 FF 2000 4657.

10 Il n'existait en revanche pas une telle coordination dans l'ancienne LAMA.

de toutes les mesures de réadaptation qui entrent en ligne de compte^{11, 12}. Afin de limiter au maximum les incidences tant économiques que sociales de l'atteinte à la santé, les assurés doivent dans toute la mesure du possible être réintégrés dans la vie professionnelle. L'exécution de la réadaptation incombe aux organes de l'assurance-invalidité¹³. La LAA ne connaît en revanche aucune mesure de réadaptation propre dans son catalogue de prestations.

4. La coordination entre les assureurs sociaux

L'uniformité de la notion d'invalidité devrait conduire, en assurance-invalidité comme en assurance-accidents, à fixer pour une même atteinte à la santé – dont les deux assureurs sociaux ont à répondre¹⁴ – un même taux d'invalidité. Comme chaque assureur reste tenu de procéder séparément¹⁵ à l'évaluation de l'invalidité, des divergences ne sont pas à exclure d'emblée. Même si l'uniformité de la notion a une fonction de coordination, cela ne justifie pas, selon le TFA, de conférer de manière générale à un assureur la prééminence sur un autre dans l'estimation du taux d'invalidité¹⁶ et de lier une branche au résultat auquel parvient l'autre branche. Un taux d'invalidité entré en force doit cependant être intégré dans le processus de décision. En particulier, un assureur doit se laisser imputer le fait d'avoir renoncé à user de son droit d'attaquer les décisions rendues par un autre assureur social¹⁷. Une fixation différente de l'invalidité est en revanche possible, par exemple lorsque l'évaluation est entachée d'une erreur juridique, lorsqu'elle procède de l'exercice insoutenable d'un pouvoir d'appréciation ou résulte d'un simple arrangement judiciaire sur le taux d'invalidité ; il en va de même lorsque l'autre assureur a procédé à

11 La perte de gain d'au moins 20 % nécessaire pour obtenir des mesures de reclassement professionnel se calcule en comparant les revenus précisément sans formation supplémentaire (voir VSI 2000 p. 25, consid. 2b ; VSI 1997 p. 79, consid. 1b).

12 Voir art. 29 LAI et ATF 126 V 241 consid. 5 ; art. 19 al. 3 LAA et Peter OMLIN, *Die Invalidität in der obligatorischen Unfallversicherung*, thèse Fribourg, 1995, p. 191 ss.

13 Art. 18 al. 2 en liaison avec art. 19 al. 2 LAA ; art. 36 OLAA ; art. 44 al. 1 LAI. La reprise du travail devrait revêtir plus de poids dès le début, en particulier aussi par le biais des médecins traitants. Pour une critique légitime sur le cheminement parallèle des différentes branches des assurances sociales, notamment du point de vue temps, voir Peter OMLIN, *op. cit.*, p. 192 s.

14 Le taux d'invalidité est plus élevé en assurance-invalidité qu'en assurance-accidents lorsque l'on se trouve en présence d'atteintes à la santé qui ne sont pas en relation de causalité avec l'accident.

15 ATF 127 V 129 / VSI 2001 p. 265 / SVR 2002 IV no 6 p. 13, consid. 4d ; ATF 126 V 288 / VSI 2001 p. 79 / SVR 2001 IV no 22 p. 67, consid. 2d.

16 Pour l'évolution de cette jurisprudence et l'abandon de la primauté de la CNA et de l'assurance militaire sur l'assurance-invalidité, voir ATF 106 V 86 consid. 2b ; ATF 109 V 23 ss ; ATF 112 V 174 consid. 2a ; ATF 119 V 468 consid. 2 et 3 ; RAMA 2001 U 410 p. 73, consid. 3.

17 ATF 126 V 288 / VSI 2001 p. 79 / SVR 2001 IV no 22 p. 67, consid. 2d ; RAMA 1998 U 305 p. 432 ss.

des clarifications extrêmement concises et imprécises¹⁸ ou qu'il en a tiré des conclusions peu convaincantes ou non adéquates¹⁹.

B. Les méthodes d'évaluation

1. Généralités

Les méthodes d'évaluation de l'invalidité sont en principe les mêmes tant en assurance-invalidité qu'en assurance-accidents. Deux spécificités intéressantes peuvent être relevées :

a) Les personnes sans activité lucrative et partiellement actives en assurance-invalidité

Comme l'assurance-invalidité couvre également l'incapacité de travail des personnes sans activité lucrative (voir art. 5 LAI), il existe dans ce domaine des particularités qu'on ne retrouve pas en assurance-accidents. Ainsi, l'assurance-accidents ne connaît tout simplement pas la méthode de comparaison pure des activités (dite méthode spécifique ; art. 27 RAI) ou encore la méthode mixte, selon laquelle l'invalidité est déterminée à la fois par la comparaison des revenus (pour la part de l'activité lucrative) et par la comparaison des activités (dans la tenue du ménage par exemple). Cette branche des assurances sociales n'assure en effet que la perte de gain des salariés résultant d'un accident²⁰. Il ne sera plus question de ces méthodes ci-dessous.

b) Les personnes qui exercent une activité salariée à temps partiel dans l'assurance-accidents

La comparaison des revenus dans l'assurance-accidents est effectuée, pour les personnes partiellement actives, comme si elles œuvraient à temps complet. Le revenu de valide correspond au salaire à 100 % perçu dans l'activité exercée précédemment ; il est comparé au revenu d'invalidé encore possible, fixé également sans tenir compte de la situation subjective en rapport avec un engagement à temps partiel. La correction s'effectue ensuite au niveau du gain assuré, lequel sert au calcul du montant de la rente. Cette façon de procéder avantage les personnes qui sont en mesure de continuer à exercer la même activité, dans la même proportion, après l'atteinte à la santé et qui auraient fait de même sans invalidité. En revanche, cette méthode présente des désavantages pour ceux et

¹⁸ Par exemple, le calcul de l'assurance-invalidité peut demeurer imprécis en raison du fait que, dans cette branche, pour décider du droit à une prestation, les seuils limites de 40 %, 50 % ou 66 2/3 % doivent être clairement atteints ou manifestement exclus.

¹⁹ Sur le tout, voir ATF 127 V 129 / VSI 2001 p. 265 / SVR 2002 IV no 6 p. 13, consid. 4d ; ATF 126 V 288 / VSI 2001 p. 79 / SVR 2001 IV no 22 p. 67, consid. 2d.

²⁰ Sur la légalité de la méthode mixte, voir ATF 125 V 146 ss / VSI 1999 p. 231 ss.

celles qui, sans invalidité, auraient augmenté leur activité professionnelle, car le montant de la rente reste déterminé par le gain assuré résultant de l'activité exercée à temps partiel²¹.

2. *La méthode générale de comparaison des revenus*

La méthode générale utilisée pour déterminer l'invalidité est la méthode de comparaison des revenus. Elle peut aussi bien s'effectuer par une juxtaposition des revenus hypothétiques calculés aussi exactement que possible que par une comparaison de valeurs approximatives exprimées en chiffres (comparaison de valeurs chiffrées). Une juxtaposition de pourcentages (comparaison des pourcentages)²² peut également suffire. Cette dernière méthode facilite le calcul de l'invalidité, surtout lorsque la personne assurée conserve, après l'atteinte à la santé, la même activité mais à temps partiel²³.

3. *La méthode extraordinaire (comparaison des activités)*

Cette méthode repose en définitive aussi sur une comparaison des revenus. En s'inspirant de la méthode spécifique applicable aux non-actifs en assurance-invalidité, on peut également procéder, pour les personnes actives, à une comparaison des activités²⁴. Il en va ainsi lorsqu'il n'est pas possible de déterminer ou d'évaluer de manière fiable les deux revenus hypothétiques. On commence par déterminer, au moyen de cette comparaison, quel est l'empêchement provoqué par l'atteinte à la santé ; après quoi, on apprécie séparément les effets de cet empêchement sur la capacité de gain. Une certaine diminution de rendement fonctionnelle peut certes entraîner une perte de gain de la même importance chez une personne active, mais pas nécessairement. Sans cette seconde phase, précise le TFA, on violerait le principe légal selon lequel l'invalidité doit être déterminée, pour cette catégorie d'assurés, d'après leur incapacité de gain²⁵. Cette méthode est souvent appliquée pour déterminer l'invalidité des indépendants, car leur revenu peut varier en fonction de nombreux paramètres étrangers à l'invalidité (par exemple la situation conjoncturelle, l'aide ponctuelle des membres de la famille, des personnes intéressées dans l'entreprise ou des collaborateurs ou encore la politique menée dans la gestion du personnel)²⁶.

21 Sur le tout, voir ATF 119 V 475 consid. 2.

22 ATF 114 V 310 consid. 3 et les références.

23 Tribunal fédéral des assurances, arrêt G.S. du 3.11.1988 in Jahresbericht der SUVA 1988 no 4 p. 9.

24 Sur l'application de cette méthode en assurance-accidents, voir Alexandra RUMO-JUNGO, Rechtsprechung des Bundesgerichts zum Sozialversicherungsrecht, Bundesgesetz über die Unfallversicherung, 2^e éd., Zurich 1995, art. 18 p. 103. La méthode de comparaison des activités est prévue à l'art. 28 al. 3 LAI en liaison avec les art. 27 et 27bis RAI.

25 Sur le tout, voir VSI 1998 p. 255, consid. 2 ; ATF 104 V 135 consid. 2c.

26 VSI 1998 p. 255, consid. 4.

4. *Les méthodes abstraites*

Des méthodes qui se basent uniquement sur des expériences faites en relation avec un handicap corporel déterminé à l'exclusion de toute comparaison des revenus ne sont pas applicables ni en assurance-invalidité ni en assurance-accidents. Est toujours déterminante l'incapacité de gain qui se mesure à l'aide des répercussions économiques concrètes de l'atteinte à la santé sur le revenu²⁷. Il s'ensuit également qu'il ne saurait être question pour évaluer l'invalidité de se baser seulement sur la fixation d'un pourcentage d'invalidité par le médecin²⁸.

III. LE REVENU D'INVALIDE DANS LA MÉTHODE GÉNÉRALE DE COMPARAISON DES REVENUS

A. Généralités

1. *Les éléments de la comparaison*

Pour l'évaluation de l'invalidité, on compare le revenu que la personne assurée aurait pu obtenir si elle n'était pas invalide (revenu de valide) au revenu qu'elle pourrait réaliser en dépit de son invalidité après exécution éventuelle de mesures de réadaptation et compte tenu d'une situation équilibrée du marché du travail (revenu d'invalidé). Alors que le revenu de valide – sur lequel nous n'allons pas revenir – est déterminé généralement dans la pratique sur la base de l'activité et du salaire effectifs réalisés avant l'atteinte à la santé par la personne assurée²⁹, le revenu exigible d'invalidé est pour sa part souvent beaucoup plus difficile à fixer. Comme il n'est en soi pas déterminant qu'un revenu soit effectivement réalisé et comme, dans la réalité économique, l'intégration des personnes atteintes dans leur santé est liée à de grosses difficultés³⁰, les deux éléments de la comparaison sont souvent de nature purement hypothétique.

2. *Le parallélisme des éléments de la comparaison*

Lors de la comparaison des revenus, il faut s'assurer de comparer ce qui est comparable. Ainsi, les deux revenus doivent être fixés en fonction d'une seule et même année de référence³¹. Lorsque des personnes déplacent leur domicile à

27 RAMA 1991 U 130 p. 270, consid. 3.

28 ATF 110 V 273 consid. 4a.

29 Voir pour le revenu de valide par exemple Peter OMLIN, *op. cit.*, p. 168 ss.

30 Christophe MAILLARD / Jean-Marie AGIER, Taux d'invalidité : Manipulations et exclusion *in* plaidoyer 1/01 p. 48 ss.

31 Le juge examine en règle générale la légalité des décisions attaquées sur la base des faits existant au moment où elles ont été rendues (VSI 2000 p. 310, consid. 2 ; ATF 121 V 362 consid. 1b et les références citées). Afin de limiter l'influence de la durée de la procédure sur

l'étranger, il y a lieu de se baser sur les circonstances prévalant au même endroit³². Lorsque des salaires statistiques sont comparés entre eux, il faut tenir compte des facteurs de réduction existant avant et après l'invalidité, dans la fixation des deux revenus. S'il est par exemple établi que le revenu de valide était inférieur à la moyenne pour des motifs étrangers à l'invalidité, il y a lieu d'opérer également une réduction correspondante sur le revenu d'invalidité ou, au contraire, d'y renoncer, mais pour les deux revenus³³. La hausse nominale des salaires, le 13^e salaire et les indemnités pour vacances doivent aussi en principe être pris en compte pareillement dans le calcul des deux revenus³⁴.

3. Les facteurs étrangers à l'invalidité

L'assurance n'a pas à intervenir lorsqu'une personne assurée, en raison de son âge³⁵, d'un manque de formation, de difficultés de compréhension, du contexte socioculturel ou d'autres motifs semblables, ne trouve pas une activité adéquate. De tels motifs n'influencent pas l'étendue de l'invalidité même s'ils rendent difficile, voire impossible, l'utilisation de la capacité de travail résiduelle³⁶. Ces facteurs peuvent toutefois gagner en importance ; par exemple, dans le cadre d'une maladie psychique invalidante, l'éloignement prolongé du monde du travail ou d'autres raisons étrangères à l'invalidité, comme une situation socioprofessionnelle ou socioculturelle difficile, participent, d'un point de vue psychiatrique, à la maladie. Cependant, cela implique nécessairement l'existence d'un substrat médical qui doit être diagnostiqué de manière concluante par le médecin (spécialiste)³⁷. La détermination des activités que l'on peut raisonnablement exiger d'une personne assurée peut aussi être influencée par des facteurs étrangers à l'invalidité (par exemple un travail intellectuellement difficile n'est pas exigible d'une personne sans connaissances linguistiques ou scolaires adéquates). De même, ces facteurs jouent un rôle dans certaines réductions opérées sur les salaires statistiques (par exemple le fait d'être un étranger)³⁸. En définitive, ces facteurs sont véritablement *étrangers* à

les valeurs déterminantes, l'Office AI du canton de Fribourg fixe, pour des raisons d'égalité de traitement, l'année de référence en fonction du début du droit à la rente.

32 ATF 110 V 273 consid. 4c ; Ueli KIESER, Der praktische Nachweis des rechtserheblichen Invalideneinkommens in Rechtsfragen der Invalidität in der Sozialversicherung, Veröffentlichungen des Schweizerischen Instituts für Verwaltungskurse an der Universität St. Gallen, neue Reihe Band 45, St Gall 1999, p. 49 ss, p. 67.

33 VSI 1999 p. 246 / SVR 2000 IV no 13 p. 37, consid. 1 ; RAMA 1993 U 168 p. 97, consid. 5b.

34 VSI 1999 p. 182, consid. 3a.

35 Voir sur la question de l'évaluation de l'invalidité chez les personnes d'âge avancé dans l'assurance-accidents, art. 28 al. 4 OLAA ; ATF 122 V 418 ss.

36 VSI 1999 p. 246 / SVR 2000 IV no 13 p. 37, consid. 1.

37 Voir ATF 127 V 294 / SVR 2002 IV no 10 p. 25, consid. 5a.

38 VSI 1999 p. 246 / SVR 2000 IV no 13 p. 37, consid. 1 et les références citées ; ATF 107 V 17 consid. 2c ; Rudolf RUEDI, Invaliditätsbemessung nach einem ausgeglichenen

l'invalidité et, partant, il ne doit pas en être tenu compte, principalement dans les cas où il s'agit d'éviter que l'on n'impute à l'assurance-invalidité ou à l'assurance-accidents une situation concrète de chômage, sous le couvert précisément de ces motifs³⁹.

B. L'activité lucrative exigible

1. Le principe de diminution du dommage

a) L'obligation de diminuer le dommage et l'exigibilité : deux corollaires

L'obligation de diminuer le dommage est un principe général valable dans toutes les branches des assurances sociales. La notion n'est toutefois pas uniforme et présente un contenu différent dans chaque domaine⁴⁰. Il en découle que la personne assurée, avant même de présenter une demande de prestations, doit entreprendre tout ce que l'on peut raisonnablement exiger d'elle (cela vaut aussi pour le traitement médical) afin d'atténuer les conséquences de son invalidité⁴¹. On retrouve l'expression de ce principe ancrée dans la loi par exemple aux art. 10 al. 2, 31 al. 1 LAI et 61 OLAA. Lorsqu'un invalide refuse de se soumettre à des mesures de réadaptation ou qu'il ne contribue pas lui-même à améliorer sa capacité de gain, dans toute la mesure de ce qui est exigible de sa part, les prestations peuvent être refusées ou réduites⁴².

Le principe de diminuer le dommage trouve ses limites là où l'on n'est objectivement plus en droit d'attendre un certain comportement de la part de la personne assurée, compte tenu de ses propres capacités, en d'autres termes lorsque ce comportement n'est plus exigible ni proportionnel^{43, 44}. Le caractère de ce qui est exigible varie en fonction du degré des sollicitations à l'égard de l'assurance⁴⁵. Pour juger précisément de ce qui l'est et de ce qui ne l'est pas, il

Arbeitsmarkt in Rechtsfragen der Invalidität in der Sozialversicherung, Veröffentlichungen des Schweizerischen Instituts für Verwaltungskurse an der Universität St. Gallen, neue Reihe Band 45, St Gall 1999, p. 29 ss, p. 43 ss.

³⁹ Voir pour des exemples de facteurs étrangers à l'invalidité, Alexandra RUMO-JUNGO, *op. cit.*, art. 18 p. 113 et 114 ; voir également sur cette problématique un arrêt complet du Tribunal du canton de Bâle-Campagne du 13.11.1996 in SVR 1998 IV no 2 p. 5, consid. 4 et les nombreuses références citées.

⁴⁰ ATF 123 V 88 consid. 4c.

⁴¹ Voir ATF 127 V 294 / SVR 2002 IV no 10 p. 25, consid. 4b/cc ; VSI 2001 p. 274, consid. 5a/aa ; ATF 113 V 22 consid. 4d.

⁴² Voir en ce qui concerne les exigences du TFA sur la procédure formelle y relative, ATF 122 V 218 ss.

⁴³ Sur l'exigibilité en tant qu'expression du principe de la proportionnalité, voir Rudolf Ruedi, *op. cit.*, p. 33 et les références citées.

⁴⁴ Par exemple, ne sont pas exigibles selon la loi - une évidence ! - toutes les mesures qui mettent la vie en péril (art. 31 al. 2 LAI).

⁴⁵ ATF 113 V 22 consid. 4d.

faut se fonder sur les circonstances personnelles, d'une part, mais aussi, d'autre part, sur des opinions communément admises et sur les droits constitutionnels⁴⁶. Ce qui est en définitive déterminant – même si les circonstances individuelles interviennent dans la pondération –, c'est de se livrer à des considérations objectives. Il ne saurait en effet être question de se limiter à l'appréciation éminemment subjective de la personne assurée qui refuse les activités ou les mesures de réadaptation en question⁴⁷.

Sur la détermination de l'activité raisonnablement exigible, on peut relever ce qui suit :

b) Le rôle du médecin

Le médecin détermine dans quelle mesure la personne assurée est limitée par l'atteinte à la santé dans ses fonctions corporelles, respectivement dans ses capacités intellectuelles. Il s'exprimera en particulier sur les fonctions qui, d'après son expérience de la vie, sont essentielles pour l'exercice des activités qui lui sont accessibles (par exemple, s'il peut ou doit travailler assis ou debout, à l'extérieur ou dans des locaux chauffés, s'il peut soulever et porter des charges)⁴⁸.

c) Le rôle des orienteurs professionnels

Les conseillers professionnels décrivent les activités professionnelles concrètes qui entrent en ligne de compte pour l'invalidé, compte tenu des indications médicales et de ses autres aptitudes ; cas échéant, des renseignements complémentaires devront être recherchés auprès du médecin⁴⁹.

d) Le rôle des facteurs sociaux

Outre les critères médicaux et professionnels, la vie personnelle, l'âge, l'activité professionnelle exercée jusqu'alors, l'enracinement géographique ou la position sociale de la personne assurée peuvent justifier que l'on renonce à exiger de sa part un certain comportement⁵⁰.

⁴⁶ Droit au choix du domicile, du lieu de travail, à l'intégrité corporelle (ATF 113 V 22 ss ; RCC 1983 p. 246, consid. 1).

⁴⁷ ATF 109 V 25 consid. 3c. Sur la problématique dans son ensemble, voir le jugement du Tribunal du canton de Bâle-Campagne du 13.11.1996 in SVR 1998 IV no 2 p. 5, consid. 3 et les nombreuses références citées ; Thomas LOCHER, Die Schadensminderungspflicht im Bundesgesetz vom 19. Juni 1959 über die Invalidenversicherung in Sozialversicherungsrecht im Wandel, Festschrift 75 Jahre Eidgenössisches Versicherungsgericht, Berne 1992, p. 407, et les nombreuses références citées.

⁴⁸ ATF 125 V 256 consid. 4 ; SVR 2001 IV no 10 p. 27, consid. 1 ; ATF 114 V 310 consid. 3c ; ATF 107 V 17 consid. 2b.

⁴⁹ SVR 2001 IV no 10 p. 27, consid. 1 ; ATF 107 V 17 consid. 2b.

⁵⁰ Rudolf Ruedi, *op. cit.*, p. 33 ss ; Peter Omlin, *op. cit.*, p. 202 ss ; voir ATF 113 V 22 consid. 4.

2. *Le rendement*

A côté de l'exigibilité d'une activité du point de vue temporel fixée par le médecin (par exemple 50 %), on parle souvent dans la pratique de rendement diminué. Il s'agit de la prestation moindre fournie par l'invalidé, comparée à celle d'une personne sans handicap, durant le même laps de temps. Ainsi, seule une prestation réduite pourra être raisonnablement exigée dans une activité à plein temps à cause de changements de position fréquents. Une telle estimation revient en principe à l'orienteur professionnel, sur la base des circonstances concrètes de l'espèce. Dans la pratique, c'est pourtant souvent le médecin qui s'exprime à cet égard⁵¹. Un rendement diminué n'est en outre pas sans incidences sur le revenu exigible. Dans la réalité économique, on peut légitimement se demander si les coûts liés à un poste de travail sont couverts par la prestation d'une personne qui n'est pas en mesure de travailler à plein rendement⁵².

3. *Le marché équilibré du travail*

Le marché équilibré du travail assume une double fonction dans la détermination de l'activité raisonnablement exigible. D'une part, l'activité envisagée ne doit pas être de nature purement théorique et pour ainsi dire quasi inexistante sur le marché du travail entrant en considération⁵³. D'autre part, quand on s'est assuré de ce qui précède, il n'est pas nécessaire d'examiner encore si la personne a une véritable chance de trouver un emploi, également dans les circonstances concrètes du marché du travail actuel. En d'autres termes, il n'y a jamais lieu de se demander si, en raison d'une situation difficile sur le marché de l'emploi – par exemple en phase de récession –, les assurés ne peuvent pas trouver de travail à cause d'un chômage généralisé⁵⁴. Dans la mesure où le TFA admet que même les personnes gravement handicapées pourraient trouver un emploi sur un marché équilibré du travail, ce qui ne se vérifie pas toujours dans la réalité, le revenu d'invalidé demeure ainsi souvent, pour cette raison également, une simple hypothèse.

C. **L'évaluation du revenu**

1. *Généralités*

En règle générale, la comparaison des revenus doit se faire en chiffrant le plus exactement possible les deux revenus hypothétiques : la différence des

51 Voir la critique de l'OFAS in VSI 1998 p. 180 sur l'arrêt du TFA publié in VSI 1998 p. 179 / SVR 1998 IV no 15 p. 53.

52 Voir VSI 1998 p. 179 / SVR 1998 IV no 15 p. 53, consid. 4b, où le TFA fait une telle remarque concernant les activités dites de bureau.

53 SVR 2001 IV no 10 p. 27, consid. 4a ; voir à ce sujet Ueli KIESER, *op. cit.*, p. 61 ss.

54 Sur le tout, voir Rudolf RUEDI, *op. cit.*, p. 34 ss.

montants détermine le degré d'invalidité⁵⁵. Mais une fois ces revenus fixés, il faut procéder au calcul du taux d'invalidité en se fondant sur ces facteurs et le résultat qui en découle est nécessairement un pourcentage mathématique exact, à la virgule près. Il n'est plus possible d'arrondir ce pourcentage par la suite, même dans les cas où la valeur limite, pour atteindre le seuil donnant droit à une rente plus élevée, est manquée de justesse et que le résultat peut sembler rigoureux pour la personne concernée⁵⁶.

En effet, en adoptant l'échelonnement des rentes prévu à l'art. 28 al. 1 LAI, le législateur fédéral a fixé des valeurs limites précises et incontournables. En vertu de la constitution fédérale, ces valeurs lient les autorités chargées d'appliquer la loi, y compris le TFA⁵⁷. Il en résulte que, dès lors que le législateur a prévu des valeurs limites précises en pour cent pour l'octroi des rentes, il n'appartient pas au bon vouloir des autorités exécutives d'accorder, au mépris du texte légal clair et non équivoque, une rente plus élevée, quand bien même le degré d'invalidité requis ne serait pas atteint dans un cas particulier⁵⁸. Ce qui vient d'être dit pour l'assurance-invalidité vaut aussi pour l'assurance-accidents et pour toutes les autres branches des assurances sociales dans la mesure où le degré d'invalidité est calculé sur la base d'une comparaison des revenus ou des activités⁵⁹. Il est vrai qu'il n'existe pas actuellement dans l'assurance-accidents des seuils limites comme ceux que connaît l'assurance-invalidité à l'art. 28 al. 1 LAI. Il n'en reste pas moins que l'art. 18 al. 1 LAA vient d'être complété en ce sens que le droit à une rente n'est octroyé, depuis le 1^{er} juillet 2001⁶⁰, que si le degré d'invalidité atteint au moins 10 %⁶¹.

Le TFA a toutefois quelque peu nuancé ces affirmations pour le moins péremptaires et observé qu'il n'est pas toujours nécessaire de fixer avec précision le degré d'invalidité pour les besoins de l'assurance-invalidité ; étant donné le système d'échelonnement rudimentaire des rentes, il suffit, selon les circonstances, que les seuils limites de 40 %, 50 % ou 66 2/3 % soient clairement atteints ou, au contraire, manifestement insuffisants pour décider du droit à une prestation⁶².

Il n'en demeure pas moins que, à partir du moment où le taux d'invalidité se situe à proximité d'une valeur limite, un calcul précis est nécessaire. Le résultat

55 ATF 126 V 75 / VSI 2000 p. 314 / SVR 2001 IV no 12 p. 35, consid. 1a non reproduit aux ATF.

56 ATF 127 V 129 / VSI 2001 p. 265 / SVR 2002 IV no 6 p. 13, consid. 4c ; VSI 2002 p. 64, consid. 4a/aa.

57 Voir art. 91 nCst., 113 al. 3 et 114bis al. 3 aCst.

58 ATF 127 V 129 / VSI 2001 p. 265 / SVR 2002 IV no 6 p. 13, consid. 4a/aa.

59 ATF 127 V 129 / VSI 2001 p. 265 / SVR 2002 IV no 6 p. 13, consid. 4d.

60 RO 2001 1491.

61 ATF 127 V 129 / VSI 2001 p. 265 / SVR 2002 IV no 6 p. 13, consid. 4d.

62 ATF 127 V 129 / VSI 2001 p. 265 / SVR 2002 IV no 6 p. 13, consid. 4d ; ATF 126 V 288 consid. 2b.

de ce calcul ne saurait ensuite être arrondi. Dans l'assurance-accidents où un degré d'invalidité de quelques pour cent peut avoir une importance décisive pour la rente à allouer, le taux d'invalidité doit être calculé de manière précise, excluant tout arrondissement ultérieur⁶³.

2. *Le salaire effectivement réalisé*

Le revenu d'invalidité doit être évalué avant tout en fonction de la situation professionnelle concrète de l'intéressé⁶⁴. Si ce dernier continue à exercer une activité lucrative en dépit de son invalidité et – au surplus – que les rapports de travail sont particulièrement stables, que sa capacité de travail résiduelle est pleinement exploitée et que le revenu touché ne représente pas un salaire social, le gain effectivement réalisé est considéré en principe comme revenu déterminant⁶⁵.

On parle de conditions de travail particulièrement stables lorsqu'un changement d'emploi, même sans invalidité, apparaît invraisemblable ou que rien ne laisse supposer que quelque chose va changer sous peu ou dans un avenir plus lointain. La personne doit exercer une activité dans laquelle sa capacité de travail résiduelle est pleinement utilisée, que ce soit de manière quantitative, qualitative ou temporelle. C'est pourquoi le salaire effectivement réalisé n'est pas déterminant lorsque les capacités de l'invalidité dépassent les exigences du poste qu'il occupe ou encore lorsqu'il est mal réadapté. Et, au contraire, une activité qui dépasse manifestement les forces de la personne assurée ne saurait servir à déterminer le revenu d'invalidité⁶⁶. Enfin, salaire versé et prestation fournie doivent concorder. On parle de salaire social lorsque les prestations de l'employeur n'ont pas de contre-prestation correspondante de la part de l'employé, soit lorsque le travail fourni ne correspond pas au revenu perçu. Il y a toutefois lieu de présumer que le salaire obtenu correspond au travail fourni⁶⁷.

Peuvent être déduits du salaire effectivement touché, les frais qui sont imposés durablement par l'invalidité pour l'obtention de ce revenu. Les frais

63 ATF 127 V 129 / VSI 2001 p. 265 / SVR 2002 IV no 6 p. 13, consid. 4e.

64 RAMA 2001 U 410 p. 73, consid. 4b/aa.

65 ATF 126 V 75 / VSI 2000 p. 314 / SVR 2001 IV no 12 p. 35, consid. 3b/aa et les références citées ; Peter OMLIN, *op. cit.*, p. 210 ss ; Ulrich MEYER-BLASER, *Rechtsprechung des Bundesgerichts zum Sozialversicherungsrecht, Bundesgesetz über die Invalidenversicherung, Zurich 1997*, art. 28 p. 209 ; Alexandra RUMO-JUNGO, *op. cit.*, art. 18 p. 101 ; Jürg SCHEIDEGGER, *Rechtliche Rahmenbedingungen für die Verwendung von Tabellenlöhnen bei der Invaliditätsgradermittlung in Rechtsfragen der Invalidität in der Sozialversicherung, Veröffentlichungen des Schweizerischen Instituts für Verwaltungskurse an der Universität St. Gallen, neue Reihe Band 45, St Gall 1999*, p. 99.

66 Peter OMLIN, *op. cit.*, p. 211 et 212. Voir également les exemples donnés.

67 ATF 117 V 8 consid. 2c/aa ; RCC 1980 p. 321 ; Alexandra RUMO-JUNGO, *op. cit.*, art. 18 p. 103.

doivent être justifiés objectivement, documents à l'appui, pour qu'il en soit tenu compte. Ils doivent surtout être imputables, directement ou indirectement, à l'invalidité et incomber à la personne assurée elle-même⁶⁸. On pense ici par exemple aux frais pour se rendre au lieu de travail (frais d'utilisation d'un véhicule personnel, d'abonnement de train), aux frais qui visent le maintien de la capacité de gain (traitement médical régulier), ainsi qu'aux frais de logement et de soins⁶⁹. Dans certains cas, un changement de domicile causé par l'invalidité peut entraîner des frais de location et des charges fiscales plus élevés, qui ne sont pas compensés par un salaire plus important ou par une indemnité de résidence. La déduction de ces charges est possible si elles entraînent des frais qui s'écartent notablement de la moyenne du pays⁷⁰. En revanche, la perte de salaire résultant d'une maladie ou d'un accident passagers ne peut pas être déduite lors du calcul du revenu d'invalidé⁷¹.

3. *Le revenu hypothétique d'invalidé*

Lorsqu'il n'est par exemple pas possible de se fonder ni sur le revenu effectivement réalisé, ni sur les rapports existant dans l'ancien emploi ou dans l'ancienne profession ou encore lorsque l'assuré, après la survenance de l'atteinte à la santé, n'a pas repris d'activité ou aucune activité adaptée, le revenu d'invalidé doit être fixé à l'aide de valeurs de comparaison⁷² ou de valeurs moyennes d'expérience⁷³. L'administration ou le juge disposent à cet effet de plusieurs sources de renseignements.

Ainsi, le revenu d'invalidé peut être calculé sur la base des conventions collectives ou des contrats-type de travail⁷⁴. Mais la jurisprudence a également admis qu'il était possible de se fonder, outre sur les statistiques des salaires moyens⁷⁵, dont en particulier celles qui résultent, depuis 1994, des enquêtes suisses sur la structure des salaires (ESS) de l'Office fédéral de la statistique (OFS), aussi sur des enquêtes auprès de diverses entreprises de la région de

68 Peter OMLIN, *op. cit.*, p. 214 ; Ulrich MEYER-BLASER, *op. cit.*, art. 28 p. 210 ss.

69 OFAS, Circulaire concernant l'invalidité et l'impuissance de l'assurance-invalidité, valable dès le 1^{er} janvier 2000, n. 3073.

70 ATF 96 V 132 / RCC 1971 p. 435.

71 RCC 1986 p. 496.

72 Peter OMLIN, *op. cit.*, p. 215.

73 VSI 1999 p. 246 / SVR 2000 IV no 13 p. 37, consid. 3b.

74 ATF 124 V 321 / VSI 1999 p. 51 / SVR 1999 IV no 11 p. 29, consid. 3a. Il s'agit ici du revenu de valide mais cela est également valable pour le revenu d'invalidé. Voir également SVR 2000 IV no 1 p. 1, consid. 3a.

75 Notamment VSI 2002 p. 64, consid. 3b ; RAMA 2001 U 410 p. 73, consid. 4b/aa et la référence citée ; ATF 126 V 75 / VSI 2000 p. 314 / SVR 2001 IV no 12 p. 35, consid. 3b/bb ; ATF 124 V 321 / VSI 1999 p. 51 / SVR 1999 IV no 11 p. 29, consid. 3b/aa.

domicile ou de travail de l'assuré⁷⁶. La Caisse nationale suisse d'assurance en cas d'accidents (CNA) a ainsi mis sur pied un catalogue de fiches descriptives appelées « description de postes de travail » (DPT). Il s'agit d'emplois qui existent concrètement en Suisse et non pas de statistiques. Des activités dans toutes les branches sont répertoriées et décrites minutieusement sur des fiches qui, outre les données générales et les possibilités de gain, contiennent surtout une description des exigences physiques relatives à la place de travail en question. Les données sont mises à jour toutes les années et le catalogue continuellement élargi⁷⁷ ; en l'an 2000, la banque de données contenait 4800 postes de travail différents. En principe, la CNA se base sur la moyenne de cinq fiches différentes pour évaluer le revenu d'invalidité dans un cas particulier⁷⁸. La jurisprudence a admis le principe de la validité de ces DPT pour ce faire⁷⁹, mais n'a pas fixé, à notre connaissance, le nombre de DPT nécessaires à une évaluation pertinente⁸⁰. Toujours d'après le TFA, les DPT n'ont toutefois nullement, par principe, le pas sur les données statistiques des ESS⁸¹. On peut même se demander, sur la base de l'évolution de la jurisprudence en la matière, si l'on ne s'oriente pas au contraire vers une prééminence – à tout le moins de fait – des salaires statistiques. En effet, dans un arrêt récent, constatant que certaines des activités proposées par la CNA étaient inadéquates ou non pertinentes et que le nombre de postes restants était trop petit pour permettre de déterminer le revenu d'invalidité, le TFA a estimé que la cour cantonale avait à tort renvoyé le dossier à l'autorité intimée pour reprendre une instruction qu'il a jugée en elle-même complète. Dans de telles situations, pour déterminer le revenu d'invalidité, le juge se fonde, en effet, sur les données statistiques, telles qu'elles résultent des ESS⁸². Dans un autre arrêt, le TFA a déclaré que le taux d'invalidité retenu pouvait être confirmé, « même en faisant abstraction des

76 RAMA 1999 U 343 p. 412, consid. 4b/aa ; Peter OMLIN, *op. cit.*, p. 215 ; Jean-Maurice FRÉSARD, L'assurance-accidents obligatoire in *Schweizerisches Bundesverwaltungsrecht*, n. 130, p. 35.

77 Klaus KORRODI, Suva-Tabellenlöhne zur Ermittlung des Invalideneinkommens in Rechtsfragen der Invalidität in der Sozialversicherung. Veröffentlichungen des Schweizerischen Instituts für Verwaltungskurse an der Universität St. Gallen, neue Reihe Band 45, St Gall 1999, p. 120.

78 *Idem*.

79 RAMA 1999 U 343 p. 412, consid. 4b/aa.

80 Dans un arrêt, le TFA, curieusement, se refuse expressément à chiffrer le nombre de DPT nécessaire pour évaluer le revenu d'invalidité (arrêt non publié CNA c/ A. [U 402/99] du 08.05.2001 consid. 7). Sans préciser le nombre de DPT valables, il a également confirmé que celui-ci était toutefois insuffisant (arrêt non publié CNA c/ A. [U 414/99] du 05.06.2001 consid. 6c). Il a en outre estimé que les trois DPT produites par la CNA dans un autre cas n'étaient pas suffisantes pour déterminer le revenu d'invalidité (RAMA 2000 U 405 p. 399, consid. 3b).

81 RAMA 1999 U 343 p. 412, consid. 4b/aa.

82 Tribunal fédéral des assurances, arrêt non publié CNA c/ A. (U 414/99) du 05.06.2001 consid. 6c.

DPT produites », en se fondant sur les statistiques de l'ESS⁸³. Ces salaires statistiques semblent ainsi constituer pour les juges fédéraux la référence principale, à défaut de revenu effectivement réalisé, et revêtir un poids prépondérant par rapport aux DPT. Comme le travail fourni à cet égard par la CNA est fastidieux, conséquent et lourd financièrement, on peut penser que les DPT vont tôt ou tard purement et simplement disparaître. Cela ne saurait à notre avis être favorable à l'estimation du revenu d'invalidé qui doit être la plus exacte et la plus concrète possible. Ainsi qu'on va le voir ci-dessous, la manière actuelle dont sont utilisés les tableaux de l'OFS ne répond qu'imparfaitement à ce postulat ; en revanche, une utilisation conjointe de ces deux procédés permet notamment une évaluation plus précise – et donc plus satisfaisante – de l'invalidité pour une meilleure sécurité du droit.

En revanche, un simple renvoi à des données « officieuses », sans référence concrète à une description de poste de travail et sans attestation d'un employeur susceptible de justifier le montant retenu, ne saurait suffire pour fixer le revenu d'invalidé puisqu'il ne permet ni de connaître les sources du revenu exigible, ni de vérifier la fiabilité de celui-ci^{84, 85}.

IV. LES STATISTIQUES EN PARTICULIER

A. Le principe

Le revenu d'invalidé doit être évalué avant tout en fonction de la situation professionnelle concrète de l'intéressé⁸⁶. Mais, comme on l'a déjà évoqué, en l'absence d'un revenu effectivement réalisé, soit lorsque l'assuré, après la survenance de l'atteinte à la santé, n'a pas repris d'activité ou aucune activité adaptée, normalement exigible, le revenu d'invalidé peut être évalué sur la base des statistiques sur les salaires moyens⁸⁷. Il en va ainsi aussi bien en assurance-invalidité qu'en assurance-accidents⁸⁸. Relevons que, dans la pratique, le revenu

⁸³ Tribunal fédéral des assurances, arrêt non publié H. (U 133/01) du 20.11.2001 consid. 5a.

⁸⁴ Tribunal fédéral des assurances, arrêt non publié OAI du canton de Fribourg c/ C.N.C. (I 430/01) du 30.11.2001 consid. 3b/aa.

⁸⁵ L'évaluation du revenu d'invalidé sans références particulières aux circonstances spécifiques du cas concret mais selon des critères uniformes n'est pas conforme à la jurisprudence. La pratique du canton du Tessin qui consistait à retenir, pour une activité dans l'industrie, simple et répétitive, un revenu d'invalidé toujours identique et moins élevé que celui ressortant des statistiques, afin de tenir compte du marché particulier du travail du canton, a ainsi finalement été désavouée par le TFA (arrêt non publié CNA c/ M. [U 275/98] du 31.05.2001 consid. 2d et 2e).

⁸⁶ RAMA 2001 U 410 p. 73, consid. 4b/aa.

⁸⁷ VSI 2002 p. 64, consid. 3b ; RAMA 2001 U 410 p. 73, consid. 4b/aa et la référence citée ; ATF 126 V 75 / VSI 2000 p. 314 / SVR 2001 IV no 12 p. 35, consid. 3b/bb ; ATF 124 V 321 / VSI 1999 p. 51 / SVR 1999 IV no 11 p. 29, consid. 3b/aa.

⁸⁸ RAMA 2000 U 405 p. 399, consid. 3b ; RAMA 2001 U 410 p. 73, consid. 4b/aa.

d'invalide fixé sur la base des statistiques – il s'agit somme toute d'un revenu fictif -, est de plus en plus fréquent.

B. L'enquête suisse sur la structure des salaires⁸⁹

Afin de fixer le revenu d'invalide sur la base des salaires ressortant des tableaux, à défaut de revenu réel, le TFA s'est fondé sur l'enquête d'octobre sur les salaires et traitements publiée par l'ancien Office fédéral de l'industrie, des arts et métiers et du travail, aujourd'hui le Secrétariat d'Etat à l'économie. Cette publication a paru pour la dernière fois pour l'année 1993 et a été remplacée depuis 1994 par l'ESS publiée par l'OFS, qui paraît tous les deux ans⁹⁰.

L'objectif primaire de l'ESS – qui, pour des raisons de technique d'approche, n'est pas comparable à l'enquête sur les salaires d'octobre – est de fournir des informations sur les salaires ayant une valeur représentative pour toute la Suisse. Contrairement à cette dernière, l'ESS enregistre désormais les salaires individuels des travailleurs en lieu et place des sommes salariales ; elle tient compte aussi depuis 1994 des personnes travaillant à temps partiel et des cadres de tous les échelons. Elle englobe les salariés travaillant dans des entreprises de tout format et dans les branches extérieures au secteur agricole (industrie, arts et métiers, commerce, services, professions libérales, assurances sociales, organisations sans but lucratif), y compris l'horticulture. Pour l'enquête 1994, l'administration publique n'est représentée que par les services de la Confédération (ex-PTT et CFF inclus)⁹¹. Depuis 1998, en revanche, l'ESS fournit également des résultats détaillés sur le secteur public des cantons⁹². Les résultats de l'ESS mettent en évidence que le montant du salaire est déterminé en majeure partie par le niveau des exigences du poste de travail, mais aussi par la formation, la situation professionnelle et le genre d'activité. Une analyse des données recueillies souligne d'autre part l'influence des critères personnels, tels que le sexe, les années de service, l'âge, la nationalité⁹³ et le temps de travail, sur le niveau du salaire.

La partie réservée aux tableaux figurant en annexe de l'ESS contient, outre la statistique des montants salariaux (salaires réels nets, groupe B), une statisti-

⁸⁹ Editée sous forme de brochure par l'OFS, à Neuchâtel (complément d'information par e-mail : lohn@bfs.admin.ch). Une sélection des statistiques est publiée sur Internet à l'adresse suivante : http://www.statistik.admin.ch/stat_ch/ber03/lohn/ftfr03.htm.

⁹⁰ ATF 126 V 75 / VSI 2000 p. 314 / SVR 2001 IV no 12 p. 35, consid. 3b/bb. Pour un descriptif de l'enquête d'octobre sur les salaires, voir Jürg SCHEIDEGGER, *op. cit.*, p. 92 et 93.

⁹¹ ATF 124 V 321 / VSI 1999 p. 51 / SVR 1999 IV no 11 p. 29, consid. 3b/aa ; voir ESS 1994 p. 17 ss.

⁹² ESS 1998 p. 14.

⁹³ ATF 124 V 321 / VSI 1999 p. 51 / SVR 1999 IV no 11 p. 29, consid. 3b/aa ; voir ESS 1994 p. 17 ss.

que des taux salariaux, c'est-à-dire des salaires bruts standardisés, pour le groupe des tableaux A. Pour ces derniers, les montants relevés sont convertis en des salaires mensuels standardisés, c'est-à-dire qu'ils sont recalculés sur la base d'un équivalent plein temps de 4 1/3 semaines à 40 heures de travail. Cette conversion permet entre autres d'établir des comparaisons entre les personnes occupées à plein temps et celles travaillant à temps partiel.

Les tableaux du groupe A tiennent compte de différents indicateurs – par exemple la branche économique, le secteur privé et/ou public, la taille de l'entreprise, le domaine d'activité, le sexe, l'âge, les années de service, la formation, la nationalité et les grandes régions – et les combinent dans 13 tableaux. Ainsi, le TA1 présente des statistiques sur le salaire mensuel brut selon la branche économique, le niveau des qualifications requises pour le poste de travail et le sexe, dans le secteur privé. Le TA13, pour sa part, associe le facteur des régions, celui du niveau des qualifications requises pour le poste de travail ainsi que le sexe, secteurs privé et public confondus.

Les salaires des tableaux s'appliquent à des professions répondant à des exigences d'un niveau différent, le salaire croissant sensiblement au fur et à mesure que le niveau des exigences augmente : le premier niveau – le plus élevé – comprend les activités les plus exigeantes et les plus difficiles. Le deuxième niveau implique l'exécution d'activités autonomes et qualifiées. Le troisième niveau exige des connaissances professionnelles et techniques, alors que le quatrième – le plus bas – comprend des activités simples et répétitives⁹⁴.

C. L'application concrète des tableaux

1. Les tableaux et les colonnes applicables

Pour effectuer la comparaison des revenus, il y a lieu de se référer à la statistique des taux de salaire figurant dans l'annexe, soit aux *salaires bruts standardisés* (tableaux du groupe A)⁹⁵, en se fondant toujours sur la *médiane* (valeur centrale)⁹⁶. En effet, cette valeur médiane (moyenne) est généralement moins élevée que la moyenne arithmétique (« salaire moyen ») et relativement solide par rapport à la moyenne incluant des valeurs extrêmes (très bas et très hauts salaires)⁹⁷.

⁹⁴ ATF 126 V 75 / VSI 2000 p. 314 / SVR 2001 IV no 12 p. 35, consid. 3b/bb ; voir ESS 1994 p. 25, ESS 1996 p. 10, ESS 1998 p. 16.

⁹⁵ ATF 124 V 321 / VSI 1999 p. 51 / SVR 1999 IV no 11 p. 29, consid. 3b/aa ; ATF 126 V 75 / VSI 2000 p. 314 / SVR 2001 IV no 12 p. 35, consid. 3b/bb.

⁹⁶ ATF 126 V 75 / VSI 2000 p. 314 / SVR 2001 IV no 12 p. 35, consid. 3b/bb ; Tribunal fédéral des assurances, arrêt non publié M. (I 47/00) du 21.02.2001 consid. 3b ; VSI 1998 p. 293, consid. 3b.

⁹⁷ ATF 124 V 321 / VSI 1999 p. 51 / SVR 1999 IV no 11 p. 29, consid. 3b/aa ; voir ESS 1994 p. 9, ESS 1996 p. 9, ESS 1998 p. 9.

En règle générale, pour évaluer, sur la base des tableaux A annexés aux ESS, le revenu d'invalidé chez les personnes assurées qui, depuis la survenance de l'atteinte à la santé, ne peuvent plus accomplir que des travaux légers et peu exigeants sur le plan intellectuel, il y a lieu de prendre en considération le salaire mensuel brut moyen (« Total ») pour les hommes ou les femmes qui exécutent des tâches simples et répétitives (niveau des qualifications requises pour le poste de travail 4)⁹⁸. Faisant également application des statistiques ESS 1996, le TFA a en outre estimé que, en raison des inégalités de salaires entre les deux sexes révélées par les statistiques, il faut se référer, pour les femmes, aux salaires des femmes et, pour les hommes, aux salaires des hommes. Il n'est pas question de se baser sur une valeur moyenne entre les salaires des femmes et des hommes⁹⁹.

Avant 1998, étaient déterminantes en premier lieu les conditions salariales dans le secteur privé, car le secteur public n'englobait alors que la Confédération et les niveaux de salaire entre l'économie privée et la Confédération ne divergeaient pas de manière considérable dans le domaine le plus bas des activités simples et répétitives¹⁰⁰.

Pour fixer le revenu d'invalidé, il n'est pas nécessaire de se baser systématiquement sur le salaire moyen versé dans une branche économique déterminée ou une partie de celle-ci (tableau TA1 de l'ESS 1996 ou TA 1.1.1 de l'ESS 1994) ; il est possible d'appliquer par exemple le tableau TA7, qui fournit des valeurs pour une activité déterminée, si ce tableau permet de fixer le revenu déterminant avec plus de précision. Ce sont les circonstances concrètes de l'espèce qui déterminent le tableau applicable¹⁰¹.

Concernant le niveau le plus bas, soit le niveau 4, le TFA a estimé que, au regard du large éventail d'activités simples et répétitives que recouvrent les secteurs de la production et des services, il faut convenir qu'un certain nombre d'entre elles sont légères et permettent l'alternance des positions¹⁰². Comme

98 RAMA 2001 U 439 p. 347, consid. 3c/cc.

99 VSI 2000 p. 82, consid. 2a.

100 Voir RAMA 2001 U 439 p. 347, consid. 3c/cc ; ESS 1994 p. 15 ss, ESS 1996 p. 8 s., ESS 1998 p. 13 ss.

101 Constatant que le TA7 de l'ESS 1996 – contrairement au TA 3.3.1 et 3.4.1 de l'ESS 1994 – ne contient des données salariales que pour les secteurs privé et public ensemble, le TFA a pu confirmer que ce tableau était bien applicable à l'assuré, étranger, au bénéfice d'un permis d'établissement, et qui pouvait ainsi bel et bien prétendre à un emploi dans le secteur public (arrêt non publié CNA c/ M. [U 275/98] du 31.05.2001 consid. 2d et 2e). Dans un autre arrêt, le TFA a retenu que l'assuré ne pouvait au contraire pas travailler dans le secteur public ; il a alors appliqué le tableau A 1.1.1 de l'ESS 1994 (VSI 1999 p. 182, consid. 3b).

102 Tribunal fédéral des assurances, arrêt non publié OAI du canton de Fribourg c/ C.N.C. (I 430/01) du 30.11.2001 consid. 3b/aa.

l'exigibilité d'une activité physique légère recouvre un vaste secteur d'activités, il faut dès lors se fonder sur des valeurs moyennes¹⁰³.

2. *Les correctifs*

Pour appliquer les tableaux du groupe A, il faut tenir compte du fait que ceux-ci sont basés généralement sur un horaire hebdomadaire de 40 heures et opérer les rectifications nécessaires en fonction de la durée habituelle moyenne de travail¹⁰⁴.

D'après la jurisprudence, il y a lieu de tenir compte en outre de la hausse nominale des salaires¹⁰⁵ et de corriger, cas échéant, les salaires statistiques suivant l'ESS prise en considération dans le cas concret, puisque ces enquêtes ne paraissent que tous les deux ans.

Le 13^e salaire et tous les autres suppléments (Sonderzahlungen) sont déjà compris dans les salaires statistiques, de sorte que l'on multiplie ces derniers par 12 (mois) pour obtenir le revenu annuel¹⁰⁶.

3. *Les déductions*

En cas d'application des statistiques pour déterminer le revenu d'invalide, la jurisprudence considère que certains empêchements propres à la personne de l'invalide exigent que l'on réduise le montant des salaires¹⁰⁷. Si l'on admet un taux de rémunération situé au-dessous des valeurs de l'ESS, la réduction doit être déterminée dans chaque cas concret sur la base du handicap réel que subit la personne assurée dans le domaine d'activité qui lui est encore accessible¹⁰⁸. Il sied toutefois de donner aux indications médicales sur la capacité de travail plus d'importance qu'aux déductions estimées de manière générale sur les salaires statistiques. D'après le TFA, en effet, plus la déduction est élevée, plus l'effet de la capacité résiduelle de travail sur le revenu d'invalide est minime¹⁰⁹.

¹⁰³ Jugement du Tribunal du canton d'Uri du 30.04.1999 *in* SVR 2000 UV no 5 p. 13, consid. 6a.

¹⁰⁴ VSI 2002 p. 64, consid. 3b ; ATF 126 V 75 / VSI 2000 p. 314 / SVR 2001 IV no 12 p. 35, consid. 3b/bb ; VSI 1999 p. 246 / SVR 2000 IV no 13 p. 37, consid. 4b ; ATF 124 V 321 / VSI 1999 p. 51 / SVR 1999 IV no 11 p. 29, consid. 3b/aa. Cet horaire de 40 heures est en effet légèrement inférieur à l'horaire moyen usuel qui a atteint, durant plusieurs années, 41,9 heures par semaine (voir L'Economie 2001, tome 8, p. 92, tableau B 9.2).

¹⁰⁵ VSI 2002 p. 64, consid. 3b ; VSI 1999 p. 246 / SVR 2000 IV no 13 p. 37, consid. 4b ; VSI 1999 p. 182, consid. 3a.

¹⁰⁶ SVR 2001 IV no 10 p. 27, consid. 5 ; voir ESS 1994 p. 43, ESS 1996 p. 5, ESS 1998 p. 9.

¹⁰⁷ RAMA 2001 U 410 p. 73, consid. 4b/aa.

¹⁰⁸ SVR 2001 IV no 10 p. 27, consid. 5 ; VSI 1999 p. 182, consid. 3b ; ATF 124 V 321 / VSI 1999 p. 51 / SVR 1999 IV no 11 p. 29, consid. 3b/bb ; VSI 1998 p. 179 / SVR 1998 IV no 15 p. 53, consid. 3a.

¹⁰⁹ VSI 2002 p. 64, consid. 4b/cc. Voir en particulier l'explication chiffrée du TFA.

Ces déductions respectent le cadre légal préétabli¹¹⁰. Leur application repose sur des principes développés par la jurisprudence, dont l'autorité et le juge ne doivent pas s'écarter, nonobstant leur pouvoir d'appréciation.

a) *Les principes généraux*

Les déductions opérées sur les salaires ressortant des statistiques ne doivent *pas* être effectuées *de manière schématique*, mais tenir compte de l'ensemble des circonstances du cas particulier, et cela dans le but de déterminer, à partir de données statistiques, un revenu d'invalidé qui représente au mieux la mise en valeur économique exigible des activités compatibles avec la capacité de travail résiduelle de l'intéressé¹¹¹. Ce point de vue l'emporte même en ce qui concerne les autres facteurs susceptibles d'influer sur le revenu à prendre en considération, tels que le nombre d'années de service, la nationalité ou la catégorie de permis de séjour et le degré d'occupation¹¹².

En outre, une déduction ne doit *pas* être opérée *automatiquement*, mais seulement lorsqu'il existe des indices que, en raison d'un ou de plusieurs facteurs, l'invalidé ne peut mettre en valeur sa capacité résiduelle de travail sur le marché du travail qu'avec un résultat inférieur à la moyenne¹¹³.

Par ailleurs, il n'y a pas lieu de procéder à des déductions distinctes pour chacun des facteurs entrant en considération comme les limitations liées au handicap (leidensbedingte Einschränkung), l'âge, les années de service, la nationalité ou la catégorie de permis de séjour, ou encore le taux d'occupation. Il faut bien plutôt procéder à une *évaluation globale*, dans les limites du pouvoir d'appréciation, des effets de ces facteurs sur le revenu d'invalidé, compte tenu de l'ensemble des circonstances du cas concret¹¹⁴. Il n'est pas justifié de quantifier séparément chacun des facteurs de réduction entrant en ligne de compte et de les additionner, car on perdrait de vue les effets réciproques. C'est ainsi que le salaire initial dans une nouvelle entreprise n'est pas fixé uniquement en fonction des années de service, mais notamment aussi sur la base des expériences professionnelles acquises¹¹⁵.

Enfin, une *déduction de 25 %* se situe à la *limite supérieure* de ce qui est encore admissible. Les salaires ressortant de statistiques sont établis à partir de

110 VSI 2002 p. 64, consid. 4a/bb.

111 RAMA 2001 U 410 p. 73, consid. 4b/aa ; VSI 1998 p. 179 / SVR 1998 IV no 15 p. 53, consid. 3a.

112 ATF 126 V 75 / VSI 2000 p. 314 / SVR 2001 IV no 12 p. 35, consid. 5b/aa.

113 RAMA 2001 U 410 p. 73, consid. 4b/aa ; ATF 126 V 75 / VSI 2000 p. 314 / SVR 2001 IV no 12 p. 35, consid. 5b/aa ; VSI 1998 p. 179 / SVR 1998 IV no 15 p. 53, consid. 3a.

114 RAMA 2001 U 410 p. 73, consid. 4b/aa ; ATF 126 V 75 / VSI 2000 p. 314 / SVR 2001 IV no 12 p. 35, consid. 5b/bb et les références.

115 ATF 126 V 75 / VSI 2000 p. 314 / SVR 2001 IV no 12 p. 35, consid. 5b/bb.

données statistiques largement étayées et selon des critères scientifiques ; ils sont présentés de manière très différenciée. Des déductions en pour cent sur de telles valeurs sont extrêmement problématiques, d'après le TFA, car ces valeurs scientifiquement confirmées sont rendues imprécises par des déductions évaluées succinctement¹¹⁶. Enfin, des déductions plus élevées donnent proportionnellement trop d'importance aux circonstances sur lesquelles se fondent les déductions par rapport à la capacité résiduelle de travail conditionnée par l'invalidité¹¹⁷.

b) *L'évolution de la jurisprudence*

Actuellement, le TFA admet la réduction des salaires ressortant des ESS en fonction des empêchements propres à la personne de l'invalidé, tels que le handicap, l'âge, les années de service, la nationalité, la catégorie d'autorisation de séjour ou le taux d'occupation¹¹⁸. Il est toutefois intéressant de relever combien la jurisprudence a évolué au sujet de ces fameuses réductions à opérer sur les salaires statistiques. On peut y voir l'expression de toute la difficulté liée à l'application de statistiques pour fixer un revenu d'invalidé censé être le plus exact et le plus concret possible. Il est pour ainsi dire impossible de tirer de véritables enseignements de la jurisprudence du TFA qui demeure une casuistique, au désespoir du praticien.

Le TFA a ainsi admis tout d'abord que les assurés qui effectuaient des travaux éprouvants pour l'organisme au cours de leur dernière activité et qui ne pouvaient plus exécuter que des travaux légers depuis qu'ils sont atteints dans leur santé, n'atteignaient généralement pas la rémunération moyenne des travailleurs en bonne santé, ce qui justifiait une réduction du salaire statistique de 25 %¹¹⁹.

Par la suite, il a constaté que la réduction du taux du salaire à opérer par rapport aux valeurs moyennes en faveur des assurés qui, en raison de l'atteinte à leur santé, n'ont plus le même rendement que les travailleurs en bonne santé – même dans l'exécution de travaux auxiliaires légers – se justifiait en principe quelle que soit l'activité exercée précédemment. C'est ainsi que la réduction accordée à l'origine uniquement dans les cas de travailleurs occupés précédemment à des travaux lourds est devenue une déduction générale pour cause

¹¹⁶ VSI 2002 p. 64, consid. 4b/bb ; RAMA 2001 U 410 p. 73, consid. 4b/aa et la référence citée ; ATF 126 V 75 / VSI 2000 p. 314 / SVR 2001 IV no 12 p. 35, consid. 5b/cc.

¹¹⁷ VSI 2002 p. 64, consid. 4b/cc *in fine*.

¹¹⁸ VSI 2002 p. 64, consid. 4b/cc ; Tribunal fédéral des assurances, arrêt non publié H. (U 133/01) du 20.11.2001 consid. 4b ; ATF 126 V 75 / VSI 2000 p. 314 / SVR 2001 IV no 12 p. 35, consid. 5b/bb.

¹¹⁹ ATF 126 V 75 / VSI 2000 p. 314 / SVR 2001 IV no 12 p. 35, consid. 5a/aa ; ATF 114 V 310 consid. 4b non reproduit.

d'atteinte à la santé, applicable aussi bien aux assurés qui exercent à temps complet une activité adaptée à leur état de santé qu'à ceux qui ne peuvent plus travailler qu'à temps partiel¹²⁰.

Simultanément, le TFA a statué que la réduction de 25 % ne revêtait pas un caractère général applicable dans tous les cas. Au contraire, il convenait d'examiner sur la base de l'ensemble des circonstances du cas particulier si et dans quelle mesure il fallait réduire le revenu hypothétique exigible de l'invalidé. Une réduction inférieure à 25 % pouvait également entrer en considération¹²¹.

Parallèlement, la jurisprudence a admis que d'autres facteurs personnels et professionnels de l'assuré, tels que l'âge, l'ancienneté dans l'entreprise, la nationalité ou la catégorie de permis de séjour, de même que le degré d'occupation, pouvaient avoir des effets sur le montant du salaire. La quantification de ces facteurs retenue pour la première fois dans l'ESS montre, en effet, qu'il en est tenu compte pour fixer le montant de la rémunération¹²².

C'est ainsi que, dans l'arrêt Z. (I 377/98) du 28.07.1999¹²³, le TFA n'a pas admis une réduction en raison de l'âge avancé de l'assuré – il avait 53 ans au moment de la décision – car, si la courbe des salaires a tendance à se stabiliser avec l'âge, ce facteur n'entraîne pas une réduction de salaire. Récemment, il a pourtant réduit un salaire statistique de 5380 francs à 5000 francs précisément à cause de l'âge de l'assuré « qui constitue objectivement un obstacle à la reprise d'une activité professionnelle dans une nouvelle entreprise », s'agissant d'un pilote apte à reprendre une activité correspondant au moins au degré de qualification 3 dans le secteur des services selon l'ESS 1998. Le TFA s'est néanmoins empressé de préciser que l'art. 28 al. 4 OLAA n'était pas applicable car la diminution de la capacité de gain du recourant n'était pas essentiellement due à son âge et que, au moment de la décision sur opposition litigieuse, celui-ci n'était pas « avancé » au sens de la disposition précitée¹²⁴.

En revanche, dans l'arrêt N. (I 593/98) du 24.03.1999¹²⁵, le TFA a jugé que l'assuré qui a perdu son emploi pour des raisons de santé ne pourra obtenir dans une activité adaptée à son état que le salaire moyen qui est offert aux personnes

120 ATF 126 V 75 / VSI 2000 p. 314 / SVR 2001 IV no 12 p. 35, consid. 5a/bb ; VSI 1999 p. 182, consid. 3b ; RAMA 1999 U 343 p. 412, consid. 4b/cc et la référence citée.

121 ATF 126 V 75 / VSI 2000 p. 314 / SVR 2001 IV no 12 p. 35, consid. 5a/bb ; VSI 1999 p. 182, consid. 3b ; VSI 1998 p. 179 / SVR 1998 IV no 15 p. 53, consid. 3a ; RAMA 1999 U 343 p. 412, consid. 4b/cc.

122 ATF 126 V 75 / VSI 2000 p. 314 / SVR 2001 IV no 12 p. 35, consid. 5a/cc ; ATF 124 V 321 / VSI 1999 p. 51 / SVR 1999 IV no 11 p. 29, consid. 3b/aa.

123 VSI 1999 p. 246 / SVR 2000 IV no 13 p. 37, consid. 4c.

124 Tribunal fédéral des assurances, arrêt non publié H. (U 133/01) du 20.11.2001 consid. 5b *in fine* et 5c.

125 VSI 1999 p. 182, consid. 3b.

qui débutent à nouveau dans une entreprise. En outre, dans le secteur privé, les *années de service* perdent de leur importance en proportion des exigences moindres du poste de travail¹²⁶.

Il a aussi remarqué qu'il n'était pas exact d'affirmer que la totalité des *étrangers* gagnait moins que l'ensemble des Suisses et des étrangers réunis ; il pouvait exister des différences sensibles selon la catégorie des étrangers et le niveau des exigences, en particulier chez les titulaires d'une autorisation d'établissement (permis C) où le salaire moyen pour des tâches simples et répétitives peut être supérieur à la moyenne¹²⁷. Le TFA, en se basant sur l'ESS 1996, a toutefois observé que le TA12 montre que, pour les titulaires d'un permis B, le salaire moyen des hommes dont l'activité est simple et répétitive s'élève à environ 10 % de moins que celui de tous les Suisses et étrangers (hommes) ; le salaire passe de 4399 francs à 4000 francs. Il a ainsi retenu, de ce fait, une déduction sur le salaire du tableau de 10 %¹²⁸.

Il a enfin relevé que les employés à *temps partiel* ne gagnaient pas nécessairement moins – proportionnellement – que ceux qui travaillent à plein temps, notamment dans des domaines dans lesquels il existe des niches à combler par des emplois à temps partiel, qui sont très demandés par les employeurs et rémunérés en conséquence¹²⁹. Dans deux arrêts antérieurs, rendus en 1997 et 1998, le TFA avait pourtant soutenu la thèse contraire et jugé que, en règle générale, les personnes occupées à temps partiel gagnent proportionnellement moins que celles qui travaillent à plein temps. Il avait alors observé que c'est dans les postes pour lesquels les exigences sont les plus élevées que les désavantages salariaux sont les plus marqués. En conséquence, le TFA avait entièrement tenu compte de la différence de 13 % entre une activité à plein temps et une activité à temps partiel au titre de réduction sur le salaire statistique¹³⁰. Pour des activités dont les exigences sont peu élevées, le TFA avait en outre relevé un écart de salaire de 12,2 % entre un taux d'occupation supérieur à 90 % et un taux de 25 à 50 %, dont il avait également tenu compte, à côté d'autres facteurs, à raison d'une réduction totale de 25 % sur le salaire statistique¹³¹. Récemment, le TFA a précisé que les hommes occupés à temps partiel gagnent en règle générale

126 VSI 1999 p. 182, consid. 3b ; VSI 1999 p. 246 / SVR 2000 IV no 13 p. 37, consid. 4c.

127 ATF 126 V 75 / VSI 2000 p. 314 / SVR 2001 IV no 12 p. 35, consid. 5a/cc et les références citées à des arrêts non publiés qui ne précisent pas quelle ESS a été appliquée.

128 VSI 2000 p. 82, consid. 2b.

129 ATF 126 V 75 / VSI 2000 p. 314 / SVR 2001 IV no 12 p. 35, consid. 5a/cc et les références citées à des arrêts non publiés qui ne précisent pas quelle ESS a été appliquée.

130 VSI 1998 p. 179 / SVR 1998 IV no 15 p. 53, consid. 4b et 4c ; voir ESS 1994 p. 30, TA13, colonne 2.

131 VSI 1998 p. 293, consid. 3b *in fine* ; voir ESS 1994 p. 30, TA13, colonne 4.

proportionnellement moins que leurs collègues masculins occupés à plein temps¹³².

V. MOTIVATION ET APPRÉCIATION

L'administration et – en cas de recours – le juge ont l'obligation constitutionnelle de motiver la décision¹³³. Selon la jurisprudence relative à l'art. 4 al. 1 aCst., cette disposition a pour but d'éviter que les autorités ne se laissent guider par des motifs non pertinents et de permettre, le cas échéant, à l'intéressé d'attaquer la décision en connaissance de cause. Cela n'est possible que si lui-même et le juge appelé à se prononcer peuvent se faire une idée de la portée de la décision¹³⁴, ce qui ne signifie pas que l'autorité doive s'expliquer expressément sur chaque fait avancé ou objection juridique retenue. Il suffit de s'en tenir aux aspects essentiels de la décision¹³⁵. Pour ce qui concerne la thématique du cas particulier, l'administration doit motiver brièvement les raisons qui l'ont amenée à accorder une réduction du salaire statistique, et plus particulièrement les facteurs dont elle a tenu compte dans son appréciation globale¹³⁶. Enfin, les données relatives aux montants ou pourcentages à prendre en compte doivent figurer au dossier afin que la personne assurée puisse connaître les bases économiques sur lesquelles l'administration s'est fondée pour arriver à un certain degré d'invalidité¹³⁷.

Pour vérifier le bien-fondé d'une décision, l'autorité judiciaire chargée du contrôle ne doit pas substituer son pouvoir d'appréciation à celui de l'autorité de première instance. En ce qui concerne l'inopportunité d'une décision (art. 132 let. a OJ), il s'agit de savoir si la décision litigieuse que l'autorité compétente a prise *in concreto*, dans les limites de son pouvoir d'appréciation et en conformité avec les principes juridiques généraux, aurait été mieux appropriée si elle avait été motivée différemment. En matière d'assurances sociales, le juge ne saurait substituer son pouvoir d'appréciation à celui de l'administration sans raisons valables ; il doit donc pouvoir se fonder sur des éléments qui font apparaître que son estimation différente est mieux appropriée à la situation¹³⁸. Ainsi, le TFA a en définitive confirmé que le revenu d'invalidité pouvait se fonder sur le niveau 4 des exigences alors qu'il avait

132 VSI 2002 p. 64, consid. 5 ; voir ESS 1998 p. 20, tableau 6*.

133 Art. 8 al. 1 nCst.

134 ATF 126 V 75 / VSI 2000 p. 314 / SVR 2001 IV no 12 p. 35, consid. 5b/dd.

135 ATF 124 V 180, consid. 1a et les références citées.

136 ATF 126 V 75 / VSI 2000 p. 314 / SVR 2001 IV no 12 p. 35, consid. 5b/dd.

137 VSI 1998 p. 255, consid. 3a.

138 ATF 126 V 75 / VSI 2000 p. 314 / SVR 2001 IV no 12 p. 35, consid. 6 ; ATF 123 V 150 consid. 2 et les références citées.

laissé entendre que l'assuré aurait pu occuper un emploi correspondant au niveau 3¹³⁹.

VI. CONCLUSION

Les difficultés qui surgissent lors de la fixation du revenu d'invalidé résultent souvent du fossé qui existe entre le postulat selon lequel cet élément doit coller le plus possible à la réalité et le caractère somme toute fictif de ce revenu, ensuite de l'application des principes dégagés par la loi et la jurisprudence. Comme on vient de le rappeler, ce salaire est hypothétique lorsque les assurés ne peuvent ou ne veulent pas trouver d'emploi, ou encore lorsque seules les atteintes subies en relation de causalité avec l'accident entrent en ligne de compte pour la détermination du revenu. Il n'est en outre pas aisé de fixer un revenu correspondant à la réalité pour une activité donnée sur un marché du travail dit équilibré et, partant, fictif, dans la mesure où tant les activités que les salaires comparables à disposition reposent précisément sur le marché du travail actuel, lequel n'est pas nécessairement équilibré.

Il est indéniable que la possibilité de se référer aux salaires ressortant des statistiques (ESS) facilite la tâche de l'administration et du juge. Il ne faut toutefois pas perdre de vue que cette base de calcul, de par sa nature, n'en demeure pas moins abstraite, en ce sens que ces salaires statistiques ne peuvent jamais refléter de manière exacte une situation concrète dans un cas donné. Dans un arrêt récent¹⁴⁰, le TFA a laissé entendre qu'il possédait les connaissances nécessaires en matière de statistiques. Il relève par exemple que les salaires statistiques sont arrêtés sur la base des revenus de la population résidente suisse aussi bien qu'étrangère. L'OFS est toutefois en mesure d'établir, à la demande et en fonction des différents indicateurs dont il dispose, des statistiques plus précises et individualisées. Ainsi, il lui est tout à fait possible de mettre à disposition des chiffres pour les seuls Suisses ou au contraire pour les seuls étrangers, en différenciant en outre les renseignements suivant le type de permis, ou en combinant encore d'autres indicateurs (voir ci-dessus, ch. IV.B). Une collaboration plus étroite entre les assureurs, l'OFAS, les tribunaux et l'OFS serait éminemment souhaitable, ne serait-ce que pour des questions d'interprétation des tableaux publiés¹⁴¹. Soulignons que ces valeurs-là sont également établies selon des critè-

139 VSI 2002 p. 64, consid. 5 ; ATF 126 V 75 / VSI 2000 p. 314 / SVR 2001 IV no 12 p. 35, consid. 7a.

140 VSI 2002 p. 64, consid. 4b/bb et 4b/cc.

141 Par exemple, le TFA, se référant à l'ESS 1994 p. 30, TA13, colonne 2, constate que c'est dans les postes pour lesquels les exigences sont les plus élevées (ici le niveau 2) que les désavantages entre les personnes employées à temps partiel et celles à plein temps sont les plus marqués, et il procède à une déduction (VSI 1998 p. 179 / SVR 1998 IV no 15 p. 53,

res scientifiques et qu'elles sont en outre plus individualisées et ce, d'une manière aisément contrôlable.

Enfin, la pratique actuelle du TFA exprime tout le dilemme qu'il y a entre l'exigence d'égalité de traitement entre assurés et la prise en compte des circonstances individuelles du cas concret. Une analyse de la casuistique montre une application difficilement compréhensible et parfois peu contrôlable des différents facteurs de réduction. Les explications récentes du TFA¹⁴² n'interdisent pas de penser que la limitation maximale fixée à 25 % a pour seule fonction de canaliser la marge de manœuvre des autorités dont l'appréciation demeure difficile à contrôler¹⁴³.

consid. 4b). Cette différence ne pourrait-elle pas découler de ce qu'aux activités à temps partiel correspondent plutôt les salaires les plus bas parmi ceux du même niveau 2 considéré, de sorte qu'une réduction générale de 13 % ne semble pas justifiée ?

¹⁴² VSI 2002 p. 64, consid. 4b/bb.

¹⁴³ Jürg SCHEIDEGGER, *op. cit.*, p. 116, parle même d'arbitraire en cas de réduction non motivée de 35 %.