

Département fédéral de justice et
police (DFJP)
Office fédéral de la justice (OFJ)
Domaine de direction Droit public
Bundesrain 20
3003 Berne

Envoyé par courriel à :

cornelia.perler@bj.admin.ch

RR/as/jsa

312

Berne, le 23 février 2016

Vernehmlassung: Stellungnahme des Schweizerischen Anwaltsverbands zur Revision des Bundesgerichtsgesetzes (BGG)

Consultation : Prise de position de la Fédération Suisse des Avocats sur la révision de la loi sur le Tribunal fédéral (LTF)

Madame la Conseillère fédérale,

Mesdames, Messieurs,

Mit Schreiben des Eidgenössischen Justiz- und Polizeidepartementes vom 12. November 2015 wurde unter anderem der Schweizerische Anwaltsverband (SAV) eingeladen, zum Vernehmlassungsentwurf für obgenannte Vorlage Stellung zu nehmen. Wir danken Ihnen für diese Gelegenheit und äussern uns zu den geplanten Änderungen wie folgt:

Der SAV unterstützt grundsätzlich Bestrebungen welche dazu beitragen, Verbesserungen im

Verfahren vor dem Bundesgericht zu bewirken. Insbesondere anerkennt der SAV, dass die heutige Situation insofern unbefriedigend ist, als das Bundesgericht zufolge partieller Fehlbelastungen nicht immer in der Lage ist, seine Aufgabe zu erfüllen, nämlich als oberste Rechtspflegeinstanz im Bundesstaat für eine einheitliche Rechtsauslegung in den 26 Kantonen zu sorgen. Mit den nachfolgenden zum Teil kritischen Bemerkungen will der SAV keinesfalls diese Bemühungen zum Erliegen bringen, im Gegenteil: Der SAV ist der Meinung, dass das BGG als ausschliessliches Expertengesetz von den in erster Linie beteiligten Experten (Bundesgericht, Strafverfolgungsbehörden, Bundesamt für Justiz und SAV) gestützt auf das Ergebnis der eingehenden Vernehmlassungen auf Verbesserungsmöglichkeiten hin geprüft werden sollte. In diesem Sinne wollen wir die nachfolgende Kritik als konstruktiv in dem Sinn verstanden wissen, als dass die Reformbestrebungen nicht eingestellt, sondern basierend auf den einflussenden Erkenntnissen weitergeführt werden sollten.

A) Le recours en matière pénale

I. Remarque introductive

A lire le rapport sur le projet de modification de la loi sur le Tribunal fédéral (LTF), l'un des trois buts poursuivi par l'Office fédéral de la justice (OFJ) de « **décharger efficacement et durablement le Tribunal fédéral et garantir ainsi son bon fonctionnement** »¹.

A mieux lire ce rapport, il n'est pas fait état d'une surcharge actuelle du Tribunal fédéral (TF ci-après) mais future en raison de l'élargissement de son accès dans le domaine de l'assistance administrative internationale et de l'asile² dont il y a évidemment lieu de se réjouir mais qui aurait comme « corolaire » le rétrécissement drastique de l'accès au TF par les parties à une procédure pénale.

Au risque d'énoncer une évidence, le principal but poursuivi par les modifications envisagées pourrait être atteint en augmentant simplement les effectifs du TF, sans avoir donc à limiter l'accès des parties à une procédure pénale à notre haute cour.

Les modifications envisagées seront abordées ci-après dans le détail, mais la Fédération Suisse des Avocats (FSA) **désapprouve** de manière générale le fait que des parties à une procédure pénale (partie plaignante, victime ou auteur) – et donc par définition des justiciables qui ont affaire à la justice pour des faits très souvent de première importance et ayant trait à leur sphère privée, sinon intime – voient leurs droits limités au seul (ou presque) motif de décharger une autorité judiciaire.

II. Modifications proposées

a) Art. 78 al. 2 let. a. LTF / Le recours en matière pénale : principe

La version actuelle de l'art. 78 al. 2 let. a. LTF se lit comme suit : « *Sont également sujettes au recours en matière pénale : les décisions sur les prétentions civiles qui doivent être jugées en même temps que la cause pénale* ».

La modification proposée de la lettre a. de l'alinéa 2 de cet article est la suivante :
« *Sont également sujettes au recours en matière pénale : les décisions sur les*

¹ Rapport, p. 3, § 1.1 (nous mettons en évidence).

² Rapport, p. 4, § 2.1.1.

prétentions civiles que l'autorité précédente devait juger en même temps que la cause pénale ».

La nouvelle formulation cristallise la jurisprudence du TF³, élimine une incertitude et est donc à **saluer**.

b) Art. 79 LTF : Exception

La version actuelle de l'art. 79 LTF est la suivante : « *Le recours est irrecevable contre les décisions de la cour des plaintes du Tribunal pénal fédéral, sauf si elles portent sur des mesures de contrainte* ».

La nouvelle version proposée de cet article est, quant à elle, la suivante :

« 1. *Le recours est irrecevable contre :*

- a. *Les condamnations en raison d'une contravention, sauf si une amende supérieure à 5'000 francs a été prononcée ou si le recours vise le prononcé d'une peine plus lourde ;*
 - b. *Les décisions des cours des plaintes du Tribunal pénal fédéral qui ne portent ni sur des mesures de contrainte ni sur une ordonnance de classement ;*
 - c. *Les décisions des autorités cantonales de recours rendues en vertu de l'art. 20 du code de procédure pénale qui ne portent ni sur des mesures de contrainte ni sur une ordonnance de classement.*
2. *Même dans les cas visés à l'al. 1, le recours est recevable si la contestation soulève une question juridique de principe ou porte, pour d'autres motifs, sur un cas particulièrement important ».*

La première nouvelle exception (**let. a.**) à l'accès au TF en matière pénale concerne les condamnations pour contravention, lorsque l'amende n'excède pas CHF 5'000.- et que le recours ne vise pas le prononcé d'une peine plus lourde.

Pour mémoire, les contraventions sont les infractions passibles d'une amende et non d'une peine privative de liberté, ni d'une peine pécuniaire (calculée en jours-amende : art. 10 et 103 CP). Selon les dispositions actuelles relatives au casier judiciaire, les amendes pour contravention de CHF 5'000 au plus n'y sont, en règle générale, pas enregistrées (art. 3 al. 1 let. c et d de l'Ordonnance du 29 septembre 2006 sur le casier judiciaire). A noter que, selon l'art. 106 al. 2 CP, le juge pénal prononce une peine privative de liberté de substitution d'un jour au moins et de trois mois au plus. Il n'est pas ici question que d'argent.

Cette nouvelle exception **ne se justifie pas** à notre sens.

Une condamnation pénale (même) à une amende (qui n'emporterait pas inscription au casier judiciaire mais exposerait ultimement à une peine privative de liberté) est et reste une affaire de première importance pour un justiciable, respectivement qui pose souvent des questions juridiques complexes (sans rapport avec la quotité de l'amende). On peut penser, par exemple, aux infractions à la Loi sur la circulation

³ ATF 133 III 701.

routière, à la Loi sur la concurrence déloyale ou encore à la Loi sur les Bourses.

A noter que lors de l'élaboration de la LTF, le Conseil fédéral avait suggéré d'instaurer des nouvelles exceptions à la recevabilité du recours en matière pénale, notamment en ce qui concernait la valeur litigieuse des prétentions civiles et des valeurs minimales relatives aux montants infligés par des amendes et des peines pécuniaires⁴. A l'occasion des débats parlementaires, cette restriction à l'accès au TF a suscité des réserves et le Conseil fédéral lui-même avait finalement proposé d'y renoncer en considérant que l'effet de décharge était faible⁵.

La deuxième et la troisième exception (**let. b. et c.**) envisagées conduiraient à ce que les décisions des autorités cantonales de recours (art. 20 CPP) et du Tribunal pénal fédéral (c'est déjà le cas aujourd'hui, comme vu *supra*⁶) soient en principe définitives, à moins qu'elles ne concernent des mesures de contrainte ou qu'il s'agisse de décisions de classement.

Ces deux exceptions **ne se justifient pas** non plus.

Pour mémoire, le CPP est entré en vigueur en janvier 2011 et est donc un code « jeune ». Le TF a dû beaucoup œuvrer à son interprétation, lorsqu'il ne s'est pas agi pour lui de combler des lacunes. Au risque d'énoncer une évidence, l'application du CPP doit être uniforme en Suisse et seul le TF est en mesure de faire en sorte que cela soit bien le cas.

Par ailleurs, les décisions prises sur recours par les tribunaux cantonaux ou par le Tribunal pénal fédéral portent sur des questions de procédure qui sont fondamentales pour le respect d'une instruction et d'un procès équitables. Ces décisions sont pour la plupart soumises à un seul degré de juridiction, voire sont prises par un tribunal en tant qu'instance cantonale unique⁷. Empêcher l'accès au TF pour les décisions prises sur recours, au sens de l'art. 20 CPP, par les tribunaux cantonaux ou le Tribunal pénal fédéral, et donc qu'un justiciable ne puisse pas faire contrôler des décisions d'un tribunal par un autre tribunal, ce qui n'est pas concevable en matière de procédure pénale.

L'exception aux trois exceptions (**al. 2**) qui prévoit que, si le recours soulève une question de principe ou porte, pour d'autres motifs, sur un cas particulièrement important, il sera recevable, n'enlève rien aux considérations qui précèdent.

La notion de question de principe et de cas particulièrement important est bien trop vague.

L'actuel art. 84 LTF est une disposition similaire, qui conduit à l'irrecevabilité de la majorité, sinon la quasi-totalité des recours au TF en matière d'entraide pénale

⁴ FF 2001 4112.

⁵ Corboz/Wurburger/Ferrari/Frésard/Girardin (éds.), Commentaire de la LTF, 2ème édition, Berne 2014, ad art. 79 N 3.

⁶ Art. 79 LTF, dont la conformité à l'exigence du double degré de juridiction exigé par la CEDH est plus que discutable.

⁷ Notamment les décisions du Tribunal des mesures de contraintes non sujettes à recours (art. 393 al. 1 let. c. CPP).

internationale⁸. En matière pénale et de procédure pénale, **une disposition de ce type n'est pas souhaitable.**

A noter enfin, et surtout, que l'une des autres modifications envisagées est de supprimer le recours constitutionnel subsidiaire (le chapitre 5 de la LTF serait abrogé dans son entier). A bien comprendre le rapport de l'OFJ, le recours constitutionnel subsidiaire serait « remplacé » par la règle permettant d'interjeter un recours au TF s'il soulève une question juridique de principe ou s'il porte sur un cas particulièrement important, nonobstant les valeurs litigieuses et les exceptions visées aux art. 73, 79 et 83 LTF.

Aussi, dans le cadre du recours en matière pénale, il ne sera ainsi pas possible pour un justiciable se trouvant dans une des exceptions prévues par le nouvel art. 79 al. 2 LTF de se plaindre d'une violation de ses droits constitutionnels et fondamentaux, respectivement de la constatation des faits et/ou de l'application du droit arbitraires.

En matière pénale et de procédure pénale, **cela n'est pas acceptable.**

Si l'abrogation du chapitre 5 de la LTF est maintenue et l'exception de l'al. 2 de l'art. 79 LTF aux trois exceptions de son al. 1 l'est aussi, **il faudra impérativement que l'al. 2 soit amendé**, en ce sens qu'au-delà de la question de principe et du cas particulièrement important, **un recours en matière pénale sera recevable si le recourant se plaint d'une violation d'un droit constitutionnel ou de rang supérieur.**

c) Art. 79a LTF : Valeurs litigieuses minimales

Le recours en matière pénale est, en l'état de la LTF, recevable quelle que soit la valeur litigieuse.

Le nouvel art. 79a LTF imposera une valeur litigieuse de CHF 30'000 (par un renvoi à l'actuel art. 74 LTF) pour les recours qui portent exclusivement sur des prétentions civiles ; à défaut, le recours au TF sera irrecevable.

La variante suivante est également proposée :

- « 1. *Si la valeur litigieuse est inférieure à CHF 30'000, le recours est irrecevable contre les décisions relatives :*
- a. *aux prétentions civiles pécuniaires ;*
 - b. *au droit du prévenu à une indemnité ou à une réparation du tort moral par l'Etat.*
2. *Même lorsque la valeur litigieuse minimale n'est pas atteinte, le recours est recevable si la contestation soulève une question juridique de principe ou porte, pour d'autres motifs, sur un cas particulièrement important ».*

La valeur litigieuse a son sens en lien avec un recours en matière civile. Il n'en va pas de même en matière pénale et de procédure pénale.

⁸ Le TF jouit en effet d'une très large marge d'appréciation pour juger si un recours est recevable ou ne l'est pas (Arrêt du Tribunal fédéral 2C_252/2015 du 4 avril 2015, c. 3 ; ATF 139 II 340, c. 4).

A noter surtout que la valeur litigieuse rendrait très rare, en pratique, l'accès au TF par les parties plaignantes sur la question de leurs prétentions civiles qui sont principalement, sinon uniquement, constituées (du moins dans les affaires de droit pénal dit commun) du tort moral, qui, en Suisse, dépasse rarement les CHF 30'000.-.

Il serait choquant, du reste, que la valeur litigieuse en matière pénale soit supérieure à celle exigée pour un recours en matière civile dans les domaines du droit du bail ou du droit du travail (CHF 15'000.-, cf. art. 74 al. 1 let. a LTF).

En ce qui concerne les prétentions civiles du prévenu acquitté contre l'Etat, celles-ci ne dépassent également que très rarement les CHF 30'000.-. Cela rendrait *de facto* l'accès au TF impossible pour le prévenu acquitté et n'est donc pas souhaitable, pour dire le moins.

Pour les mêmes motifs exposés *supra*, l'exception de recevabilité du recours qui soulève une question juridique de principe, ou porte sur un cas particulièrement important, n'enlève rien au fait qu'**introduire une valeur litigieuse en lien avec un recours en matière pénale n'est souhaitable pour aucune des parties à une procédure pénale** (le ministère public compris, au demeurant).

d) Art. 80 al. 2, 3ème phrase LTF : Autorités précédentes

L'actuel art. 80 al. 2 LTF se lit comme suit : « *Les cantons instituent des tribunaux supérieurs comme autorités cantonales de dernière instance. Ces tribunaux statuent sur recours. Sont exceptés les cas dans lesquels le code de procédure pénale du 5 octobre 2007 (CPP) prévoit un tribunal des mesures de contrainte ou un autre tribunal comme instance cantonale unique* ».

L'abrogation de la 3^{ème} phrase de cet al. 2 est proposée et **souhaitable**.

Elle permet en effet d'éliminer des exceptions au principe de la double instance, qui sont un corps étranger au système des voies de droit et qui surchargent (inutilement) le TF, qui ne doit statuer, le cas échéant, qu'en dernier lieu.

e) Art. 81 al. 1 let. b ch. 5 et al. 4 LTF : Qualité pour recourir

Pour mémoire, la version actuelle de l'art. 81 al. 1 let. b. LTF se lit comme suit :

« 1. *A qualité pour former un recours en matière pénale quiconque*

b. a un intérêt juridique à l'annulation ou à la modification de la décision attaquée, soit en particulier :

1. *l'accusé,*
2. *le représentant légal de l'accusé,*
3. *l'accusateur public,*
4. *abrogé*
5. *la partie plaignante, si la décision attaquée peut avoir des effets sur le jugement des prétentions civiles,*
6. *le plaignant, pour autant que la contestation porte sur le droit de porter plainte,*

7. *le Ministère public de la Confédération et les autorités administratives participant à la poursuite et au jugement des affaires pénales administratives selon la loi fédérale du 22 mars 1974 sur le droit pénal administratif ».*

La nouvelle version de l'art. 81 al. 1 let. b. LTF se lirait ainsi : « *A qualité pour former un recours en matière pénale quiconque a un intérêt juridique à l'annulation ou à la modification de la décision attaquée, soit en particulier :*

« La partie plaignante, si la décision attaquée statue matériellement sur sa plainte pénale ou son action civile ou peut avoir des effets sur le jugement des prétentions civiles qu'elle fait valoir en tant que victime.(...) »

(al. 4) Les cantons peuvent conférer à une autorité dont le domaine d'attribution inclut l'exécution des peines et mesures la qualité pour recourir contre les décisions cantonales visées à l'art. 78 al. 3 let. b. ».

L'al. 1 let. b. ch. 5 suppose que la partie plaignante, qui souhaite recourir au TF, soit une victime au sens de la Loi sur l'aide aux victimes (LAVI ; art. 116 CPP).

Cela n'est pas acceptable, puisque cela revient à priver l'accès au TF pour les parties plaignantes qui sont lésées économiquement seulement, sans être atteintes dans leur intégrité physique, psychique ou sexuelle.

Une telle disposition est contraire au CPP, lequel accorde la qualité de partie plaignante à tous les lésés (art. 382 al. 1 CPP), et pas seulement aux victimes au sens de la LAVI et de l'art. 116 CPP.

L'accès au TF pour les parties plaignantes non victimes LAVI a été introduit dans la LTF parallèlement à l'entrée en vigueur du CPP (1^{er} janvier 2011) et est donc une modification récente voulue par notre législateur.

Enfin, empêcher la partie plaignante non victime de recourir au TF, reviendrait à créer une inégalité de traitement entre la partie plaignante lésée exerçant un recours en matière de droit pénal et celle exerçant un recours en matière de droit civil, puisqu'un tel recours n'est pas restreint aux seules victimes (art. 76 LTF).

B) Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten

1. Generelle Bemerkungen aus der Sicht des öffentlichen Rechts

- 1 Das zentrale Revisionselement aus der Sicht des öffentlichen Rechts ist die Abkehr von der subsidiären Verfassungsbeschwerde bei gleichzeitiger Einführung eines Annahmeverfahrens im Bereich der gesetzlichen Ausnahmen zur Einheitsbeschwerde. Es würde also einen Wechsel von einem Rechtsmittel zu einem blossen Rechtsbehelf stattfinden. Dieser Wechsel wird vom SAV aus den nachfolgenden Gründen abgelehnt.

1.1. Abschaffung der subsidiären Verfassungsbeschwerde

- 2 Der SAV ist der Ansicht, dass dem noch jungen Instrument der subsidiären Verfassungsbeschwerde eine entscheidende Rolle in der Bundesrechtspflege zukommt. Zur Funktionsbestimmung der subsidiären Verfassungsbeschwerde ist es notwendig, die

Entstehungsgeschichte dieses Rechtsmittels im Auge zu behalten. Während der Justizreform im Jahr 2005 schlug die Arbeitsgruppe „Bundesgerichtsgesetz“ die Einführung einer subsidiären Verfassungsbeschwerde „in letzter Minute“ vor, um einer drohenden Rechtsschutzlücke Abhilfe zu schaffen. Das neue Rechtsmittel wurde sowohl vom Bundesgericht selbst, als auch vom Bundesrat und von der Bundesversammlung durchwegs begrüsst.⁹ Durch die Einführung der subsidiären Verfassungsbeschwerde sollte die Wahrung der Grundrechte, deren Rechtsfortbildung sowie die Einheit der Rechtsprechung in diesem wichtigen Bereich gesichert werden.¹⁰ Diese Funktion nahm die subsidiäre Verfassungsbeschwerde nach Ansicht des SAV in den letzten Jahren denn auch sachdienlich ein. Bei einer Abschaffung der subsidiären Verfassungsbeschwerde droht aber genau in diesem Bereich eine Rechtsschutzlücke zu entstehen.

- 3 Die Vorlage sieht vor, die subsidiäre Verfassungsbeschwerde durch die Einführung eines Annahmeverfahrens im Bereich der gesetzlichen Ausnahmen zur Einheitsbeschwerde zu ersetzen.¹¹ Gemäss dieses Annahmeverfahrens ist eine Beschwerde in den Ausnahmehereichen im Sinne einer Gegenausnahme doch zulässig, „*wenn sich eine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung stellt oder aus anderen Gründen ein besonders bedeutender Fall vorliegt*“. Dieses Annahmeverfahren schafft nach Ansicht des SAV jedoch keinen tauglichen Ersatz für die subsidiäre Verfassungsbeschwerde. Die Abschaffung der subsidiären Verfassungsbeschwerde führt dazu, dass der Stellenwert und die Bedeutung der Bundesverfassung reduziert werden. Die einheitliche Anwendung der Bundesverfassung könnte nicht mehr in gleicher Weise gewährleistet werden, was in einer Schwächung des Bundesstaates resultieren würde.
- 4 Aus der sehr vagen begrifflichen Umschreibung der Gegenausnahme ergibt sich insbesondere nicht, ob das Bundesgericht dereinst sämtliche Verfassungsfragen als Rechtsfragen von grundsätzlicher Bedeutung einordnen würde. Betrachtet man die bisherige Rechtsprechung des Bundesgerichts zum unbestimmten Rechtsbegriff der Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung, so ist davon eher nicht auszugehen, da das Bundesgericht diese Frage objektiv aus der Sicht der Allgemeinheit zu beurteilen und nicht auf die Einzelfallgerechtigkeit Rücksicht zu nehmen scheint.¹² Würde das Bundesgericht die Verfassungsfragen nicht generell unter die Gegenausnahme subsumieren und entsprechende Beschwerden annehmen, ergäbe sich daraus unter Umständen die Situation, dass kantonale Entscheide direkt an den Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte (EGMR) weitergezogen werden könnten. Daraus könnte die Konstellation resultieren, dass der EGMR die Schweiz wegen einer kantonal begangenen Grundrechtsverletzung verurteilt, obwohl sich nie ein eidgenössisches Gericht mit der kantonalgerichtlichen Auslegung der Grundrechte befasst hat. Der Beziehung zwischen der Schweiz und dem EGMR könnte durch solche Fallkonstellationen unnötigerweise belastet werden.
- 5 Beizupflichten ist dem Bundesrat insoweit, als er im Bericht zum Vernehmlassungsentwurf festhält, dass die Vorinstanzenregelung im Rahmen der subsidiären

⁹ Vgl. dazu ALFRED KÖLZ/ISABELLE HÄNER/MARTIN BERTSCHI, *Verwaltungsverfahren und Verwaltungsrechtspflege des Bundes*, 3. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2013, N. 1749; ALEXANDER MISIC, *Verfassungsbeschwerde. Das Bundesgericht und der subsidiäre Schutz verfassungsmässiger Rechte* (Art. 113-119 BGG), Zürich 2010, N. 62 ff.

¹⁰ KÖLZ/HÄNER/BERTSCHI (Fn. 1), N. 1749; MISIC (Fn. 1), N. 44 ff.

¹¹ Zum Annahmeverfahren unten Ziff. 1.2.

¹² GORAN SEFEROVIC, in: WALDMANN/BELSER/EPINEY (HRSG.), *BSK BV*, Basel 2015, Art. 191 N. 18.

Verfassungsbeschwerde ein gewisses Rechtsschutzdefizit bewirkt, da nur kantonale Entscheide, nicht aber Entscheide des Bundesverwaltungsgerichts und des Bundesstrafgerichts, mit der subsidiären Verfassungsbeschwerde angefochten werden können.¹³ Der Rechtsschutz gegen Entscheide des Bundesverwaltungsgerichts und des Bundesstrafgerichts könnte aber problemlos durch eine Änderung der Vorinstanzenregelung in Art. 113 BGG verbessert werden. Art. 113 BGG müsste neu vorsehen, dass die subsidiäre Verfassungsbeschwerde auch gegen Entscheide des Bundesverwaltungsgerichts und des Bundesstrafgerichts zulässig wäre. Es ist wenig einleuchtend, weshalb zum Ausbau des Rechtsschutzes gegen Entscheide des Bundesverwaltungsgerichts und des Bundesstrafgerichts ein Wechsel vom Rechtsmittel der subsidiären Verfassungsbeschwerde hin zum Annahmeverfahren erfolgen muss.

- 6 Nach Ansicht des SAV rechtfertigt die staatstragende Funktion der subsidiären Verfassungsbeschwerde (einheitliche Rechtsanwendung im Grundrechtsbereich wie auch Sicherstellung einer eidgenössischen Instanz vor einer allfälligen Anrufung des EGMR) die daraus resultierende Belastung des Bundesgerichts (heute rund 5% der gesamten Geschäftslast). In seinem Evaluationsbericht war denn auch der Bundesrat noch dieser Meinung; daran sollte festgehalten werden.¹⁴

1.2. Annahmeverfahren im Bereich des Ausnahmekatalogs

- 7 Wie erwähnt, soll die subsidiäre Verfassungsbeschwerde durch ein Annahmeverfahren im Bereich der gesetzlichen Ausnahmen zur Einheitsbeschwerde abgelöst werden. In den Fällen, in denen die Beschwerde an das Bundesgericht grundsätzlich ausgeschlossen ist, soll die Einheitsbeschwerde im Sinne einer Gegen Ausnahme trotzdem zulässig sein, „*wenn sich eine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung stellt oder aus anderen Gründen ein besonders bedeutender Fall vorliegt*“. Diese Gegen Ausnahme soll auch als Gegen Ausnahme zum Ausnahmekatalog im Rahmen der Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten zur Anwendung kommen (Art. 83 Abs. 2 VE-BGG). Die Einführung eines solchen Annahmeverfahrens wird vom SAV aus den nachfolgenden Gründen abgelehnt:
- 8 Bereits Art. 191 BV, der den Zugang zum Bundesgericht verfassungsrechtlich verankert, steht der Einführung eines generellen Annahmeverfahrens im Grunde entgegen, da der grundsätzlich offene Zugang zum Bundesgericht die Richtschnur darstellen soll.¹⁵ Zwar lässt Art. 191 BV in gewissen Fällen Ausnahmen vom Zugang zum Bundesgericht zu; dieser darf aber nicht generell von einem Annahmeverfahren abhängig gemacht werden.
- 9 Das BGG kennt in seiner aktuellen Fassung in gewissen Einzelfällen bereits Gegen Ausnahmen im Sinne des neu vorgesehenen Annahmeverfahrens. Dies beispielsweise bei der internationalen Rechtshilfe in Strafsachen (Art. 84 und 84a BGG) oder bei Entscheiden auf dem Gebiet der öffentlichen Beschaffung (Art. 83 Bst. f Ziff. 2 BGG).

¹³ Vgl. Änderung des Bundesgerichtsgesetzes, Bericht zum Vernehmlassungsentwurf vom 4. November 2015, S. 8. Vgl. auch GORAN SEFEROVIC, in: WALDMANN/BELSER/EPINEY (HRSG.), BSK BV, Basel 2015, Art. 191 N. 24 f.

¹⁴ Bericht des Bundesrates über die Gesamtergebnisse der Evaluation der neuen Bundesrechtspflege vom 30. Oktober 2013, BBI 2013 9077, 9099 f.

¹⁵ GORAN SEFEROVIC, in: WALDMANN/BELSER/EPINEY (HRSG.), BSK BV, Basel 2015, Art. 191 N. 7. Gegen die Verfassungsmässigkeit eines Annahmeverfahrens ausgesprochen hat sich auch bereits PETER SCHIBLI, Die Möglichkeit der Einführung einer Zulassungsbeschränkung am schweizerischen Bundesgericht nach dem Muster des amerikanischen Certiorari-Verfahrens, Bern/Frankfurt am Main/New York 1984, S. 187.

Die Auslegung dieser Gegenausnahmen durch das Bundesgericht ist aber nicht einheitlich und zeigt die Beliebigkeit des Rechtsschutzes auf, die sich durch ein solches Annahmeverfahren ergibt. Während das Bundesgericht die Gegenausnahme im Bereich der internationalen Rechtshilfe in Strafsachen äusserst restriktiv handhabt, wird bei Entscheiden auf dem Gebiet der öffentlichen Beschaffung nicht selten eine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung angenommen und auf die Beschwerde eingetreten.¹⁶ Diese Beliebigkeit verunmöglicht eine zuverlässig anwaltliche Beratung der Klienten im Hinblick auf die Eintretenschancen.

- 10 Diente das Annahmeverfahren neu als Ersatz für die subsidiäre Verfassungsbeschwerde, würde die Unbestimmtheit des Passus „*wenn sich eine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung stellt oder aus anderen Gründen ein besonders bedeutender Fall vorliegt*“ für die Rechtssuchenden zu einer beträchtlichen Rechtsunsicherheit führen.¹⁷ Bereits der Bericht zum Vernehmlassungsentwurf stellt fest, dass dem Bundesgericht bei der Auslegung der Gegenausnahme ein weiterer Beurteilungsspielraum zukommt.¹⁸ Aus Sicht der Anwaltschaft ist dabei anzumerken, dass die anwaltliche Sorgfaltspflicht in Zukunft wohl häufig gebieten würde, der Klientschaft zur Beschwerdeerhebung zu raten, da es theoretisch möglich bzw. aufgrund der Voraussetzungen nicht ausgeschlossen wäre, dass das Bundesgericht auf die Beschwerde eintreten würde. Dies resultierte einerseits in einer grossen Rechtsunsicherheit, die die Rechtssuchenden zu tragen hätten und andererseits in einer beträchtlichen Mehrbelastung des Bundesgerichts. Beides kann kaum Ziel der Vorlage sein.
 - 11 Eine zentrale Funktion des Bundesgerichts ist die Sicherstellung der einheitlichen Anwendung von Bundesrecht. Basiert der Entscheid, welche Fälle behandelt werden und welche nicht, in Zukunft in weiten Bereichen auf dem Ermessen des Bundesgerichts, so kann diese Funktion nicht in genügendem Masse wahrgenommen werden. Kantonale Vollzugsdefizite, die insbesondere im Bundesverwaltungsrecht bestehen, würden sich mit der Abschaffung der subsidiären Verfassungsbeschwerde vergrössern, da das Bundesgericht keine Kenntnis von der kantonalen Praxis hat.
 - 12 Sollte die subsidiäre Verfassungsbeschwerde tatsächlich durch ein Annahmeverfahren in der Form des vorgesehenen ersetzt werden, so steht der SAV dezidiert dafür ein, dass die Einheitsbeschwerde zumindest auch immer dann zulässig ist, wenn verfassungsmässige Rechte oder die willkürliche Feststellung des Sachverhalts gerügt werden.
2. Bemerkungen zu einzelnen Revisionsinhalten bzw. neuen Bestimmungen im Bereich des öffentlichen Rechts

2.1. Zu Art. 83 VE-BGG

- 13 Der SAV steht der Vorlage im Bereich der Neuregelung der Ausnahmen zur Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten grundsätzlich positiv gegenüber. Allerdings sollte die subsidiäre Verfassungsbeschwerde unserer Ansicht nach nicht durch das in Art. 83 Abs. 2 VE-BGG vorgesehene Annahmeverfahren ersetzt werden, dies insbesondere aus Gründen der Rechtssicherheit und der einheitlichen Anwendung der

¹⁶ Vgl. zum Beispiel BGE 138 I 143 E. 1.1.2.

¹⁷ Vgl. zu den unklaren Konturen des Begriffs GORAN SEFEROVIC, in: WALDMANN/BELSER/EPINEY (HRSG.), BSK BV, Basel 2015, Art. 191 N. 21.

¹⁸ Änderung des Bundesgerichtsgesetzes, Bericht zum Vernehmlassungsentwurf vom 4. November 2015, S. 5.

Bundesverfassung.¹⁹ Unserer Ansicht nach sollte das Annahmeverfahren in Abs. 2 gestrichen und nur im bisherigen Umfang in Bezug auf Art. 83 Bst. f und Art. 85 BGG belassen werden. Denn hier erweitert die Gegen Ausnahme den an sich vom Katalog her ausgeschlossenen bundesgerichtlichen Rechtsschutz, weshalb sie trotz der ihr inhärenten Eintretensunsicherheit der Rechtssicherheit, der Rechtsvereinheitlichung und der Rechtsfortbildung dient.

- 14 Der SAV schlägt jedoch vor, die Vorinstanzenregelung bei der subsidiären Verfassungsbeschwerde (Art. 113 BGG) im Sinne eines besseren Rechtsschutzes anzupassen. Neu sollten auch Entscheide des Bundesverwaltungsgerichts (und des Bundesstrafgerichts) mit der subsidiären Verfassungsbeschwerde angefochten werden können. Durch diese Neuregelung würden die im Zusammenhang mit Art. 83 BGG aufgedeckten Rechtsschutzlücken geschlossen.

2.2. Zu Art. 84a VE-BGG, Art. 33 Bst. a und b VE-VGG und Aufhebung von Art. 47 Abs. 6 RVOG

- 15 Die mit Art. 84a VE-BGG und Art. 33 Bst. a und b VE-VGG (zusammen mit der Aufhebung von Art. 47 Abs. 6 RVOG) vorgesehenen Neuerungen verbessern den Rechtsschutz gegen Verfügungen des Bundesrates und der Bundesversammlung. Die Verbesserung des Rechtsschutzes in diesem Bereich ist notwendig und wird vom SAV sehr begrüsst, da in erstinstanzlichen Anordnungen der Bundesversammlung und des Bundesrates oft auch da politische Argumente ausschlaggebend sind, wo dies nicht sein sollte, da klare rechtliche Grundlagen den Handlungsrahmen abstecken.

2.3. Zu Art. 86 Abs. 2 VE-BGG

- 16 Art. 86 Abs. 2 VE-BGG sieht vor, dass nur noch obere kantonale Gerichte als unmittelbare Vorinstanzen des Bundesgerichts entscheiden können. Auch dies wird vom SAV begrüsst.

2.4. Zu Art. 93a VE-BGG

- 17 In Art. 93a VE-BGG wird neu vorgesehen, dass in Verfahren, bei denen der Endentscheid nur aufgrund des (grundsätzlich neuen) Annahmeverfahrens anfechtbar wäre, auch die Teil-, Vor- oder Zwischenentscheide nur im Rahmen dieses Annahmeverfahrens anfechtbar sein sollen.
- 18 Wie bereits ausführlich erläutert, spricht sich der SAV grundsätzlich gegen ein solches Annahmeverfahren aus.²⁰
- 19 In Bezug auf Art. 93a VE-BGG ist dieser Grundsatzkritik beizufügen, dass aus der Systematik des Gesetzes geschlossen werden muss, dass sich Art. 93a VE-BGG auch auf Art. 92 BGG (Anfechtung von Vor- und Zwischenentscheiden über die Zuständigkeit und den Ausstand) bezieht. Selbständig eröffnete Entscheide über Ausstandsbegehren sollten von dieser Neuregelung aber in keinem Fall betroffen werden, ansonsten der Anspruch auf ein durch Gesetz geschaffenes, zuständiges, unabhängiges und

¹⁹ Vgl. oben Ziff. 1.

²⁰ Vgl. insb. Ziff. 1 zuvor.

unparteiisches Gericht nach Art. 30 Abs. 1 BV und Art. 6 Ziff. 1 EMRK nicht durchwegs gewährleistet werden kann.²¹

2.5. Zu Art. 93b VE-BGG und zur Aufhebung von Art. 98 BGG

- 20 Art. 93b VE-BGG sieht Änderungen in Bezug auf die Zulässigkeit der Beschwerde gegen vorsorgliche Massnahmen vor. Bei geltender Rechtslage ist die Beschwerde gegen vorsorgliche Massnahmen dann zulässig, wenn die Verletzung verfassungsmässiger Rechte gerügt wird und wenn ein nicht wieder gutzumachender Nachteil droht. Die Vorlage sieht vor, dass Entscheide über vorsorgliche Massnahmen nur noch über das grundsätzlich neu eingeführte Annahmeverfahren beim Bundesgericht angefochten werden können. Die Anfechtung vorsorglicher Massnahmen wäre folglich nur noch möglich, wenn sich eine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung stellt oder aus anderen Gründen ein besonders bedeutender Fall vorliegt.
- 21 Die Einführung des Annahmeverfahrens wird vom SAV ganz grundsätzlich und auch im Bereich der vorsorglichen Massnahmen abgelehnt.
- 22 Gemäss Art. 5 ZPO entscheidet in bestimmten Angelegenheiten zuweilen nur eine einzige kantonale Instanz. In diesen Bereichen ist das Bundesgericht die einzige Instanz, welche sicherstellen kann, dass die Verfassungsmässigkeit vorsorglicher Massnahmen gewahrt wird. Da nicht davon ausgegangen werden kann, dass das Bundesgericht bei jeder Verfassungsfrage eine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung oder einen aus anderen Gründen besonders bedeutenden Fall annimmt, ergibt sich aus der neuen Regelung eine beträchtliche Einschränkung des Rechtsschutzes im Bereich der vorsorglichen Massnahmen. Dies ist abzulehnen.

2.6. Zu Art. 97 Abs. 2 VE-BGG und Art. 105 Abs. 3 VE-BGG

- 23 Die Neuformulierungen der Art. 97 Abs. 2 und 105 Abs. 3 VE-BGG sehen sowohl eine Einschränkung als auch eine Ausdehnung der Kognition des Bundesgerichts in zwei verschiedenen Bereichen vor. Während der SAV die Ausdehnung der Kognition im Bereich der Stimmrechtsbeschwerde begrüsst, steht er der Einschränkung der Kognition im Bereich der Unfall- und Militärversicherung kritisch gegenüber.
- 24 Richtet sich eine Beschwerde gegen einen Entscheid über die Zusprechung oder Verweigerung von Geldleistungen der Unfall- und Militärversicherung, so ist das Bundesgericht nach geltender Rechtslage nicht an die Sachverhaltsfeststellung der Vorinstanz gebunden. Die Vorlage sieht vor, dass diese Ausnahme von der allgemeinen Regelung dahinfallen soll. Die Kognitionseinschränkung wird vom SAV als nicht angemessen beurteilt. Mangelhafte Sachverhaltsfeststellungen im Bereich der Sozialversicherungen haben einen grossen Einfluss auf die Höhe der entsprechenden Geldleistungen.²² Zudem liegt einem sozialversicherungsrechtlichen Entscheid oft ein rasches und einfaches Verfahren zugrunde, das auch eine beschränkte Sachverhaltskontrolle mit sich bringt. Es ist zwar sachlich nicht ersichtlich, weshalb nicht

²¹ Vgl. NICOLAS VON WERDT, in: Seiler/von Werdt/Güngerich (Hrsg.), Handkommentar zum Bundesgerichtsgesetz, Bern 2007, Art. 92 N. 16. Es wurde bewusst nicht die neuste Auflage des Kommentars zitiert, da sich diese Aussage aus der 2. Auflage, 2015, so nicht ergibt.

²² Vgl. BGE 135 V 194 E. 3.4.

auch die Invalidenversicherung von der Bestimmung erfasst ist, die Regelung ist aber bereits Ausdruck eines politischen Kompromisses.²³ Die Kognition des Bundesgerichts im Bereich der Sozialversicherungen sollte daher nicht weiter eingedämmt werden.

- 25 Im Bereich der Stimmrechtsbeschwerde wurde die Kognition des Bundesgerichts dafür ausgedehnt, da dieses zuweilen erste Gerichtsinstanz ist. Art. 97 Abs. 2 VE-BGG und Art. 105 Abs. 3 VE-BGG sehen daher neu vor, dass das Bundesgericht in diesen Fällen sowohl Sachverhalts- als auch Rechtsfragen voll überprüfen können soll. Dies ist im Hinblick auf eine umfassende Verwirklichung der Rechtsweggarantie nach Art. 29a BV sehr begrüssenswert.²⁴

2.7. Zu Art. 106 Abs. 3 VE-BGG

- 26 Art. 106 Abs. 3 VE-BGG bezieht sich auf das grundsätzlich neu geschaffene Annahmeverfahren und würde mit Verzicht auf dessen Einführung obsolet. Die neue Regelung sieht vor, dass das Bundesgericht bei Beschwerden, die dem Annahmeverfahren unterliegen, in einem ersten Schritt lediglich prüft, ob eine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung oder ein besonders bedeutender Fall gegeben ist. Bejaht das Bundesgericht dies, beschränkt es seine materielle Prüfung zunächst darauf, ob die rechtliche Grundsatzfrage begründet ist. Sieht das Bundesgericht diese als begründet an, so prüft es auch die übrigen in der Beschwerde vorgebrachten Rügen.²⁵
- 27 Es wurde bereits eingehend ausgeführt, dass der SAV der Ansicht ist, dass das Annahmeverfahren zu massiven Rechtsunsicherheiten führt und gleichzeitig auch dazu, dass der Klientschaft in einer Vielzahl von Fällen zur Beschwerdeerhebung geraten werden muss, da die anwaltliche Sorgfaltspflicht ansonsten nicht gewahrt wird.²⁶ Durch die Neuregelung von Art. 106 Abs. 3 VE-BGG müssten zusätzlich in jeder Beschwerde alle möglichen Rügen vorgebracht und mit der Darlegung einer Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung verknüpft werden. Dies würde zu zunehmend längeren Beschwerdeschriften führen und das Bundesgericht ohne Zweifel eher belasten als entlasten. Ausserdem würden dadurch auch die Anwaltskosten für die Klientschaft unverhältnismässig steigen.

2.8. Zu Art. 49 Abs. 1 Bst. c und Abs. 2 VE-VwVG

- 28 Nach der momentanen Rechtslage kommt dem Bundesverwaltungsgericht eine umfassende Kognition zu (Art. 37 VGG i.V.m. Art. 49 VwVG). Das Bundesverwaltungsgericht trifft folglich die Pflicht, alle vorgebrachten Sachverhalts-, Rechts- und Angemessenheitsfragen uneingeschränkt zu überprüfen. Die Angemessenheitskontrolle durch das Bundesverwaltungsgericht wurde stets damit begründet, dass das Bundesverwaltungsgericht in der Regel erste Kontrollinstanz ist und

²³ Vgl. KÖLZ/HÄNER/BERTSCHI (Fn. 1), N. 1591.

²⁴ KÖLZ/HÄNER/BERTSCHI (Fn. 1), N. 1719 m.w.H.

²⁵ So wird dies zumindest im Bericht zum Vernehmlassungsentwurf vom 4. November 2015 auf S. 25 erläutert.

²⁶ Vgl. insb. Ziff. 1.

mindestens eine Instanz im Verfahren die Angemessenheit einer behördlichen Anordnung überprüfen können sollte.²⁷

- 29 Die Vorlage sieht eine Einschränkung der Kognition des Bundesverwaltungsgerichts vor (vgl. Art. 49 VE-VwVG). Die Angemessenheitskontrolle durch das Bundesverwaltungsgericht soll dahinfallen; in Zukunft könnte das Bundesverwaltungsgericht gemäss Vernehmlassungsentwurf grundsätzlich nur noch Sachverhalts- und Rechtsfragen überprüfen. Zutreffend ist, dass das Bundesverwaltungsgericht seiner momentanen Kognitionsverpflichtung nicht in allen Bereichen nachkommt. Insbesondere in Bezug auf fachtechnische Fragen räumt es den Vorinstanzen oftmals einen Beurteilungsspielraum („technisches Ermessen“) ein, den es nur sehr zurückhaltend oder gar nur auf Willkür hin überprüft. Die Einräumung von „technischem Ermessen“ kommt aber nicht nur im Bereich der Angemessenheitskontrolle, sondern ebenso wenn nicht hauptsächlich in den Bereichen der Rechts- und Sachverhaltskontrolle vor.²⁸ Insofern löst die Vorlage die Problematik nicht, dass dem Bundesverwaltungsgericht zuweilen die Fachressourcen fehlen, um seine Kognition richtig auszuüben. Vielmehr werden durch die vorgesehene Regelung nur neue Abgrenzungsschwierigkeiten geschaffen.²⁹ Der SAV steht einer Änderung von Art. 49 VwVG und einer entsprechenden Einschränkung der Kognition des Bundesverwaltungsgerichts demnach entschieden entgegen.
- 30 Mit Verzicht auf eine Änderung von Art. 49 VwVG würde auch die Anpassung der Kognitionsbestimmungen in diversen Spezialgesetzen obsolet. Darauf muss hier nicht im Einzelnen eingegangen werden.

C) Wortlaut von Art. 93a VEE-BGG

Der Wortlaut von Art. 93a VEE-BGG ist zweideutig. Gemäss dem Bericht des BJ zum Vernehmlassungsentwurf geht es darum, dass die Beschwerde gegen Teil-, Vor- und Zwischenentscheide nur dann offenstehen soll, wenn sie auch gegen den Endentscheid in derselben Sache zulässig wäre. Das wird im Wortlaut sowohl in der deutschen wie auch der französischen Sprache nicht eindeutig abgebildet. Dieser kann nämlich so verstanden werden, dass der angefochtene Zwischenentscheid – und nicht der mögliche Endentscheid – eine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung aufwerfen oder sonst einen besonders bedeutsamen Fall darstellen muss.

Nach Auffassung des SAV sollte die Beschwerde in beiden Fällen zulässig sein: Einerseits, wenn der Fall in der Hauptsache, also auch der zu erwartende Endentscheid, eine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung aufwirft oder als Fall besonders bedeutsam ist; andererseits aber auch dann, wenn nur der angefochtene Teil-, Vor- oder Zwischenentscheid diese Voraussetzungen erfüllt. Wäre sie im ersten Fall nicht zulässig, dann könnten besonders bedeutsame Fälle durch fehlerhafte Teil-, Vor- und Zwischenentscheide so präjudiziert werden, dass das Bundesgericht später nicht mehr effektiv eingreifen kann; wäre sie im zweiten Fall nicht zulässig, so könnte das

²⁷ Botschaft des Bundesrates vom 28. Februar 2001 zur Totalrevision der Bundesrechtspflege, BBl 2001 4202 ff., 4256 f.; BENJAMIN SCHINDLER, Beschwerdegründe, Kognition und Prüfungsdichte, in: Häner/Waldmann (Hrsg.), Brennpunkte im Verwaltungsprozess, Zürich/Basel/Genf 2013, S. 47 ff., 50.

²⁸ Vgl. z.B. BVGE 2008/19 E. 2.1; zum Begriff des „technischen Ermessens“ ANJA MARTINA BINDER, Die Kognition des Bundesverwaltungsgerichts bei Prozessen mit fachtechnischen Fragen, in: «Justice - Justiz - Giustizia» 2014/3, N. 8 ff.

²⁹ Dies ist auch die Meinung des Bundesverwaltungsgerichts selbst, vgl. Änderung des Bundesgerichtsgesetzes, Bericht zum Vernehmlassungsentwurf vom 4. November 2015, S. 13.

Bundesgericht zu Rechtsfragen von grundsätzlicher Bedeutung, die sich nur beim Teil-, Vor- oder Zwischenentscheid stellen, keine Stellung nehmen.

D) Les mesures provisionnelles (art. 93b AP)

Selon le projet, les recours contre les décisions en matière de mesures provisionnelles ne seraient désormais recevables que s'ils portent sur une question juridique de principe ou sur un cas particulièrement important (art. 93b). La modification projetée est problématique à deux titres.

D'abord, les restrictions considérées visent de la même manière le recours contre une ordonnance *admettant* une requête de mesures provisionnelles que celui interjeté contre une décision de *rejet* d'une telle requête. Or, il y a de bonnes raisons de soutenir qu'une décision *rejetant* une requête de mesures provisionnelles est une décision finale au sens de l'art. 90 LTF, non soumise aux conditions de recevabilité de l'actuel art. 93 LTF. Pour de telles décisions, la modification envisagée implique une restriction de recevabilité particulièrement incisive.

Ensuite, la modification entraîne de toute manière une limitation excessive et injustifiée. Actuellement, la recevabilité d'un recours dirigé contre une décision de mesures provisionnelles suppose que celle-ci cause au recourant un préjudice irréparable (art. 93 al. 1 lit. a LTF). Cette condition a notamment été jugée remplie lorsqu'une interdiction de vente avait pour effet d'empêcher l'arrivée sur le marché d'un nouvel acteur économique (4A_36/2012 ; 4A_160/2013). Avec la modification projetée, le recours serait irrecevable en pareille situation, sauf dans l'hypothèse rarissime où il soulèverait une question juridique de principe ou porterait sur un cas particulièrement important.

La restriction envisagée est particulièrement discutable en lien avec les procédures relevant de l'instance cantonale unique (art. 5 CPC). Dans ce contexte, en effet, les décisions de mesures provisionnelles ne peuvent faire l'objet d'aucun recours au niveau cantonal, le recours au TF étant la seule possibilité de les remettre en question (art. 74 al. 2 lit b LTF). En matière de propriété intellectuelle, le nouvel article 93b LTF aurait ainsi pour conséquence que les justiciables se verraient *de facto* priver de toute possibilité de recours. Même dans les situations où l'injonction prononcée par le premier juge cause à l'intimé un dommage irréparable (art. 93 LTF) et viole des principes constitutionnels (art. 98 LTF), la décision ne pourrait être attaquée, ce qui est d'autant plus choquant qu'il s'agit d'un domaine où le litige s'arrête souvent au stade des mesures provisionnelles (cf. pour tous L. DAVID et al., *Der Rechtsschutz im Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht*, SIWR I/2, 3^e éd., N 587).

En ce domaine, le TF n'aurait au surplus aucune possibilité digne de ce nom de « *préserver l'unité de l'ordre juridique* », objectif que se fixent pourtant les auteurs de la réforme (rapport explicatif du 04.11.2015, p. 4, ch. 2.1.1).

L'art. 93b LTF doit dès lors être retranché de la révision au profit d'un maintien de l'actuel art. 93 LTF.

E) Observations sur le projet d'extension des exceptions aux suspensions légales de délais et sur certains délais de recours de 10 jours (Art. 46 al.2 et 100 al.2 let. b. et c. LTF)

2.1 Le projet voudrait ajouter aux exceptions aux suspensions légales de délais (à Noël, à

Pâques, de mi-juillet à mi-août) les procédures concernant des mesures de protection et des décisions de retour en application de la loi fédérale du 21 décembre 2007 sur l'enlèvement international d'enfants et les Conventions de La Haye sur la protection des enfants et des adultes. Le projet tendrait à soumettre aussi à un délai raccourci à 10 jours les recours au TF concernant les décisions prises par une instance cantonale unique au sens de l'art. 7 de la loi fédérale du 21 décembre 2007 sur l'enlèvement international d'enfants et les Conventions de La Haye sur la protection des enfants et des adultes. L'actuel article 100 al. 2 lit.c LTF vise en ce domaine « *les décisions portant sur le retour d'un enfant fondées sur la Convention européenne du 20 mai 1980 sur la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière de garde des enfants et le rétablissement de la garde des enfants ou sur la Convention du 25 octobre 1980 sur les aspects civils de l'enlèvement international d'enfants* ». En outre, le projet tendrait à réduire le délai de recours au TF à 10 jours pour « *les décisions en matière d'assistance administrative internationale* » et non seulement celles qui seraient rendues dans ce domaine en matière fiscale.

- 2.2. L'on ne peut qu'être sensible à une correcte mise en place des mesures de protection et des décisions de retour en application de la loi fédérale du 21 décembre 2007 sur l'enlèvement international d'enfants. Cette loi charge le tribunal supérieur du canton où l'enfant réside au moment du dépôt de la demande, de connaître en unique instance cantonale d'une demande portant sur un retour de l'enfant et d'ordonner des mesures de protection. A son article 8, la loi de 2007 prévoit que ce tribunal engage une procédure de conciliation ou une médiation en vue d'obtenir la remise volontaire de l'enfant ou de faciliter une solution amiable si l'autorité centrale ne l'a pas déjà fait. Et c'est lorsque la voie de la conciliation ou de la médiation ne permet pas d'aboutir au retrait de la demande que le tribunal statue selon une procédure sommaire, étant précisé que, dans la mesure du possible, ce tribunal entend les parties en personne et qu'il doit entendre l'enfant de manière appropriée ou charger un expert de cette audition à moins que l'âge de l'enfant ou d'autres justes motifs ne s'y opposent. L'on doit donc s'attendre à ce que les décisions du tribunal supérieur du canton soient prises de manière minutieuse. Mais la sécurité du droit ne serait certainement améliorée ni par une exception aux suspensions légales ni par le délai de recours de dix jours au TF.

D'une manière générale des délais limités à dix jours pour le dépôt de recours sont trop brefs s'il ne s'agit pas seulement de former une déclaration de recours susceptible d'être motivée par la suite. Des délais aussi brefs sont d'autant moins appropriés lorsqu'il s'agit de recourir au TF, avec les exigences particulières relatives à la motivation de tels recours. Particulièrement dans le domaine de l'enlèvement international d'enfants, la limitation du délai de recours à dix jours est totalement inadéquate et ne peut que réduire drastiquement les garanties qui devraient résulter de l'existence d'une voie de recours au TF. La partie qui envisagerait de recourir sera celle à laquelle l'autorité de première instance n'aura pas donné gain de cause. Il est parfaitement possible que cette partie soit domiciliée à l'étranger, ne pratique pas l'une de nos langues nationales et n'ait pas consulté avocat pour la procédure devant l'autorité cantonale, certaine que son bon droit suffirait pour qu'elle ait gain de cause. Dix jours ne lui suffiront pas pour analyser la décision, venir le cas échéant en Suisse, trouver et instruire de la situation, un avocat qui sera en mesure d'examiner le dossier de l'autorité cantonale et d'établir le recours dans le temps qui restera à courir jusqu'à l'expiration du délai. Ce n'est pas une question de confort de l'avocat même s'il n'est pas anormal qu'il puisse jouir de la confiance de plusieurs clients auxquels il doit consacrer du temps. C'est une question

de sécurité et de correction vis-à-vis d'une partie désemparée qui ne devrait pas se reprocher ou se voir reprocher de n'avoir pas respecté un délai qu'il ne lui était pas véritablement possible de respecter. D'ailleurs, si cette partie se trouve en mesure de faire déposer un recours en son nom avant l'expiration du délai légal de trente jours, rien ne l'empêche de le faire et de requérir des mesures provisionnelles si les conditions en paraissent remplies. Quant à la partie qui aura eu gain de cause en première instance, elle appréciera sans doute qu'il ne lui soit pas fixé un délai trop bref pour répondre au recours de sa partie adverse dans une cause où des intérêts majeurs sont en jeu. En bref, la limitation à 10 jours d'un délai de recours peut certes limiter le nombre des recours recevables, mais elle fragilise la situation du justiciable, auquel elle n'est d'aucun secours.

- 2.3 Il ne serait pas davantage favorable aux justiciables d'ajouter aux exceptions aux suspensions légales de délais (à Noël, à Pâques, de mi-juillet à mi-août) les procédures concernant des mesures de protection et des décisions de retour. Les périodes de suspension légales sont notoirement des périodes où il est plus difficile de s'organiser et notamment de fixer des rendez-vous en vue de pourvoir au dépôt de procédures délicates. Et là aussi, s'il est en pratique possible de procéder utilement bien avant l'expiration du délai prolongé par l'effet des fêtes, la partie qui n'aura pas eu gain de cause devant l'autorité cantonale pourra procéder même pendant les fêtes et solliciter des mesures provisionnelles si les conditions en paraissent remplies. Au cas où son recours serait manifestement mal fondé, il n'y aurait pas lieu de fixer du délai de réponse à sa partie adverse. Au cas où le recours ne serait pas manifestement mal fondé, la partie adverse se félicitera d'avoir elle-même du temps pour répondre au recours.
- 2.4 S'il n'y a pas lieu de fixer les délais de recours à 10 jours ni de prévoir des exceptions aux suspensions légales en matière d'enlèvement international d'enfants, la situation des parties et la garantie constituée par la possibilité d'un recours au TF pourraient être véritablement améliorées si l'exception à 105 al.2 LTF était étendue à la procédure applicable en ce domaine.
- 2.5 Une exception aux suspensions légales de délais et un délai de recours au TF limité à 10 jours ne se justifient pas non plus pour les décisions en matière d'entraide pénale internationale et d'assistance administrative internationale. L'on ne voit pas quel intérêt digne de protection des justiciables pourrait être favorisé par de telles restrictions. Quant à l'intérêt des administrations suisses ou étrangères à ce que, dans ces matières particulièrement délicates, les possibilités effectives de recours des justiciables soient limitées, ils ne paraissent pas dignes d'être protégés aux dépens des intérêts des administrés.

F) La rectification d'"une anomalie du système des recours au Tribunal Fédéral" à l'actuel art. 105 al.3 LTF

1. La question est celle de savoir dans quels cas, par exception à la règle de l'art. 105 al.2 LTF, le TF saisi d'un recours ordinaire (unifié) n'est pas lié par les faits établis par l'autorité précédente, même s'ils ont été établis de façon manifestement inexacte ou en violation du droit.

Le rapport explicatif indique en page 13/32 qu'il s'agit de "*rectifier une anomalie du système des recours au Tribunal Fédéral*". Il expose que dans la plupart des branches des assurances sociales, la règle générale est que le recours ne peut porter sur la constatation des faits que si

ceux-ci ont été établis de façon manifestement inexacte ou en violation du droit et si la correction du vice est susceptible d'influer sur le sort de la cause. Il constate qu'un recours concernant l'octroi ou le refus de prestations en espèces de l'assurance accidents ou de l'assurance militaire peut toutefois porter sur toute constatation incomplète ou erronée des faits. Il fait valoir que cette exception ne se justifierait plus, surtout depuis que celle touchant l'assurance invalidité a été supprimée. Il propose donc une modification de l'art. 105 al.3 LTF qui, désormais, ne se rapporterait plus à l'octroi de prestations en espèces de l'assurance-accidents ou de l'assurance militaire, mais aux recours concernant le droit de vote des citoyens ainsi que les élections et les votations populaires, lorsqu'ils ne seraient pas dirigés contre une décision d'un tribunal.

2. Le Conseil fédéral avait déjà proposé, dans le cadre de son message du 28 février 2001 relatif à la révision totale de l'organisation judiciaire fédérale (FF 2001 4000), que le pouvoir d'examen du TF soit limité au droit aussi dans le domaine des assurances sociales (FF 2001 4037). C'est toutefois le Parlement qui avait décidé de maintenir un plein pouvoir d'examen à l'égard des faits pour les litiges relatifs à des prestations en espèces de l'assurance invalidité, de l'assurance accident et de l'assurance militaire. Il paraît discutable de vouloir supprimer aujourd'hui ce qu'il subsiste encore à l'art. 105 al.3 LTF de la décision prise par le Parlement.
3. L'on peut d'ailleurs considérer qu'en matière d'assurances sociales, il serait préférable d'étendre les exceptions à la règle de l'art. 105 al.2 LTF plutôt que de les supprimer. L'on peut en tout cas penser que le pouvoir d'examen du TF pourrait être légitimement étendu à toute constatation incomplète ou erronée des faits pour d'autres actions relevant du domaine des assurances sociales, telles les actions en responsabilité prévues aux art. 52 et 56a LPP et 52 LAVS.

Certaines causes du domaine des assurances sociales - et notamment les actions en responsabilité dans le domaine de la prévoyance professionnelle, où apparaissent des valeurs litigieuses se chiffrant par millions - sont susceptibles de ruiner des familles et d'entraîner l'anéantissement économique de sociétés. Il est choquant que de telles causes soient tranchées en unique instance cantonale, sans qu'une autorité de recours puisse être appelée à revoir les questions de faits. Les questions posées par de telles actions sont souvent particulièrement complexes, et une juridiction cantonale unique peut elle-même s'y perdre. Des spécialistes avisés de chacun des domaines concernés ne siègent pas nécessairement pour chaque cas. Quant aux défendeurs eux-mêmes, confronté à des parties demandresses spécialisées ayant pour mission la conduite habituelle de telles procédures, ils sont – assistés ou non – susceptibles d'être pris par surprise ou de ne pas disposer des moyens et connaissances techniques nécessaires à leur défense. Ils devraient en tout cas bénéficier d'une seconde chance non seulement faire valoir des arguments juridiques, mais aussi de faire reconnaître les éléments de faits qui leur seraient favorables.

4. A moins de charger le TF de revoir tant en fait qu'en droit les causes relevant des assurances sociales, il paraît indispensable d'établir ou rétablir un système de double instance cantonale, où l'autorité cantonale de recours puisse être requise de corriger ou faire corriger les constatations incomplètes ou erronée des faits, la juridiction suprême statuant ensuite sur la base des faits établis par l'autorité judiciaire de recours précédente, sauf application de l'art. 105 al.2 LTF.

C'est certes cette solution de la double instance cantonale devant un tribunal avec un plein pouvoir d'examen de l'autorité cantonale de recours qui devrait être privilégiée par rapport à une extension des exceptions de l'art. 105 al.3 LTF. C'est d'ailleurs celle que le rapport explicatif propose dans d'autres domaines où il déclare que "*trancher dans ces affaires en tant que première instance de recours ne peut (...) être le rôle du Tribunal Fédéral*" (rapport explicatif chiffre 2.4 *in fine* p.13/32). Mais il y aurait alors évidemment lieu, en matière de LPP, de réviser l'art. 73 LPP qui prévoit, tant pour les prétentions en responsabilité selon l'art. 52 LPP que pour le droit de recours selon l'art. 56a, al. 1 LPP une instance cantonale unique et une procédure simple et rapide, où le juge constate les faits d'office.

Tant que l'art. 73 LPP n'aura pas été révisé pour remplacer l'unique instance cantonale par une double instance judiciaire cantonale pour les causes des art. 52 et 56a al.1 LPP, il paraît nécessaire que le TF puisse revoir librement les faits de ces causes.

5. L'on devait aussi se poser la question d'une révision de la procédure et des voies de recours en matière d'actions en responsabilité fondées sur l'art. 52 LAVS lors même que s'y applique une procédure de décision, car elle ne comporte pas non plus de double instance judiciaire cantonale.

G) La suppression envisagée du recours constitutionnel subsidiaire (art. 113 à 119 LTF)

Le projet soumis à la consultation entend supprimer le recours constitutionnel subsidiaire prévu actuellement aux art. 113ss LTF. Dans cette perspective et pour remplacer la suppression de cette voie de recours, l'avant-projet ouvre le recours au TF, y compris dans les domaines où le recours ordinaire n'est aujourd'hui pas possible, d'une part, lorsque la contestation soulève une question juridique de principe, et d'autre part, lorsqu'elle porte sur un cas particulièrement important. Selon le rapport explicatif (cf. ch. 2.1.3 p. 7-8), un tel remplacement du recours constitutionnel subsidiaire par le recours unifié présenterait divers avantages (augmentation des griefs pouvant être invoqués, simplification du choix de la voie de droit, etc.).

La FSA s'oppose à la suppression du recours constitutionnel subsidiaire, en substance pour les motifs suivants :

- Tant la «*question juridique de principe*» que le «*cas particulièrement important*» sont des **notions floues, difficiles à déterminer et soumises à interprétation**, si bien que ces critères d'accès n'offrent **aucune sécurité juridique** aux justiciables et reviennent à donner **un blanc-seing** au TF.
- Une telle solution est en outre choquante, étant donné qu'elle **fermera la porte** de la Cour suprême pour nombre d'affaires, y compris **lorsque des droits fondamentaux sont manifestement violés**³⁰. Cela est d'autant plus vrai que le TF a toujours fait une interprétation restrictive de ces notions floues. Il suffit pour s'en convaincre de se pencher sur la jurisprudence citée dans le rapport explicatif (cf. p. 5, notes 5 et 6 ; et p. 6 sur la notion du cas particulièrement important), et cela malgré l'affirmation contenue à la page 8 dudit rapport, qui affirme que le TF, qui pourra faire un tri, devra «*assurer la protection des droits individuels*

³⁰ L'exemple typique est le recours au TF en matière de marchés publics, où dans la grande majorité des cas deux recours sont déposés, soit un recours en matière de droit public, dont les conditions sont extrêmement strictes (art. 83 lit. f LTF) et un recours constitutionnel subsidiaire lequel donne la possibilité d'invoquer la violation des droits constitutionnels dont l'arbitraire. En supprimant ce dernier, le recours au TF sera en cette matière quasiment fermé.

dans le sens d'une interprétation conforme à la Constitution du terme 'cas particulièrement importants' s'il existe des signes que l'autorité précédente a violé des droits constitutionnels». Encore une fois, s'agissant de **notions indéterminées**, aucune garantie d'accès n'existera pour le justiciable.

De fait, même si les griefs pouvant être invoqués selon le projet seront peut-être théoriquement plus nombreux, l'accès au TF sera souvent impossible, alors même que des violations de droits constitutionnels sont invoqués. En d'autres termes, il nous paraît plus indiqué de **privilégier l'accès au TF** dans ces cas, quitte à ne pas ouvrir l'éventail des griefs possibles.

- La solution proposée aujourd'hui pose les mêmes problèmes que ceux posés par le projet du 21 février 2001 du CF³¹, qui a précédé l'adoption de la LTF le 17 juin 2005, et appelle les **mêmes critiques**³². Le projet du CF ne permettait pas non plus d'assurer la possibilité de toujours pouvoir invoquer la violation de droits fondamentaux, ce qui avait été critiqué³³, au point que le Parlement³⁴ a introduit au dernier moment précisément la voie du recours constitutionnel subsidiaire.
- Il était en particulier relevé qu'il n'est pas logique qu'on accepte des situations où le justiciable suisse pourrait saisir la CEDH à Strasbourg sans pouvoir saisir la Cour suprême de notre pays, cela même dans des cas de violations les plus grossières des droits fondamentaux. Comme le relevait Giusep NAY³⁵, Président du TF, en 2007, suite à l'introduction dans la LTF du recours constitutionnel subsidiaire : *«L'introduction de ce moyen de droit permet de combler une lacune dans la protection juridictionnelle qui, si elle avait subsisté, aurait rendu difficile l'atteinte de l'objectif visant à améliorer cette protection»*. Le recours constitutionnel subsidiaire a donc été, pour reprendre les termes du Prof. AUER³⁶, *«conçu sciemment comme un correctif de dernière minute contre la déficience que présentait le système des recours unifiés sous l'angle de la protection des droits fondamentaux»*.
- Ces critiques sont toujours valables aujourd'hui. **L'amélioration de la protection juridictionnelle du justiciable**, qui était l'un des objectifs de la LTF³⁷, ne peut être atteint si celui-ci n'est pas assuré d'avoir accès à la Cour suprême en cas de violation de ses droits fondamentaux. Les juges du TF n'ont pas seulement comme rôle de «dire le droit», mais doivent également assumer **le rôle de juges constitutionnels**, *«juges des libertés et gardiens des droits constitutionnels des citoyens»*³⁸, de sorte qu'ils devraient toujours pouvoir se saisir de violations de droits constitutionnels. Contrairement à ce qu'affirme le rapport

³¹ FF 2001 p. 4281.

³² Cf. AUER, Juge suprême et juge constitutionnel: la double casquette du TF et la réforme de la justice, Plädoyer 3/96, p. 57ss; BOHNET, Droits fondamentaux: accès au TF menacé, Plädoyer 4/01, p. 19ss; MOOR, Juge de Paix ou Cour suprême: l'avenir du Tribunal fédéral, Plädoyer 3/96, p. 52ss; NOVIER, Accès au Tribunal fédéral selon le projet de LTF: limitations acceptables ?, RDS 5/2002, p. 505ss, spéc. p. 509-510.

³³ Cf. à cet égard, HOTTELIER, Entre tradition et modernité : le recours constitutionnel subsidiaire, in Les nouveaux recours fédéraux en droit public, Bellanger/Tanquerel (éd.), Genève 2006, p. 71ss, spéc. 72-73.

³⁴ BO 2004 N 1614ss.

³⁵ NAY, La loi sur le Tribunal fédéral dans le contexte de la réforme de la justice, in Les recours au Tribunal fédéral, Foex/Hottelier/Jeandin (éd.), Genève 2007, p. 21ss, spéc. p. 25.

³⁶ AUER, Le recours constitutionnel - *terra incognita*, in Les recours au Tribunal fédéral, Foex/Hottelier/Jeandin (éd.), Genève 2007, p. 157ss, spéc. p. 159; FRESARD, Commentaire de la LTF, 2^{ème} éd., Berne 2014, ad art. 113, N. 1ss, spéc. N. 8.

³⁷ Cf. Message du CF concernant la révision totale de l'organisation judiciaire fédérale du 28.2.2001, FF 2001 4000, spéc. p. 4014 et 4020.

³⁸ AUER (note 1).

explicatif (p. 8), le fait que la procédure civile et la procédure pénale aient été réglées au niveau du droit fédéral ne change rien à cette analyse, d'autant que cette unification était déjà prévisible lors de l'adoption de la LTF.

- Enfin, aux dires même du rapport explicatif (cf. p. 8), seuls 5% des recours relèvent aujourd'hui du recours constitutionnel subsidiaire, si bien que ce n'est nullement celui-ci qui surcharge le TF. Quand bien même, il n'y a pas lieu de décharger notre Cour suprême au détriment de la protection des droits fondamentaux des justiciables.

La Fédération Suisse des Avocats vous remercie de prendre en compte ses remarques et vous prie d'agréer, Madame la Conseillère fédérale, Mesdames, Messieurs, l'expression de sa considération distinguée.

Président FSA

Sergio Giacomini

Secrétaire général FSA

René Rall