

Peter von Ins	Editorial	515
	Thema/Question du jour	
Matthias Oesch	Die einseitige Einführung des Cassis-de-Dijon-Prinzips	519
	Anwaltspraxis/Pratique du barreau	
Rayan Houdrouge/ Olivier Mach	Libre circulation des personnes avec l'UE: développements et opportunités	523
Stephan Bernard	Anwaltliche Gewinnoptimierung ohne Schranken – eine Replik	529
	Rechtsprechung/Jurisprudence	534
	Rechtsetzung/Législation	538
	Anwaltsrecht/Droit de l'avocat	
Walter Fellmann/ Paul Richli	Zulässigkeit von kantonalen Vorschriften über die Erteilung und den Entzug des Anwaltspatents	540
Jean-Tristan Michel	Le secret professionnel de l'avocat et ses limites (2 ^{ème} partie)	546
	Forum	
Francesco Naef	SchKG und LugÜ: «Candide» im Bundeshaus?	553
Francesco Naef	LP et Convention de Lugano: «Candide» au Palais fédéral?	556
	SAV – Kantonale Verbände/FSA – Ordres cantonaux	
	Der SAV teilt mit/La FSA vous informe	561
	Agenda	564

Impressum

Anwaltsrevue/Revue de l'avocat
12. Jahrgang 2009/12^e année 2009
ISSN 1422-5778

Erscheinungsweise/Parution
10-mal jährlich
10 fois l'an

Zitervorschlag/Suggestion de citation
Anwaltsrevue 11–12/2009, S. 513 ff.
Revue de l'avocat 11–12/2009, p. 513 ss

Herausgeber/Édité par
Helbing Lichtenhahn Verlag
Schweizerischer Anwaltsverband/
Fédération Suisse des Avocats

Chefredaktion/Rédacteur en chef
Peter von Ins, Fürsprecher (vl)
Bollwerk 21, CH-3001 Bern
Tel. 031 328 35 35
Fax 031 328 35 40
vonins@bollwerk21.ch

**Verlag und Redaktion/
Edition et rédaction**
Helbing Lichtenhahn Verlag
Lektorat Zeitschriften
Lic. iur. Anne Scivilla
Graziella Gut
Lic. phil. Anne-Marie Prévost
Eva Reutlinger, Paralegal
Elisabethenstrasse 8, CH-4051 Basel
Tel. 061 228 90 70
Fax 061 228 90 72
www.helbing.ch
zeitschriften@helbing.ch

Mitarbeiter/Collaborateurs
Lic. iur. Max Beetschen (Be)
Thomas Büchli, Rechtsanwalt (Bü)

Sekretariat SAV/Secrétariat FSA
Marktgasse 4, Postfach 8321
CH-3001 Bern
Tel. 031 313 06 06
Fax 031 313 06 16
info@swisslawyers.com
www.swisslawyers.com

Inserate/Annonces
Kretz AG
General Wille-Str. 147, Postfach
CH-8706 Feldmeilen
Tel. 044 925 50 60
Fax 044 925 50 77
info@kretzag.ch

Vertrieb/Distribution
Abo-Service
Postfach 382, CH-6048 Horw
Tel. 041 349 17 70
Fax 041 349 17 18
helbing@edp.ch

Preise/Prix
Jährlich/Annuel: Fr. 153.–, € 97.–
Studenten/Étudiants: Fr. 101.–, € 64.–
Einzelheft/Numéro séparé: Fr. 21.–, € 13.–
Mitglieder des SAV gratis/Membres FSA gratuit
Alle Preise inkl. 2.4% MwSt.
Kündigungen für die neue Abonnementsperiode sind schriftlich und bis spätestens 31. Oktober des vorangehenden Jahres mitzuteilen. / La résiliation de l'abonne-

ment pour une nouvelle période doit être communiquée par écrit au plus tard jusqu'au 31 octobre de l'année précédant la nouvelle période.

Copyright
© Titel «Anwaltsrevue/Revue de l'avocat»
by Schweizerischer Anwaltsverband, Bern
© Inhalt by Schweizerischer Anwaltsverband Bern und
Helbing Lichtenhahn Verlag, Basel/Genf/München
© Gestaltung, Umsetzung und Grafik
by Helbing Lichtenhahn Verlag, Basel/Genf/München

Alle Rechte vorbehalten. Die Zeitschrift und ihre Teile sind urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung in anderen als den gesetzlich zugelassenen Fällen bedarf der vorherigen schriftlichen Einwilligung des Verlages./Tous droits réservés. La revue est protégée par la législation sur les droits d'auteur. Toute exploitation non autorisée par la loi nécessite l'accord écrit de l'éditeur.

Die in dieser Zeitschrift von Autorinnen und Autoren geäußerten Meinungen und Ansichten müssen sich nicht mit denjenigen der Redaktion oder des SAV decken./Les opinions exprimées dans cette revue par les auteurs sont personnelles et n'engagent ni la rédaction ni la FSA.

Editorial

Redlich rennt

Flury hat gewonnen. Er hat's geschafft! Huggentobler und Leuenberger haben das Nachsehen. Redlich sieht alles. Er, der doch schon vor Jahren sich dem vorweihnächtlichen Aufrüsten der Gartenweihnachtsbeleuchtungen entzogen hat. Wie Redlich nach seinem rituellen morgendlichen Waldlauf (heute umgangssprachlich: Jogging) federnden Schrittes, doch atemlos in sein vertrautes Quartiersträsschen biegt, erblickt er es sogleich: Flury hat dieses Jahr nichts anbrennen lassen, dafür brennt's in seinem Garten bereits umso heller. Büsche, Sträucher, Bäume, Geländer, Hauskonturen, alles was so eine Elektrogirlande tragen kann, trägt sie in Flurys Garten nun eben auch, hell erleuchtet. Dabei hat sich kaum der Rauch von Kellers letzter Gartengrillparty verzogen, die Badehosen hängen noch zum Trocknen. Und bei Flury leuchtet schon der Garten. Vor dem ersten Weihnachts-spezialrabatt, vor dem ersten Spielwarenkatalog, vor Sonderangebotsweihnachtseinkaufsfahrten und Weihnachtsmärkten hier und dort. Da können Leuenbergers ihre altbekannten elektrischen Rentiere samt Weihnachtsmann und Huggentoblers ihre Multimedia Show an Briefkasten und Dachrinne gleich in ein Entwicklungsland schicken, um sich dann bei Lachs und Kaviar unter dem Weihnachtsbaum umso mehr über ihre karitative Grosszügigkeit zu freuen; Flury ist der erste, Flury ist der Beste, Flury hat die Nase vorn, und darauf kommt es heute doch wohl an. Trendy ist er auch noch, mit seinem einfachen Retro-Look aus den frühen achtziger Jahren, als es noch nicht so blinkte und rührte, vor Weihnachten.

Wie er so einen Fuss um den anderen in raschelndes Herbstlaub setzt, wohlgestützt dank laminierter Mittelfussbrücke aus Karbon und bequem beweglich dank Obermaterial mit Stretchfunktion, den Körper vor Auskühlung geschützt im Windbreaker-Shirt und gegen Nässe ebenso durch Matrix-Jacke, beginnen bei Redlich nun auch die Gedanken zu fliegen. Eigentlich hätte es dazu nicht der drei in Leuchtorange gekleideten Gestalten bedurft, deren umgehängte Riesen-Geräte den Männern zusammen mit ihren Uniformen ein Aussehen gaben, als hätte Pippilotti Rist soeben eine weitere Folge von «Star Wars» auf ihre Weise verfilmen dürfen. Und was taten diese drei Ritter des gesellschaftlich vorgeschriebenen Ordnungswahns? Sie bliesen Laub! Im Wald! Kein Witz! Auf dass künftig kein welches Blättchen mehr des unvorsichtigen Wanderers Tritt störe oder ersteren gar aus dem Gleichgewicht und damit zu Fall bringe. Ein Fressen für den Haftpflichtanwalt, ein Leckerbissen für höchstgerichtliche Überlegungen zu Werkeigentümerhaftung und Verhältnismässigkeit. Doch doch, this is us. Laubblasen im Wald. Der guten Ordnung halber dafür dann Laufbänder in Reih und Glied in irgendeiner Turnhalle (heute umgangssprachlich: Health- und Fitnesscenter), schizophren? Von wegen, Redlich musste einem noch nicht weggeblasenen Blatt ausweichen, als sich die Wegöffnung zum Waldrand

hin verdunkelte. Eine motorisierte Ochsenscheune (heute umgangssprachlich: SUV) suchte die letzten Quadratmeter des ihr eigentlich ursprünglich zugedachten Geländes, weg vom Asphalt, rein in die Natur auf Naturwegen und deren unterschiedliche Reibungskoeffizienten überlegen meisternd. Heute fehlte das erlebnissteigernde Laub. Also, das Ungetüm ungeachtet der Brombeerranken und Wurzelstöcke dank Einparksensor vorn und hinten ins Unterholz gestellt und vom Hochsitz zu Boden gerutscht, die Designer-Stiefelspitzen in den unsicheren Untergrund gedrückt und schlussendlich noch das Fellhandtäschchen vom Beifahrersitz gegriffen. Oh wie blöd, das Täschchen ist ihr zu Boden gefallen. Redlich – Gentleman-Läufer der alten Schule –, will es der Dame gerade aufheben, als das Täschchen ihn anbellt. Redlich startet ungeplant zu einem Intensiv-Intervaltraining, den nun wildgewordenen Chihuahua dicht an seinen luftgepolsterten Absätzen. *«Die Herkunft der Chihuahuas ist nicht eindeutig geklärt. Man vermutet, dass er von Tolteken und Azteken als Opfergabe oder Delikatesse gezüchtet wurde. Trotz seiner Winzigkeit ist er sehr selbstbewusst und keineswegs ängstlich.»* Redlich wusste, nun schon hörbar keuchend, nicht mehr, wo er dies gelesen hatte, war sich aber sicher, dass er, so er denn das mit der Opfergabe zu wörtlich nahm, wiederum sämtliche Haftpflichtanwälte der gestiefelten Lady am Hals hatte und seines Anwaltslebens nicht mehr froh sein würde, wenn er dann den Affektionswert dieses Köters in numerischen Zahlen ausgedrückt in der Klageschrift lesen sollte. Redlich rettete sich in neuer Rekordzeit in die nahe liegende Zivilisation.

Nach einer erfrischenden Dusche, früher jeweils mit Seife, (heute: Naturals Dusch Creme seidig pflegend Ultra nourissant mit shea-butter & Pflegemilch, fürs Haar silver gloss protect system [dafür färbt Redlich nicht!]) und dem angesagten Auftrag von Stress Control Creme mit Lycopin, Defensil und LSF 15) fühlt sich Redlich so jugendlich in Schwung, dass er wie einst im Mai der Schnupperpraktikantin beim Eintreten auf die Schulter haut und kumpelhaft «Wie geht's uns denn heute, Frau Huber, schon Sport getrieben?» in die Kanzlei brüllt. «Nein, Herr Redlich, ich gehe sonst ja immer mit dem Hund meiner Mutter in den Wald, aber heute musste sie mal selber gehen.» «Was hat sie denn für einen Hund?» «Einen Chihuahua, so ein herziger Schnügel.»

Abgesehen von der Tatsache, dass Redlich vor seinem geistigen Auge wegen seines übermütigen Klapses auf der Praktikantin Schulter schon sämtliche Gleichstellungsbeauftragten der Stadt gegen sich bellen sieht, wird ihm nochmals bewusst, wie relativ der Affektionswert einer Sache doch sein kann.

Dies gilt auch unter dem Weihnachtsbaum, frohe Weihnachten

Peter von Ins, Rechtsanwalt

Matthias Oesch*

Die einseitige Einführung des Cassis-de-Dijon-Prinzips

Stichworte: technische Handelshemmnisse, Cassis-de-Dijon-Prinzip, EU-/EG-Recht, EWR, Freihandelsabkommen von 1972, THG, Inländerdiskriminierung, Lebensmittelrecht

I. Einleitung

Im Verlauf des nächsten Jahres tritt die Revision des Bundesgesetzes über die technischen Handelshemmnisse (THG) in Kraft.¹ Kernstück dieser Revision ist die einseitige Einführung des Cassis-de-Dijon-Prinzips durch die Schweiz. Diese Massnahme stellt einen Meilenstein in der Geschichte des schweizerischen Ausenwirtschaftsrechts dar. Die Schweiz anerkennt autonom die umfassende Gleichwertigkeit der europäischen Produktvorschriften mit den schweizerischen. Produkte, welche im europäischen Wirtschaftsraum rechtmässig in Verkehr gebracht worden sind, können grundsätzlich auch in der Schweiz ohne zusätzliche Kontrollen frei zirkulieren.

Die Anwendung des Cassis-de-Dijon-Prinzips stellt auch für geübte Wirtschaftsanzwältinnen und -anwälte eine neue Herausforderung dar. Der vorliegende Beitrag bezweckt, einen Überblick über die neue Rechtslage zu verschaffen.² Nach einem Rückblick auf die Entwicklung des Cassis-de-Dijon-Prinzips in der EG (II.) werden die Beweggründe des Gesetzgebers für die einseitige Einführung in der Schweiz nachgezeichnet (III.). Anschliessend werden die Grundzüge der neuen Regelung (IV.) mit den Sondervorschriften für Lebensmittel vorgestellt (V.). Schliesslich wird die Problematik der Inländerdiskriminierung gestreift (VI.), bevor ein kurzer Epilog die Ausführungen abrundet (VII.).

II. Das Cassis-de-Dijon-Prinzip in der EG ...

Der Grundsatz des freien Warenverkehrs stellt ein Kardinalsprinzip des europäischen Binnenmarkts dar. Für die Verwirklichung des möglichst schrankenlosen Austauschs von Waren zwischen den Mitgliedstaaten hat sich die EG hauptsächlich zweier Stra-

tegien bedient. Zum einen wurden zwischenstaatliche Handelshemmnisse durch eine weitgehende Harmonisierung und Vereinheitlichung der einschlägigen Produktvorschriften beseitigt. Zum anderen hat der Europäische Gerichtshof (EuGH) im Jahr 1979, gestützt auf Art. 28 und 30 EGV, das grundlegende Urteil *Cassis de Dijon* gefällt.³ Danach gilt im nicht harmonisierten Bereich – d.h. in demjenigen Bereich, in dem (noch) keine gemeinschaftsweite Harmonisierung stattgefunden hat – der Grundsatz der gegenseitigen Anerkennung von nationalen Produktvorschriften. Die Mitgliedstaaten sind vorbehaltlich überwiegender öffentlicher Interessen verpflichtet, Produkte aus anderen Mitgliedstaaten zum Vertrieb und Verkauf zuzulassen, falls diese die im Produktionsland geltenden Produktions- und Vertriebsbedingungen erfüllen (sog. Cassis-de-Dijon- oder Herkunftslandprinzip).⁴ Seither wurden die im Cassis-de-Dijon-Urteil aufgestellten Grundsätze in einer reichen und schöpferischen Praxis des EuGH konkretisiert und in Mitteilungen der Europäischen Kommission sowie in der neuen Verordnung 764/2008 weiterentwickelt.⁵

Mit dem Vertrag über den Europäischen Wirtschaftsraum von 1992 (EWR-Vertrag) wurde der Geltungsbereich des Cassis-de-Dijon-Prinzips auf die dem EWR beitretenden EFTA-Staaten ausgeweitet. Damit gilt dieses Prinzip heute für den Warenhandel zwischen den 27 EU-Mitgliedstaaten, Norwegen, Island und Lichtenstein – nicht aber für den Warenhandel zwischen diesen Staaten und dem weissen Flecken in der Mitte Europas, der Schweiz.

III. ... und die einseitige Einführung durch die Schweiz

Die Schweiz profitiert vom Cassis-de-Dijon-Prinzip, wie es im EWR-Raum gilt, nicht. Vielmehr bestehen weiterhin zahlreiche

* PD Dr. iur., Rechtsanwalt, LL.M., Assistenzprofessor für Europa- und Wirtschaftsvölkerrecht an der Universität Bern.

1 Die eidgenössischen Räte verabschiedeten die Vorlage zur THG-Revision am 12. Juni 2009. Gemäss Medienberichten gelang es dem Referendumskomitee um den Genfer Winzer Willy Cretigny in der Folge nicht, die notwendigen 50 000 Unterschriften rechtzeitig, d.h. bis 1. Oktober 2009, einzureichen. Nun obliegt es dem Bundesrat, den genauen Zeitpunkt der Inkraftsetzung zu bestimmen.

2 Siehe zum Ganzen Botschaft zur Teilrevision des Bundesgesetzes über die technischen Handelshemmnisse vom 25. Juni 2008, BBl 2008 7275; JULIE-ANTOINETTE STADELHOFFER, Grundzüge der Revision des Bundesgesetzes über die technischen Handelshemmnisse, in: Die Volkswirtschaft 10–2008, S. 4 ff.; BEAT ZIRLICK/JULIE-ANTOINETTE STADELHOFFER, Technische Handelshemmnisse und das Cassis-de-Dijon-Prinzip, in: Tagungsband zur 4. Zürcher Tagung zum internationalen Handelsrecht: Aktuelle Rechtsfragen zum internationalen Vertriebsrecht vom 29. April 2009 (Europainstitut der Universität Zürich), erscheint 2010.

3 Rs. 120/78, *Rewe-Zentral AG gegen Bundesmonopolverwaltung für Branntwein*, Slg. 1979 649.

4 Siehe zum Cassis-de-Dijon-Prinzip etwa Botschaft (Fn. 2), S. 7287; TOBIAS JAAG, Europarecht: Die europäischen Institutionen aus schweizerischer Sicht, Zürich 2. Aufl. 2009, Rz. 3211; THOMAS OPPERMANN/CLAUS DIETER CLASSEN/MARTIN NETTESHEIM, Europarecht: Ein Studienbuch, München 4. Aufl. 2009, § 23 Rz. 35.

5 Mitteilung der Kommission über die Auswirkungen des Urteils des EuGH vom 20. Februar 1979 in der Rechtssache 120/78 («Cassis de Dijon»), ABl C 256 vom 3. Oktober 1980, S. 2; Mitteilung der Kommission zu Auslegungsfällen – Erleichterung des Marktzugangs für Waren in einem anderen Mitgliedstaat: praktische Anwendung des Prinzips der gegenseitigen Anerkennung, ABl C 265 vom 4. November 2003, S. 2; Verordnung (EG) 764/2008 vom 9. Juli 2008 zur Festlegung von Verfahren im Zusammenhang mit der Anwendung bestimmter nationaler technischer Vorschriften für Produkte, die in einem anderen Mitgliedstaat rechtmässig in Verkehr gebracht worden sind.

technische Handelshemmnisse, welche zu überhöhten Preisen in der Schweiz beitragen. Da es nicht realistisch gewesen wäre, die Anwendung des Cassis-de-Dijon-Prinzips zwischen der EG und der Schweiz auf staatsvertraglicher Basis einzuführen (und ein Beitritt der Schweiz zum EWR zurzeit ohnehin nicht mehrheitsfähig ist), hat der schweizerische Gesetzgeber beschlossen, das Cassis-de-Dijon-Prinzip autonom einzuführen und einseitig auf Produkte aus dem EWR-Raum anzuwenden. Dabei unterscheidet sich die schweizerische Massnahme vom Cassis-de-Dijon-Prinzip, wie es im europäischen Wirtschaftsraum gilt, in zweierlei Hinsicht:

- Zum einen führt die autonome Einführung dazu, dass der erleichterte Marktzugang nur einseitig, d.h. zugunsten von Produkten, welche aus dem EWR-Raum eingeführt werden, gewährt wird. Schweizerische Produkte bzw. ihre Hersteller in der Schweiz profitieren umgekehrt nicht von einem erleichterten Marktzugang im EWR-Raum; es handelt sich um eine «Einbahnstrasse».⁶ Auch wenn ein solches Vorgehen dem handelsdiplomatischen Fundamentalprinzip der Reziprozität zuwiderläuft, nimmt der Gesetzgeber diesen Nachteil bewusst in Kauf, da auch die bloss einseitige Anwendung für die Schweiz volkswirtschaftlich vorteilhaft erscheint.⁷
- Zum anderen erfasst die schweizerische Variante sowohl Produkte, welche gestützt auf gemeinschaftsrechtliche Produktvorschriften rechtmässig in Verkehr gesetzt werden, als auch Produkte, welche – bei unvollständiger oder fehlender Harmonisierung in der EG – den technischen Vorschriften eines EG-/EWR-Mitgliedstaats entsprechen. Damit findet das Cassis-de-Dijon-Prinzip nach erfolgter THG-Revision auf alle Produkte Anwendung, welche im EWR-Raum rechtmässig vertrieben werden.

In der Lehre wird verschiedentlich vorgebracht, dass es für die Anwendung des Cassis-de-Dijon-Prinzips gegenüber Produkten aus dem EG-Raum eigentlich gar keines gesetzgeberischen Zutuns bedürfe. Es wäre durchaus möglich, so wird argumentiert, Art. 13 des Freihandelsabkommens zwischen der Schweiz und der EG vom 22. Juli 1972 (FHA) in diesem Sinne auszulegen und dem Cassis-de-Dijon-Prinzip damit qua Richterrecht zumindest für den Industriegüterbereich Geltung zu verschaffen.⁸ In der Tat wäre es eigentlich nahe liegend, dass sich das Bundesgericht bei

der Auslegung und Anwendung von Art. 13 und 20 FHA an die analoge Rechtsprechung des EuGH zu Art. 28 und 30 EGV anlehnt, auf die sich das Cassis-de-Dijon-Prinzip stützt, und die beinahe identisch formuliert sind wie Art. 13 und 20 FHA. Das Bundesgericht hat sich bis heute nicht abschliessend dazu geäussert. Dies liegt primär daran, dass das Bundesgericht dem FHA die unmittelbare Anwendbarkeit, von wenigen Ausnahmen abgesehen (Ursprungsregeln), grundsätzlich abzusprechen scheint; dies gilt auch für Art. 13 und 20 FHA.⁹ Dessen ungeachtet wäre es aber ohnehin fraglich, ob sich das Bundesgericht zu einer derart weitreichenden Auslegung des FHA durchringen könnte. Seine Funktion bei der Auslegung des FHA unterscheidet sich wesentlich von der integrativen Vorreiterrolle, welche dem EuGH bei der Vollendung des europäischen Binnenmarkts, gestützt auf die Vorgaben des EGV, zugekommen ist.¹⁰ Die bundesgerichtliche Zurückhaltung erscheint vor diesem Hintergrund verständlich.

IV. Grundzüge der neuen Regelung

Nach erfolgter THG-Revision können Produkte, welche nach den einschlägigen Vorschriften des EG-Rechts (im harmonisierten Bereich) oder des EG-/EWR-Herkunftslandes (im nicht harmonisierten Bereich) hergestellt und dort rechtmässig in Verkehr gebracht wurden, auch in der Schweiz ohne weitere Prüfung eingeführt und verkauft werden (Art. 16a revTHG).¹¹ Vorbehalten bleiben einzig die Anforderungen an die Produktinformation. Dabei gilt der Grundsatz, dass die Produktinformation in mindestens einer schweizerischen Amtssprache abgefasst sein muss (Art. 4a und 16e revTHG). Ausnahmen sind erlaubt, wenn eine Produktinformation in einer anderen Sprache genügend und unmissverständlich über das Produkt Auskunft gibt; dies gilt etwa für spanischen oder griechischen Wein, der auch in der Schweiz bereits heute in einer Fremdsprache etikettiert und so verkauft werden kann.¹² Von der einseitigen Einführung des Cassis-de-Dijon-Prinzips profitieren etwa Kosmetika, Textilien und Kleider, Lebensmittel sowie Wohnungseinrichtungsgegenstände – alles Produktbereiche, welche den schweizerischen technischen Vorschriften nicht oder nicht vollständig entsprechen und deren freie Zirkulation zwischen dem EWR-Raum und der Schweiz staatsvertraglich nicht gewährleistet ist.¹³

6 CHRISTA TOBLER, Cassis de Dijon für die Schweiz: Pur oder on the Rocks, in: SZIER 2005, S. 567, 568.

7 Botschaft (Fn. 2), S. 7299; siehe zu den Vorteilen einer einseitigen Anwendbarkeit ROGER ZÄCH, Cassis de Dijon – Meilenstein des schweizerischen Wirtschaftsrechts?, in: Rechtliche Rahmenbedingungen des Wirtschaftsstandortes Schweiz, hrsg. von der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität St. Gallen (HSG), Zürich/St. Gallen 2007, S. 295, 303 f. – Im Rahmen der Verhandlungen über ein Agrarfreihandelsabkommen wird zurzeit über eine Verbesserung des gegenseitigen Marktzugangs für Agrarprodukte und Lebensmittel, einschliesslich einer vertraglichen Regelung zur Anwendung des Cassis-de-Dijon-Prinzips, diskutiert; siehe dazu www.europa.admin.ch und den Link zu Themen/Weitere Dossiers CH-EU.

8 So etwa ANDREAS KELLERHALS/TOBIAS BAUMGARTNER, Das «Cassis-de-Dijon»-Prinzip und die Schweiz, in: SJZ 2006, S. 321, 326; TOBLER (Fn. 6), S. 569 ff.; siehe dazu auch CHRISTINE BREINING-KAUFMANN, Internationales Verwaltungsrecht, in: ZSR 2006 II, S. 5, 35 ff.

9 Siehe etwa Urteil des BGer. vom 6. September 2006, A-8382/2007, E. 5 und 6; BGE 131 II 271, E. 10.1–10.5; aus der reichhaltigen Literatur etwa SILVIO ARIOLI, in: Thomas Cottier/Matthias Oesch (Hrsg.), Die sektoriellen Abkommen Schweiz-EG, Bern 2002, S. 123, 145 ff.; BREINING-KAUFMANN (Fn. 8), S. 61 ff.; DANIEL WÜGER, Bundesgericht wendet Freihandelsabkommen erstmals unmittelbar an – ein Schritt vorwärts, ein Schritt zurück, in: Jusletter vom 4. April 2005; ZÄCH (Fn. 7), S. 298. – Demgegenüber wendet der EuGH das FHA in ständiger Praxis unmittelbar an; dazu grundlegend Rs. 104/81, *Kupferberg*, Slg. 1982 3641.

10 Siehe zur (zurückhaltenden) Rolle des BGer. bei der Auslegung des FHA etwa BGE 105 II 49.

11 Siehe zu diesen Grundzügen der Vorlage STADELHOFFER (Fn. 2), S. 6 f.

12 Botschaft (Fn. 2), S. 7312.

13 Botschaft (Fn. 2), S. 7357, wobei für Lebensmittel eine Sonderregelung gilt (siehe unter V.).

Einzig in speziell geregelten Ausnahmefällen findet das Cassis-de-Dijon-Prinzip keine Anwendung (Art. 16a Abs. 2 revTHG).¹⁴ Demnach gilt dieses Prinzip nicht für

- Produkte, die einer Zulassungs- bzw. Anmeldepflicht unterliegen. Dazu gehören vor allem Arzneimittel gestützt auf das Heilmittelgesetz (HMG) sowie Stoffe, welche der Chemikaliengesetzgebung unterliegen. In der Vernehmlassung wurde verschiedentlich gefordert, zulassungspflichtige Produkte wie etwa Arzneimittel, welche in den einzelnen EG-/EWR-Mitgliedstaaten umfassende Zulassungsverfahren durchlaufen müssen, in den Geltungsbereich des Cassis-de-Dijon-Prinzips zu integrieren. Der Gesetzgeber hat demgegenüber davon abgesehen, Arzneimitteln im jetzigen Zeitpunkt einen dergestalt erleichterten Marktzugang zu gewähren. Immerhin enthält die Botschaft Vorschläge für Massnahmen bezüglich derjenigen Arzneimittel, für welche aufgrund ähnlicher Zulassungsvoraussetzungen im EWR-Raum eine vereinfachte Zulassung in der Schweiz in Betracht gezogen werden kann.¹⁵
- Produkte, die einer vorgängigen Einfuhrbewilligung bedürfen oder einem grundsätzlichen Einfuhrverbot unterliegen. Dies gilt etwa für Produkte, deren Einfuhr gestützt auf das Kriegsmaterialgesetz (KMG) oder das Güterkontrollgesetz (GKG) bewilligungspflichtig sind, wie auch für Produkte aus Ländern, gegen welche die Schweiz gestützt auf das Embargogesetz (EmbG) ein Güterembargo erlassen hat.
- Produkte, für die der Bundesrat aus überwiegenden öffentlichen Interessen ausdrücklich eine Ausnahme beschliesst (Art. 4 Abs. 3 und 4 THG). Der Bundesrat wird diese Ausnahmen in der Vollzugsverordnung zum revidierten THG festlegen. Ein Blick in die Botschaft zur THG-Revision zeigt, dass der Bundesrat gewillt ist, von dieser Möglichkeit restriktiv Gebrauch zu machen. Zurzeit sind Ausnahmen für 18 Produkte vorgesehen. Dazu gehören etwa Alcopops (im Unterschied zum EG-Recht muss der Alkoholgehalt von alkoholischen Süssgetränken weiterhin angegeben werden), Waschmittel (im Unterschied zum EG-Recht gilt weiterhin ein Verbot des Zusatzes von Phosphat für Waschmittel) und Eier aus verbotener Käfighaltung (im Unterschied zum EG-Recht müssen solche Eier weiterhin entsprechend deklariert werden).¹⁶

Produkte, welche aus diesen Gründen keinen Zugang zum schweizerischen Markt haben, werden auf einer speziellen Negativliste aufgeführt (Art. 31 Abs. 2 revTHG). Diese Liste wird auf der Website des Staatssekretariats für Wirtschaft (SECO) abrufbar sein und für die Vollzugsbehörden auf Bundes- und kantonaler Ebene wie auch für interessierte Hersteller, Importeure und Zwischenhändler das zentrale Referenzdokument darstellen.¹⁷

V. Sonderregelung für Lebensmittel

Für Lebensmittel sieht die THG-Revision eine Sonderregelung vor. Demnach bedürfen Lebensmittel, welche im EWR-Raum rechtmässig in Verkehr gesetzt wurden, die einschlägigen Bestimmungen der schweizerischen Lebensmittelgesetzgebung aber nicht erfüllen, einer speziellen Bewilligung für die Vermarktung in der Schweiz (Art. 16c und 16d revTHG). Als Bewilligungsinstanz ist das Bundesamt für Gesundheit (BAG) vorgesehen. Die Bewilligung wird erteilt, wenn i) das Lebensmittel die Produktvorschriften der EG oder – bei unvollständiger oder fehlender Harmonisierung des EG-Rechts – die Vorschriften eines EG-/EWR-Mitgliedstaats erfüllt und rechtmässig in Verkehr gesetzt wurde; ii) das Lebensmittel dem allgemeinen schweizerischen Schutzniveau betreffend Gesundheitsschutz entspricht; und iii) das Lebensmittel die Anforderungen an die Produktinformation erfüllt. Die Bewilligung wird in der Form einer Allgemeinverfügung erteilt und gilt auch für gleichartige Lebensmittel (Art. 16d Abs. 2 revTHG).¹⁸ Sofern ein gleichartiges Lebensmittel die der Allgemeinverfügung zu Grunde liegenden Produktvorschriften erfüllt, kann es ebenfalls ohne weitere Prüfung und Bewilligung auf dem schweizerischen Markt vertrieben werden. Auch schweizerische Produzenten können sich auf eine solche Bewilligung berufen, wenn sie Lebensmittel gestützt auf die Vorschriften der Allgemeinverfügung herstellen und vertreiben möchten. Vorbehalten bleiben einzig die schweizerischen Bestimmungen bezüglich Arbeitnehmer- und Tierschutz.¹⁹

Im praktischen Ergebnis führt diese Sonderregelung zur Anwendung des Cassis-de-Dijon-Prinzips auch im Bereich der Lebensmittel.²⁰ Im Unterschied zur Geltung des Cassis-de-Dijon-Prinzips für andere Produkte bleibt als Besonderheit einzig die Notwendigkeit der vorgängigen Bewilligung für den Erstimport. Gleichzeitig wird mit dieser Sonderregelung der Gesetzesvollzug im Lebensmittelbereich erleichtert. Der Kontrollaufwand fällt nunmehr im Rahmen des Bewilligungsverfahrens vorgängig des erstmaligen Imports an. Danach entfallen im Rahmen der Marktüberwachung entsprechende Kontrollen und Abklärungen. Dadurch werden vor allem die Kantone, welche traditionellerweise für den Vollzug der Lebensmittelgesetzgebung zuständig sind, entlastet.²¹

VI. Vermeidung von Inländerdiskriminierungen

Die einseitige Einführung des Cassis-de-Dijon-Prinzips kann unter Umständen zur Folge haben, dass einheimische Produzenten im Vergleich zu ihren europäischen Konkurrenten benachteiligt werden, wenn ein Produkt aus dem EWR-Raum weniger strenge Produktvorschriften einhalten muss als sie das schweizerische

14 Siehe zu diesen Ausnahmen HEINZ HERTIG/PAULA WEY, Autonome Harmonisierung des schweizerischen Produktrechts mit dem Gemeinschaftsrecht, in: Die Volkswirtschaft 10–2008, S. 10, 11 ff.

15 Botschaft (Fn. 2), S. 7298, 7371 ff., 7382 f.; siehe dazu MATTHIAS ENDERLE/KATHRIN BUCHER, Vereinfachung der Zulassungsverfahren im Arzneimittelbereich, in: Die Volkswirtschaft 10–2008, S. 15 ff.

16 Botschaft (Fn. 2), S. 7320 f.

17 www.seco.admin.ch und Link zu technische Handelshemmnisse; STADELHOFFER (Fn. 2), S. 6.

18 Eine Allgemeinverfügung stellt eine generell-konkrete Anordnung dar, d.h. sie regelt zwar einen Einzelfall, richtet sich dabei aber an eine individuell nicht bestimmte Vielzahl von Adressaten, siehe dazu im Allg. PIERRE TSCHANNEN/ULRICH ZIMMERLI, Allgemeines Verwaltungsrecht, Bern 2. Aufl. 2005, § 28 Rz. 49.

19 Botschaft (Fn. 2), S. 7325 f.; ZIRLICK/STADELHOFFER (Fn. 2), III. 2. f.) bb).

20 ZIRLICK/STADELHOFFER (Fn. 2), III. 2. f.) aa).

21 Botschaft (Fn. 2), S. 7326; ZIRLICK/STADELHOFFER (Fn. 2), III. 2. f.) aa).

Recht für die Produktion des gleichen Produkts in der Schweiz vorsieht. Wenig überraschend wurde das Problem einer solchen Inländerdiskriminierung während der ganzen THG-Revision kontrovers diskutiert.²² Die Botschaft des Bundesrates sah vor, dass es schweizerischen Produzenten, welche Produkte (auch) für den Export herstellen, erlaubt sei, die nach im EWR-Raum geltenden Vorschriften hergestellten Produkte auch in der Schweiz zu verkaufen. Für einheimische Produzenten, deren Produkte nur auf dem schweizerischen Markt vertrieben werden, wäre ein Bewilligungsverfahren für Härtefälle eingeführt worden. Im Fall unzumutbarer Nachteile wäre auch solchen Produzenten erlaubt worden, nach den im EWR-Raum geltenden Vorschriften produzieren zu dürfen.²³ Der National- und Ständerat waren sich bezüglich der Massnahmen zur Vermeidung von Inländerdiskriminierungen nicht einig.²⁴ Erst im Differenzbereinungsverfahren setzte sich der Nationalrat durch. Nun ist vorgesehen, dass auch diejenigen schweizerischen Produzenten, welche nur für den inländischen Markt produzieren, ihre Produkte nach den technischen Vorschriften der EG oder – bei fehlender Harmonisierung – eines EG-/EWR-Mitgliedstaats herstellen und in Verkehr bringen dürfen (Art. 16b revTHG). Damit kann ein schweizerischer Produzent in Zukunft *de facto* frei wählen, ob er seine Produkte gestützt auf die schweizerischen Produktvorschriften oder gestützt auf die einschlägigen Vorschriften des Gemeinschaftsrechts bzw. eines EG-/EWR-Mitgliedstaates herstellen möchte.

Die gewählte Regelung beseitigt konsequent jede Form einer allfälligen Schlechterstellung einheimischer Produzenten im Vergleich zu Konkurrenten aus dem EWR-Raum. Sie ist die liberalste aller möglichen Lösungen und geht weit über das ursprünglich vom Bundesrat vorgeschlagene Bewilligungsverfahren für Härtefälle hinaus. Auch aus verfassungsrechtlicher Sicht ist diese Regelung zu begrüßen. Es wäre fraglich, ob eine Schlechterstellung einheimischer Produzenten vor dem Gleichbehandlungsgebot gemäss Art. 8 Abs. 1 BV bzw. vor dem Grundsatz der Gleichbehandlung der Konkurrenten gemäss Art. 27 i.V.m. Art. 94 BV standhalten würde.²⁵ Gleichzeitig bleibt ein gewisses Unbehagen. Im Ergebnis werden die schweizerischen Produktvorschriften damit wesentlich relativiert. Die freie Rechtswahl im Bereich der Produktvorschriften ist mit einem traditionellen Souveräni-

tätsverständnis, wie es in der Schweiz vorherrscht, nur schwer vereinbar.²⁶

VII. Epilog

Die einseitige Einführung des Cassis-de-Dijon-Prinzips verdient Zustimmung. Importe aus dem EWR-Raum werden wesentlich vereinfacht. Aus der Sicht der betroffenen Produzenten und Importeure ist es neu unerheblich, ob der freie Vertrieb eines Produkts aus einem anderen europäischen Land auf einer Harmonisierung der einschlägigen schweizerischen Produktvorschriften mit denjenigen der EG beruht, ob er kraft eines bilateralen Abkommens mit der EG staatsvertraglich anerkannt ist, oder ob er eben gestützt auf die autonome Anwendung des Cassis-de-Dijon-Prinzips durch die Schweiz erfolgt. Volkswirtschaftlich führt die Einführung des Cassis-de-Dijon-Prinzips gemäss Bundesrat zu Einsparungen von jährlich deutlich über 2 Mrd. Franken.²⁷

Diese Massnahme stellt ein Lehrstück schweizerischer Integrationspolitik dar.²⁸ Zum wiederholten Mal hat die Schweiz realisiert, dass ein Abseitsstehen vom europäischen Binnenmarkt mit gewichtigen Nachteilen verbunden ist. Gleichzeitig ist die europäische Gemeinschaft zusehends weniger bereit, auf helvetische Eigenheiten Rücksicht zu nehmen und für die Schweiz massgeschneiderte Lösungen vorzusehen. Entweder beteiligt sich die Schweiz im Rahmen der existierenden institutionellen Vorkehren am europäischen Binnenmarkt – oder sie lässt es bleiben. Im letzteren Fall bestehen für die Schweiz nurmehr autonome Handlungsoptionen, um die volkswirtschaftlich augenfälligsten Nachteile des Abseitsstehens so gut wie möglich zu minimieren. Entsprechend profitieren schweizerische Hersteller und ihre Produkte nicht von einem erleichterten Marktzugang im EWR-Raum. Das ist letztlich der Preis, den die Schweiz für ihre politische Selbständigkeit bezahlt. ■

22 Siehe dazu KELLERHALS/BAUMGARTNER (Fn. 8), S. 329; ZÄCH (Fn. 7), S. 306 ff.; ZIRLICK/STADELHOFFER (Fn. 2), III. 2. e).

23 Vgl. Botschaft (Fn. 2), S. 7323; STADELHOFFER (Fn. 2), S. 7 f.

24 Vgl. AB 2009 Ständerat, 74 ff.; AB 2009 Nationalrat, 719.

25 Siehe dazu auch ZÄCH (Fn. 7), S. 307; zur verfassungsrechtlichen Zulässigkeit von Inländerdiskriminierungen im Allg. MATTHIAS OESCH, Inländerdiskriminierung, erscheint in ZBJV 2009/11.

26 KELLERHALS/BAUMGARTNER (Fn. 8), S. 329. – In der Praxis wird diese Befürchtung aber wohl relativiert, da es nur in seltenen Ausnahmefällen tatsächlich zu einer Inländerdiskriminierung kommen dürfte. Zurzeit sind keine konkreten Beispiele bekannt. Zudem ist die Verwaltung ohnehin verpflichtet, schweizerische Produktvorschriften fortlaufend mit dem EG-Recht zu harmonisieren (vgl. Art. 4 Abs. 2 THG).

27 Botschaft (Fn. 2), S. 7357; zu den volkswirtschaftlichen Auswirkungen CHRISTOPHE PERRITAZ/NICOLAS WALLART, Volkswirtschaftliche Effekte der Revision des Bundesgesetzes über die technischen Handelshemmnisse, in: Die Volkswirtschaft 10–2008, S. 21 ff.

28 Siehe zur schweizerischen Integrationspolitik umfassend DIETER FREIBURGHÄUS, Königsweg oder Sackgasse? Sechzig Jahre schweizerische Europapolitik, Zürich 2009.

Rayan Houdrouge* et Olivier Mach**

Libre circulation des personnes avec l'UE: développements et opportunités

Mots clés : Libre circulation des personnes (UE), prestation de services et détachement, frontaliers, regroupement familial, ressortissants d'Etats tiers (RET)

I. Introduction

En rejetant en 1992 une entrée dans l'Espace économique européen (EEE) et a fortiori en n'adhérant pas à l'Union Européenne (UE), la Suisse renonce, pour l'instant en tout cas, à une situation relativement classique de cohabitation entre droit national et droit communautaire. En effet, la solution choisie, celle des Accords bilatéraux I et II, crée du point de vue juridique une situation originale,¹ sans doute difficile à gérer, mais offrant aux juristes et notamment à l'avocat suisse, d'intéressantes opportunités de réflexion. S'avère dès lors primordiale sa mission de conseiller des personnes privées et entreprises soucieuses de tirer le meilleur parti possible de la libre circulation des personnes, acquis décisif des Accords bilatéraux I.

De manière schématique, on observe deux attitudes possibles un peu comme dans l'image du «verre à moitié vide» ou du «verre à moitié plein». D'une part, pour les autorités, on relativisera la portée de l'Accord sur la libre circulation des personnes (ALCP) qui n'oblige qu'à une reprise partielle de l'acquis communautaire dans des secteurs bien précis. Respectons les Accords bilatéraux signés, mais n'allons pas au-delà. On doit toutefois reconnaître que l'Office fédéral des migrations (ODM) s'est relativement bien adapté à ces changements fondamentaux et que le Tribunal fédéral, en interprétant l'ALCP, donne de la Suisse l'image d'un partenaire loyal et fiable. D'autre part, pour les avocats, il s'agit avant tout d'aider leurs clients à bénéficier au maximum des droits et potentialités ouverts par la libre circulation des personnes. Dans cette perspective, on aura tendance à considérer que, dans la logique des objectifs fondamentaux de l'ALCP, cette libre circulation ne peut être appliquée en Suisse vraiment différemment qu'au sein de l'UE, sous peine d'entamer une certaine cohérence indispensable au bon fonctionnement de l'ALCP.

On illustrera ce propos liminaire par trois thèmes d'une portée évidente pour les entreprises et les individus, révélant certaines évolutions qui devraient influencer sur le droit suisse de l'im-

migration. Les thèmes ainsi retenus, sans lien direct entre eux, portent sur la prestation de services de courte durée par des travailleurs détachés en Suisse (II), l'élargissement du statut du frontalier avec l'émergence de la notion de «pendulaire international» (III) et enfin le regroupement familial avec les membres de la famille ressortissants d'Etats tiers (IV).

II. Prestation de services de courte durée par des travailleurs détachés en Suisse

En matière de prestations de services transfrontaliers, l'ALCP a permis une évolution particulière du traitement des travailleurs détachés en Suisse pour une courte durée. L'article 5 alinéa 1 ALCP dispose en effet que, sous réserve d'autres accords spécifiques relatifs à la prestation de services, une entreprise établie dans un Etat contractant peut fournir des prestations de services en détachant des travailleurs en Suisse pendant 90 jours par année civile sans qu'aucune autorisation de travail ne soit requise pour lesdits travailleurs.² Dans une telle hypothèse, l'entreprise étrangère a en effet seulement l'obligation d'annoncer les travailleurs détachés auprès des autorités d'immigration compétentes.³

1. Notion de détachement

Selon la Loi fédérale sur les conditions minimales de travail et de salaire applicables aux travailleurs détachés en Suisse et sur les mesures d'accompagnement (LDét), on entend par travailleurs détachés, les travailleurs salariés qui sont envoyés par leur employeur étranger pour une durée limitée en Suisse en vue de fournir une prestation de services en faveur d'un ou de plusieurs destinataires de services. Le cas du travailleur envoyé dans une autre filiale ou entreprise appartenant au même groupe (transfert intra-groupe) est également visé.⁴

2 Voir également articles 17, 18, 20 et 22 Annexe I ALCP et articles 13 à 15 Ordonnance sur l'introduction de la libre circulation des personnes (OLCP).

3 Pour les travailleurs détachés d'une entreprise établie dans un des huit nouveaux Etats membres de l'UE au 1^{er} juin 2004 (UE-8), les secteurs économiques suivants restent soumis à autorisation de travail dès le premier jour jusqu'au terme de la période transitoire, soit le 30 avril 2011: construction (gros œuvre, génie civil et second œuvre), services annexes à la culture et aménagement des paysages, nettoyage industriel, commerçants itinérants, ainsi que surveillance et sécurité. S'agissant des travailleurs détachés d'une entreprise établie en Roumanie ou en Bulgarie (UE-2), la prestation de services transfrontaliers dans ces secteurs économiques reste soumise à autorisation dès le premier jour de travail jusqu'au terme de la période transitoire, soit le 31 mai 2011, sous réserve d'une prolongation au 31 mai 2016.

4 Voir article 1 alinéa 1 lettres a) et b) LDét.

* Avocat au barreau de Genève, LL.M. in Corporate Law (New York University).

** Avocat au barreau de Genève, Dr. ès sciences politiques.

1 C. KADDOUS, L'Accord CH-UE sur la libre circulation des personnes et l'ordre juridique suisse, in: Die Schweiz im europäischen Integrationsprozess, Baden-Baden, 2008, pp. 153–168; O. MACH, La place des Accords Bilatéraux II dans l'ordre juridique suisse, in: Accord bilatéraux II Suisse-UE et autres Accords récents, C. Kaddous/M. Jametti Greiner (éd.), Dossier de droit européen n°16, Bâle, Genève, Munich, Bruxelles, 2006, pp. 169–192.

Tout au long de la mission, le travailleur détaché continue d'être employé par l'entreprise établie dans l'Etat d'envoi. Ainsi, bien que le bénéficiaire de la prestation de services dispose de fait d'un certain pouvoir d'instruction et de direction à l'égard du travailleur détaché, c'est uniquement avec l'entreprise de l'Etat d'envoi que subsiste un lien de subordination conformément au droit du travail. Cette entreprise doit notamment disposer seule de la faculté de résilier les rapports de travail et également du pouvoir de déterminer le type d'activité que le travailleur détaché exercera.⁵

2. Détachement de ressortissants UE/AELE et de ressortissants d'Etats tiers

L'un des éléments surprenants des opportunités apportées par l'article 5 ALCP réside dans le fait que cette disposition ne concerne pas uniquement les travailleurs détachés ressortissants communautaires. En effet, à la condition d'avoir été intégrés dans le marché régulier de l'un des Etats membres, les ressortissants d'Etats tiers (RET) peuvent également être détachés en Suisse sans qu'aucune autorisation de travail ne soit requise. Il s'agit là d'une situation insolite par laquelle les RET peuvent bénéficier, en quelque sorte par ricochet, des facultés offertes par la libre circulation prévue par l'ALCP.

Par «intégration dans le marché régulier du travail», les autorités suisses d'immigration entendent un séjour d'au moins douze mois dans l'un des Etats membres UE/AELE.⁶ Le séjour doit avoir été effectué immédiatement avant le début du détachement. Il n'est donc en principe pas possible qu'un RET ait exercé une activité lucrative durant plusieurs mois dans un Etat tiers, entre la période d'intégration dans le marché du travail de l'UE et le début du détachement en Suisse. En revanche, il s'agirait, à notre avis, d'admettre que les douze mois aient été effectués dans plus d'un Etat membre. En effet, l'objectif ne devrait pas être ici de s'assurer que le travailleur se soit intégré au marché du travail d'un seul Etat membre, ce qui irait à l'encontre de la construction européenne d'un marché unique, mais bien à celui de l'UE dans son ensemble, et ce quel que soit le nombre d'Etats membres concernés. Par ailleurs, il ne devrait pas être exigé que le travailleur détaché ait été occupé uniquement par l'entreprise prestataire de services tout au long de la période d'intégration de douze mois. L'intégration au marché du travail

de l'UE doit pouvoir être réalisée que le travailleur ait été employé par une ou plusieurs entreprises durant les douze mois précédant le détachement.

3. Annonce

Effet central de l'évolution entraînée par l'ALCP dans le traitement des travailleurs détachés en Suisse pour une période maximale de 90 jours, l'annonce (qui remplace donc la demande classique d'autorisation de travail) doit être effectuée 8 jours avant le début de la mission par l'entreprise prestataire de services auprès de l'autorité cantonale compétente.⁷ L'annonce est requise chaque fois qu'un nouveau travailleur est détaché en Suisse, à moins que le détachement du travailleur concerné (communautaire ou RET) n'excède pas 8 jours par année civile.⁸ Elle comprend notamment des informations concernant l'identité des travailleurs détachés (y compris leur numéro d'enregistrement aux assurances sociales de l'Etat d'envoi), l'activité déployée en Suisse et sa durée prévisible, ainsi que le lieu où les travaux seront exécutés. Pour les RET, l'annonce doit également mentionner le statut de leur séjour dans l'Etat d'envoi. A priori, rien n'exclut que le travailleur détaché dispose seulement d'une autorisation de séjour de courte durée dans l'Etat d'envoi, à condition toutefois qu'une période d'intégration régulière dans le marché du travail de l'UE puisse être démontrée.

Si la mission doit être effectuée dans plusieurs cantons, le détachement doit alors être annoncé auprès de chaque autorité cantonale concernée. Un formulaire d'annonce est disponible sur les sites Internet de l'ODM ainsi que du Secrétariat d'Etat à l'économie (SECO).⁹

4. 90 jours de travail effectif à disposition de l'entreprise prestataire de services

La durée du détachement ne doit pas excéder 90 jours par année civile. L'année civile comme période de référence débute le 1^{er} janvier de chaque année. Il ne s'agit donc pas d'une période de douze mois à compter du début des détachements. L'entreprise prestataire de services disposera ainsi de 90 jours pleins au 1^{er} janvier de chaque année, et ce quelles que soient la date et la durée des premiers détachements qui auraient été effectués l'année précédente. Il s'agit de 90 jours de travail effectif à condition toutefois que l'entreprise prestataire de services puisse démontrer les jours effectivement travaillés.¹⁰

C'est à l'entreprise établie dans un Etat membre que le droit d'envoyer des travailleurs détachés en Suisse est conféré, et non

5 Dans l'hypothèse où un véritable rapport de travail est créé avec le bénéficiaire de la prestation de service, on peut se trouver confronté à une situation d'employeurs multiples.

6 Voir Directives sur l'introduction progressive de la libre circulation de l'ODM (Directives de l'ODM), chiffre 2.3.3.1, p. 22. A noter que la CJCE a jugé que l'exigence d'une période d'emploi préalable d'au moins un an au sein de l'entreprise effectuant le détachement devait être considérée comme excessive pour atteindre des objectifs relatifs à la protection des travailleurs, à la sauvegarde des prérogatives des Etats membres en matière d'accès au marché de l'emploi et à la prévention du dumping social. Voir Arrêt de la CJCE, Commission des Communautés européennes c. République fédérale d'Allemagne, Affaire C-244/04. Dans un autre Arrêt, la CJCE a considéré que l'exigence de contrats de travail d'au moins un an ou à durée indéterminée devait être considérée comme excessive pour atteindre des objectifs de protection sociale. Voir Arrêt de la CJCE, Commission des Communautés européennes c. République d'Autriche, Affaire C-168/04.

7 Voir article 6 LDét. Selon l'article 6 alinéa 3 Ordonnance sur les travailleurs détachés, dans les cas d'urgence (dépannages, réparations, accidents, catastrophes naturelles ou autres événements imprévisibles), l'engagement peut exceptionnellement débiter avant l'échéance du délai de 8 jours, mais au plus tôt le jour de l'annonce.

8 Voir article 14 de l'Ordonnance relative à l'admission, au séjour et à l'exercice d'une activité lucrative (OASA).

9 Site Internet de l'Office fédéral des migrations: www.bfm.admin.ch; site Internet du Secrétariat d'Etat à l'économie: www.seco.admin.ch. Lorsque l'annonce ne peut pas être faite via Internet, elle peut être adressée aux autorités cantonales compétentes par poste ou par fax.

10 En pratique, des copies des contrats de travail précisant les jours de congé pourront par exemple être transmis aux autorités d'immigration.

pas aux travailleurs détachés eux-mêmes. Connaître les possibilités de détachement nécessite un calcul qui obéit à des règles strictes. En effet, le calcul des 90 jours n'est pas lié au nombre de travailleurs détachés, mais à la période de présence en Suisse de l'entreprise de prestation de services (par l'intermédiaire de travailleurs détachés). A titre d'exemple, si une entreprise établie en Suède détache vingt employés pendant 10 jours en mars, puis un seul employé pendant 50 jours en juillet, il ne lui restera plus que 30 jours à disposition jusqu'au 31 décembre pour détacher des travailleurs sans qu'aucun permis de travail ne soit requis. Ce sont donc les périodes de détachement en Suisse qui sont déterminantes pour comptabiliser les 90 jours par année civile. Le conseiller suisse devra ainsi attirer l'attention de son client sur ce mode de calcul particulier de manière à mettre en place la stratégie de détachement la plus efficace.

Lorsque l'entreprise prestataire de services a utilisé l'entier de son quota de 90 jours au cours d'une année civile, chaque travailleur n'ayant pas encore été détaché et devant séjourner en Suisse pour plus de 8 jours doit bénéficier d'une autorisation de séjour de courte durée (permis L). Dans cette hypothèse, le travailleur détaché (indépendamment de sa nationalité) ne peut débiter son activité en Suisse qu'à la délivrance de l'autorisation de travail par les autorités d'immigration qui contrôlent notamment que les conditions de travail et de priorité de la main d'œuvre indigène sont respectées.¹¹ En effet, dans le cadre d'un détachement, même le ressortissant UE-15/AELE ne dispose pas d'un droit subjectif à résider et travailler en Suisse dans la mesure où l'autorisation de travail est considérée comme délivrée à l'entreprise prestataire de services établie en dehors du territoire helvétique, et non pas au travailleur détaché lui-même.

5. Conditions minimales de travail applicables aux travailleurs détachés

L'un des objectifs de l'annonce est de permettre aux autorités suisses de procéder au contrôle du respect des conditions de travail applicables aux travailleurs détachés, et cela en particulier pour éviter les risques de *dumping* social. En vertu de l'article 2 LDét, les employeurs doivent garantir aux travailleurs détachés les conditions minimales de travail et de salaire prescrites par les lois fédérales, ordonnances du Conseil fédéral, conventions collectives de travail déclarées de force obligatoire et contrats types de travail au sens de l'article 360a du Code des Obligations (CO), notamment en ce qui concerne la rémunération minimale.¹² Selon une interprétation stricte, cette disposition ne devrait néanmoins pas habiliter les autorités cantonales à prendre des sanctions directes selon la LDét à l'encontre de l'entreprise prestataire de services sur la seule base de salaires usuels observés localement dans la branche concernée alors même qu'au-

cune disposition fédérale, contrat-type ou convention collective déclarée de force obligatoire ne fixe de salaires minimaux.¹³

En cas de violation des conditions minimales de travail, l'entreprise prestataire de services peut faire l'objet de sanctions, en particulier d'amendes et d'une interdiction d'offrir ses services en Suisse pour une période de un à cinq ans.¹⁴ Lorsque les travaux sont exécutés par des sous-traitants établis à l'étranger, l'entrepreneur général doit obliger contractuellement les sous-traitants à respecter la LDét, faute de quoi il pourrait faire l'objet de sanctions administratives.¹⁵ La question se pose de savoir si le bénéficiaire de la prestation de services établi en Suisse pourrait également être sanctionné. En l'absence d'obligations imposées par la LDét, une telle construction paraît difficile.¹⁶ L'avocat prudent devrait toutefois conseiller à l'entreprise suisse de s'assurer, dans la mesure du possible, que le prestataire de services respecte les conditions minimales de la LDét.

III. Elargissement de la notion de frontaliers: pendulaires internationaux

La mise en œuvre de l'ALCP a provoqué une évolution du statut de frontalier tel que connu dans le passé et continuant à s'appliquer aux RET. Dans un Arrêt du 16 mars 2009,¹⁷ le Tribunal fédéral a été amené à élargir la notion de frontalier au sens de l'ALCP en contredisant la position traditionnelle qui était défendue par l'autorité cantonale valaisanne.

L'affaire visait un ressortissant britannique qui travaillait dans le canton du Valais sans avoir de résidence permanente dans le pays frontalier, en l'occurrence la France, mais retournant chaque week-end en Grande-Bretagne, lieu de son domicile. Notre Haute Cour a rappelé que dès le 1^{er} juin 2007, les zones frontalières ont été supprimées et que les frontaliers sont définis conformément aux articles 7 et 13 Annexe I ALCP, comme les ressortissants d'une partie contractante qui ont leur résidence principale (domicile) sur le territoire d'une partie contractante et qui exercent une activité professionnelle sur le territoire d'une autre partie contractante, en retournant au moins une fois par semaine à leur domicile. Ils bénéficient de la mobilité professionnelle géographique sur l'ensemble du territoire de l'accueil.

Dès lors, on ne peut plus admettre qu'avec la notion de «travailleur salarié frontalier», on envisage «des situations où il n'y

13 En cas de détachement n'excédant pas 90 jours par année civile, l'article 22 LEtr selon lequel un étranger ne peut être admis en vue de l'exercice d'une activité lucrative qu'aux conditions de rémunération et de travail usuelles du lieu, de la profession et de la branche ne devrait pas s'appliquer dans la mesure où l'ALCP règle la matière.

14 Voir articles 9 et 12 LDét.

15 Voir article 5 LDét. Une liste des employeurs ayant fait l'objet de sanctions entrée en force est disponible sur le site Internet du Secrétariat d'Etat à l'économie: <http://www.seco.admin.ch/themen/00385/00448/00451/index.html?lang=fr>.

16 L'article 5 LDét prévoit certes l'obligation de s'assurer que son cocontractant respectera la loi, mais vise seulement l'entrepreneur général en cas de sous-traitance, et non le maître de l'ouvrage.

17 Arrêt de la 1^{re} Cour de droit public dans la cause A.X. contre Office fédéral de la justice et Service des registres fonciers et de la géomatique du canton du Valais (Recours en matière de droit public) 2C_875/2008 du 16 mars 2009.

11 En cas de prestation de services intra-groupe, la condition de priorité de la main d'œuvre indigène ne devrait en principe pas être applicable.

12 L'article 2 LDét fait également référence aux domaines suivants: (b) la durée du travail et du repos; (c) la durée minimale des vacances; (d) la sécurité, la santé et l'hygiène au travail; (e) la protection des femmes enceintes et des accouchées, des enfants et des jeunes; (f) la non-discrimination.

a qu'une frontière entre le domicile du salarié et son lieu de travail». Avec l'abolition des zones frontalières pour les ressortissants de l'UE, on s'éloigne de la signification usuelle du terme «frontalier» puisque la qualité de frontalier n'est plus liée au domicile dans les zones en question des pays limitrophes de la Suisse. Ces personnes peuvent dorénavant être domiciliées n'importe où sur le territoire de l'un des Etats membres en cause, tandis que leur lieu de travail se trouve en Suisse. Au sens de l'ALCP, les frontaliers pourraient être plutôt définis selon le Tribunal fédéral comme des «pendulaires internationaux».

Cette décision doit amener l'avocat suisse à examiner soigneusement le statut le plus approprié, lorsqu'un ressortissant communautaire ne dispose pas d'un permis B ou L UE/AELE, n'ayant pas une activité régulière avec domicile en Suisse. En effet, selon les circonstances, peuvent être envisagés soit un statut traditionnel de frontalier, soit un statut élargi de «pendulaire international», une éventuelle autorisation de séjour limitée à 120 jours par année avec domicile à l'étranger, ou encore un statut de travailleur détaché, prestataire de services. On devra prendre en compte les conséquences de ces divers statuts, non seulement en matière de permis de travail, mais également en matière fiscale et de sécurité sociale.

Précisons que rien n'est modifié pour les RET qui ne peuvent obtenir une autorisation frontalière que s'ils respectent les anciennes conditions, notamment d'un droit de séjour durable dans un Etat voisin de la Suisse, et justifient d'un séjour d'au moins six mois préalable dans la zone frontalière voisine.¹⁸

IV. Regroupement familial

Au-delà des sujets directs de l'ALCP, ressortissants communautaires et suisses, le regroupement familial vise aussi les membres de leur famille, fréquemment des RET. Une jurisprudence et une doctrine abondantes ont visé ces situations complexes. Au sein de l'UE, comme en Suisse, deux approches s'opposent. D'une part, celle des gouvernements qui tend à limiter cette libre circulation de RET au titre du regroupement familial pour se réserver le contrôle de l'immigration étrangère et lutter contre les abus.¹⁹ D'autre part, celle des tenants des droits liés à la famille qui, notamment dans le prolongement des dispositions de la Convention européenne des droits de l'homme (CEDH), entendent élargir le droit au regroupement familial.²⁰

1. Suisse

L'entrée en vigueur de l'ALCP en 2002 a conduit notre pays à devoir adapter son droit interne de l'immigration pour éviter une discrimination à l'égard des RET. Ainsi, la nouvelle Loi sur les étrangers (LEtr), en vigueur dès le 1^{er} janvier 2008, permet le

regroupement familial des membres étrangers de la famille de citoyens suisses (conjoint, descendants de moins de 21 ans, et ascendants dont l'entretien est garanti). En évitant ainsi les discriminations à rebours, les citoyens suisses, comme les ressortissants communautaires domiciliés en Suisse, ont le droit de faire venir les membres de leur famille RET.²¹

Dans la mise en œuvre des dispositions sur le regroupement familial de l'ALCP, la Suisse, comme précisé dans les Directives de l'ODM, reprend les dispositions applicables du droit communautaire et exige un séjour durable antérieur pour la venue de RET.²² Avec cette exigence, la Suisse ne fait toutefois que suivre la jurisprudence communautaire telle qu'exprimée dans l'Arrêt Akrich de la CJCE du 23 novembre 2003.²³

2. Evolution de l'acquis communautaire

Depuis 2003, d'importantes évolutions ont marqué le droit communautaire en matière de libre circulation des personnes et de regroupement familial, tant sur le plan législatif que jurisprudentiel. A la suite du Traité de Maastricht de 1992, un nouveau cadre juridique s'est imposé avec la mise en œuvre du concept de citoyenneté européenne, concrétisé par l'adoption en avril 2004 de la Directive 2004/38.²⁴

En créant un régime unique à l'exercice de la libre circulation et de séjour pour l'ensemble des citoyens de l'UE, cette directive tend à concrétiser le concept de citoyenneté européenne inscrit aux articles 17 et suivants du Traité CE. Mais en réalité, elle vise surtout à déterminer comment l'UE va désormais réglementer la libre circulation des personnes en tant que telle, non seulement au sein de l'UE mais inévitablement aussi avec des pays comme

21 Sur les discriminations à rebours, voir C. KADDOUS/C. TOBLER, *Droit européen: Suisse-Union Européenne*, RSDIE 2005, pp. 628–630; M. HOTTELIER/H. MOCK, *le Tribunal fédéral suisse et la «discrimination à rebours» en matière de regroupement familial*, RDTE, 2003, p. 1292.

22 Comme l'a confirmé un Arrêt du Tribunal fédéral du 4 novembre 2003, ATF 130 II 1, les RET, membres de la famille de ressortissants UE/AELE, ne peuvent invoquer un droit au regroupement familial que «s'ils séjournent déjà légalement dans un Etat membre de l'UE/AELE avant le dépôt de la demande». Cette exigence de séjour durable antérieur limite considérablement les possibilités effectives pour tout citoyen communautaire ou citoyen suisse de se faire rejoindre dans notre pays par les membres de sa famille RET. Voir également H. MOCK/F. FILLIEZ, *Libre circulation des personnes et regroupement familial: à propos de la prise en compte de la jurisprudence de la Cour de Luxembourg par le Tribunal fédéral*, RSDIE, 2006, pp. 237–256.

23 Arrêt de la CJCE, *Secretary of State for the Home Department c. Hacene Akrich*, Affaire C-109/01. Voir également R. PLENDER, *Quo vadis? Nouvelles orientations des règles sur la libre circulation des personnes suivant l'affaire Akrich*, *Cahiers de droit européen*, 2004, pp. 261–288. Les directives de l'ODM relèvent d'ailleurs à ce sujet que les RET, membres de la famille de ressortissants d'un Etat UE/AELE ne peuvent invoquer l'article 10 du Règlement CE 1612/68 ou l'article 3 Annexe I ALCP, que s'ils séjournent au bénéfice d'une autorisation de séjour durable dans un Etat membre.

24 Directive relative aux droits des citoyens de l'UE et aux membres de leurs familles, de circuler et de séjourner sur le territoire des Etats membres. Cette nouvelle directive a remplacé les anciens textes d'approche sectorielle, tout en codifiant dans une large mesure la jurisprudence de la CJCE dans ce domaine. Voir C. KADDOUS, *La libre circulation des personnes, la Directive 2004/38 et l'Accord bilatéral CH/UE*, RSDIE, 2006, pp. 213–216; La Directive 2004/38 abroge les articles 10 et 11 du Règlement 1612/68 ainsi que les Directives 64/221, 68/360, 72/194, 73/148, 75/34, 75/35, 90/364, 90/365 et 93/96.

18 Voir article 25 alinéa 1 LEtr.

19 Voir C. COSTELLO, *Metock, Free movement and normal family life in the Union*, CMLR, 2009, p. 587.

20 Sur la portée limitée des droits conférés par l'article 8 CEDH, voir C. KADDOUS, *Les droits de l'homme et les libertés de circulation en droit communautaire*, RSDIE, 2007, p. 406 s.

la Suisse qui ont conclu un accord de libre circulation. Cette directive améliore en particulier le droit au regroupement familial dans divers domaines.²⁵

Dans ce contexte, les membres de la famille RET avec des difficultés d'immigration dans l'UE ont tout intérêt à invoquer le droit communautaire, car les droits qu'il contient apportent une valeur ajoutée évidente, tant sur la substance que sur la procédure par rapport au droit et à la pratique de la plupart des systèmes nationaux.²⁶ Bien souvent, on évite de longs délais avant une décision de refus, fréquemment sans justification, des autorités nationales d'immigration.²⁷ En droit communautaire, le traitement des demandes de regroupement familial portant sur des RET suggère quelques observations:

a) Pas de regroupement à l'égard des «situations purement internes»; l'exigence du séjour durable antérieur

La portée du droit communautaire est ici cruciale. La situation classique est celle du travailleur communautaire se déplaçant dans un autre Etat membre avec des membres de sa famille, souvent RET, avec lesquels il réside dans un Etat membre. Si le travailleur communautaire n'a pas exercé son droit à la libre circulation (et ainsi demeure dans son Etat d'origine), l'épouse RET ne peut en principe invoquer son droit au regroupement familial, celui-ci ne s'appliquant pas aux situations purement internes. Bien qu'érodée et débattue, cette notion de «situation purement interne», s'est maintenue dans la jurisprudence de la CJCE.²⁸

Les Arrêts Akrich²⁹, Jia³⁰, et Eind³¹ ont placé certaines limites au recours instrumental au droit communautaire, recours qui avait pour seul but d'éviter une soumission au droit national d'immigration.

En 2003, l'Arrêt Akrich a introduit l'exigence du séjour durable antérieur³². Le fondement de cette exigence reposait sur l'idée que le droit communautaire ne créait pas un droit de première entrée sur le territoire de l'UE, mais visait plutôt à permettre au ressortissant communautaire de vivre légalement avec sa famille³³.

b) Revirement exprimé par l'Arrêt Metock³⁴

Déjà altérée par les Arrêts Jia et Eind, l'exigence de séjour durable antérieur³⁵ résultant de l'Arrêt Akrich, a été supprimée par l'Arrêt Metock rendu le 25 juillet 2008.³⁶

La CJCE juge que la jurisprudence Akrich doit être reconsidérée de manière à protéger les citoyens de l'UE qui ont droit à une vie de famille normale dans l'Etat membre hôte.³⁷ D'une manière très claire, la CJCE établit que l'épouse RET d'un citoyen communautaire bénéficie des droits de la Directive 2004/38 indépendamment du moment et du lieu du mariage.³⁸ De même, on ne peut tenir compte de la manière dont le RET est entré dans l'Etat membre d'accueil.³⁹

La CJCE observe également que rien n'exige que la vie de famille ait existé avant que le citoyen communautaire ne se déplace dans un autre Etat membre, par référence aux membres de la famille RET «accompagnant» ou «joignant» le citoyen européen.⁴⁰

En justifiant cette évolution sensible illustrée par l'Arrêt Metock, la CJCE insiste sur le fait que les droits de séjour des membres de la famille RET sont nécessaires pour éviter une entrave à la libre circulation des citoyens communautaires.⁴¹ Dès lors que l'harmonisation prévue par la Directive 2004/38 est exhaustive, les Etats membres ne sont désormais plus compétents pour introduire des restrictions additionnelles à l'entrée et au séjour des membres de la famille RET.⁴²

34 Arrêt Metock (note 32).

35 La manière dont les Etats membres allaient incorporer cette exigence de séjour durable antérieur dans la législation d'immigration nationale a varié de manière importante. Voir sur ce point COSTELLO (note 19), p. 595.

36 Il dispose que la Directive 2004/38 s'applique aux membres de la famille de citoyens communautaires, indépendamment du fait qu'ils aient résidé préalablement dans un Etat membre, légalement ou non. Pour une analyse détaillée de l'Arrêt Metock voir N. CAMBIEN, *Columbia Journal of European Law*, 2009, pp. 321–341, M. SPESCHA, *Inländerdiskriminierung im Ausländerrecht? Das EuGH-Urteil vom 25. Juli 2008 in der Rechtssache Metock u.a. und seine Folgen für die Schweiz*, *AJP/PJA* 2008, pp. 1432–1440 et A. EPINEY/R. MOSTERS, *Schweizerisches Jahrbuch für Europarecht*, 2008/2009, pp. 61–64.

37 Arrêt Metock (note 32), consid. 62: «Si les citoyens de l'Union n'étaient pas autorisés à mener une vie de famille normale dans l'Etat membre d'accueil, l'exercice des libertés qui leur sont garanties par le traité serait sérieusement entravé». Voir aussi CAMBIEN (note 36), p. 334.

38 Arrêt Metock (note 32), consid. 98. Voir aussi COSTELLO (note 19), p. 603.

39 Arrêt Metock (note 32), consid. 99.

40 Arrêt Metock (note 32), consid. 88. Voir COSTELLO (note 19), p. 600; CAMBIEN (note 36), p. 326; Par une interprétation large de la notion de «joindre», la CJCE vise aussi la situation d'un citoyen de l'UE ne créant une famille qu'après l'exercice de son droit à la libre circulation. Ainsi, pour la CJCE, la Directive 2004/38 devient un instrument visant à la fois la formation d'une famille et sa réunification, deux modes de migration familiale que les Etats membres s'efforcent souvent de distinguer.

41 Arrêt Metock (note 32), consid. 64: «Or le refus de l'Etat membre d'accueil d'accorder des droits d'entrée et de séjour aux membres de la famille d'un citoyen de l'Union est de nature à dissuader ce dernier de se déplacer, ou de demeurer dans cet Etat membre, même si les membres de sa famille ne séjournent pas déjà légalement sur le territoire d'un autre Etat membre».

42 Par l'abandon de l'exigence du séjour antérieur, la CJCE fonde un droit d'entrée et de séjour dans l'UE pour les membres de la famille RET. Certes, ils doivent solliciter une autorisation d'entrée et de séjour, mais cette demande constitue une confirmation d'un droit de séjour et n'a pas d'effet constitutif. La CJCE rejette l'argument d'une division des compétences entre UE d'une part et Etat membre d'autre part en matière de

25 Par exemple droits ouverts au partenaire enregistré (article 2 ch. 2); droit de séjour autonome en cas de décès ou de dissolution du mariage. Voir aussi COSTELLO (note 19), p. 594.

26 COSTELLO (note 18), p. 588.

27 Ainsi, certains Etats tendaient à imposer des délais administratifs avant l'octroi d'un statut à l'épouse RET. Dans les années 1990, se sont aussi imposées certaines habitudes de fixer des conditions d'intégration au RET. On a même pu considérer que ce concept d'intégration du RET s'apparente à un «filtre culturel» pour prévenir la venue au titre de regroupement familial de certains futurs immigrants RET.

28 Voir A. EPINEY, *The Scope of Article 12 EC: some remarks on their influence of European Citizenship*, *ELJ*, 2007, p. 611. Voir aussi COSTELLO (note 19), p. 591 et pp. 616–621.

29 Arrêt Akrich (note 23).

30 Arrêt de la CJCE, Jia c. Migrationsverket, Affaire C-1/05.

31 Arrêt de la CJCE, *Minister voor vreemdelingenzaken en Integratie c. Eind*, Affaire C-291/05.

32 «Il est vrai que la CJCE a jugé aux points 50 et 51 de l'Arrêt Akrich, précité que, pour pouvoir bénéficier des droits prévus à l'article 10 du Règlement n° 1612/68, le ressortissant d'un pays tiers conjoint d'un ressortissant issu de l'Union doit légalement séjourner dans un Etat membre lorsque son déplacement a lieu vers un autre Etat membre dans lequel le citoyen de l'Union migre ou a migré». Cf. Arrêt de la CJCE, Metock et al. c. Minister for Justice, Equality and Law Reform, Affaire C-127/08, consid. 58.

33 Arrêt Akrich (note 23), consid. 51–53.

c) Prévenir les risques d'abus; maintien des contrôles

Ayant accru les droits des membres de la famille RET par l'abandon de l'exigence du séjour durable antérieur, la CJCE est consciente que sa décision entraîne un élargissement du nombre des candidats au regroupement familial. Elle rappelle donc l'existence de limites et la nécessité de contrôles stricts visant à éviter les abus, notamment pour rassurer les gouvernements des Etats membres. On songe en particulier à trois éléments:⁴³

- L'effet limité sur le plan personnel des droits des membres de la famille RET au regroupement. Ces droits ne visent que les membres de la famille au sens de l'article 2 alinéa 2 de la Directive 2004/38.
- Sur la base d'un examen individuel, les Etats membres conservent la possibilité de limiter la libre circulation sur la base de motifs d'ordre public, de sécurité publique ou de santé publique.⁴⁴
- Les droits peuvent être refusés ou annulés dans des cas d'abus de droits tels que mariage de convenance.⁴⁵

d) Application du droit au regroupement à des situations purement internes; discriminations à rebours

Si dans l'Arrêt Metock, la CJCE a fait preuve d'une ouverture évidente à propos du séjour durable antérieur dans l'UE, elle maintient en revanche une position traditionnelle selon laquelle les règles du Traité CE en matière de libre circulation ne peuvent être appliquées à des activités purement internes.⁴⁶ Cette attitude rigide a été l'objet de critiques de gouvernements qui ont vu dans une telle interprétation de la Directive 2004/38 une discrimination injustifiée, puisque les ressortissants de l'Etat membre d'accueil qui n'ont jamais exercé leurs droits à la libre circulation ne tireraient pas du droit communautaire le bénéfice de droits d'entrée et de séjour pour les membres de leurs familles RET.⁴⁷ On note toutefois au sein de l'UE une remise en question du concept de «situation purement interne».⁴⁸

libre circulation des personnes. Voir COSTELLO (note 19), p. 602. Voir toutefois CAMBIEN (note 36), p. 334; article 5, para 2, Directive 2004/38; COSTELLO (note 19), p. 605.

43 Arrêt Metock (note 32), consid. 73, 74, 75. Voir également COSTELLO (note 19), p. 606; Mock/FILLIEZ (note 22), p. 256.

44 Voir KADDOUS/TOBLER (note 21), pp. 636–638, avec une analyse de la jurisprudence du Tribunal fédéral à propos de l'ALCP et notamment de l'ATF 129 II 215, consid. 6.2.

45 Voir sur la jurisprudence du Tribunal fédéral à propos de l'ALCP, C. KADDOUS/C. TOBLER, Droit européen: Suisse-Union Européenne, RSDIE, 2006, pp. 486–492.

46 Arrêt Metock (note 32), consid. 77. Voir COSTELLO (note 19), p. 622. Sur la notion de situation purement interne voir CAMBIEN (note 36) pp. 336–338.

47 Arrêt Metock (note 32), consid. 76.

48 Nombre d'auteurs observent qu'une position trop stricte sur cette question peut entraîner des conséquences choquantes, notamment pour les membres de la famille RET appartenant à des minorités ethniques et insulaires. Voir COSTELLO (note 19), qui analyse ces remises en question tant du point de vue doctrinal (p. 620 note 200) que jurisprudentiel (p. 620 note 201).

3. Effet de l'évolution du droit communautaire sur l'application de l'ALCP par la Suisse

Ayant décrit succinctement l'importante évolution exprimée par la Directive 2004/38 et l'Arrêt Metock, il convient d'évoquer sa portée dans la mise en œuvre de l'ALCP en Suisse.

a) L'ALCP n'est pas concerné par la notion de citoyenneté européenne

L'UE a choisi d'incorporer ses nouvelles conceptions en matière de libre circulation des personnes et de regroupement familial dans la Directive 2004/38 qui se réfère à la notion de citoyenneté européenne. A l'évidence, les citoyens communautaires en Suisse, comme les citoyens suisses, ne peuvent être visés par le concept de citoyenneté européenne dans l'application de l'ALCP. On doit cependant avoir présent à l'esprit que ce concept vise en réalité deux aspects distincts.

D'une part, certains droits du citoyen européen ont été précisés dans la foulée du Traité de Maastricht.⁴⁹ A l'origine, la citoyenneté européenne était dérivée et ne pouvait être acquise sans disposer de la citoyenneté d'un Etat membre.

D'autre part, l'UE a choisi en quelque sorte de lier sa nouvelle stratégie en matière de libre circulation des personnes et de regroupement familial à la citoyenneté européenne. Ce second aspect de large portée détermine dorénavant l'acquis communautaire dans ce domaine. Contrairement au premier aspect, il devrait affecter la mise en œuvre de l'ALCP. L'UE ne peut en effet accepter d'envisager deux manières d'appliquer ses règles dans ce domaine selon qu'elles visent uniquement des citoyens dans l'UE ou l'ensemble des ressortissants des parties à l'ALCP (suisse ou communautaires). A ce sujet, apparaît quelque peu artificielle une distinction entre droits au regroupement familial fondés sur la libre circulation selon l'ALCP et droits qui seraient spécifiquement liés au statut de citoyen de l'UE.⁵⁰

b) Reprise de l'acquis communautaire par la Suisse: substance et procédure

L'autre raison qui doit amener à se demander quel impact la Directive 2004/38 et la jurisprudence Metock peuvent avoir sur l'ALCP, tient aux obligations de la Suisse en matière de reprise de l'acquis communautaire. On rappellera que la Suisse ne s'est seulement obligée à reprendre l'acquis communautaire pertinent antérieur à la signature de l'ALCP, le 21 juin 1999.⁵¹ L'UE informe toutefois généralement la Suisse de tout nouveau développement en droit communautaire et notre pays a régulière-

49 Sans être dépourvus d'importance, ces droits sont néanmoins de portée limitée tels que droit de vote ou d'éligibilité à des conseils municipaux ou au Parlement européen; droit de réclamation, protection consulaire de la part d'autres Etats membres dans des Etats tiers, droit de pétition auprès des institutions communautaires, etc. Voir sur la citoyenneté européenne diverses contributions dans Special issue: European citizenship at Center Stage, Columbia Journal of European Law, 2009. Voir également B. NASCIMBENE, Les droits de l'homme et la citoyenneté européenne, RSDIE, 2007, pp. 381–395.

50 Voir KADDOUS (note 24), p. 216.

51 KADDOUS/TOBLER (note 21), p. 617.

ment repris ce nouvel acquis communautaire même au-delà de 1999, se montrant par là un partenaire loyal dans l'application de l'ALCP.⁵²

Il n'y a donc pas lieu d'envisager que la Suisse puisse tout simplement ignorer les évolutions communautaires capitales découlant de l'Arrêt Metock, sous prétexte qu'elles seraient postérieures à 1999. La CJCE déclare dans l'Arrêt Metock que l'exigence d'un séjour durable antérieur dans un Etat membre par les membres de la famille RET doit être abandonnée sous peine d'entraver la libre circulation des citoyens communautaires. Cette position nous paraît devoir s'appliquer également dans la mise en œuvre de l'ALCP en Suisse.

Si cette évolution semble inéluctable à terme pour la Suisse,⁵³ subsistent notamment sur le plan procédural et formel, de nombreuses et intéressantes questions à résoudre.

c) *Arrêt Metock: conséquences pratiques dans la mise en œuvre de l'ALCP*

On peut se demander si l'évolution du droit communautaire en matière de libre circulation des personnes doit aller jusqu'à conduire à une modification de l'Annexe I de l'ALCP⁵⁴ pour profiter de clarifier certaines notions. Toutefois, l'ODM pourrait

52 Voir MOCK/FILLIEZ (note 22), pp. 244–246; MACH (note 1) pp. 329–330.

53 On ne peut que se rallier à ce constat brutal mais réaliste d'un bon observateur des rapports CH/UE, J. Russotto, Suisse-Europe: une approche à réinventer d'urgence, *Le Temps*, 7. 10. 2009: «... toute modification à un accord existant, devra intervenir sur la base de la reprise de l'acquis communautaire en stock et en devenir. C'est à prendre ou à laisser. L'UE ne veut plus de la reprise de normes équivalentes et ne souhaite pas, ni n'a le temps, de faire du «sur-mesure»».

aussi simplement adapter ses Directives à l'acquis communautaire en profitant de leur prochaine mise à jour.⁵⁵

L'essentiel pour les avocats en Suisse est de veiller à ce que dorénavant les bénéficiaires de l'ALCP puissent tirer pleinement parti des récentes évolutions communautaires. S'agissant de la venue de membres de la famille RET, les autorités d'immigration suisses peuvent être tentées dans certains cas de refuser l'entrée en se fondant sur une jurisprudence Akrich largement dépassée. Ce n'est alors que suite à des recours auprès des instances compétentes⁵⁶ que la Suisse sera amenée, cas échéant, à adapter sa pratique ou sa législation interne à la nouvelle donne communautaire, ce qui permettra une interprétation de l'ALCP conférant tout son «effet utile»⁵⁷ aux dispositions sur la libre circulation des personnes.⁵⁸ ■

54 Dans ce sens, KADDOUS (note 24) p. 216; Parmi celles dont le contenu a été précisé ou a évolué, figure la notion de «membre de la famille» régie par l'article 2 de la Directive 2004/38, qui comprend aujourd'hui le partenaire enregistré ou alors le cas de l'étudiant.

55 Au sujet de l'adaptation nécessaire de la Loi sur les étrangers (LEtr), voir M. SPESCHA (note 37) p. 1432 qui fait allusion à l'initiative parlementaire du CNA. Tschümperlin.

56 Article 11 ALCP.

57 Certes le principe de l'«effet utile» repose sur une conception d'intégration communautaire qui est étrangère à l'ALCP. Toutefois, pour le Tribunal fédéral, il s'agit de déduire de l'engagement conventionnel une «obligation de résultats» et de se baser sur l'«effet utile» des dispositions internationales pour justifier son interprétation du droit interne (ATF 123 II 241, consid. 39). Voir O. MACH, Les accords bilatéraux avec la CE: opportunités et défis pour le juriste suisse, *SJ*, 2002, p. 345.

58 Sur l'élargissement de la mission du juge suisse dans l'application des Accords bilatéraux et les leçons du droit communautaire, voir MACH (note 1), pp. 189–192.

Stephan Bernard*

Anwaltliche Gewinnoptimierung ohne Schranken – eine Replik

Stichworte: Ethik, Unternehmensethik, Geschäftsgrundsätze, Integritätsmanagement, Kanzleimanagement, Betriebswirtschaft, Gewinnoptimierung

I. Notwendige Unternehmensethik?

1. Ausgangspunkt

In den letzten paar Jahren wurden in der Anwaltsrevue wie auch beispielsweise am diesjährigen Anwaltskongress alle möglichen betriebswirtschaftlichen Fragen zur «Anwaltskanzlei als

Unternehmen» abgehandelt; der unternehmensethische Rahmen derselben wird aber in Publikationen und Vorträgen vernachlässigt.¹

Dieser Befund wirft Fragen auf: Gibt es keine Publizistinnen und Publizisten, die sich an dieses Thema heranwagen? Oder besteht keine Nachfrage nach solchen Abhandlungen oder Vorträ-

* Lic. iur. LL.M., Rechtsanwalt und Mediator SAV/AFM, Zürich (www.meyerbernard.ch).

1 Die Sichtung der letzten vierzig Ausgaben der «Anwaltsrevue» ergibt, dass sich circa jeder dritte Aufsatz mit unternehmerischen Fragen beschäftigt, oftmals explizit oder implizit unter dem (hauptsächlichen) Gesichtspunkt der Ertragsmaximierung. Damit soll keineswegs der Beschäftigung mit diesen Fragen die Berechtigung abgesprochen werden; erstaunlich ist einfach ihre Prominenz bei gleichzeitiger Vernachlässigung ethischer Fragen.

Am diesjährigen Anwaltskongress gab es rund fünfzehn anwaltsbetriebswirtschaftliche Veranstaltungen. Es wurden alle möglichen, oft durchaus sinnvollen Fragen thematisiert, von der besten Geschäftsstrategie und des guten Marketings über die Umwandlung der anwaltlichen Unternehmensform zur AG bis hin zu Anleitungen des richtigen Benehmens und des sicheren mobilen Telefonierens abgehandelt. Unternehmensethik wurde in keinem einzigen Referat direkt und zentral angesprochen, sondern allenfalls am Rande.

gen, die den leichten Nachgeschmack moralinsaurer Predigten hervorrufen könnten? Geht die Unternehmensethik im hektischen Anwaltsalltag unter? Oder versteht sie sich für unseren Berufsstand von selbst? Bedürfen wir aufgrund unserer Berufs- und Standesregeln und/oder der genossenen profunden Ausbildung, auch in philosophischen Fragen, und unserer stetigen Umsetzung solcher intellektueller Einsichten, keiner zusätzlichen ethischen Reflexion? Sieht uns das Publikum als ethisch integren Berufsstand, wie wir uns selber gerne sähen?² Besteht Konsens darüber, wann ein Anwaltsunternehmen sich ethisch verhält?

2. Zweiter Einstieg: Ein ethisches Postulat eines Philosophen

Otfried Höffe – ein klassisch bürgerlich-liberaler Denker, vornehmlich kantianischer Provenienz –³ hielt am 7. Juli 1985 in seinem Vortrag «Soll der Philosoph König sein?» vor dem Bernischen Anwaltsverein zu unserer Beruhigung fest, beim Anwaltsberuf handle es sich nicht um irgendeinen Beruf, mit dem man bloss Geld, gelegentlich viel Geld, verdiene; sondern der Anwalt leiste darüber hinaus auch einen unverzichtbaren Beitrag zur konkreten Gerechtigkeit, also könne er seinen Beruf mit moralischer Genugtuung ausführen.⁴

Wer Weihnachten mit dieser ethischen Absolution einer intellektuellen Grösse feiern möchte, sollte nach diesen schmeichelfaften Worten aufhören zu lesen, denn wenig später äusserte sich der Philosoph für manche von uns unangenehm: «Andererseits sollte ein Anwalt, der sich als «Diener am Recht» und an der Gerechtigkeit empfindet, Mandate nicht deshalb ablehnen, weil sie kein hinreichendes Honorar versprechen.»⁵ Höffe fordert also nicht nur wie die Standesregeln unseres Verbandes in Art. 17, dass wir (bezahlte) Pflichtmandate gleichermassen sorgfältig wie die übrigen Fälle führen, sondern dass wir auch Mandate ohne (hinreichendes) Honorar führen,⁶ zum Beispiel eine ausser-

gerichtliche Gratisberatung für Bedürftige. Gerichtsfälle sollten ja mittlerweile der Anwältin aufgrund der bundesgerichtlichen Vorgabe auch bei unentgeltlicher Rechtsverständigung einen bescheidenen Verdienst garantieren.⁷ Dem Philosophen müsste wohl die Frage entgegengehalten werden, wie weit diese Forderung denn gehe: ob ein bestimmtes Quantum an «pro-bono-Fällen» ethisch geboten sei, ob dieses Postulat in der Konsequenz bis zur wirtschaftlichen Selbstausbeutung gelte, oder ob es lediglich als Appell an die Advokatur, sich nicht ausschliesslich von wirtschaftlichen Gewinnmaximierungsregeln leiten zu lassen, zu verstehen sei.

3. Notwendige unternehmensethische Reflexion

Eine deutliche Antwort auf solche möglicherweise unangenehmen Forderungen gibt die einfache Position, dass ein reines Gewinnmaximierungsprinzip die unternehmensethische Frage abschliessend kläre. Sie legitimiert mit einem systemischen «Sachzwangdenken» und der dahinter stehenden marktmeta-physischen Gemeinwohlfiktion beliebiges unternehmerisches Handeln in den Schranken der Rechtsordnung und macht in der Tat unternehmensethische Gedanken überflüssig.⁸ Ist man aber – etwa mit dem St. Galler Emeritus Peter Ulrich, auf den ich mich wesentlich stütze – der Auffassung, diese Haltung tauge aus ethischer Sicht nicht, ergeben sich in der Advokatur unternehmensethische Fragen zwangsläufig.⁹ Denn jede Anwaltskanzlei ist in ökonomischer Hinsicht schliesslich (auch) ein Unternehmen.

Meine Publikation dazu erfolgt nun in der Anwaltsrevue zu Weihnachten, just der besinnlichen Zeit der guten Vorsätze und des Versands von Weihnachtskarten – gleichsam als Abrundung zu einem weiteren Jahr voller betriebswirtschaftlicher Tipps. Sie versteht sich allerdings weder als beruhigende weihnächtliche Moralpredigt mit umfassenden Entlastungsfolgen für das übrige (kommende oder vergangene) Jahr, noch als wissenschaftliche Abhandlung. Sie will einzig ein skizzenhafter und pragmatischer Einstiegsaufsatz in ein betriebsnotwendiges Thema mit Konsequenzen für den Alltag sein.

2 Aus dem GFK-Vertrauensindex geht hervor, dass etwa Feuerwehrleuten, Lehrerinnen, Postangestellten, Ärztinnen, der Polizei und dem Militär in der Schweiz wie im internationalen Vergleich deutlich mehr vertraut wird als Anwälten, denen über die Hälfte der Bürgerinnen misstrauen. Auch unseren ehemaligen Studienkolleginnen, den Richterinnen, vertraut man deutlich mehr als uns. Ähnlich misstrauisch wie gegenüber uns Anwälten sind die Bürgerinnen nur gegenüber Managern, Journalistinnen und Politikern.

3 OTFRIED HÖFFE, geboren 1943, war zunächst ab 1976 Professor in Duisburg, danach zwischen 1978 und 1992 Ordinarius an der Universität Fribourg; seither lehrt er in Tübingen Philosophie. Er ist wohl einer der bedeutendsten deutschsprachigen sozial-, rechts- und moralphilosophischen Stimmen. Sein Denken ist wesentlich von Kant und auch Aristoteles geprägt. Otfried Höffe publizierte nebst zahlreichen anderen Büchern und Aufsätzen «Politische Gerechtigkeit» und «Demokratie im Zeitalter der Globalisierung», zwei in viele Sprachen übersetzte philosophische Klassiker. Er ist Ehrendoktor, Träger zahlreicher Preise und Präsident der Nationalen Ethikkommission im Bereich Humanmedizin der Schweiz.

4 Zitiert nach OTFRIED HÖFFE, Den Staat braucht selbst ein Volk von Teufeln, Philosophische Versuche zur Rechts- und Staatsethik, Reclam 1988, S. 21.

5 HÖFFE, ebenda, S. 22.

6 Dazu folgende Anekdote: Vor nicht allzu langer Zeit vertrat ich einen Unternehmer mit nahezu klassischer Rollenverteilung in einer Scheidung. Die Familie lebte zunächst in sehr guten Verhältnissen; Vermögen war allerdings trotz hohem Einkommen keines vorhanden. Im Verlaufe des Verfahrens verlor mein Klient seinen Hauptkunden, er hatte ein gewaltiges Klumpenrisiko und war nicht mehr fähig, grosse Unterhaltsbeiträge zu leis-

ten. Die Parteien rutschten sogar in den Bereich der Berechtigung zur unentgeltlichen Rechtspflege ab. Ich stellte postwendend das entsprechende Gesuch, gehört dies doch zu meinem Berufsalltag. Der sehr nette und äusserst kollegiale Gegenanwalt, mit welchem ich mich redlich um eine vernünftige Einigung bemühte, rief mich etwas verlegen an und fragte, wo und wie man in praxi ein solches Gesuch stellen müsse. Er führe im Normalfall keine «UP-Fälle» und müsse, obschon Partner in seiner Kanzlei, an der Partnersitzung um Bewilligung nachsuchen, einen solchen Fall zu Ende zu führen. Im Stich lassen wolle er seine Klientin jetzt aber nicht. Da nicht anzunehmen ist, dass diese renommierte Kanzlei keine Anfragen von prozessarmen Klientinnen hat und zudem auch nicht davon auszugehen ist, dass die Praxis dieses Büros, keine Fälle unentgeltlicher Rechtspflege anzunehmen, singulär ist, steht fest, dass Höffes Forderung nicht auf umfassende Akzeptanz der anwaltlichen Praktiker stösst.

7 Vgl. dazu BGE 132 I 201.

8 Zur eingehenden Darstellung und Kritik dieser Positionen, Peter Ulrich, Integrative Wirtschaftsethik. Grundlagen einer lebensdienlichen Ökonomie, 4. A., Bern u.a., 2008, S. 141 ff.

9 Vgl. dazu prägnant PETER ULRICH, Zivilisierte Marktwirtschaft, 2. A., Freiburg u.a., 2005, S. 140 ff.

II. Einstieg in die Unternehmensethik

1. Ein erster Zugang

(Unternehmens)ethische Reflexionen können an jedem Punkt unseres (Berufs)Alltags einsetzen. Es bedarf dazu einzig des Willens, übliche Verhaltensweisen und gedankliche Stereotypen auf die ethische Konsistenz zu hinterfragen – unter Einbezug des eigenen Handelns und Denkens. Hilfreich für die anwaltliche Unternehmensethik ist dabei sicher das Gespräch mit Berufskolleginnen und -kollegen, aber auch branchenfremden Bekannten. Das Denken schärft und präzisiert darüber hinaus die Lektüre von (philosophischer) Literatur zur Ethik. Da mir kein Buch bekannt ist, das sich spezifisch mit anwaltlicher Unternehmensethik beschäftigt, bieten Sammelbände in wirtschafts- und unternehmensethischen Fragen wie etwa das Reclam-Büchlein «Wirtschaft und Ethik», 1992, Nachdruck 1998, oder der von Hans Ruh/Klaus M. Leisinger herausgegebene Sammelband «Ethik im Management» aus dem Jahre 2004 einen guten Einstieg. Sinnvoll scheint mir, diese Literatur mit Publikationen zur Rechtsethik oder «Ethik und Justiz» zu ergänzen, auch wenn bei letzteren der Blickwinkel oftmals nicht nur auf Unternehmensethik gerichtet ist.¹⁰

2. Übliche unternehmensethische Positionen

Sichtet man die Literatur und die publizierten ethischen Selbstverständnisse diverser Unternehmen, finden sich oft drei Kategorien ethischer Ansätze: eine *instrumentalistische Sichtweise*, die ethisches Verhalten als unternehmerischen Erfolgsfaktor propagiert, die *karitative Ethik*, welche einen Teil des Gewinns guten Zwecken zuführen will, und sodann eine *korrektive Unternehmensethik*, die situativ das unternehmerische Gewinnstreben sozusagen als Ausnahme von der Regel ethisch begrenzen will. Diesen Ansätzen ist gemeinsam, dass sie unternehmerisches Handeln nicht von Grund auf und konsequent auf die ethische Stichhaltigkeit befragen;¹¹ sie bleiben daher auf halber ethischer Strecke stehen.

III. Die integrative Unternehmensethik von Peter Ulrich

1. Die Überzeugungskraft der Theorie von Peter Ulrich

Solchen «halbherzigen» unternehmensethischen Entwürfen tritt Peter Ulrich entschieden entgegen. Seine integrative Unternehmensethik ist zwar nicht der einzige bedeutende (deutschsprachige) Entwurf. Ich beschränke mich jedoch aus Platzgründen nur auf die Darstellung seiner Konzeption. Meine Wahl fiel auf diese Theorie wegen ihrer Stringenz und Konsequenz und weil sie als Teil einer umfassenden Wirtschaftsethik einleuchtet.¹²

Ulrichs integrative Unternehmensethik versteht sich als «permanenter Prozess der vorbehaltlosen kritischen Reflexion und Gestaltung tragfähiger normativer Bedingungen der Möglichkeit lebensdienlichen, unternehmerischen Wirtschaftens. Die Unternehmung soll (bzw. will in ethischer Selbstbindung) ihre Existenzsicherung und ihren betriebswirtschaftlichen Erfolg im Wettbewerb ausschliesslich mit gesellschaftlich legitimen und sinnvollen Strategien unternehmerischer Wertschöpfung erreichen.»¹³ Diese *Geschäftsethik* ist gemäss dem Autor die sogenannte *erste Stufe der unternehmerischen Verantwortung*. Dazu kommen eine gesellschaftsbezogene *republikanische Unternehmensethik* und *branchen- und ordnungspolitische Mitverantwortung*, in welcher sich ein Unternehmen auf der (subpolitischen) Ebene eines Branchenverbands einerseits nach innen für hohe ethische Standards des brancheninternen Wettbewerbs einsetzen kann, andererseits aber auch gemeinsam mit anderen Unternehmen der Branche gegen aussen die Wettbewerbsbedingungen kritisch hinterfragen und sich für gemeinwohldienliche Reformen des Ordnungsrahmens engagieren soll.¹⁴

Um Missverständnissen vorzubeugen: Ulrich ist kein Kritiker der marktwirtschaftlichen Wirtschaftsform, sondern lediglich einer totalen Marktgesellschaft, die sich der lebensdienlichen

10 Zu erwähnen sind hier beispielsweise der von Michael Strasser/Michaela Fischer herausgegebene Sammelband *Rechtsethik*, Frankfurt am Main 2007, oder derjenige von Bernhard Ehrenzeller/Revital Ludwig-Kedmi, *Moraldilemmata von Richtern und Rechtsanwälten*, St. Gallen 2006. Spannend finde ich zudem den Link <http://www.hefam.de/kollsym2007/grur.html>; dort finden sich nebst anderen Vorträgen anlässlich eines Symposiums im Jahre 2007 zum Thema «Ethik in der Justiz» in Frankfurt zwei Vorträge, die sich spezifisch mit anwaltlicher Unternehmensethik beschäftigen: MATTHIAS KASCH, Partner in der Sozietät White & Case LLP, Frankfurt am Main, handelt über vier Seiten das Thema «Ethik der Anwaltschaft in Grosskanzleien» und Rechtsanwalt Dr. SVEN HARTUNG, Frankfurt am Main, über sieben Seiten das Thema der «Ethik in der anwaltlichen Akquisitionstätigkeit» ab.

11 Eingehend dazu PETER ULRICH, *Integrative Wirtschaftsethik*, S. 451 ff.; kürzer derselbe, *Zivilisierte Marktwirtschaft*, S. 146 ff.

12 PETER ULRICH legte mit seiner *Integrativen Wirtschaftsethik*, 4. A. 2008, ein zentrales Werk zum Thema vor, das sichtlich vom Denken des Sozialphilosophen Jürgen Habermas beeinflusst ist. Kernbausteine seines Denkens sind zunächst eine Ökonomismuskritik, die sich gegen das Sachzwangsdenken und den damit verbundenen ökonomischen Determinismus und Reduktionismus, vor allem der ökonomischen Klassik und Neoklassik sowie der reinen Ökonomik, wendet. Nach Ulrich misst sich vernünftiges Wirtschaften am Blickwinkel der Lebenswelt, das heisst, es muss daher vor einer (lebensdienlichen) Sinn- und Legitimationsfrage bestehen. Sodann geht er auf Orte wirtschaftsethischer Verantwortung ein: eine Ebene ist diejenige des Wirtschaftsbürgers, eine andere diejenige der Ordnungsethik und die dritte, hier vor allem interessierende Ebene, ist diejenige der Unternehmensethik.

Wichtige andere deutschsprachige Entwürfe, die sich aber teilweise grundlegend von Ulrichs unterscheiden, haben unter anderem folgende Autoren verfasst: HORST STEINMANN/ALBERT LÖHR, *Grundlagen der Unternehmensethik*, 2. A., Stuttgart 1994; KARL HOMANN/FRANZ BLOME-DREES, *Wirtschafts- und Unternehmensethik*, Göttingen 1992; JOSEF WIELAND, *Die Ethik der Governance*, Marburg 1999. Für eine eingehende Orientierung empfiehlt sich sicher auch Wilhelm Korff (Hrsg.), *Handbuch der Wirtschaftsethik*, 4 Bände, Gütersloh 1999.

13 PETER ULRICH, *Integrative Wirtschaftsethik*, S. 463.

14 Einführend dazu PETER ULRICH, *Zivilisierte Marktwirtschaft*, S. 151 ff. Eingehend dazu derselbe, *Integrative Wirtschaftsethik*, Bern u.a. 4. A., S. 462 ff.

Sinn- und Legitimationsfragen unter Verweis auf ein Sachzwangsdenken oder eine Gemeinwohlfiktion entzieht. Und: Ulrich hält die marktwirtschaftliche Ökonomie für ethisch beeinfluss- und verbesserbar, das heisst, sie ist weder determiniert noch grundsätzlich ethikresistent.

2. Peter Ulrichs Bausteine eines betrieblichen Integritätsmanagements

Peter Ulrich begnügt sich jedoch nicht mit Allgemeinplätzen und nebulösen Appellen, sondern entwirft ein anspruchsvolles, integratives, betriebliches Ethikprogramm mit sechs Bausteinen. Zunächst bedarf es in einem Unternehmen einer geklärten und begründeten unternehmerischen Wertschöpfungsaufgabe, die sich an echten menschlichen oder gesellschaftlichen Bedürfnissen orientiert, welche ein Unternehmen im Markt anstrebt (*Mission Statement*, Baustein 1). Das Gegenstück dazu ist eine Art negativer Selbstbindung an verbindliche Geschäftsgrundsätze (Baustein 2), die festlegen, wie unter Einhaltung fairer Wettbewerbsregeln und einer republikanischen Mitverantwortung Unternehmensziele zu erreichen sind. Dazu kommen klar definierte und gewährleistete moralische Rechte sämtlicher Stakeholder (Baustein 3), insbesondere der Mitarbeitenden, und eine diskursive Infrastruktur der Organisation (Baustein 4), in welcher sanktionsfrei und ergebnisoffen unternehmensethische Fragen angegangen werden können (etwa in Ethikkomitees). «Ethiktrainings» für Mitarbeitende und eine vor allem vom obersten Management gelebte Integritäts- und Verantwortungskultur (Baustein 5), runden mit einer flächendeckenden Überprüfung und Sicherstellung der Einhaltung der definierten Grundsätze und Standards («Compliance-Programm», Baustein 6) die «Ethikmassnahmen» ab.¹⁵

IV. Konkrete Anwendung der integrativen Unternehmensethik

1. Integrative Unternehmensethik in Grosskanzleien

Die Unternehmensethik Ulrichs hat nun offenkundig hauptsächlich grössere Unternehmen im Visier. Deshalb können die oben dargestellten Bausteine vor allem in Grosskanzleien eins zu eins Anwendung finden. Ein erster Schritt wäre zum Beispiel die Lektüre seiner oder anderer unternehmensethischer Literatur durch eine betriebsinterne Ethikgruppe oder eine Unternehmensberatung von Peter Ulrich bzw. einem seiner Schüler; in einem zweiten Schritt müsste eine konkrete Umsetzung der gewonnenen Einsichten folgen.¹⁶ Beides ist unabdingbar, will eine Grosskanzlei nicht nur dem Gewinnmaximierungsprinzip frönen und sich als ethisches Unternehmen verstehen.

Auch der in einer grossen Kanzlei praktizierende deutsche Anwalt Kasch hält in seinem Vortrag «Ethik der Anwaltschaft in der Grosskanzlei» fest, dass eine Unternehmensethik für internationale Anwaltskanzleien mit weltweit unterschiedlichen standesrechtlichen Vorschriften und verschiedenen individuellen Wertvorstellungen von mehreren Hundert oder Tausend Mitarbeitenden eine unverzichtbare Managementaufgabe sei. Zunächst auf der Ebene der Beratungstätigkeit, in welcher der Anwältin zwar nicht die Entscheidung für die Unternehmensethik des Klienten zukomme, sie jedoch als Gesprächspartnerin die ethische Dimension des Handelns adäquat einschätzen und diskutieren müsse. Sodann habe aber die Grosskanzlei auch gesellschaftliche Verantwortung zu tragen und Bürgersinn (etwa durch ehrenamtliche Tätigkeiten ihrer Mitarbeitenden) zu erweisen. Intern müsse die Unternehmenskultur von ethischen Grundwerten getragen sein; kanzleiinterne Ethikkommissionen wie entsprechende «Soft Skills Seminare», die sich mit dem Wertekanon befassen, müssten, so der Autor, künftig selbstverständlich werden. Der angemessene Umgang mit ethischen Grundwerten werde in Zukunft unweigerlich Teil der anwaltlichen Qualifikation.¹⁷ Leider bleibt nach dem kurzen vierseitigen Vortrag, der zwar viele der vorgestellten Bausteine einer integrativen Unternehmensethik implizit aufgreift, unklar, ob die propagierte als notwendige integrative Ethik im Sinne eines Selbstzwecks oder aus utilitaristischen Gründen empfohlen wird. Manches macht stutzig: «Ethik in der Grosskanzlei ist also keineswegs ein Widerspruch zur Gewinnerzielungsabsicht, sondern unverzichtbare Voraussetzung der langfristigen Existenzsicherung.»¹⁸ Liesse Kasch solche und ähnliche Äusserungen weg¹⁹ und beschränkte sich auf seine übrigen Ausführungen, wäre die Integration seiner Thesen in ein Konzept der integrativen Wirtschaftsethik Ulrichs denkbar.

2. Integrative Unternehmensethik in kleinen und mittleren Kanzleien

Der grossen internationalen Kanzlei steht die kleine Advokatur mit einem bis drei Partnerinnen/Partnern und keinem bis zu drei oder vier Mitarbeitenden gegenüber. Ein stures systematisches und minutiöses Vorgehen nach den oben erwähnten Bausteinen oder gar eine ethische Unternehmensberatung ist hier wirklichkeitsfremd und so nicht nötig, auch wenn eine ethische Klärung des Unternehmensstrebens ebenfalls unabdingbar ist.²⁰ Dabei sind zentral die Geschäftsgrundsätze klarzustellen, das heisst vor allem festzulegen, mit welchen Mitteln man seine

15 Vgl. dazu PETER ULRICH, *Zivilisierte Marktwirtschaft*, Freiburg u.a., 2. A. S. 155 ff. Eingehender dazu derselbe, *Integrative Wirtschaftsethik*, Bern u.a., 4. A., S. 493 ff.

16 Neben den beiden oben erwähnten Büchern empfiehlt sich das Praxishandbuch von THOMAS MAAK/PETER ULRICH: *Integre Unternehmensführung. Ethisches Orientierungswissen für die Wirtschaftspraxis*, Stuttgart 2007. Zur Kontaktaufnahme für eine Unternehmensberatung durch das St. Galler Institut für Wirtschaftsethik: www.iwe.unisg.ch.

17 KASCH, ebenda, S. 18 ff.

18 KASCH, ebenda, S. 20.

19 KASCH hält unter anderem auch auf S. 20 fest, dass der Markt etwa mit hoher Mitarbeiterfluktuation sehr rasch auf die Vernachlässigung der Ethik reagiere, weshalb Unternehmen «in Moral investieren» müssen, wenn sie langfristig ihr Verbleiben am Markt sicherstellen wollen (ebenda, S. 19). Mit solchen Ausführungen kommt unweigerlich die Frage auf, ob Kasch Ethik als Gebot der betriebswirtschaftlichen Klugheit instrumentalisieren will oder ob sie Zweck an sich ist.

20 Diese (pragmatische) Ansicht entspricht auch der Auffassung von Peter Ulrich, wie er mir in einer ausführlichen Mail zu dieser Frage vom 31. August 2009 versichert hat.

Geschäftsziele nicht erreichen will. Zudem sollte positiv geklärt und festgehalten werden, wofür man unternehmerisch steht – in einer Art von (ausgedrückter) *Unternehmensmission*. Ob man dies in einem umfassenden Gesellschaftsvertrag festhält, auf der Homepage oder in einer Broschüre explizit publiziert, oder ob dies eher stückweise in Diskussionen implizit beim gemeinsamen Mittagessen besprochen und geklärt wird, ist ebenfalls nicht allzu zentral. Wichtig ist vor allem, dass es eine (ständige) *Bezugsgrösse im gelebten Alltag* ist. Der Rest kann in einem überschaubaren Kleinbetrieb *zwischenmenschlich verwirklicht* werden, vor allem, indem Vorgesetzte sich täglich um ein praktiziertes ethisches Vorleben bemühen, die Mitarbeitenden respektvoll behandeln und als verantwortungsfähige Personen ernst nehmen.²¹

Übersteigt dagegen eine Kanzlei die Grösse eines Kleinbetriebes mit einem überschaubaren Fünfer- bis Zehner-Team, ist mit der betriebswirtschaftlichen Professionalisierung auch die Herangehensweise an unternehmensethische Fragen zu institutionalisieren und systematisieren. Bei welcher Grösse was notwendig ist, lässt sich nur konkret bestimmen. Weil allerdings unternehmensethische Fragen im anwaltlichen Alltagsstrudel unterzugehen pflegen, ist nach meinem Dafürhalten eher ein präventives «Mehr» denn ein nachlässiges «Weniger» angezeigt.

3. Konkrete Integration in den gelebten Alltag?

Abschliessend stellen sich dennoch die Fragen, ob jetzt oder künftig in Anwaltsunternehmen überhaupt die Bereitschaft besteht, sich mit ethischen Gesichtspunkten oder Theorien auseinander zu setzen und ihnen nachzuleben. Wäre dem so, würden wahrscheinlich viele neue Aufgaben auf die meisten Kanzleien warten. Anwaltsunternehmen müssten, folgten sie Ulrich, zunächst nach Kräften kritisch die Wettbewerbsbedingungen hinterfragen und sich dann bei deren Verbesserungen engagieren – wenn sie dies nicht schon ohnehin tun. *Kleine Unternehmen müssten sich als eigentliche ethische Kernaufgabe wenigstens um Geschäftsintegrität im gelebten Alltag, Grosskanzleien um ethische Umsetzung gemäss den erwähnten Bausteinen bemühen.* Nun ist die Lektüre und erst recht eine direkte Umsetzung ethischer Theorien von Ulrich oder anderen Philosophen wohl eine Utopie. Entscheidend für die Integration der Unternehmensethik ist aber auch nicht die theoretische Abhandlung in Aufsät-

zen, in umfassenden Absichtserklärungen auf Papier, auf der Homepage oder im Hochglanzprospekt einer Kanzlei, sondern *was im Alltag effektiv geschieht*. Denn Ethik ist keine Beruhigungsspielle für den Sonntag und dient auch nicht der reisserischen Selbstdarstellung, sondern ist stetes Suchen und Bemühen, bisweilen (hoffentlich) auch Scheitern, am Werktag. In dieser pragmatischen Art und Weise möchte ich meinen Aufsatz verstanden wissen.

Ob man dann mit Otfried Höffe von einem gleichsam anwaltsunternehmensethischen Zwang zur nicht kostendeckenden Mandatsannahme ausgeht,²² mit diversen Anwältinnen aus einer ethischen Haltung keine gewalttätigen Männer vertritt,²³ oder prinzipiell nur «für gesellschaftlich Schwache gegen Starke», was immer das ganz konkret heissen mag,²⁴ entstehen möchte, sind inhaltlich-ethische Fragen, die jedes Anwaltsunternehmen in Klärung seiner Grundwerte und Geschäftsprinzipien selber beantworten muss. Allerdings bin ich der Überzeugung, dass es ethische Postulate gibt, die in jeder Kanzlei gelten sollten. So erachte ich es als sehr wichtig, dass jede Mitarbeitende aus Gewissensgründen die Arbeit an einzelnen Mandaten ablehnen kann, sie von diesem «Recht zur ethischen Dissidenz» von Anstellungsbeginn an auch weiss und keine Karrierenachteile erwarten muss, wenn sie davon Gebrauch macht. Der Anwaltsberuf ist aufgrund empirischer Befunde für Moraldilemmata derart anfällig,²⁵ dass dies unabdingbar ist, sollen die Mitarbeitenden nicht früher oder später zu Gewissensbissen gezwungen werden. Ich bin überzeugt, manch eine Angestellte freute sich mehr über diese Massnahme als über das übliche Weihnachtessen. Zentral ist überdies, hierfür und sonst, ethische Fragen in der täglichen, gelebten Anwaltspraxis zu besprechen, anzugehen und als Rahmen, nicht aber als nachträgliche Legitimation der übrigen betriebswirtschaftlichen Gesichtspunkte zu verstehen. Auch wenn dies möglicherweise tiefe Schichten eines herkömmlichen, oft propagierten unternehmerischen Denkens berührt, in Frage stellt und einem herrschenden Diskurs zuwider läuft. ■

22 Vgl. dazu Fussnote 5.

23 Vgl. dazu exemplarisch das Porträt über die Zürcher Anwältin Viviane Lüdi von BRIGITTE HÜRLIMANN in: Bruno Glaus/Karl Lüönd (Hrsg.), *Läufer, Mietmaul, König. Anwälte an der Schnittstelle von Recht und Macht*, Zürich 2005, S. 189 ff. Selbstverständlich kann man aufgrund ethischer Überlegungen auch genau das Gegenteil vertreten und der dezidierten Auffassung sein, das Recht auf Verteidigung betresse sich eben gerade an solchen «Tabuverteidigungen». Vgl. zu letzterer Haltung sehr überzeugend, je in Hans Baumgartner/René Schuhmacher (Hrsg.), *Baden-Baden u.a., 1999; JACOB STICKELBERGER, Tabuverteidigung*, S. 64 ff., und ähnlich auch BARBARA HUG, *Moral und Verteidigung*, S. 57 ff.

24 Vgl. zur Schwierigkeit, ein solches ethisches Prinzip zunächst schlüssig zu begründen (wer ist genau wann und warum der Schwache?), umsetzen und dann durchhalten zu wollen: KURT MEIER, *Aussersihler Anwälte: Nachhaltiges Wirken, Plädoyer 6/08*, insbesondere S. 12 f. Vgl. dazu auch derselbe, *Wertekonflikte von Rechtsanwältinnen und Richtern*, insbesondere S. 77 bis und mit S. 85, im oben erwähnten von Ehrenzeller/Ludewig herausgegebenen Sammelband.

25 Vgl. dazu prägnant REVITAL LUDWIG-KEDMI, *Berufsschwierigkeiten und Moraldilemmata von Richtern und Rechtsanwältinnen*. Ergebnisse einer Pilotstudie im bereits mehrfach erwähnten, von ihr mit herausgegebenen Sammelband, S. 105 ff.

21 Nach meiner Auffassung bedürfen die unter Anwälten oftmals praktizierte Unkostengemeinschaft mit gemeinsamem Aussenauftritt, und erst recht eine Ertragsgemeinschaft, zwar nicht in jedem Detail, aber doch weitgehend einer einheitlichen Unternehmensethik; beide werden vom Publikum als Einheit wahrgenommen. In einer reinen Bürogemeinschaft ohne gemeinsame Mitarbeiter und Aussenauftritt ist meines Erachtens jede/r Einzelne nicht nur die betriebswirtschaftliche, sondern auch die unternehmensethische Einheit. Sobald aber gemeinsame Mitarbeiter oder grössere gemeinsame Anschaffungen dazu kommen, ist eine Verständigung auf eine minimale unternehmensethische Praxis unumgänglich.

■ Verfassungsrecht/Droit constitutionnel (I)

Art. 30 Abs. 1 BV, Art. 6 Ziff. 1 EMRK; Garantie des verfassungsmässigen Richters, Ausstand

Der Umstand allein, dass ein Richter an einem Urteil mitgewirkt hat, das im Rechtsmittelverfahren aufgehoben wird, schliesst diesen nach der Rechtsprechung noch nicht von der Neuurteilung der zurückgewiesenen Sache aus. Ist ein Verfahrensfehler, beispielsweise eine Verletzung des Anspruchs auf rechtliches Gehör, begangen oder materielles Recht verletzt und daher ein Entscheid erfolgreich angefochten worden, darf und muss von den daran beteiligten Richtern grundsätzlich erwartet werden, dass sie die Sache mit der nötigen Professionalität und Unvoreingenommenheit nochmals behandeln (BGE 131 I 113 E. 3.6 S. 120; 116 Ia 28 E. 2a S. 30). Bei Vorliegen besonderer Umstände, so etwa, wenn konkrete Anhaltspunkte dafür sprechen, dass die Vorbefassung mit einer Strafsache bereits zur festen richterlichen Gewissheit über den Schuldpunkt geführt hat, ist die Annahme einer Befangenheit aber nicht auszuschliessen (Urteil des Bundesgerichts 1P.371/2005 vom 6. September 2005 E. 4). Dabei rechtfertigt sich im Strafverfahren eine strenge Handhabung des Erfordernisses des unbefangenen Richters mit Blick auf die Unschuldsvermutung (Art. 32 Abs. 1 BV): Jeder Angeklagte hat Anspruch darauf, im Hauptverfahren von einem Richter beurteilt zu werden, der sich hinsichtlich Schuld oder Unschuld des Angeklagten noch nicht festgelegt hat (Urteil des Bundesgerichts 1P.706/2003 vom 23. Februar 2004 E. 2.8, in: *Pra* 2004 Nr. 74 S. 433).

[Ausführungen zum konkreten Fall]. [D]ie drei vom Ausstandsbegehren betroffenen Richter [fällten] ihr Urteil im Wissen darum, dass der Beschwerdeführer nicht hinreichend vertreten war. Damit brachten sie zumindest sinngemäss zum Ausdruck, dass sie davon ausgehen, selbst bei einer rechtsgenügenden Vertretung würden sie kein anderes Urteil fällen. Sie haben dadurch den Anschein erweckt, dass selbst neue Argumente eines neuen Strafverteidigers nicht zu einem anderen Urteil führen könnten.

Angesichts dieser Haltung bestehen begründete Zweifel daran, dass die gleichen Richter in der Lage wären, allfällige Vorbringen des neuen amtlichen Strafverteidigers unvoreingenommen zu prüfen und bei der Fällung des neuen Urteils einzubeziehen. Unter den erwähnten besonderen Umständen drängt sich somit ausnahmsweise die Annahme eines Ausstandsgrundes für die drei abgelehnten Richter auf, die im erstinstanzlichen Verfahren mitgewirkt haben. Die Garantie des unvoreingenommenen und unbefangenen Richters wird schon verletzt, wenn bei objektiver Betrachtungsweise auch nur der Anschein von Befangenheit besteht. Dieser Anschein kann hier nicht von der Hand gewiesen werden. Eine strenge Handhabung der Garantie

rechtfertigt sich, wie gesagt, mit Blick auf die Unschuldsvermutung.

(I. öffentlich-rechtliche Abteilung, 1B_270/2007, 21.7.2009, X. c. Staatsanwaltschaft I und Obergericht des Kantons Zürich: nicht in der AS publiziert. – Zusammenfassung *Be*)

■ Zivilrecht und SchKG/Droit civil et poursuite pour dettes et faillite (III)

Art. 195 Abs. 1 ZGB; Auskunftspflicht

Der Verweis in Art. 195 Abs. 1 ZGB auf die Bestimmungen über den Auftrag bedeutet nicht, dass die Ehegatten in einer solchen Konstellation wie Dritte zu behandeln sind, welche ein Auftragsverhältnis begründet haben. Vielmehr sind in diesem Zusammenhang auch die Vorschriften des Ehe- und Scheidungsrechts zu beachten und die Bestimmungen über den Auftrag insofern im Lichte des Eherechts bzw. Scheidungsrechts einschliesslich des Verfahrensrechts zu sehen (Barbatti, a.a.O., S. 14 Ziff. 1.5.7). Dies entspricht der Auffassung, dass die Verwaltung des Vermögens eines Ehegatten durch den andern umfassend vom Ehegüterrecht geregelt wird (vgl. Barbatti, a.a.O., S. 46 Ziff. 2.5.2.2). Demgemäss werden für die inhaltliche Regelung der überlassenen Vermögensverwaltung die Bestimmungen über den Auftrag als subsidiäres Ehegüterrecht herangezogen, wobei den Ehegatten erlaubt wird, durch Vereinbarung davon abzuweichen.

Dies bedeutet, dass auch in einer solchen Konstellation mit der Scheidung und der rechtskräftigen güterrechtlichen Auseinandersetzung die Parteien auseinandergesetzt sind und grundsätzlich kein Interesse mehr an einer Rechenschaftsablegung haben. Es interessiert nicht mehr, ob die güterrechtliche Auseinandersetzung korrekt erfolgt ist. Allenfalls entstehen nachträgliche Rechenschaftsbedürfnisse im Hinblick auf ein Revisionsverfahren. Ausserdem können schutzwürdige Interessen ausserhalb des Scheidungsverfahrens eine Pflicht zur nachträglichen Rechenschaftsablegung gestützt auf das Mandat rechtfertigen. Ein entsprechendes Bedürfnis ist jedoch vom Ehegatten, der die Auskunft verlangt, zu begründen.

(II. zivilrechtliche Abteilung, 5A_72/2009, 14.5.2009, X. c. Z. und Obergericht des Kantons Zug; nicht in der AS publiziert. – Zusammenfassung *Be*)

Art. 250 LP; Contestation de l'état de collocation

Aux termes de l'art. 250 LP, le créancier qui conteste l'état de collocation parce que sa production a été écartée en tout ou en partie ou parce qu'elle n'a pas été colloquée au rang qu'il revendique intente action contre la masse dans les 20 jours qui suivent la publication du dépôt de l'état de collocation (al. 1);

Diese Rubrik enthält eine Auswahl der Rechtsprechung des Bundesgerichts und des Eidgenössischen Versicherungsgerichts unter Berücksichtigung von nicht zur Publikation vorgesehenen Entscheiden, von Änderungen und Präzisierungen der Rechtsprechung sowie von Entscheiden der kantonalen Gerichte und des Europäischen Gerichtshofes. Die Kurzfassungen werden jeweils in der Originalsprache des Urteils wiedergegeben.

Cette rubrique contient une sélection de la jurisprudence du Tribunal fédéral et du Tribunal fédéral des assurances tenant compte des décisions dont la publication n'est pas prévue, des changements de la jurisprudence, des décisions apportant une précision à la jurisprudence, ainsi que des décisions des tribunaux cantonaux et de la Cour de justice des Communautés européennes. Les résumés sont rédigés dans la langue originale du jugement.

s'il conteste une créance ou le rang auquel elle a été colloquée, il dirige l'action contre le créancier concerné (al. 2). La question litigieuse est celle de savoir si un créancier dont la production a été écartée de l'état de collocation, mais qui a recouru contre cette éviction (art. 250 al. 1 LP), doit immédiatement contester, avant qu'il ne soit définitivement statué sur sa propre qualité de créancier et sous peine de forclusion, la collocation d'une autre créance (art. 250 al. 2 LP). Cette question du *dies a quo* du délai pour agir en contestation de l'état de collocation, telle qu'elle est posée en l'espèce, n'a pas encore été tranchée par le Tribunal fédéral.

Ainsi qu'il ressort de l'abondante doctrine sur laquelle s'est fondée la cour cantonale, la qualité pour contester un état de collocation est acquise à l'intervenant dont le droit a été inscrit à cet état, indépendamment du fait de savoir s'il a été admis ou écarté par l'administration. En effet, l'opposant ne perd pas sa qualité pour agir du simple fait que son statut de créancier lui est disputé. Aussi longtemps que la prétention d'un créancier n'a pas été définitivement écartée, ce créancier doit être traité à l'égal des intervenants dont les prétentions ont été admises au passif. Le créancier dont la réclamation a été entièrement refusée, mais qui procède contre la masse en faillite pour être colloqué, a ainsi qualité pour agir en élimination de la créance d'un tiers; toutefois, le procès en élimination doit être suspendu jusqu'à droit connu sur l'issue du procès en collocation. Les deux actions étant soumises au même *dies a quo* (la publication du dépôt de l'état de collocation), le délai pour agir en élimination court dès la publication de l'inscription à celui-ci de la créance litigieuse et non pas seulement dès que l'action en collocation est admise. Il en va de même pour le créancier reconnu qui voit sa créance contestée par un tiers: il doit, s'il veut lui-même contester la production d'un autre créancier colloqué, agir immédiatement et ne pas attendre que soit déterminée sa qualité de créancier à l'issue du premier procès; le second procès devra être suspendu dans cette attente (cf. doctrine citée). A l'instar de l'autorité précédente, le Tribunal fédéral peut se rallier à la solution préconisée par les nombreux auteurs précités. Cette solution est d'ailleurs parfaitement conforme au texte légal, l'art. 250 LP prévoyant pour les deux actions un seul et même délai de 20 jours à compter de la publication du dépôt de l'état de collocation (art. 249 LP). Elle répond en outre à l'intérêt public d'une liquidation rapide de la faillite (cf. art. 270 LP), étant rappelé à cet égard que le tableau définitif de distribution des deniers ne pourra être dressé que lorsque tous les procès ayant trait à la fixation de l'actif et du passif de la masse auront été terminés (art. 261 LP et 83 al. 1 OAOF).

(II^e Cour de droit civil, 5A_312/2009, 30.6.2009, X. c/ . Y. SA.; publication dans le RO prévue. – condensé Bû)

Art. 90, 91 und 93 BGG; End-, Teil- oder Zwischenentscheid, Negative Feststellungsklage

Die Beschwerdeführerin ist der Auffassung, da im angefochtenen Urteil über die zugesprochenen Verfahrenskosten endgültig entschieden werde, handle es sich dabei um einen Endentscheid

einer letzten kantonalen Instanz im Sinne von Art. 90 und Art. 75 BGG. Für den Fall, dass angenommen werden sollte, es liege kein Endentscheid vor, sind nach Ansicht der Beschwerdeführerin mindestens die Voraussetzungen gemäss Art. 91 lit. a BGG erfüllt, so dass ein beschwerdefähiger Teilentscheid gegeben sei.

Mit dem angefochtenen Urteil vom 4. Februar 2009 bejahte die Vorinstanz das Rechtsschutzinteresse der Beschwerdegegnerin an der Klage und ordnete sinngemäss die Fortsetzung des Verfahrens an. Dieser Entscheid schliesst das Verfahren nicht ab und stellt daher keinen Endentscheid im Sinne von Art. 90 BGG dar. Auch ein Teilentscheid im Sinne von Art. 91 lit. a BGG liegt nicht vor, da die behandelten Begehren nicht unabhängig von den anderen beurteilt werden können. Mit dem Entscheid über die Tragung der Gerichts- und Parteikosten werden die Nebenfolgen in Abhängigkeit vom Sachurteil geregelt (vgl. Art. 51 Abs. 3 BGG). Ein das Rechtsschutzinteresse der Beschwerdegegnerin verneinendes Urteil des Bundesgerichts würde demnach notwendigerweise bewirken, dass auch der im angefochtenen Zwischenentscheid gefällte Entscheid über die Kosten- und Entschädigungsfolgen aufgehoben würde. Nimmt das kantonale Verfahren seinen Fortgang und kommt es in der Sache kantonal letztinstanzlich zu einem abweisenden Urteil, wobei die Regelung der Kostenfolgen gemäss dem angefochtenen Entscheid bestehen bleibt, ist die Beschwerdeführerin entsprechend der Rechtsprechung zum alten Recht berechtigt, die Regelung der Kosten- und Entschädigungsfolgen im Rückweisungsurteil als Zwischenentscheid noch nach Ergehen des Endentscheids anzufechten, auch wenn sich die Nebenfolgen des Zwischenentscheides im Grunde nicht auf den Inhalt des Endentscheides auswirken, was nach dem Wortlaut von Art. 93 Abs. 3 BGG an sich erforderlich wäre (vgl. BGE 135 III 329 E. 1.2 S. 331 ff. mit Hinweisen). Trotz der Ausstattung mit Kostenfolgen bleibt es somit dabei, dass die Vorinstanz mit dem Urteil über das Rechtsschutzinteresse der Beschwerdegegnerin erst eine Eintretensvoraussetzung geprüft und mit deren Bejahung den Weg für die Fortsetzung des Verfahrens geebnet hat. Am Vorliegen eines Zwischenentscheides kann daher kein Zweifel bestehen.

(I. zivilrechtliche Abteilung, 4A_128/2009, 1.7.2009, X. AG c. Y. AG und Obergericht des Kantons Solothurn; nicht in der AS publiziert. – Zusammenfassung Be)

Art. 34 LPC/GE; Prolongation de délai

Selon la législation genevoise sur l'organisation judiciaire, les plaideurs doivent avancer au greffe les émoluments à fixer d'après le tarif. Cela concerne notamment un émolument de mise au rôle que la partie appelante, devant la juridiction des prud'hommes, doit verser d'emblée et sous peine d'irrecevabilité (art. 2 al. 1 et 2, art. 3 al. 1 du règlement fixant le tarif des greffes en matière civile, ci-après: TG, du 9 avril 1997). L'émolument est taxé par le greffe; en cas de contestation, le magistrat compétent statue (art. 4 al. 2 TG). Aux termes de l'art. 6 al. 1 et 2 TG, la partie au bénéfice de l'assistance juridique n'acquitte pas les émoluments dont elle a été dispensée (al. 1), et la partie ayant sollicité l'assistance juridique est provisoirement dispen-

sée d'avancer ces émoluments, jusqu'à droit jugé sur sa demande d'assistance (al. 2). Le demandeur expose que sa demande d'assistance juridique a été rejetée par une décision du 11 mars 2009, laquelle lui est parvenue le lendemain, et que selon l'art. 143A al. 3 de la loi d'organisation judiciaire, il disposait d'un délai de trente jours pour recourir contre cette décision. Il affirme que le délai à disposition pour verser l'émolument de mise au rôle était donc «suspendu» au moins jusqu'au 13 avril 2009, et que l'appel a été déclaré irrecevable, le 1^{er} de ce mois, alors que la décision de refus de l'assistance juridique n'était pas définitive ni exécutoire, et que lui-même, en vertu de l'art. 6 al. 2 TG, était provisoirement dispensé de verser l'émolument. Il n'est pas nécessaire de discuter l'interprétation à donner aux mots «jusqu'à droit jugé» de l'art. 6 al. 2 TG. En effet, le demandeur ne prétend pas avoir fait usage, le cas échéant après le 1^{er} avril 2009, de son droit de recourir contre la décision rejetant sa demande d'assistance juridique. La décision présentement attaquée se révèle donc, dans le contexte spécifique de la présente affaire, compatible avec cette disposition du tarif; par conséquent, celle-ci n'a pas été appliquée arbitrairement.

L'art. 34 al. 2 LPC gen. prévoit que les délais laissés à la discrétion du juge doivent être du temps strictement nécessaire à l'objet pour lequel ils sont obtenus, et qu'ils ne peuvent être prorogés que pour un juste motif et sur demande écrite formée avant leur expiration. Selon le demandeur, le Président de la Cour d'appel a appliqué arbitrairement cette disposition en ne lui accordant pas, en réponse à la demande de son conseil du 9 mars 2009, un délai supplémentaire pour le versement de l'émolument de mise au rôle. L'affaire ne présentait aucun caractère d'urgence et on ne discerne guère pourquoi le délai n'a pas été simplement prolongé. Le demandeur n'a cependant pas fait valoir, le 9 mars 2009, qu'il serait en mesure de verser l'émolument de mise au rôle après l'échéance du délai initial et qu'une prolongation se justifiait pour ce motif; il a seulement annoncé son intention de présenter une demande d'assistance juridique. Or, cette demande-ci a été introduite – et rejetée – avant l'expiration du délai; dans ces conditions, au regard du motif invoqué, il ne s'imposait pas d'accorder un délai supplémentaire. La décision attaquée échappe donc au grief d'arbitraire.

(I^{re} Cour de droit civil, 4A_199/2009, 8.9.2009, X. c/ Y. SA, arrêt non publié dans le RO. – condensé BÜ)

■ Strafrecht/Droit pénal (IV)

Art. 93 Abs. 1 lit. a BGG; Zwischenentscheid, Zeugenbefragung

Bei der angefochtenen Verfügung, mit der das Gesuch um Verzicht auf die Zeugenvorladung abgelehnt wird, handelt es sich um einen selbständig eröffneten strafprozessualen Zwischenentscheid. Dagegen ist die Beschwerde in Strafsachen nur zulässig, wenn der Zwischenentscheid einen nicht wieder gutzumachenden Nachteil bewirken kann (Art. 93 Abs. 1 lit. a BGG). Ein nicht wieder gutzumachender Nachteil im Sinne von Art. 93 Abs. 1

lit. a BGG muss in strafrechtlichen Angelegenheiten nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung rechtlicher Natur sein, was voraussetzt, dass er durch einen späteren günstigen Entscheid nicht oder nicht mehr vollständig behoben werden kann (BGE 133 III 629 E. 2.3.1 S. 632 mit Hinweisen). Im vorliegenden Fall hat die Ablehnung des Gesuchs um Verzicht auf Zeugenvorladung keine einschneidenden Folgen für die Beschwerdeführerin. Das Appellationsgericht führt an der Appellationsverhandlung die Zeugeneinvernahme durch (vgl. dazu § 180 f. StPO/BS betreffend das Verfahren vor dem Appellationsgericht). Die Beschwerdeführerin kann sich folglich auf das ihr von § 47 StPO/BS eingeräumte Zeugnisverweigerungsrecht noch vor dem Appellationsgericht berufen. Der entsprechende Zwischenentscheid der Statthalterin kann daher für die Beschwerdeführerin keinen nicht wieder gutzumachenden Nachteil im Sinne von Art. 93 Abs. 1 lit. a BGG bewirken.

(I. öffentlich-rechtliche Abteilung, 1B_227/2009, 10.9.2009, X. c. Y. und Appellationsgericht des Kantons Basel-Stadt; nicht in der AS publiziert. – Zusammenfassung Be)

Art. 70 CP; Confiscation

L'art. 70 al. 1 CP autorise le juge à confisquer des valeurs patrimoniales qui sont le résultat d'une infraction, si elles ne doivent pas être restituées au lésé en rétablissement de ses droits. Lorsque les valeurs à confisquer ne sont plus disponibles, il ordonne, selon l'art. 71 CP, leur remplacement par une créance compensatrice (et peut, dans ce but, ordonner, en vertu de l'art. 71 al. 3 CP, le séquestre d'éléments du patrimoine). La restitution au lésé vise, en première ligne, les objets provenant directement du patrimoine du lésé et tend au rétablissement de ses droits absolus (restitution de l'objet volé). Selon la jurisprudence, le lésé ne doit toutefois pas forcément se fonder sur un droit de propriété ou un autre droit réel sur les valeurs patrimoniales. La restitution peut aussi porter sur d'autres valeurs patrimoniales, telles que des billets de banque, des devises, des effets de change, des chèques ou des avoirs en compte, qui ont été transformés à une ou plusieurs reprises en des supports de même nature, dans la mesure où leur origine et leurs mouvements peuvent être clairement établis. De même, le produit original de l'infraction formé de telles valeurs reste confiscable lorsqu'il est investi dans une chose corporelle telle qu'un immeuble, ou inversement, lorsqu'il passe à plusieurs reprises d'une forme à l'autre (biens acquis en remploi improprement dit; ATF 128 I 129 consid. 3.1.2 p. 133; arrêt 6S.667/2000 du 19 février 2001, SJ 2001 I 330, consid. 3b/bb et les nombreuses références). La restitution doit porter sur des valeurs patrimoniales qui sont le produit d'une infraction dont le lésé a été lui-même victime. L'infraction doit être la cause essentielle, respectivement adéquate, de l'obtention des valeurs patrimoniales et celles-ci doivent typiquement provenir de l'infraction en cause. Il doit donc exister, entre l'infraction et l'obtention des valeurs patrimoniales, un lien de causalité tel que la seconde apparaît comme la conséquence directe et immédiate de la première. C'est en particulier le cas lorsque l'obtention des valeurs patrimoniales est un élément objectif ou sub-

jectif de l'infraction ou lorsqu'elle constitue un avantage direct découlant de la commission de l'infraction (cf. références citées).

(I^{re} Cour de droit public, 1B_127/2009, 11.9.2009, A. c/ B., C., D., E.; arrêt non publié dans le RO. – condensé Bû)

Art. 32 al. 2 Cst. et 6 § 3 let. c CEDH; Assistance devant le Tribunal

Le recourant voit une violation de ses droits de prévenu garantis aux art. 32 al. 2 Cst. et 6 § 3 let. c CEDH dans le fait qu'il a dû se défendre seul à l'audience de la Chambre d'accusation, son avocate ayant été informée à tort du fait qu'il était absent par l'huissier du Palais de justice. Il n'y a pas lieu d'examiner ce qu'il en est car la décision attaquée doit de toute manière être annulée pour un autre motif. L'ordonnance de prolongation de la détention du recourant ne répond en effet pas aux exigences de l'art. 112 al. 1 let. b LTF. Pour ce faire, les décisions susceptibles d'un recours au Tribunal fédéral doivent indiquer clairement les faits qui sont établis et les déductions juridiques qui sont tirées de l'état de fait déterminant (ATF 135 II 145). Or la décision attaquée est dépourvue de tout état de fait. Il en va de même de la demande de prolongation du juge d'instruction à laquelle renvoie la Chambre d'accusation pour justifier la prolongation de la détention du recourant pour trois mois. Savoir quels sont les faits déterminants revêt une importance particulière dans la mesure où le Tribunal fédéral est en principe lié par ceux arrêtés par la dernière instance cantonale en vertu de l'art. 105 al. 1 LTF. Un état de fait insuffisant empêche l'application des règles de droit pertinentes à la cause. Un tel manquement constitue donc une violation du droit que le Tribunal fédéral peut constater d'office (cf. ATF 135 II 145). L'ordonnance de la Chambre d'accusation ne contient par ailleurs pas les motifs déterminants de droit nécessaires à apprécier la légalité de la détention. Certes, selon la jurisprudence rendue en matière de prolongation de la détention préventive, une motivation par renvoi à de précédentes décisions ou par adhésion aux motifs de la demande de prolongation de la détention peut être admissible, pour autant que le prévenu ne fasse pas valoir d'arguments nouveaux (notamment ATF 123 I 31). La portée qu'il convient de donner à cette jurisprudence au regard de l'art. 112 al. 1 LTF peut demeurer incertaine en l'espèce. Dans tous les cas, il faut que les motifs auxquels il est renvoyé soient développés de manière suffisante au vu des exigences de l'art. 29 al. 2 Cst. (arrêt 1B_22/2009 du 16 février 2009). Tel n'est pas le cas en l'occurrence.

(I^{re} Cour de droit public, 1B_259/2009, 17.9.2009, A. c/ Procureur général GE; arrêt non publié dans le RO. – condensé Bû)

DIE PRAXIS

BUNDESGERICHT
EVG
EGMR

Neben weiteren, nicht in der Amtlichen Sammlung publizierten Entscheiden sowie umfassenden Hinweisen auf die aktuellsten Leitentscheide des Bundesgerichts, die innerhalb der letzten Monate im Internet zugänglich gemacht worden sind, enthält die Dezember-Ausgabe 2009 der **Praxis** Übersetzungen der unten aufgeführten BGE ins Deutsche.

BGE	Praxis	Gegenstand
135 I 176	Nr. 117	Denkmalschutzmassnahmen bei einem Ensemble von Fischerhäuschen (port des Pierrettes, St. Sulpice)
135 II 156	Nr. 119	Beschwerdelegitimation von Gemeinden gegen einen kantonalen Erlass betr. Neuregelung der Aufgabenverteilung zwischen ihnen und dem Kanton
135 III 229	Nr. 123	Nichtigkeit einer Betreibung gegen einen Schuldner ohne Rechtspersönlichkeit
135 III 289	Nr. 120	Rechtsnatur der Rückerstattungsfordernung betr. Beiträge an die gebundene individuelle berufliche Vorsorge; Verjährung des Rückforderungsanspruchs
135 III 295	Nr. 121	Auslegung der in einem Vorvertrag zu einem Kaufvertrag aufgeführten Bedingungen; Form eines Vorvertrages, der den Kauf von Grundstücken und Fahrnis zum Gegenstand hat
135 III 321	Nr. 124	Nachlassvertrag; Ermittlung der Quoren für das Zustandekommen
135 III 324	Nr. 125	Exequatur eines ausländischen Urteils; Zulässigkeit eines unabhängigen und einseitigen Exequaturverfahrens
134 V 33	Nr. 127	Kürzung der lebenslänglichen Invalidenrente der obligatorischen beruflichen Vorsorge wegen Übererschädigung bei Erreichen des Pensionierungsalters; Grundsatz der Kongruenz
134 V 39	Nr. 128	Beschwerdeverfahren bei Streitigkeit betr. einen im Einzelfall in Anwendung eines Prämientarifs der obligatorischen Krankenpflegeversicherung ergangenen Entscheid

Die Praxis – 98. Jg. 2009 – ISSN 1017-8147 – erscheint monatlich; www.legalis.ch.

Rechtsetzung des Bundes (November und Dezember 2009)* Législation fédérale (novembre et décembre 2009)*

I. In-Kraft-Treten

Bundesgesetze/Bundesbeschlüsse/Verordnungen

1. Staat – Volk – Behörden

Änderung vom 30. September 2009 der Verordnung vom 22. Oktober 2008 über die Einreise und die Visumerteilung (VEV) (AS 2009 5097, SR 142.204); In-Kraft-Treten: 1. 12. 2009.

2. Privatrecht – Zivilrechtspflege – Vollstreckung

Verordnung vom 30. September 2009 über das Informationssystem Tangram (Tangram-Verordnung) (AS 2009 5101, SR 235.23); In-Kraft-Treten: 1. 11. 2009.

8. Gesundheit – Arbeit – Soziale Sicherheit

Änderung vom 28. Oktober 2009 der Verordnung vom 31. Oktober 2007 über die Familienzulagen (Familienzulagenverordnung; FamZV) (AS 2009 5367, SR 836.21); In-Kraft-Treten: 8. 11. 2009.

Änderung vom 14. Oktober 2009 der Verordnung vom 31. August 1983 über die obligatorische Arbeitslosenversicherung und die Insolvenzenschädigung (Arbeitslosenversicherungsverordnung, AVIV) (AS 2009 5267, SR 837.02); In-Kraft-Treten: 1. 11. 2009.

II. Referendumsvorlagen

Bundesbeschluss zur Schaffung einer Spezialfinanzierung für Aufgaben im Luftverkehr. Botschaft des Bundesrats 07.066 vom 29.8.2007: BBl 2007 6373. Beschluss des Parlaments vom 3.10.2008: BBl 2008 8231. Abstimmung am 29. 11. 2009.

Bundesbeschluss über die Volksinitiative «Gegen den Bau von Minaretten». Beschluss des Parlaments vom 12.6.2009: BBl 2009 4381. Botschaft des Bundesrats 08.061 vom 27.8.2009: BBl 2008 7603. Abstimmung am 29. 11. 2009.

Bundesbeschluss über die Volksinitiative «Für ein Verbot von Kriegsmaterial-Exporten». Botschaft des Bundesrats 08.060 vom 27.8.2008: BBl 2008 7521. Beschluss des Parlaments vom 12.6.2009: BBl 2009 4383. Abstimmung am 29. 11. 2009.

Bundesbeschluss zu einem Verfassungsartikel über die Forschung am Menschen. Botschaft des Bundesrats 07.072 vom 12.9.2007: BBl 2007 6713. Beschluss des Parlaments vom 25.9.2009: BBl 2009 6649. Abstimmung am 7.3.2010.

Bundesbeschluss über die Volksinitiative «Gegen Tierquälerei und für einen besseren Rechtsschutz der Tiere (Tierschutzanwalt-Initiative)». Botschaft des Bundesrats 08.036 vom 14.5.2008: BBl 2008 4313. Beschluss des Parlaments vom 25.9.2009: BBl 2009 6651. Abstimmung am 7.3.2010.

Bundesbeschluss über die Volksinitiative «Gegen masslosen Bau umwelt- und landschaftsbelastender Anlagen». Botschaft des Bundesrats 08.074 vom 29.10.2008: BBl 2008 8773. Beschluss des Parlaments vom 25.9.2009: BBl 2009 6653.

I. Entrée en vigueur

Lois fédérales/Arrêts fédéraux/Ordonnances

1. Etat – Peuple – Autorités

Modification du 30 septembre 2009 de l'ordonnance du 22 octobre 2008 sur l'entrée et l'octroi de visas (OEV) (RO 2009 5097, RS 142.204); entrée en vigueur: 1. 12. 2009.

2. Droit privé – Procédure civile – Exécution

Ordonnance du 30 septembre 2009 sur le système d'information Tangram (Ordonnance Tangram) (RO 2009 5101, RS 235.23); entrée en vigueur: 1. 11. 2009.

8. Santé – Travail – Sécurité sociale

Modification du 28 octobre 2009 de l'ordonnance du 31 octobre 2007 sur les allocations familiales (OAFam) (RO 2009 5367, RS 836.21); entrée en vigueur: 8. 11. 2009.

Modification du 14 octobre 2009 de l'ordonnance du 31 août 1983 sur l'assurance-chômage obligatoire et l'indemnité en cas d'insolvabilité (Ordonnance sur l'assurance-chômage, OACI) (RO 2009 5267, RS 837.02); entrée en vigueur: 1. 11. 2009.

II. Objets soumis au référendum

Arrêté fédéral sur la création d'un financement spécial en faveur de tâches dans le domaine du trafic aérien. Message du Conseil fédéral 07.066 du 29.8.2007: FF 2007 6023; Arrêté du Parlement du 3.10.2008: FF 2008 7471. Votation le 29. 11. 2009.

Arrêté fédéral concernant l'initiative populaire «Contre la construction de minarets». Arrêté du Parlement du 12.6.2009: FF 2009 3903. Message du Conseil fédéral 08.061 du 27.8.2009: FF 2008 6923. Votation le 29. 11. 2009.

Arrêté fédéral concernant l'initiative populaire «Pour l'interdiction d'exporter du matériel de guerre». Message du Conseil fédéral 08.060 du 27.8.2008: FF 2008 6869. Arrêté du Parlement du 12.06.2009: FF 2009 3905. Votation le 29. 11. 2009.

Arrêté fédéral relatif à un article constitutionnel concernant la recherche sur l'être humain. Message du Conseil fédéral 07.072 du 12.9.2007: FF 2007 6345. Arrêté du Parlement du 25.09.2009: FF 2009 6005. Votation le 7.3.2010.

Arrêté fédéral concernant l'initiative populaire «Contre les mauvais traitements envers les animaux et pour une meilleure protection juridique de ces derniers (Initiative pour l'institution d'un avocat de la protection des animaux)». Message du Conseil fédéral 08.036 du 14.5.2008: FF 2008 3883. Arrêté du Parlement du 25.9.2009: FF 2009 6007. Votation le 7.3.2010.

Arrêté fédéral concernant l'initiative populaire «Contre la création effrénée d'implantations portant atteinte au paysage et à l'environnement». Message du Conseil fédéral 08.074 du 29.10.2008: FF 2008 7907. Arrêté du Parlement du 25.9.2009: FF 2009 6009.

* Diese Übersicht erhebt keinen Anspruch auf Vollständigkeit. / Cet aperçu n'a pas pour vocation d'être exhaustif.

III. Vernehmlassungen

Totalrevision des Bundesgesetzes vom 6. Oktober 1989 über die Förderung der ausserschulischen Jugendarbeit (Jugendförderungsgesetz, JFG)

Gestützt auf die Postulate Janiak (00.3469) und Wyss (00.3400 und 01.3350) und den Bericht des Bundesrates («Strategie für eine schweizerische Kinder- und Jugendpolitik») vom 27. August 2008 verfolgt die Totalrevision JFG insbesondere die folgenden Ziele: Verstärkung des Integrations- und Präventionspotenzials der Kinder- und Jugendförderung des Bundes durch Unterstützung offener und innovativer Formen der ausserschulischen Arbeit mit Kindern und Jugendlichen; gesetzliche Verankerung der Unterstützung der Eidgenössischen Jugendsession und Finanzierung von Massnahmen, welche die Beteiligung von Jugendlichen aus allen Bevölkerungsschichten an der Jugendsession fördern; Unterstützung der Kantone beim Aufbau und der konzeptuellen Weiterentwicklung ihrer Kinder- und Jugendpolitik; verstärkter Informations- und Erfahrungsaustausch mit Akteuren der Kinder- und Jugendpolitik. Frist: 15. 1. 2010.

(Quelle: <http://www.admin.ch/ch/dl/gg/pc/pendent.html>)

Ordentliche Revision des Heilmittelgesetzes (2. Etappe)

Im Rahmen der ordentlichen Revision des Heilmittelgesetzes werden die bestehenden Marktzutrittsbestimmungen kritisch überprüft. Gleichzeitig soll die Sicherheit von Arzneimitteln verbessert und die Transparenz erhöht werden. Frist: 5. 2. 2010.

(Quelle: <http://www.admin.ch/ch/dl/gg/pc/pendent.html>)

Totalrevision des Bundesgesetzes über die Förderung der Forschung und der Innovation (FIFG)

Mit dem vorliegenden Entwurf zur Totalrevision des Forschungs- und Innovationsförderungsgesetzes (E-FIFG) wird in Erfüllung verschiedener parlamentarischer Vorstösse sowie der Entscheide zum Legislaturplan 2007–2011 eine Neufassung des Forschungs- und Innovationsförderungsgesetzes vorgelegt. Frist: 28. 2. 2010.

(Quelle: <http://www.admin.ch/ch/dl/gg/pc/pendent.html>)

Bundesgesetz über die Sicherung der Bankeinlagen

Die Bankeinlagen sollen durch ein neues zweistufiges Sicherungssystem, welches durch die Banken finanziert wird, besser geschützt werden. Diverse Elemente der heutigen Übergangslösung – welche bis Ende 2010 gilt – werden zudem ins Dauerrecht überführt. Frist: 31. 12. 2009.

(Quelle: <http://www.admin.ch/ch/dl/gg/pc/pendent.html>)

IV. Aus den Räten

Das detaillierte Sessionsprogramm können Sie einsehen unter: <http://www.parlament.ch/poly/Framesets/D/Frame-D.htm>.

III. Procédures de consultation en cours

Révision totale de la loi fédérale du 6 octobre 1989 concernant l'encouragement des activités de jeunesse extra-scolaires (loi sur les activités de jeunesse, LAJ)

Révision totale de la loi fédérale concernant l'encouragement des activités de jeunesse extra-scolaires (LAJ). Cette révision, qui se fonde sur les postulats Janiak (00.3469) et Wyss (00.3400 et 01.3350), ainsi que sur le rapport du 27 août 2008 du Conseil fédéral «Pour une politique suisse de l'enfance et de la jeunesse», poursuit les objectifs suivants: renforcer le potentiel de prévention et d'intégration des mesures fédérales d'encouragement des enfants et des jeunes en soutenant des activités extrascolaires en milieu ouvert ou novatrices; inscrire dans la loi le soutien apporté à la Session fédérale des jeunes par la Confédération et le financement de mesures favorisant la participation de jeunes de toutes les couches de la population à cette manifestation; soutenir l'élaboration de la politique de l'enfance et de la jeunesse menée par les cantons, ainsi que le développement des bases conceptuelles de cette politique; renforcer l'échange d'informations et d'expériences touchant la politique de l'enfance et de la jeunesse avec les acteurs concernés. Date limite: 15.01.2010.

(Source: <http://www.admin.ch/ch/fl/gg/pc/pendent.html>)

Révision ordinaire de la loi sur les produits thérapeutiques (2^{ème} étape)

La révision ordinaire de la loi sur les produits thérapeutiques permettra d'examiner de manière critique les dispositions en vigueur d'accès au marché. Elle améliorera parallèlement la sécurité des médicaments et la transparence. Date limite: 05.02.2010.

(Source: <http://www.admin.ch/ch/fl/gg/pc/pendent.html>)

Loi fédérale sur l'encouragement de la recherche et de l'innovation (LERI)

Le présent projet de révision totale de la loi fédérale sur l'encouragement de la recherche et de l'innovation (projet LERI) propose une refonte de la loi sur l'encouragement de la recherche et de l'innovation en réponse à différentes interventions parlementaires et conformément aux décisions du programme de la législature 2007–2011. Date limite: 28.02.2010

(Source: <http://www.admin.ch/ch/fl/gg/pc/pendent.html>)

Loi fédérale sur la garantie des dépôts bancaires

Les dépôts bancaires doivent être mieux protégés par un nouveau système de garantie à deux niveaux, financé par les banques. Divers éléments de la solution transitoire actuelle – valables jusqu'en 2010 – seront en outre transférés dans le droit permanent. Date limite: 31. 12. 2009.

(Source: <http://www.admin.ch/ch/fl/gg/pc/pendent.html>)

IV. Activités des Conseils et des commissions parlementaires

Vous pouvez consulter le programme détaillé de la session à l'adresse suivante: <http://www.parlament.ch/poly/Framesets/F/Frame-F.htm>.

Walter Fellmann* und Paul Richli**

Zulässigkeit von kantonalen Vorschriften über die Erteilung und den Entzug des Anwaltspatents

Stichworte : Patententzug, BGFA, Berufsrecht, Titelführung

Die Meinung des SAV

Der Schweizerische Anwaltsverband (SAV) will sich nicht damit abfinden, dass einschlägig vorbestrafte Personen mit Anwaltspatent gegen aussen weiterhin als Anwalt in Erscheinung treten dürfen. Den dem nachstehenden Gutachten zugrunde liegenden Sachverhalt, wonach kantonale Behörden sich ausser Stande sehen, einen Entzug des Patentes mangels gesetzlicher Grundlage zu prüfen, erachtet der SAV als stossend. Dementsprechend wirkt der Schweizerische Anwaltsverband in Zusammenarbeit mit den kantonalen Verbänden und unter Hinweis auf das untenstehende Gutachten darauf hin, dass im Rahmen der Anpassung der kantonalen Gesetze an die CH-ZPO und CH-StPO die Kantone eine ausdrückliche Regelung des Patententzugs vorsehen. Der Rechtsuchende, welchen es vor «kriminellen» Beratern zu schützen gilt, wird es zu verdanken wissen.

Der Vorstand übersieht nicht, dass die vom SAV beauftragten Experten zutreffend zum Schluss kommen, dass ein Patententzug auch ohne ausdrückliche kantonale Regelung möglich wäre, weil eine Polizeibewilligung jederzeit entzogen werden kann. Eine ausdrückliche Regelung empfiehlt sich aber sehr. Dem Schweizerischen Anwaltsverband liegen schriftliche Stellungnahmen der Aufsichtsbehörden von BS und TI vor, die glauben, dass sie das Patent ohne ausdrückliche kantonale Grundlagen nicht entziehen können (wollen?). Hier gilt es, Klarheit in den kantonalen Gesetzen zu schaffen.

Der Vorstand

L'opinion de la FSA

La Fédération Suisse des Avocats (FSA) n'entend pas se soumettre au fait que des personnes titulaires du brevet d'avocat puissent, après avoir été condamnées pour des infractions graves, poursuivre des activités d'avocat et agir sous ce titre face au public. Les faits décrits dans l'avis de droit sous-mentionné et d'après lesquels certaines autorités cantonales se considèrent incompétentes pour ordonner un retrait du brevet (en raison d'une base légale insuffisante) sont pour la FSA choquants. En tenant compte des conclusions de cet avis de droit, la FSA et les Ordres cantonaux font pression pour que les cantons mettent en place une réglementation explicite en matière de retrait du brevet, et ce simultanément à la phase d'adaptation des lois cantonales aux nouveaux CPC et CPP. Il en va de l'intérêt du justiciable qui doit être protégé de conseillers juridiques «criminels».

Le Conseil observe par ailleurs que les experts mandatés par la FSA arrivent à la conclusion qu'un retrait du brevet serait même possible en l'absence d'une réglementation cantonale explicite en la matière, dès lors que le brevet constitue une autorisation de police et que celle-ci peut par définition être retirée en tout temps. Une réglementation explicite est toutefois fort souhaitable. La FSA a en effet pris connaissance de positions écrites rendues par les autorités de surveillance de BS et du TI qui considèrent qu'elles ne peuvent (ou ne veulent?) pas retirer un brevet sans base légale explicite. Il convient dès lors de supprimer toute ambiguïté avec une législation cantonale claire.

Berne, le 21 octobre 2009

Le Conseil

Droit des cantons d'édicter des normes permettant de retirer un brevet d'avocat

Résumé et conclusions de l'avis de droit des Prof. Walter Fellmann et Paul Richli du 14 octobre 2009

La LLCA doit être rattachée à l'art. 95 al. 1^{er} Cst. Cette disposition met en place une *compétence fédérale facultative*: les cantons peuvent légiférer sur l'exercice de la profession d'avocat

aussi longtemps que la Confédération ne fait pas usage de la compétence qui lui a été attribuée par l'art. 95 al. 1^{er} Cst.

Conformément à son article premier, la LLCA garantit la libre circulation des avocats et fixe les principes applicables à l'exercice de la profession. La Confédération n'a donc légiféré et fait usage de la compétence précitée que dans ces deux domaines. Il s'ensuit que *les cantons sont par exemple compétents, dans le cadre de la LLCA, pour fixer les exigences pour l'obtention du*

* Prof. Dr. iur., Rechtsanwalt in Luzern, nebenamtlicher ordentlicher Professor für schweizerisches und europäisches Privatrecht an der Universität Luzern.

** Prof. Dr. iur., ordentlicher Professor für öffentliches Recht, Agrarrecht und Rechtsetzungslehre an der Universität Luzern.

brevet. L'art. 3 LLCA, qui rappelle cette compétence cantonale, ne constitue dès lors qu'une réserve improprement dite et purement déclarative.

Il convient de constater que le texte de l'art. 3 LLCA est trop étroit: la compétence législative des cantons va bien au-delà des domaines explicitement mentionnés dans cette disposition. Toujours au regard de l'art. 95 al. 1^{er} Cst., les cantons sont en effet compétents pour tout ce qui n'est pas couvert par l'art. 1^{er} LLCA (libre circulation des avocats et principes régissant l'exercice de la profession, c'est-à-dire fixation des règles professionnelles et mise en place d'une autorité de surveillance). Les règles de l'art. 27 Cst. (liberté économique) doivent naturellement être respectées.

En matière disciplinaire, la Confédération a utilisé sa compétence pour définir les mesures possibles. L'art. 17 LLCA prévoit que celles-ci peuvent aller de l'avertissement à une interdiction de pratiquer temporaire ou définitive. Toutefois, *si la mesure disciplinaire prononcée se traduit par une interdiction de pratiquer, celle-ci n'aura d'effet pratique que pour les activités d'avocat définies par la LLCA*, c'est-à-dire la représentation des parties devant les tribunaux (*monopole des avocats*).

Pour s'inscrire au registre, les avocats doivent être titulaires d'un brevet cantonal (art. 6 LLCA). En revanche, la LLCA ne dit rien sur le brevet lui-même, sous réserve d'une énumération des conditions de formation minimales qui doivent être remplies pour que les cantons puissent délivrer un brevet (art. 7 LLCA). Si la LLCA mentionne à son art. 8 les *conditions personnelles pour l'inscription au registre*, elle reste en revanche muette en ce qui concerne les conditions personnelles pour l'obtention du brevet. La LLCA garantit donc uniquement, dans le cadre de la libre circulation intercantonale, que les conditions personnelles prévues à l'art. 7 sont bien remplies au moment de l'inscription dans un registre d'avocats cantonal. Au vu de ce qui précède, les *cantons sont dès lors en principe libres de définir eux-mêmes les conditions personnelles auxquelles ils veulent soumettre l'obtention du brevet*.

Quant à l'art. 9 LLCA, il traite la question de la radiation d'un avocat du registre, mais ne dit rien sur l'éventuel retrait administratif d'un brevet.

A la lumière de cette répartition des compétences entre la Confédération et les cantons, ces derniers sont donc compétents, entre autres, pour légiférer sur les conditions personnelles nécessaires à l'obtention d'un brevet d'avocat cantonal.

La nature juridique d'un brevet d'avocat est celle d'une *autorisation de police de droit cantonal* qui peut être délivrée mais aussi retirée. C'est la raison pour laquelle plusieurs cantons ont explicitement prévu dans leur loi sur les avocats la possibilité de retirer administrativement un brevet. Il s'agit des cantons de SG, TG, AR, AI et ZR. La personne qui remplit les conditions personnelles et de formation a un droit à la délivrance du brevet. La qualification d'autorisation (révocable) de police de droit cantonal, admise en doctrine, concorde avec la *jurisprudence fédérale* (ATF du 30 juin 2006, 2P.159/2005, c. 3.1).

La *compétence pour édicter des règles cantonales* sur la délivrance du brevet d'avocat à titre d'autorisation de police doit

corrélativement être accompagnée de *règles qui déterminent les conditions administratives* d'un retrait ou d'une révocation. Qu'une autorisation de police puisse être retirée et que ceci puisse explicitement être ancré dans la loi n'est d'ailleurs contesté par personne. La doctrine va même jusqu'à admettre qu'une autorisation puisse être retirée, *sur la base de règles générales lorsqu'il n'existe pas de base légale spécifique*. On examine alors si les conditions essentielles qui sont à la base de l'autorisation de police sont toujours réalisées. La jurisprudence ne dit pas autre chose: ATF du 13 avril 2005 (2P.274/2004, c. 1.) et ATF du 30 juin 2006 (2P.159/2005, c. 3.1. et 3.2). Ces deux arrêts soulignent le besoin de protection des justiciables face aux personnes indignes de la profession.

En bref, lorsqu'on examine la question du retrait d'un brevet d'avocat, il convient de faire une distinction entre l'interdiction de pratiquer temporaire ou définitive qui relève du droit disciplinaire, et le retrait en soi qui ressortit au droit administratif. La loi fédérale sur les professions médicales fait d'ailleurs elle aussi cette distinction. Même après l'entrée en vigueur de la LLCA, les cantons demeurent compétents pour légiférer sur un retrait administratif du brevet d'avocat. En revanche, par le biais de la LLCA, la Confédération a exhaustivement légiféré sur la question d'une interdiction disciplinaire de pratiquer.

Das Gutachten

I. Sachverhalt

1. Verschiedene Kantone kennen für den administrativen Entzug des Anwaltspatents keine gesetzliche Grundlage. Der Schweizerische Anwaltsverband (SAV) nahm daher einen konkreten Fall zum Anlass, um die Konferenz der kantonalen Justiz- und Polizeidirektorinnen und -direktoren auf den nach seiner Auffassung bestehenden gesetzgeberischen Handlungsbedarf hinzuweisen:

2. Ein in Zürich tätiger Rechtsanwalt mit Basler Patent war wegen schweren Vermögensdelikten verurteilt worden. Die Aufsichtskommission über die Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälte des Kantons Zürich eröffnete daher gegen ihn ein Disziplinarverfahren und ordnete in der Folge als Disziplinar-massnahme wegen mehrfacher Verletzung von Art. 12 lit. a und h BGFA für die Dauer von zwei Jahren ein befristetes Berufsausübungsverbot nach Art. 17 Abs. 1 lit. d BGFA an.

Da nach Auffassung der Zürcher Aufsichtskommission das Recht zur Regelung des Erwerbs des Anwaltspatents und des administrativen Entzugs nach Art. 3 BGFA den Kantonen zusteht, wandten sie sich an die Aufsichtsbehörde des Kantons Basel-Stadt. Diese sah sich ausserstande, einen Entzug des Patents zu prüfen, da dafür im Kanton Basel-Stadt eine gesetzliche Grundlage fehle.

3. Der wegen Vermögensdelikten verurteilte Rechtsanwalt dürfte daher aufgrund des ihm von der Zürcher Aufsichtskommission auferlegten Berufsausübungsverbots zwar in der Schweiz nicht

mehr forensisch tätig sein, also keine Klienten vor Gericht vertreten. Trotz dieses Berufsausübungsverbots kann er aber weiter unter dem Titel «Rechtsanwalt» beratend tätig sein.

Der Schweizerische Anwaltsverband erachtet es als störend, dass eine verurteilte Person den Titel «Rechtsanwalt» tragen und in dieser Funktion Klienten beraten kann. Das Publikum könne den vorbestraften und mit einem Berufsausübungsverbot belegten Anwalt so nicht als Gefahrenquelle erkennen.

4. Der Schweizerische Anwaltsverband sieht daher in denjenigen Kantonen Anlass für eine Ergänzung der Anwaltsgesetze, die keine gesetzliche Grundlage für den administrativen Patententzug besitzen.

Der Vorstand der Konferenz der kantonalen Justiz- und Polizeidirektorinnen und -direktoren schliesst sich der Auffassung des Schweizerischen Anwaltsverbands an. Auch er ist der Meinung, dass ein Regelungsbedarf besteht und hat dies den kantonalen Justizdirektoren mit Brief vom 10. Juli 2009 mitgeteilt.

5. In einem Gutachten vom 23. August 2009 zuhanden des Obergerichts des Kantons Zug ist Rechtsanwalt Mag. rer. publ. Daniel Kettiger zum Schluss gelangt, eine solche Gesetzesergänzung wäre bundesrechtswidrig.

Der Schweizerische Anwaltsverband hat sich daher entschlossen, bei Prof. Dr. Walter Fellmann und Prof. Dr. Paul Richli von der Universität Luzern ein Gutachten über die Zulässigkeit von kantonalen Gesetzesvorschriften über den administrativen Entzug des Anwaltspatents in Auftrag zu geben. Nicht näher geprüft werden sollte die Möglichkeit eines «Titelentzugs», wie ihn die Anwaltsgesetze der Kantone Genf und Tessin vorsehen.¹

II. Rechtliches

A. Ausgangslage

1. Auf den 1. Januar 2002 ist das Bundesgesetz über die Freizügigkeit der Anwältinnen und Anwälte (Anwaltsgesetz, BGFA) in Kraft getreten.² Das Gesetz hat eine *lange Geschichte*. Schon im Jahre 1901 unterbreitete der Schweizerische Anwaltsverband (SAV) dem Eidg. Justiz- und Polizeidepartement einen ersten Gesetzesentwurf und schlug darin die Einführung eines eidgenössischen Anwaltspatents vor. Es folgten weitere Vorstösse des SAV. Erst im Jahre 1994 nahm der Bund die Arbeiten am Gesetz auf. Nach einer Umfrage bei den Justizdepartementen der Kantone, den kantonalen Gerichten und den rechtswissenschaftlichen Fakultäten entschloss sich das Justiz- und Polizeidepartement zur Schaffung eines Bundesrahmengesetzes, das insbesondere die Freizügigkeit regeln sollte. Nach Abschluss der bilateralen Abkommen zwischen der Schweiz und der EU vom 23. März 1999 ergänzte der Bundesrat die damals vorliegenden Entwürfe durch einige Bestimmungen zur Umsetzung des massgebenden Ge-

meinschaftsrechts.³ Nach teilweise kontroversen Beratungen wurde das BGFA schliesslich am 23. Juni 2000 vom National- und Ständerat angenommen. Es trat am 1. Juni 2002 in Kraft.⁴

2. Das BGFA verwirklicht die *interkantonale und europäische Freizügigkeit* der Anwältinnen und Anwälte. Ferner schafft es die rechtlichen Grundlagen für die Ausübung des Anwaltsberufs in der Schweiz. Es vereinheitlicht die *Berufsregel* und das *Disziplinarrecht* (Art. 1 und 3 BGFA).⁵

B. Gesetzgebungskompetenz des Bundes nach Art. 95 Abs. 2 BV

1. Bereits nach Art. 31^{bis} der *Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 29. Mai 1984 (aBV)* war der Bund – unter Wahrung der allgemeinen Interessen der schweizerischen Gesamtwirtschaft – befugt, über die Ausübung von Handel und Gewerbe Vorschriften zu erlassen. Nach Art. 33 Abs. 1 aBV blieb es indessen den Kantonen anheimgestellt, die Ausübung der wissenschaftlichen Berufsarten von einem Ausweis der Befähigung abhängig zu machen. Der Bund sollte aber nach Art. 33 Abs. 2 aBV auf dem Wege der Bundesgesetzgebung dafür sorgen, dass derartige Ausweise für die ganze Eidgenossenschaft gültig erworben werden können. Diesen Auftrag hatte er – wie bereits erwähnt – erst mit dem BGFA umgesetzt.

2. Das BGFA stützt sich auf *Art. 95 Abs. 1 der Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 (BV)*. Danach kann der Bund über die Ausübung der privatwirtschaftlichen Erwerbstätigkeit Vorschriften erlassen. Gleichzeitig verpflichtet ihn Art. 95 Abs. 2 BV zu gewährleisten, dass Personen mit wissenschaftlicher Ausbildung oder mit einem eidgenössischen, kantonalen oder kantonal anerkannten Ausbildungsabschluss ihren Beruf in der ganzen Schweiz ausüben können. Die Lehre ist der Meinung, dass mit Art. 95 Abs. 1 BV Art. 31^{bis} Abs. 2 aBV nachgeführt worden sei.⁶

3. Art. 95 Abs. 1 BV begründet für den Erlass von Vorschriften über die Ausübung der privatwirtschaftlichen Erwerbstätigkeit eine *nachträglich derogierende Bundeskompetenz*.⁷ Von einer nachträglich derogierenden Bundeskompetenz spricht man, wenn die Kantone zuständig sind, solange der Bund von einer ihm von der Verfassung zugewiesenen Kompetenz nicht Gebrauch macht. Die kantonale Kompetenz wird in solchen Fällen

3 Zur Entstehungsgeschichte siehe Botschaft zum Bundesgesetz über die Freizügigkeit der Anwältinnen und Anwälte (Anwaltsgesetz, BGFA), BBl 1999, 6015 ff. und 6030 ff.

4 SR 935.61.

5 Botschaft BGFA, a.a.O., 6042.

6 RETO JACOBS, in: Bernhard Ehrenzeller/Philippe Mastronardi/Rainer J. Schweizer/Klaus A. Vallender (Hrsg.), Die schweizerische Bundesverfassung, Kommentar, 2. Aufl., Zürich/St. Gallen 2008, Art. 95 N 2; vgl. auch GIOVANNI BIAGGINI, Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft, Zürich 2007, Art. 95 N 1.

7 BIAGGINI, a.a.O., Art. 95 N 3; JACOBS, a.a.O., Art. 95 N 4; KLAUS A. VALLENDER, in: Daniel Thürer/Jean-François Aubert/Jörg Paul Müller (Hrsg.), Verfassungsrecht der Schweiz, Zürich 2001, § 61 N 6.

1 Siehe Näheres in Fn. 38 hinten.

2 SR 935.61.

erst vom Moment an hinfällig, in dem der Bund von seiner Kompetenz ganz oder teilweise Gebrauch macht. Der Sinn dieser Regelung liegt darin, Lücken in der Gesetzgebung zu vermeiden.⁸

C. Ausschöpfung der Kompetenz im BGFA und Kompetenz der Kantone

1. Nach Art. 1 BGFA regelt das Gesetz die *Freizügigkeit* der Anwältinnen und Anwälte und legt die *Grundsätze für die Ausübung des Anwaltsberufs* in der Schweiz fest. Art. 3 Abs. 1 BGFA bestimmt, dass das Recht der Kantone, im Rahmen des BGFA die Anforderungen für den Erwerb des Anwaltspatents festzulegen, gewahrt bleibt. Das Gleiche gilt nach Art. 3 Abs. 2 BGFA für das Recht der Kantone, Inhaber ihres kantonalen Anwaltspatents vor den eigenen Gerichten Parteien vertreten zu lassen.

Beim Vorbehalt in Art. 3 BGFA, der im Entwurf des Bundesrates noch nicht enthalten war,⁹ handelt es sich um einen *unechten Vorbehalt*. Ein echter Vorbehalt läge nämlich nur vor, wenn die Kantone durch die Delegation eine Kompetenz erhielten, die sie vorher nicht hatten.¹⁰ Da der Bund von der ihm nach Art. 95 Abs. 1 BV zustehenden Kompetenz, über die (privatwirtschaftliche) Tätigkeit (auch) der Anwälte Vorschriften zu erlassen, nur in Bezug auf die Freizügigkeit und die Grundsätze für die Ausübung des Anwaltsberufs in der Schweiz Gebrauch gemacht hat,¹¹ wären die Kantone auch ohne diesen Vorbehalt für den Erlass von Vorschriften über den Erwerb des Anwaltspatents zuständig gewesen bzw. zuständig geblieben.¹²

2. Dazu kommt, dass der *Wortlaut des Vorbehalts* in Art. 3 BGFA zu eng ist. Die den Kantonen verbleibende Kompetenz ist nämlich wesentlich weiter, als es sich aus Art. 3 Abs. 1 und 2 BGFA ergeben würde. Da Art. 95 Abs. 1 BV auch im Anwaltsrecht bloss eine nachträglich derogierende Bundeskompetenz schafft, sind die Kantone über die in Art. 3 BGFA ausdrücklich genannten Bereiche hinaus zur Gesetzgebung berechtigt. Voraussetzung ist nur, dass der Bundesgesetzgeber zu diesen Fragen noch nicht oder nicht abschliessend legiferiert hat.¹³

Dass sich kantonale Gesetze über den Anwaltsberuf in den Schranken des Art. 27 BV (Wirtschaftsfreiheit) bewegen, ja überhaupt die Grundrechte respektieren müssen, versteht sich von selbst. Darauf ist hier nicht weiter einzugehen.

3. Wie bereits erwähnt, regelt das BGFA nur die *Freizügigkeit* der Anwältinnen und Anwälte und legt die Grundsätze für die Ausübung des Anwaltsberufs in der Schweiz fest. Die interkantonale Freizügigkeit realisiert das Gesetz durch das System des Registereintrags nach Art. 4 ff. BGFA. Für die Ausübung des Anwaltsberufs im freien Dienstleistungsverkehr oder die ständige Ausübung des Anwaltsberufs durch Anwältinnen und Anwälte aus Mitgliedstaaten der EU oder der EFTA sieht das Gesetz in den Art. 21 ff. und 27 ff. BGFA spezielle Bestimmungen vor. Zusätzlich ermöglicht es Anwältinnen und Anwälten aus Mitgliedstaaten der EU oder der EFTA mit der in Art. 30 ff. BGFA getroffenen Lösung, sich unter bestimmten Voraussetzungen in ein kantonales Anwaltsregister eintragen zu lassen.

Neben der Regelung der interkantonalen und internationalen Freizügigkeit legt das Gesetz in Art. 12 ff. die *Berufsregeln* fest und ordnet die *Disziplinaufsicht*. Zu diesen Bestimmungen gehört auch die Festlegung der möglichen Disziplinar massnahmen in Art. 17 BGFA. Diese gehen von der Verwarnung bis zu einem befristeten oder dauernden Berufsausübungsverbot.

Ein disziplinarrechtlich verfügbares *Berufsausübungsverbot* beschlägt allerdings nur den vom BGFA erfassten Bereich der Anwaltstätigkeit, also nur die Vertretung von Parteien vor Gerichtsbehörden im Rahmen des Anwaltsmonopols.¹⁴

4. Die Anwältinnen und Anwälte, die von der interkantonalen Freizügigkeit Gebrauch machen wollen, haben sich in ein *kantonales Anwaltsregister* einzutragen.¹⁵ Der Inhalt dieses Registers und dessen Führung regelt Art. 5 BGFA. Mit dem Eintrag und dessen Voraussetzungen befasst sich Art. 6 BGFA.

Der *Eintrag* setzt nach Art. 6 BGFA voraus, dass die Anwältinnen und Anwälte über ein kantonales Anwaltspatent verfügen.¹⁶ Zum Anwaltspatent selbst sagt das BGFA nichts. Es bestimmt in Art. 7 BGFA bloss, dass die Kantone ein solches nur erteilen dürfen, wenn der Anwärter bestimmte *fachliche Voraussetzungen* erfüllt.¹⁷ Über die persönlichen Voraussetzungen, welche Anwältinnen und Anwälte für die Erteilung des Anwaltspatents erfüllen müssen, sagt das Gesetz nichts. Art. 8 BGFA regelt bloss die *persönlichen Voraussetzungen* für den *Registereintrag*. Art. 8 BGFA will damit im Zusammenhang mit der interkantonalen Freizügigkeit der Anwältinnen und Anwälte sicherstellen, dass im Zeitpunkt der Eintragung in ein kantonales Anwaltsregister allein die persönlichen Voraussetzungen des Art. 8 BGFA massgebend sind.¹⁸ Die Kantone bleiben daher grundsätzlich *frei, welche*

8 ULRICH HÄFELIN/WALTER HALLER/HELEN KELLER, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, 7. Aufl., Zürich 2008, N 1092 f.; PIERRE TSCHANNEN, Staatsrecht der Schweizerischen Eidgenossenschaft, 2. Aufl., Bern 2007, § 20 N 28 ff.

9 Siehe Botschaft BGFA, a.a.O., 6044 und 6078.

10 HÄFELIN/HALLER/KELLER, a.a.O., N 1158.

11 Eine neue Regelung wird mit dem Inkrafttreten der Schweizerischen Zivilprozessordnung und der Schweizerischen Strafprozessordnung in Bezug auf die Vertretung von Parteien im Rahmen des Anwaltsmonopols vor Gerichtsbehörden gelten. Nach Art. 68 Abs. 2 lit. a ZPO und Art. 125 Abs. 5 StPO sind dann nämlich nur noch Anwälte, die nach dem BGFA zur Vertretung von Parteien vor Gerichtsbehörden berechtigt sind, befugt, Parteien vor schweizerischen Gerichten zu vertreten.

12 Vgl. HÄFELIN/HALLER/KELLER, a.a.O., N 1158.

13 Vgl. etwa Urteile des Bundesgerichts vom 27. Juli 2007 (2P.318/2006 und 2A.733/2006).

14 TOMAS POLEDNA, in: Walter Fellmann/Gaudenz G. Zindel (Hrsg.), Kommentar zum Anwaltsgesetz, Zürich 2005, Art. 17 N 37 und 41, der (Art. 17 N 37) ausdrücklich darauf aufmerksam machte, die Kantone hätten ergänzende Vorschriften zu erlassen, wenn ein befristetes oder dauerndes Berufsausübungsverbot die gesamte Tätigkeit des Betroffenen als Anwalt erfassen solle.

15 Art. 4 BGFA.

16 Siehe Botschaft BGFA, a.a.O., 6047.

17 Vgl. HANS NATER, in: Walter Fellmann/Gaudenz G. Zindel (Hrsg.), Kommentar zum Anwaltsgesetz, Zürich 2005, Art. 3 N 3; ERNST STAEHELIN/CHRISTIAN OETTIGER, in: Walter Fellmann/Gaudenz G. Zindel (Hrsg.), Kommentar zum Anwaltsgesetz, Zürich 2005, Art. 7 N 2.

18 Siehe Botschaft BGFA, a.a.O., 6049.

persönlichen Voraussetzungen sie an die Erteilung ihres Patents knüpfen wollen.

Der Kanton Zürich verweist beispielsweise zur Bestimmung der persönlichen Voraussetzungen für die Erteilung des kantonalen Anwaltspatents auf die Liste in Art. 8 Abs. 1 lit. a–c BGFA. Die bundesrechtliche Voraussetzung für die Eintragung in das Register in Art. 8 Abs. 1 lit. d BGFA¹⁹ übernimmt er demgegenüber nicht. Stattdessen ergänzt er die Liste durch die persönliche Voraussetzung der «Zutruenswürdigkeit».²⁰

5. Mit Ausnahme der Aufstellung (minimaler)²¹ fachlicher Voraussetzungen, die erfüllt sein müssen, damit die Kantone ein Anwaltspatent erteilen dürfen, *schweigt das BGFA zum kantonalen Patent*. Die in Art. 8 vorgesehenen persönlichen Voraussetzungen beziehen sich, wie soeben ausgeführt, nur auf den Registereintrag und nicht auf die Abgabe des Patents. Art. 9 BGFA, der sich mit der Löschung des Registereintrags befasst, sagt nichts zu einem allfälligen (administrativen) Entzug des kantonalen Patents.

Nach den vorne dargestellten Grundsätzen der Kompetenzverteilung zwischen Bund und Kantonen sind die Kantone also (u.a.) befugt, die persönlichen Voraussetzungen für die Erteilung des kantonalen Anwaltspatents zu regeln. Es fragt sich daher, was unter diesem Patent zu verstehen ist:

D. Anwaltspatent als kantonale Polizeibewilligung

1. Das kantonale Anwaltspatent hat die Rechtsnatur einer *kantonalen Polizeibewilligung*. Wer die fachlichen und persönlichen Voraussetzungen erfüllt, hat Anspruch auf die Bewilligung. Wörtlich heisst es dazu in der Botschaft:

«Das «Patent» dagegen wird nach Prüfung der fachlichen Kenntnisse und gewisser persönlicher Voraussetzungen (guter Ruf, Zahlungsfähigkeit usw.) erteilt.»²²

2. Dem entspricht die in der Lehre vertretene Auffassung, die das Anwaltspatent ausdrücklich als Beispiel für eine Polizeibewilligung anführt.²³ Wolfers weist sogar speziell darauf hin, das Patent bestätige, dass sämtliche Bedingungen, von denen der Staat die Berufsausübung abhängig mache, erfüllt seien. Neben dem Vorhandensein der fachlichen Voraussetzungen belege das Patent die Erfüllung aller geforderten persönlichen Voraussetzungen.²⁴

3. Die Qualifikation des Anwaltspatents als kantonale Polizeibewilligung durch die Lehre deckt sich mit der Rechtsprechung des Bundesgerichts, das in einem Urteil vom 30. Juni 2006 ausdrücklich festgestellt hat: «Beim Anwaltspatent handelt es sich um eine Polizeibewilligung (...).»²⁵

E. Bedeutung der Qualifikation des Anwaltspatents als kantonale Polizeibewilligung

1. Nach Lehre und Rechtsprechung kann eine Polizeibewilligung oder Polizeierlaubnis sowohl von *persönlichen* wie auch von *sachlichen Voraussetzungen* abhängig gemacht werden. Zu den persönlichen Voraussetzungen zählen etwa bestimmte Fähigkeiten oder Kenntnisse oder der Leumund, Wohnsitz oder das Bürgerrecht des Gesuchstellers. Sachliche Voraussetzungen liegen vor, wenn die Bewilligung an äussere Gegebenheiten geknüpft wird.²⁶ Entscheidend ist stets, dass die Erfüllung der Voraussetzungen in der Herrschaft der Person liegt, welche die Bewilligung beantragt. Die Bewilligungsbehörde hat kein Ermessen wie bei einer Ausnahmbewilligung oder einer wirtschaftspolitischen Bewilligung, welche eine Bedarfsprüfung einschliesst.²⁷

2. Als Beispiel für mögliche persönliche Voraussetzungen einer Polizeierlaubnis führen Häfelin/Müller/Uhlmann § 2 des Zürcher Anwaltsgesetzes vom 17. November 2003 an, der bestimme, dass im Kanton Zürich nur Personen zur Berufsausübung zugelassen würden, welche die *Anwaltsprüfung* bestanden hätten, die *persönlichen Voraussetzungen* nach Art. 8 Abs. 1 lit. a–c BGFA²⁸ erfüllten und *zutruenswürdig* seien.²⁹

F. Kantonale Vorschriften zum administrativen Entzug des Anwaltspatents

1. Zur kantonalen Regelungskompetenz im Zusammenhang mit der Erteilung des Anwaltspatents als Polizeibewilligung gehört selbstverständlich auch die *Regelung der Voraussetzungen des Entzugs bzw. des Widerrufs*.³⁰ Dass eine Polizeibewilligung widerrufen und dies im Gesetz ausdrücklich geregelt werden kann, ist allgemein anerkannt.³¹ In der Tat sehen verschiedene Kantone in ihren Anwaltsgesetzen den administrativen Entzug ihres Anwaltspatents ausdrücklich vor.³² In der Lehre ist sodann anerkannt, dass ein Widerruf auch ohne ausdrückliche gesetzliche

19 Art. 8 Abs. 1 lit. d BGFA: «sie müssen in der Lage sein, den Anwaltsberuf unabhängig auszuüben; sie können Angestellte nur von Personen sein, die ihrerseits in einem kantonalen Register eingetragen sind.»

20 § 2 Abs. 1 lit. a Anwaltsgesetz des Kantons Zürich vom 17. November 2003 (Ordnungsnr. 215.1).

21 Das Gesetz sieht in Art. 7 Abs. 1 lit. b bloss ein «mindestens einjähriges Praktikum» vor. Die Kantone können daher ein längeres Praktikum verlangen (vgl. Stahelin/Oetiker, a.a.O., Art. 7 N 15; siehe dazu auch Botschaft BGFA, a.a.O., 6048 f.).

22 Botschaft BGFA, a.a.O., 6042.

23 Pierre Tschannen/Ulrich Zimmerli/Markus Müller, Allgemeines Verwaltungsrecht, 3. Aufl., Bern 2009, § 44 N 24; Felix Wolfers, Der Rechtsanwalt in der Schweiz, Zürich 1986, 63.

24 Felix Wolfers, a.a.O., 63; vgl. dazu auch François Bohnet/Vincent Martenet, Droit de la profession d'avocat, Berne 2009, N 548 ff.

25 Urteil des Bundesgerichts vom 30. Juni 2006 (2P.159/2005) E. 3.2.

26 Vgl. Tschannen/Zimmerli/Müller, a.a.O., § 44 N 33; Ulrich Häfelin/Georg Müller/Felix Uhlmann, Allgemeines Verwaltungsrecht, 5. Aufl., Zürich 2006, N 2531.

27 Siehe zum Unterschied zwischen Anspruchs- und Ermessensbewilligung etwa Tschannen/Zimmerli/Müller, a.a.O., § 44 N 24 ff.

28 Handlungsfähigkeit; keine strafrechtliche Verurteilung wegen Handlungen, die mit dem Anwaltsberuf nicht vereinbar sind und deren Eintrag ins Strafregister nicht gelöscht ist; keine Verlustscheine.

29 Häfelin/Müller/Uhlmann, a.a.O., N 2531 unter Verweis auf § 2 des Zürcher Anwaltsgesetzes vom 17. November 2003; vgl. auch Tschannen/Zimmerli/Müller, § 44 N 33 und Bohnet/Martenet, a.a.O., N 573 ff.

30 Vgl. Häfelin/Müller/Uhlmann, a.a.O., N 2550 ff.; Tschannen/Zimmerli/Müller, a.a.O., § 32 N 44.

31 Vgl. etwa Häfelin/Müller/Uhlmann, a.a.O., N 2550.

32 Siehe Fn. 38 hinten.

Grundlage nach den allgemeinen Regeln über den Widerruf von Verfügungen zulässig ist, wenn wesentliche Bewilligungsvoraussetzungen wegfallen.³³

2. Aus der Rechtsprechung des Bundesgerichts ergibt sich nichts anderes. So hat das Bundesgericht in einem Urteil vom 13. April 2005 nach Inkrafttreten des BGFA ausdrücklich Folgendes festgestellt:

«Die Zuständigkeit, die Voraussetzungen für den Erwerb des Rechtsanwaltspatents festzulegen, liegt auch unter der Herrschaft des eidgenössischen Anwaltsgesetzes (...) bei den Kantonen (Art. 3 Abs. 1 BGFA). Gleiches muss für den eigentlichen Patententzug gelten: Erfüllt ein Rechtsanwalt die gesetzlichen Voraussetzungen für die Berufsausübung nicht mehr und wird ihm deswegen das Patent entzogen, so dient diese Massnahme nicht der Disziplinierung des Fehlbaren, sondern dem Schutz der Rechtsuchenden (...).»³⁴

3. Diese Rechtsprechung hat das höchste Gericht in einem Urteil vom 30. Juni 2006 bestätigt. Wörtlich hielt es in diesem Entscheid fest:

«Beim Anwaltspatent handelt es sich um eine Polizeibewilligung, die bei fehlenden Voraussetzungen entzogen werden kann. (...) Das Bundesgericht hat in ständiger Praxis als mit der Wirtschaftsfreiheit vereinbar erklärt, dass die Kantone die Erteilung des Rechtsanwaltspatents und das Recht zur weiteren Berufsausübung von gewissen persönlichen Voraussetzungen des Bewerbers abhängig machen (...). Die Beschränkung des Zugangs zum Beruf des Rechtsanwalts auf vertrauenswürdige Kandidaten dient sowohl dem Schutz des rechtsuchenden Publikums als auch der Rechtspflege überhaupt und liegt mithin im öffentlichen Interesse (...). Gleiches gilt hinsichtlich des Patententzugs bei Rechtsanwälten, welche nicht mehr über die notwendigen persönlichen Voraussetzungen zur Berufsausübung verfügen. Ein gestützt auf entsprechende Umstände verfügter Entzug des Anwaltspatents hat – anders als Massnahmen, mit welchen ein Verstoß gegen die Berufsregeln gesühnt und der Betroffene spezialpräventiv von weiteren Verfehlungen abgehalten werden soll (...) – nicht Disziplinarcharakter, auch wenn er subjektiv so empfunden werden mag. Vielmehr dient ein Patententzug der Absicherung jener persönlichen Eigenschaften, über welche die Kandidaten bereits mit der Patenterteilung verfügen müssen, und bezweckt dergestalt den Schutz von Rechtsuchenden und Rechtspflege von berufsunwürdigen Personen (...).»³⁵

4. Die Meinung des Bundesgerichts entspricht im Übrigen auch der Lehre zum Anwaltsrecht, was die Ausführungen von François

Bohnet und Vincent Martenet in ihrem Grundlagenwerk über den Anwaltsberuf belegen. Sie sind ebenfalls der Auffassung, das kantonale Recht könne nicht nur die Erteilung, sondern auch den Entzug des Anwaltspatents regeln, ohne mit dem Bundesrecht in Konflikt zu kommen.³⁶

5. Beim Entzug des Anwaltspatents muss also, entsprechend der in der verwaltungsrechtlichen Literatur üblichen Unterteilung,³⁷ zwischen dem *administrativen Entzug* und dem *disziplinarischen* (befristeten oder dauernden) *Berufsausübungsverbot* unterschieden werden.

Für die Regelung des *administrativen Entzugs* sind auch nach dem Inkrafttreten des BGFA die Kantone zuständig.³⁸ Über das disziplinarische Berufsausübungsverbot hat der Bund im BGFA demgegenüber abschliessend legiferiert.³⁹ Hier haben die Kantone keine Kompetenz mehr für Änderungen oder Ergänzungen.

G. Regelung des MedBG als Beispiel

1. Dass im Zusammenhang mit der Bewilligung der Berufsausübung zwischen *administrativen Vorschriften* über die Bewilligung und deren Entzug einerseits und *disziplinarrechtlichen Vorschriften* über ein befristetes oder definitives Verbot der Berufsausübung andererseits unterschieden werden muss, belegt auch das neue Bundesgesetz über die universitären Medizinalberufe vom 23. Juni 2006 (Medizinalberufegesetz, MedBG):⁴⁰

2. Art. 34 MedBG regelt die *Bewilligungspflicht*, wonach es für die selbständige Ausübung eines universitären Medizinalberufs einer Bewilligung des Kantons bedarf, auf dessen Gebiet der Medizinalberuf ausgeübt wird. Art. 36 regelt die *Bewilligungsvoraussetzungen*. Danach muss der Gesuchsteller u.a. ein eidgenössisches Diplom besitzen, vertrauenswürdig sein sowie physisch und psychisch Gewähr für eine einwandfreie Berufsausübung bieten (Abs. 1 lit. a und b).⁴¹

Art. 37 regelt die *Einschränkungen der Bewilligung* und allfällige Auflagen und Art. 38 befasst sich mit dem *Entzug der Bewilligung*. Danach kann die Bewilligung entzogen werden, wenn

36 FRANÇOIS BOHNET/VINCENT MARTENET, a.a.O., N 573 ff.

37 Siehe TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, a.a.O., § 32 N 39 ff.; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, a.a.O., N 1191 ff. und 1219 ff.

38 Eine ausdrückliche gesetzliche Grundlage für den administrativen Entzug des Patents sehen schon heute die Kantone Appenzell Innerrhoden (Art. 13 Abs. 2 Anwaltsgesetz), Appenzell Ausserrhoden (Art. 13 Abs. 1 Anwaltsgesetz), St. Gallen (Art. 36 Anwaltsgesetz), Thurgau (Art. 14 Anwaltsgesetz) und Zürich (§ 6 Anwaltsgesetz) vor. Die Kantone Genf (Art. 5 Loi sur la profession d'avocat) und Tessin (Art. 1 Abs. 3 Legge sull'avvocatura) sehen in ihren Anwaltsgesetzen einen «Titelentzug» vor. In allen anderen Kantonen besteht soweit ersichtlich keine ausdrückliche gesetzliche Grundlage für einen administrativen Patententzug.

39 Siehe Botschaft BGFA, a.a.O., 6018, 6042 und 6058 ff.

40 SR 811.11. – Im MedBG hat der Bundesgesetzgeber von der ihm in Art. 95 Abs. 1 BV eingeräumten Kompetenz in Bezug auf die Medizinalpersonen umfassend Gebrauch gemacht und sowohl die Bewilligung und deren administrativen Entzug wie auch das disziplinarrechtliche Berufsverbot selbst geregelt.

41 Vgl. dazu eingehend JEAN-FRANÇOIS DUMOULIN in: Ariane Ayer/Ueli Kieser/Tomas Poledna/Dominique Sprumont (Hrsg.), Medizinalberufegesetz (MedBG), Kommentar, Basel 2009, Art. 36 N 8 ff.

33 Vgl. TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, a.a.O., § 32 N 44; vgl. auch HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, a.a.O., N 2553 und N 1144.

34 Urteil des Bundesgerichts vom 13. April 2005 (2P.274/2004) E. 1.

35 Urteil des Bundesgerichts vom 30. Juni 2006 (2P.159/2005) E. 3.2 und 3.3.

ihre Voraussetzungen nicht mehr erfüllt sind oder nachträglich Tatsachen festgestellt werden, aufgrund derer sie hätte verweigert werden müssen.⁴²

Ist eine Medizinalperson daher beispielsweise nicht mehr vertrauenswürdig im Sinne von Art. 36 Abs. 1 lit. b MedBG, wird ihr die Bewilligung gestützt auf Art. 38 entzogen.⁴³

3. Von diesen Bestimmungen über die Erteilung und den Entzug der Bewilligung unabhängig sind allfällige *Disziplinarmassnahmen* nach Art. 43 MedBG.⁴⁴ Danach kann die Aufsichtsbehörde bei Verletzung der Berufspflichten nach Art. 40 MedBG Disziplinarmassnahmen anordnen, die bis zu einem befristeten oder definitiven *Verbot der selbständigen Berufsausübung* gehen können (Art. 43 Abs. 1 lit. d und e).⁴⁵

III. Fazit

1. Das kantonale *Anwaltspatent* hat die Rechtsnatur einer *Polizeibewilligung*, auf deren Erteilung bei Erfüllung der fachlichen und persönlichen Voraussetzungen ein Rechtsanspruch besteht. Die Prüfung der fachlichen Kenntnisse ist lediglich eine von verschiedenen Voraussetzungen für die Erteilung.

42 Vgl. DUMOULIN, a.a.O., Art. 38 N 6 ff.

43 Vgl. DUMOULIN, a.a.O., Art. 38 N 9 ff.

44 Vgl. TOMAS POLEDNA, in: Ariane Ayer/Ueli Kieser/Tomas Poledna/Dominique Sprumont (Hrsg.), *Medizinalberufegesetz (MedBG), Kommentar*, Basel 2009, Art. 43 N 3.

45 Vgl. eingehend POLEDNA, a.a.O., Art. 43 N 17 ff.

2. Nach der Kompetenzverteilung, die im Bereich des Anwaltsrechts zwischen Bund und Kantonen gilt, sind die *Kantone befugt*, neben den vom Bundesrecht bestimmten fachlichen Voraussetzungen weitere *persönliche Voraussetzungen* für die Erteilung und den administrativen Entzug des Anwaltspatents zu regeln.

3. Der *administrative* Entzug des Anwaltspatents ist vom befristeten oder dauernden Berufsausübungsverbot aus *disziplinarischen* Gründen zu unterscheiden. Die Verhängung eines Berufsausübungsverbots im Disziplinarverfahren richtet sich nach den Vorgaben des BGFA. Im Disziplinarrecht haben die Kantone aufgrund der abschliessenden Regelung des BGFA keine Gesetzgebungskompetenz mehr.

4. Ein disziplinarrechtlich verfügbares Berufsausübungsverbot erfasst nur den vom BGFA geregelten Bereich der Anwaltstätigkeit, also nur die Vertretung von Parteien vor Gerichtsbehörden im Rahmen des Anwaltsmonopols.

Soll einem Anwalt auch die rechtsberatende Tätigkeit unter der mit dem Anwaltspatent verbundenen Berufsbezeichnung (Art. 11 BGFA) (in der Regel Rechtsanwalt) untersagt werden, muss ihm zusätzlich zur Verhängung des disziplinarischen Berufsausübungsverbots von der zuständigen kantonalen Behörde in einem *Administrativverfahren* das *Anwaltspatent entzogen* werden.

Die *Kantone* sind *befugt*, die Voraussetzungen für einen solchen Entzug wegen Wegfalls einer der persönlichen Voraussetzungen für die Erteilung des Patents *gesetzlich zu regeln*. ■

Jean-Tristan Michel*

Le secret professionnel de l'avocat et ses limites (2^{ème} partie)

Mots clés : art. 321 CP, art. 13 LLCA, secret professionnel, avocat, CPC fédéral, CPP fédéral, blanchiment d'argent, juristes d'entreprise

Cet article est la suite de celui paru dans le numéro du mois d'octobre.¹ Dans la première partie, l'auteur avait défini le cadre du secret professionnel, soit l'avocat, le secret et ce qu'était la profession d'avocat. Il aborde maintenant les limites de ce secret.

* MLaw, doctorant, assistant diplômé au CEDIDAC, Université de Lausanne. L'auteur tient à remercier ici Monsieur le Professeur Daniel Stoll, Professeur remplaçant à la Faculté de droit et des sciences criminelles de l'Université de Lausanne et premier substitut du Procureur du canton de Vaud, pour sa relecture attentive et ses précieux conseils ainsi que M. Pierre-François Vulliemin, assistant diplômé à l'Université de Lausanne, pour sa relecture et ses suggestions.

1 JEAN-TRISTAN MICHEL, Le secret professionnel de l'avocat et ses limites (1^{ère} partie), *Revue de l'Avocat* 10/2009, p. 499.

III. Les limites au secret professionnel à la lumière des récentes évolutions législatives et jurisprudentielles

Nous distinguerons deux types de limites au secret professionnel: celles prévues par l'art. 321 ch. 2 CP (1) et celles se situant dans le cadre d'une procédure pénale (2).

Il importe de rappeler, à titre préliminaire, qu'en cas de doute sur la qualification d'une activité de l'avocat, c'est le caractère atypique qui l'emporte.²

2 FRANÇOIS BOHNET/VINCENT MARTENET, *Le droit de la profession d'avocat*, Berne 2009, N 1831 et les réf.; voir également MICHEL (note 1), p. 501 s.

1. Les limites prévues par l'art. 321 ch. 2 CP

Elles sont au nombre de deux, il y a la levée du secret (a) et l'obligation de renseigner une autorité (b).

a) la levée du secret

Avant toute chose, il sied de rappeler que la levée du secret professionnel constitue «une atteinte à la sphère personnelle, c'est-à-dire une atteinte à des droits strictement personnels» du mandant;³ en conséquence, une telle levée ne doit pas être envisagée à la légère.⁴

La levée du secret peut être le fait du maître du secret (aa) ou le fait d'une autorité (bb). Nous étudierons également le secret professionnel de l'avocat dans le cadre des codes fédéraux de procédure pénale (cc) et civile (dd).

aa) le fait du maître du secret

Le devoir de garder le secret est, on l'a vu précédemment, dans l'intérêt du mandant⁵, raison pour laquelle cette infraction n'est poursuivie que sur plainte. Le maître du secret peut donc délier le professionnel de son secret, ce qui est prévu à l'art. 321 ch. 2 CP.

Dans ce cas, l'avocat doit informer le maître du secret des conséquences de la levée du secret.⁶ En tout état de cause, l'avocat ne peut, même dans ce cas, être forcé de divulguer le secret qui lui a été confié, raison pour laquelle le secret est qualifié d'absolu⁷, ce qui n'est pas le cas de toutes les autres professions visées à l'art. 321 CP.⁸

A titre d'exemple, certains codes de procédure cantonaux obligent le confident qui a été délié du secret à témoigner.⁹ Le secret est donc dit relatif dans ces cas puisque, une fois que son détenteur en a été délié, il ne peut le garder vis-à-vis de l'auto-

rité. D'autres codes¹⁰ ainsi que la pratique genevoise¹¹ laissent le confident libre de témoigner ou non, une fois qu'il est délié de son secret. D'autres législations¹², enfin, soumettent à condition la possibilité de refuser de témoigner dans ce cas.¹³

Pour ce qui est des juristes d'entreprise, l'AP-LJE¹⁴ est muet sur cette question. Le secret n'est donc pas absolu, puisque seule la loi peut lui conférer une telle force. De même, le rapport explicatif, malgré le grand nombre de parallèles tissés avec le secret professionnel des avocats, semble exclure un secret absolu.¹⁵

Toutefois, le Tribunal fédéral a précisé que l'avocat, comme tout contribuable, doit collaborer dans sa propre procédure de taxation fiscale, et le secret professionnel ne peut être un obstacle à son obligation de collaborer. L'autorité est donc tenue d'appliquer le principe de proportionnalité dans ses demandes à l'avocat, dès lors qu'on touche au domaine protégé par le secret.¹⁶

Le secret est dit relatif quand son détenteur peut, dans certains cas, être contraint de le livrer. Il est dit absolu quand il n'est pas possible, même avec l'accord du maître du secret, de contraindre le détenteur du secret à parler. Pour ce qui est de l'avocat, Corboz réserve le cas où celui-ci, une fois délié, se refuse à parler, agissant ainsi contre la volonté manifeste de son mandant, et sans que cette attitude trouve de justification. Il se demande si, dans ce cas, il ne faudrait pas envisager une responsabilité sur le plan civil.¹⁷

Le consentement du maître du secret n'est soumis à aucune forme et peut même être donné tacitement ou par actes conclusants¹⁸ (en rendant le fait public, par exemple)¹⁹, il peut également être donné *a posteriori*;²⁰ il suffit qu'il soit donné par le titulaire du droit au secret.²¹ Celui-ci est la personne qui a intérêt au maintien de l'information, par conséquent, il ne s'agit pas nécessairement de la personne qui a communiqué l'information à

3 JEAN-MARC REYMOND, Le secret professionnel de l'avocat dans les projets de Code de procédure pénale et civile suisses: un droit fondamental du justiciable en péril, *Revue de l'Avocat* 2007, p. 63, p. 63 et les réf. sous n. 2; v. ég. BOHNET/MARTENET (note 2), N 1874.

4 Cf. not. ATF 91 I 200 = JdT 1966 I 295, consid. 3 et les réf.; *plus récemment* ATF 130 II 193, consid. 4.2, 4.3 et 5; v. également le traitement restrictif d'éléments touchant au secret professionnel dans le cadre de la Loi fédérale du 6 octobre 2000 sur la surveillance de la correspondance par poste et télécommunication (LSCPT – RS 780.1), notamment l'art. 8 al. 3 LSCPT. A ce sujet, v. LAURENCE AELLEN/FRÉDÉRIC HAINARD, Secret professionnel et surveillance des télécommunications, in: *Jusletter* 23 mars 2009; v. ég. BOHNET/MARTENET (note 2), N 1880 s.

5 Voir MICHEL (note 1), p. 498; v. ég. BERNARD CORBOZ, Les infractions en droit suisse, Vol. II, Berne 2002, N 43 ad art. 321 CP.

6 BOHNET/MARTENET (note 2), N 1905 et les réf.

7 V. art. 13 al. 1 i.f. LLCA (Loi fédérale du 23 juin 2000 sur la libre circulation des avocats, RS 935.61); art. 15 Code de déontologie de la FSA du 10 juin 2005 (disponible sur le site de la FSA, rubrique FSA, Statuts/Code suisse de déontologie); GÉRARD PIQUERET, *Traité de procédure pénale suisse*, 2^{ème} éd. refondue et augmentée, Zurich 2006, N 770; BOHNET/MARTENET (note 2), N 1853. L'avocat ne peut, s'il choisit de témoigner, choisir de répondre seulement à certaines questions, présentant ainsi une vision déformée de la vérité. Il pourrait être poursuivi dans ce cas pour faux témoignage (v. BERNARD CORBOZ, Le secret professionnel de l'avocat selon l'art. 321 CP, *SJ* 1993, 77 (cité CORBOZ *SJ*), p. 95; v. ég. BOHNET/MARTENET [note 2], N 3193 s.).

8 En fait, ce n'est le cas d'aucune, à l'exception, controversée, des ecclésiastiques.

9 NE et TG.

10 AG, FR, JU, SG.

11 V. BJP 1979, N 839.

12 BE et SH.

13 A ce sujet, cf. PIQUERET (note 7), N 770.

14 L'avant-projet de Loi fédérale sur les juristes d'entreprise (cité AP-LJE) et le rapport explicatif l'accompagnant (cité rapport LJE) sont disponibles sur le site de l'Administration fédérale (rubrique Documentation, Consultation, Procédures de consultation et d'audition en cours).

15 V. rapport LJE (note 14), p. 6 s. et 20 s.

16 V. Arrêt 2A.247/2000 = ASA 71, 394. En l'espèce l'avocat invoquait le secret professionnel pour ne pas collaborer dans une procédure d'exemption de TVA (concernant des clients à l'étranger), donner le nom et l'adresse des mandants domiciliés à l'étranger n'avait pas été jugé disproportionné. Sur ce thème, v. PETER BÖCKLI, *Anwaltsgeheimnis und Fiskus im Rechtsstaat*, *SJZ* 76 (1980), p. 125; REYMOND (note 3), p. 63.

17 CORBOZ *SJ* (note 7), p. 93.

18 CORBOZ (note 5), N 48 ad art. 321 CP; v. ég. ATF 106 IV 133, consid. 3; ATF 98 IV 218, consid. 2 où il a été admis un consentement tacite parce que la révélation du secret a eu lieu en présence du détenteur du secret qui n'avait rien dit.

19 CORBOZ (note 5), N 43 ad art. 321 CP.

20 BOHNET/MARTENET (note 2), N 1908 et les réf.

21 ATF 97 II 369; ATF 75 IV 75, consid. 3. S'il y a plusieurs maîtres du secret, ils doivent tous donner leur accord: CORBOZ (note 5), N 46 ad art. 321 CP; STEPHAN TRECHSEL, *Schweizerisches Strafgesetzbuch, Kurzkommentar*, 2^{ème} éd., Zurich, N 26 ad art. 321 CP; MARC-ANTOINE SCHAFFNER, L'autorisation de révéler un secret professionnel, thèse, Lausanne 1952, p. 35; CORBOZ *SJ* (note 7), p. 92.

l'avocat.²² Le consentement peut porter sur une partie du secret, sur un cercle restreint de destinataires, sur le moment de l'information ou sur les circonstances.²³

C'est un droit strictement personnel²⁴ qui doit donc être exercé par la personne elle-même, même si elle est mineure (art. 14 CC *a contrario*) ou interdite (v. art. 17–19 CC), tant qu'elle est capable de discernement (art. 16 CC).²⁵ Si elle est incapable de discernement, une partie de la doctrine admet que le consentement puisse être donné par le représentant légal.²⁶ Nous sommes d'avis qu'en cas de conflit d'intérêt entre ceux du représentant légal et ceux de l'interdit ou incapable, la nomination d'un curateur *ad hoc* s'impose (art. 392 CC).²⁷

La question de l'opposabilité du secret professionnel aux héritiers du maître du secret est controversée.²⁸ Une partie de la doctrine estime que l'avocat n'est délié du secret vis-à-vis des héritiers du maître que si ces derniers y ont un intérêt patrimonial.²⁹ Selon Corboz³⁰, la question de l'opposabilité du secret professionnel aux héritiers du mandant, maître du secret, doit s'analyser de la même manière que la question concernant les mineurs et interdits incapables de discernement. Autrement dit, si le fait relève de la sphère intime du défunt, il est normal que l'avocat respecte la volonté légitime de son mandant de le cacher à ses héritiers. En revanche, dans le cas où les héritiers ont un intérêt légitime à connaître le secret (questions portant sur les actifs et passifs de la succession, par exemple), il pense que l'avocat peut communiquer l'information aux héritiers,³¹ sous réserve, selon nous, d'instructions explicites, allant en sens contraire, du défunt, auquel cas, l'intervention de l'autorité de surveillance s'impose pour délier l'avocat de son secret (art. 321 ch. 2 CP).

Dans une décision récente³², l'autorité de surveillance des avocats du canton de Neuchâtel a décidé qu'il était justifié de libérer l'avocat de son secret professionnel sur la question de l'existence, et le cas échéant du contenu, d'une disposition pour cause de mort, mais qu'il n'y avait aucune raison légitime à le faire pour que ledit avocat dise si le défunt voulait prendre des dispositions pour cause de mort, et le cas échéant dans quel sens, dès lors que, le droit successoral étant formaliste, des intentions qui ne sont concrétisées dans aucun document écrit sont sans pertinence.

bb) le fait d'une autorité

La requête tendant à libérer l'avocat du secret professionnel doit être adressée à l'autorité supérieure ou à l'autorité de surveillance³³ désignée par le droit public, compétente au lieu où l'avocat exerce son activité, et non au tribunal devant lequel l'avocat devrait déposer.³⁴ L'autorité doit rendre une décision écrite (art. 321 ch. 2 CP). Que l'avocat exerce dans un ou plusieurs cantons, pratique qui va sans doute s'amplifier avec l'unification des procédures actuellement en cours, ne change rien, l'autorité compétente *ratione loci* est celle du lieu où l'avocat est inscrit au registre prévu à l'art. 6 LLCA.³⁵

La Commission de surveillance ne peut libérer l'avocat qui lui en aura fait la demande³⁶ de son secret professionnel que lorsque cela paraît indispensable à la sauvegarde d'intérêts publics ou privés prépondérants.³⁷ Il n'y a d'intérêt supérieur que si le danger impérieux invoqué est impossible à détourner autrement et que l'intérêt menacé est plus précieux que l'intérêt au respect du secret professionnel.³⁸

L'autorité doit effectuer une pesée des intérêts, même si le mandant refuse de délier l'avocat de son secret,³⁹ au regard du cas concret, en tenant compte de l'objet de la révélation et du but recherché.⁴⁰ Par exemple, si un mandant lui demande répa-

22 ATF 97 II 370, en l'espèce, il s'agissait d'une constatation faite directement par le médecin, sans révélation de la part du patient.

23 Corboz (note 5), N 49 *ad* art. 321 CP; GÜNTHER STRATENWERTH, Schweizerisches Strafrecht, Kurzkommentar, Besonderer Teil II (Straftaten gegen Gemeininteressen), 5^{ème} éd., Berne 2000, § 59 N 22; JÖRG REHBERG, Strafrecht IV, Delikte gegen die Allgemeinheit, 2^{ème} éd., Zurich 1996, p. 438; TRECHSEL (note 21), N 26 *ad* art. 321 CP.

24 V. REYMOND (note 3), p. 63; BOHNET/MARTENET (note 2), N 1907. Sur la notion de droit strictement personnel, cf. HENRI DESCHENAUX/PAUL-HENRI STEINAUER, Personnes physiques et tutelle, 4^{ème} éd., Berne 2001, N 220.

25 Corboz (note 5), N 45 *ad* art. 321 CP; REHBERG (note 23), p. 438; TRECHSEL (note 21), N 6 *ad* art. 321 CP. Sur la capacité de discernement, v. DESCHENAUX/STEINAUER (note 24), N 68 ss.

26 REHBERG (note 23), p. 439; *plus nuancé*: Corboz (note 5), N 45 *ad* art. 321 CP, pense, et nous le rejoignons, que cette possibilité ne s'étend pas aux secrets appartenant à la sphère intime. *Contra*: BOHNET/MARTENET (note 2), N 1907.

27 Pour davantage de précisions sur ce type de curatelle, v. DESCHENAUX/STEINAUER (note 24), N 1096 ss.

28 A ce sujet, v. Corboz SJ (note 7), p. 92 et les réf.; ainsi que BOHNET/MARTENET (note 2), N 1910.

29 V. not. Corboz (note 5), N 45 *ad* art. 321 CP; TRECHSEL (note 21), N 26 *ad* art. 321 CP.

30 V. Corboz SJ (note 7), p. 92.

31 V. ég. JÖRG BOLL, Die Entbindung vom Arzt- und Anwaltsgeheimnis, thèse, Zurich 1983, p. 104; JEAN-JACQUES SCHWAAB, Devoirs de discrétion et obligation de témoigner et de produire des pièces, thèse, Lausanne 1976, p. 66; *contra*: PAUL WEGMANN, Handbuch über die Berufspflichten des Rechtsanwaltes im Kanton Zürich, Zurich 1988, p. 110, pense que seule l'autorité de surveillance peut délier l'avocat.

32 Autorité neuchâteloise de surveillance des avocates et des avocats, 24 septembre 2003, RJN 2005, 284, p. 299, IV, N 17.

33 Dans le canton de Vaud, il s'agit de la Chambre des avocats, instituée par les art. 9 ss de la Loi vaudoise sur la profession d'avocat du 24 septembre 2002 (LPAV VD – RSV 177.11), en application de l'art. 14 LLCA.

34 TRECHSEL (note 21), N 30 *ad* art. 321 CP; Corboz (note 5), N 53 *ad* art. 321 CP; BOHNET/MARTENET (note 2), N 1917 et les réf.

35 ERNST STAHELIN/CHRISTIAN OETIKER, N 12 *ad* art. 6 LLCA in: Walter Fellmann/Gaudenz Zindel (édit.), Kommentar zum Anwaltsgesetz, Zurich 2005, précisent que cette inscription n'est nécessaire qu'au lieu de l'étude principale de l'avocat en question, réglant ainsi toute question de for.

36 V. CHRISTIAN FAVRE/PATRICK STODMANN, Le secret professionnel de l'avocat et ses limites, in: L'avocat moderne, mélanges publiés par l'Ordre des Avocats Vaudois à l'occasion de son centenaire, François Chaudet/Olivier Rondoni (édit.), Bâle 1998, 301, p. 311, qui pensent que dans la pesée des intérêts, l'intérêt à la divulgation doit être interprété de manière restrictive.

37 BOHNET/MARTENET (note 2), N 1914 et les réf.

38 TA GE, 13 janvier 1982, SJ 1982, 185; pour une confirmation récente, v. Arrêt 2C_157/2008 ainsi que la note de FRANÇOIS BOHNET, Secret professionnel et honoraires de l'avocat, in: Push-Service des arrêts, 4 juin 2008; v. ég. BOHNET/MARTENET (note 2), N 1883 s.

39 OG AG, 8 novembre 1983, in: AGVE 1983, N 22.

40 Comm. Surv. des avocats ZH, 19 janvier 1982, ZR 1983, N 15; KG SZ, 23 juillet 1992, EGV 1992, N 35, en l'espèce, l'avocat avait été autorisé à produire un contrat de vente d'actions dans un procès civil, ayant été le conseil de l'acquéreur décédé.

ration en justice pour mauvaise exécution de son mandat, l'avocat doit être délié de son secret professionnel pour agir en sauvegarde de ses intérêts.⁴¹

Avant de délier un avocat de son secret, l'autorité de surveillance doit entendre l'avocat⁴² ainsi que le maître dudit secret.⁴³ Une fois délié, l'avocat doit agir avec circonspection: il ne peut révéler que les éléments indispensables à la défense des intérêts en jeu.⁴⁴

cc) dans le code de procédure pénale suisse

Tant l'avant-projet (art. 178)⁴⁵ que le projet (art. 168)⁴⁶ de Code de procédure pénale prévoyaient une diminution de la portée du secret professionnel, malgré une forte opposition rencontrée lors de la procédure de consultation.⁴⁷ En effet, ces deux textes proposaient d'obliger les avocats à témoigner s'ils sont déliés du secret professionnel. Selon l'avis du Conseil fédéral, il n'y avait pas de raison de tant protéger le secret professionnel des avocats, notamment par rapport aux autres professions visées à l'art. 321 CP, et il se justifiait donc de mettre ledit secret au même niveau que celui de ces autres professions⁴⁸, concrètement en imposant au détenteur du secret de parler s'il était délié.

Suite à des discussions passionnées au Parlement, le texte final du futur code de procédure pénale suisse⁴⁹ (art. 171) a été rectifié dans le sens d'un plus grand respect du secret que ce que prévoyait le projet. Une minorité du Parlement a vigoureusement plaidé en faveur du maintien du caractère absolu du secret, invoquant notamment la nécessité d'une relation de totale confiance entre l'avocat et son mandant pour pouvoir assurer une défense (principalement pénale) efficace et précisant qu'une telle confiance ne peut exister que si l'avocat assure son mandant d'une discrétion inconditionnelle.⁵⁰ Un autre argument qui fut invoqué est que la plupart des pays qui nous entourent connaissent également un secret professionnel absolu pour les avocats.⁵¹

Au final, le Code de procédure pénale fédérale dispose que les avocats et autres professions de l'art. 321 CP doivent témoigner s'ils ont été déliés du secret (al. 2), mais que «l'autorité pénale respecte le secret professionnel même si le détenteur en a été délié lorsque celui-ci rend vraisemblable que l'intérêt du maître au maintien du secret l'emporte sur l'intérêt à la manifestation de la vérité» (al. 3). Contre l'avis du Conseil fédéral, le Parlement a rajouté un art. 171 al. 4 CPP qui réserve la LLCA, le caractère absolu est donc maintenu pour les avocats.

dd) dans le code de procédure civile suisse

Paradoxalement, les choses ont été différentes pour le Code de procédure civile. En effet, l'avant-projet⁵² consacrait le caractère absolu du secret de l'avocat (art. 157 al. 1 let. b), de même que le projet⁵³ (art. 163 al. 1 let. b): dans les deux cas, même délié de l'obligation de garder le secret, l'avocat pouvait ne pas témoigner. Cet état de choses est maintenu dans le Code de procédure civile suisse (art. 166 al. 1 let. b CPC).⁵⁴

De plus, le Parlement a rectifié une erreur figurant dans le projet. En effet, l'art. 157 al. 1 let. b P-CPC faisait obligation aux parties et aux tiers de produire tous documents requis, sans autre précision, ce qui concernait également la correspondance entre l'avocat et son client, laquelle est protégée par le secret professionnel. L'art. 160 al. 1 let. b CPC corrige le tir en exceptant de l'obligation de produire la correspondance d'avocat.⁵⁵

b) l'obligation de renseigner une autorité

L'art. 321 ch. 3 CP dispose que tant le droit fédéral que le droit cantonal peuvent prévoir des cas où les professionnels visés par l'art. 321 ch. 1 CP sont obligés de renseigner une autorité; des exceptions, donc, au principe du secret absolu.⁵⁶ Trechsel en déduit que peut être prévue par la législation la faculté de renseigner l'autorité, ce qui nous semble logique.⁵⁷

Pour concilier le principe de la force dérogatoire du droit fédéral (art. 49 Cst.) et la faculté offerte au droit cantonal par l'art. 321 ch. 3 CP, la doctrine dominante considère que la législation cantonale peut déroger au principe du secret en se fondant sur la réserve de l'art. 321 ch. 3 CP uniquement si la disposition vise sans ambiguïté une ou les professions visées à l'art. 321 ch. 1 CP (et non toute la population) et si le do-

41 Comm. Surv. des avocats ZH, 17 février 1984, ZR 1987, N 18, p. 47; BJP 1992, N 229.

42 ATF 91 I 200, consid. 2.

43 TRECHSEL (note 21), N 31 *ad* art. 321 CP; REHBERG (note 23), p. 439; CORBOZ (note 5), N 54 *ad* art. 321 CP.

44 BOHNET/MARTENET (note 2), N 1914.

45 Le texte de l'avant-projet est disponible sur le site Internet de l'Office fédéral de la Justice (rubrique Thèmes, Sécurité, Législation).

46 Voir le texte du projet à la FF 2006 1373.

47 V. Synthèse des résultats de la procédure de consultation relative aux avant-projets de code de procédure pénale suisse et de loi fédérale régissant la procédure pénale applicable aux mineurs, OFJ, février 2003, p. 49 (ces résultats sont disponibles sur le site de l'Office fédéral de la Justice [rubrique Thème, Sécurité, Législation]); v. également la réaction de la FSA, Revue de l'Avocat, 2006, p. 275.

48 V. le Message relatif à l'unification de la procédure pénale du 21 décembre 2005, FF 2006 1057, p. 1181 ss.

49 Voir le texte final à la FF 2007 6583.

50 V. not. BO 2006 E 1019 s., intervention de MM. Fritz Schiesser et Rolf Schweiger; v. ég. BO 2007 N 962 s., intervention de Mme Isabelle Moret et de M. Luc Recordon.

51 V. not. BO 2007 N 962 s., intervention de Mme Isabelle Moret et de M. Luzi Stamm; v. ég. le rapide tour de la question par LAURENT MOREILLON/YVES BURNAND, L'avocat pénaliste peut-il cacher un dénonciateur?, in: L'avocat et le juge face au droit pénal, Mélanges offerts à Eric Stoudmann, Amédée Kasser/Mercedes Novier/Odile Pelet/Ralph Schlosser (édit.), Zurich 2005, p. 125, p. 127 ss et les nombreuses réf. en note; BOHNET/MARTENET (note 2), N 1791.

52 Le texte de l'avant-projet est disponible sur le site Internet de l'Office fédéral de la Justice (rubrique Thèmes, Etat & Citoyen, Législation).

53 Voir le texte du projet à la FF 2006 1373, p. 7019.

54 Voir le texte final à la FF 2009 21.

55 MOREILLON/BURNAND (note 51), p. 130, penchent également pour le droit de refuser la production de pièces dès lors qu'une telle production entraînerait une violation du secret professionnel, se fiant notamment au fait que le client doit pouvoir compter sur l'entière discrétion de son avocat (v. ég. ATF 112 Ib 606 = JdT 1966 I 295, consid. 3).

56 V. ATF 91 I 200, sur l'admissibilité d'une disposition cantonale faisant obligation aux avocats de témoigner. Cette jurisprudence est désormais sans objet, vu l'art. 13 al. 1 LLCA qui prévoit que l'avocat n'est pas obligé de parler, même délié du secret.

57 TRECHSEL (note 21), N 35 *ad* art. 321 CP.

maine est limité (et non dans tous les domaines, de façon générale).⁵⁸

Le Tribunal fédéral⁵⁹ a jugé que celui qui se borne à livrer des secrets en vertu d'une norme impérative n'est pas punissable, il a également estimé que l'art. 321 ch. 3 CP rappelait que le devoir de témoigner et de produire des pièces relève de la procédure cantonale.

L'art. 321 ch. 3 CP trouve application essentiellement dans le domaine médical.⁶⁰ Concernant spécifiquement les avocats, il n'y a guère que l'art. 364 CP (droit d'aviser si des infractions sont commises à l'encontre de mineurs) qui prévoit une possibilité de dénoncer pour les avocats, et encore, les cas doivent être rares, ce genre de problèmes se posant davantage au médecin ou à l'ecclésiastique, pour ne rester que dans le cadre des professions visées à l'art. 321 CP. L'unique exception s'explique par le fait, déjà mentionné, que le secret professionnel de l'avocat est encore un secret absolu.

La LBA^{61/62} impose un certain nombre d'obligations⁶³ aux personnes agissant comme intermédiaires financiers, donc, dans certains cas, les avocats⁶⁴, ayant pour corollaire une obligation de communiquer (art. 9 LBA).⁶⁵ La *ratio legis* de cette norme est la lutte contre le blanchiment d'argent, il s'agit d'imposer notamment à ces intermédiaires financiers la vérification de l'identité du cocontractant et l'identification de l'ayant droit économique, ainsi que l'obligation de renseigner les autorités en cas de soupçon fondé.

On revient ici sur la problématique développée en première partie de notre article⁶⁶ de la distinction entre l'activité typique et atypique de l'avocat. En effet, le secret professionnel des avocats ne couvre que les faits propres à leur activité spécifique, à l'exception de ceux ayant trait à leur activité commerciale (ou atypique) qui, eux, tombent sous le coup de l'obligation de communiquer prévue à l'art. 9 LBA.⁶⁷ Et tracer cette ligne de démarcation est crucial puisque c'est cette opération qui permettra à

l'avocat de déterminer s'il doit communiquer et surtout ce qu'il doit communiquer.⁶⁸

Il ne s'agit donc aucunement, selon nous, d'une exception au secret dans la mesure où les faits relevant de l'activité typique de l'avocat sont protégés par l'art. 321 CP et ne peuvent être concernés par l'art. 9 LBA.

2. Les limites posées par la procédure pénale dans le cadre d'un procès

C'est dans le cadre du procès pénal que la délimitation du secret professionnel, tant de son contenu que de ses limites, joue un rôle prépondérant. En effet, c'est surtout dans ce contexte que la levée du secret sera le plus souvent sollicitée. Dans ce domaine, il faut distinguer la procédure pénale dirigée contre le mandant (a) de l'avocat de celle dirigée contre l'avocat lui-même (b).

a) en cas de procédure dirigée contre le mandant

L'avocat étant tenu par l'art. 321 CP, il a interdiction de révéler à quiconque les secrets reçus dans le cadre de ses fonctions.⁶⁹ Cette interdiction a pour conséquence que tant qu'une loi ne l'oblige pas expressément à témoigner, il doit refuser de parler.⁷⁰ Il peut également refuser s'il a été délié du secret professionnel.⁷¹ C'est la conséquence du caractère absolu du secret professionnel. Concrètement, cela signifie que la correspondance entre l'avocat et son mandant est secrète, ainsi que tout le contenu du dossier de l'avocat (projets, notes, etc.) qu'il en ait la maîtrise (au sens des droits réels) ou non.⁷² Toutefois, cette protection *de facto* instaurée par l'art. 321 CP a des limites. En effet, il a été jugé que le secret professionnel ne couvrirait pas les documents que le mandant, un détenu en l'espèce, transmettait à un tiers par le biais de son avocat à l'insu de celui-ci.⁷³

La jurisprudence a également décidé, tout récemment, que l'avocat ne peut pas toujours invoquer le secret professionnel.⁷⁴ En l'espèce, l'avocat avait reçu de bonne foi une provision de son mandant, provision qui était le produit d'une infraction. Pour échapper à la confiscation de toute la provision⁷⁵, l'avocat devait indiquer quelles étaient les prestations qu'il avait accomplies avant le moment où il savait ou aurait dû savoir que l'ar-

58 Cf. CORBOZ (note 5), N 62 *ad* art. 321 CP; STRATENWERTH (note 23), § 59 N 24 et les réf.; REHBERG (note 23), p. 435 s.; TRECHSEL (note 21), N 25 *ad* art. 321 CP ainsi que, implicitement, ATF 91 I 203, consid. 1 et ATF 74 I 144, cons. b.

59 Arrêt 1P.460/95, consid. 3.

60 Cf. p.ex. art. 321bis CP, art. 14 al. 4 LCR et art. 15 al. 1 LStup.

61 Loi fédérale du 10 octobre 1997 concernant la lutte contre le blanchiment d'argent et le financement du terrorisme dans le secteur financier, RS 955.0

62 FAVRE/STOUDMANN (note 36), p. 309, rattachent l'art. 9 LBA à l'art. 321 ch. 3 CP.

63 Cf. art. 3-8 LBA.

64 Sur les obligations de l'avocat agissant comme intermédiaire financier, v. PHILIPPE RICHARD, L'avocat face au blanchiment d'argent, in: Défis de l'avocat au XXI^e siècle, Mélanges en l'honneur de Madame le Bâtonnier Dominique Burger, Vincent Jeanneret/Olivier Hari (édit.), Genève 2008, p. 277 ss.

65 Pour un développement plus complet de la problématique, v. FAVRE/STOUDMANN (note 36), p. 307 ss; BOHNET/MARTENET (note 2), N 1828 s. et les réf.; v. ég. MOREILLON/BURNAND (note 51), p. 132 ss pour le droit européen. V. ég. la réserve de l'art. 9 al. 2 LBA qui dispense les avocats de communiquer dans la mesure où ils sont astreints au secret professionnel.

66 Voir MICHEL (note 1), p. 501 s.

67 ATF 132 II 103, consid. 2.

68 A ce sujet, v. DIDIER DE MONTMOLLIN, Les obligations de l'avocat en rapport avec la réglementation anti-blanchiment, in: Défis de l'avocat au XXI^e siècle, Mélanges en l'honneur de Madame le Bâtonnier Dominique Burger, Vincent Jeanneret/Olivier Hari (édit.), Genève 2008, p. 465 s. et 486; v. ég. les exemples donnés par RICHARD (note 64), p. 271.

69 PIQUEREZ (note 7), N 761; MICHEL (note 1), p. 500.

70 PIQUEREZ (note 7), N 769 et les réf.; MICHEL (note 1), p. 500 s. et les réf.; v. ég. supra, III.1.aa et bb et les réf.

71 V. art. 13 al. 1 LLCA et PIQUEREZ (note 7), N 770; v. ég. supra, III.1.aa et bb et les réf.

72 Cf. ATF 117 Ia 348 (au sujet de cet ATF, v. MICHEL [note 1], p. 500, n. 46); cf. ég. supra, III.1.a.dd.

73 ATF 102 IV 210, consid. 4. A noter que la solution aurait été fort probablement la même si l'avocat avait su, étant donné que cela ne rentre pas dans le cadre de son activité typique...

74 Arrêt du TF du 5 mai 2006, in: SJ 2006 I 489.

75 Sur les conditions de la confiscation, not. sur l'existence du rapport de connexité entre l'infraction et les valeurs patrimoniales, v. PIQUEREZ (note 7), N 933.

gent de la provision reçue provenait d'une infraction. Il ne pouvait, dans ce cas, se réfugier derrière son secret professionnel pour éviter la confiscation de tout ou partie de cette somme.⁷⁶

Il nous semble que, par cette jurisprudence, le Tribunal fédéral a ouvert la boîte de Pandore, sans s'en douter. En effet, la conséquence de cette confiscation est que l'avocat n'est plus seulement le mandataire du prévenu, il devient également tiers concerné par la confiscation et, à ce titre, devient partie à la procédure, et ce dès la saisie provisoire ordonnée lors de la procédure d'enquête.⁷⁷ Ceci a pour conséquence qu'il a les mêmes droits que le prévenu⁷⁸, notamment le droit de recourir contre la décision prononçant la mesure.⁷⁹

De plus, et c'est selon nous le principal problème de cet arrêt, en reprenant le cas de l'arrêt susmentionné mais en admettant que la justice n'intervienne pas, un certain nombre de problèmes se posent dont les solutions sont loin d'être évidentes, à considérer qu'elles existent. En premier lieu se pose la question de savoir ce que l'avocat doit faire de l'argent qu'il n'a pas encore utilisé. Dénoncer son mandant au ministère public et laisser celui-ci confisquer l'argent serait une violation crasse de son obligation de garder le secret, une telle solution est donc exclue d'emblée. Doit-il demander une nouvelle provision à son mandant ou révoquer le mandat?

Quelle que soit la réponse apportée à cette question, l'avocat ne peut rendre l'argent à son mandant ni en jouir sous peine de se voir poursuivi pour blanchiment d'argent au sens de l'art. 305^{bis} CP.⁸⁰ Ainsi coincé entre le marteau et l'enclume, entre les art. 305^{bis} et 321 CP, il peut toujours, évidemment, faire celui qui ne sait pas, partant du principe qu'il sera difficile à la justice de prouver qu'il savait ou aurait dû savoir que l'argent provenait d'une infraction. Mais cela reste bien évidemment risqué, l'arrêt susmentionné est là pour le prouver.

Une possibilité pour l'avocat serait de consigner l'argent, en tout cas la fraction correspondant à ce qu'il ne peut plus utiliser vu qu'il sait qu'elle provient d'une infraction, et de demander, par le biais de l'autorité de surveillance, à être relevé de son secret professionnel afin de pouvoir dénoncer ladite infraction. Si cette solution semble tenir la route juridiquement, il est aisé d'imaginer que les avocats ne l'aimeront vraisemblablement

pas. En effet, un tel comportement ruinerait la confiance des justiciables en leur avocat et, par là, serait préjudiciable au bon fonctionnement de la justice, ce qui est l'un des fondements du secret professionnel de l'avocat.⁸¹

La seule solution qui semble envisageable serait la consignation de ladite somme d'argent en attendant la possible intervention de la justice; mais dans ce cas, l'avocat ne se rend-il pas coupable de recel?⁸²

Il convient de mentionner ici l'intéressante solution que propose l'*American Bar Association* dans ses règles et usances. En cas de faits graves ou d'aveux du client de l'avocat, ce dernier doit:

- dissuader le client de conforter le juge dans la conviction qu'il pourrait être innocent;
- si le client persiste, résilier le mandat;
- s'il n'est plus possible de résilier le mandat, s'engager à ne pas poser de questions directes à son client à l'audience et laisser ce dernier donner des explications au juge;
- si le client a été innocenté, l'inviter à se rétracter.⁸³

Devant une aussi épineuse question, il nous reste à souhaiter que ce ne sont qu'élucubrations de théoricien et qu'aucun praticien ne se retrouvera dans cette délicate situation dont une réponse qui soit satisfaisante nous échappe encore.

b) en cas de procédure dirigée contre l'avocat lui-même

Le but de l'art. 321 CP n'est bien évidemment pas de permettre aux personnes visées, concrètement à l'avocat, d'échapper à leur responsabilité pénale. Il ne peut donc, en conséquence, se prévaloir du secret s'il est lui-même soupçonné ou accusé d'avoir commis une infraction.⁸⁴

On retrouve ici la problématique souvent évoquée au long de cette étude, notamment en première partie⁸⁵, s'agissant de la distinction entre activité typique et atypique de l'avocat. Dans le cadre de l'enquête et du procès, après avoir identifié les documents couverts par le secret professionnel, le Tribunal fédéral impose au parquet une pesée des intérêts pour évaluer si et dans quelle mesure le secret professionnel est opposable. Il n'exclut pas que le secret puisse être levé, même en cas d'infraction bénigne.⁸⁶

Dans un arrêt récent,⁸⁷ le Tribunal fédéral a eu l'occasion de se pencher plus précisément sur la question. En l'espèce, l'Administration fédérale des contributions (ci-après, AFC) avait

76 V. MOREILLON/BURNAND (note 51), p. 137. Une affaire similaire a été tranchée par la Cour constitutionnelle allemande, laquelle a retenu une solution proche de l'ATF susmentionné (note 74): l'avocat ne peut accepter les fonds s'il connaît leur origine illicite, et il a l'obligation de vérifier l'origine des sommes qui lui sont versées à titre d'honoraires. Et, tout comme le TF, le BVerG allemand évite de trancher la question centrale: que doit faire l'avocat lorsqu'il se rend compte de l'origine illicite des fonds en cours de procédure?

77 Piquerez (note 7), N 933.

78 Ceci est vrai notamment en matière de confiscation, PIQUEREZ (note 7), N 933, et les réf. à la n. 1388.

79 Et il se pose dès lors la question de l'indépendance de l'avocat. Peut-il être encore indépendant s'il devient partie à la procédure dirigée contre son client? Il nous semble que la réponse est négative (v. not. art. 10 et 11 ss Code suisse de déontologie (note 7) et art. 2.1.1 du Code de déontologie des avocats de l'UE du 28 octobre 1988 (disponible sur le site du Conseil des barreaux européens (CCBE), rubrique Documents).

80 Sur les conditions du blanchiment d'argent, v. not. CORBOZ (note 5), ad art. 305^{bis} CP.

81 V. MICHEL (note 1), p. 498. Ce fondement est écorné dans certains pays comme l'Allemagne, le Royaume-Uni, la France et les Etats-Unis, qui prévoient des cas où l'avocat doit dénoncer. Voir la présentation de ces législations par MOREILLON/BURNAND (note 51), p. 137 s. et 139 s.

82 Nous laissons volontairement de côté cette épineuse question.

83 Pour davantage de détails, v. MEREDITH BLAKE/ANDREW ASHWORTH, *Some ethical issues in prosecuting and defending criminal cases*, *Criminal Law Review* (1998), p. 21 et les réf. (mentionnés par MOREILLON/BURNAND [note 51], n. 12).

84 ATF 117 la 350, consid. 6a/cc; ATF 106 IV 424, cons. c; ATF 102 IV 210, consid. 4a; ATF 101 la 10, consid. 5a et les réf. citées (concerne un médecin).

85 MICHEL (note 1), p. 501 s. et les réf.

86 ATF 102 et 101 précités (note 84).

87 ATF 132 IV 63.

ouvert une enquête fiscale contre une étude d'avocats et notaires de Lugano. Un des associés de l'étude était suspecté d'avoir commis de graves infractions fiscales en ne déclarant pas une part importante de ses revenus imposables, et en recourant à des comptes non déclarés et à des sociétés de type *off-shore*. Il s'en est suivi une perquisition de la Division des enquêtes spéciales de l'AFC au cours de laquelle des documents informatiques et papier ont été saisis, séquestrés et mis sous scellés. La saisie avait pour but de contrôler le mode de facturation et le montant des revenus de l'associé poursuivi.

Ultérieurement, l'AFC a présenté à la Cour des plaintes du Tribunal pénal fédéral une requête de levée des scellées apposées sur les documents papier et les supports informatiques séquestrés. La Cour a accueilli la requête mais en y posant une condition, il fallait, pour respecter le secret professionnel, procéder en trois phases:

1. séparer les documents nécessaires à l'enquête des autres;
2. distinguer, parmi ceux nécessaires à l'enquête, ceux couverts par le secret professionnel des autres;
3. dans les documents utiles à l'enquête et couverts par le secret, codifier ou caviarder les noms des clients, en faisant appel, si besoin est, à un expert externe. Dans le cas d'espèce, la Cour des plaintes avait précisé qu'elle effectuerait elle-même cette opération en trois étapes, mais sans exclure le recours à un expert externe.⁸⁸

L'enquête portait sur des infractions à la LIFD⁸⁹, mais ni celle-ci ni la DPA^{90/91} ne prévoient une telle mesure.⁹² Pour justifier cette solution, tant la Cour des plaintes du Tribunal pénal fédéral que le Tribunal fédéral statuant sur recours ont rappelé que «les clients ont droit à la protection de leur identité, dans la mesure où leur révélation n'est pas nécessaire aux fins de l'enquête fiscale».⁹³

On l'a vu, la première de ces conditions était déjà imposée par la jurisprudence antérieure. Cette opération en trois phases est donc conforme à la jurisprudence,⁹⁴ qu'elle précise, et sur-

tout, c'est le point le plus important, à l'intérêt des mandants de l'avocat poursuivi.⁹⁵

Ce sont donc les conditions 2 et 3 qui, étant nouvelles, importent. Avec cette nouvelle jurisprudence, le Tribunal fédéral veut renforcer le secret professionnel. En effet, grâce à cette procédure de caviardage de noms, seul celui qui est responsable de cette opération pourra avoir accès à la totalité du dossier de l'avocat, donc à ce qui est protégé par le secret professionnel.

Le Tribunal fédéral n'aborde pas ce problème dans l'arrêt, mais il nous semble que cet expert auquel notre Haute Cour fait allusion, si c'est un magistrat, serait tenu par le secret de fonction de l'art. 320 CP, qui est aussi strict que le secret professionnel. Si c'est un expert externe qui est appelé pour cette procédure, nous pensons qu'il serait également tenu par le secret de fonction.

En effet, selon l'art. 320 CP, est tenu par le secret de fonction, celui qui se verra confier un secret en sa qualité de membre d'une autorité ou de fonctionnaire, ou dont il avait eu connaissance à raison de sa charge ou de son emploi. Le fonctionnaire ou membre d'une autorité est défini par l'art. 110 al. 3 CP.⁹⁶ Corboz précise qu'il faut que la personne en question soit au service d'une administration publique ou de la justice, mais qu'il importe peu que son engagement soit durable ou temporaire, définitif ou provisoire.⁹⁷

Une solution assez logique, au fond, serait que cet «expert externe» soit le bâtonnier, cela rentre parfaitement dans son rôle, ou un confrère d'un autre canton, mesure propre à éviter la partialité d'un confrère qui connaîtrait très bien l'avocat concerné.

Dans un cas comme dans l'autre, la personnalité des mandants de l'avocat poursuivi est ainsi protégée.

IV. Conclusion

Les condamnations pénales prononcées en vertu de l'art. 321 ch. 1 CP concernant les avocats sont rares, la jurisprudence ayant surtout trait à la question de savoir si le secret professionnel s'oppose ou non à une mesure ou à l'utilisation d'une pièce dans le cadre d'une procédure pénale.

On peut y voir la volonté d'une conservation rigoureuse du secret professionnel. Et c'est heureux ainsi car les avocats poursuivront continuer à bénéficier de la présomption de probité qui leur est reconnue.⁹⁸ Cela leur permettra de remplir leur fonction de défenseur au mieux, soutenus qu'ils sont par la jurisprudence du Tribunal fédéral. ■

88 V. ATF 132 IV 63, consid. 4.3, traduction libre de l'auteur.

89 Loi fédérale du 14 décembre 1990 sur l'impôt fédéral direct, RS 642.11.

90 Loi fédérale du 22 mars 1974 sur le droit pénal administratif, RS 313.0.

91 L'art. 50 DPA (perquisition visant des papiers) se borne à rappeler que les perquisitions doivent sauvegarder les secrets confiés aux avocats (v. p.ex. BOHNET/MARTENET [note 2], N 1887).

92 La LTVA prévoit, quant à elle, une procédure semblable à son art. 57 al. 2: l'avocat caviarde puis transmet à l'administration; le recours à un organe de contrôle est prévu (en l'occurrence le président du Tribunal administratif fédéral). La LSCPT prévoit également une procédure de contrôle afin d'éviter que le secret professionnel ne soit violé (v. art. 8 al. 3 et 4 LSCPT ainsi que AELLEN/HAINARD [note 4], not. Rz 15).

93 ATF 132 IV 63, consid. 4.1, traduction libre de l'auteur. Sur la question de la proportionnalité dans ce cas précis, v. p.ex. Cour EDH, Niemietz c. Allemagne du 16 décembre 1992, Série A, vol. 251-B, § 29 ss et les réf.; v. ég ATF 1P.249/2002, consid. 3.4.1.

94 V. Arrêt 8G.35/1999, consid. 6e.

95 V. ATF 132 IV 63, consid. 4.6. Cf. ég. NIKLAUS OBERHOLZER, N 22 ad art. 321 CP, in: Basler Kommentar, Strafrecht II, Hans Wiprächtiger/Marcel Alexander Niggli (édit.), 2^{ème} éd., Bâle 2007; TRECHSEL (note 21), N 34 ad art. 321 CP.

96 Cf. CORBOZ (note 5), N 8 ad art. 320 CP.

97 Cf. CORBOZ (note 5), N 8 ad art. 320 CP.

98 V. FAVRE/STOUDMANN (note 36), p. 305 s.

Francesco Naef*

SchKG und LugÜ: «Candide» im Bundeshaus?

Stichworte: Zwangsvollstreckung, Urteile, Sicherungsmassnahmen, Lugano-Übereinkommen

I. Einleitung

Der Bundesrat nimmt die Ratifizierung des revidierten Übereinkommens von Lugano über die gerichtliche Zuständigkeit, die Anerkennung und die Vollstreckung gerichtlicher Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen (revLugÜ) zum Anlass, um punktuelle Anpassungen des Bundesgesetzes über Schuldbetreibung und Konkurs (SchKG) und der künftigen schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO) vorzuschlagen. Mit den vorgeschlagenen Anpassungen sollen die vom revLugÜ gewollte Wirksamkeit, Beschleunigung und Vereinfachung des Vollstreckungsverfahrens durchgesetzt und gleichzeitig auch die Vollstreckung schweizerischer Geldurteile verbessert werden. Im Wesentlichen will der Bundesrat dieses Ziel mit der Einführung eines neuen Arrestgrundes im SchKG erreichen.¹

Es ist aber naiv zu glauben, dieses Ziel lasse sich mit einem solchen Vorschlag erreichen. Der Arrest ist eine ineffiziente Sicherungsmassnahme und bringt eine Erschwerung (und keine Vereinfachung) des Verfahrens mit sich. Die Umsetzung der provisorischen Pfändung (heute Art. 83 Abs. 1 SchKG) als revLugÜ-konformes Sicherungsmittel wäre vorzuziehen.

II. Der Arrest bewirkt keine Beschleunigung, sondern die Erschwerung des Verfahrens

Die Arrest-Lösung bringt die *Gliederung des Verfahrens in zwei Teile* mit sich: zuerst die Vollstreckungszulassung (exequatur) und dann die eigentliche Zwangsvollstreckung. Im Gegenteil werden gemäss schweizerischer Rechtstradition ausländische Urteile für Geldforderungen im gewöhnlichen Betreibungsverfahren vollstreckt. Sofern ein gegenseitiger Staatsvertrag besteht, bedarf es keines separaten Gestaltungsaktes, der die Vollstreckbarkeit für die Schweiz gewährt, weil die Vollstreckbarkeit des ausländischen Entscheids vorfrageweise im definitiven Rechtsöffnungsverfahren geprüft wird.² Vollstreckungszulassung und Zwangsvollstreckung sind *in einem einzigen Verfahren* integriert, was dieses Verfahren zweifellos einfacher und schneller macht.

Die Arrest-Lösung kann den Gläubiger zu folgenden Verfahren zwingen: (1) Arrest/Vollstreckbarerklärung, (2) Arresteinsprache, (3) Beschwerde an das obere kantonale Gericht, (4) Be-

schwerde an das Bundesgericht, (5) Zahlungsbefehl und dann) Rechtsöffnung, (6) Beschwerde (Art. 319 ZPO), (7) Beschwerde an das Bundesgericht. Der Gläubiger benötigt *sieben Gerichtsentscheide*, bis er zu seinem Geld kommt! Dagegen braucht der Gläubiger im gewöhnlichen Betreibungssystem höchstens *drei Gerichtsentscheide* (Rechtsöffnung, Beschwerde, Beschwerde an das Bundesgericht).

III. Der Arrest gewährt dem Gläubiger uneffektiven Rechtsschutz

Der Arrest wird nur bewilligt, wenn der Gläubiger *glaubhaft macht*, dass Vermögensgegenstände vorhanden sind, die dem Schuldner gehören (Art. 272 Abs. 1 N. 3 SchKG);³ im Gegensatz zur Pfändung ist es beim Arrest Sache des Gläubigers, die mit Beschlag zu belegenden *Gegenstände zu bezeichnen*, und die Rechtsprechung ist in diesem Punkt nicht gläubigerfreundlich.⁴ Diese Pflicht (die jedenfalls mit dem bedingungslosen Sicherungsmittel von Art. 47 revLugÜ unvereinbar ist⁵) kann ein *praktisch unüberwindliches Hindernis* für den Gläubiger darstellen, insbesondere in der Schweiz: Steuergeheimnis, keine Veröffentlichungspflicht der Jahresbilanzen von Unternehmen, und föderalistische Struktur (d.h. – zum Beispiel – das Fehlen eines zentralisierten, elektronisch gespeicherten Grundbuchs) *verunmöglichen* dem Gläubiger oftmals eine effektive Entdeckung der Vermögensgegenstände des Schuldners.

Der Arrestvollzug ist in *sachlicher* Hinsicht sehr eingeschränkt: Gegenstand des Arrestvollzuges dürfen *nur diejenigen Vermögenswerte* sein, die im Arrestbefehl bezeichnet sind. Einerseits darf der Vollzugsbeamte nicht nach *weiteren Vermögensgegenständen* suchen; andererseits ist der Schuldner nicht verpflichtet, über alle seine weiteren Vermögenswerte *Auskunft* zu geben.⁶

Im vorgeschlagenen System sollte somit der Gläubiger eines vollstreckbaren Urteils sich nur mit der Beschlagnahme *eines Teils* der Vermögenswerte seines Schuldners begnügen und warten, bis der Schuldner seine weiteren Vermögensstücke während der Dauer des Verfahrens (7 Gerichtsentscheide!) beiseite geschafft hat. Kann man ernsthaft behaupten, die vorgeschlagene Anpassung des SchKG an das LugÜ sei ein rasches, einfaches

* Lic. iur., avvocato e notaio, CSNLAW® Studio legale e notarile, Lugano.

1 Botschaft des Bundesrates vom 18. Februar 2009 zum Bundesbeschluss über die Genehmigung und die Umsetzung des revidierten Übereinkommens von Lugano über die gerichtliche Zuständigkeit, die Anerkennung und die Vollstreckung gerichtlicher Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen, BBl 2009, S. 1784, 1808.

2 BGE 35 I 459 Erw. 2.

3 Die (in diesem Punkt nicht sehr verständliche) bundesrätliche Botschaft verweist auf die bisherige Rechtsprechung und Praxis zum Arrest, BBl 2009 S. 1823.

4 BGE 130 III 579.

5 FRANCESCO NAEF, Die Anpassung des SchKG an das revidierte LugÜ, in: Jusletter 27. Oktober 2008, Rz. 7 mit Verw.

6 BGE 130 III 579 Erw. 2.2.3; Urteil des Bundesgerichts 5P.256/2006 vom 4. 10. 2006 Erw. 2.4.

und effizientes Verfahren zur Vollstreckung ausländischer und inländischer Urteile?

IV. Die provisorische Pfändung/Güterverzeichnis wäre die perfekte Lösung

Das Bundesrat ist sich bewusst, dass die provisorische Pfändung ein sehr viel effektiveres Sicherungsmittel wäre, mutmasste aber, dass sich eine Anpassung dieses Sicherungsmittels an die Vorgaben des revLugÜ nur mit schwerwiegenden Eingriffen in das Einleitungsverfahren des SchKG verwirklichen liesse.⁷

Das ist nicht wahr.

Es genügt, die provisorische Pfändung/Güterverzeichnis (Art. 83 Abs. 1 SchKG) als revLugÜ-konformes Sicherungsmittel umzusetzen, wie Prof. Pierre-Robert Gilliéron seit 15 Jahren⁸ vorschlägt.⁹ Dafür braucht man nicht auf das Einleitungsverfahren zu verzichten, sondern man sollte einfach Zahlungsbefehl

und (provisorische) Pfändung dem Schuldner *gleichzeitig* zustellen können, um den Überraschungseffekt zu gewährleisten.

Mit diesem System kann der über einen definitiven Rechtsöffnungstitel verfügende Vollstreckungsgläubiger direkt (d.h. *ohne richterliche Ermächtigung*) beim Betreibungsamt (zugleich mit dem Betreibungsbegehren) provisorische Pfändung bzw. Aufnahme des Güterverzeichnisses beantragen. Das Betreibungsamt nimmt diese unverzüglich vor und stellt dem Schuldner erst anschliessend den Zahlungsbefehl zu. Erhebt dieser Rechtsvorschlag, ist der Gläubiger zu dessen Beseitigung auf das definitive Rechtsöffnungsverfahren verwiesen, währenddem die Vollstreckbarkeit des ausländischen Entscheids *vorfrageweise* geprüft wird.¹⁰ Erhebt der Schuldner keinen Rechtsvorschlag oder wird dieser im Rechtsöffnungsverfahren beseitigt, werden Pfändung und Güterverzeichnis definitiv, und das Betreibungsverfahren kann fortgesetzt werden.

Kurz gesagt: Der Überraschungs- und Sicherungseffekt wird schon vor der (vorfrageweise) Vollstreckbarerklärung erreicht, wie es der neue Art. 47 Abs 1 revLugÜ erlaubt.

1. Keine revolutionäre Massnahme

a) Historische Grundlage

Seit Ende des Mittelalters war im deutschen Rechtskreis eine ähnliche provisorische Pfandbestellung bekannt, die gleichzeitig mit der Zahlungsaufforderung (d.h. zu Beginn des Verfahrens) vollzogen wurde. Sie war als «Anpfändung» oder «Schätzungsankündigung» (z.B. in Appenzell-Innerrhoden) bekannt und bewirkte eine Verfügungsbeschränkung des Schuldners.¹¹ Der schuldnerische Widerspruch (Rechtsvorschlag) bewirkte seinerseits, dass die Pfänder stehen blieben «bis an ein Recht», was deren vorsorgliche Beschlagnahme bedeutete.¹² Auch im französischen Rechtskreis durfte der schuldnerische Widerspruch entweder nur gegen Sicherheitsleistung erhoben werden, oder er verhinderte nicht die Pfändung, sondern nur die Liquidation des Pfandes;¹³ zudem durfte die Pfändung gleichzeitig mit der Zustellung des Zahlungsbefehls erfolgen, um den Überraschungseffekt zu gewährleisten.¹⁴ Im Waadtland war z.B. der schuldnerische Widerspruch nur aus wenigen Gründen und gegen Sicherheitsleistung gestattet.¹⁵

Im 19. Jahrhundert kannten viele Kantone ein ähnliches System. Uri, Nidwalden, Glarus, Schwyz, St. Gallen, und Thurgau

7 Botschaft (Fn. 1), BBl 2009, S. 1817.

8 PIERRE-ROBERT GILLIERON, Commentaire de la LP, Lausanne 1999, ad Art. 83 N. 32, und – seit ein paar Jahren – der Verfasser dieses Aufsatzes, vgl. NAEF (Fn. 5), Rz. 15-27; derselbe, Pour l'effectivité de la justice civile, in: Jusletter 3. März 2008, Rz. 66 ff; derselbe, L'exécution des jugements et des titres authentiques sous l'angle du principe d'égalité, SZP/RSPC 2006, S. 337 ff.

9 Dies könnte z.B. mit den folgenden Änderungen geschehen:

Art. 271 Abs 1 Ziff. 6 (neu) und Art. 279 Abs. 5 N. 2 (neu) SchKG Streichen

Art. 88a SchKG (neu)

¹ Sofern der Gläubiger seine Forderung auf ein vollstreckbares gerichtliches Urteil oder eine der in Artikel 80 bezeichneten Urkunden gründet, kann er, je nach der Person des Schuldners, die provisorische Pfändung oder die Aufnahme des Güterverzeichnisses gemäss Artikel 162 verlangen.

² Verlangt der Gläubiger diese Massnahme mit dem Betreibungsbegehren, so hat das Betreibungsamt dem Begehren ohne Vorankündigung an den Schuldner und auch während den Betreibungsferien sowie während eines dem Schuldner gewährten Rechtsstillstandes stattzugeben; der Zahlungsbefehl wird dem Schuldner nach Vollzug der provisorischen Pfändung oder des Güterverzeichnisses zugestellt.

³ Erhebt der Schuldner Rechtsvorschlag, so muss der Gläubiger innert zehn Tagen, nachdem ihm dieser mitgeteilt worden ist, definitive Rechtsöffnung verlangen; wird diese Frist nicht eingehalten oder das Rechtsöffnungsgesuch endgültig abgewiesen, so fällt die Pfändung oder das Güterverzeichnis dahin.

⁴ Der Gläubiger kann die Fortsetzung der Betreibung oder die Verwertung der gepfändeten Vermögensstücke nur aufgrund eines rechtskräftigen Entscheids erwirken, der den Rechtsvorschlag ausdrücklich beseitigt, und erst wenn die in Artikel 80 bezeichnete Urkunde rechtskräftig geworden ist; die Frist nach Artikel 165 Absatz 2 steht bis zu diesem Zeitpunkt still.

Art. 52a SchKG (neu)

Sieht dieses Gesetz keinen Betreibungsort in der Schweiz vor, so kann die Betreibung gemäss Artikel 88a dort eingeleitet werden, wo sich eines der gepfändeten Vermögensstücke befindet; sie wird auf dem Weg der Pfändung fortgesetzt.

Art. 327a ZPO (neu)

¹ Richtet sich die Beschwerde gegen einen Entscheid des Vollstreckungsgerichts oder des Rechtsöffnungsrichters nach den Artikeln 38–52 des Übereinkommens vom 30. Oktober 2007 über die gerichtliche Zuständigkeit, die Anerkennung und die Vollstreckung gerichtlicher Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen, so prüft das Gericht die im Übereinkommen vorgesehenen Verweigerungsgründe mit voller Kognition.

² Die Beschwerde hat aufschiebende Wirkung. Sichernde Massnahmen (Art. 88a SchKG) sind vorbehalten.

³ Die Frist für die Beschwerde gegen die Vollstreckbarerklärung oder Rechtsöffnung richtet sich nach Artikel 43 Absatz 5 des Übereinkommens.

10 Mit der Beschränkung der Prüfungsbefugnis des Rechtsöffnungsrichters gemäss Art. 41 revLugÜ.

11 ERWIN ENGLER, Die Geschichte der luzernischen Vermögensvollstreckung bis ins 18. Jahrhundert im Rahmen der deutschschweizerischen Entwicklung, Affoltern a.A. 1955, S. 169-170; HANS PLANITZ, Die Vermögensvollstreckung im deutschen mittelalterlichen Recht, Leipzig 1912, Bd. I, S. 248.

12 ENGLER (Fn. 11), S. 190; PLANITZ (Fn. 11), S. 725-726.

13 JULES TAMBOR, Des voies d'exécution sur les biens des débiteurs dans le droit romain et dans l'ancien droit français, Paris 1856, Bd. 2, S. 91, S. 188-189.

14 ROBERT JOSEPH POTHIER, Traité de procédure civile, in: Oeuvres de Pothier, Paris 1820, S. 141.

15 SAMUEL PORTA, Principes sur la formalité judiciaire du Pays de Vaud, Lausanne 1777, S. 419.

gaben dem Gläubiger eines vollstreckbaren Urteils, ungeachtet des Rechtsvorschlages, die Möglichkeit zur Pfändung oder Schätzung und damit zu einer vorläufigen Sicherstellung der Forderung zu gelangen;¹⁶ Zürich gestattete dem Gläubiger die vorläufige Vorstellung der Forderung in den Pfandprotokollen.¹⁷ Im Fall der Vollstreckung von Urteilen verzichtete Bern auf eine vorherige Zustellung einer Zahlungsaufforderung an den Schuldner¹⁸ und gab dem Gläubiger das Recht, vom rechtsvorschlagenden Schuldner anderweitige Sicherheit zu erhalten.¹⁹ Im Kanton Waadt durfte der Richter den Gläubiger ermächtigen, in Verzugsgefahr die Pfändung ohne vorherige Zustellung eines Zahlungsbefehls zu vollziehen;²⁰ dasselbe galt in Genf, wo der Rechtsvorschlag des Schuldners nur gegen Sicherheitsleistung gestattet war.²¹

Deswegen ist es nicht erstaunlich, dass der SchKG-Vorentwurf Oberer vom Oktober 1881 einen Artikel 68 mit folgendem Wortlaut enthielt:

Wenn der Gläubiger die Richtigkeit seiner Forderung durch eine der in Artikel 49 aufgeführten Urkunden nachweist, so kann derjenige Beamte, welcher für die Bewilligung von Arresten zuständig ist, die sofortige Pfändung bewilligen, und es kann letztere alsdann schon bei Zustellung des Zahlungsbefehls vorgenommen werden. Der Rechtsvorschlag hindert in diesem Falle nicht die Pfändung, sondern nur die Liquidation des Pfandes. Indess kann der Schuldner, welcher Recht vorgeschlagen hat, verlangen, dass über seinen Einspruch unverzüglich und in beschleunigtem Verfahren durch den zuständigen Richter entschieden werde.

Mit einigen Korrekturen wurde dieser zum Artikel 96 des (ersten) SchKG-Entwurfs des Bundesrates vom 23.2.1886, welcher durch die ständerätliche Kommission in dem Sinne geändert wurde, dass die provisorische Pfändung *ohne eine besondere Ermächtigung des Gerichts* möglich war. Nach Annahme dieser Änderung durch die beiden Räte wurde dieser zum Art. 108 des zweiten SchKG-Entwurfs des Bundesrates vom 27.1.1888 und von beiden Räten in der zweiten Beratung am 29.6.1888 mit folgendem Text angenommen:²²

¹ Sofern der Gläubiger seine Forderung auf ein vollstreckbares gerichtliches Urteil, einen gerichtlichen Vergleich oder eine gerichtliche Anerkennung gründet, kann er schon vor

Ablauf der Zahlungsfrist und ungeachtet eines etwaigen Rechtsvorschlages die einstweilige Vornahme der Pfändung verlangen, es wäre denn, dass der Schuldner für den Betrag der Forderung beim Betreibungsamt Sicherheit leistet.

² Ist Recht vorgeschlagen, so darf die Verwerthung der gepfändeten Gegenstände erst vorgenommen werden, nachdem der zuständige Richter auf Aufhebung des Rechtsvorschlages erkannt hat. Der Betreibungsbeamte soll auf Verlangen des Schuldners eine kurze Frist bestimmen, innerhalb welcher der Gläubiger das Begehren um Rechtsöffnung anhängig zu machen hat; wird diese Frist nicht eingehalten oder der Rechtsvorschlag richterlich geschützt, so fällt die Pfändung dahin oder ist die geleistete Sicherheit zurückzustellen.

Im dritten Entwurf vom 7. Dezember 1888 wollte der Bundesrat die provisorische Pfändung (die im früheren Entwurf nur aufgrund von Urteilen vorgesehen war) zugunsten aller durch eine schriftliche Schuldanerkennung bewiesenen Forderungen *ausdehnen*,²³ doch das Gegenteil geschah – aus offensichtlichen Versehen: Niemand hatte bemerkt, dass die provisorische Pfändung für Urteile aus dem Entwurf gestrichen worden war. Diese Massnahme ist somit im geltenden Recht nur zugunsten der Gläubiger einer schriftlichen Schuldanerkennung bestehen geblieben (Art. 83 Abs. 1 SchKG).

Die Wiedereinführung des vergessenen Art. 108 E-SchKG würde somit einfach die Korrektur eines gesetzgeberischen Versehens und nicht eine revolutionäre Änderung des Einleitungsverfahrens des SchKG bedeuten.

b) Eine bekannte Sicherungsmassnahme

Das geltende SchKG kennt schon heute die Möglichkeit für einige Gläubiger, eine Sicherungsmassnahme mit Überraschungseffekt (d.h. ohne vorgängige Zustellung des Zahlungsbefehls) *ohne richterliche Ermächtigung* zu erteilen. Das ist beim Verfahren zur Ausübung des Retentionsrechts des Vermieters (Art. 283 SchKG) oder bei der Ausdehnung der Pfandhaft auf die Miet- und Pachtzinsforderungen für Grundpfandgläubiger der Fall (Art. 91 ff. VZG).

Auch andere europäische Länder kennen ein solches System. In Belgien kann der über ein Urteil verfügende Vollstreckungsgläubiger ohne weitere richterliche Ermächtigung eine provisorische Pfändung erhalten (Art. 1414 des Code judiciaire),²⁴ das gilt auch für ausländische Urteile, wenn ein gegenseitiger Staatsvertrag besteht.²⁵ Es ist interessant festzustellen, dass für

16 FRIEDRICH VON WYSS, Die Schuldbetreibung nach schweizerischen Rechten, in: ZSR 1858, S. 92-94.

17 JOHANN HEINRICH GWALTER, Das zürcherische Schuldbetreibungsgesetz vom 1. April 1851 mit Erläuterungen unter vorzüglicher Berücksichtigung der gerichtlichen Praxis, Zürich 1853, S. 32.

18 Art. 427 Gesetz über das gerichtliche Verfahren in bürgerlichen Rechts-sachen, Zweites Hauptstück, Vollziehungsverfahren in Schuldsachen vom 2. April 1850.

19 Art. 437 Gesetz über das gerichtliche Verfahren in bürgerlichen Rechts-sachen, Zweites Hauptstück, Vollziehungsverfahren in Schuldsachen vom 2. April 1850; VON WYSS (Fn. 16), S. 93.

20 Art. 103 CPC vom 14.2.1857, Livre second, De la procédure civile non contentieuse.

21 PIERRE-FRANÇOIS BELLON, Loi sur la procédure civile du Canton de Genève avec l'exposé des motifs, Genève 1877, S. 181 ad Art. 436 CPC.

22 NAEF (Fn. 5), Rz. 12-13.

23 Botschaft des Bundesrates vom 7. Dezember 1888 betreffend den in Gemässheit des Beschlusses der Bundesversammlung vom 29. Juni 1888 ausgearbeiteten definitiven Entwurf des Bundesgesetzes über Schuldbetreibung und Konkurs, BBl 1888 IV, S. 1147.

24 «Tout jugement, même non exécutoire nonobstant opposition ou appel, tient lieu d'autorisation de saisir conservatoirement pour les condamnations prononcées, à moins qu'il n'en ait été autrement décidé.»

25 GEORGES DE LEVAL/PHILIPPE-EMMANUEL PARTSCH, Le droit belge des saisies, in: Zwangsvollstreckung und Verbraucherkonkurs in der Europäischen Union, London 1997, S. 153.

den neuen Art. 47 Abs. 1 revLugÜ genau diese belgische Prozessvorschrift Modell gestanden hat.²⁶

Sehr ähnlich ist dann die Rechtslage in Frankreich.²⁷

2. Rascher und effektiver Rechtsschutz

Das System der provisorischen Pfändung/Güterverzeichnis (ohne richterliche Ermächtigung) zu Beginn der Betreuung würde das Urteilsvollstreckungsverfahren im Gegensatz zum Arrest-System sicher beschleunigen: Der Gläubiger braucht meistens *drei Gerichtsentscheide* und nicht sieben.

Die provisorische Pfändung und das Güterverzeichnis gewähren dem Gläubiger einen effektiveren Rechtsschutz, weil (a) deren Vollzug bedingungslos ist (d.h. der Gläubiger muss nicht die Vermögenswerte des Schuldners substantiiert bezeichnen), (b) der Vollzugsbeamte nach *allen* Vermögensgegenständen des Schuldners suchen muss, und (c) der Schuldner verpflichtet ist, über alle seine Vermögenswerte *Auskunft* zu geben (Art. 91 SchKG).

Auf der anderen Seite würde die provisorische Pfändung/Güterverzeichnis dem Schuldner keinen nicht wiedergutzumachen-

den Schaden zufügen, da die gepfändeten Vermögensgegenstände bis zur Rechtskraft des Urteils nicht verwertet werden dürfen.

V. Fazit

Die vom Bundesrat vorgeschlagene Anpassung des SchKG an das LugÜ verunmöglicht die vom Übereinkommen gewollte Beschleunigung und Vereinfachung des Vollstreckungsverfahrens. Für den Gläubiger würde diese Anpassung eine Verschlechterung seines Rechtsschutzes im Vergleich mit der heutigen Rechtslage in vielen Kantonen²⁸ bedeuten, für den böswilligen Schuldner hingegen ein echtes Geschenk des Himmels.

Sie könnte nur dann als gute Lösung gelten, wenn man daran glaubt, dass *tout va pour le mieux dans le meilleur des mondes possibles*.

Es bleibt zu hoffen, dass der Nationalrat die vorgeschlagene Anpassung des SchKG korrigieren wird, indem er Pfändung/Güterverzeichnis als Sicherungsmassnahme für schweizerische und LugÜ-Urteile wählt. Ist dies nicht der Fall, wird es für ausländische Urteile künftig Aufgabe des Bundesgerichts sein festzustellen, ob das neue Lösungskonzept dem *effet utile* des revLugÜ widerspricht. Dagegen wird für inländische Urteile der Zweck der Verbesserung der Gläubigerrechte definitiv scheitern, da der Arrest praktisch eine nutzlose Sicherungsmassnahme ist.

Cui prodest? ■

26 BURKHARD HESS/THORSTEN HUB, Die vorläufige Vollstreckbarkeit ausländischer Urteile im Binnenmarktprozess, IPRax 2003, S. 94.

27 Art. 67 Loi sur les procédures civiles d'exécution: «Toute personne dont la créance paraît fondée en son principe peut solliciter du juge l'autorisation de pratiquer une mesure conservatoire sur les biens de son débiteur, sans commandement préalable, si elle justifie de circonstances susceptibles d'en menacer le recouvrement. La mesure conservatoire prend la forme d'une saisie ou d'une sûreté judiciaire.» Art. 68: «Une autorisation préalable du juge n'est pas nécessaire lorsque le créancier se prévaut d'un titre exécutoire ou d'une décision de justice qui n'a pas encore force exécutoire.»; vgl. ROGER PERROT/PHILIPPE TERY, Procédures civiles d'exécution, Paris 2005, N. 870, 790.

28 Wo sich die provisorische Pfändung als LugÜ-konforme Sicherungsmassnahme durch Richterrecht durchgesetzt hat.

Francesco Naef*

LP et Convention de Lugano: «Candide» au Palais fédéral?

Mots clés : Exécution forcée, jugements, mesures conservatoires, Convention de Lugano

I. Introduction

A l'occasion de la ratification de la Convention de Lugano révisée concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale (CLrév), le Conseil fédéral propose des adaptations ponctuelles de la loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite (LP) et du futur Code de procédure civile (CPC). Ces adaptations visent à atteindre l'efficacité, l'accélération et la simplification de la procédure d'exécution recherchées par la révision de la CL; elles voudraient en même temps améliorer la procédure d'exécution

forcée des jugements pécuniaires suisses. Pour l'essentiel, le Conseil fédéral veut atteindre ces buts par l'introduction d'un nouveau cas de séquestre dans la LP.¹

Mais il est naïf de croire pouvoir parvenir à ce résultat par ce genre de proposition. Le séquestre est en effet une mesure conservatoire inefficace, et il entraîne la complication et non pas la simplification de la procédure. Il serait préférable d'adapter la mesure conservatoire de la saisie provisoire (actuellement prévue par l'art. 83 al. 1 LP) pour la rendre conforme à la CLrév.

1 Message du Conseil fédéral du 18 février 2009 relatif à l'arrêté fédéral portant approbation et mise en œuvre de la Convention de Lugano révisée concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale, FF 2009, p. 1502, 1525.

* Lic. iur., avvocato e notaio, CSNLAW® Studio legale e notarile, Lugano.

II. Le séquestre n'engendre aucune accélération, plutôt une complication de la procédure

La solution du séquestre implique la *division de la procédure en deux étapes*: d'abord la déclaration constatant la force exécutoire (*exequatur*), ensuite l'exécution forcée proprement dite. Selon la tradition juridique suisse, les jugements pécuniaires étrangers sont au contraire mis à exécution par la poursuite normale pour dettes. Dans la mesure où il existe un Traité sur l'exécution réciproque des jugements, il n'y a aucune nécessité d'un jugement formateur séparé pour octroyer à un jugement étranger la force exécutoire en Suisse, car cette force exécutoire du jugement étranger fait l'objet d'une vérification à titre préjudiciel au cours de la procédure de mainlevée définitive de l'opposition.² La déclaration constatant la force exécutoire et l'exécution forcée proprement dite sont ainsi fusionnées dans une seule procédure, ce qui la rend certainement plus simple et rapide.

La solution du séquestre peut contraindre le créancier à suivre la procédure suivante: (1) séquestre/déclaration d'exequatur, (2) procédure d'opposition au séquestre, (3) recours limité au droit au tribunal cantonal supérieur, (4) recours au Tribunal fédéral, (5) commandement de payer et ensuite mainlevée de l'opposition (6) recours limité au droit (art. 319 CPC), (7) recours au Tribunal fédéral. Le créancier nécessite ainsi sept décisions judiciaires avant de toucher son dû! Au contraire, dans la poursuite ordinaire, le créancier ne doit obtenir que trois décisions de justice (mainlevée, recours limité au droit, recours au Tribunal fédéral).

III. Le séquestre ne garantit aucune protection juridique effective au créancier

Le séquestre n'est autorisé qu'à condition que le créancier *rende vraisemblable* l'existence de biens appartenant au débiteur (art. 272 al. 1 n. 3 LP)³: contrairement à la saisie, c'est au créancier d'*indiquer* les biens à séquestrer et la jurisprudence sur cette question n'est pas en faveur du créancier.⁴ Cette exigence (qui est en tout cas incompatible avec le caractère inconditionnel de la mesure conservatoire prévue à l'art. 47 CLrèv⁵) peut devenir un *obstacle pratiquement insurmontable* pour le créancier, surtout en Suisse: secret fiscal, aucune obligation de publier les comptes annuels des entreprises, et structure fédéraliste (par exemple, sans un registre foncier informatisé centralisé) rendent souvent impossible la découverte effective des biens du débiteur.

L'exécution du séquestre est d'ailleurs *matériellement* très limitée: *seuls les biens* qui sont désignés dans l'ordonnance de séquestre peuvent être l'objet de l'exécution. D'une part l'office des poursuites ne peut pas rechercher *d'autres biens*; d'autre

part, le débiteur *n'est pas tenu* de fournir des *informations* sur tous ses biens.⁶

Dans le système proposé, l'ayant droit d'un jugement exécutoire devrait donc se contenter de congeler une partie seulement des biens de son débiteur et attendre que le débiteur profite de la durée de la procédure (7 décisions judiciaires!) pour cacher tous ses autres biens. Peut-on sérieusement soutenir que l'adaptation proposée de la LP à la CLrèv introduit une procédure rapide, simple et efficace pour mettre à exécution les jugements étrangers et nationaux?

IV. La saisie provisoire/l'inventaire serait une solution parfaite

Le Conseil fédéral est conscient que la saisie provisoire serait une mesure conservatoire bien plus efficace, mais il a estimé qu'une adaptation de cette mesure conservatoire aux objectifs de la CLrèv n'aurait pu être réalisée qu'au prix de changements importants de la procédure préalable de la LP.⁷

Ce n'est pas vrai.

Il suffit de rendre la saisie provisoire/l'inventaire (art. 83 al. 1 LP) compatible avec la CLrèv, comme le propose le professeur Pierre-Robert Gilliéron depuis 15 ans.⁸ Pour ce faire, il n'est pas nécessaire de renoncer à la procédure préalable de la LP, mais il suffit de notifier au débiteur le commandement de payer et la saisie (provisoire) *en même temps*, pour garantir l'*effet de surprise*.⁹

6 ATF 130 III 579 consid. 2.2.3; Arrêt du Tribunal fédéral 5P.256/2006 du 4.10.2006 consid. 2.4.

7 Message (n. 1), FF 2009, p. 1534.

8 PIERRE-ROBERT GILLÉRON, Commentaire de la LP, Lausanne 1999, ad art. 83 n. 32, et comme le propose l'auteur de cet article depuis deux ans, cf. NAEF (n. 5), Rz. 15–27; *idem*, Pour l'effectivité de la justice civile, in: Jusletter 3. März 2008, Rz. 66 ss; *idem*, L'exécution des jugements et des titres authentiques sous l'angle du principe d'égalité, SZSP/RSPC 2006, p. 337 ss.

9 Par exemple, le projet d'arrêté fédéral de ratification de la CLrèv. pourrait être modifié comme suit:

Art. 271 al 1 ch. 6 (nouveau) et art. 279 al. 5 ch. 2 (nouveau) LP

Supprimer

Art. 88a LP (nouveau)

¹ Le créancier qui fonde sa prétention sur un jugement exécutoire ou un autre titre prévu à l'article 80 peut exiger que l'office procède, suivant la qualité du débiteur, à la saisie provisoire ou à l'inventaire en application de l'article 162.

² Lorsque cette requête a été formulée avec la réquisition de poursuite, l'office y donne suite même pendant la durée des fêtes ou d'une suspension de poursuite, et sans en aviser préalablement le débiteur; le commandement de payer est notifié au débiteur après l'exécution de la saisie provisoire ou de l'inventaire.

³ S'il a été fait opposition au commandement de payer, le créancier doit demander la mainlevée définitive de celle-ci dans les dix jours à compter de la date à laquelle l'opposition lui a été communiquée. Les effets de la saisie provisoire et de l'inventaire cessent de plein droit si ce délai n'est pas observé ou si la demande de mainlevée est définitivement rejetée.

⁴ Le créancier ne peut requérir la continuation de la poursuite ni la réalisation des biens saisis qu'en se fondant sur une décision passée en force qui écarte expressément l'opposition et à la condition que le titre sur lequel il fonde sa prétention soit définitif; le délai prévu à l'article 165, 2^e alinéa ne court que dès ce moment.

Art. 52a LP (nouveau)

S'il n'y a aucun autre for en Suisse, la poursuite prévue à l'article 88a peut s'opérer au lieu où l'un des objets saisis se trouve; elle se continue par voie de saisie.

2 ATF 35 I 459 consid. 2.

3 Le Message du Conseil fédéral (qui sur ce point n'est pas très clair) renvoie à la jurisprudence et à la doctrine existantes, FF 2009, p. 1539.

4 ATF 130 III 579.

5 FRANCESCO NAEF, Die Anpassung des SchKG an das revidierte LugÜ, in: Jusletter 27. Oktober 2008, Rz. 7 avec réf.

Avec ce système, le créancier qui fonde sa prétention sur un jugement exécutoire peut exiger – directement (c'est-à-dire sans autorisation judiciaire préalable) et en même temps que la demande de poursuite – que l'office des poursuites procède à une saisie provisoire ou à l'inventaire. L'office y donne suite immédiatement et notifie le commandement de payer seulement après son exécution. Si le débiteur fait opposition, le créancier doit demander la mainlevée définitive; au cours de cette procédure, la force exécutoire du jugement étranger sera vérifiée à titre préjudiciel.¹⁰ Si le débiteur ne fait pas opposition, ou si la mainlevée est accordée, la saisie ou l'inventaire deviennent définitifs et la poursuite suit son cours.

En deux mots: l'effet de surprise et celui conservatoire sur les biens du débiteur sont obtenus avant la déclaration constatant la force exécutoire (à titre préjudiciel), comme prévu par le nouvel art. 47 al. 1 CLrév.

1. Une mesure qui n'a rien de révolutionnaire

a) Fondements historiques

Une saisie provisionnelle semblable – qui était exécutée en même temps que la notification de l'injonction de payer (c'est-à-dire au début de la procédure) – était connue depuis la fin du moyen-âge dans le système juridique germanique. Elle était connue sous le nom de «Anpfändung» ou «Schätzungsankündigung» (par exemple en Appenzell Rhodes-intérieures) et elle avait l'effet de limiter le pouvoir de disposer du débiteur.¹¹ L'opposition du débiteur, d'ailleurs, avait uniquement l'effet d'immobiliser les gages «jusqu'à droit connu», ce qui signifiait leur saisie provisoire.¹² Dans le système juridique français aussi, l'opposition du débiteur n'était admise que s'il fournissait des sûretés suffisantes, ou bien elle n'empêchait pas la saisie mais uniquement la réalisation des biens;¹³ en outre, la saisie pouvait être exécutée en même temps que la notification du commandement de payer, pour garantir l'effet de surprise.¹⁴ Au Pays de

Vaud, par exemple, l'opposition du débiteur n'était recevable que pour des motifs limités, et uniquement pourvu que le débiteur fasse consignation du total de la somme pour laquelle la saisie avait été permise.¹⁵

Plusieurs cantons connaissaient au 19^e siècle un système semblable. Uri, Nidwald, Glaris, Schwyz, St-Gall et Thurgovie accordaient au créancier au bénéfice d'un jugement exécutoire le droit de saisir malgré l'opposition du débiteur, en obtenant ainsi une sûreté provisoire pour la créance;¹⁶ Zurich permettait au créancier d'enregistrer la créance dans le registre des gages.¹⁷ Pour l'exécution forcée d'un jugement, Berne renonçait à la notification préalable du commandement de payer,¹⁸ et donnait au créancier le droit de recevoir des sûretés du débiteur opposant.¹⁹ Dans le Canton de Vaud le juge pouvait autoriser, en cas de péril en la demeure, la saisie sans commandement préalable;²⁰ il en allait de même à Genève, où l'opposition du débiteur n'était permise que contre prestation de sûretés.²¹

Par conséquent, il n'est point surprenant si l'Avant-Projet de LP Oberer d'octobre 1881 contenait un article 68 de la teneur suivante:

Si le créancier justifie sa prétention par la production de l'un des titres mentionnés à l'article 49, le fonctionnaire qui est compétent pour accorder un séquestre peut autoriser la saisie immédiate, laquelle peut alors être opérée en même temps que la notification du commandement de payer. L'opposition, dans ce cas, ne suspend pas la saisie, mais seulement la réalisation du gage. Toutefois, le débiteur qui a formé opposition peut exiger que le juge compétent statue immédiatement et sommairement sur la recevabilité de cette opposition.

Il devint avec quelques corrections l'article 96 du (premier) Projet de LP du Conseil fédéral du 23. 2. 1886, qui fut modifié par la Commission du Conseil des États dans ce sens que la saisie provisoire serait possible sans nécessiter une autorisation du juge. Après avoir été adopté dans cette formulation par les deux Conseils, il devint l'article 108 du deuxième Projet de LP du Conseil fédéral du 27. 1. 1888, et fut adopté en deuxième lecture par les deux Conseils le 29. 6. 1888 avec le texte suivant:²²

Art. 327a CPC (nouveau)

¹ Lorsque le recours est dirigé contre une décision du tribunal de l'exécution ou du Juge de la mainlevée définitive de l'opposition au sens des art. 38 à 52 de la Convention du 30 octobre 2007 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale, le tribunal examine avec un plein pouvoir de cognition les motifs de refus prévus par la Convention.

² Le recours a un effet suspensif. Les mesures conservatoires (art. 88a LP) sont réservées.

³ En cas de recours contre la déclaration d'exequatur ou la mainlevée définitive, le délai est régi par l'art. 43, al. 5, de la Convention.

¹⁰ Avec la limitation du pouvoir d'examen du Juge de la mainlevée prévue à l'art. 41 CLrév.

¹¹ ERWIN ENGLER, Die Geschichte der luzernischen Vermögensvollstreckung bis ins 18. Jahrhundert im Rahmen der deutschschweizerischen Entwicklung, Affoltern a.A. 1955, p. 169–170; HANS PLANITZ, Die Vermögensvollstreckung im deutschen mittelalterlichen Recht, Leipzig 1912, Bd. I, p. 248.

¹² ENGLER (n. 11), p. 190; PLANITZ (n. 11), p. 725–726.

¹³ JULES TAMBOUR, Des voies d'exécution sur les biens des débiteurs dans le droit romain et dans l'ancien droit français, Paris 1856, vol. 2, p. 91, p. 188–189.

¹⁴ ROBERT JOSEPH POTHIER, Traité de procédure civile, in: Oeuvres de Pothier, Paris 1820, p. 141.

¹⁵ SAMUEL PORTA, Principes sur la formalité judiciaire du Pays de Vaud, Lausanne 1777, p. 419.

¹⁶ FRIEDRICH VON WYSS, Die Schuldbetreibung nach schweizerischen Rechten, in: RDS 1858, p. 92–94.

¹⁷ JOHANN HEINRICH GWALTER, Das zürcherische Schuldbetreibungs-gesetz vom 1. April 1851 mit Erläuterungen unter vorzüglicher Berücksichtigung der gerichtlichen Praxis, Zürich 1853, p. 32.

¹⁸ Art. 427 Gesetz über das gerichtliche Verfahren in bürgerlichen Rechts-sachen, Zweites Hauptstück, Vollziehungsverfahren in Schuldsachen vom 2. April 1850.

¹⁹ Art. 437 Gesetz über das gerichtliche Verfahren in bürgerlichen Rechts-sachen, Zweites Hauptstück, Vollziehungsverfahren in Schuldsachen vom 2. April 1850; VON WYSS (n. 16), p. 93.

²⁰ Art. 103 CPC du 14. 2. 1857, Livre second, De la procédure civile non contentieuse.

²¹ PIERRE-FRANÇOIS BELLON, Loi sur la procédure civile du Canton de Genève avec l'exposé des motifs, Genève 1877, p. 181 ad art. 436 CPC.

²² NAEF (n. 5), Rz. 12–13.

¹ Le créancier qui fonde sa prétention sur un jugement exécutoire, une transaction ou une reconnaissance passées en justice peut exiger qu'il soit procédé provisoirement à la saisie, nonobstant opposition, à moins que le débiteur ne fournisse, en main du préposé, des sûretés équivalentes.

² En cas d'opposition, la vente des objets saisis est suspendue et n'intervient qu'après que le juge a prononcé la mainlevée de l'opposition. Lorsque le débiteur en fait la demande, le préposé assigne au saisissant un bref délai pour requérir la mainlevée de l'opposition; si ce délai n'est pas observé ou si le juge admet l'opposition comme fondée, la saisie tombe et les sûretés qui auraient été fournies sont restituées.

Par le troisième Projet du 7.12.1888 le Conseil fédéral voulait étendre le bénéfice de la saisie provisoire (qui dans le Projet précédent n'était admise qu'au profit des jugements) à toutes les créances constatées par une reconnaissance de dette écrite,²³ mais c'est le contraire qui s'est passé, par une inadvertance manifeste: personne ne s'était aperçu que la saisie provisoire au profit des jugements avait été biffée du Projet. Dans le droit positif cette mesure conservatoire est ainsi restée réservée au seul créancier au bénéfice d'une reconnaissance de dette écrite (art. 83 al. 1 LP).

La réintroduction de l'art. 108 P-LP tombé aux oubliettes ne signifierait donc pas une révolution de la procédure préalable de la LP, mais simplement la correction d'une inadvertance du législateur.

b) Une mesure conservatoire bien connue

La LP en vigueur connaît déjà la possibilité pour certains créanciers d'obtenir une mesure conservatoire avec effet de surprise (c'est-à-dire sans notification préalable d'un commandement de payer) *sans autorisation judiciaire préalable*. C'est le cas de la procédure de prise d'inventaire pour sauvegarde du droit de rétention (art. 283 LP) ou celui de la procédure d'extension du droit de gage immobilier aux loyers et fermages (art. 91 ss ORI).

D'autres pays européens connaissent aussi des systèmes analogues. En Belgique, le créancier qui se fonde sur un jugement peut saisir provisoirement sans avoir à obtenir l'autorisation d'un juge (art. 1414 du Code judiciaire);²⁴ cela est également applicable aux jugements étrangers, lorsqu'il existe un traité.²⁵ Il est intéressant de remarquer que c'est justement cette dispo-

sition de la loi belge qui a servi de modèle pour la formulation du nouvel art. 47 al. 1 CLrév.²⁶

Le même système existe en France.²⁷

2. Protection juridique plus rapide et efficace

Le système de la saisie provisoire/l'inventaire (sans autorisation judiciaire préalable) exécutée au début de la poursuite permet manifestement d'accélérer la procédure d'exécution des jugements par rapport au système du séquestre: le créancier a besoin de trois décisions judiciaires au maximum, et non pas de sept.

La saisie provisoire et la prise d'inventaire garantissent au créancier une protection judiciaire plus effective car (a) leur exécution n'est soumise à aucune condition (c'est-à-dire que le créancier n'a pas l'obligation d'indiquer les biens à saisir), (b) l'office des poursuites doit rechercher *tous* les biens du débiteur, et (c) le débiteur a l'obligation de donner des *informations sur tout* son patrimoine (art. 91 LP).

D'un autre côté, la saisie provisoire/l'inventaire ne cause aucun préjudice irréparable au débiteur, la vente des biens saisis n'intervenant qu'une fois que le jugement est définitif.

V. Conclusion

L'adaptation de la LP à la CLrév proposée par le Conseil fédéral rend impossibles la simplification et l'accélération de la procédure d'exécution recherchées par la révision de la Convention. Pour le créancier, cette adaptation équivaldrait à une détérioration de sa protection juridique par rapport à la situation actuelle dans plusieurs Cantons,²⁸ pour le débiteur de mauvaise foi elle serait un vrai cadeau du Ciel.

Elle peut être vue comme une bonne solution uniquement si l'on croit que *tout va pour le mieux dans le meilleur des mondes possibles*.

Il faut espérer que le Conseil National corrige l'adaptation proposée, en choisissant la saisie provisoire/l'inventaire comme mesure conservatoire pour l'exécution des jugements relevant de la CL ainsi que pour ceux indigènes. Si tel n'était pas le cas, ce sera – pour les jugements étrangers – au Tribunal fédéral de dire si la nouvelle solution est contraire à l'*effet utile* de la CLrév. Pour les jugements indigènes, au contraire, le but d'améliorer les droits du créancier sera définitivement raté, puisque le séquestre est une mesure conservatoire pratiquement inutile.

Cui prodest? ■

²³ Message du Conseil fédéral du 7 décembre 1888 à l'Assemblée fédérale sur le projet définitif de la loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite élaboré conformément à la décision de l'Assemblée fédérale du 29 juin 1888, FF 1888 IV, p. 1175.

²⁴ «Tout jugement, même non exécutoire nonobstant opposition ou appel, tient lieu d'autorisation de saisir conservatoirement pour les condamnations prononcées, à moins qu'il n'en ait été autrement décidé.»

²⁵ GEORGES DE LEVAL/PHILIPPE-EMMANUEL PARTSCH, Le droit belge des saisies, in: *Zwangsvollstreckung und Verbraucherkonkurs in der Europäischen Union*, London 1997, p. 153.

²⁶ BURKHARD HESS/THORSTEN HUB, Die vorläufige Vollstreckbarkeit ausländischer Urteile im Binnenmarktprozess, IPRax 2003, p. 94.

²⁷ Art. 67 Loi sur les procédures civiles d'exécution: «Toute personne dont la créance paraît fondée en son principe peut solliciter du juge l'autorisation de pratiquer une mesure conservatoire sur les biens de son débiteur, sans commandement préalable, si elle justifie de circonstances susceptibles d'en menacer le recouvrement. La mesure conservatoire prend la forme d'une saisie ou d'une sûreté judiciaire.» Art. 68: «Une autorisation préalable du juge n'est pas nécessaire lorsque le créancier se prévaut d'un titre exécutoire ou d'une décision de justice qui n'a pas encore force exécutoire.»; cf. ROGER PERROT/PHILIPPE TERY, Procédures civiles d'exécution, Paris 2005, n. 870, 790.

²⁸ Ceux où la saisie provisoire s'est imposée par voie jurisprudentielle comme mesure conservatoire conforme à la CL.

Der SAV teilt mit La FSA vous informe

Wichtige Mitteilung des SAV-Fachausschusses Steuerrecht Information importante de la commission spécialisée FSA de droit fiscal

Reto Kuster* und Diego Clavadetscher**

Vereinfachungen der Mehrwertsteuer für Anwältinnen und Anwälte

Am 12. Juni 2009 hat das Parlament dem Teil A der Gesetzesvorlage zur Vereinfachung der Mehrwertsteuer zugestimmt. Die Inkraftsetzung erfolgt bereits per 1. 1. 2010.

Unabhängig von dieser Gesetzesänderung besteht der Bundesbeschluss über eine befristete Zusatzfinanzierung der Invalidenversicherung durch Anhebung der Mehrwertsteuer, welcher am 27. 9. 2009 von Volk und Ständen angenommen wurde. Die damit einhergehende Erhöhung der Mehrwertsteuersätze wird erst auf den 1. 1. 2011 erfolgen und ist bis Ende 2016 befristet. Mit dem Teil A der Mehrwertsteuer werden massgebliche Verbesserungen umgesetzt wie die Ausdehnung der freiwilligen Unterstellung und der Optionsmöglichkeiten für die Mehrwertsteuer, um die Taxe Occulte einzudämmen. Ferner wird die Veranlagungsverjährung gekürzt und das Verfahrensrecht gestrafft, um die Mehrwertsteuerrisiken der Unternehmen zu reduzieren. Teil B enthält die Massnahmen zur Einführung eines Einheitssatzes und den Abbau von zahlreichen Ausnahmen insbesondere im Gesundheitswesen. Der Bundesrat hat zwischenzeitlich beschlossen, zum Teil B eine Zusatzbotschaft zu erstellen. Seine Behandlung im Parlament steht noch aus.

Was bedeuten diese Gesetzesänderungen nun für die Mehrwertsteuerpflicht der praktizierenden Anwältinnen und Anwälte? Die nachfolgenden Aussagen beziehen sich auf den publizierten Gesetzestext. Für die Verordnung liegt erst ein Entwurf vor, welcher den interessierten Kreisen in einer Anhörung unterbreitet wurde. Praxisfestlegungen der ESTV fehlen im Moment noch gänzlich. Im Einzelnen könnten sich daher noch Differenzen zur Auffassung der ESTV ergeben.

Umsatzschwelle CHF 100 000

Die Umsatzschwelle für die Steuerpflicht wird auf CHF 100 000 angehoben. Das zweite Kriterium, die Steuerzahllast von CHF 4 000 bei Umsätzen von bis zu CHF 250 000, wurde abgeschafft. Die Prüfung der Steuerpflicht wird damit vereinfacht.

Erzielt eine Anwältin oder ein Anwalt (noch) nicht einen Umsatz von CHF 100 000 und wäre grundsätzlich von der Steuerpflicht befreit, so kann sie oder er jedoch auf die Befreiung verzichten und sich damit freiwillig der Steuerpflicht unterstellen. Damit erhält er die Möglichkeit, die Vorsteuern auf seinen Investitionen zurückzufordern. Sinn macht dies nur für Pflichtige, die effektiv abrechnen. Eine freiwillige Steuerpflicht bei gleichzeitiger Wahl des Saldosteuersatzes macht wirtschaftlich keinen Sinn. Die Befreiung endet auf das Ende des Kalenderjahres, in welchem die Umsatzgrenze überschritten wurde. Bei unterjähriger Tätigkeit wird der Umsatz auf ein volles Jahr umgerechnet. Die Steuerpflicht entsteht sofort bei Aufnahme oder Ausweitung der unternehmerischen Tätigkeit, wenn absehbar ist, dass die Grenze innerhalb von 12 Monaten überschritten wird. Die freiwillige Steuerpflicht kann frühestens auf den Beginn des laufenden Kalenderjahres verlangt werden. Sie muss mindestens für eine Steuerperiode (Kalenderjahr) beibehalten werden.

Wird die Umsatzgrenze nicht mehr erreicht und ist zu erwarten, dass sie auch in der folgenden Steuerperiode nicht mehr erreicht wird, so kann sich die steuerpflichtige Person abmelden. Die Abmeldung ist frühestens auf das Ende der Steuerperiode (Kalenderjahr) möglich, in der der massgebliche Umsatz nicht mehr erreicht wird. Die Nichtabmeldung führt zur freiwilligen Steuerpflicht ab Beginn der folgenden Steuerperiode. Bei Einführung des neuen Gesetzes wird eine Frist bis zum 31. 1. 2010 für die Abmeldung gewährt.

Saldosteuersätze

Zum Saldosteuersatz abrechnen kann, wer jährlich nicht mehr als CHF 5 Mio. Umsatz aus steuerbaren Leistungen erzielt und im gleichen Zeitraum nicht mehr als CHF 100 000 Steuern, berechnet nach dem massgeblichen Saldosteuersatz, abliefern

* Dr. iur. Rechtsanwalt, dipl. Steuerexperte, Partner Bratschi Wiederkehr & Buob, Leiter SAV-Fachausschuss Steuerrecht.

** Rechtsanwalt, dipl. Steuerexperte, Leiter Schweizerisches Mehrwertsteuer-Institut.

muss. Damit bleibt das Doppelkriterium bestehen, aber die Berechnung wird doch vereinfacht. Neu muss diese Abrechnungsmethode nur noch für eine Steuerperiode (Kalenderjahr) beibehalten werden; nach einem Wechsel zur effektiven Abrechnungsmethode muss diese für 3 Jahre beibehalten werden. Der Verordnungsentwurf interpretiert daraus, dass ebenfalls eine 3-jährige Beibehaltungsfrist gilt, wenn eine neu steuerpflichtige Person nicht innert 60 Tagen nach Zustellung der Mehrwertsteuernummer den Saldosteuersatz beantragt. Ein vorzeitiger Wechsel ist dann nur möglich, wenn die ESTV den Saldosteuersatz der entsprechenden Branche ändert.

Die Saldosteuersätze werden derzeit alle überprüft. Für die Anwältinnen und Anwälte ist vorgesehen, den Saldosteuersatz auf 5.8% herabzusetzen. Unabhängig von einer Änderung haben alle Steuerpflichtigen die Möglichkeit, auf den 1. 1. 2010 die Abrechnungsmethode zu wechseln. Dazu ist spätestens bis zum 31. März 2010 ein schriftliches Gesuch an die ESTV zu richten.

Ein Saldosteuersatz vereinfacht zwar die Abrechnung, bringt aber gegenüber der effektiven Abrechnungsmethode finanzielle Nachteile, wenn namentlich hohe Anschaffungen getätigt werden, wenn Personal- und/oder Mietkosten mehrwertsteuerbelastet sind, oder wenn Mandate an eine Kollegin oder einen Kollegen als «Subunternehmer» weitergegeben werden.

Schiedsgerichtsbarkeit

Die Tätigkeit als Schiedsrichter in der Schiedsgerichtsbarkeit ist neu im Gesetz ausdrücklich als ausgenommene Tätigkeit aufgeführt und führt bei den effektiv abrechnenden Kanzleien deshalb zu einer Vorsteuerkorrektur. Neu könnte für diese Dienstleistung optiert, das heisst freiwillig die Steuer abgerechnet werden. Dies kann bei Unternehmen oder bei ausländischen Parteien Sinn machen, würde aber bedingen, dass sich das Schiedsgericht als Ganzes der Mehrwertsteuerpflicht unterstellen würde.

Steuerpflicht einer Bürogemeinschaft

Die heutigen (Spezial-)Regelungen zur Steuerpflicht von Kanzleigemeinschaften werden im geänderten Gesetz wie bisher nicht erwähnt. Es ist nicht zu erwarten, dass an den eingespielten Praxis etwas geändert wird.

Konsumation

Die Bestimmung, wonach 50 Prozent der Steuerbeträge auf Ausgaben für Verpflegung und Getränke vom Vorsteuerabzugsrecht ausgeschlossen sind, wurde nicht in das neue Gesetz übernommen. Der entsprechende Mehrwertsteuercode auf dem Konto «Repräsentationsspesen» kann im Buchhaltungssystem auf den 1. 1. 2010 eliminiert und der Vorsteuercode für Investitionen und übrigen Betriebsaufwand darauf angewendet werden.

Verjährung

Die Veranlagungsverjährung beträgt neu 5 Jahre, bei einer Unterbrechung durch die ESTV oder eine Rechtsmittelinstanz reduziert sich die Verjährungsfrist auf 2 Jahre. 10 Jahre nach Ablauf der Steuerperiode tritt die absolute Verjährung ein.

Übergangsrechtlich wurden für die Steuerperioden bis 2009 die alten Verjährungsfristen beibehalten!

Schweizerischer Anwaltstag 2010/Journée suisse des avocats 2010

Vorankündigung: Der Schweizerische Anwaltstag 2010 findet am 4. Juni 2010 in Lugano statt. Detaillierte Angaben folgen.

Préavis: La journée suisse des avocats 2010 aura lieu le 4 juin 2010 à Lugano. De plus amples informations suivront.

Avocat(e)s spécialistes FSA – Félicitations de la part de la FSA!

Avocat(e)s spécialistes FSA responsabilité civile et droit des assurances

La FSA félicite les avocats spécialistes FSA en Suisse romande qui, lors d'une cérémonie qui s'est déroulée le 15 octobre 2009 à Fribourg, ont reçu leur titre d'«avocat(e) spécialiste FSA responsabilité civile et droit des assurances». Ces avocats ont suivi le cours de spécialisation, réussi l'examen écrit et été entendus avec succès lors du colloque final. Il s'agit de:

Alexandre Bernel, Lausanne
Hervé Bovet, Fribourg
Marlyse Cordonier, Genève
Gilles De Reynier, Colombier NE
Isabelle Jaques, Lausanne
Eric Mangué, Genève
Corinne Monnard Séchaud, Lausanne
Alexis Overney, Fribourg
Odile Pelet, Lausanne
Alain Ribordy, Fribourg
Benoît Sansonnens, Fribourg
Muriel Vautier, Lausanne
Monica Zilla, Auvornier NE ■

Fachtagungen und Seminare/Conférences et séminaires

Zivilrecht/Droit civil

15. 12. 2009	St. Galler Mietrechtstag	Zürich	Institut für Rechtswissenschaft und Rechtspraxis, Universität St. Gallen, Bodanstrasse 4, 9000 St. Gallen, Tel. 071 224 24 24, Fax 071 224 28 83, irp@unisg.ch, www.irp.unisg.ch
--------------	--------------------------	--------	--

Straf- und Strafprozessrecht/Droit pénal et Code de procédure pénale

07. 12. 2009	Opferhilfegesetz im Umbau, die Auswirkungen der Revisionen	Bern	Bernischer Juristenverein, Jungfraustrasse 1, Postfach, 3000 Bern 6, Tel. 031 357 00 00, Fax 031 357 00 01, christoph.zimmerli@wenger-plattner.ch, www.bernischerjuristenverein.ch
08. 12. 2009	Schweizerische Strafprozessordnung – Ausgewählte Aspekte aus Zürcher Sicht	Zürich	Stiftung juristische Weiterbildung Zürich, Sekretariat RA lic. iur. R. Siegfried, Talstrasse 20, Postfach 2134, 8027 Zürich, Tel. 079 749 19 68, Fax 044 221 18 73

Öffentliches Recht/Droit public

08. 12. 2009	Das neue Mehrwertsteuergesetz	Bern	Educaris AG, Jungholzstrasse 43, Postfach, 8050 Zürich, Tel. 044 305 38 60, Fax 044 305 38 61, www.educaris.ch
18. 12. 2009	Das neue Mehrwertsteuergesetz	Zürich	Educaris AG, Jungholzstrasse 43, Postfach, 8050 Zürich, Tel. 044 305 38 60, Fax 044 305 38 61, www.educaris.ch
18. 01. 2010	Aktuelle Entwicklungen im Technologie- und Kommunikationsrecht	Bern	Bernischer Juristenverein, Jungfraustrasse 1, Postfach, 3000 Bern 6, Tel. 031 357 00 00, Fax 031 357 00 01, christoph.zimmerli@wenger-plattner.ch, www.bernischerjuristenverein.ch
01. 02. 2010	Koordination von Sozialversicherungssystemen? Praktische Fragen	Bern	Bernischer Juristenverein, Jungfraustrasse 1, Postfach, 3000 Bern 6, Tel. 031 357 00 00, Fax 031 357 00 01, christoph.zimmerli@wenger-plattner.ch, www.bernischerjuristenverein.ch
26. 02. 2010	LL.M. International Tax Law (Nachdiplomstudiengang: Dauer: 3 Semester)	Zürich	Europa Institut an der Universität Zürich, Hirschengraben 56, 8001 Zürich, Tel. 044 634 48 91, Fax 044 634 43 59, eiz@eiz.uzh.ch, www.eiz.uzh.ch
März/mars 2010	Formation continue de droit de la santé/Weiterbildungslehrgang Gesundheitsrecht Université de Neuchâtel SSPH+	Neuchâtel	Institut de droit de la santé, Mme E. Bloudanis-Leuenberger, Université de Neuchâtel, Av. du 1 ^{er} -Mars 26, 2000 Neuchâtel, Tél. 032 718 12 78, Fax 032 718 12 81, eva.bloudanis-leuenberger@unine.ch, www.unine.ch/ids

Diverses/Divers

07.–10. 12. 2009	Grundlagentraining GT I/09 «Chance Mediation» – Teil 2	Zürich	Egger, Philips + Partner AG, Frau Rosmarie Hofer, Fraumünsterstrasse 19, 8001 Zürich, Tel. 044 218 60 10, Fax 044 218 60 19, rosmarie.hofer@eggerphilips.ch, www.eggerphilips.ch
22. 02. 2010	Retrozessionen und Interessenkonflikte – wenn der Berater zum Verkäufer wird	Bern	Bernischer Juristenverein, Jungfraustrasse 1, Postfach, 3000 Bern 6, Tel. 031 357 00 00, Fax 031 357 00 01, christoph.zimmerli@wenger-plattner.ch, www.bernischerjuristenverein.ch
10. 03.–12. 03. 2010	Mediationstraining GT I/10 Teil 1	Zürich	Egger, Philips + Partner AG, Frau Rosmarie Hofer, Fraumünsterstrasse 19, 8001 Zürich, Tel. 044 218 60 10, Fax 044 218 60 19, rosmarie.hofer@eggerphilips.ch, www.eggerphilips.ch
18. 03.–20. 05. 2010	Fachkurs «Gerichtsnahe Mediation» (3 × 2 Tage)	Luzern	Hochschule Luzern – Wirtschaft, Institut für Betriebs- und Regionalökonomie IBR, Frau Brigitte Wägli, Tel. 041 228 40 28, brigitte.waegli@hslu.ch, www.weiterbildung.hslu.ch
25. 05.–28. 05. 2010	Mediationstraining GT I/10 Teil 2	Zürich	Egger, Philips + Partner AG, Frau Rosmarie Hofer, Fraumünsterstrasse 19, 8001 Zürich, Tel. 044 218 60 10, Fax 044 218 60 19, rosmarie.hofer@eggerphilips.ch, www.eggerphilips.ch
Mai 2010–Dez. 2011	Mediation in Wirtschaft, Arbeitswelt und öffentlichem Bereich – Diverse Module	St. Gallen	Institut für Rechtswissenschaft und Rechtspraxis, Universität St. Gallen, Bodanstrasse 4, 9000 St. Gallen, Tel. 071 224 24 24, Fax 071 224 28 83, irp@unisg.ch, www.irp.unisg.ch
14.–15. 09. 2010	Praxistraining PT I/10 «Advanced Mediation»	Zürich	Egger, Philips + Partner AG, Frau Rosmarie Hofer, Fraumünsterstrasse 19, 8001 Zürich, Tel. 044 218 60 10, Fax 044 218 60 19, rosmarie.hofer@eggerphilips.ch, www.eggerphilips.ch

Verschiedene Veranstaltungen/Autres manifestations

International

WS 2009/2010	Weiterbildender Masterstudiengang Gewerblicher Rechtsschutz (LL.M.)	Düsseldorf, Deutschland	Zentrum für Gewerblichen Rechtsschutz, Universitätsstrasse 1, DE-40 225 Düsseldorf, Tel. 0 049 211 81 11 587, Fax 0 049 211 81 11 741, info@gewrs.de, www.gewrs.de
14. 06.–25. 06. 2010	International Commercial Law Seminar	Köln, Deutschland	International Programs, School of Law an UC Davis Extension, 1333 Research Park Drive, Davis CA 95 618–4852, Tel. 001 (530) 757 8596, Fax 001 (530) 757 8596, lawinfo@unexmail.ucdavis.edu, www.extension.usdavis.edu/international/law
11. 07.–07. 08. 2010	Orientation in U.S.A. Law	California/USA, Davis	International Programs, School of Law an UC Davis Extension, 1333 Research Park Drive, Davis CA 95 618–4852, Tel. 001 (530) 757 8596, Fax 001 (530) 757 8596, lawinfo@unexmail.ucdavis.edu, www.extension.usdavis.edu/international/law