

ANWALTS REVUE DE L'AVOCAT

Das Praxismagazin des Schweizerischen Anwaltsverbandes
L'organe professionnel de la Fédération Suisse des Avocats
La rivista professionale della Federazione Svizzera degli Avvocati

4/2012

THEMA / QUESTION DU JOUR

Philipp Habegger und Anna Masser
Die revidierte Schweizerische Schiedsordnung (Swiss Rules)

ANWALTSPRAXIS / PRATIQUE DU BARREAU

Angelo Sole
Confiscation du produit de l'infraction et honoraires d'avocat

Walter Fellmann
Haftungsrisiken im neuen Produktesicherheitsgesetz

Adrian Rufener
Cloud Computing

Adrian Rufener
«Durchklick» – Integration der Zustellplattform in die E-Mail-Infrastruktur
«Clic informatique» – Intégration de la plateforme de messagerie sécurisée dans votre infrastructure de courrier électronique

Editorial

René Rall Im Fokus des SAV-Vorstands/Le point de mire du Conseil FSA ■ 171

Thema/Question du jour

Philipp Habegger und Anna Masser Die revidierte Schweizerische Schiedsordnung (Swiss Rules) ■ 175

Anwaltspraxis/Pratique du barreau

Angelo Sole Confiscation du produit de l'infraction et honoraires d'avocat ■ 181

Walter Fellmann Haftungsrisiken im neuen Produktesicherheitsgesetz ■ 192

Adrian Rufener Cloud Computing ■ 198

Adrian Rufener «Durchklick» – Integration der Zustellplattform in die E-Mail-Infrastruktur ■ 199

Adrian Rufener «Clic informatique» – Intégration de la plateforme de messagerie sécurisée dans votre infrastructure de courrier électronique ■ 200

Rechtsprechung/Jurisprudence

■ 201

SAV – Kantonale Verbände/FSA – Ordres cantonaux

Der SAV teilt mit/La FSA vous informe ■ 210

Agenda

■ 213

Impressum

Anwaltsrevue/Revue de l'avocat
15. Jahrgang 2012/15^e année 2012
ISSN 1422-5778

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

Zitervorschlag/Suggestion de citation
Anwaltsrevue 2/2012, S. 61 ff.
Revue de l'avocat 2/2012, p. 61 ss

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

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

**Verlag und Redaktion/
Edition et rédaction**
Helbing Lichtenhahn Verlag
Lektorat Zeitschriften
Graziella Gut, Redaktorin BR
Lic. phil. Anne-Marie Prévost
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@sav-fsa.ch
www.sav-fsa.ch

Inserate/Annonces

Zürichsee Werbe AG
Seestrasse 86
8712 Stäfa
Tel. 044 928 56 11
Fax 044 928 56 00
info@zs-werbeag.ch
www@zs-werbeag.ch

Vertrieb/Distribution

Abo-Service
Elisabethenstrasse 8, CH-4051 Basel
Tel. 061 228 90 20
Fax 061 228 90 51
zeitschriften@helbing.ch

Preise/Prix

Jährlich/Annuel: Fr. 198.–, € 165.–
Studenten/Etudiants: Fr. 98.–, € 82.–
Einzelheft/Numéro séparé: Fr. 25.–, € 21.–
Mitglieder des SAV gratis/Membres FSA gratuit
Alle Preise inkl. 2.5% MwSt.
Kündigungen für die neue Abonnementperiode 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
© Gestaltung, Umsetzung und Grafik
by Helbing Lichtenhahn Verlag, Basel

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.

Im Fokus des SAV-Vorstands

Erweiterter Zugang für Anwälte zu Grundbuchdaten

Die am 01.01.2012 in Kraft getretene neue Grundbuchverordnung enthält nicht nur die nötigen Grundlagen für die Einführung des elektronischen Geschäftsverkehrs mit den Grundbuchämtern. Auf Hinwirken des SAV erhalten im Anwaltsregister eingetragene Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälte neuerdings eine Zugriffsberechtigung auf Daten, die sie zur Ausübung des Berufes benötigen.

Der Revisionsentwurf wollte den erweiterten Zugang lediglich Banken und Versicherungen, nicht aber Anwälten zugestehen. Der SAV konnte genügend Vorgänge aus der üblichen Tätigkeit eines Anwalts aufzeigen, welche die Notwendigkeit eines erweiterten Zugangs verdeutlichten. Er wies in der Vernehmlassung zum Entwurf unter anderem darauf hin, dass Eigentumsverhältnisse zentral für sachenrechtliche Streitigkeiten sind und Belastungsgrenzen sowie Grundpfandrechte eine wichtige Rolle bei der Rechtsberatung spielen. Darüber hinaus sind bspw. Erwerbstitel, die Feststellung, ob eine Liegenschaft im Gesamt- oder Mit-

eigentum von Ehegatten steht, oder Vorbezüge aus der Pensionskasse wichtige Beurteilungselemente im Ehescheidungsverfahren. Der SAV machte zudem darauf aufmerksam, dass das Einsichtsrecht in die Grundbuchdaten Anwältinnen und Anwälten einen effizienteren Verkehr mit dem Grundbuchamt ermöglicht, weil angeforderte Grundbuchbelegkopien präzise beschrieben werden können.

In seiner Stellungnahme zum Revisionsentwurf bekräftigte der SAV, dass der vollständige Datenzugang und die Datenverwertung zwar kritisch zu hinterfragen bleibt und Missbräuchen entgegenzuwirken ist. Bei Anwälten, welche die Daten ebenso sehr für berufliche Zwecke benötigen wie Banken und Versicherungen, muss aber der Missbrauch von Daten nicht befürchtet werden.

Diese Argumente haben den Bundesrat überzeugt.

René Rall
Generalsekretär SAV

Le point de mire du Conseil FSA

Les avocats bénéficient désormais d'un accès étendu aux données du registre foncier (RF)

L'Ordonnance sur le registre foncier qui est entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2012 ne se limite pas à établir les bases nécessaires à l'introduction de la communication électronique avec les offices du RF. En effet, sur l'impulsion de la FSA, les avocats inscrits au registre sont désormais autorisés à accéder aux données du RF dont ils ont besoin pour l'exercice de leur profession.

A l'origine, le projet de révision prévoyait de n'accorder un accès étendu qu'aux banques et aux assurances, à l'exclusion des avocats. Or, la FSA a démontré à satisfaction que les avocats traitaient, dans leurs affaires de tous les jours, suffisamment de cas justifiant la nécessité d'un accès étendu aux données du RF. Lors de la procédure de consultation pour la révision de l'ORF, elle a notamment souligné l'importance des questions de propriété dans les affaires de droits réels, ainsi que le rôle cardinal, dans le conseil juridique, des charges maximales et des gages immobiliers. Elle a ajouté qu'il était également judicieux pour l'avocat de consulter les titres d'acquisition foncière qui déterminent si un

immeuble est en copropriété ou en propriété commune des époux, ou encore si des retraits anticipés ont été effectués auprès d'une caisse de pension. Enfin, elle a montré que le droit de consulter les données permettait aux avocats de commander avec plus de précision les extraits dont ils avaient besoin, ce qui facilite l'échange d'informations entre le RF et les avocats.

Dans sa prise de position sur le projet de révision, la FSA a encore mentionné qu'il était juste d'examiner avec précaution les demandes d'accès étendu aux données du RF et leur utilisation, et de combattre ainsi les éventuels abus. Toutefois, s'agissant des avocats qui utilisent les données du RF à des fins professionnelles, exactement comme les banques et les assurances, il n'y a pas lieu de craindre une utilisation abusive.

Ces arguments ont convaincu le Conseil fédéral.

René Rall
Secrétaire général FSA

Philipp Habegger* und Anna Masser**

Die revidierte Schweizerische Schiedsordnung (Swiss Rules)

Stichworte: Schiedsgerichtsbarkeit, Schiedsordnung, Binnenschiedsverfahren, Handelskammern

Am 1. Juni 2012 tritt die revidierte Internationale Schiedsordnung der Schweizerischen Handelskammern in Kraft. Sie findet dann auch auf Binnenschiedsverfahren unter dem 3. Teil der ZPO Anwendung und löst die bisherigen Binnenschiedsreglemente der beteiligten Handelskammern ab.

Seit Inkrafttreten der Schweizerischen Schiedsordnung («Swiss Rules») am 1. Januar 2004 haben die 7 beteiligten Handelskammern¹ über 500 (mehrheitlich internationale) Schiedsverfahren erfolgreich administriert. Damit war es an der Zeit, die gewonnenen Erfahrungen in eine moderate Erneuerung der Schiedsordnung einfließen zu lassen. Dies auch vor dem Hintergrund, dass die UNCITRAL Schiedsordnung von 1976, auf welchen die Swiss Rules basierten, im Jahr 2010 revidiert wurde und der 3. Teil der neuen Schweizerischen Zivilprozessordnung auf den 1. Januar 2011 das bisherige interkantonale Konkordat über die Schiedsgerichtsbarkeit ablöste. Nachfolgend werden die wichtigsten Neuerungen der revidierten Schiedsordnung dargestellt.²

1. Ziele der Revision

Die Revision strebt u.a. an, die Schiedsordnung mit der ZPO kompatibel zu machen.³ Dabei soll aber die Flexibilität, die bereits bisher ein grosser Vorteil der Swiss Rules war, nicht eingeschränkt, sondern wenn möglich noch ausgeweitet und der internationale Charakter der Regeln bewahrt werden. Eine Steigerung der Effizienz der Verfahren soll ebenfalls nicht zu Lasten der Flexibilität gehen. Schliesslich wird durch Schaffen einer zentralen Institution die einheitliche Anwendung der Regeln verbessert.

* Dr., LL.M., ist Partner bei Walder Wyss AG, Zürich. www.walderwyss.com

** Rechtsanwältin bei Walder Wyss AG, Zürich. www.walderwyss.com

1 Industrie- und Handelskammern von Basel, Bern, Genf, Lausanne, Lugano, Neuenburg und Zürich.

2 Soweit nicht anders gekennzeichnet, beziehen sich alle Artikelangaben auf die Swiss Rules. Die revidierten Swiss Rules sind auf www.swissarbitration.org in mehreren Sprachversionen abrufbar. In den nächsten Monaten werden zwei Kommentierungen der revidierten Swiss Rules erscheinen: Arbitration in Switzerland – The Practitioner's Guide, Manuel Arroyo (Hrsg.) und die zweite Auflage des Kommentars Swiss Rules of International Arbitration, Tobias Zuberbühler/Christoph Müller/Philipp Habegger (Hrsg.).

3 Dies ist gelungen. Einzig die Fristen zur Stellung von Begehren um Erläuterung und Berichtigung von Schiedssprüchen und um Ergänzende Schiedssprüche [Art. 35(1), 36(1), 37(1)] sind in der ZPO zu Gunsten der Parteien (zwingend) länger [Art. 388(2) ZPO]. Art. 1(5) Swiss Rules behält den Vorrang abweichender, zwingender gesetzlicher Bestimmungen ausdrücklich vor.

2. Institutioneller Rahmen

Bisher wurden die jeweiligen Verfahren von derjenigen Handelskammer institutionell begleitet, vor der sie eingeleitet oder zur Administration zugewiesen wurden. Nun wurde die mit eigener Rechtspersönlichkeit ausgestattete «Swiss Chambers' Arbitration Institution» geschaffen. Diese bestellt ihrerseits einen Schiedsgerichtshof («Gerichtshof»), welcher die in den Swiss Rules genannten Entscheidungen trifft. Der Gerichtshof wird in seiner Arbeit durch das Sekretariat («Sekretariat») unterstützt. Wie bisher werden auch Schiedsverfahren administriert, deren Sitz nicht in der Schweiz ist.

2.1. Grundsätzliche Kompetenz des Gerichtshofes

Gemäss Art. 1(4) Swiss Rules übertragen Parteien, die einen potentiellen Streit gemäss den Swiss Rules entscheiden lassen wollen, sämtliche Kompetenzen, die nötig sind, um das Verfahren zu überwachen, vom zuständigen staatlichen Gericht an den Gerichtshof. Diese Übertragung erfolgt im grösstmöglichen Ausmass im Rahmen des auf das Schiedsverfahren anwendbaren Rechts. Insbesondere wird dem Gerichtshof die Kompetenz eingeräumt, das Mandat der Schiedsrichter zu verlängern und über Ablehnungsanträge gegen Schiedsrichter, die nicht ausdrücklich in den Regeln erwähnt werden, zu entscheiden.⁴ Nicht unter diese Kompetenz fallen demgegenüber Unterstützungshandlungen, wie z.B. bei der Beweisaufnahme, welche dem staatlichen Richter vorbehalten bleiben.⁵

2.2. Neue Einzelkompetenzen

Die Einzelkompetenzen des Gerichtshofes sind vielfältig. So sind im Rahmen der Konstituierung des Schiedsgerichtes gemäss Art. 5(1) von den Parteien oder Schiedsrichtern vorgenommene Schiedsrichterernennungen wie bisher erst durch Bestätigung des Gerichtshofes wirksam, wobei dieser im Ausnahmefall einer Nichtbestätigung in ausserordentlichen Umständen der entsprechenden Partei bzw. den Schiedsrichtern das Recht auf eine Ersatzbenennung entziehen und den Ersatzschiedsrichter direkt ernennen kann [Art. 5(2)(b)].

4 Ein Ablehnungsantrag aus anderen Gründen als in Art. 10 Swiss Rules festgehalten kommt zum Beispiel in Betracht, wenn der Schiedsrichter von den Parteien vorausgesetzte Fähigkeiten nicht besitzt [Art. 180(1)(a) IPRG; Art. 367(1)(a) ZPO] oder eine der Parteien einen überwiegenden Einfluss auf die Ernennung der Schiedsrichter gehabt hat [Art. 368(1) ZPO].

5 Art. 184(2) und 185 IPRG; Art. 374(1) und 375(2) ZPO.

Im Zusammenhang mit der Konstituierung wichtigste Neuerung ist Art. 5(3). Gemäss dieser Vorschrift kann der Gerichtshof im Fall einer gescheiterten Konstituierung des Schiedsgerichts sämtliche Schritte einleiten, um die Konstituierung sicherzustellen. So kann der Gerichtshof bereits bestellte und bestätigte Schiedsrichter wieder abberufen, er kann Schiedsrichter erneut ernennen und bestätigen und er kann festlegen, wer den Vorsitz des Schiedsgerichts übernehmen soll. Durch diese Auffangklausel wird gewährleistet, dass es bei Vorliegen einer Swiss Rules Schiedsklausel in jedem Fall zu einer wirksamen Konstituierung des Schiedsgerichts kommt.⁶

Ausserdem kommt dem Gerichtshof bei Schiedsrichterernennungen im Rahmen von Mehrparteiverfahren eine entscheidende Rolle zu. So kann er gemäss Art. 8(5) nach seinem Ermessen alle Schiedsrichter ernennen und den Vorsitzenden bestimmen, wenn eine Partei oder eine Gruppe von Parteien keinen Parteischiedsrichter benennt.

Neu kann der Gerichtshof sodann sämtliche Fristen, die er selber festsetzen kann, erstrecken oder verkürzen [Art. 2(3)].

Dem Gerichtshof kommt darüber hinaus auch die Entscheidung zu, ob ein Verfahren von der Institution administriert wird oder nicht. Gemäss Art. 3(12) ist dies zu bejahen, wenn nicht offensichtlich keine Schiedsvereinbarung mit Bezug auf die Swiss Rules vorliegt. Diese Prüfung wird allerdings neu nur dann durchgeführt, wenn der Beklagte keine Antwort einreicht oder aber die Zuständigkeit des Schiedsgerichtes rügt, womit nun – vorbehaltlich der Zuständigkeitsprüfung durch das Schiedsgericht – in diesem Stadium die Möglichkeit der vorbehaltlosen Einlassung geschaffen ist.

3. Änderungen zur (noch) effizienteren Gestaltung des Verfahrens

3.1. Generelle Pflicht zur effizienten Gestaltung des Verfahrens für alle Beteiligten

In Art. 15(7) wird neu die Pflicht aller Beteiligten festgehalten, für eine effiziente Durchführung des Verfahrens zu sorgen. Hier sind ausdrücklich alle Beteiligten angesprochen, also die Parteien, das Schiedsgericht, aber auch die jeweiligen Parteivertreter und eventuell hinzugezogene Experten. Diese Obliegenheit ist zwar nicht direkt durchsetzbar, doch verfügt das Schiedsgericht über die Allokation der Kosten über eine wirksame Handhabe [vgl. Art. 40(1+2)].⁷

Dem Schiedsgericht wird im Rahmen der Swiss Rules keine Anleitung an bestimmten verfahrenstechnischen Massnahmen an die Hand gegeben.⁸ Hierdurch soll die bereits bisher gewollte

Flexibilität erhalten und eine Bevormundung des Schiedsgerichts vermieden werden.

3.2. Förderung von Vergleichslösungen

Für Nutzer aus dem deutsch-schweizerischen Rechtsraum ist der neue Art. 15(8) von besonderem Interesse, welcher mit Einverständnis der Parteien ein Hinwirken des Schiedsgerichtes auf eine Vergleichslösung erlaubt.⁹ Orientierung geben diesbezüglich die CEDR Rules for the Facilitation of Settlement in International Arbitration («CEDR Rules»)¹⁰ Analog zu Art. 3(3) CEDR Rules halten die Swiss Rules fest, dass die Teilnahme eines Schiedsrichters in der vereinbarten Vergleichsförderung für sich keinen Grund zur Ablehnung eines Schiedsrichters darstellt.

3.3. Einleitung des Verfahrens

Die Verfahrenseinleitung wurde dadurch beschleunigt, dass – falls die Parteien die Ernennung je eines oder mehrerer¹¹ Parteischiedsrichter vereinbart haben – deren Ernennung bereits in der Einleitungsanzeige bzw. der Antwort hierauf zu erfolgen hat [Art. 3(3)(h) und Art. 3(7)(f)]. Ausserdem wird neu verlangt, dass bereits im Rahmen der Einleitungsanzeige bzw. der Antwort dazu Stellung genommen wird, welche Schiedsrichterzahl für angemessen erachtet wird, welche Sprache anzuwenden sei und wo der Sitz des Verfahrens sein sollte, wenn die Parteien sich hierauf nicht bereits geeinigt haben [Art. 3(3)(g) und Art. 3(7)(e)]. Hierdurch werden diese wichtigen verfahrenstechnischen Fragen zu einem möglichst frühen Zeitpunkt angesprochen und können entsprechend berücksichtigt werden.

3.4. Konstituierung und Zusammensetzung des Schiedsgerichts

Was die Zusammensetzung des Schiedsgerichts betrifft, wurden nebst der Einführung von Art. 5(3) insbesondere das Fristenregime gestrafft und zusätzliche Kompetenzen des Gerichtshofes zur Verhinderung von missbräuchlichen Verzögerungen geschaffen. So sind Ablehnungsanträge nun 15 Tage nach Bekanntwerden des Grundes für die Ablehnung an das Sekretariat zu richten [Art. 11(1)]. Wenn sich die Parteien innerhalb von weiteren 15 Tagen nicht über die Ablehnung einigen oder der abgelehnte Schiedsrichter nicht freiwillig zurücktritt, so entscheidet der Gerichtshof über den Ablehnungsantrag.

Nach den neuen Regeln kann der Gerichtshof nach Schluss des Verfahrens [vgl. Art. 29(1)] in ausserordentlichen Umständen und nach Konsultation mit den Parteien und den verbleibenden Schiedsrichtern entscheiden, einen abgelehnten, zurückgetre-

6 Vgl. MICHA BÜHLER/MICHAEL FEIT, in: Zuberbühler/Müller/Habegger (Hrsg.), Swiss Rules of International Arbitration, 2. Auflage, Zürich 2012, Art. 5 N 28 ff. Art. 5(3) basiert auf Art. 10(3) UNCITRAL Schiedsordnung. Die Swiss Rules haben den Anwendungsbereich auch für die Frage der Konsolidierung fruchtbar gemacht (vgl. unten Kapitel 4.1.1).

7 Vgl. auch Art. 9(7) der IBA Rules on the Taking of Evidence in International Arbitration, der dies insbesondere auch im Rahmen der Beweiserhebung vorsieht.

8 Wie zum Beispiel unter Art. 24(1) und Anhang IV ICC Rules.

9 Art. 278(1) ZPO; Art. 32(1) DIS Rules.

10 www.cedr.com/about_us/arbitration_commission. HILMAR RAESCHKE-KESSLER, The Arbitrator as Settlement Facilitator, Arbitration International 2005, S. 523.

11 Der gegenüber Art. 3(4)(b) und 3(8)(b) Swiss Rules 2004 geänderte Wortlaut stellt klar, dass unter den Swiss Rules auch Schiedsverfahren durchgeführt werden können, welche gemäss Parteivereinbarung eine andere Schiedsrichterzahl als eins oder drei vorsehen. Der bereits besprochene neue Art. 5(3) stellt sicher, dass auch in solchen Fällen das Schiedsgericht erfolgreich konstituiert werden kann.

nen oder abberufenen Schiedsrichter nicht zu ersetzen und das Verfahren mit lediglich den verbleibenden Schiedsrichtern zu Ende zu führen [Art. 13(2)(b)].

3.5. Vorverlegung von einigen Verfahrensschritten

Das Beibringen von Beweisen wird unter den neuen Regeln etwas nach vorne verlagert. Die Parteien sind in der Regel verpflichtet, nicht nur wie bisher einzig Urkunden sondern alle Beweise, auf die sie sich zur Begründung der Klage bzw. der Klageantwort berufen, bereits dem ersten Schriftsatz beizulegen [Art. 18(3) und Art. 19(2)]. Hierdurch wird gewährleistet, dass das Schiedsgericht bereits zu einem relativ frühen Zeitpunkt im Verfahren einen guten Überblick über die zu beantwortenden Tat- und Rechtsfragen und die Beweislage erhält. Hiervon kann durch Parteivereinbarung oder Anordnung des Schiedsgerichtes abgewichen werden, wie auch das Schiedsgericht zu jedem Zeitpunkt des Verfahrens die Vorlage weiterer Beweise verlangen kann [Art. 15(1) und 24(3)].

3.6. Beibehaltung des Beschleunigten Verfahrens

Das überaus erfolgreiche und bewährte Beschleunigte Verfahren gemäss Art. 42 wurde beibehalten. Für Streitwerte unter 1 Million Schweizer Franken sehen die Swiss Rules damit weiterhin als Regel vor, dass die Streitigkeit innerhalb von sechs Monaten, nach Durchführung eines einfachen Schriftenwechsels und einer einzigen mündlichen Verhandlung durch einen Einzelschiedsrichter, zu entscheiden ist. Das Beschleunigte Verfahren offeriert damit eine effiziente und kostengünstige Streitbelegung bei kleineren Streitwerten, welche neu eine Kostenkontrolle durch den Gerichtshof beinhaltet.¹²

3.7. Schluss des Verfahrens

Gemäss Art. 29 ist neu der Schluss des Verfahrens – nun ausdrücklich auch in Bezug auf einzelne Verfahrensabschnitte – durch das Schiedsgericht bereits dann zulässig, wenn die Parteien eine vernünftige Möglichkeit hatten, ihren Standpunkt darzulegen. Die früher an sich erforderliche, aber eher artifizielle Anfrage an die Parteien, ob sie weitere Beweismittel hätten, wurde abgeschafft.¹³

4. Weitere wesentliche Änderungen

4.1. Konsolidierung und Teilnahme Dritter am Verfahren

Bereits die Swiss Rules 2004 waren im Hinblick auf Konsolidierung und Teilnahme Dritter am Verfahren sehr innovativ. Dieser Trend setzt sich in den neuen Regeln fort.

4.1.1 Konsolidierung

Art. 4(1) lässt dem Gerichtshof grösstmögliche Flexibilität in der Entscheidung, ob ein oder mehrere neue Verfahren in ein bereits hängiges konsolidiert werden sollen. Der Artikel enthält ausdrücklich eine Kann-Vorschrift. Dieses Recht steht dem Gerichtshof auch dann zu, wenn nicht dieselben Parteien an dem oder den neuen Verfahren beteiligt sind [Art. 4(1) Satz 2]. Bei seiner Entscheidung muss der Gerichtshof alle relevanten Umstände in Betracht ziehen, einschliesslich der Verbindung der Verfahren untereinander und des Fortschritts des bereits hängigen Verfahrens [Art. 4(1) Satz 3].

Der Spielraum für eine mögliche Konsolidierung ist nun erweitert, indem der Gerichtshof gemäss Art. 4(1) Satz 4 neu die Möglichkeit hat, bereits ernannte Schiedsrichter wieder abzurufen und das Ernennungsverfahren (im Rahmen eines Mehrparteienverfahrens) erneut durchzuführen. Dabei handelt es sich um eine Nutzbarmachung bzw. Weiterentwicklung des bereits oben erwähnten Art. 5(3), welcher es dem Gerichtshof ermöglicht, das Schiedsgericht auch dann wirksam zu bestellen, wenn eine Partei oder Gruppe von Parteien keinen Schiedsrichter ernannt. In dieser Frage bieten die Swiss Rules wohl mehr – vorsichtig ausübende – Ermessensfreiheit als jede andere Schiedsordnung,¹⁴ eröffnen dabei aber auch gleichzeitig die Möglichkeit, im konsolidierten Verfahren sämtliche Parteien bei der Bestellung des Schiedsgerichtes gleich zu behandeln,¹⁵ da der Gerichtshof nach Massgabe von Art. 8(5) dann auch alle Schiedsrichter selbst ernennen kann.

4.1.2 Beteiligung Dritter

Nach Massgabe von Art. 4(2) ist schon wie unter den Swiss Rules 2004 sowohl möglich, dass ein verfahrensfremder Dritter beantragt, am Verfahren teilnehmen zu können, als auch, dass Parteien eines Verfahrens beantragen, dass ein oder mehrere Dritte in das Verfahren mit einbezogen werden. Unter den ICC Rules können einzig die Parteien des laufenden Verfahrens den Einbezug Dritter als zusätzliche beklagte Hauptpartei verlangen.¹⁶

In den Swiss Rules ist zusätzlich die Art der Beteiligung bewusst offen gelassen. Zu denken ist insbesondere an Streitverkündung (inklusive Beitritt), Nebenintervention und Hauptintervention, aber auch an Institute aus dem angloamerikanischen Raum, wie zum Beispiel *Amicus-curiae*-Schriftsätze und *third-party-notice* oder auch an das französische *droit d'intervention à titre accessoire*.¹⁷ Die Entscheidung, ob und inwiefern eine Teilnahme Dritter am Verfahren erlaubt ist und in welchem Rahmen die Beteiligung abläuft, obliegt dem Schiedsgericht (und nicht

¹² Vgl. unten Kapitel 4.3.

¹³ NORADÈLE RADJAI/CHRISTIAN OETIKER, in: Zuberbühler/Müller/Habegger (Hrsg.) (Fn. 6), Art. 29 N 7.

¹⁴ Der Gerichtshof muss bei seiner Entscheidung in jedem Fall darauf achten, dass die Gleichbehandlung der Parteien gewahrt bleibt. Vgl. auch MICHA BÜHLER/MICHAEL FEIT, in: Zuberbühler/Müller/Habegger (Hrsg.) (Fn. 6), Art. 5 N 35. Insbesondere Art. 10 ICC Rules ist wesentlich unflexibler, was die Vereinigung von Verfahren angeht.

¹⁵ Vgl. Art. 368(1) ZPO.

¹⁶ Vgl. Art. 7(1) ICC Rules.

¹⁷ Für einen Überblick vgl. NATHALIE VOSER, Multi-party Disputes and Joinder of Third Parties, International Council for Commercial Arbitration Congress Series No. 14, 2009, S. 343 ff.

dem Gerichtshof) nach Konsultation aller Parteien und des oder der Dritten. Je nach Beteiligungsform sind die Voraussetzungen unterschiedlich und setzen nicht zwingend das Vorliegen einer Schiedsvereinbarung voraus.

4.2. Effektiver einstweiliger Rechtsschutz

Die Swiss Rules erlauben die Gewährung einstweiligen Rechtsschutzes nicht nur nach (wie bisher Art. 26), sondern neu auch vor Konstituierung des Schiedsgerichts (Art. 43).

4.2.1 Einstweiliger Rechtsschutz nach Konstituierung des Schiedsgerichts

Wie bisher hat das Schiedsgericht die Kompetenz einstweilige Massnahmen zu erlassen (Art. 26). Dabei kann ein Massnahmenentscheid sowohl als Zwischenschiedsspruch wie auch als Prozessverfügung erlassen werden [Art. 26(2)].

Inspiziert von Art. 17B und 17C des UNCITRAL Modellgesetzes, jedoch ohne die Voraussetzungen gleichermaßen spezifisch zu umschreiben, lassen die Swiss Rules neu zu, dass das Schiedsgericht in ausserordentlichen Umständen auch eine provisorische Verfügung (*preliminary order*) erlassen kann, ohne die Gegenpartei vorher hierzu anzuhören.¹⁸

Die revidierten Swiss Rules tragen so dem Umstand Rechnung, dass einstweiliger Rechtsschutz oftmals nur dann gewährleistet werden kann, wenn die Möglichkeit besteht, die Massnahme ohne vorherige Anhörung zu erlassen.¹⁹ Das rechtliche Gehör wird dadurch gewährt, dass der Antrag auf die provisorische Verfügung der Gegenpartei spätestens mit deren Erlass zugestellt werden muss und ihr umgehend das Recht eingeräumt wird, Stellung zu nehmen [Art. 26(3)].

Ausserdem kann ein Schadensersatzanspruch gegeben sein, wenn die Massnahme zu Unrecht beantragt und/oder verfügt worden ist. Dies gilt sowohl für provisorische Verfügungen wie für allgemeine einstweilige Massnahmen. Für einen Entscheid über diesen Schadensersatzanspruch ist neu das Schiedsgericht gemäss Art. 26(4) ausdrücklich zuständig. Die Vorschrift regelt aber den Anspruch an sich nicht.²⁰

Art. 26(5) stellt klar, dass die sonst zuständigen staatlichen Gerichte parallel für vorsorgliche Massnahmen zuständig sind und ein Antrag beim staatlichen Gericht nicht als Verzicht auf die Schiedsklausel zu sehen ist.

4.2.2 Emergency Relief²¹ vor Konstituierung des Schiedsgerichts

Gänzlich neu eingefügt wurde Art. 43, der vorsorgliche Massnahmen bereits vor Konstituierung des Schiedsgerichts regelt. Die Notwendigkeit von sogenanntem *emergency relief*, d.h. von provisorischen Massnahmen, die bereits vor Konstituierung des Schiedsgerichts durch einen kompetenten Schiedsrichter erlassen werden können, wurde bereits seit längerem in der Schiedsgerichtswelt diskutiert und in jüngerer Zeit in verschiedener Ausprägung bereits eingeführt.²²

Art. 43 sieht keine besonderen Übergangsregelungen vor. Damit bleibt es bei der allgemeinen Regel von Art. 1(3) wonach die neue Version der Regeln auf sämtliche Verfahren Anwendung findet, in welchen die Einleitungsanzeige am oder nach dem 1. Juni 2012 beim Sekretariat eingeht, ausser die Parteien hätten etwas anderes vereinbart. Diese Lösung basiert auf dem weitgehend akzeptierten Grundsatz, dass Parteien, die sich auf institutionelle Schiedsregeln einigen, grundsätzlich einverstanden sind, dass die jeweils neuste Fassung Anwendung findet.²³ Ebenso sind allerdings Ausnahmen anerkannt. Dies insbesondere dann, wenn eine Partei darlegen kann, dass es sich um eine von der ursprünglichen Vereinbarung wesentlich abweichende Regelung handelt und die Neuregelung in dieser Hinsicht unerwartet war, so dass sich die Parteien diesbezüglich nicht geeinigt haben.

Nach Ansicht der Autoren ist der neue Art. 43 ohne weitere Anhaltspunkte nicht als wesentliche Abweichung anzusehen, so dass ein *Emergency Relief*-Verfahren in sämtlichen ab dem 1. Juni 2012 eingeleiteten Verfahren eingeleitet werden kann. Auch unter den alten Swiss Rules war das Schiedsgericht für vorsorgliche Massnahmen konkurrenzierend zum staatlichen Gericht zuständig, so dass die Regelung nicht wesentlich abweicht, sondern lediglich eine – auch aus staatlichen Verfahren bekannte – zeitlich vorgelagerte Zuständigkeit eines Massnahme(schieds)richters vorsieht. Im Endeffekt wird diese Entscheidung aber dem *Emergency Arbitrator* in Würdigung der Umstände des Einzelfalles bei der Fällung seines Zuständigkeitsentscheides zufallen.

Eine Partei, die vor der Konstituierung des Schiedsgerichts einstweiligen Rechtsschutz benötigt, kann einen entsprechenden Antrag an das Sekretariat stellen [Art. 43(1)]. Der Antrag muss zunächst den Erfordernissen von Art. 3(3)(b) bis (e) genügen, also eine Kopie der Schiedsvereinbarung, eine Bezugnahme auf das zu Grunde liegende Vertragsverhältnis, eine Beschreibung der Natur des Anspruchs in der Hauptsache und eine Angabe zum Streitwert enthalten. Darüber hinaus muss der Antrag die verlangten Massnahmen bezeichnen und die Gründe für deren Dringlichkeit darlegen [Art. 43(1)(a)], die Verfahrenssprache, den Sitz und das anwendbare Recht ansprechen [Art. 43(1)(b)] und

18 Art. 265 ZPO für das staatliche Verfahren und BSK ZPO-PHILIPP HABEGGER, Art. 374 N.4.

19 In der Schweiz wird die Möglichkeit für Schiedsgerichte, in ausserordentlichen Umständen vorläufige Massnahmen ohne Anhörung der Gegenpartei zu erlassen, mehrheitlich befürwortet: STEPHEN BERTI, in: Basler Kommentar zum IPRG, 2. Auflage 2007, Art. 183 Rn. 12; BERNHARD BERGER/FRANZ KELLERHALS, *International and Domestic Arbitration in Switzerland*, 2. Auflage 2010, N 1153; JEAN-FRANÇOIS POUURET/SÉBASTIEN BESSON, *Comparative Law of International Arbitration*, 2007, N 626; GABRIELLE KAUFMANN-KOHLER/ANTONIO RIGOZZI, *Arbitrage International*, 2. Auflage 2010, N 584 jeweils mit weiteren Nachweisen.

20 Vgl. Art. 37 ZPO.

21 Die definitive Benennung in der noch nicht publizierten deutschen Version der Swiss Rules ist den Autoren zur Zeit nicht bekannt.

22 Art. 37 International Arbitration Rules der American Arbitration Association; Anhang II Arbitration Institute Stockholm Chamber of Commerce Arbitration Rules; Art. 29 und Anhang V ICC Rules.

23 Vgl. ausführlich: SIMON GREENBERG/FLAVIA MANGE, *Institutional and Ad Hoc Perspectives on the Temporal Conflict of Arbitral Rules*, J. Int. Arb. 2010, S. 199.

bestätigen, dass die Einschreibgebühr von CHF 4 500 geleistet worden ist. Darüber hinaus hat die beantragende Partei CHF 20 000 Vorschuss auf die Verfahrenskosten zu leisten [Appendix B, Abschnitt 1(6)].

Nach Erhalt der Gebühren und des Kostenvorschusses ernennt der Gerichtshof einen *Emergency Arbitrator*, es sei denn, er komme zu dem Schluss, dass offensichtlich keine Swiss Rules-Schiedsvereinbarung zwischen den Parteien besteht [Art. 43(2) (a)] oder er es aus anderen Gründen für sinnvoller erachtet, zunächst die Konstituierung des Schiedsgerichts zu veranlassen, um dann dieses über den Antrag entscheiden zu lassen [Art. 43(2)(b)]. Letztere Option gewährt im Zusammenspiel mit der neuen Kompetenz zur Verkürzung von Fristen²⁴ zusätzliche Flexibilität für den Gerichtshof, um der konkreten Situation gerecht zu werden.

Der Sitz des *Emergency Relief*-Verfahrens ist grundsätzlich an dem Ort, an dem auch das Schiedsverfahren seinen Sitz haben wird, wenn die Parteien einen solchen vereinbart haben. Fehlt eine solche Abmachung, kann der Gerichtshof gemäss Art. 43(5) den Sitz für das *Emergency Relief*-Verfahren ohne präjudizielle Wirkung auf die endgültige Bestimmung des Sitzes des Schiedsverfahrens nach Art. 16(1) festlegen.

Gemäss dem Verweis auf Art. 26 in Art. 43(1) kann der *Emergency Arbitrator* sämtliche vorsorglichen Massnahmen erlassen, welche auch ein konstituiertes Schiedsgericht erlassen könnte. Damit steht auch im Rahmen dieses Verfahrens die Möglichkeit offen, eine einstweilige Massnahme zu erlassen, ohne die Gegenpartei vorher anzuhören. Dies im Gegensatz zu allen anderen den Autoren bekannten Regelungen zu *Emergency*-Schiedsrichtern.

Ein Entscheid des *Emergency Arbitrator* hat binnen 15 Tagen zu ergehen, wenn die Parteien nicht etwas anderes vereinbaren oder der Gerichtshof eine andere Frist festlegt [Art. 43(7)]. Der *Emergency Arbitrator* legt dabei auch sein Honorar und seine Auslagen – beides nach Genehmigung oder Anpassung durch den Gerichtshof – fest [Art. 43(9) Satz 1 i.V.m. Art. 38(g)]. Die Entscheidung über die Kosten für die Parteivertretung und auch die endgültige Verteilung der Kosten zwischen den Parteien liegt auch für das *Emergency Relief*-Verfahren demgegenüber beim späteren Schiedsgericht [Art. 43(9) Satz 2 i.V.m. Art. 38(d+e)]. Wenn ein späteres Schiedsgericht gar nicht erst konstituiert wird, geht diese Entscheidungsbefugnis auf den *Emergency Arbitrator* über, welcher einen separaten Kostenschiedsspruch zu erlassen hat [Art. 43(9) Satz 3].

Art. 43 enthält keine besondere Vorschrift in Bezug auf den Inhalt der Entscheidung. Auch der *Emergency Arbitrator* kann sowohl Verfügungen wie auch Schiedssprüche erlassen. Wenn er sich für einen Schiedsspruch entscheidet oder ein solcher beantragt ist, gilt die generelle Regel von Art. 32(3), so dass der Schiedsspruch zu begründen ist. In Anbetracht der zeitlichen Beschränkungen für eine Entscheidung sollte es ausreichen, wenn die Begründung summarisch erfolgt [Art. 42(1)(e) analog].

Das nachfolgende Schiedsgericht ist gemäss Art. 43(8) dazu befugt, die vom *Emergency Arbitrator* erlassenen Massnahmen abzuändern, aufzuheben oder zu suspendieren.

Für den Fall, dass der Antrag auf *Emergency Relief* vor der Einleitungsanzeige eingebracht wird, sieht Art. 43(3) vor, dass diese spätestens innerhalb von zehn Tagen nachgereicht werden muss. Diese Vorschrift stellt auf der einen Seite sicher, dass Rechtsschutz in dringenden Fällen auch schon vor Einreichung der Einleitungsanzeige gewährt wird. Auf der anderen Seite schützt sie die Gegenpartei auch vor übermässigem Vergleichsdruck – es macht nämlich durch diese Vorschrift keinen Sinn, *Emergency Relief* ohne die Absicht zu beantragen, die in Rede stehenden Ansprüche auch durchzusetzen.²⁵

Fraglich ist, ob in Form eines Zwischenschiedsspruches durch den *Emergency Arbitrator* oder das Schiedsgericht erlassene vorsorgliche Massnahmen nach dem New Yorker Übereinkommen über die Vollstreckung und Anerkennung ausländischer Schiedssprüche vom 10. Juni 1958 vollstreckbar sind.²⁶ Ergeht der Massnahmeentscheid bloss in Form einer Verfügung, ist u.U. dennoch die Hilfe des staatlichen Gerichts zur Vollstreckung verfügbar.²⁷

4.3. Kosten

Auch die Vorschriften über die Kosten des Verfahrens sind teilweise neu geregelt. Um das Verfahren bis zum tatsächlichen Beginn weiter zu beschleunigen und die Entschädigung des Schiedsgerichtes besser sicherzustellen, kann das Schiedsgericht im Fall der Nichtleistung eines Kostenvorschusses durch eine der Parteien nun bereits nach 15 statt 30 Tagen den anderen Parteien Frist ansetzen, um diese Zahlung zu leisten [Art. 41(4)] und im Säumnisfalle das Verfahren unterbrechen oder einstellen.

Neu ist auch, dass der Gerichtshof (nicht der Einzelschiedsrichter selber) im Beschleunigten Verfahren nach Art. 42 vom Kläger einen vorläufigen Kostenvorschuss in Höhe von CHF 5 000 verlangt (Appendix B, Abschnitt 1.4) und die Akten erst nach dessen Erhalt an den Einzelschiedsrichter weiterleitet [Art. 42(1) (a)]. Auch diese Bestimmung dient dem Schutz des Honoraranspruches des Einzelschiedsrichters. Dieser sah sich bis anhin im Beschleunigten Verfahren angesichts der Pflicht zum Erlass des Endschiedsspruches innert sechs Monaten nach Erhalt der Akten [Art. 42(1)(d)] vielfach in der unbequemen Lage, mit seinen ersten Bemühungen beginnen zu müssen, ohne hierfür bereits die Kosten sichergestellt zu haben.

Kosten für einen Sekretär des Schiedsgerichts [Art. 15(5)] sind neu von Art. 38(a+b) mit erfasst. Durch die Aufnahme in die Vorschrift über Honorare und Auslagen der Schiedsrichter soll ver-

24 Art. 2(3); vgl. oben S. 176.

25 Vgl. VOSER (Fn. 2), S. 783, S. 817.

26 Vollstreckbarkeit wird überwiegend angenommen, wobei es auf den Inhalt der Massnahme ankommen kann. Vgl. im Einzelnen NIGEL BLACKABY/CONSTANTINE PARTASIDES/ALAN REDFERN/J. MARTIN H. HUNTER, Redfern and Hunter on International Arbitration, 5. Auflage 2009, Rn. 9.05 ff.; auf die Finalität abstellend: LOUKAS A. MISTELIS, Concise International Arbitration, 2010, Art. 1 NYC, Rn. 3; YVES DERAIS/ERIC A. SCHWARTZ, Guide to the ICC Rules of Arbitration, 2. Auflage, 2005, S. 297.

27 Vgl. u.a. für die Vollstreckung in der Schweiz Art. 183(2) IPRG und Art. 375(2) ZPO.

mieden werden, dass Kosten für Sekretäre separat unter Art. 38 (c) (... *andere von den Schiedsrichtern in Anspruch genommene Unterstützung*) subsumiert werden können. Für die Parteien soll grösstmögliche Transparenz geschaffen werden, und auch ein Schiedsverfahren unter Beizug eines Sekretärs soll sich im durch Appendix B Abschnitt 6 festgelegten Honorarraumen bewegen [Art. 38(a) und 39(2)].

Tiefgreifendste Änderung ist mit Sicherheit die weitergehende Kostenkontrolle durch den Gerichtshof nach Massgabe von Art. 40(4). Die Kammern wurden unter den Swiss Rules 2004 zur Kostenentscheidung nur konsultiert und hatten diese nur zu genehmigen, wenn der Honorarraum von Appendix B überschritten wurde. Der Gerichtshof muss nun den Entscheid des Schiedsgerichts über die Honorare und Auslagen von Schiedsgericht und Sekretär [Art. 38(a–c)] und *Emergency Arbitrator* [Art. 38(g)] ausdrücklich genehmigen und kann diese für Schiedsgericht oder *Emergency Arbitrator* verbindlich anpassen.²⁸ Hierdurch wird eine weitergehende Kostenkontrolle als bisher gewährleistet, was die Anwender der Regeln mit Sicherheit begrüssen werden.

5. Zusammenfassung

Die Swiss Rules haben sich seit ihrem Inkrafttreten anfangs 2004 ausserordentlich bewährt und das Vertrauen der Nutzer erhalten. Die Revision hält an den bewährten Prinzipien fest. Institutionelle Kompetenzen wurden nur insoweit verstärkt, als es die Sicherung der Integrität des Verfahrens auch in Ausnahmesituationen notwendig macht, und ohne die Flexibilität von Parteien und Schiedsgerichten einzuschränken. Letztere wurde durch die revidierten Bestimmungen zu Konsolidierung, Beitritt von Dritten und vorsorglichen Massnahmen sowie der neuen Bestimmung zu *Emergency Relief* nochmals massgeblich erhöht. Die Swiss Chambers' Arbitration Institution ist sodann diejenige Schiedsinstitution in der Schweiz, welche sich nachweislich über ausgedehnte Erfahrung in der Administration von Schiedsverfahren und sattelfestes Personal ausweisen kann. Die statistisch betrachtet im Vergleich zu ICC-Schiedsverfahren schon jetzt wesentlich kürzere Verfahrensdauer dürfte sich damit aufrechterhalten lassen.²⁹ ■

28 Vgl. die Kostenkontrolle unter Art. 41(3+4) UNCITRAL Rules 2010, welche als Vorbild diente.

29 Vgl. GABRIELLE NATER-BASS/CHRISTINA ROUVINEZ, in: Zuberbühler/Müller/Habegger (Hrsg.) (Fn. 6), Art. 23 N 18.

Angelo Sole*

Confiscation du produit de l'infraction et honoraires d'avocat

Mots clés: Provisions, honoraires, avocat, confiscation auprès du tiers, contre-prestation, bonne foi

I. Introduction

Pour combattre les organisations criminelles, une série de mesures centrées sur les gains illicites ont été prises en Suisse et ailleurs. Or, la plupart des instruments adoptés, tant sur le plan international que national, dépassent le but invoqué, en visant également des formes de criminalité non organisée.¹ S'attaquer directement au produit de l'infraction fait perdre toute rentabilité à l'acte criminel. La confiscation ne cherche pas à infliger une punition supplémentaire au condamné ou à ses proches, mais vise seulement à assurer que «le crime ne paie pas», c'est-à-dire à éviter qu'une personne puisse tirer avantage d'une infraction.² Dirigée contre le produit de l'infraction, elle intervient là où se trouvent les valeurs qui en sont l'objet et ne vise pas nécessairement un coupable.³ L'avocat, rémunéré par son client, se trouve être l'un de ces tiers susceptibles de recevoir des valeurs patrimoniales de provenance illicite. Le législateur a cependant prévu une protection pour le tiers qui remplit certaines conditions,⁴ mais celle-ci n'est guère satisfaisante, comme nous le verrons, dans le cas de l'avocat.

Cette contribution entend aborder le sujet de la confiscation des avoirs en mains de l'avocat dans son activité typique, sans entrer dans le débat relatif à la punissabilité pour blanchiment d'argent (art. 305^{bis} CP) ou recel (art. 160 CP).⁵ Le cas particulier des avocats d'affaires qui, en leur qualité d'intermédiaires financiers, sont soumis à la LBA⁶ ne sera pas abordé⁷. Nous nous foca-

liserons sur l'activité de défenseur pénal, la plus exposée selon nous à ce type de mesure. Alors que cette problématique peut apparaître à première vue comme une question financière pour l'avocat, les intérêts en jeu dépassent les simples intérêts pécuniaires de celui-ci. La doctrine, allant de la simple mise en évidence du problème aux propositions les plus poussées, n'a pas encore trouvé écho dans une modification législative ou une pratique judiciaire, de sorte que le doute subsiste quant au comportement à adopter en présence de fonds douteux.

Après une présentation générale de la confiscation auprès du tiers et de la problématique de celle-ci auprès de l'avocat, nous nous pencherons sur la jurisprudence et la doctrine en la matière. Nous serons alors en mesure de nous prononcer sur les problèmes gravitant autour de la confiscation d'honoraires d'avocat et laisserons place à une prise de position sur cette mesure susceptible de toucher, un jour, tout avocat.

II. Généralités

En vertu de l'art. 70 al. 1 CP, «le juge prononce la confiscation des valeurs patrimoniales qui sont le résultat d'une infraction ou qui étaient destinées à décider ou à récompenser l'auteur d'une infraction, si elles ne doivent pas être restituées au lésé en rétablissement de ses droits». Cette disposition suppose donc la commission d'un acte illicite, mais non nécessairement fautif. En effet, la faute pénale n'est pas exigée, il suffit que les éléments constitutifs objectifs et subjectifs soient réalisés.⁸ Selon l'art. 70 CP, la confiscation ne se limite pas au produit de l'infraction au sens restreint (*Tatgewinn*), mais est également applicable au *pre-tium sceleris* (*Tatlohn*).⁹

Afin que la confiscation puisse bénéficier d'une portée aussi large que possible, elle s'applique indifféremment au produit de crimes, délits ou contraventions et ne se limite pas aux infractions prévues par le code pénal.¹⁰ Cependant, «il doit exister un lien de causalité entre l'infraction et les valeurs patrimoniales, l'obtention des valeurs devant apparaître comme la conséquence directe et immédiate de l'infraction». ¹¹ La confiscation ne se li-

* Master en Droit en sciences criminelles, mention magistrature, avocat-stagiaire, actuellement stagiaire auprès du Ministère public de la Confédération.

1 URSULA CASSANI, Combattre le crime en confisquant les profits: nouvelles perspectives d'une justice transnationale, in: Criminalité économique, Groupe suisse de travail de criminologie, Rüegger, Coire/Zurich 1999, p. 258.

2 MARTIN KILLIAS, ANDRÉ KUHN, NATHALIE DONGOIS, MARCELO-F. AEBI, Précis de droit pénal général, troisième édition, Stämpfli, Berne 2008, p. 278; ATF 117 IV 107 consid. 2a.

3 FF 1993 III 298.

4 Art. 70 al. 2 CP (Code pénal suisse du 21 décembre 1937, RS 311.0).

5 Sur ce sujet, cf. notamment JACQUES ANTENEN, YVES BURNAND, LAURENT MOREILLON, JEAN TRECCANI, La rémunération du défenseur pénal par le produit de l'infraction, RPS 2001, pp. 71–93; GEORG FRIEDLI, Anwalt und Geldwäscherei, Droit suisse des avocats, Stämpfli, Berne 1998, pp. 285–305; MARIO GIANNINI, Anwaltliche Tätigkeit und Geldwäscherei, Schulthess, Zurich 2005.

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

7 Sur ce sujet, cf. notamment 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, Slatkine, Genève 2008, pp. 463–486; FRIEDLI

(note 5); GIANNINI (note 5); PHILIPPE RICHARD, L'avocat face au blanchiment d'argent, in: L'avocat et le juge face au droit pénal, Mélanges offerts à ERIC STOUDEMANN, Schulthess, Genève/Zurich/Bâle 2005, pp. 265–287.

8 ATF 117 IV 233 consid. 3; ATF 125 IV 4.

9 FLORIAN BAUMANN, in: Niggli/Wiprächtiger (éds), Basler Kommentar, Strafrecht I, Helbing Lichtenhahn, Bâle 2007, art. 70–71 CP, n° 11.

10 BAUMANN (note 9), art. 70–71 CP, n° 16 et les références citées.

11 Arrêt du Tribunal fédéral du 8 février 2006, 6S.365/2005 consid. 4.3.1.

mite pas au produit direct de l'infraction, mais peut porter sur les objets acquis au moyen de ce produit dans la mesure où les différentes transactions peuvent être identifiées et documentées (*Papierspur, paper trail*).¹² C'est une mesure à caractère réel qui doit être prononcée quel que soit le possesseur actuel des valeurs patrimoniales assujetties, qu'il soit ou non concerné par le contexte délictueux.¹³ Ainsi, elle s'étend également au tiers, soit toute personne physique ou morale qui n'a pas participé de manière pénalement significative à l'infraction et qui jouit d'un droit de propriété ou d'un droit réel limité sur ces valeurs.¹⁴ Cela se justifie par les mêmes motifs que la confiscation auprès de l'auteur: «les avantages financiers illégitimes doivent être supprimés parce qu'il serait non seulement moralement inacceptable que l'auteur de l'infraction bénéficie économiquement de son acte, mais aussi que tout tiers subséquent puisse tirer profit de gains illicites».¹⁵ La confiscation sera ordonnée même si l'auteur n'est pas identifié ou si un acquittement est prononcé, bien que les éléments constitutifs de l'infraction soient réalisés.¹⁶

Toutefois, l'art. 70 al. 2 CP prévoit que «la confiscation n'est pas prononcée lorsqu'un tiers a acquis les valeurs dans l'ignorance des faits qui l'auraient justifiée, et cela dans la mesure où il a fourni une contre-prestation adéquate ou si la confiscation se révèle d'une rigueur excessive». Le législateur a considéré que le tiers de bonne foi méritait protection. En effet, le tiers doit, d'une part, être de bonne foi (dans l'ignorance des faits qui auraient justifié la confiscation) et, d'autre part, fournir une contre-prestation équivalente. Cependant, le tiers de bonne foi qui n'a pas fourni une contre-prestation équivalente peut néanmoins bénéficier d'une protection si la mesure se révèle d'une rigueur excessive à son égard. Toutefois, cette clause de rigueur n'a qu'une portée limitée, puisqu'il ne suffit pas que la mesure de confiscation à l'égard du tiers soit disproportionnée, mais celle-ci doit frapper de manière particulièrement incisive le tiers dans sa situation économique.¹⁷ Cette alternative nous paraît difficilement applicable au cas de l'avocat.

III. Problématique

Quels sont les problèmes que peut rencontrer l'avocat dans son activité typique? Au vu des conditions de protection du tiers, le moment de la survenance de la mauvaise foi se révèle être d'une importance majeure et constitue l'élément qui nous apparaît comme le plus problématique. En effet, concernant la contre-prestation, le service de l'avocat ne semble pas soulever de

problèmes s'il a été effectué au tarif usuel. De plus, la jurisprudence a précisé que «la rémunération doit toujours correspondre aux services rendus et leur être objectivement proportionnée. C'est en se fondant sur les circonstances du cas d'espèce que le juge décidera selon quels critères elle doit être déterminée pour le surplus et quels éléments peuvent entrer en ligne de compte lors de sa fixation; il prendra notamment en considération la nature et la durée du mandat, la responsabilité assumée par le mandataire ainsi que l'activité professionnelle et la situation de celui-ci».¹⁸ Au contraire, la condition de la bonne foi n'est pas aussi évidente. La jurisprudence a précisé que la bonne foi en question ne correspond pas à la notion civile prévue à l'art. 3 CC et que le principe de la bonne foi commande une interprétation large de celle-ci.¹⁹ L'apparition de la mauvaise foi, qui peut revêtir plusieurs formes, fixera le moment à partir duquel l'Etat doit confisquer les valeurs patrimoniales. Ainsi, nous sommes amenés à nous demander à partir de quel moment le tiers ne peut plus être considéré de bonne foi. «Suivant la doctrine majoritaire, il faut que le tiers ait une connaissance certaine des faits qui auraient justifié la confiscation ou, à tout le moins, considère leur existence comme sérieusement possible, soit qu'il connaisse les infractions d'où provenaient les valeurs ou, du moins, ait eu des indices sérieux que les valeurs provenaient d'une infraction. En d'autres termes, la confiscation à l'égard d'un tiers ne sera possible que si celui-ci a une connaissance – correspondant au dol éventuel – des faits justifiant la confiscation».²⁰ Lorsque les conditions sont réalisées, la confiscation est obligatoire pour le juge, faute de quoi il y aurait violation du droit fédéral.²¹ Ainsi, l'avocat ne pouvant plus se prévaloir de sa bonne foi ne serait alors plus protégé.

La mauvaise foi peut survenir à des stades différents du mandat, chacun ayant des conséquences juridiques bien distinctes. Tout d'abord, un avocat peut avoir connaissance de l'origine illicite de sa rémunération au moment même de la conclusion du mandat et l'accepter en toute connaissance de cause. A l'opposé, l'avocat peut ne jamais avoir connaissance des problèmes liés à ces fonds et, si confiscation il y a, ne s'en rendre compte qu'à l'occasion de celle-ci.

Pour le premier cas de figure, des implications pénales peuvent en résulter et cette situation est discutée en doctrine.²² L'avocat de mauvaise foi au moment de la réception des provisions ne pourra pas s'opposer à la confiscation, la condition de la bonne foi n'étant pas réalisée. En ce qui concerne la seconde situation, il n'y aura aucune implication personnelle pour l'avocat, mais celui-ci se verra confisquer le solde des provisions après déduction de la contre-prestation équivalente effectuée de

12 Arrêt du Tribunal fédéral du 24 février 2006, 6S.298/2005, SJ 2006 I, p. 462; Arrêt du Tribunal pénal fédéral du 16 novembre 2010, SK.2009.25 consid. 2.2 et les références citées; FF 1993 III 300.

13 FF 1993 III 300.

14 MADELEINE HIRSIG-VOUILLLOZ, le nouveau droit suisse de la confiscation pénale et de la créance compensatrice (art. 69 à 73 CP), PJA 2007, pp. 1376–1400, p. 1384; NIKLAUS SCHMID, Kommentar Einziehung, Organisiertes Verbrechen, Geldwäscherei, Band I, Schulthess, Zurich 2007, Art. 70–72 CP, n° 78.

15 SIMONE NADELHOFER DO CANTO, Quelques aspects de la confiscation selon l'art. 70 al. 2 CP, RPS 2008, pp. 302–319, pp. 308–309.

16 FF 1993 III 298–299; ATF 105 IV 169 consid. 1; ATF 108 IV 154, 157.

17 SCHMID (note 14), Art. 70–72 CP, n° 94.

18 ATF 101 II 111 consid. 2, JdT 1976 I, p. 336.

19 Arrêt 6S.298/2005 consid. 4.2, SJ 2006 I, p. 466.

20 Arrêt 6S.298/2005 consid. 4.2, SJ 2006 I, p. 466 et les références citées; voir également MADELEINE HIRSIG-VOUILLLOZ, in: Roth/Moreillon (éds), Commentaire romand, Code pénal I, Helbing Lichtenhahn, Bâle 2009, art. 70 CP, n° 41.

21 ATF 115 IV 175 consid. 3, JdT 1991 IV, p. 38 et les références citées; ATF 115 IV 173, JdT 1991 IV, p. 99.

22 Se référer à la doctrine précitée (note 5).

bonne foi. *A priori*, ces deux hypothèses ne semblent pas poser de réels problèmes.

Un troisième cas de figure, plus problématique que les précédents, est celui de l'avocat découvrant en cours de mandat que l'argent est de provenance illicite (*dolus superveniens*). Cet avocat se retrouve dans une situation délicate avec d'un côté son client et de l'autre la justice, ayant tous deux des intérêts opposés qu'il ne peut satisfaire simultanément et risquant lui-même de faire l'objet de poursuites pénales selon le comportement adopté. Par ailleurs, la confiscation, portant atteinte aux intérêts pécuniaires de l'avocat, ne doit pas être minimisée, d'autant plus s'il s'agit d'un spécialiste de la criminalité économique.

En partant de cette troisième situation, nous sommes amenés à nous interroger sur le comportement que doit adopter l'avocat en possession d'avoirs de provenance illicite. Nous pourrions imaginer qu'il requiert sa nomination en tant qu'avocat d'office, rende les fonds au client, dénonce les faits aux autorités ou demande de nouveaux fonds de provenance licite au client.²³ Cependant, aucune de ces alternatives ne permet à l'avocat de se sortir de cette situation délicate.

A notre connaissance, il n'existe qu'un arrêt du Tribunal fédéral en la matière datant de 2006.²⁴ Bien que cette problématique contienne toujours des zones d'ombre, le Tribunal fédéral apporte tout de même des clarifications sur certains points. Afin de voir en quoi consistent ces clarifications, il nous semble pertinent de nous arrêter sur cette décision.

IV. Arrêt 1S.5/2006

Le Tribunal fédéral a été confronté à la problématique de la confiscation d'honoraires d'avocat au cours de l'enquête menée à l'encontre du financier bâlois Dieter Behring. C'est en 2004 que le Ministère public de la Confédération (ci-après: MPC) ouvre une enquête à l'encontre de M. Behring et consorts, soupçonnés de délits contre le patrimoine. Par deux décisions du 11 août 2005, le MPC séquestre le solde des avances d'honoraires, de CHF 250 000.– chacune, versées par M. Behring à ses deux avocats. En même temps, il impartit à ces derniers un délai de cinq jours pour préciser l'utilisation faite jusqu'alors des provisions reçues et lui en transférer le solde disponible sur l'un de ses comptes.

Les avocats écrivent au MPC avant la décision de séquestre, soit le 8 août 2005, pour demander leur désignation en tant que défenseurs d'office car il ne reste rien des provisions. A la réception de l'ordonnance de séquestre, les avocats s'y opposent et saisissent la Cour des plaintes du Tribunal pénal fédéral, puis le Tribunal fédéral.

Les avocats recourants font valoir leur bonne foi au moment de la réception de la provision, en soutenant que la réception de bonne foi de valeurs patrimoniales à titre d'indemnisation pour un engagement, en l'espèce le mandat, serait protégée par l'art. 59 ch. 1 al. 2 aCP (actuel art. 70 al. 2 CP).²⁵

Le Tribunal fédéral s'est prononcé sur la question de savoir si la bonne foi devait exister au moment de la réception des valeurs patrimoniales uniquement ou si celle-ci devait subsister lors de la contre-prestation. En l'espèce, la bonne foi des avocats au moment de la réception de l'avance d'honoraires n'a pas été mise en doute. La Cour des plaintes du Tribunal pénal fédéral a retenu qu'au plus tard après ses décisions du 22 avril 2005,²⁶ les avocats auraient dû se douter de l'origine illicite des provisions.²⁷ En s'appuyant sur la doctrine, la loi et le Message du Conseil fédéral, le Tribunal fédéral arrive à la conclusion que «la provision encaissée de bonne foi par l'avocat, n'est légalisée et n'échappe de ce fait à la confiscation que si ce dernier, dans le cadre du mandat conclu, a fourni des prestations de bonne foi ayant ainsi acquis le droit d'obtenir des honoraires de son mandant», de plus, il est précisé que «c'est dans ce seul cas que le droit de l'avocat à obtenir les valeurs patrimoniales l'emporte sur celui des lésés».²⁸ Toutefois, le Tribunal fédéral précise que «la doctrine fait état de réserves quant à la confiscation des provisions et honoraires d'avocats ainsi que de la punissabilité pour blanchiment d'argent pouvant en résulter pour ces derniers».²⁹ Il ne se prononce pas sur la proposition de GIANNINI, selon laquelle le paiement jusqu'à CHF 10 000.– d'honoraires et de provisions devrait être exclu de la possibilité d'une confiscation, respectivement d'une créance compensatrice, pour des raisons de sécurité du droit.³⁰ En effet, celle-ci est inapplicable en l'espèce au vu du montant des provisions perçues par les recourants. Concernant la proposition de MOREILLON et BURNAND visant à ce que, de façon générale, les honoraires d'avocat justifiés soient soustraits à la confiscation indépendamment de la bonne foi,³¹ le Tribunal fédéral précise que celle-ci requiert une base légale *ad hoc* et ne peut donc être appliquée *de lege lata*.³²

Alors que le MPC et la Cour des plaintes étaient d'avis qu'au plus tard après les décisions du 22 avril 2005 les avocats auraient dû savoir que les avances d'honoraires étaient vraisemblablement d'origine illicite, la Cour des plaintes a interprété les décisions de séquestre du MPC en ce sens que les avocats pouvaient déduire de la provision toutes les prestations qu'ils avaient fournies jusqu'aux ordonnances de séquestre.³³ Cette interprétation nous conduit à quelques interrogations. Est-elle due au fait que la mesure touchait des avocats? Les réserves émises par la doctrine ont-elles implicitement été prises en compte? Le temps qu'a pris le MPC pour séquestrer ces avoirs, dont l'existence était

siertes Verbrechen – Geldwäscherei, Band I, Schulthess, Zurich 1998, art. 59 CP, n° 89.

26 Arrêts du Tribunal pénal fédéral du 22 avril 2005, BB.2004.79 et BB.2004.80, concluant au rejet des recours interjetés par les avocats contre les ordonnances de séquestre des fonds déposés par leur client sur leurs comptes respectifs. Les avances d'honoraires perçues par les avocats n'ont pas été confisquées, bien que leur existence soit connue.

27 Arrêt 1S.5/2006 consid. 3.1, SJ 2006 I, pp. 490–491.

28 Arrêt 1S.5/2006 consid. 3.2.2, SJ 2006 I, p. 492.

29 *Ibidem*.

30 GIANNINI (note 5), p. 213 ss.

31 LAURENT MOREILLON, YVES BURNAND, Défense pénale et honoraires impurs, Plädoyer Sonderbeilage 1/2004, pp. 19–25, p. 24.

32 Arrêt 1S.5/2006 consid. 3.2.3, SJ 2006 I, p. 493.

33 Arrêt 1S.5/2006 consid. 4.3.1, SJ 2006 I, p. 494.

23 Voir *infra* V. 1 à 4.

24 Arrêt du Tribunal fédéral du 5 mai 2006, 1S.5/2006, SJ 2006 I, p. 489.

25 Arrêt 1S.5/2006 consid. 3.2, SJ 2006 I, p. 491; Les avocats invoquent à l'appui de leur thèse NIKLAUS SCHMID, Kommentar Einziehung – Organi-

connue bien avant le séquestre, a-t-il joué un rôle? Comment cette interprétation peut-elle se justifier, alors que le juge n'a d'autre choix que de confisquer quand les conditions de l'art. 70 CP sont réalisées? Ces questions mériteraient réflexion et nous regrettons qu'elles soient restées sans réponse.

L'ordonnance de séquestre en question dans cette affaire requerrait des avocats un décompte des prestations fournies. Les avocats s'y sont opposés sous prétexte que cela violerait le secret professionnel (art. 321 CP) et le droit de l'inculpé à une défense efficace garanti par l'art. 6 CEDH. Toujours selon les recourants, le MPC aurait dû considérer que la provision avait vraisemblablement été épuisée, vu la complexité de la procédure et que le décompte exigé était disproportionné.³⁴ A ce propos, le Tribunal fédéral ne s'est pas rallié à l'avis des recourants. Afin que l'autorité puisse être en mesure de déterminer le plus précisément possible le solde servant au séquestre, respectivement à la confiscation, «un relevé détaillé permettant d'identifier, au moins dans les grandes lignes, les heures investies ainsi que les dépenses encourues était [...] exigible».³⁵ De surcroît, le secret professionnel peut être préservé par l'anonymisation ou l'utilisation de termes génériques ne permettant pas de faire des recoupements.³⁶ En s'appuyant sur la doctrine,³⁷ le Tribunal fédéral a précisé que malgré le fait qu'il appartienne à l'Etat de démontrer que les conditions de la confiscation ou du séquestre sont réalisées, «les intéressés doivent [...] collaborer dans la mesure où ils doivent au moins fournir les indications que l'on est légitimement en droit d'attendre de leur part afin de déterminer la contre-prestation»³⁸.

Cet arrêt fait enfin un rappel du secret professionnel qui couvre la profession d'avocat³⁹ et qui s'étend à tout ce qui a été porté à sa connaissance en raison de son mandat, y compris l'existence même du mandat. Néanmoins, lorsque l'existence du mandat est connue, l'indication des prestations fournies n'entraîne pas la violation du secret professionnel.⁴⁰

En résumé, le Tribunal fédéral n'a apporté que de légères clarifications concernant la confiscation auprès de l'avocat. Ce dernier doit, d'une part, dans les limites légales, aider à établir sa contre-prestation et, d'autre part, être de bonne foi au moment où il fournit celle-ci et non pas uniquement au moment de la réception des fonds. Toutefois, l'interprétation de la Cour des plaintes ne va pas dans ce sens. Comme nous l'avons vu, les décisions de séquestre ont été interprétées comme fixant la date jusqu'à laquelle les avocats pouvaient opposer leur contre-prestation, alors que les avocats auraient dû se douter de l'origine illicite des fonds plus de trois mois avant lesdites décisions.⁴¹ Afin d'approfondir cette problématique, penchons-nous sur la doctrine.

V. Approche de la doctrine et solutions

Tout d'abord, rappelons que les conditions de la confiscation, au sens de l'art. 70 CP, sont plus larges que celles du blanchiment d'argent, réprimé par l'art. 305^{bis} CP. En effet, il n'est nullement exigé que l'infraction préalable soit un crime et aucun acte propre à entraver l'identification de l'origine, la découverte ou la confiscation de valeurs patrimoniales n'est requis. De plus, la responsabilité pénale n'étant pas prise en compte, la mesure sera appliquée indépendamment de la faute.⁴² Tout avocat est susceptible d'être exposé un jour à une telle mesure et ce risque ne doit pas être négligé.

L'avocat effectuant sa prestation de bonne foi pourra s'opposer à la confiscation en application de l'art. 70 al. 2 CP. Il en sera également ainsi pour celui qui découvre en cours de mandat l'origine illicite des fonds. Par le mécanisme de l'alinéa 2 de l'article 70 du code pénal, il pourra opposer la contre-prestation qu'il a effectuée alors qu'il était encore de bonne foi. Il va sans dire qu'à l'encontre de celui qui accepte les fonds illicites en toute connaissance de cause ou ne peut ignorer leur provenance, le juge prononcera la confiscation de toutes les valeurs patrimoniales reçues. Comme nous l'avons soulevé au début de cette contribution, le cas de figure le plus délicat pour l'avocat demeure celui du *dolus superveniens*. En possession de fonds dont l'origine ne peut plus être considérée comme licite, plusieurs possibilités, pour le moins insatisfaisantes, s'offrent à lui: la défense d'office, la restitution des fonds, la dénonciation des faits et la demande de nouveaux fonds.

1. Défense d'office

L'insécurité juridique relative au sort des avoirs en possession de l'avocat pourra le conduire, par prudence, à se faire désigner comme avocat d'office dès lors qu'il a un doute sur les avoirs de son client.⁴³ Considérant la demande d'un défenseur d'office comme la seule solution en cas de doute pour l'avocat, MOREILLON et BURNAND soulèvent les inconvénients que rencontrent les trois acteurs, à savoir: le client, l'avocat et l'Etat.⁴⁴

Tout d'abord, du point de vue du client, ces auteurs soutiennent que la défense d'office n'offrirait pas les mêmes garanties d'indépendance, d'expérience et d'engagement qu'une défense de choix.⁴⁵ Cette approche ne nous semble pas fondée, d'autant plus que l'indépendance et l'engagement relèvent de l'éthique et non du statut de l'avocat. L'expérience de l'avocat d'office pourrait être inférieure à celle d'un avocat de choix, mais cet inconvénient est évité si l'avocat, initialement de choix, demande sa nomination d'office.⁴⁶ Ces réticences envers une défense d'office,

34 Arrêt 15.5/2006 consid. 5, SJ 2006 I, p. 494.

35 Arrêt 15.5/2006 consid. 5.1, SJ 2006 I, p. 494.

36 *Ibidem*.

37 SCHMID (note 25), art. 59 CP, n° 96.

38 Arrêt 15.5/2006 consid. 5.2, SJ 2006 I, p. 495.

39 Art. 13 LLCA (Loi fédérale du 23 juin 2000 sur la libre circulation des avocats, Loi sur les avocats, RS 935.61) et art. 321 ch. 1 CP.

40 Arrêt 15.5/2006 consid. 5.3.1, SJ 2006 I, p. 495.

41 Arrêt 15.5/2006 consid. 4.3.1, SJ 2006 I, p. 494.

42 BAUMANN (note 9), art. 70–71 CP, n° 47c.

43 ANTENEN/BURNAND/MOREILLON/TRECCANI (note 5), p. 92.

44 MOREILLON/BURNAND (note 31), p. 24.

45 ANTENEN/BURNAND/MOREILLON/TRECCANI (note 5), p. 92.

46 Selon l'art. 133 CPP (Code de procédure pénale suisse du 5 octobre 2007, RS 312.0), le défenseur d'office est désigné par la direction de la procédure compétente au stade considéré (al. 1). Lorsqu'elle nomme le défenseur d'office, la direction de la procédure prend en considération les souhaits du prévenu dans la mesure du possible (al. 2). Le vœu de pouvoir conserver l'avocat qui s'est déjà occupé de lui apparaît comme

qui porterait atteinte à l'indépendance de l'avocat, ne constitue pas un cas isolé. GIANNINI soutient que le recours à l'assistance judiciaire d'office, en cas de doutes, peut porter atteinte aux droits constitutionnels de l'avocat et du client.⁴⁷ La rémunération par le client est un pilier essentiel de la profession libérale et indépendante qu'est l'activité d'avocat.⁴⁸ Le Tribunal fédéral rappelle à ce titre que l'indépendance de l'avocat est primordiale.⁴⁹ Par indépendance de l'avocat, il faut également entendre l'indépendance vis-à-vis de l'Etat et cela constitue une condition d'intérêt public et privé. En effet, la défense est nécessaire pour un procès équitable et crée une égalité des armes afin de contrebalancer les charges qui pèsent sur le prévenu.⁵⁰ Cette indépendance peut être compromise par la multiplication de défenses d'office et pourrait conduire à une perte de qualité de la défense. L'effet pourrait aussi se faire sentir par une détérioration de la confiance du client envers son défenseur.⁵¹ Toutefois, la doctrine a aussi soutenu que, face aux risques de sanctions pénales auxquelles peuvent s'exposer les avocats en acceptant des fonds impurs, ils pourraient «voir d'un bon œil que [leur] rémunération soit versée par l'Etat».⁵²

La doctrine nous apparaît comme défaitiste en estimant qu'une augmentation des défenses d'office entraîne une perte partielle de l'indépendance de l'avocat et de la qualité du service qu'il fournit.⁵³ Cependant, elle nous conduit à nous interroger sur l'effectivité de la défense accordée par l'Etat à tout indigent. L'indépendance financière sera certes compromise, mais l'activité de l'avocat en sera-t-elle réellement dégradée? Si un avocat d'office n'assurerait pas une défense adéquate, cette prestation offerte par l'Etat pour assurer les droits d'une personne serait totalement illusoire. En effet, l'avocat d'office doit défendre le bénéficiaire avec la même attention et la même diligence que le client qui l'a mandaté personnellement.⁵⁴ Il doit «accomplir sa tâche avec soin et une conscience que renforce encore la surveillance de l'Etat».⁵⁵ Il convient de rappeler ici que la défense d'office doit rester l'exception et qu'il faut favoriser l'accès à l'avocat de choix.⁵⁶ Toujours concernant les conséquences pour le client, MOREILLON et BURNAND rappellent que la défense d'office n'existe qu'à partir du moment où une enquête pénale est ouverte contre la personne. De plus, alors que le client jouit d'une situation financière confortable grâce au produit de ses infractions, la demande de l'avocat pourrait être interprétée comme un aveu de culpabilité. Enfin, soucieux de conserver sa défense de choix, le client aura tendance à cacher à son défenseur le fait

qu'il le rémunère avec de l'argent d'origine illicite, ce qui impliquera une atteinte à la relation de confiance qui doit exister entre l'avocat et son client.⁵⁷

Etudions, à présent, les conséquences pour l'avocat. Alors que la demande de désignation d'office sera perçue comme un aveu de culpabilité de la part du client, elle constituera également une dénonciation de la part de l'avocat. MOREILLON et BURNAND pointent encore un problème financier. En effet, même si l'avocat pénaliste doit accepter un certain nombre de désignations d'office, beaucoup moins bien rémunérées, leur multiplication pourra conduire à un préjudice financier considérable.⁵⁸ La rémunération accordée par l'Etat correspond rarement au travail réel fourni.⁵⁹ Cette réalité n'a pas échappé à GIANNINI, qui, à travers son travail sur la punissabilité de l'avocat pour blanchiment d'argent, a jugé que si, par peur d'être condamné pour blanchiment, l'avocat demande systématiquement sa nomination d'office, il en résultera une perte financière sur les mandats portant atteinte à la liberté économique garantie par la Constitution fédérale.⁶⁰ Toutefois, la personne au bénéfice de l'assistance judiciaire n'étant pas définitivement libérée des frais de procédure,⁶¹ c'est avec retenue que nous évoquons cette approche. En effet, en cas de retour à meilleure fortune et parallèlement au remboursement à l'Etat de l'indemnité accordée au défenseur d'office, la personne assistée gratuitement devra également rembourser à l'avocat la différence entre les honoraires que ce dernier a reçus de l'Etat et ceux qu'il aurait pu toucher comme défenseur de choix.⁶²

Toujours à propos de la situation de l'avocat, MOREILLON et BURNAND estiment qu'il existe une inégalité par rapport à l'Etat qui est en droit de confisquer le produit de l'infraction à son propre profit sans fournir de contre-prestation, alors que l'avocat, lui, agissant comme auxiliaire de la justice, fournit une contre-prestation.⁶³ Ces auteurs avaient déjà tenu ces propos aux côtés d'ANTENEN et TRECCANI, en affirmant que rien ne justifie que l'Etat puisse avoir un libre pouvoir de disposition sur les avoirs confisqués, notamment pour rémunérer le défenseur d'office, si ces fonds ne peuvent rémunérer l'activité licite et d'utilité publique du défenseur de choix.⁶⁴ Nous reviendrons ultérieurement sur cette question.⁶⁵

Enfin, du point de vue de l'Etat, la multiplication des défenses d'office est de nature à alourdir les charges alors qu'il n'est pas garanti que l'Etat puisse se rembourser grâce à une confiscation.⁶⁶

justifié aux yeux de la doctrine (DENYS CHRISTIAN, L'avocat d'office et son indemnisation en procédure pénale fédérale, PJA 2004, pp. 1052–1058, p. 1053 et références citées).

47 GIANNINI (note 5), pp. 145–146.

48 GIANNINI (note 5), p. 172.

49 ATF 123 I 193, p. 195 et les références citées.

50 GIANNINI (note 5), p. 173.

51 GIANNINI (note 5), p. 220 et les références citées.

52 DENYS (note 46), p. 1057.

53 GIANNINI (note 5), p. 174, p. 220.

54 CHRISTIAN FAVRE, L'assistance judiciaire gratuite en droit suisse, thèse, Lausanne 1989, p. 195.

55 FAVRE (note 54), p. 135 et références citées.

56 GIANNINI (note 5), p. 220.

57 MOREILLON/BURNAND (note 31), p. 24.

58 *Ibidem*.

59 ANTENEN/BURNAND/MOREILLON/TRECCANI (note 5), p. 92.

60 GIANNINI (note 5), p. 177; art. 27 Cst.

61 Art. 135 al. 4 CPP.

62 MAURICE HARARI, TATIANA ALIBERTI, in: Kuhn/Jeanerret (éds), Commentaire romand, Code de procédure pénale suisse, Helbing Lichtenhahn, Bâle 2010, art. 135 CPP n° 17 ss.

63 MOREILLON/BURNAND (note 31), p. 24.

64 ANTENEN/BURNAND/MOREILLON/TRECCANI (note 5), p. 92.

65 Voir *infra* V. 5. d).

66 MOREILLON/BURNAND (note 31), p. 24.

2. Restitution des fonds

Embarassé par l'argent sale qu'il détient, l'avocat pourrait envisager la restitution de la provision à son client. Apparaissant comme une solution simple, cette dernière n'est pas dépourvue de conséquences. En effet, ce comportement priverait l'avocat de sa garantie de paiement et rendrait la confiscation plus difficile, ce qui réaliserait l'élément objectif du blanchiment d'argent et exposerait l'avocat à un risque pénal.⁶⁷ Toutefois, les opinions doctrinales divergent à ce sujet, comme nous le montre NADELHOFER qui s'oppose explicitement à l'avis de FRIEDLI en ce qui concerne le retour des avoirs au client, en affirmant que la confiscation n'étant pas compromise, l'avocat devrait rester impuni.⁶⁸ Nous ne partageons pas cet avis minoritaire, car nous estimons que le fait d'ajouter une étape complique la confiscation. En Suisse, l'infraction de blanchiment d'argent constitue une infraction contre l'administration de la justice.⁶⁹ En tant qu'infraction de mise en danger abstraite, il suffit que l'acte soit propre à entraver, il n'y a pas lieu de vérifier qu'il cause effectivement une entrave.⁷⁰ Faire passer de l'argent d'un compte à un autre constitue un acte d'entrave.⁷¹ Cependant, un simple versement sur un compte personnel, ouvert au lieu de son domicile et qui sert aux paiements privés habituels, ne saurait objectivement constituer un acte de blanchiment.⁷² Eu égard à la confiance accrue dont bénéficie l'avocat, nous considérons que le fait de faire transiter de l'argent par son intermédiaire facilite le blanchiment. Ainsi, nous nous conformons à la doctrine dominante et admettons que l'avocat encourt le risque d'une condamnation pour blanchiment s'il entreprend cette démarche.

3. Dénonciation des faits

Notre approche se focalisant sur l'activité typique de l'avocat et non sur celle d'intermédiaire financier, l'avocat n'est pas soumis à l'obligation de dénoncer de la LBA, mais reste au contraire tenu au secret professionnel selon l'art. 321 CP.⁷³ Il est explicitement prévu à l'art. 9 al. 2 LBA que «les avocats et les notaires ne sont pas soumis à l'obligation de communiquer leurs soupçons dans la mesure où ils sont astreints au secret professionnel en vertu de l'art. 321 du code pénal». D'après la jurisprudence relative à la relation entre l'avocat et son client, «ce dernier doit pouvoir compter sur l'entière discrétion de son mandataire. Si le client ne lui fait pas une entière confiance et ne l'informe pas de

tout ce qui a de l'importance, il est difficile voire impossible pour l'avocat de bien conseiller son mandant et de l'assister efficacement. Or s'il importe que l'avocat bénéficie de cette indispensable confiance, il doit pouvoir refuser de produire les pièces relatives aux faits qui lui ont été confiés ou dont il a eu connaissance dans l'exercice de sa profession. Sans quoi le client devrait tenir compte du risque que son avocat soit un jour contraint de révéler des faits confiés sous le sceau du secret, alors que le client lui-même n'aurait pas l'obligation de déposer au sujet des faits en cause.⁷⁴ Certes le refus de renseigner la justice peut compliquer la recherche de la vérité. Mais dans un Etat de droit cet inconvénient doit être accepté».⁷⁵ Cette jurisprudence, rendue dans le cadre de l'art. 321 CP, semble s'appliquer *mutatis mutandis* à la question de la provenance des honoraires.⁷⁶ Le privilège n'est pas absolu et l'autorité de poursuite peut vérifier, dans le cadre d'une enquête pénale, la provenance des honoraires.⁷⁷ L'avocat tenu par le secret professionnel peut être délié par le client, par l'autorité compétente ou l'autorité de surveillance (art. 321 al. 2 CP). Cependant, ce n'est que si l'intérêt à la divulgation l'emporte sur le maintien du secret que la levée sera autorisée par l'autorité compétente.⁷⁸ En vertu de l'art. 13 al. 1 LLCA, «l'avocat est soumis au secret professionnel pour toutes les affaires qui lui sont confiées par ses clients dans l'exercice de sa profession; cette obligation n'est pas limitée dans le temps et est applicable à l'égard des tiers», cependant, «le fait d'être délié du secret professionnel n'oblige pas l'avocat à divulguer des faits qui lui ont été confiés».

Par ailleurs, le code de procédure pénale suisse «ne définit pas le défenseur comme un «auxiliaire de la justice» mais comme le représentant exclusif des intérêts de la personne poursuivie».⁷⁹ C'est pourquoi, dans le cadre d'une procédure pénale, «l'avocat qui invitera son client à faire usage du droit de se taire ne pourra d'aucune manière être perçu comme entravant le bon déroulement de la procédure ou encore favorisant un risque de collusion».⁸⁰ En effet, «le droit de garder le silence et le droit de ne pas contribuer à sa propre incrimination font partie des garanties fondamentales de procédure pénale».⁸¹ Le secret professionnel de l'avocat couvre tout ce qui a été porté à sa connaissance en raison de son mandat, y compris le comportement du client à son égard ou des constatations faites sur la situation de son client.⁸² «L'avo-

67 BENOÎT CHAPPUIS et DANIEL TUNIK, Honoraires d'avocat et blanchiment d'argent, *Revue de l'avocat* 3/2009, pp. 115–118, p. 118.

68 SIMONE NADELHOFER, Geldwäscherei und Einziehung – Risiken für Anwälte, *RSJ* 102 (2006), pp. 345–352, p. 350.

69 ATF 120 IV 323, 327.

70 ATF 127 IV 26 consid. 3a; ATF 126 IV 261 consid. 3a; ATF 124 IV 276 consid. 2; BERNARD CORBOZ, Les infractions en droit suisse, *Stämpfli*, 3^e éd., Berne 2010, art. 305^{bis} CP, n° 3.

71 ATF 120 IV 323.

72 ATF 124 IV 274 consid. 4.

73 ATF 112 Ib 606, 607, *JdT* 1987 IV, p. 150; ATF 120 Ib 112 consid. 4; CHAPPUIS/TUNIK (note 67), p. 118; LAURENT MOREILLON et 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, Schulthess, Genève/Zurich/Bâle 2005, p. 130, p. 138.

74 ATF 91 I 200, 205–206, *JdT* 1966 I, p. 299.

75 ATF 112 Ib 606, 607, *JdT* 1987 IV, p. 150.

76 ANTENEN/BURNAND/MOREILLON/TRECCANI (note 5), p. 78.

77 ANTENEN/BURNAND/MOREILLON/TRECCANI (note 5), p. 79.

78 MOREILLON/BURNAND (note 73), p. 140.

79 MAURICE HARARI, Quelques réflexions autour du droit du prévenu à la prise de son conseil, in: Pfister-Liechi (éd.), *La procédure pénale fédérale, Stämpfli*, Berne 2010, pp. 79–93, p. 88; art. 127 CPP.

80 *Ibidem*.

81 ALEX DÉPRAZ, «Vous avez le droit de garder le silence!», in: *L'avocat et le juge face au droit pénal*, Mélanges offerts à Eric Stoudmann, Schulthess, Genève/Zurich/Bâle 2005, pp. 38–65, p. 41 et références citées; sur ce sujet, cf. notamment LAURENT MOREILLON, La recherche des preuves dans l'instruction pénale: maxime inquisitoire et droits de la défense, *RPS* 2004, pp. 140–158.

82 ATF 97 I 831 consid. 4, *JdT* 1973, p. 205; PATRICK STOUDMANN, Le secret professionnel de l'avocat: jurisprudence récente et perspectives, *RPS* 2008, pp. 144–157, p. 146.

cat n'est pas un organe étatique et pas non plus l'assistant du juge, mais bien le défenseur des intérêts d'une partie et à ce titre il agit unilatéralement en faveur de son mandant». ⁸³ «[Il] doit régler son activité non pas en fonction de l'intérêt qu'a l'Etat à la poursuite pénale, mais en fonction de l'intérêt qu'a [son mandant] à obtenir un acquittement ou un jugement aussi clément que possible». ⁸⁴ «Là où il n'y a pas d'avocat indépendant, il n'y a plus d'Etat de droit». ⁸⁵ Dès lors, la dénonciation par l'avocat doit clairement être exclue des possibilités envisageables.

Dans la même logique, il n'est pas concevable que l'avocat consigne en mains officielles un solde de provision. ⁸⁶ La seule solution proposée qui s'insère dans l'hypothèse de dénonciation, émise par CHAPPUIS et TUNIK, serait que le client, soucieux de conserver son défenseur et dans un «élan de transparence à l'égard des autorités», autorise l'avocat à révéler l'existence des avoirs qu'il détient. ⁸⁷ Toutefois, comme n'ont pas manqué de le noter ces auteurs, cette solution ne semble pas des plus favorables pour le client. En effet, il serait contraint de «dévoiler des faits à l'autorité à la seule fin de pouvoir assurer sa défense», ⁸⁸ ce que nous considérons comme regrettable.

4. Nouveaux fonds

Face à une impasse, le défenseur «n'a pas d'autre choix que de conserver [les avances] par devers lui». ⁸⁹ Afin de pouvoir poursuivre son mandat sans compromettre la relation avec son mandant et sans péjorer la situation de celui-ci, une autre solution envisageable serait de requérir de nouveaux fonds pour financer la défense. MOREILLON prévoit cette possibilité en affirmant: «Personnellement, je demanderais à mon client de s'acquitter de mes honoraires avec des fonds de provenance légale». ⁹⁰

Même si cette solution peut contribuer à la poursuite du mandat, elle pose néanmoins deux problèmes. Premièrement, les avoirs détenus par l'avocat ne pourront pas le rémunérer et il sera contraint de les conserver de manière passive, faute de quoi il pourrait s'exposer à des poursuites pénales. Dans ce cas, attendre la prescription pour restituer les fonds au client constitue, certes, une solution envisageable, mais ne peut être considérée comme une solution adéquate au problème et nous apparaît comme moralement insoutenable. Deuxièmement, il y a lieu de se demander quelles garanties supplémentaires va donner le client pour les nouveaux fonds. L'avocat connaissant l'origine impure des fonds en sa possession, peut-il réellement accepter de bonne foi de nouveaux avoirs en se basant sur les simples déclarations de son client? Ce même client, désireux de conserver une défense de choix, sera-t-il en mesure de s'exprimer librement en-

vers son avocat? Quoi qu'il en soit, rappelons que nous sommes face à un avocat qui a été trahi dans la relation de confiance qu'il a instaurée avec son mandant. Ayant accepté les provisions de bonne foi, il se retrouve dorénavant face à ce problème insoluble à cause de son client. Afin de rétablir le climat de confiance, le mandant aurait tout intérêt à fournir de nouveaux fonds en justifiant de leur licéité. Cette possibilité offerte à l'avocat ne résout que partiellement la problématique qui nous occupe et nous ne saurions nous satisfaire de celle-ci.

5. Discussions et solutions

Penchons-nous sur les différentes solutions envisageables à la problématique de la confiscation des honoraires d'avocat.

a) Privilège pour l'avocat

Bien qu'il puisse apparaître comme injustifié qu'un avocat soit autorisé à recevoir des paiements effectués au moyen d'argent d'origine criminelle, alors que toute autre personne en serait empêchée, cette idée doit être relativisée dès lors que les droits de la défense sont mis à mal et que la problématique dépasse les intérêts pécuniaires de l'avocat. ⁹¹

Le raisonnement de GIANNINI sur le blanchiment d'argent nous semble pertinent. L'avocat qui accepte de bonne foi les provisions ne commet pas l'infraction de blanchiment d'argent en cas de *dolus superveniens* et s'il adopte un comportement purement passif. ⁹² Contrairement à d'autres professions ⁹³ qui n'ont, en général, aucune raison de douter de la licéité des avoirs qui leur sont offerts, l'avocat doit travailler avec des suspects dont les fonds peuvent être de provenance illicite. ⁹⁴ WOHLERS, qui partage le même avis, émet toutefois une réserve en précisant que cette différence ne saurait à elle seule justifier un privilège pour l'avocat. ⁹⁵

Toujours en comparaison d'autres professions, l'avocat rend un précieux service et demeure essentiel à l'existence d'un Etat de droit et à la défense pénale. ⁹⁶ Le défenseur pénal communique avec des délinquants potentiels et est porté à connaître des faits relatifs à leur comportement, ce qui peut conduire à des risques de soupçons pour blanchiment d'argent contre l'avocat, respectivement à une confiscation. Partant, il y a lieu de faire la distinction entre la réception d'honoraires dans les affaires pénales, civiles et administratives. ⁹⁷ Pour un avocat pénaliste, et plus précisément face à des infractions à caractère économique ou très lucratives, il s'avère difficile de montrer qu'il n'avait pas envisagé que l'argent puisse être d'origine illicite. Les poursuites qui pourraient être ouvertes à son encontre sur la base de cette situa-

83 PIERRE CHRISTE, Rôle et fonction de l'avocat dans la protection des droits, RDS 1988 II, pp. 463–503, p. 469.

84 *Ibidem*.

85 CHRISTE (note 83), p. 471.

86 ANTENEN/BURNAND/MOREILLON/TRECCANI (note 5), p. 92.

87 CHAPPUIS/TUNIK (note 67), p. 118.

88 *Ibidem*.

89 *Ibidem*.

90 GIUSEPPE MELILLO, L'avocat et l'argent du crime, interview de LAURENT MOREILLON, Allez savoir! n° 26, Lausanne 2003, pp. 30–36, p. 35.

91 CHAPPUIS/TUNIK (note 67), p. 118.

92 GIANNINI (note 5), p. 135.

93 GIANNINI cite, à titre d'exemple, les vendeurs de voitures, les médecins ou les boulangers.

94 GIANNINI (note 5), p. 140; du même avis, cf. notamment: WOLFGANG WOHLERS, Geldwäscherei durch die Annahme von Verteidigerhonoraren, Art. 305 StGB als Gefahr für das Institut der Wahlverteidigung, RPS 2002, pp. 197–219, p. 198; NADELHOFER (note 68), p. 348.

95 WOHLERS (note 94), p. 205.

96 GIANNINI (note 5), p. 147.

97 GIANNINI (note 5), pp. 118–119.

tion ne sont, de par les conséquences pour lui et son client, en aucun cas compatibles avec son indépendance et son rôle de contrepois aux charges qui pèsent sur son client.⁹⁸ Si un doute semble toujours exister, la crainte de l'avocat d'être poursuivi pour la perception d'avoirs d'origine illicite ou de faire l'objet d'une mesure de confiscation, peut nuire à l'accès à l'avocat de choix pour celui qui est accusé d'avoir obtenu des avantages financiers par un crime.⁹⁹ Les conflits d'intérêts qui existent entre le client et l'avocat s'exposant à des problèmes en acceptant des fonds douteux sont susceptibles d'instaurer un climat préjudiciable au développement de la confiance nécessaire entre eux.¹⁰⁰ L'avocat ne pourra pas se limiter à représenter les intérêts de son client, mais devra toujours y opposer ses propres intérêts. Le droit à une défense effective, garanti par l'art. 6 CEDH, devient illusoire si l'avocat est pris pour cible par les mesures de l'Etat.¹⁰¹ Celui dont les avoirs sont considérés comme litigieux serait limité dans l'accès à une défense effective, alors qu'il pourrait être déclaré innocent en fin de procédure. Les avoirs litigieux vont, par mélange, contaminer tous les avoirs licites dont dispose le prévenu, de sorte que l'avocat craignant des mesures contre sa personne et les avoirs mis à sa disposition fera preuve de réticence envers un potentiel mandat, alors qu'il aurait pu être rémunéré par des fonds gagnés licitement.¹⁰² Cela conduit GIANNINI à estimer que la pleine application de l'infraction de blanchiment d'argent aux avocats engendre une violation des articles 32 Cst., 6 § 3 let. c CEDH et 14 § 3 let. d Pacte ONU II.¹⁰³

En suivant ce raisonnement, GIANNINI propose que le paiement jusqu'à CHF 10 000.– d'honoraires et de provisions en faveur d'un avocat ne devrait pas pouvoir faire l'objet d'une poursuite pour blanchiment, être confiscable ou encore être sujet à créance compensatrice, pour des raisons de sécurité du droit.¹⁰⁴ Cet auteur précise que cela permettrait d'assurer le recouvrement des honoraires lors de l'enquête préliminaire, afin que l'avocat puisse conseiller au mieux son client, sans qu'il doive rechercher la provenance des valeurs patrimoniales. De plus, comme nous l'avons vu, l'avocat ne peut pas demander sa nomination d'office sans envoyer un signal de culpabilité aux autorités. La proposition de GIANNINI contient l'avantage de ne pas mettre l'avocat dans une situation inconfortable et garantit au client la possibilité de conserver l'avocat qu'il a choisi, en réalisant également l'objectif d'amélioration de l'accès à l'avocat de choix.¹⁰⁵ Ainsi, cette solution nous semble acceptable, mais le plafond de CHF 10 000.– nous paraît faible, eu égard au montant des provisions dans les affaires financières. En effet, le Tribunal fédéral ayant mentionné cette proposition dans l'unique jurisprudence en la matière n'a pas eu à se prononcer faute d'applicabilité au cas d'espèce, en raison des montants versés

aux avocats.¹⁰⁶ Néanmoins, la référence faite à cet auteur nous laisse espérer qu'un éventuel revirement de la pratique se fasse dans ce sens.

MOREILLON et BURNAND sont allés beaucoup plus loin. En l'absence de toute jurisprudence en la matière et à l'image des règles canadiennes, ils ont considéré qu'il n'existait pas d'autre solution à ce problème que d'assurer l'immunité à l'avocat, aussi bien pour les infractions de recel et de blanchiment d'argent que pour la confiscation et cela quelle que soit l'infraction originale.¹⁰⁷ De plus, selon eux, cette immunité devrait prévaloir même lorsque l'avocat a connaissance de l'origine impure des honoraires qui lui sont versés, mais devrait se limiter à une rémunération raisonnable pour la défense pénale. Comme nous l'avons vu dans l'affaire Behring, le Tribunal fédéral a précisé que cette proposition ne peut être appliquée *de lege lata*.¹⁰⁸ Toutefois, soulevons qu'une année auparavant, MOREILLON s'est montré outré qu'au Canada l'avocat puisse être payé en connaissance de cause par le produit direct de l'infraction et que c'était dépasser les limites du raisonnable que d'autoriser l'avocat à être rémunéré en toute conscience avec des avoirs impurs.¹⁰⁹

GIANNINI ne partage pas l'idée d'un privilège total qui aurait, selon lui, de nombreux inconvénients. Le dommage direct causé par l'infraction principale ne serait pas pris en compte et un risque de paiement d'honoraires abusifs devrait être considéré.¹¹⁰ Dans la même optique, CHAPPUIS et TUNIK ne s'opposent pas à une modification législative en faveur de l'avocat, mais précisent qu'une telle modification devrait prendre en compte les intérêts de la victime. C'est pourquoi ils sont d'avis que des dérogations à la règle en faveur des avocats devraient être aménagées en relation avec l'art. 71 CP prévoyant les créances compensatrices. Le produit direct de l'infraction pouvant rester en possession de l'avocat porterait atteinte aux droits de la victime à la restitution des avoirs en rétablissement de ses droits (art. 70 al. 1 *in fine* CP).¹¹¹

Nous ne partageons pas l'avis de MOREILLON et BURNAND visant à assurer une immunité à l'avocat.¹¹² Néanmoins, celle-ci aurait l'avantage de régler tous les problèmes mis en exergue dans cette contribution, sans toutefois tenir compte des droits de la victime, ce que nous considérons comme regrettable. Enfin, nous estimons, comme GIANNINI¹¹³, qu'une telle immunité n'apparaît pas nécessaire, d'autant plus que ce privilège finirait par nuire à la réputation des avocats de la défense et par affaiblir leur position.

b) Réforme de l'assistance judiciaire

CHAPPUIS et TUNIK proposent une réforme de l'assistance judiciaire, afin qu'elle soit octroyée à celui dont les avoirs sont blo-

98 GIANNINI (note 5), p. 141.

99 GIANNINI (note 5), p. 148.

100 GIANNINI (note 5), p. 149.

101 WOHLERS (note 94), p. 206.

102 GIANNINI (note 5), p. 168.

103 GIANNINI (note 5), p. 168.

104 GIANNINI (note 5), pp. 213 ss.

105 *Ibidem*.

106 Arrêt 1S.5/2006 consid. 3.2.3, SJ 2006 I, p. 493, voir *supra* IV.

107 MOREILLON/BURNAND (note 31), p. 24.

108 Arrêt 1S.5/2006 consid. 3.2.3, SJ 2006 I, p. 493, voir *supra* IV.

109 MELILLO (note 90), p. 35–36.

110 GIANNINI (note 5), p. 197.

111 CHAPPUIS/TUNIK (note 67), p. 118.

112 MOREILLON/BURNAND (note 31), p. 24.

113 GIANNINI (note 5), p. 197.

qués ou soupçonnés de provenir d'une activité délictueuse.¹¹⁴ GIANNINI a également préconisé la modification de l'avant-projet du code de procédure pénale suisse pour y insérer un alinéa prenant en compte le cas de celui qui ne peut avoir un défenseur de choix car ses avoirs sont mis en cause.¹¹⁵ Le code de procédure pénale, en vigueur depuis le 1^{er} janvier 2011, ne fait pas mention de cette hypothèse à son article 132. Cependant, selon la jurisprudence, lors du contrôle des ressources financières de la personne en vue de l'octroi de l'assistance judiciaire, il ne sera pas tenu compte de la fortune qui a fait l'objet d'une mesure de blocage.¹¹⁶ En revanche, GIANNINI ajoute qu'il ne faut pas se contenter de prévoir la possibilité de la défense d'office, mais qu'il faut, d'une manière générale, améliorer l'accès à l'institution de la défense de choix.¹¹⁷ Dans tous les cas, «il est inacceptable de se borner à décréter que l'avocat ne peut pas être rémunéré lorsque les avoirs de son client mis en cause dans une procédure pénale sont suspects, laissant alors le client dans l'incapacité de se défendre efficacement».¹¹⁸

c) Durcissement des conditions de confiscation auprès du tiers

NADELHOFER s'est penchée sur la question de la confiscation auprès du tiers et en a conclu qu'elle comporterait un caractère punitif. Visant à détourner le tiers de l'acquisition de biens d'origine délictueuse, elle a une fonction dissuasive. Cette auteure soutient également que cette forme de confiscation poursuit les mêmes buts que la punition du blanchisseur d'argent et est portée par les mêmes motifs répressifs.¹¹⁹ Partant, elle considère que, d'une manière générale, les conditions de la confiscation auprès du tiers devraient être modifiées. De par la ressemblance entre la confiscation et la répression du blanchiment d'argent et du recel, cette auteure considère que la confiscation est animée par des motifs typiques de répression pénale.¹²⁰ Les conditions de la confiscation étant plus larges que celles du blanchiment d'argent, il en résulterait un élargissement du champ d'application de la confiscation «à des comportements dont la pénalisation paraît plus que douteuse», ce qui mettrait à mal le principe de subsidiarité du droit pénal.¹²¹ NADELHOFER prône une application conforme à la Constitution de l'art. 70 al. 2 CP, dès lors que la confiscation reviendrait *de facto* à une peine.¹²² Ainsi, les règles générales de la fixation de la peine de l'art. 47 CP devraient trouver application et une confiscation devrait être subordonnée aux mêmes conditions objectives et subjectives prévues à l'art. 305^{bis} CP pour le blanchiment d'argent.¹²³

114 CHAPPUIS/TUNIK (note 67), p. 118.

115 GIANNINI (note 5), p. 219.

116 ATF 118 la 369; Arrêt du Tribunal fédéral du 15 juin 2006, 1P.241/2006.

117 GIANNINI (note 5), p. 220.

118 CHAPPUIS/TUNIK (note 67), p. 118.

119 NADELHOFER DO CANTO (note 15), p. 313.

120 *Ibidem*.

121 NADELHOFER DO CANTO (note 15), p. 314.

122 *Ibidem*.

123 *Ibidem*.

NADELHOFER résume la sanction pour blanchiment d'argent à la confiscation des valeurs patrimoniales blanchies, alors qu'un cas simple de blanchiment peut conduire à une peine privative de liberté allant jusqu'à trois ans et que la confiscation aura lieu quelle que soit la peine prononcée. Sans contester le caractère répressif qui peut ressortir de cette mesure, nous n'adhérons pas à ce raisonnement. «La confiscation ne représente pas une peine, mais une mesure indépendante de la culpabilité de l'auteur».¹²⁴ De plus, il y a fort longtemps que la jurisprudence a soulevé la particularité de cette mesure, en affirmant que «*die Einziehung unrechtmässig erlangter Vermögensvorteile bezweckt somit nicht den Schutz der öffentlichen Sicherheit, sondern hat repressiven Charakter. Sie nähert sich der Strafe*».¹²⁵ Nous avons certes introduit cette contribution en rappelant qu'à l'origine, les mesures centrées sur les gains illicites sont nées pour combattre le crime organisé,¹²⁶ mais ceci ne doit pas ouvrir la porte à des prétextes visant à rendre inefficace la confiscation. C'est pourquoi nous ne partageons pas cet avis et estimons qu'une telle modification n'est ni nécessaire, ni justifiée, car elle ne vise qu'à restreindre la portée de cette mesure.

d) Ordonnance de séquestre: l'élément clé

Dans l'affaire Behring, concernant le choix de n'opérer la confiscation qu'à partir de la date de l'ordonnance de séquestre, alors que la mauvaise foi avait été acquise antérieurement selon l'état de faits,¹²⁷ WOHLERS¹²⁸ et NADELHOFER¹²⁹ s'accordent à dire que c'est à juste titre que la confiscation a été fixée à partir de cette date uniquement, car du point de vue de la sécurité du droit, elle fixe un point précis défini dans le temps et reconnaissable par toutes les parties. Comme il a été précisé au début de notre contribution, nous estimons que le réel problème se situe au niveau de la bonne foi de l'avocat. C'est pourquoi nous partageons pleinement cet avis et pensons qu'il s'agit de l'élément clé sur lequel il faut se pencher pour aboutir à une solution plus respectueuse des droits de l'avocat et de son client.

Comme point de départ de notre réflexion, revenons d'abord sur la raison d'être de la relation d'un avocat, pénaliste en ce qui nous concerne, avec son client. Ce dernier sera nécessairement une personne susceptible d'être condamnée. En effet, l'art. 111 CPP définit le prévenu comme «toute personne qui, à la suite d'une dénonciation, d'une plainte ou d'un acte de procédure accompli par une autorité pénale, est soupçonnée, prévenue ou accusée d'une infraction». Dans la logique d'une défense de choix, l'avocat, libre d'accepter les mandats, n'en demeure pas moins cantonné aux approches de clients potentiels. C'est pourquoi il y a lieu de tenir compte du choix restreint dont dispose l'avocat dans la conclusion de ses mandats et du rôle de représentant ex-

124 GABRIEL AUBERT, Note sur la confiscation de l'avantage illicite (art. 58 CP), SJ 1976, pp. 264–270, p. 269.

125 ATF 105 IV 169 consid. 1.

126 CASSANI (note 1), p. 258.

127 Arrêt 1S.5/2006 consid. 4.3.1 in SJ 2006 I, p. 494.

128 WOLFGANG WOHLERS, Einziehung von Kostenvorschüssen von Rechtsanwälten, PJA 2006, pp. 1161–1166, p. 1165.

129 NADELHOFER (note 68), p. 351.

clusif des intérêts de ses mandants qu'il exerce. Sans vouloir élever l'avocat à un rang d'intouchable, mais bien en se souciant des droits qui entourent cette profession, nous considérons que les mesures à son encontre devraient être pesées au vu des conséquences qu'elles engendrent. Comme nous l'avons vu, l'art. 70 al. 2 CP confère une protection au «tiers»; or l'avocat ne nous apparaît pas comme un tel «tiers». Dans les affaires de criminalité économique ou celles relatives à des infractions très lucratives, à l'exemple du trafic de drogue, l'argent dont dispose le client peut être de source illicite, c'est pourquoi un avocat méfiant pourra toujours douter de la provenance des fonds qu'il reçoit.

La protection accordée au tiers par le code pénal requiert la bonne foi de celui-ci au moment de sa contre-prestation, comme cela a été précisé par le Tribunal fédéral dans l'affaire Behring. Tout avocat requerra une avance d'honoraires pour pouvoir financer son travail et cette façon de procéder posera le problème de la confiscation en cas de *dolus superveniens*. Malgré cela, l'avocat ne peut renoncer à cette pratique, car «l'avance d'honoraire (provision – Vorschuss) à la conclusion du mandat est d'usage; elle est, commandée par la déontologie, dans l'intérêt des deux parties».¹³⁰ MOREILLON évoque la solution américaine d'être payé en fin de procédure qui éviterait que l'avocat ne touche directement l'argent du crime, en rappelant cependant qu'en Suisse, celui qui ne sollicite pas une provision commet déjà une faute professionnelle.¹³¹

Revenons au but même de la confiscation. Elle vise à éviter qu'une personne puisse tirer avantage d'une infraction.¹³² L'avocat effectuant sa contre-prestation de bonne foi pourra s'opposer à la confiscation et donc se rémunérer sur l'argent du crime. En accordant une telle protection au tiers, la loi ne réalise pas l'adage «le crime ne paie pas». Ainsi, il est aberrant d'exclure un paiement de l'avocat devenu de mauvaise foi, mais de l'accepter en cas de bonne foi. Sans remettre en question le fait que «les avantages financiers illégitimes doivent être supprimés parce qu'il serait non seulement moralement inacceptable que l'auteur de l'infraction bénéficie économiquement de son acte, mais aussi que tout tiers subséquent puisse tirer profit de gains illicites»,¹³³ nous pouvons nous demander si l'avocat en tire réellement profit et si cette mesure répond à une nécessité au vu des inconvénients qu'elle engendre. La fonction de l'avocat est, comme nous l'avons relevé, indispensable à la bonne marche de la justice, à tel point que si le prévenu est indigent il pourra bénéficier de l'assistance judiciaire. En d'autres termes, l'avocat peut être rémunéré par son client, dans notre cas avec de l'argent sale, ou par l'Etat en cas de défense d'office.

Concernant la rémunération de l'avocat, deux inconvénients peuvent découler de la confiscation. Premièrement, l'avocat ne pourra pas demander à être payé comme avocat d'office de manière rétroactive.¹³⁴ Or, comme nous l'avons relevé, il n'a pas de

réelle échappatoire et se retrouve à la merci des enquêtes pénales qui aboutiront, peut-être, à une confiscation sur ses provisions, contre laquelle il ne pourra opposer sa contre-prestation que jusqu'au jour où il aura été de bonne foi. Force est de constater que cette situation est inadmissible. Face à cette crainte, l'avocat devenu «de mauvaise foi» pourrait être tenté de diminuer l'activité consacrée à son client, réduisant ainsi les risques de non-paiement suite à une confiscation. L'avocat opposerait ainsi ses propres intérêts à ceux de son client, de sorte que la défense en serait dégradée. Deuxièmement, la nomination en tant que défenseur d'office engendrera une perte financière due à une rémunération, de toute évidence, moindre au regard d'une rémunération privée, ce que la doctrine a soulevé à juste titre.¹³⁵ La rémunération d'office ne correspond pas à des honoraires mais plutôt à «une indemnité qui sera fixée par les règlements cantonaux applicables en la matière, dès lors que le tarif horaire ne correspond pas à celui qu'un avocat facturera à la personne qui l'aura personnellement mandaté».¹³⁶ Toutefois, la jurisprudence a précisé que cette rémunération doit être équitable, même si elle est inférieure à celle d'un avocat choisi.¹³⁷ «Un régime excessivement ingrat pour l'avocat d'office ne favorise pas une conduite optimale des affaires qui lui sont attribuées. Une rémunération insuffisante peut ainsi, indirectement, entraver l'assistance judiciaire qui est garantie au citoyen».¹³⁸

Une solution pourrait exister afin d'éviter ces deux inconvénients. Dans l'optique de garantir les droits de la défense et la liberté économique de l'avocat, nous considérons que la confiscation ne devrait pas pouvoir se faire dès la survenance de la mauvaise foi, mais uniquement à partir de l'ordonnance de séquestre. Cette solution éviterait à l'avocat de devoir choisir l'un ou l'autre des comportements énoncés précédemment et lui permettrait de remplir au mieux son rôle de conseil et de défenseur des intérêts de son mandant. La date précise de cette décision apporterait une sécurité juridique pour l'avocat, inexistante aujourd'hui, et les droits de son client en seraient sauvegardés. Toutefois, pour que cette pratique ne conduise pas à des abus, il convient d'instaurer un cadre à la perception de provisions et d'en fixer un plafond raisonnable. Ensuite, concernant la rémunération accordée à l'avocat d'office, nous sommes amenés à nous demander si, suite à la confiscation, l'avocat ne pourrait pas être rémunéré de la même façon que quand il était avocat de choix et ce à hauteur du montant confisqué. D'autant plus que la confiscation a comme objectif que «le crime ne paie pas» et non

135 MOREILLON/BURNAND (note 31), p. 24; GIANNINI (note 5), p. 177.

136 VINCENT SPIRA, L'avocat au bénéfice de l'assistance juridique, in *Défis de l'avocat au XXI^e siècle*, in: *Mélanges en l'honneur de Madame le bâtonnier Dominique Burger, Slatkine*, Genève 2008, pp. 313–346, p. 332 et les références citées; sur la fixation des honoraires, cf. notamment FRANÇOIS BOHNET, La fixation et le recouvrement des honoraires de l'avocat, in *Quelques actions en paiements*, Schulthess, Neuchâtel 2009, pp. 1–39; LAURA JACQUEMOUD-ROSSARI, La taxation des honoraires de l'avocat, in: *Défis de l'avocat au XXI^e siècle*, *Mélanges en l'honneur de Madame le bâtonnier Dominique Burger, Slatkine*, Genève 2008, pp. 291–312.

137 Arrêt du Tribunal fédéral du 15 juin 2000, 1P.28/2000.

138 Arrêt du Tribunal fédéral du 15 juin 2000, 1P.28/2000 consid. 3.

130 PIERRE ENGEL, *Contrat de droit suisse*, Stämpfli, Berne 2000, p. 494.

131 MELILLO (note 90), p. 36.

132 KILLIAS/KUHN/DONGOIS/AEBI (note 2), p. 278; ATF 117 IV 107 consid. 2a.

133 NADELHOFER DO CANTO (note 15), pp. 308–309.

134 ATF 122 I 203.

d'enrichir l'Etat ou de réduire les déficits des caisses publiques.¹³⁹ Cependant, ne serait-il pas déraisonnable d'accorder un tel avantage aux seuls avocats faisant l'objet d'une mesure de confiscation sur leurs provisions? De même, cela ne constituerait-il pas une inégalité de traitement vis-à-vis de tout autre tiers? C'est par l'affirmative que nous nous devons de répondre à ces interrogations. Si cette solution éviterait une perte financière pour l'avocat, elle ne semble pas répondre à un impératif, d'autant plus que l'avocat peut espérer un retour à meilleure fortune de son client et ainsi récupérer le manque à gagner occasionné par une défense d'office.¹⁴⁰ De plus, une telle solution risquerait de se heurter aux droits du lésé, ce qui n'est en aucun cas admissible. Enfin, nous ne pouvons partager les objections émises par la doctrine quant au privilège de l'Etat, par rapport à l'avocat, à confisquer alors qu'il ne fournit aucune contre-prestation,¹⁴¹ car positionner l'Etat sur un pied d'égalité avec les particuliers et attendre de lui qu'il réponde aux mêmes exigences que ces derniers, ne nous paraît pas raisonnable. Partant, nous devons admettre qu'un seul des inconvénients soulevés ne peut être évité.

En résumé, l'avocat devenu de mauvaise foi en cours de mandat pourra bénéficier d'une rémunération complète pour les prestations fournies jusqu'à la date de l'ordonnance de séquestre et sera, par la suite, soumis au régime de l'assistance judiciaire gratuite s'il en a fait la demande.

Ainsi, la solution que nous proposons ne devrait pas s'appliquer de manière générale à tous les avocats. Contrairement aux propositions précédemment citées de GIANNINI et de MOREILLON et BURNAND, cette solution distingue le cas de l'avocat qui accepte en toute connaissance de cause la provenance illicite des fonds lors de la conclusion du mandat et celui du *dolus superveniens*. Indépendamment de la punissabilité pour blanchiment, l'avocat de mauvaise foi lors de la réception des fonds ne devrait pas être protégé contre une confiscation. Contrairement au cas du *dolus superveniens*, nous ne considérons pas que cet avocat ait un droit de bénéficier des valeurs en question. Conscient de la provenance des fonds, il accepte le risque que les provisions soient confisquées.

En vertu de l'art. 71 al. 1 CP, une créance compensatrice peut être ordonnée contre un tiers uniquement si les conditions de l'art. 70 al. 2 CP ne sont pas réalisées, de sorte qu'il faudra exclure cette possibilité, faute de quoi notre solution perdrait tout son sens.

L'inconvénient de cette méthode est qu'il appartient à l'Etat de prouver que l'avocat a acquis les fonds de mauvaise foi et la preuve de celle-ci au moment de la réception peut s'avérer difficile à apporter. Toutefois, n'en est-il pas également ainsi pour la preuve à apporter par l'Etat lors de la commission de toute infraction? Cet «inconvénient» n'est ainsi rien d'autre que le poids du

fardeau de la preuve incombant à l'Etat. Rappelons que le doute doit profiter à la personne auprès de laquelle la mesure de confiscation est envisagée. Toutefois, cette personne doit contribuer à étayer son droit et ne peut rester dans le silence après avoir fait part de sa revendication, mais le doute ne peut en aucun cas profiter à l'Etat.¹⁴² La doctrine s'est interrogée sur l'applicabilité de la présomption d'innocence et du «bénéfice du doute» à la confiscation. Cependant, la procédure de confiscation ne nécessite pas la responsabilité pénale de quelqu'un et n'est pas nécessairement dirigée contre un prévenu. Ces deux principes sont respectés si la confiscation n'est pas comprise comme un acte entraînant la culpabilité du prévenu.¹⁴³ Les difficultés de mise en œuvre méritent d'être prises en compte, mais d'un point de vue théorique, nous estimons que cette solution répond aussi bien aux droits du prévenu qu'à ceux de l'avocat, tout en tenant compte des droits de la victime.

VI. Conclusion

Avant de conclure, nous tenons à relever la pratique de certains avocats qui méconnaissent ou font abstraction de la problématique ayant fait l'objet de cette contribution. Il n'est pas rare que des avocats demandent la libération de fonds séquestrés afin d'être rémunérés. Nous pouvons nous interroger sur la bonne foi de l'avocat qui procède ainsi sur des avoirs qui, par définition, sont de provenance douteuse et qui devront probablement être restitués au lésé ou confisqués.¹⁴⁴ Il est d'autant plus surprenant de constater qu'une telle demande puisse être fondée sur l'arrêt du Tribunal fédéral 15.5/2006. Ce fut pourtant le cas dans un arrêt récent rendu par le Tribunal pénal fédéral.¹⁴⁵ Dans cette affaire, la recourante a soutenu «qu'il ressortirait de la doctrine et de la jurisprudence relative à l'art. 70 al. 2 CP, qu'aucun montant destiné à rémunérer immédiatement ou à terme un avocat de bonne foi ne peut être séquestré parce qu'il ne serait pas confiscable».¹⁴⁶ Le Tribunal pénal fédéral n'a pas manqué de rappeler la véritable portée de l'arrêt du Tribunal fédéral qui, comme nous l'avons vu, «traite de la question de savoir si une provision sur honoraires, respectivement des honoraires eux-mêmes déjà versés à un avocat peuvent faire l'objet d'une mesure de séquestre confiscatoire, le tout sous l'angle de l'art. 70 al. 2 CP et de la condition de la bonne foi de l'avocat en tant que tiers saisi».¹⁴⁷ En l'espèce, la qualité de tiers saisi revenait à la recourante et non aux avocats, de sorte que le grief tiré de la bonne foi des avocats a été déclaré dénué de fondement.¹⁴⁸ Ignorance ou volonté délibérée d'utiliser à mauvais escient une jurisprudence pourtant claire? Libre à chacun d'en tirer ses propres conclusions,

139 JACQUES ANTENEN, Problématique nouvelle relative à la poursuite pénale du blanchissage d'argent, à la confiscation et au sort des avoirs confisqués, RPS 1996 I, pp. 42–59, p. 58.

140 Art. 135 al. 4 let. b CPP; toutefois, ce cas ne se présentera que rarement en pratique.

141 MOREILLON/BURNAND (note 31), p. 24; ANTENEN/BURNAND/MOREILLON/TRECCANI (note 5), p. 92.

142 DENIS PIOTET, Les effets civils de la confiscation pénale, Stämpfli, Berne 1995, p. 66.

143 BAUMANN (note 9), art. 70–71 CP, n° 35a–35b et les références citées.

144 Art. 263 al. 1 let. c et d CPP.

145 Arrêt du Tribunal pénal fédéral du 27 avril 2011, BB.2010.92.

146 Arrêt du Tribunal pénal fédéral du 27 avril 2011, BB.2010.92 consid. 4.2.3.

147 *Ibidem*.

148 *Ibidem*.

mais il nous semblait important de mettre en lumière cette pratique paraissant faire fi des règles de la bonne foi au sens large.

Notre contribution avait pour but d'exposer un problème, qui, certes, ne se présente que rarement devant nos juridictions, mais n'en demeure pas moins important et susceptible de toucher chaque avocat. A travers l'étude de la jurisprudence et de la doctrine, nous avons pu nous forger une opinion et prendre position. Dès lors et en guise de conclusion, interrogeons-nous sur l'applicabilité d'une telle solution. Rappelons qu'elle vise, en cas de *dolus superveniens*, à assurer une protection jusqu'à l'ordonnance de séquestre, en ce sens qu'une confiscation avant cette date ne pourra pas être opérée.

Le Tribunal fédéral ne semble pas réticent à prendre en considération les propositions de la doctrine, à l'image de l'arrêt rendu

dans le cadre de l'affaire Behring. Une application jurisprudentielle pourrait suffire à fixer la règle de l'ordonnance de séquestre comme référence pour la confiscation. Cependant, les cas d'application demeurent rares et nous doutons qu'une pratique puisse s'installer en la matière. De plus, afin d'éviter des dérives, il convient de proscrire une application extensive de cette solution. Partant, une modification législative réglementant spécifiquement la confiscation auprès de l'avocat est préférable, restreignant ainsi le pouvoir d'appréciation du juge. A notre sens, ce n'est qu'ainsi qu'une véritable sécurité juridique pourra être créée et que les droits de la défense et de l'avocat pourront être garantis, sans pour autant instaurer un régime de faveur allant au-delà du nécessaire. ■

Walter Fellmann*

Haftungsrisiken im neuen Produktesicherheitsgesetz

Stichworte Produktsicherheit, Sicherheitsanforderungen beim Inverkehrbringen, Nachmarktpflichten, Verletzung von Schutzpflichten

I. Einleitung

Am 12. Juni 2009 hat die Bundesversammlung der Schweizerischen Eidgenossenschaft das Bundesgesetz über die Produktesicherheit (PrSG) beschlossen. Am 1. Oktober 2009 ist die Referendumsfrist unbenutzt abgelaufen. Das PrSG ist auf den 1. Juli 2010 in Kraft getreten. Es ersetzt das Gesetz über die Sicherheit von technischen Einrichtungen und Geräten (STEG) vom 19. März 1976 (Art. 20 Abs. 1 PrSG) und passt die Rechtslage in der Schweiz den neuen internationalen Gegebenheiten an.¹ Das Produktesicherheitsgesetz soll die Sicherheit von Produkten gewährleisten und den grenzüberschreitenden freien Warenverkehr erleichtern (Art. 1 Abs. 1 PrSG). Es bringt eine Angleichung an die Richtlinie 2001/95/EG der Europäischen Gemeinschaft über die allgemeine Produktsicherheit.²

Am 31. Dezember 2011 ist die Übergangsfrist des Art. 21 PrSG abgelaufen. Seit dem 1. Januar 2012 dürfen nur noch Produkte in Verkehr gebracht werden, welche die Sicherheitsanforderungen des PrSG erfüllen. Hersteller, Importeure und Händler

müssen zudem bereit sein, den Nachmarktpflichten nach Art. 8 PrSG nachzukommen. Sie müssen in der Lage sein, die Pflicht zur Produktbeobachtung zu erfüllen und die erforderlichen Massnahmen zu ergreifen sowie der zuständigen Behörde Meldung zu erstatten, wenn von einem Produkt eine Gefahr für die Sicherheit oder die Gesundheit der Verwender oder Dritter ausgeht. Bei Widerhandlung gegen diese Pflichten drohen empfindliche Strafen und es besteht die Gefahr, sich finanziell haftbar zu machen.

II. Anwendungsbereich

Nach Art. 1 Abs. 3 PrSG ist das PrSG anwendbar, «soweit nicht andere bundesrechtliche Bestimmungen bestehen, mit denen dasselbe Ziel verfolgt wird». Besteht für eine bestimmte Materie ein sektorieller Erlass, findet das PrSG nur Anwendung, wenn der Erlass zu einem bestimmten Thema, den das PrSG regelt, keine spezielle Norm enthält.³ Dies ist beispielsweise der Fall, wenn der sektorielle Erlass keine Produktbeobachtungspflicht im Sinne von Art. 8 Abs. 2 PrSG oder keine Meldepflicht im Sinne von Art. 8 Abs. 5 PrSG vorsieht.⁴ Sieht der sektorielle Erlass für eine bestimmte Frage eine Lösung vor, weicht diese jedoch von jener ab, die das PrSG enthält, geht der sektorielle Erlass vor, wenn er das gleiche Ziel verfolgt und das gleiche Schutzniveau aufweist wie das PrSG, das dem Standard der EG-Richtlinie entspricht. In

* Prof. Dr. iur., Professor für schweizerisches und europäisches Privatrecht an der Universität Luzern, Rechtsanwalt in Luzern, Fachanwalt SAV Haftpflicht- und Versicherungsrecht.

1 Botschaft zum Produktesicherheitsgesetz (Totalrevision des Bundesgesetzes über die Sicherheit von technischen Einrichtungen und Geräten) vom 25. Juni 2008, BBl 2008, 7408; zu den Rechtsquellen der technischen Normierung in der Schweiz vgl. ANDREAS FURRER, Produktsicherheit, Produkthaftung und technische Normung in der Schweiz, in: Produktsicherheit und Produkthaftung – Neue Herausforderungen für schweizerische Unternehmen, Tagung vom 31. März 2011 in Luzern, Walter Fellmann und Andreas Furrer (Hrsg.), Bern 2011, S. 5 ff.

2 Richtlinie 2001/95/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 3. Dezember 2001 über die allgemeine Produktsicherheit, ABl. Nr. L 11 vom 15. Januar 2002, S. 4 ff.

3 Vgl. dazu eingehend RAINER WEY, Die Stellung des PrSG im Geflecht sektorieller Normen, in: Produktesicherheit und Produktheftung – Die Schonzeit für Hersteller, Importeur und Händler ist vorbei, Tagung vom 23. März 2012, Walter Fellmann und Andreas Furrer (Hrsg.), Bern 2012, S. 29 ff.

4 Botschaft PrSG (Fn. 1), S. 7433.

diesem Fall gilt, «lex specialis derogat legi generali». Ist diese Voraussetzung nicht erfüllt, geht die Regelung des PrSG vor; es gilt «lex posterior derogat legi priori».⁵

III. Gewährleistung der Produktsicherheit beim Inverkehrbringen

1. Sicherheitsanforderungen

Nach Art. 3 Abs. 1 PrSG dürfen Produkte nur in Verkehr gebracht werden, wenn sie bei normaler oder bei vernünftigerweise vorhersehbarer Verwendung die Sicherheit und die Gesundheit ihrer Verwender oder Dritter nicht oder nur geringfügig gefährden. Diese Bedingung wird erfüllt, wenn das Produkt die vom Bundesrat gestützt auf Art. 4 Abs. 1 PrSG festgelegten grundlegenden Sicherheits- und Gesundheitsanforderungen erfüllt. Fehlen solche Anforderungen, muss das Produkt nach dem Stand des Wissens und der Technik hergestellt worden sein.

Dass ein Produkt den grundlegenden Sicherheits- und Gesundheitsanforderungen entspricht, wird vermutet (Art. 5 Abs. 2 PrSG), wenn es nach den technischen Normen hergestellt wird, die das zuständige Bundesamt gestützt auf Art. 6 Abs. 1 PrSG für geeignet erklärt hat, die grundlegenden Sicherheits- und Gesundheitsanforderungen zu konkretisieren. Entspricht das Produkt diesen Normen nicht, muss nachgewiesen werden, dass es die grundlegenden Sicherheits- und Gesundheitsanforderungen auf andere Weise erfüllt.

Ob die Sicherheit und die Gesundheit der Verwender und Dritter gewährleistet sind, bestimmt sich nach Art. 3 Abs. 3 PrSG aufgrund einer Reihe verschiedener Kriterien: Zu berücksichtigen sind die angegebene oder voraussichtliche Gebrauchsdauer eines Produkts (Art. 3 Abs. 3 lit. a PrSG), der Umstand, dass es auf andere Produkte einwirkt, sofern seine Verwendung mit diesen anderen Produkten vernünftigerweise vorhersehbar ist (Art. 3 Abs. 3 lit. b PrSG), der Umstand, dass es für Konsumenten bestimmt ist oder unter vernünftigerweise vorhersehbaren Bedingungen auch von Konsumenten benutzt werden kann (Art. 3 Abs. 3 lit. c PrSG), sowie der Umstand, dass es von Personengruppen verwendet werden kann, die dabei einer grösseren Gefahr ausgesetzt sind als andere. Zu denken ist an Kinder, Menschen mit Behinderungen oder ältere Menschen (Art. 3 Abs. 3 lit. d PrSG).

Da die Sicherheit eines Produkts auch durch seine Darbietung beeinflusst wird, fordert das Gesetz in Art. 3 Abs. 4 PrSG, dass diese Darbietung dem spezifischen Gefährdungspotential eines Produkts entsprechen muss. Zu berücksichtigen sind dabei seine Kennzeichnung und Aufmachung (Art. 3 Abs. 4 lit. a PrSG), die Verpackung sowie die Anleitungen für seinen Zusammenbau, die Installation und die Wartung (Art. 3 Abs. 4 lit. b PrSG), Warn- und Sicherheitshinweise (Art. 3 Abs. 4 lit. c PrSG), Gebrauchs- und Bedienungsanleitung und Angaben zu seiner Entsorgung (Art. 3

Abs. 4 lit. d PrSG) sowie alle sonstigen produktbezogenen Angaben oder Informationen (Art. 3 Abs. 4 lit. e PrSG).

2. Was bedeutet «Inverkehrbringen»?

Nach der Legaldefinition des Art. 2 Abs. 3 PrSG gilt als Inverkehrbringen das entgeltliche oder unentgeltliche Überlassen eines Produkts, und zwar unabhängig davon, ob dieses neu, gebraucht, wiederaufbereitet oder wesentlich verändert worden ist.⁶

Dem Inverkehrbringen gleichgestellt werden nach Art. 2 Abs. 3 lit. a–d PrSG der gewerbliche oder berufliche Eigengebrauch eines Produkts (Art. 2 Abs. 3 lit. a PrSG), die Verwendung oder Anwendung eines Produkts im Rahmen des Erbringens einer Dienstleistung (Art. 2 Abs. 3 lit. b PrSG), das Bereithalten eines Produkts zur Benützung durch Dritte (Art. 2 Abs. 3 lit. c PrSG) und das Anbieten eines Produkts (Art. 2 Abs. 3 lit. d PrSG).

Der Begriff des Inverkehrbringens ist also ausserordentlich weit. Das Gesetz gilt für jedes gewerbliche oder berufliche Inverkehrbringen von Produkten durch den Hersteller, den Importeur, den Händler und den Erbringer von Dienstleistungen. Es geht sogar noch weiter: Dem Inverkehrbringen gleichgestellt wird nämlich u.a. die Verwendung oder Anwendung eines Produkts im Rahmen des Erbringens einer Dienstleistung oder das Bereithalten eines Produkts zur Benützung durch Dritte.

3. Wer steht in der Pflicht?

Die Pflicht zur Gewährleistung der Sicherheit beim Inverkehrbringen eines Produkts trifft nach Art. 3 Abs. 6 lit. a PrSG primär den Hersteller. Importeur, Händler oder Erbringer von Dienstleistungen stehen nach Art. 3 Abs. 6 lit. b PrSG nur subsidiär in der Pflicht.

EUGÉNIE HOLLIGER-HAGMANN weist aber zu Recht darauf hin, Importeure, Händler oder Erbringer von Dienstleistungen müssten zwar erst tätig werden, wenn der Hersteller seine Pflicht verletzt habe. Um festzustellen, ob dies der Fall sei, müssten sie jedoch das Produkt schon vor dem Inverkehrbringen auf Sicherheitslücken überprüfen. Dass sie nur subsidiär in der Pflicht seien, ändere also nichts daran, dass sie inhaltlich die gleiche Verantwortung tragen wie der Hersteller.⁷

3. Haftung für Pflichtverletzungen beim Inverkehrbringen

Dass der Hersteller und der Importeur für fehlerhafte Produkte haften, ist seit dem Inkrafttreten des Produktheftpflichtgesetzes (PrHG), also seit dem 1. Januar 1994, klar (Art. 1 und 2 PrHG). Mit dem Inkrafttreten des PrSG wird der Kreis der potentiell Haftpflichtigen nun aber erheblich ausgeweitet:

Versteht man nämlich die Pflichten beim Inverkehrbringen als Schutzpflichten, die eine Garantenstellung des Inverkehrbringers begründen, macht sich dieser nach Art. 41 oder 55 OR haftbar,

5 Botschaft PrSG (Fn. 1), S. 7433; vgl. auch HANS-JOACHIM HESS, Produktsicherheitsgesetz (PrSG), Bern 2010, Art. 1 N 7 f.; EUGÉNIE HOLLIGER-HAGMANN, Produktsicherheitsgesetz PrSG, Produktrisiken im Griff – rechtliche Fallstricke vermeiden, Zürich/Basel/Genf 2010, S. 95 f.; WEY (Fn. 3), S. 33 ff.

6 Zur entsprechenden Regelung im deutschen Gesetz über technische Arbeitsmittel und Verbraucherprodukte (Geräte- und Produktsicherheitsgesetz GPSG) vgl. THOMAS KLINDT, Das neue Geräte- und Produktsicherheitsgesetz, NJW 2004, S. 467.

7 HOLLIGER-HAGMANN (Fn. 5), S. 146 f.

wenn er (oder eine seiner Hilfspersonen) es unterlässt, zu prüfen, ob das Produkt, das er in Verkehr zu bringen gedenkt, die grundlegenden Sicherheits- und Gesundheitsanforderungen erfüllt, und zwischen dieser Unterlassung und dem Schaden insofern ein (hypothetischer) Kausalzusammenhang besteht, als pflichtgemässes Verhalten den Eintritt des Schadens verhindert hätte. Es genügt, dass der Geschädigte nachweist, dass «nach der Erfahrung des Lebens und dem gewöhnlichen Lauf der Dinge eine überwiegende Wahrscheinlichkeit für diesen hypothetischen Kausalverlauf spricht».⁸

Das «Sicherheits-Checking» vor dem Inverkehrbringen kann sehr anspruchsvoll sein. Fehlt einem gefährlichen Produkt beispielsweise die Gebrauchsanleitung, weil sie der Hersteller nicht für erforderlich hält, und übersieht der Händler diesen Mangel, weil er das Erzeugnis vor dem Inverkehrbringen nicht auf seine Sicherheit hin überprüft, drohen ihm Schadenersatzansprüche, wenn das fehlerhafte Produkt dazu führt, dass eine Person verletzt wird.

Angesichts der Tatsache, dass das PrSG den Kreis der Inverkehrbringer weit zieht, ist dieser neue Haftungstatbestand im Zusammenhang mit dem Inverkehrbringen von Produkten von grosser praktischer Bedeutung.⁹

IV. Gewährleistung der Produktsicherheit durch Nachmarktpflichten

1. Was sind «Nachmarktpflichten»?

Nach Art. 8 Abs. 2 PrSG müssen Hersteller und Importeur, die ein Produkt in Verkehr bringen, im Rahmen ihrer Geschäftstätigkeit angemessene Massnahmen treffen, um während der angegebenen oder vernünftigerweise vorhersehbaren Gebrauchsdauer eines Produkts die Gefahren zu erkennen, die bei normaler oder bei vernünftigerweise vorhersehbarer Verwendung von diesem Produkt ausgehen können. Ferner müssen sie angemessene Massnahmen ergreifen, um allfällige Gefahren abwenden zu können.¹⁰ Schliesslich haben sie Vorkehrungen zu treffen, um das Produkt rückverfolgen zu können. Art. 8 Abs. 3 PrSG verpflichtet sie ferner, Beanstandungen, welche sich auf die Sicherheit des Produkts beziehen, mit der gebotenen Sorgfalt zu prüfen und nötigenfalls Stichproben durchzuführen.

Diese Nachmarktpflichten des Herstellers und des Importeurs¹¹ bedingen den Aufbau eines unternehmensinternen Produktbeobachtungssystems, das zum einen gewährleistet, dass alle sicherheitsrelevanten Informationen erfasst werden und zum

andern Notfallpläne bereitstellt, damit bei Gefahr gezielt die notwendigen Massnahmen ergriffen werden können.

Grosse Bedeutung haben insbesondere die Nachmarktpflichten bei Gefahr. Stellt der Hersteller oder ein anderer Inverkehrbringer fest oder hat er Grund zur Annahme, dass von seinem Produkt eine Gefahr für die Sicherheit oder die Gesundheit der Verwender oder Dritter ausgeht, so hat er nach Art. 8 Abs. 5 PrSG der zuständigen Behörde unverzüglich Meldung zu erstatten.¹² Diese Meldung hat alle Angaben zu enthalten, die eine genaue Identifizierung des Produkts erlauben (Art. 8 Abs. 5 lit. a PrSG). Ferner muss er ihr eine umfassende Beschreibung der Gefahr geben, die vom fraglichen Produkt ausgehen kann (Art. 8 Abs. 5 lit. b PrSG). Ausserdem hat er alle verfügbaren Angaben darüber zu machen, von wem er das Produkt bezogen und an wen er es geliefert hat (Art. 8 Abs. 5 lit. c PrSG). Die Angabe, an wen er geliefert hat, ist nicht erforderlich, wenn er das Produkt direkt an den Verwender abgegeben hat (Art. 8 Abs. 5 lit. c PrSG). Schliesslich muss er die zuständige Behörde auch über die Massnahmen orientieren, die er zur Abwendung der Gefahr getroffen hat (Art. 8 Abs. 5 lit. d PrSG).¹³

Das PrSG sagt nicht, welche Massnahmen der Hersteller konkret treffen muss, wenn er feststellt oder Grund zur Annahme hat, dass von seinem Produkt eine Gefahr für die Sicherheit und Gesundheit der Verwender oder Dritter ausgeht. Es verpflichtet den Hersteller und die andern Inverkehrbringer aber, die Massnahmen zu melden, die sie zur Abwendung der Gefahr getroffen haben. Als Beispiele für solche Massnahmen führt Art. 8 Abs. 5 lit. d PrSG Warnungen, Verkaufsstopp, Rücknahme vom Markt oder Rückruf des Produkts an.

Anders als Art. 54 Abs. 1 lit. c LGV, der die verantwortliche Person verpflichtet, Produkte, welche die Gesundheit gefährden oder gefährden können, zurückzurufen, wenn sie die Konsumenten schon erreicht haben und diese über den Grund des Rückrufs genau zu informieren, schreibt das PrSG keine konkreten Massnahmen vor. In der Botschaft wird vielmehr die Auffassung vertreten, die Vorkehrungen nach Art. 8 Abs. 2 PrSG erlaubten dem Hersteller und dem Importeur, zu erkennen, ob sie auch aus dem Zivilrecht ableitbare Warn-, Rücknahme- oder Rückrufpflichten wahrnehmen müssten und wie rasch diese Massnahmen zu erfolgen hätten.¹⁴ Nach der Meinung des Gesetzgebers begründet also (nur) das Zivilrecht und nicht das PrSG entsprechende Pflichten.

Nach der hier vertretenen Auffassung verpflichtet zweifellos das PrSG selbst Hersteller und Importeur, die geeigneten Massnahmen zu ergreifen. Anders ist jedenfalls nicht zu erklären, warum die zuständige Behörde nach Art. 10 Abs. 3 lit. b PrSG befugt sein soll, die Warnung vor den Gefahren eines Produkts, seine

8 HEINZ REY, *Ausservertragliches Haftpflichtrecht*, 4. Aufl., Zürich 2008, N 594a; vgl. auch BGE 121 III 358, 363.

9 WALTER FELLMANN, *Inhalt und Tragweite des Produktsicherheitsgesetzes (PrSG) vom 12. Juni 2009*, HAVE 2010, S. 7.

10 Vgl. Botschaft PrSG (Fn. 1), S. 7441.

11 Vgl. dazu eingehend WALTER FELLMANN, *Nachmarktpflichten des Herstellers und des Importeurs nach dem PrSG*, in: *Produktsicherheit und Produkthaftung – Neue Herausforderungen für schweizerische Unternehmen*, Tagung vom 31. März 2011, Walter Fellmann und Andreas Furrer (Hrsg.), Bern 2011, S. 71 ff.

12 Vgl. dazu eingehend ANDREAS FURRER, *Produktsicherheitsrechtliche Anzeigepflicht nach Art. 8 Abs. 5 PrSG*, in: *Produktsicherheit und Produkthaftung – Die Schonzeit für Hersteller, Importeur und Händler ist vorbei* (Fn. 3), S. 81 ff.

13 Vgl. dazu eingehend WALTER FELLMANN, *Nachmarktpflichten des Herstellers und des Importeurs nach dem PrSG*, Ein Schulsack voll Hausaufgaben für Hersteller und Importeure, Jusletter 25. Oktober 2010, Rz. 38 ff.

14 Botschaft PrSG (Fn. 1), S. 7443.

Rücknahme oder seinen Rückruf *anzuordnen* und solche Anordnungen sogar mit einer *Strafandrohung* (Art. 17 Abs. 1 lit. c PrSG) zu versehen. Es wäre jedenfalls neu, dass eine Behörde die Erfüllung einer bloss nach Zivilrecht bestehenden Pflicht anordnen, also mittels Verfügung¹⁵ und sogar mit Strafandrohung veranlassen kann, ohne dass (auch) öffentlich-rechtlich eine solche Pflicht besteht. Es ist daher davon auszugehen, dass das PrSG den Hersteller und die anderen Inverkehrbringer kraft öffentlichen Rechts verpflichtet, Massnahmen zur Abwendung der Gefahr zu treffen.

Im Einzelfall haben der Hersteller und die andern Inverkehrbringer diejenigen Massnahmen zu treffen, die gewährleisten, dass die Sicherheit und die Gesundheit der Verwender und Dritter entsprechend dem Grundsatz des Gesetzes in Art. 3 Abs. 1 PrSG nicht oder nur geringfügig gefährdet werden. Bei der Wahl der konkreten Massnahmen stehen dem Hersteller und den andern Inverkehrbringern also eine gewisse Ermessensfreiheit offen. Nach Art. 8 Abs. 5 lit. d PrSG haben sie der zuständigen Behörde aber zu melden, welche Massnahmen sie zur Abwendung der Gefahr getroffen haben bzw. treffen werden. Diese ist nach Art. 10 Abs. 3 PrSG befugt, andere Massnahmen anzuordnen oder selbst zu vollziehen, wenn sie zum Schluss kommt, die vom Hersteller oder einem andern Inverkehrbringer getroffenen würden zum Schutz der Sicherheit oder Gesundheit der Verwender oder Dritter nicht genügen.

2. Wer steht in der Pflicht?

Nach Art. 8 Abs. 2 PrSG treffen die Nachmarktpflichten primär den Hersteller und den Importeur. Das Gesetz nimmt aber nicht nur den Hersteller und den Importeur in Pflicht. Nach Art. 8 Abs. 4 PrSG hat vielmehr auch der Händler zur Einhaltung der Sicherheitsanforderungen beizutragen und an der Überwachung der Sicherheit der in Verkehr gebrachten Produkte mitzuwirken.¹⁶ Er hat Massnahmen zu ergreifen, die ihm eine wirksame Zusammenarbeit mit dem Hersteller oder Importeur sowie mit den zuständigen Vollzugsorganen ermöglichen. Der Umfang dieser Pflicht ist freilich umstritten. Hier besteht eine heillose Rechtsunsicherheit, die umso schwerer wiegt, als mit dieser neuen Regelung erhebliche Haftungsrisiken verbunden sind. Darauf ist am Schluss dieses Abschnitts zurückzukommen.

3. Wer ist geschützt?

Art. 8 PrSG hat nicht nur den Schutz des Konsumenten im Auge. Der Hinweis auf die Konsumentinnen und Konsumenten in Art. 8 Abs. 1 PrSG will die Produktbeobachtungspflicht nach Art. 8 Abs. 2 PrSG bloss auf Konsumgüter und Produkte beschränken, die unter vernünftigerweise vorhersehbaren Bedingungen auch von Konsumenten benutzt werden könnten. Wie sich aus Art. 8 Abs. 5 PrSG ergibt, soll damit aber auch eine Gefährdung der Sicherheit oder der Gesundheit Dritter vermieden werden. Ebenso

wie das PrHG schützt auch das PrSG neben dem Benutzer oder Verbraucher eines Produkts als direkten oder indirekten Vertragspartner des Herstellers auch den unbeteiligten Dritten,¹⁷ den so genannten «innocent bystander», der mit dem Produkt nicht als Konsument, sondern «in sonstiger Weise in Berührung gerät und dadurch einen Schaden [...] erleidet».¹⁸

4. Welche Produkte sind betroffen?

a) Einleitung

Die Nachmarktpflichten des Art. 8 PrSG gelten nur für Produkte, die für Konsumenten bestimmt sind oder unter vernünftigerweise vorhersehbaren Bedingungen auch von Konsumenten benutzt werden können. Was darunter genau zu verstehen ist, sagt das Gesetz nicht.

b) Begriff des Konsumguts

Dem Begriff des Konsumenten in der Schweiz¹⁹ entspricht der Begriff des Verbrauchers im europäischen Recht. Dort wird der Begriff aber weniger eng umschrieben, als dies in der Schweiz bis anhin der Fall war. Zwar kennt auch das EU-Recht keinen einheitlichen Verbraucherbegriff. Je nach dem Ziel der zur Diskussion stehenden Massnahmen werden vielmehr unterschiedliche Verbraucherdefinitionen verwendet. Aus den verschiedenen Umschreibungen lassen sich aber gemeinsame Elemente herausarbeiten. Danach kann der Verbraucher als natürliche Person umschrieben werden, die im Rechtsverkehr nicht zu geschäftlichen oder beruflichen Zwecken handelt.²⁰ Von dieser Umschreibung scheint auch die Produktsicherheitsrichtlinie auszugehen, grenzt sie doch den Begriff des Verbrauchers nur von der «ausschliesslichen gewerblichen Nutzung» ab.²¹

Sollte das Bundesgericht den Begriff des Konsumguts im PrSG daher europarechtskonform auslegen,²² wird es den Kreis der Produkte, die als Konsumgüter zu gelten haben, wohl weiter ziehen, als dies etwa die neue Schweizerische Zivilprozessordnung in Art. 32 Abs. 2 tut. Zwar dürfte es dabei bleiben, dass als Konsument nur der letzte, private Käufer gilt, und vor allem nur eine

17 So ausdrücklich Botschaft PrSG (Fn. 1), S. 7431; vgl. auch FELLMANN (Fn. 11), Rz. 23.

18 ANDRES CHRISTEN, Produkthaftung nach der EG-Produkthaftungsrichtlinie im Vergleich zur Produkthaftung nach schweizerischem Recht, Diss., Zürich 1992, S. 36; vgl. auch Botschaft PrSG (Fn. 1), 7431; WALTER FELLMANN, in: Basler Kommentar, Obligationenrecht I, Art. 1–529 OR, Heinrich Honsell/Nedim Peter Vogt/Wolfgang Wiegand (Hrsg.), Art. 1–14 PrHG bearbeitet von Walter Fellmann, 5. Aufl., Basel 2011, Art. 1 N 3.

19 Vgl. dazu auch BRUNNER (Fn. 16), S. 63 ff.

20 HENNING GRUB, EU-Verträge, Kommentar nach dem Vertrag von Lissabon, Carl Otto Lenz/Klaus-Dieter Borchardt (Hrsg.), Art. 12 und 169 AEUV bearbeitet von Henning Grub, Art. 169 N 6, 5. Aufl., Köln 2010.

21 Richtlinie 2001/95/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 3. Dezember 2001 über die allgemeine Produktsicherheit, ABl. Nr. L 11 vom 15. Januar 2002, S. 4 ff., Erwägungsgrund 10.

22 Davon ist auszugehen, da das Bundesgericht auch das PrHG europarechtskonform auslegt, vgl. BGE 133 III 81, 83 ff. vgl. dazu auch FELLMANN (Fn. 18), Vorbem. zum PrHG N 7 m.w.H. und CHRISTOPH MÜLLER, Neuste Entwicklung in der Produktheftpflicht: Vom Art. 55 OR zum BGE 137 II 226, in: Produktesicherheit und Produktheftung – Die Schonzeit für Hersteller, Importeur und Händler ist vorbei (Fn. 3), S. 81 ff., S. 130.

15 Botschaft PrSG (Fn. 1), S. 7444.

16 Zum Begriff des Händlers vgl. ALEXANDER BRUNNER, Die Rechtsbegriffe Händler und Konsument im Produktsicherheitsgesetz (PrSG), in: Produktesicherheit und Produktheftung – Die Schonzeit für Hersteller, Importeur und Händler ist vorbei (Fn. 3), S. 63 ff.

natürliche Person.²³ Die weitere, im schweizerischen Recht gebräuchliche Einschränkung, dass Konsumgut nur sei, was für den üblichen Ge- oder Verbrauch im Rahmen der Befriedigung persönlicher oder familiärer Bedürfnisse bestimmt ist, könnte hingegen fallen. Konsumgut wäre alsdann alles, was nicht für eine berufliche oder gewerbliche Tätigkeit bestimmt ist. Dass es der private Käufer für den engen Kreis des üblichen Ge- oder Verbrauchs im Rahmen der Befriedigung persönlicher oder familiärer Bedürfnisse²⁴ einsetzt, wäre nicht erforderlich. Erfasst würde dann beispielsweise auch der Kauf eines teuren Fahrzeugs der Luxusklasse für den privaten Gebrauch.

c) Konsumgüter und Migrationsprodukte

Die Frage, was unter Produkten zu verstehen ist, die für Konsumenten bestimmt sind, ist schnell beantwortet. Für Konsumenten bestimmt sind Produkte, die nach der Bestimmung des Herstellers an den privaten Endverbraucher gelangen sollen, deren «Produktwidmung» also darin besteht, Konsumgut zu sein.²⁵ Diese Produktwidmung kann sich aus konkreten Aussagen oder aus der Werbung des Herstellers ergeben, aus der Produktbezeichnung, aus der gewählten Vertriebskette oder der vorgesehenen Verkaufsstätte.²⁶ Zu betonen ist, dass die Bestimmung des Verwendungszwecks durch den Hersteller auch für die zuständige Behörde massgebend ist. Sie kann die Produktbestimmung des Herstellers nicht durch ihr eigenes Verständnis ersetzen.²⁷

Dieses «Definitionsmonopol des Herstellers»²⁸ wird nun aber durch das Gesetz erheblich aufgeweicht. Die Nachmarktpflichten nach Art. 8 Abs. 1 PrSG gelten nämlich nicht nur für Produkte, die vom Hersteller oder Importeur für Konsumenten bestimmt wurden, sondern auch für solche, die «unter vernünftigerweise vorhersehbaren Bedingungen» auch von Konsumenten benutzt werden könnten. Dies führt uns zur zweiten Frage: Welche Produkte könnten unter vernünftigerweise vorhersehbaren Bedingungen auch von Konsumenten benutzt werden?

Während für die Produktbestimmung die Vorstellungen des Herstellers entscheidend sind, geht es beim vernünftigerweise vorhersehbaren Gebrauch um das «reale Nutzerverhalten».²⁹ Im Fokus stehen Produkte, «die vorhersehbar aus dem bestimmungsgemässen gewerblichen Nutzungsbereich in die Hände privater Verbraucher gelangen».³⁰ Die deutsche Lehre spricht daher von «Produkt-Migration».³¹ Zu denken ist an Erzeugnisse aus dem Heimwerker-Bereich, die sowohl für gewerbliche Zwecke wie auch für den privaten Gebrauch einsetzbar sind, die Bohrma-

schine etwa, die elektrische Stichsäge oder auch einfach nur die Beisszange.³² Denkbar ist aber auch der Einsatz eines für berufliche Präsentationszwecke entwickelten Laserpointers als Spielzeug.³³ Da solche Nutzungen bei sehr vielen Produkten denkbar sind, die für berufliche oder gewerbliche Zwecke bestimmt sind, weitet sich der Anwendungsbereich des Art. 8 PrSG erheblich aus.³⁴

5. Haftung bei Verletzung der Nachmarktpflichten

Wie ich zu den Pflichten beim Inverkehrbringen ausgeführt habe, tritt mit dem Inkrafttreten des PrSG neben die Kausalhaftung des PrHG eine weitere mögliche Anspruchsgrundlage. Der Inverkehrbringer macht sich nämlich nach Art. 41 oder 55 OR haftbar, wenn er die Produktbeobachtungspflicht oder die Pflicht verletzt, bei Gefahr die erforderlichen Massnahmen zu treffen, und zwischen dieser Unterlassung und dem Schaden insofern ein (hypothetischer) Kausalzusammenhang besteht, als pflichtgemässes Verhalten den Eintritt des Schadens verhindert hätte. Der Geschädigte hat daher wiederum bloss nachzuweisen, dass «nach der Erfahrung des Lebens und dem gewöhnlichen Lauf der Dinge eine überwiegende Wahrscheinlichkeit für diesen hypothetischen Kausalverlauf spricht».³⁵

Von erheblicher Tragweite ist auch im Zusammenhang mit den Nachmarktpflichten, dass sich diese Haftung nicht auf den Hersteller im Sinn von Art. 2 PrHG beschränkt, sondern sich auch der Händler haftbar machen kann, wenn er die Pflichten nach Art. 8 Abs. 4 PrSG verletzt, zur Einhaltung der Sicherheitsanforderungen beizutragen und an der Überwachung der Sicherheit der in Verkehr gebrachten Produkte mitzuwirken, oder es unterlässt, Massnahmen zu ergreifen, die ihm eine wirksame Zusammenarbeit mit dem Hersteller oder Importeur sowie mit den zuständigen Vollzugsorganen ermöglichen würden. Als Schutzpflicht qualifiziert sich schliesslich auch die Pflicht nach Art. 8 Abs. 5 PrSG, bei Gefahr die erforderlichen Massnahmen zu treffen. In allen Fällen wird sich auch aus einer Verletzung dieser Pflichten eine Haftung des Händlers oder des Inverkehrbringers ableiten lassen, wenn zwischen dieser Unterlassung und dem Schaden insofern ein (hypothetischer) Kausalzusammenhang besteht, als pflichtgemässes Verhalten den Eintritt des Schadens verhindert hätte.³⁶ Von erheblicher Tragweite ist dabei der Umstand, dass der Händler nach dem Konzept des PrSG nicht nur gegenüber seinem direkten Abnehmer (aus Vertrag), sondern auch gegenüber Dritten haftet.³⁷

V. Fazit

Das PrSG passt das Schutzniveau für Produkte dem Schutzniveau des Produkthaftpflichtgesetzes (PrHG) vom 18. Juni 1993 an, das seinerseits mit jenem der Richtlinie 2001/95/EG über die all-

23 Vgl. auch THOMAS KLINDT, GPSG, Geräte- und Produktsicherheitsgesetz, Kommentar, München 2007, § 2 N 23.

24 Zur entsprechenden Auslegung des Art. 32 ZPO vgl. NOËLLE KAISER JOB, in: Basler Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung, Karl Spühler/Luca Tenchio/Dominik Infanger (Hrsg.), Art. 31–35, 194–196 bearbeitet von Noëlle Kaiser Job, Basel 2010, Art. 32 N 3 ff.

25 KLINDT (Fn. 23), § 2 N 23.

26 KLINDT (Fn. 23), § 2 N 26.

27 KLINDT (Fn. 23), § 2 N 26.

28 KLINDT (Fn. 23), § 2 N 26.

29 KLINDT (Fn. 23), § 2 N 30.

30 KLINDT (Fn. 23), § 2 N 32.

31 KLINDT (Fn. 23), § 2 N 32; vgl. auch HOLLIGER-HAGMANN (Fn. 5), S. 24.

32 HESS (Fn. 5), Art. 3 N 38 und Art. 8 N 8; HOLLIGER-HAGMANN (Fn. 5), S. 24.

33 KLINDT (Fn. 23), § 2 N 32.

34 FELLMANN (Fn. 11), Rz. 19 ff.

35 REY (Fn. 8), N 594a.

36 FELLMANN (Fn. 9), S. 12.

37 FELLMANN (Fn. 9), S. 12.

gemeine Produktsicherheit kongruent ist. So verlangt es unter anderem, dass «ein Produkt nicht nur bei bestimmungsgemässer, sondern bei jeder normalen und vernünftigerweise vorhersehbaren Verwendung – die auch einen Fehlgebrauch umfassen kann – sicher sein muss». ³⁸ Das PrSG bildet daher zusammen mit dem Produkthaftungsgesetz (PrHG) eine Einheit, welche als «Gesamtpaket» das Schutzniveau in der Schweiz verstärkt. ³⁹

Wie hier gezeigt wurde, schafft das Gesetz aber nicht nur administrative Vorschriften, sondern begründet durch seinen Zweck, die Sicherheit von Produkten zu gewährleisten (Art. 1 Abs. 1 PrSG), eine Garantenpflicht des Herstellers, Importeurs und Händlers sowie weiterer Inverkehrbringer, welche diese bei Unterlassung der gebotenen Massnahmen für Schäden haftbar macht. ■

³⁸ Botschaft PrSG (Fn. 1), S. 7428; vgl. auch Hess (Fn. 5), S. 40, N 106.

³⁹ Vgl. FELLMANN (Fn. 9), S. 3; FELLMANN (Fn. 11), Rz. 2.

Adrian Rufener*

Cloud Computing

Stichworte: Cloud Computing, Sicherheit, Datenschutz, Outsourcing

Einführung

Immer mehr Unternehmer, Behörden und Institutionen lagern ihre bisher typischerweise intern erledigten Datenverarbeitungen an externe Unternehmen aus¹ und setzen dafür auf «Cloud Computing». Cloud Computing² ist ein Begriff aus der Informationstechnologie³. Er bedeutet, vereinfacht gesagt, dass Software, Speicherkapazitäten oder Rechnerleistung über ein Netzwerk, z.B. das Internet, oder innerhalb eines Virtual Private Network⁴ bedarfsorientiert bezogen, d.h. gemietet werden. Die ICT-Landschaft⁵ steht nicht mehr im Eigentum des Unternehmens oder der Behörde und wird nicht mehr von diesem bzw. dieser selbst betrieben, sondern von einem oder mehreren Cloud-Service-Anbietern als Dienstleistung⁶ gemietet. Die Anwendungen und Daten befinden sich nicht mehr im eigenen Netzwerk, sondern in der Cloud. Der Zugang zu Datenservices und Infrastruktur, die in der Cloud zur Verfügung gestellt werden, erfolgt mittels Fernzugriff⁷. Die verschiedenen Varianten zu Cloud Computing unterscheiden sich in Bezug auf Organisationsform und Servicemodell teilweise erheblich. Es werden drei Typen von Servicemodellen unterschieden: Infrastructure as a Service⁸, Platform as a Service⁹ sowie Software as a Service¹⁰.

Infrastructure as a Service

Der Cloud Service beinhaltet über das Internet genutzte ICT-Infrastruktur wie Platz, Klima, Netzwerk, Server, Speicher bis zum Betriebssystem und dem zugehörigen Betriebsmonitoring. Die Kunden können jeweils individuelle Middleware- und/oder Anwendungsumgebungen frei implementieren oder über das Internet nutzen.

Platform as a Service¹¹

Diese Dienstleistung ermöglicht es dem Kunden, seine benötigte Middleware¹² on demand zusammenzustellen. Die Nutzer können auf der Plattform für ihre Kunden oder ihre eigenen Bedürf-

nisse Anwendungssoftware entwickeln, betreiben und über das Internet nutzen.

Software as a Service¹³

Diese angebotene Dienstleistung bringt dem Anwender wohl den grössten Nutzen. Die Anwendungssoftware ist on demand abrufbar und kann von verschiedenen Standorten aus und von mehreren Usern gleichzeitig über das Internet genutzt werden.

Gründe für den Einsatz von Cloud Computing

Die Gründe für den Einsatz von Cloud Computing sind unterschiedlich. Sei es, dass der Service nur in der Cloud zur Verfügung steht¹⁴ oder aber, dass der Aufbau bzw. die Weiterführung einer eigenen Serverumgebung aus wirtschaftlichen Gründen¹⁵ nicht (mehr) von Vorteil ist.

Compliance/Risiken bei den Nutzern von Cloud Computing¹⁶

Beim Einsatz von Cloud Computing stellen sich verschiedene Compliance-Fragen. Da der Cloud-Anbieter meist nicht gleich wie ein Outsourcing-Dienstleister kontrolliert werden kann, fragt sich, ob die Bearbeitung und Speicherung von Daten bei externen Cloud-Anbietern rechtlich zulässig ist. Dies umso mehr, wenn sich der Dienstleister im Ausland befindet oder zumindest der Zugriff auf die Daten aus dem Ausland möglich ist.

Wer Cloud Services einsetzen und nutzen will, hat die für ihn geltenden gesetzlichen und branchenspezifischen Vorschriften¹⁷ einzuhalten. Der eidgenössische Datenschutz- und Öffentlichkeitsbeauftragte¹⁸ bringt es in seinen Erläuterungen zum Cloud Computing vom Oktober 2011¹⁹ auf den Punkt: «Unternehmer und Behörden, die solche Dienste in Anspruch nehmen, sind sich oft zu wenig bewusst, dass die primäre Pflicht zur Einhaltung der Datenschutzregeln zunächst einmal bei ihnen selbst liegt und nicht beim Anbieter, der die Daten auf einem Cloud-Server speichert oder in der Cloud bearbeitet.»

Im Wesentlichen stellen sich die folgenden Fragen:

- Welche Daten sollen ausgelagert werden?
- Dürfen die Daten ausgelagert werden?

* Rechtsanwalt, St. Gallen.

1 Outsourcing.

2 Rechnen in der Wolke.

3 IT.

4 VPN.

5 Z.B. Rechenzentrum, Datenspeicher, Mail- oder Kooperationssoftware, Entwicklungsumgebungen oder Spezialsoftware, wie Customer Relationship Management (CRM).

6 Service.

7 Remote Access.

8 IaaS.

9 PaaS.

10 SaaS.

11 PaaS; PaaS baut auf IaaS auf.

12 Tool, Datenbanken etc.

13 SaaS; SaaS baut auf PaaS und IaaS auf.

14 iCloud von Apple zum Aufsuchen eines verloren gegangenen iPhones; E-Mail-Dienst bei einem Provider wie Bluewin etc.

15 Beschaffung, Wartung, Betrieb etc.

16 Zum Thema: Leitfaden zum Cloud Computing der Euro Cloud Swiss; im Internet abrufbar unter www.eurocloudswiss.ch.

17 Standesregeln.

18 EDÖB.

19 Im Internet abrufbar unter www.edoeb.admin.ch.

- Dürfen die Daten ins Ausland ausgelagert werden?
- Sind die Daten sicher und jederzeit verfügbar?
- Sind die Daten auch sofort verfügbar, wenn der Provider in Konkurs fällt?
- Ist im Konkurs des Providers sichergestellt, dass keine unberechtigten Dritten Einsicht bzw. Zugriff in bzw. zu den Daten erhalten?

Die sich stellenden rechtlichen Fragen des Cloud Computing sind ähnlich gelagert wie jene bei anderen Outsourcing-Projekten. Rechtliche Rahmenbedingungen können ein Cloud-Projekt stark beeinflussen bzw. verunmöglichen, obwohl der Nutzen einer Auslagerung in die Cloud möglicherweise gross wäre. Im Wesentlichen ist sicherzustellen, dass:

- es nicht zu einem Kontrollverlust über die Daten kommt;
- der Datenschutz und die Datensicherheit gewährleistet ist;
- ausländische Behörden keinen Zugriff auf die Daten haben;
- es nicht zu einer Abhängigkeit gegenüber dem Provider kommt, d.h. dass sichergestellt ist, dass auch im Falle eines Providerwechsels die Daten auf eine neue Plattform migriert werden können;

- die Daten auch im Konkurs des Anbieters sofort verfügbar sind und nicht von unberechtigten Dritten eingesehen werden können;
- das Anwaltsgeheimnis gewahrt bleibt.

In diesem Sinne hat sich auch der Conseil des barreaux européens (CCBE)²⁰ gegenüber der Europäischen Kommission vernehmen lassen und gefordert, dass europaweit Standards zum Einsatz von Cloud Computing definiert werden.

Wie weiter?

Cloud Computing ist nicht des Teufels; ohne klare Regelungen und die notwendigen Vereinbarungen mit dem Provider²¹ stellt Cloud Computing jedoch einen Verstoß gegen geltendes Recht und die Standesregeln dar.

20 CCBE; www.ccbe.eu

21 Geheimhaltungsvereinbarung, Regelung über die Datensicherheit, Datenherausgabe etc.

Adrian Rufener*

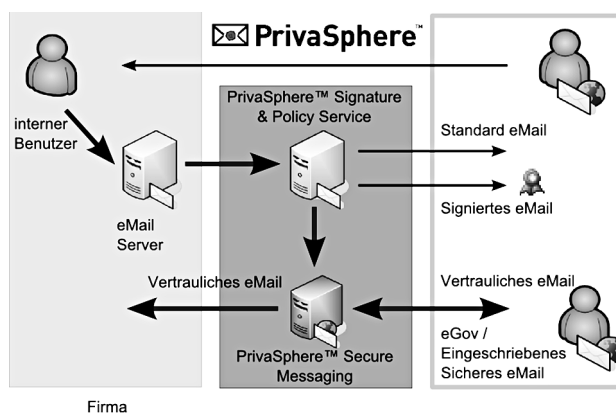
«Durchklick» – Integration der Zustellplattform in die E-Mail-Infrastruktur

Stichworte: Durchklick, Zustellplattform, Integration in E-Mail-Infrastruktur

In der Anwaltsrevue 4/2009, S. 191 ff., wurde ausführlich dargestellt, wie der Mailverkehr abgesichert werden kann, namentlich auch unter Verwendung der Zustellplattformen von PrivaSphere und bzw. oder IncaMail.

Seit dem 1. Januar 2011 können Eingaben der Parteien an Gerichte, an die Staatsanwaltschaft sowie an die SchKG-Behörden in elektronischer Form eingereicht werden (Art. 130 Abs. 1 ZPO, Art. 110 Abs. 2 StPO und Art. 33a SchKG). Neben anderen Formvorschriften ist erforderlich, dass die Eingabe über eine vom Bund zugelassene Zustellplattform eingereicht wird.

Die vom Bund zum elektronischen Rechtsverkehr zugelassenen Zustellplattformen ermöglichen es, die eigene Mail-Domain an die Zustellplattform anzubinden. Im Falle einer Domainanbindung wird der gesamte ausgehende Mailverkehr ab dem firmeninternen Mailserver über eine geschützte Verbindung¹ auf die Zustellplattform gesandt. Je nach «Codierung»² versendet in der Folge die Zustellplattform das Mail als ungeschütztes, signiertes, sicheres, eingeschriebenes oder eGov-Mail. Für den Anwender



hat die Domainanbindung erhebliche Vorteile, kann er doch in seinem Mailprogramm mit dem Anklicken entsprechender Schaltflächen bestimmen, wie das Mail von der Zustellplattform weitergeleitet werden soll. Über die Zustellplattform eingehender Mailverkehr wird dem Empfänger über die verschlüsselte Verbindung direkt in seinen Mailclient zugestellt. Handelt es sich um eingeschriebene bzw. eGov-Sendungen, erhält der Benutzer eine Mail mit einem eingebetteten Link, da für ihn eine «Abholungs-

* Rechtsanwalt, St. Gallen.

1 TLS-Verschlüsselung mittels SSL-Zertifikat.

2 Mittels Anklicken einer Schaltfläche im Mailclient.

einladung» hinterlegt ist. Erst beim Anklicken der Abholungseinladung wird die Mail freigegeben.

Die Vorteile einer Domainanbindung in einer Mehrpersonenzkanzlei mit eigenem Mailserver liegen auf der Hand: Dank einem PlugIn im Mailclient³ wird sicherer Mailverkehr zum «Kinderspiel». Die anfallenden einmaligen bzw. wiederkehrenden laufen-

den Kosten rechtfertigen sich durch die gewonnene Benutzerfreundlichkeit der Anwendung. ■

³ Siehe Abbildung.



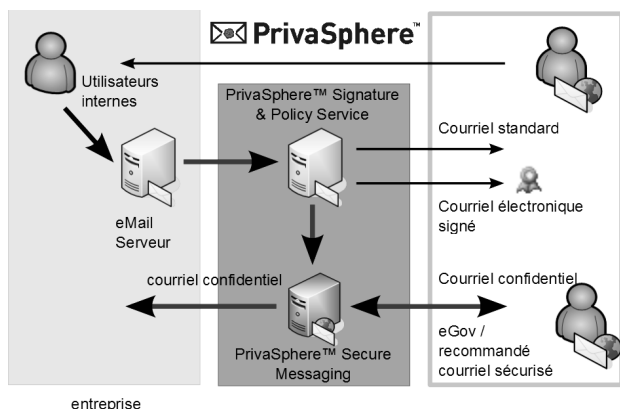
Adrian Rufener*

«Clic informatique» – Intégration de la plateforme de messagerie sécurisée dans votre infrastructure de courrier électronique

Mots-clés: Clic informatique, plateforme de messagerie sécurisée, intégration dans l'infrastructure de courrier électronique

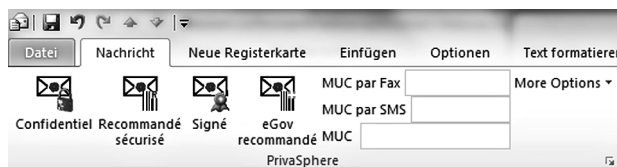
Dans la Revue de l'avocat 4/2009, p. 191 ss, nous vous expliquons dans le détail comment il était possible de sécuriser votre courrier électronique, notamment en utilisant les plateformes de messagerie sécurisée PrivaSphere ou IncaMail.

Depuis le 1^{er} janvier 2011, les parties peuvent adresser des actes électroniques aux tribunaux, ministères publics et autorités LP (art. 130 al. 1^{er} CPC, 110 al. 2 CPP et 33a LP). Parmi d'autres prescriptions formelles, l'acte doit impérativement être transféré via une plateforme de messagerie sécurisée reconnue par la Confédération.



Les plateformes reconnues par la Confédération permettent toutes de se lier à votre infrastructure de courrier électronique (domaine e-mail). Votre courrier sortant sera ainsi expédié à la plateforme à partir du serveur e-mails de votre étude, le tout au moyen

d'une liaison sécurisée¹. La plateforme transmet ensuite votre courrier selon le «codage» que vous aurez préalablement sélectionné,² qu'il s'agisse d'un e-mail standard (non protégé), signé électroniquement, sécurisé, recommandé ou encore d'un envoi eGov. Le fait de lier votre domaine e-mail vous permet en effet de déterminer librement, au moyen des boutons qui s'affichent dans votre messagerie, la façon dont votre courrier devra être expédié par la plateforme. Quant au courrier entrant, celui-ci vous sera également transmis au moyen d'une liaison sécurisée directement sur votre messagerie. S'il s'agit d'un courrier recommandé ou d'un envoi eGov, le destinataire reçoit un e-mail avec un lien qui l'invite à retirer l'envoi qui lui est destiné. Ce n'est qu'en cliquant sur ce lien que l'e-mail pourra être lu.



En résumé, lier le serveur e-mails de son étude à la plateforme de messagerie sécurisée présente des avantages incontestables. Grâce au plug-in à installer dans votre messagerie,³ le courrier électronique sécurisé devient un jeu d'enfant. Les frais de base et récurrents se justifient par le gain de convivialité obtenu par cette application. ■

* Avocat, Saint-Gall.

¹ Protocole de chiffrement TLS au moyen d'un certificat SSL.

² En cliquant sur les boutons qui s'affichent dans la messagerie.

³ Voir l'illustration.

■ Verfassungsrecht/Droit constitutionnel (I)

Art. 5 Abs. 1 StPO, Art. 29 Abs. 1 BV; Strafverfahren, Rechtsverzögerung

Die Strafbehörden nehmen die Strafverfahren unverzüglich an die Hand und bringen sie ohne unbegründete Verzögerung zum Abschluss (Art. 5 Abs. 1 StPO; SR 312.0). Diese Konkretisierung des in Art. 29 Abs. 1 BV verankerten Grundsatzes auf Beurteilung innert angemessener Frist ist für die Behörden der Strafverfolgung (Art. 12 und 15 ff. StPO) und die Gerichte (Art. 13 und 18 ff. StPO) gleichermaßen verbindlich.

Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung wird der Anspruch auf Beurteilung innert angemessener Frist missachtet, wenn eine Sache über Gebühr verschleppt wird. Die Beurteilung der angemessenen Verfahrensdauer entzieht sich starren Regeln. Es ist vielmehr in jedem Einzelfall zu prüfen, ob sich die Dauer unter den konkreten Umständen als angemessen erweist. Der Streitgegenstand und die damit verbundene Interessenlage können raschere Entscheide erfordern oder längere Behandlungsperioden erlauben. Entscheidend ist weiter der Umfang und die Komplexität der aufgeworfenen Sachverhalts- und Rechtsfragen. Kriterien für die Angemessenheit der Verfahrensdauer im Rahmen von Strafverfahren bilden etwa die Schwere des Tatvorwurfs, die Komplexität des Sachverhalts, die dadurch gebotenen Untersuchungshandlungen, das Verhalten der beschuldigten Person und dasjenige der Behörden (z.B. unnötige Massnahmen oder Liegenlassen des Falls) sowie die Zumutbarkeit für die beschuldigte Person. Strafverfahren sind zügig voranzutreiben, um die beschuldigte Person nicht unnötig über die gegen sie erhobenen Vorwürfe im Ungewissen zu lassen (zum Ganzen: BGE 130 I 269 E. 2.3 und 3.1 S. 272 f.; Urteil 1B_388/2011 vom 5. September 2011 E. 2.2). Anspruch auf Verfahrensbeschleunigung haben primär beschuldigte Personen, in etwas geringerem Mass jedoch auch die übrigen Verfahrensbeteiligten wie die Privatklägerschaft (vgl. Botschaft vom 21. Dezember 2005 zur Vereinheitlichung des Strafprozessrechts, BBl 2006 1130 Ziff. 2.1.2; Niklaus Schmid, Schweizerische Strafprozessordnung, Praxiskommentar, 2009, N. 1 zu Art. 5 StPO).

(I. öffentlich-rechtliche Abteilung, 1B_699/2011, 20.2.2012, X. und Y. c. Z. und Obergericht des Kantons Obwalden; nicht in der AS publiziert. – Zusammenfassung Be)

Art. 29 Abs. 3 BV; Unentgeltliche Rechtspflege (Beistandschaft)

Ergreift eine Partei – wie hier – zunächst ohne anwaltliche Hilfe ein Rechtsmittel und reicht damit verbunden ein Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege und Verbeiständung ein, richtet sich die Frage der Notwendigkeit der anwaltlichen Vertretung zunächst danach, ob im Verfahren noch weitere Vorkehren zu treffen sind. Ist dies der Fall, beurteilt sich die Frage der Notwendigkeit nach den Umständen des konkreten Einzelfalls. Es kann deshalb nur darauf ankommen, ob sich die Beschwerdeführerin 1 [Mutter] in dem hängigen Verfahren gehörig zur Wehr zu setzen vermag. Ungeachtet der Ausbildung und beruflichen Qualifi-

kation der Beschwerdeführerin 2 [Tochter] fällt entscheidend ins Gewicht, wie leicht die sich stellenden prozess- und materiell-rechtlichen Fragen zu beantworten sind.

Das Obergericht erwog, aus den Akten ergebe sich, dass die Beschwerdeführerin 1 bei der Vorinstanz durch die Beschwerdeführerin 2 durchwegs angemessen und gehörig vertreten gewesen sei. Selbst der im Verlaufe des Verfahrens eingeschaltete Anwalt habe in seiner Replik die von der Tochter eingereichte Beschwerdeschrift als gut begründet und umfassend taxiert. Darauf seien die Beschwerdeführerinnen zu behaften. Es habe deshalb keine Notwendigkeit für eine unentgeltliche anwaltliche Vertretung bestanden.

Entscheidet eine Rechtsmittelinstanz über ein von der ersten (Beschwerde-) Instanz abgelehntes Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege erst nach Erledigung der Hauptsache, ist die Frage der Notwendigkeit nicht ex post, sondern ex ante zu prüfen. Das Obergericht übersieht, dass – wäre das Verfahren ordentlich fortgesetzt und zu Ende geführt worden – nach der Beschwerdeeinreichung offensichtlich noch weitere Vorkehren zu treffen gewesen wären, mindestens im Umfang des Replikrechts mit Bezug auf die vom Verwaltungsgericht von der Vormundschaftsbehörde einzuholende Stellungnahme. In dieser Hinsicht durfte die Notwendigkeit der Verbeiständung mithin nicht verneint werden.

Praxisgemäss ist die Notwendigkeit der anwaltlichen Verbeiständung im Rechtsmittelverfahren nur ausnahmsweise zu verneinen. Dies gilt selbst dann, wenn der Sachverhalt als solcher keine besondere Komplexität aufweist (Urteil 5A_692/2009 vom 5. Januar 2010 E. 3.3). Ebenso gilt dies auch und gerade in jenen Fällen, in denen in erster Instanz kein Anwalt beteiligt war, und, wie vorliegend, ein erheblicher Eingriff in die persönliche Freiheit der Gesuchstellerin auf dem Spiel steht. Gerade in vormundschaftlichen Verfahren stellen sich häufig Fragen der Zweckmässigkeit und Angemessenheit der getroffenen Massnahmen; derartige Wertungsfragen können kaum als einfach bezeichnet werden. Vor diesem Hintergrund hat die Beschwerdeführerin 1 in guten Treuen ein Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege und Verbeiständung gestellt, deren Notwendigkeit mangels anderer Anhaltspunkte zum Zeitpunkt der Gesuchseinreichung zu bejahen gewesen wäre. Dass sie in einem ersten Schritt – mit Hilfe ihrer Tochter – eine Beschwerdeschrift eingereicht hat, die den qualitativen Anforderungen genügt, berechtigt nicht zur Verweigerung der unentgeltlichen Verbeiständung.

(II. zivilrechtliche Abteilung, 5A_649/2011, 3.2.2012, X. und Z. c. Obergericht Appenzell Ausserrhoden; nicht in der AS publiziert. – Zusammenfassung Be)

■ Verwaltungsrecht/Droit administratif (II)

Art. 12 LLCA; Conflit d'intérêt, interdiction de postuler, changement de jurisprudence

X. est accusé dans le cadre d'une procédure pénale (P/12481/01) qui l'oppose à la Banque cantonale de Genève (ci-après: la BCGe). Le 7 septembre 2010, il a saisi la Commission du barreau

du canton de Genève (ci-après: la Commission du barreau). Il invoquait un conflit d'intérêts des avocats de la BCGe, A. et B., dans la mesure où ceux-ci exerçaient leur profession au sein d'une étude regroupant des avocats l'ayant précédemment conseillé. Par décision du 6 décembre 2010, la Commission du barreau a conclu à l'absence de conflit d'intérêts de la part de A. et B. Le présent litige porte sur le point de savoir si X. avait la qualité de partie dans la procédure devant la Cour de justice, cette dernière lui ayant nié cette qualité et, partant, ayant déclaré son recours irrecevable.

Celui qui, en violation des obligations énoncées à l'art. 12 LLCA, accepte ou poursuit la défense d'intérêts contradictoires doit se voir dénier par l'autorité la capacité de postuler. L'interdiction de plaider est, en effet, la conséquence logique du constat de l'existence d'un tel conflit (arrêt 1A.223/2002). La loi sur les avocats ne désignant pas l'autorité compétente habilitée à empêcher de plaider l'avocat confronté à un conflit d'intérêt, les cantons sont compétents pour la désigner. Ainsi, l'injonction consistant en l'interdiction de représenter une personne dans une procédure peut être prononcée, selon les cantons, par l'autorité de surveillance des avocats ou par l'autorité judiciaire saisie de la cause (cf. doctrine et jurisprudence citée). Le législateur genevois a confié les compétences dévolues à l'autorité de surveillance par la loi sur les avocats à la Commission du barreau (art. 14 de la loi genevoise du 26 avril 2002 sur la profession d'avocat; RS/GE E 6 10). En l'absence d'une telle disposition expresse, il appartient au juge qui conduit le dossier, au civil, au pénal ou en droit administratif, et qui constate un conflit d'intérêts ou un défaut d'indépendance, d'en tirer d'office les conséquences et de dénier à l'avocat la capacité de postuler en l'obligeant à renoncer à la défense en cause (cf. citations) – à noter que l'art. 62 du nouveau CPP confie les mesures nécessaires au bon déroulement et à la légalité de la procédure à l'autorité investie de la direction de la procédure (cf. art. 61 CPP) et que, par conséquent, en procédure pénale, l'ordre consistant en l'interdiction de plaider pourrait ne plus pouvoir revenir à l'autorité de surveillance (en ce sens JdT 2011 III p. 76) –. L'exclusion de l'avocat des débats pour ce motif n'est que la résultante du défaut de capacité de postuler de l'avocat et ne constitue pas une mesure disciplinaire au sens de l'art. 17 LLCA (cf. citations). Cela ressort d'ailleurs de la simple lecture de l'art. 17 LLCA qui ne mentionne pas cette sanction au titre des mesures disciplinaires. La nature de celle-ci ne saurait au demeurant être différente d'un canton à l'autre, selon qu'une autorité judiciaire ou une autorité disciplinaire constate le défaut de la qualité de postulation. Le Tribunal fédéral a d'ailleurs pu juger que l'interdiction de représentation ordonnée dans un cas particulier ne relevant pas du droit disciplinaire, elle n'empêche en principe nullement le prononcé d'une sanction disciplinaire ultérieure (arrêt 2A.560/2004).

Ainsi, contrairement à l'approche qu'a eue le Tribunal fédéral dans l'ATF 135 II 145, il faut admettre que l'interdiction de postuler dans un cas concret – à distinguer d'une suspension provisoire ou définitive – ne relève en principe pas du droit disciplinaire, mais du contrôle du pouvoir de postuler de l'avocat. Ainsi,

l'interdiction faite à un avocat de représenter une partie vise à assurer la bonne marche du procès, notamment en s'assurant qu'aucun avocat ne soit restreint dans sa capacité de défendre l'une d'elles – en cas de défense multiple – respectivement en évitant qu'un mandataire puisse utiliser les connaissances d'une partie adverse, acquises lors d'un mandat antérieur, au détriment de celle-ci, étant à cet égard rappelé que l'impossibilité de représentation affectant un avocat rejaillit sur ses associés (RNRF 92/2011 127, 2C_26/2009). Dans un tel cas, celui qu'une décision prive de la possibilité de poursuivre la défense de ses intérêts par l'avocat de son choix, ou alors contraint de voir un ancien mandataire – ou l'associé de l'un de ses anciens mandataires – défendre les intérêts d'une partie adverse, est touché de manière directe et dispose d'un intérêt digne de protection au sens de l'art. 89 al. 1 let. c LTF à l'annulation ou la modification de cette décision. En ceci, la situation est donc différente de ce qui prévaut en matière disciplinaire. Par conséquent, en niant à X. la qualité pour recourir à l'encontre de la décision du 6 décembre 2010 de la Commission du barreau, la Cour de justice a violé l'art. 111 LTF.

(II^e Cour de droit public, 2C_642/2011, 20.2.2012, X. c/A., B., Commission du Barreau GE; publication prévue dans le RO. – condensé BÜ)

■ Zivilrecht, ZPO und SchKG/Droit civil, Code de procédure civile et poursuite pour dettes et faillite (III)

Art. 837 CC et 80 al. 1 LP; Mainlevée définitive et hypothèque légale des artisans et entrepreneurs

Le jugement ordonnant l'inscription définitive d'une hypothèque légale des artisans et entrepreneurs ne constitue pas à lui seul un titre de mainlevée définitive pour le gage (Pfandsomme), car il n'apporte pas la preuve que celui-ci a effectivement été constitué (cf. citations). En effet, l'hypothèque légale de l'art. 837 CC est dite «indirecte»; le gage n'existe que par l'inscription constitutive au Registre foncier (cf. citations). En d'autres termes, en cas d'opposition au droit de gage, l'artisan ou l'entrepreneur ne peut se contenter de produire le jugement ordonnant l'inscription définitive de l'hypothèque légale à l'appui de sa requête de mainlevée définitive pour le gage; le poursuivant doit démontrer l'existence du droit de gage en produisant l'extrait du Registre foncier prouvant qu'il a effectivement été inscrit définitivement dans le registre (cf. citations). Le juge saisi de l'action en inscription définitive d'une hypothèque légale des artisans et entrepreneurs n'a pas à reconnaître, respectivement à fixer la créance en paiement des prestations de l'artisan et de l'entrepreneur (Schuldsumme); il fixe uniquement le montant à concurrence duquel l'immeuble devra répondre. Cette action n'a pas pour but de déterminer la créance en tant que telle, mais le montant du gage ou, en d'autres termes, l'étendue de la garantie hypothécaire (cf. citations). Le juge examine certes la créance personnelle de l'artisan ou de l'entrepreneur (Schuldsumme), mais uniquement à titre préjudiciel et à seule fin de déterminer la somme garantie

par gage. Dès lors, même si l'action a été dirigée contre le propriétaire de l'immeuble qui est simultanément le débiteur de la créance, le jugement ordonnant l'inscription définitive de l'hypothèque légale ne constitue pas un titre de mainlevée définitive pour la créance garantie au sens de l'art. 80 al. 1 LP (citations). Le créancier ne peut donc pas obtenir la mainlevée de l'opposition en ce qui concerne la créance garantie sur la base d'un seul jugement d'inscription définitive d'une hypothèque légale. En général, l'artisan ou l'entrepreneur aura donc intérêt à intenter parallèlement à son action en inscription définitive d'une hypothèque légale, une action condamnatoire en paiement de sa créance (ATF 105 II 149), le jugement condamnant le débiteur à payer une somme déterminée valant titre de mainlevée au sens de l'art. 80 al. 1 LP (VALLAT, op. cit., n° 195 p. 170).

En l'occurrence, la recourante fonde sa requête de mainlevée définitive sur le jugement du 8 juin 2009 du Tribunal de première instance du canton de Genève ordonnant l'inscription définitive en sa faveur d'une hypothèque légale des artisans et entrepreneurs sur la parcelle dont le poursuivi est le propriétaire, à concurrence de CHF 61 882.51, intérêts en sus. Le point de savoir si le jugement du 8 juin 2009 constitue en l'espèce un titre à la mainlevée définitive doit être examiné par rapport au montant du droit de gage (Pfandsomme), d'une part, et à la créance en poursuite (Schuldsumme), d'autre part (ATF 126 III 467). Le créancier poursuivant s'est limité en l'espèce à produire le jugement ordonnant l'inscription définitive de l'hypothèque légale, sans démontrer l'existence de l'inscription définitive du droit de gage sur l'immeuble du poursuivi par la production d'un extrait du Registre foncier. En conséquence, la mainlevée de l'opposition à la poursuite en réalisation de gage immobilier doit, en ce qui concerne le droit de gage (Pfandsomme), être refusée. Le jugement du 8 juin 2009 – dont le dispositif ne condamne pas expressément l'intimé à payer une somme d'argent à la poursuivante – constitue pas non plus un titre de mainlevée définitive pour la créance en poursuite (Schuldsumme) au sens de l'art. 80 al. 1 LP. Par conséquent, la requête de mainlevée de l'opposition doit être rejetée en ce qui concerne la créance également.

(II^e Cour de droit civil, 5A_195/2011, 25.11.2011, A. SA c/B.; publication de l'arrêt prévue dans le RO. – condensé Bii)

Art. 393 lit. d ZPO; Vereinsausschluss, Schiedsgericht, rechtliches Gehör

Die Beschwerdeführerin ruft des Weiteren Art. 393 lit. d ZPO an und rügt Verletzungen des rechtlichen Gehörs.

Ein Schiedsspruch kann gemäss Art. 393 lit. d ZPO angefochten werden, wenn der Grundsatz der Gleichbehandlung der Parteien oder der Grundsatz des rechtlichen Gehörs verletzt wurde. Dieser Beschwerdegrund wurde den Regeln über die internationale Schiedsgerichtsbarkeit (Art. 190 Abs. 2 lit. d IPRG) entnommen (Botschaft ZPO, a.a.O.), so dass die dazu ergangene Rechtsprechung grundsätzlich auch für den Bereich der Binnschiedsgerichtsbarkeit anwendbar ist (Urteil 4A_424/2011 vom 2. November 2011 E. 2.2). Danach entspricht der Anspruch der

Parteien auf rechtliches Gehör im Schiedsverfahren im Wesentlichen dem in Art. 29 Abs. 2 BV gewährleisteten Anspruch (BGE 130 III 35 E. 5 S. 37 f.; 127 III 576 E. 2c S. 578) mit Ausnahme der Pflicht zur Begründung des Entscheids (BGE 133 III 235 E. 5.2 S. 248; 127 III 576 E. 2c S. 578). Die Rechtsprechung leitet daraus insbesondere das Recht der Parteien ab, sich über alle für das Urteil wesentlichen Tatsachen zu äussern, ihren Rechtsstandpunkt zu vertreten, ihre entscheidungswesentlichen Sachvorbringen mit tauglichen sowie rechtzeitig und formrichtig offerierten Mitteln zu beweisen, sich an den Verhandlungen zu beteiligen und in die Akten Einsicht zu nehmen (BGE 133 III 139 E. 6.1 S. 143; 130 III 35 E. 5 S. 38; 127 III 576 E. 2c S. 578 f.; je mit Hinweisen). Dem entspricht die Pflicht des Schiedsgerichts, die rechtserheblichen Vorbringen der Parteien tatsächlich zu hören und zu prüfen. Das bedeutet jedoch nicht, dass es sich ausdrücklich mit jedem Argument der Parteien auseinandersetzen muss (BGE 133 III 235 E. 5.2 S. 248 f.).

Im Einzelnen macht die Beschwerdeführerin geltend, der Einzelschiedsrichter habe zu Unrecht keine Parteibefragung mit dem Beschwerdeführer 2 durchgeführt. Die Beschwerdeführerin 1 anerkennt allerdings selber, dass der Schiedsrichter nach der anwendbaren Prozessordnung berechtigt war, Beweismittel abzulehnen. Wenn der Einzelschiedsrichter in antizipierter Beweiswürdigung darauf verzichtet hat, den Beschwerdeführer 2 zu befragen, so kritisiert sie im Ergebnis wiederum in unzulässiger Weise die Beweiswürdigung.

(II. zivilrechtliche Abteilung, 5A_634/2011, 16.1.2012, X. AG und Z. c. Verein Y. und Schiedsgericht mit Sitz in Zug; nicht in der AS publiziert. – Zusammenfassung Be)

Art. 158 ZPO, Art. 77 PatG; Patentrecht, vorsorgliche Beweisführung

Art. 158 ZPO regelt die vorsorgliche Beweisführung. Nach Abs. 1 nimmt das Gericht jederzeit Beweis ab, wenn das Gesetz einen entsprechenden Anspruch gewährt (lit. a) oder die gesuchstellende Partei eine Gefährdung der Beweismittel oder ein schutzwürdiges Interesse glaubhaft macht (lit. b). Nach Abs. 2 finden die Bestimmungen über die vorsorglichen Massnahmen Anwendung.

Art. 77 PatG in der vom Inkrafttreten der ZPO am 1. Januar 2011 bis zum Inkrafttreten des Bundesgesetzes über das Bundespatentgericht (PatGG; SR 173.41) am 1. Januar 2012 geltenden Fassung besteht aus einem Absatz und sieht vor, dass eine Person, die um die Anordnung vorsorglicher Massnahmen ersucht, insbesondere verlangen kann, dass das Gericht eine genaue Beschreibung der angeblich widerrechtlich angewendeten Verfahren (lit. a Ziff. 1) oder der hergestellten Erzeugnisse und der zur Herstellung dienenden Einrichtungen und Geräte (lit. a Ziff. 2) anordnet (AS 2010 1739). Diese Norm entspricht Abs. 1 lit. b der auf 1. Januar 2012 in Kraft getretenen Fassung von Art. 77 PatG (AS 2010 513, 2011 2241). Gemäss Abs. 2 hat die Partei, die eine genaue Beschreibung beantragt, glaubhaft zu machen, dass ein ihr zustehender Anspruch verletzt ist oder eine Verletzung zu befürchten ist.

Beim Anspruch auf eine genaue Beschreibung gemäss Art. 77 PatG (in alter wie neuer Fassung) handelt es sich um einen gesetzlichen Anspruch i.S. von Art. 158 Abs. 1 lit. a ZPO (WALTER FELLMANN, in: Sutter-Somm et al. [Hrsg.], Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, 2010, N 9 zu Art. 158; PETER GUYAN, in: Basler Kommentar, 2010, N 2 zu Art. 158; Botschaft zum Patentgerichtsgesetz vom 7. Dezember 2007, BBl 2007 455, S. 495). Unter den Voraussetzungen von Art. 77 PatG kann damit eine genaue Beschreibung von Verfahren, Erzeugnissen sowie zur Herstellung dienenden Hilfsmitteln gestützt auf Art. 158 Abs. 1 lit. a ZPO bereits vor einem allfälligen Hauptverfahren als vorsorgliche Beweissmassnahme verlangt werden.

(I. zivilrechtliche Abteilung, 4A_532/2011, 31.1.2012, L. GmbH c. M. AG und Handelsgericht des Kantons Aargau; Publikation in der AS vorgesehen. – Zusammenfassung *Be*)

Art. 30 Cst; Demande de récusation d'un juge (ASLOCA)

A. est entrée dans la magistrature judiciaire genevoise le 1^{er} janvier 2011. Auparavant, elle a exercé la profession d'avocate à Genève, en particulier auprès de l'Asloca, association de protection des locataires dont les avocats représentent de nombreux plaignants devant la juridiction spécialisée, notamment les locataires dans les trois causes citées. A. a quitté l'Asloca en février 2010.

Le 28 février 2011, H.X. et F.X. ont demandé la récusation de la juge A. en raison de ses liens avec l'Asloca et les avocats de celle-ci.

Le Tribunal fédéral a déjà admis que l'on ne pouvait pas demander la récusation d'un juge présidant une chambre du Tribunal des baux et loyers pour le seul motif qu'il a travaillé précédemment comme avocat de l'Asloca. Dès lors que le juge a cessé toute activité pour cette association et qu'il n'a pas réellement connu de la cause en tant qu'avocat, rien ne permet de penser que le juge, en raison de son activité passée, serait tenté d'avantager les parties défendues par cette association ou qu'il aurait acquis dans ce cadre une faveur inconditionnelle pour la cause des locataires. La solution inverse aurait pour conséquence que le juge, pourtant choisi en raison de ses compétences dans le domaine du droit du bail, serait pratiquement inhabile à siéger dans la plupart des cas (arrêt 4P.147/1997 du 24 novembre 1997 consid. 3b/bb et cc). Il n'y a pas lieu de revenir sur cette jurisprudence. Il a été constaté que la juge a quitté l'Asloca en février 2010. Les recourants ne prétendent pas que cette constatation serait arbitraire. On ne voit pas pourquoi elle le serait.

Les recourants soutiennent également que la juge a gardé des liens d'amitié avec certains de ses anciens collègues, avocats de l'Asloca. Il arrive fréquemment qu'un juge et un avocat se connaissent. Par exemple, ils peuvent avoir fait leurs études ensemble, être membres d'un même parti politique, avoir été collègues à un certain stade de leur carrière ou encore pratiquer les mêmes loisirs. Une de ces situations banales ne saurait suffire pour constituer un motif de récusation. Que la juge d'espèce ait gardé de bons contacts avec ses anciens collègues ne suffit pas pour supposer objectivement qu'elle n'aurait pas le recul nécessaire pour traiter en toute impartialité les causes qui lui sont soumises. Il a déjà été jugé qu'une relation d'amitié ou d'inimitié

entre un juge et un avocat ne pouvait constituer un motif de récusation que dans des circonstances spéciales, qui ne peuvent être admises qu'avec retenue; il faudrait qu'il y ait un lien qui, par son intensité et sa qualité, soit de nature à faire craindre objectivement qu'il influence le juge dans la conduite de la procédure et dans sa décision (cf. arrêt 1B_303/2008). Les recourants invoquent également une inégalité prohibée par l'art. 8 Cst., alléguant qu'il existerait une «règle établie» devant les tribunaux genevois selon laquelle, «durant quelques années au moins, un magistrat ne s'occupe pas des causes dans lesquelles interviennent des membres de l'étude dans laquelle il avait pu pratiquer le barreau». Les recourants ne citent aucune disposition qui contiendrait une telle règle, ce qui exclut déjà d'entrer en matière, à supposer qu'il s'agisse d'une question de droit cantonal (art. 106 al. 2 LTF), même sous l'angle d'une violation arbitraire du droit cantonal (ATF 110 la 1). S'ils se réfèrent à un usage, il faut rappeler que l'existence d'un usage relève des constatations de fait (ATF 128 III 22). Or, la cour cantonale n'a pas constaté l'existence d'un tel usage (art. 105 al. 1 LTF) et les recourants ne démontrent pas qu'il résulterait à l'évidence du résultat de l'administration des preuves. Comme il n'y a donc pas de motif de récusation, il n'y a pas lieu d'examiner l'argumentation alternative, à savoir que la requête serait tardive.

(1^{re} Cour de droit civil, 4A_672/2011, 31.1.2012, H.X. et F.X. c/Tribunal civil de Genève; publication de l'arrêt prévue. – condensé *Bü*)

Art. 488, 518 et 595 CC; Révocation de l'exécuteur testamentaire

L'exécuteur testamentaire est soumis à la surveillance de l'autorité qui a le pouvoir d'ordonner l'exécution ou d'interdire un acte déterminé et de prendre des mesures disciplinaires (art. 518 et 595 CC et réf.). dont la plus grave est la destitution de l'exécuteur testamentaire pour cause d'incapacité ou de violation grossière de ses devoirs (cf. réf.). L'autorité de surveillance n'intervient en principe que sur plainte, laquelle peut être déposée par les héritiers légaux, institués et potentiels, ainsi que par toute personne gratifiée par le disposant d'une libéralité testamentaire (cf. réf.).

La substitution fidéicommissaire d'héritiers est une disposition pour cause de mort en vertu de laquelle la succession, ou une part de la succession, est acquise à titre universel par un premier héritier, le grevé, puis, quand se réalise une condition ou quand arrive un terme – soit l'ouverture de la substitution –, elle est transférée à titre universel du grevé à un second héritier, l'appelé (cf. réf.). L'appelé n'a aucun droit dans la succession avant le terme fixé par le testateur pour l'ouverture de la substitution (cf. réf.); il ne dispose que d'une expectative successorale et de prérogatives relatives à l'octroi de mesures de sûretés. Cela est d'autant plus vrai lorsque le disposant prévoit une substitution fidéicommissaire sur les biens résiduels (ou «pour le surplus», «auf den Überrest», arrêt 5C.18/1997). Bien que non prévue par le Code civil, cette institution est admise par la jurisprudence (ATF 133 III 309). Sa particularité par rapport à la substitution fidéicommissaire ordinaire réside en ce que le grevé n'est pas tenu de maintenir l'existence et la consistance de la succession pour

qu'elle parvienne dans la mesure du possible intacte à l'appelé lors de la substitution. Dans la substitution fidéicommissaire sur les biens résiduels, le grevé peut disposer des biens successoraux et entamer le patrimoine reçu, non seulement pour ses besoins de base mais également pour mener une vie plus aisée (cf. réf.); il peut, le cas échéant, épuiser le patrimoine hérité. L'appelé acquerra par conséquent seulement ce qui restera éventuellement de la succession au moment de l'ouverture de la substitution (ATF 102 Ia 418) et ne dispose d'aucune action contre l'héritier grevé s'il ne reçoit rien de celui-ci à l'ouverture de la substitution, sous réserve de l'abus de droit du grevé qui aurait dilapidé les biens de la succession ou détruit dolosivement ces biens (cf. réf.)

En l'occurrence, la recourante, qui est co-appelée d'une substitution fidéicommissaire sur les biens résiduels grevant la moitié de la succession administrée par l'exécuteur testamentaire critiqué, est ainsi une héritière sous condition suspensive. Elle n'a pas actuellement le statut d'héritière dans la succession de son oncle; elle dispose uniquement d'une expectative successorale, mais non des droits dont jouissent les héritiers. En particulier, elle ne dispose pas même d'une action contre l'héritière grevée, sous réserve de l'abus de droit (art. 2 CC, cf. supra consid. 4.2). Vu le statut de la recourante dans la succession de son oncle, à savoir qu'elle doit recevoir des mains d'un tiers qui n'est pas le testateur, à un moment déterminé et en vertu d'un acte juridique, une prestation ou une somme d'argent dont le tiers pouvait disposer, elle se trouve dans une position analogue à celle du créancier d'un héritier – auquel la doctrine majoritaire dénie la qualité pour saisir l'autorité de surveillance (cf. supra consid. 3.2 in fine) – et n'est pas, dans ce cas, habilitée à requérir des mesures contre l'exécuteur testamentaire. Il s'ensuit que les circonstances qui doivent être réunies pour que la recourante puisse matériellement être gratifiée dans la succession de son oncle ne dépendent nullement des agissements de Me X.; la destitution de celui-ci de ses fonctions d'exécuteur testamentaire n'est pas de nature à lui procurer un quelconque avantage par rapport à son statut dans la succession de D. lorsqu'elle sera appelée éventuellement à lui succéder. La recourante n'était ainsi pas légitimée à déposer une plainte à l'autorité de surveillance.

(II^e Cour de droit civil, 5A_713/2011, 2.2.2012, A. c/Le Juge suppléant des districts de Martigny et St-Maurice et X.; arrêt non publié dans le RO. – condensé BÜ)

Art. 138 ZPO; Gerichtliche Zustellung

Mit einer Zustellung ist insbesondere in einem hängigen Verfahren zu rechnen, also während eines bestehenden Prozessrechtsverhältnisses. Dieses verpflichtet die Parteien, sich nach Treu und Glauben zu verhalten, d.h. unter anderem dafür zu sorgen, dass ihnen Entscheide, welche das Verfahren betreffen, zugestellt werden können. Diese prozessuale Pflicht entsteht mit der Begründung eines Verfahrensverhältnisses und gilt insoweit, als während des hängigen Verfahrens mit einer gewissen Wahrscheinlichkeit mit der Zustellung eines behördlichen Aktes gerechnet werden muss (BGE 130 III 396 E. 1.2.3 S. 399 mit Hinweisen).

Im zu beurteilenden Fall musste der Beschwerdeführer aufgrund des bestehenden Prozessrechtsverhältnisses grundsätzlich mit der

Zustellung des Entscheids des Bezirksgerichts Kreuzlingen rechnen. Das Verfahren um Rechtsschutz in klaren Fällen (Art. 257 ZPO) ist ein summarisches Verfahren, welches der klagenden Partei bei klarer Rechts- und Sachlage erlaubt, möglichst rasch zu einer Entscheidung zu kommen. Die Schnelligkeit ist somit ein typisches Merkmal dieses Verfahrens (BBI 2006 7349 ff. Ziff. 5.17 f.).

Aus den vorinstanzlichen Feststellungen geht hervor, dass der Beschwerdeführer den Ferienhinweis gestützt auf eine behördliche Auskunft seitens des Bezirksgerichts in seine Gesuchantwort aufgenommen hat. Der Grundsatz von Treu und Glauben schützt den Bürger in seinem berechtigten Vertrauen auf behördliches Verhalten. Nach dem verfassungsmässigen Recht auf Vertrauensschutz (Art. 9 BV; vgl. auch Art. 52 ZPO) durfte der Beschwerdeführer in guten Treuen davon ausgehen, dass das Bezirksgericht ihm den fristauslösenden Entscheid nicht während seiner Ferienabwesenheit zustellen wird.

(I. zivilrechtliche Abteilung, 4A_660/2011, 9.2.2012, A. c. X. AG und Obergericht des Kantons Thurgau; nicht in der AS publiziert. – Zusammenfassung Be)

Art. 105 Abs. 3 FusG; Fusionsgesetz, Kostenvorschuss

Kommt Art. 105 Abs. 3 FusG nicht zur Anwendung, bestimmen sich die Kosten für das erstinstanzliche Verfahren nach kantonalem Recht. Dessen Anwendung kann das Bundesgericht, von hier nicht gegebenen Ausnahmen, nicht überprüfen (Art. 95 BGG), soweit dadurch nicht Bundesrecht verletzt wird. Mit Bezug auf die Verletzung verfassungsmässiger Rechte gelten allerdings erhöhte Begründungsanforderungen (Art. 106 Abs. 2 BGG). Das Bundesgericht könnte zwar an sich prüfen, ob die Anwendung des kantonalen Rechts die verfassungsmässigen Rechte der Beschwerdeführer verletzt, was diese zum Teil geltend machen. Auf das für die Festsetzung des Kostenvorschusses massgebende kantonale Recht gehen die Beschwerdeführer aber nicht ein, so dass sie insoweit die strengen Begründungsanforderungen verfehlen (Art. 106 Abs. 2 BGG; BGE 136 I 49 E. 1.4.1 S. 53; 133 III 393 E. 6 S. 397; 133 II 249 E. 1.4.2 S. 254; je mit Hinweisen). Die Frage, ob der verlangte Kostenvorschuss zu hoch ist, ist daher nicht zu behandeln. Auch davon abgesehen überzeugen die Argumente der Beschwerdeführer nicht.

Dass der Kostenvorschuss allenfalls höher ist als das Interesse der Beschwerdeführer, genügt nicht, um diesen als unzulässig auszuweisen. Auch im Anwendungsbereich von Art. 105 Abs. 3 FusG können den Klägern, wenn besondere Umstände vorliegen, sämtliche Kosten auferlegt werden, die ansonsten von der beklagten Gesellschaft zu tragen wären.

Auch kann nicht gesagt werden, ein Kostenvorschuss von CHF 35 000.– mache die Klage wirtschaftlich nicht tragbar. Wäre die Klage erfolgreich, würden die Kosten ohnehin den Beschwerdegegnerinnen auferlegt. Sofern sich die Beschwerdeführer den Vorschuss nicht leisten können, hätten sie um unentgeltliche Rechtspflege nachsuchen können, so dass der Zugang zum Gericht jedenfalls gewahrt blieb (vgl. Urteil des Bundesgerichts 4A_401/2010 vom 1. November 2010 E. 1.5).

Daraus, dass erst am Ende des Prozesses feststeht, ob, und wenn ja in welchem Mass, die Beschwerdeführer obsiegen, kann

entgegen ihrer Auffassung nicht abgeleitet werden, sie müssten höchstens einen symbolischen Kostenvorschuss leisten. Sie beziffern selbst den Wert, den ihre Begehren für sie persönlich höchstens haben können (jeweils CHF 3 040.–) und verlangen eventua-
liter, den Kostenvorschuss entsprechend festzusetzen. Sie gehen mithin selbst davon aus, der Streitwert könne bereits im jetzigen Zeitpunkt abgeschätzt werden. Ihre Rüge geht unabhängig von der mangelnden Auseinandersetzung mit der einschlägigen kantonalen Gesetzgebung offensichtlich fehl.

(I. zivilrechtliche Abteilung, 4A_547/2011, 16.2.2012, A. und B. c. X.Y. AG und X.Z. GmbH und Appellationsgericht des Kantons Basel-Stadt; nicht in der AS publiziert. – Zusammenfassung *Be*)

Art. 101 al. 3 CPC; Délai pour la fourniture des avances

L'art. 101 al. 1 CPC prévoit que le tribunal impartit un délai pour la fourniture des avances et des sûretés. Un délai supplémentaire est octroyé d'office le cas échéant et, si les avances ou sûretés ne sont pas fournies à l'échéance de ce dernier délai, le tribunal n'entre pas en matière sur la demande ou la requête (art. 101 al. 3 CPC). Aux termes de l'art. 119 al. 1 CPC, la requête d'assistance judiciaire peut être présentée avant ou pendant la litispendance. Elle peut ainsi être déposée dans les délais impartis pour effectuer l'avance de frais (art. 101 al. 1 et 3 CPC).

Bien qu'aucune règle en ce sens ne figure expressément dans le CPC, la doctrine estime qu'il convient d'admettre que le dépôt d'une requête d'assistance judiciaire entraîne une sorte d'effet suspensif implicite du délai impartit pour payer l'avance de frais. Si la prudence recommande certes à l'intéressé de solliciter, simultanément au dépôt de sa requête d'assistance judiciaire, une prolongation du délai fixé pour la fourniture des avances et sûretés jusqu'à droit connu sur ladite requête, à défaut d'une telle précaution, et en cas de rejet de la requête d'assistance judiciaire, une prolongation du délai devrait être admise d'office, voire un nouveau délai refixé d'office (cf. réf.). La solution préconisée par la doctrine pour le CPC est celle qui prévaut devant le Tribunal fédéral selon la LTF: le juge instructeur ne peut exiger du recourant une avance de frais aussi longtemps que sa requête d'assistance judiciaire n'a pas été rejetée (arrêt 2C_758/2008 et autres réf.).

Il n'existe aucune raison de s'écarter de cette dernière solution dans l'application du CPC. En fixant un délai identique au recourant pour fournir l'avance de frais et déposer les pièces relatives à sa requête d'assistance judiciaire, le Tribunal cantonal le contraint, alors qu'il est dans l'incertitude quant à l'issue de cette dernière requête, à verser l'avance réclamée afin de sauvegarder la recevabilité de son recours. Cette manière de procéder va clairement à l'encontre de l'art. 101 al. 3 CPC.

Il s'ensuit que, déclarant irrecevable la requête d'assistance judiciaire présentée par le recourant, la juridiction se devait de lui impartir un délai supplémentaire pour effectuer l'avance de frais sollicitée.

Le sort du recours étant scellé, il n'y a pas lieu d'examiner les autres griefs que présente le recourant. Le recourant ne remet pas en cause l'irrecevabilité de sa requête d'assistance judiciaire: il ne rend ainsi pas vraisemblable que le non-respect du délai im-

parti pour déposer le formulaire ne lui est pas imputable ou ne lui serait qu'à une faute légère, ni ne prétend que ledit formulaire serait accompagné de tous les justificatifs nécessaires. Dans ces circonstances, il convient de limiter le renvoi de la cause à l'autorité cantonale à l'octroi d'un nouveau délai au recourant pour s'acquitter de l'avance de frais réclamée.

(II^e Cour de droit civil, 5A_818/2011, 29.2.2012, A. c/Banque X.; publication de l'arrêt prévue dans le RO. – condensé *Bü*)

■ Strafrecht, StPO und Strafvollzug/Droit pénal, CPP et exécution des peines (IV)

Art. 399 StPO; Fristgerechte Berufung

Die StPO sieht für die Einlegung der Berufung ein zweistufiges Verfahren vor. Nach Art. 399 Abs. 1 StPO ist die Berufung dem erstinstanzlichen Gericht innert 10 Tagen seit Eröffnung des Urteils schriftlich oder mündlich zu Protokoll anzumelden. Nach Ausfertigung des begründeten Urteils übermittelt das erstinstanzliche Gericht die Anmeldung zusammen mit den Akten dem Berufungsgericht (Art. 399 Abs. 2 StPO). Die Partei, die Berufung angemeldet hat, reicht dem Berufungsgericht gemäss Art. 399 Abs. 3 StPO innert 20 Tagen seit der Zustellung des begründeten Urteils eine schriftliche Berufungserklärung ein. Die am Prozess beteiligten Parteien, welche mit dem erstinstanzlichen Urteil nicht einverstanden sind, müssen mithin in der Regel zweimal ihren Willen kundtun, das Urteil nicht zu akzeptieren, nämlich einmal im Rahmen der Anmeldung der Berufung bei der ersten Instanz nach Eröffnung des Dispositivs (siehe Art. 84 StPO zur Eröffnung sowie Art. 81 Abs. 4 StPO zum Inhalt des Dispositivs) und ein zweites Mal nach Eingang des begründeten Urteils durch eine Berufungserklärung beim Berufungsgericht.

Wird das Urteil weder mündlich noch schriftlich im Dispositiv eröffnet, sondern direkt in begründeter Form zugestellt, ist eine Anmeldung der Berufung nicht nötig. Es genügt, eine Berufungserklärung einzureichen. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts und entgegen einer in der Lehre vertretenen Auffassung (vgl. MARKUS HUG, in: Andreas Donatsch/Thomas Hansjakob/Victor Lieber, Kommentar zur Schweizerischen Strafprozessordnung [StPO], 2010, Art. 399 Rz. 11) gilt dabei nicht die für die Anmeldung der Berufung massgebliche Frist von 10 Tagen, sondern stehen dem Berufungskläger im Sinne von Art. 399 Abs. 3 StPO 20 Tage zur Verfügung. Es sind keine Gründe ersichtlich, weshalb die Frist für die Einreichung der Berufungserklärung von 20 auf 10 Tage reduziert werden sollte (Urteil des Bundesgerichts 6B_444/2011 vom 20. Oktober 2011 E. 2.5).

Das erstinstanzliche Urteil vom 16. August 2011 wurde dem Beschwerdeführer unstreitig weder mündlich noch schriftlich im Dispositiv eröffnet, sondern am 7. September 2011 direkt in begründeter Form zugestellt. Der Beschwerdeführer brauchte deshalb die Berufung nicht anzumelden, sondern konnte sich auf die Einreichung der Berufungserklärung beschränken. Davon geht auch die Vorinstanz aus. Entgegen ihrer Ansicht standen ihm hierfür allerdings nicht nur 10 Tage, also die für die Anmeldung nach

Art. 399 Abs. 1 StPO massgebliche Frist, zur Verfügung, sondern 20 Tage seit der Zustellung des begründeten Urteils. Dafür spricht auch die Rechtsmittelbelehrung des erstinstanzlichen Urteils vom 16. August 2011, wonach innert 10 Tagen seit Eröffnung des Urteils Berufung anzumelden und innert 20 Tagen seit Zustellung des begründeten Urteils eine Berufungserklärung einzureichen war.

(Strafrechtliche Abteilung, 6B_816/2011, 1.3.2012, X. c. Staatsanwaltschaft und Obergericht des Kantons Zug; Publikation in der AS vorgesehen. – Zusammenfassung *Be*)

Art. 81 al. 1 let. b ch. 5 LTF; Allégations non prouvées

Il ne suffit pas d'affirmer avoir subi un préjudice matériel et moral et de solliciter une somme d'argent en réparation de ce préjudice pour admettre que la condition posée à l'art. 81 al. 1 let. b ch. 5 in fine LTF pour reconnaître la qualité pour agir de la partie plaignante est remplie. Le dommage allégué et les prétentions réclamées à ce titre doivent au contraire paraître justifiés (cf. ATF 125 IV 109 consid. 1b p. 111). Les faits dénoncés n'entraînent pas de manière évidente une atteinte suffisamment grave à la santé physique ou psychique du recourant pour prétendre à l'octroi d'une réparation morale que ce soit en application de l'art. 47 CO ou de l'art. 49 CO (cf. ATF 132 II 117 consid. 2.2.2 p. 119; arrêt 1B_119/2011 du 20 avril 2011 consid. 1.2.2). Le recourant n'a produit aucun certificat médical qui permettrait de conclure à l'existence d'une telle atteinte. Il ne prétend pas avoir subi une incapacité de travail durant cette période ou suivi un traitement médicamenteux. Quant au dommage matériel, il n'est pas davantage établi. Le recourant n'a en effet pas été amené à verser la somme d'argent prétendument réclamée par l'intimé pour retirer les fausses accusations portées contre son frère. Il n'établit pas avoir eu des frais d'avocat ou avoir engagé d'autres frais en relation avec le traitement de sa plainte de nature à justifier une prétention civile en dommages-intérêts. Cela étant, la condition posée à l'art. 81 al. 1 let. b ch. 5 LTF ne saurait être considérée comme satisfaite sur la base des explications fournies dans le recours.

(I^{re} Cour de droit public, 1B_32/2012, 2.2.2012, A. c/B, Ministère public FR; arrêt non publié dans le RO. – condensé *Bü*)

Art. 248 StPO; Strafverfahren, Entsigelung

Die Beschwerdeführerin macht (zusammengefasst) Folgendes geltend: Die Vorinstanz habe «ohne eine effektive Triage» die Entsigelung bewilligt, was der bundesgerichtlichen Praxis widerspreche. Ein hinreichender Tatverdacht gegen den Beschuldigten bestehe nicht. Der angefochtene Entscheid verletze das rechtliche Gehör bzw. das Willkür- und Rechtsverweigerungsverbot, den Schutz von «Geschäftsgeheimnissen und damit von Persönlichkeitsrechten i.S.v. Art. 28 ZGB», die Verteidigungsrechte (von Art. 32 Abs. 2 BV und Art. 6 Ziff. 3 EMRK) sowie den Grundsatz der Verhältnismässigkeit.

Aufzeichnungen und Gegenstände, die nach Angaben der Inhaberin oder des Inhabers wegen eines Aussage- oder Zeugnisverweigerungsrechts oder aus anderen Gründen nicht durchsucht oder beschlagnahmt werden dürfen, sind zu versiegeln und dürfen von den Strafbehörden weder eingesehen noch verwendet werden

(Art. 248 Abs. 1 StPO). Stellt die Staatsanwaltschaft im Vorverfahren (innert 20 Tagen nach der Versiegelung) ein Entsigelungsgesuch, so entscheidet darüber innerhalb eines Monats (endgültig) das Zwangsmassnahmengericht (Art. 248 Abs. 2–3 StPO).

Wenn die Staatsanwaltschaft das Entsigelungsgesuch stellt, hat das Zwangsmassnahmengericht nach der Praxis des Bundesgerichtes das richterliche Entsigelungsverfahren einzuleiten (vgl. BGE 137 IV 189 E. 4.2–4.3 S. 194 f. mit Hinweisen). Falls eine richterliche Durchsicht als grundsätzlich zulässig erachtet wird, entfernt der zuständige Richter das Siegel, und es erfolgt eine Sichtung der Aufzeichnungen und Gegenstände (sog. richterliche Triage). Der Entsigelungsrichter hat zu prüfen, was für eine Durchsuchung und weitere Verwendung durch die Strafverfolgungsbehörden in Frage kommt und welche Gegenstände ausscheiden. Betroffene Inhaber von Aufzeichnungen und Gegenständen, welche die Versiegelung beantragen bzw. Durchsuchungshindernisse geltend machen, haben allerdings die prozessuale Obliegenheit, den Entsigelungsrichter bei der Sichtung und Klassifizierung von Dokumenten zu unterstützen. Auch haben sie jene Dateien zu benennen, die ihrer Ansicht nach der Geheimhaltung unterliegen oder offensichtlich keinen Sachzusammenhang mit der Strafuntersuchung aufweisen. Gestützt darauf entscheidet das Zwangsmassnahmengericht verfahrensabschlussend über den konkreten Umfang der Aufzeichnungen und Gegenstände, die der Staatsanwaltschaft zur Durchsuchung und weiteren prozessualen Verwendung überlassen werden können (vgl. BGE 137 IV 189 E. 4.2–4.3 S. 194 f. mit Hinweisen).

(I. öffentlich-rechtliche Abteilung, 1B_562/2011, 2.2.2012, Z. AG c. Staatsanwaltschaft und Zwangsmassnahmengericht des Kantons St. Gallen; nicht in der AS publiziert. – Zusammenfassung *Be*)

Art. 95, 97 Abs. 1, 105 Abs. 1 und 106 Abs. 2 BGG; Fristwahrung, Beweiswürdigung

Kritisiert wird die Beweiswürdigung im Zusammenhang mit den beiden Zeugenaussagen zum Ablauf des Geschehens am Abend des 9. Juni 2011. Die Beweiswürdigung beschlägt die Feststellung des Sachverhaltes, woran das Bundesgericht grundsätzlich gebunden ist (Art. 105 Abs. 1 BGG). Diesbezüglich kann einzig vorgebracht werden – was vorliegend denn auch geschieht –, die Sachverhaltsfeststellung sei offensichtlich unrichtig (Art. 97 Abs. 1 BGG), wobei «offensichtlich unrichtig» mit «willkürlich» gleichzusetzen ist (Botschaft, BBl 2001 IV 4338; BGE 133 III 393 E. 7.1 S. 398), oder sie beruhe auf einer anderen Rechtsverletzung im Sinn von Art. 95 BGG (z.B. Art. 29 Abs. 2 BV oder Art. 8 ZGB). Ausserdem muss in der Beschwerde aufgezeigt werden, inwiefern die Behebung der vorerwähnten Mängel für den Ausgang des Verfahrens entscheidend sein kann (Art. 97 Abs. 1 BGG; BGE 135 I 19 E. 2.2.2 S. 22). Für all diese Elemente gilt das strenge Rückgrünprinzip (Art. 106 Abs. 2 BGG; BGE 133 II 249 E. 1.4.2 S. 255). Das bedeutet, dass das Bundesgericht nur klar und detailliert erhobene und soweit möglich belegte Rügen prüft, während es auf ungenügend begründete Rügen und rein appellatorische Kritik am angefochtenen Entscheid nicht eintritt. Wird die Verletzung des Willkürverbots gerügt, reicht es sodann nicht aus, die Lage aus Sicht des Beschwerdeführers darzulegen und den davon abweichenden angefochtenen Entscheid

als willkürlich zu bezeichnen; vielmehr ist im Einzelnen darzulegen, inwiefern das kantonale Gericht willkürlich entschieden haben soll und der angefochtene Entscheid deshalb an einem qualifizierten und offensichtlichen Mangel leidet (BGE 134 II 244 E. 2.2 S. 246).

(II. zivilrechtliche Abteilung, 5A_774/2011, 3.2.2012, X. c. Z. und Obergericht des Kantons Zürich; nicht in der AS publiziert. – Zusammenfassung *Be*)

■ Sozialversicherungsrecht/Droit des assurances sociales (V)

Art. 69 Abs. 1^{bis} Satz 2 IVG; Gerichtskosten, Kostenrahmen

Der Gesetzgeber wollte mit dem am 1. Juli 2006 in Kraft getretenen Art. 69 Abs. 1^{bis} Satz 2 IVG den erstinstanzlichen Sozialversicherungsgerichten in IV-rechtlichen Beschwerdeverfahren einen verbindlichen Kostenrahmen vorgeben. Dieser gilt auch, wenn der Verfahrensaufwand nur minimal war. Der abschliessende Charakter der bundesrechtlichen Regelung von Art. 69 Abs. 1^{bis} IVG für die Erhebung der Gerichtskosten verbietet den Kantonen aber nicht, auf die grundsätzlich geschuldeten Kosten zu verzichten, z.B. diese (ganz oder teilweise) zu erlassen, sofern das kantonale Recht eine entsprechende Regelung kennt und die entsprechenden Voraussetzungen erfüllt sind.

Nicht zu prüfen ist hier, ob der Kostenrahmen bei mutwilliger oder leichtsinniger Prozessführung überschritten werden darf.

(II. sozialrechtliche Abteilung, 9C_792/2011, 21.2.2012, BA für Sozialversicherungen c. Versicherungsgericht des Kantons Solothurn; Publikation in der AS vorgesehen. – Zusammenfassung *Be*)

Art. 38 PA; Notification irrégulière

A l'examen du dossier, les faits constatés dans le jugement attaqué apparaissent incomplets. En effet, l'existence d'un mandataire et d'une élection de domicile auprès de ce dernier pour la procédure administrative AI n'a pas été mentionnée dans le jugement attaqué, alors que la lettre du 9 août 2010 et la procuration du 29 juillet 2010 figuraient pourtant au dossier de l'intimé qui avait été produit devant le tribunal cantonal. Dès lors que la correction de cette omission est susceptible d'influer sur le sort de la cause, ainsi qu'on va le voir, il convient de compléter d'office les constatations de l'autorité précédente, conformément à l'art. 105 al. 2 LTF.

La notification irrégulière d'une décision ne doit entraîner aucun préjudice pour les parties (art. 38 PA). Cependant, la jurisprudence n'attache pas nécessairement la nullité à l'existence de vices dans la notification; la protection des parties est suffisamment garantie lorsque la notification irrégulière atteint son but malgré cette irrégularité. Il y a donc lieu d'examiner, d'après les circonstances du cas concret, si la partie intéressée a réellement été induite en erreur par l'irrégularité de la notification et a, de ce fait, subi un préjudice. Il convient à cet égard de s'en tenir aux règles de la bonne foi qui imposent une limite à l'invocation du vice de forme (ATF 122 I 97 et réf.). Le Tribunal fédéral des assurances a eu l'occasion de préciser dans quel délai une partie est tenue d'attaquer une décision lorsque celle-ci n'est pas notifiée à

son représentant – dont l'existence est connue de l'autorité –, mais directement en ses mains. Dans de telles situations, il a jugé que l'intéressé doit, en vertu de son devoir de diligence, se renseigner auprès de son mandataire de la suite donnée à son affaire au plus tard le dernier jour du délai de recours depuis la notification de la décision litigieuse, de sorte qu'il y a lieu de faire courir le délai de recours dès cette date (cf. réf.).

En vertu de la jurisprudence précitée, le délai de recours contre la décision de l'office intimé du 20 septembre 2010 – dont il est constant qu'elle a été effectivement reçue par la recourante le 22 septembre 2010 – a commencé à courir le 22 octobre 2010 pour arriver à échéance le 22 novembre 2010. En adressant l'acte de recours à l'autorité de première instance le 27 octobre 2010, Y., qui s'était présenté à cette occasion en qualité de nouveau représentant de la recourante, a donc agi en temps utile.

Il s'ensuit que la cause doit être renvoyée aux premiers juges afin qu'ils en reprennent l'instruction.

(II^e Cour de droit social, 9C_296/2011, 28.2.2012, D. c/Office cantonal genevois de l'assurance-invalidité; arrêt non publié dans le RO. – condensé *Bü*)

DIE PRAXIS

BUNDESGERICHT 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 März-Ausgabe 2012 der **Praxis** Übersetzungen der unten aufgeführten BGE ins Deutsche.

BGE	Praxis	Gegenstand
137 I 296	Nr. 25	Entlassung aus der Ausschaffungshaft während des Rechtsmittelverfahrens, Anspruch auf materiellen Entscheid
137 II 393	Nr. 26	Aufenthaltsbewilligung, Fristen für den Familiennachzug, wichtige familiäre Gründe
137 III 102	Nr. 27	Nachehelicher Unterhalt, Grundsätze, Bemessungsmethoden
137 III 475	Nr. 28	Eheschutz, aufschiebende Wirkung im Berufungsverfahren
137 III 481	Nr. 29	Haftpflchtrecht, Strassenverkehrsunfall, längere strafrechtliche Verjährungsfrist
137 III 517	Nr. 30	Anerkennung ausländischer Konkursdekrete, Gegenrecht Finnlands
137 IV 280	Nr. 34	Kein Akteneinsichtsrecht von Auskunftspersonen vor der ersten Einvernahme
137 V 405	Nr. 35	Begriff der Kurzarbeit gemäss Art. 24 Abs. 1 UVV

Die Praxis – 101. Jg. 2012 – ISSN 1017–8147 – erscheint monatlich; www.legalis.ch.

Der SAV teilt mit La FSA vous informe

Abschaffung des gedruckten Mitgliederverzeichnisses

Gestützt auf eine Umfrage bei den Kantonalverbänden hat der Vorstand SAV aufgrund einer deutlichen Zustimmung beschlossen, fortan auf ein gedrucktes Mitgliederverzeichnis zu verzichten.

Für die Abschaffung sprachen folgende Gründe:

- Beschränkte Aktualität: Das gedruckte Mitgliederverzeichnis ist jeweils nur zu Jahresbeginn aktuell. Schon 1 Monat nach Herausgabe liegen dem SAV bereits 200 Mutationsmeldungen vor. Dadurch, dass die Kantonalverbände, aber auch die Mitglieder direkt die Möglichkeit haben, ihre eigenen Daten im Memberbereich fortlaufend zu aktualisieren, ist das elektronische Verzeichnis praktisch immer à jour.
- Aufgrund des steten Mitgliederzuwachses ist der Druck eines handlichen Formates nicht mehr möglich. Der Wechsel auf ein grösseres Format wäre zudem mit hohen Kosten verbunden.
- Die Abfrage über Internet nimmt zu. Der SAV verzeichnet derzeit pro Monat 35 000 Zugriffe auf das elektronische Mitgliederverzeichnis, Tendenz steigend.

Mit der Abschaffung der gedruckten Version ist die Optimierung des elektronischen Verzeichnisses verbunden:

- Verbesserung der Qualität der Abfrage und der Suchergebnisse generell: Mitglieder können «unscharf» gesucht und gefunden werden. Suche nach *ABC* (wenn der Suchende sich nur noch an die Anfangsbuchstaben eines Namens erinnert, resp. nicht weiss, wie sich der betreffende Name korrekt schreibt)
- Die Mitglieder haben die Möglichkeit, im Memberbereich einen oder mehrere interessierende kantonale Mitgliederlisten als pdf-Datei herunterzuladen und – wenn gewünscht – ihr eigenes Papierverzeichnis auszudrucken.

Der SAV ist bestrebt, diese Dienste auszubauen. Ab Mitte Jahr wird die Möglichkeit bestehen, die SAV-Mitgliedersuche als App für Mobile-Devices herunterzuladen.

Kurs zu praktischen Fragen der Anwaltstätigkeit: Nov. 2012–Feb. 2013

Der Zürcher Anwaltsverband (ZAV) bietet in Zusammenarbeit mit dem Europa Institut an der Universität Zürich (EIZ) den Kurs *Handwerk der Anwältinnen und Anwälte* an. Der Kurs vermittelt in zwei Modulen das gesamte Rüstzeug für die praktische Tätigkeit als Anwältin oder Anwalt. Er richtet sich an Anwältinnen und Anwälte, die neu eine anwaltliche Tätigkeit aufnehmen oder aufgenommen haben, aber auch an juristische Mitarbeitende in Anwaltsbüros und Gerichten ohne Anwaltspatent.

Der Handwerkskurs vermittelt formelles oder materielles Recht nur bei den berufsspezifischen Themen. Er ist nicht als Vorbereitung zur Anwaltsprüfung gedacht.

Die genauen Kursdaten und Kurszeiten sowie weitere Informationen, insb. zur Anmeldung, finden Sie unter www.zav.ch/service/news.html.

SAV-Mediationsausbildung

(«Block IV» gemäss Reglement Mediator SAV/Mediatorin SAV)

Datum:	08. November 2012
Zeit:	ca. 08.45 bis ca. 17.45 Uhr
Ort:	Kursaal, Bern
Anzahl Teilnehmende:	24 (Mindestteilnehmerzahl: 16 Personen)
Teilnahmeberechtigung:	Absolvierte Mediationsausbildung gemäss Reglement (Basis Reglement Mediator SAV/Mediatorin SAV und Weisungen über die Anerkennung von Mediationsausbildungen)
Kursprache:	Deutsch und Französisch
Kurskosten:	CHF 550.– (inkl. Verpflegung)
Kursunterlagen:	Die Unterlagen werden während der Ausbildung abgegeben

Das Anmeldeformular zur SAV-Ausbildung kann beim Sekretariat des Schweizerischen Anwaltsverbandes (Tel. 031 313 06 06, Fax 031 313 06 16, E-Mail: info@sav-fsa.ch) oder online unter mediation.sav-fsa.ch bezogen werden.

Suppression de la version imprimée du tableau des membres FSA

Se fondant sur un sondage effectué auprès des Ordres cantonaux, le Conseil de la FSA a décidé à la suite d'un consentement clair de dorénavant renoncer au répertoire papier.

Voici les motifs qui ont plaidé pour cette suppression:

- Obsolescence rapide des données: un mois seulement après la parution du tableau des membres, la FSA recevait déjà 200 demandes de rectification, de sorte que celui-ci n'était actuel qu'en début d'année. Le répertoire électronique sera pratiquement toujours à jour, dès lors que les Ordres cantonaux, mais aussi les membres, ont la possibilité d'actualiser en permanence leurs données respectives dans le secteur des membres.
- En raison de l'augmentation constante des membres, le volume des données supplémentaires ne permettait plus d'imprimer un répertoire en un format suffisamment maniable. Un répertoire d'une dimension plus grande aurait en outre engendré des frais importants.

- Les recherches se font de plus en plus par Internet. Pour son répertoire électronique, la FSA comptabilise aujourd'hui 35 000 recherches par mois et la tendance est à la hausse.

Suite à la suppression de la version imprimée, le répertoire électronique a été optimisé:

- D'une manière générale, amélioration de la fonction de recherche et de la qualité des résultats obtenus: les membres peuvent être recherchés même en cas de données imprécises. Recherche par *ABC* (une recherche aboutira même si l'internaute ne saisit que les premières lettres du nom de l'avocat, notamment lorsqu'il n'est pas sûr de l'orthographe).
- Dans le secteur qui leur est réservé sur le site de la FSA, les membres peuvent télécharger des listes cantonales en format pdf et si souhaité imprimer leur propre répertoire papier.

La FSA s'efforce par ailleurs de développer ses services. Dès le milieu de l'année, il existera une possibilité de télécharger une application pour rechercher les membres FSA depuis le téléphone portable.

Formation Médiateur/Médiatrice FSA

(Bloc IV conformément au règlement Médiateur FSA/Médiatrice FSA)

Dates:	8 novembre 2012
Heures:	08h45 environ à 17h45 environ
Lieu:	Au Kursaal à Berne
Nombre de participants:	24 par cours (nombre de participants minimaux: 16 personnes)
Prérequis:	Formation à la médiation accomplie conformément au règlement (le règlement Médiateur FSA/Médiatrice FSA et les directives pour la reconnaissance des formations à la médiation servent de base)
Langues:	allemand et français, selon les inscriptions
Coûts de la formation:	CHF 550.– (repas inclus)
Documentation:	La documentation sera remise durant le cours

Vous pouvez obtenir le formulaire d'inscription auprès du secrétariat de la Fédération Suisse des Avocats (tél. 031 313 06 06, fax 031 313 06 16, e-mail info@sav-fsa.ch) ou directement sous: mediation.sav-fsa.ch.

Fachtagungen und Seminare/Conférences et séminaires

Zivilrecht/Droit civil

30.05.2012	Nachehelicher Unterhalt – Workshop	Zürich	Stiftung juristische Weiterbildung Zürich, Geschäftsstelle, Sandra Strauss, Postfach 2134, 8027 Zürich, Tel. 043 541 17 17, Fax 043 541 17 74, sjwz@sjwz.ch , www.sjwz.ch
Frühling 2012	St. Galler Erbrechtstage	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
12.06.2012	Kindes- und Erwachsenenschutzrecht	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

Handelsrecht

08.05.2012	Entwicklung im Finanzmarktrecht IX	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
15.06.2012	Vermögensverwaltung und Anlageberatung	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
19.06.2012	St. Galler Bankrechtstag	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

Zivilprozessrecht/SchKG/Code de procédure civile/LP

08.–09.05.2012	Kurz-Zeit-Mediation	Konstanz	Konstanzer Schule für Mediation, Marktstätte 15, D-78462 Konstanz Tel. 0049 7531 819430, www.ksfm.de , info@ksfm.de
09.05.2012	6. Zürcher Tagung zum Zivilprozessrecht	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
14.–15.05.2012	Gerichtsnaher Mediation: Shuttle Mediation/ Herausforderung ZPO	Glattbrugg	SGO Training, Flughofstrasse 50, 8152 Glattbrugg, Tel. 044 809 11 44, info@sgo.ch , www.sgo.ch
31.05.2012	Recht aktuell BRUSH UP: «500 Tage ZPO: Brennpunkte der Gerichtspraxis»	Basel	Juristische Fakultät der Universität Basel, Koordinationsstelle «Recht aktuell», Peter Merian-Weg 8, Postfach, 4002 Basel, Fax 061 267 05 16, Recht-Aktuell-ius@unibas.ch , www.recht-aktuell.ch
08.–09.06.2012	Schweizerische Impulstage Mediation 2012	Pfäffikon	Schweizerischer Dachverband Mediation, Schwarztorstrasse 56, 3000 Bern 14, Tel. 031 318 58 17, Fax 031 318 58 16, admin@infomediation.ch , www.infomediation.ch
28.06.–17.11.2012	Kernausbildung Wirtschaftsmediation SGO (SAV/SKWM)	Glattbrugg	SGO Training, Flughofstrasse 50, 8152 Glattbrugg, Tel. 044 809 11 44, info@sgo.ch , www.sgo.ch
28.–30.06.2012	Wirtschaftsmediation Grundlagen	Glattbrugg	SGO Training, Flughofstrasse 50, 8152 Glattbrugg, Tel. 044 809 11 44, info@sgo.ch , www.sgo.ch

Öffentliches Recht/Droit public

08.05.2012	Die neuen Entwicklungen im europäischen Asylrecht und ihre Implikation für die Schweiz/Les nouveaux développements en droit européen de l'asile et leurs implications pour la Suisse	Freiburg	Universität Freiburg, Monika Raemy, Institut für Europarecht/Institut de droit européen, Avenue de Beaugard 11, 1700 Fribourg, Tel. 026 300 80 90, Fax 026 300 97 76, euoinstitut@unifr.ch , www.unifr.ch/euoinstitut
09.–11.05.2012	Knifflige Rechtsprobleme im Verfahren der Sozialversicherungen	Wildhaus	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
11.05.2012	St. Galler Gesellschaftsrechtstag	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
30.05.2012	BVG: up to date	Luzern	Universität Luzern, Luzerner Zentrum für Sozialversicherungsrecht, Frohburgstrasse 3, Postfach 4466, 6002 Luzern, Tel. 041 229 54 12, luzeso@unilu.ch
06.06.2012	Sozialversicherungsrechtstagung 2012	Luzern	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
21.–22.06.2012	Sicherheits- und Polizeirecht	Baden	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

Diverses/Divers

22.06.2012	Vergabetagung 2012	Zürich	Stiftung juristische Weiterbildung Zürich, Geschäftsstelle, Sandra Strauss, Postfach 2134, 8027 Zürich, Tel. 043 541 17 17, Fax 043 541 17 74, sjwz@sjwz.ch , www.sjwz.ch
2012/2014	LL.M.-Lehrgang Internationales Wirtschaftsrecht	Zürich	Universität Zürich, LL.M.-Lehrgang Internationales Wirtschaftsrecht, Hirschengraben 56, 8001 Zürich, Tel. 044 634 48 90, Fax 044 634 43 59, info@LLM.uzh.ch , www.LLM.uzh.ch

