

# ANWALTS [1 | 2018]

---

# REVUE

---

# DE L'AVOCAT

---

SERGIO GIACOMINI / NIKLAUS RUCKSTUHL / PATRICK SUTTER /  
JEAN-MARC REYMOND

Schulterschluss der Akteure  
der Gerichtsbarkeit in der Praxis SEITE / PAGE 7

ANTOINE AMIGUET / PHILIPP FISCHER

Changement de paradigme en matière  
de protection des données SEITE / PAGE 28



Stämpfli Verlag

SAV  FSA

# Für jeden Notar von praktischem Nutzen

## Aktuelles zum Stockwerk- eigentum – insbesondere aus der Sicht des Notariats

Weiterbildungstagung des Verbandes bernischer  
Notare und des Instituts für Notariatsrecht und  
Notarielle Praxis an der Universität Bern vom  
25. und 26. Oktober 2017

Stephan Wolf (Herausgeber)

**Oktober 2017, CHF 54.–**

183 Seiten, broschiert, 978-3-7272-0534-7

Die Begründung von **Stockwerkeigentum**  
und damit in Zusammenhang weiter auch von  
**Miteigentum** an gemeinsamen Anlagen wie  
Einstellhallen sowie **Kaufverträge** über fertig  
gestellte oder erst noch zu erstellende Stock-  
werkeinheiten gehören zu den eigentlichen  
Kerngebieten der notariellen Tätigkeit.

Der Beitrag von Prof. Dr. Stephan Wolf und  
Dr. Alexander Kernen, Rechtsanwalt und Notar,  
gilt der Begründung von Stockwerkeigentum  
und nachträglichen Änderungen, insbesondere  
aus der Sicht des Notars.

Prof. Dr. Frédéric Krauskopf und MLaw  
Raphael Märki, Rechtsanwalt, befassen sich  
mit dem Kauf einer Stockwerkeinheit ab Plan  
und gehen auf die verschiedenen damit  
verbundenen Probleme ein.

Weiter wird die durch die Musterurkunden-  
sammelungskommission des Verbandes  
bernischer Notare erstellte neue Musterurkunde  
**«Das Reglement der Stockwerkeigentümer-  
gemeinschaft»** durch Dr. Beat Bräm,  
Fürsprecher und Notar, vorgestellt.

Prof. Dr. Amédéo Wermelinger, Rechtsanwalt,  
behandelt in einer Übersicht aktuelle Fragen  
und Probleme aus dem Stockwerkeigentum.

Das Werk ist dem Thema «Aktuelles zum Stock-  
werkeigentum - insbesondere aus der Sicht des  
Notariats» gewidmet.

**Stämpfli**  
Verlag

**Stämpfli Verlag AG**

Wölflistrasse 1

Postfach

CH-3001 Bern

Tel. +41 31 300 66 77

Fax +41 31 300 66 88

order@staempfli.com

www.staempfliverlag.com



1587-8/18 | Preisänderungen und Fehler vorbehalten

**Bestellen Sie direkt online:**  
[www.staempflishop.com](http://www.staempflishop.com)



# INHALTSVERZEICHNIS

## TABLE DES MATIÈRES

<b>IM FOKUS DES VORSTANDS SAV</b>	<b>3</b>
<b>LE POINT DE MIRE DU CONSEIL FSA</b>	<b>5</b>

### THEMA / QUESTION DU JOUR

#### SCHULTERSCHLUSS DER AKTEURE DER GERICHTSBARKEIT IN DER PRAXIS

Sergio Giacomini Einleitung zu den Referaten anlässlich des Anwaltskongresses des Schweizerischen Anwaltsverbandes (SAV) am 15. Juni 2017 in Luzern	7
Niklaus Ruckstuhl Schulterschluss der Akteure: aus der Sicht des Strafprozesses	8
Patrick Sutter Schulterschluss der Akteure im Verfahrensrecht, insbesondere im Verwaltungsverfahrenrecht	10
Jean-Marc Reymond «Schulterschluss» entre les acteurs de la justice dans le procès civil	14
Bruno Mascello Strategische Positionierung der Kanzlei in Zeiten von LegalTech und Digitalisierung	18
Fabian Teichmann Die Abgrenzung von Art. 260 <sup>quinquies</sup> StGB	25

### ANWALTSPRAXIS / PRATIQUE DU BARREAU

Antoine Amiguet/Philipp Fischer Changement de paradigme en matière de protection des données	28
--	----

### RECHTSPRECHUNG / JURISPRUDENCE

35

### ANWALTSRECHT / DROIT DE L'AVOCAT

Benoît Chappuis Le sort des réserves d'usage après la conclusion d'un accord transactionnel	37
---	----

### SAV – KANTONALE VERBÄNDE / FSA – ORDRES CANTONAUX

Der SAV teilt mit/La FSA vous informe	45
---------------------------------------	----

#### IMPRESSUM

**Anwaltsrevue / Revue de l'avocat**  
21. Jahrgang 2018 / 21<sup>e</sup> année 2018  
ISSN 1422-5778 (Print)  
e-ISSN 2504-1436 (Online)

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

**Zitervorschlag / Suggestion de citation**  
Anwaltsrevue 5/2013, S. 201 ff.  
Revue de l'avocat 5/2013, p. 201 ss

**Herausgeber / Edité par**  
Stämpfli Verlag AG  
Schweizerischer Anwaltsverband/  
Fédération Suisse des Avocats

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

**Kontakt Verlag / Contact maison d'édition**  
Martin Imhof  
Stämpfli Verlag AG  
Wölflistrasse 1, Postfach, CH-3001 Bern  
Tel. 031 300 63 99, Fax 031 300 66 88  
www.staempfliverlag.com  
anwaltsrevue@staempfli.com  
revueavocat@staempfli.com

**Mitarbeiter / Collaborateur**  
Thomas Büchli, Rechtsanwalt (Bü)  
Flávio Trepado, MLaw (FTr)

**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**  
Stämpfli AG  
Postfach, CH-3001 Bern  
Tel. 031 300 63 41, Fax 031 300 63 90  
inserate@staempfli.com

**Auflage / Tirage**  
9193 Exemplare / exemplaires  
(notariell beglaubigt / authentifié par  
un notaire)

**Vertrieb / Distribution**  
Stämpfli Verlag AG  
Periodika  
Wölflistrasse 1, Postfach 5662  
CH-3001 Bern  
Tel. 031 300 63 25, Fax 031 300 66 88  
periodika@staempfli.com

Mitglieder des SAV melden sich für  
Adressänderungen bitte direkt beim SAV.  
Les membres de la FSA s'adressent  
directement à la FSA pour leurs change-  
ments d'adresse.

**Preise / Prix**  
Jährlich/Annuel:  
CHF 200.-, EUR 250.- (Print und Online);  
CHF 162.-, EUR 162.- (Online)  
Studenten / Etudiants: CHF 100.-  
Preise inkl. 2,5% MwSt. und Versandkosten.  
Einzelheft / Numéro séparé:  
CHF 27.-, EUR 27.-  
Mitglieder des SAV gratis/  
Membres FSA gratuit  
Alle Preise inkl. 2.5% MwSt. /  
Tous les prix incluent la TVA de 2.5%  
Die Preisangaben in € gelten nur  
für Europa.  
Les prix indiqués en € ne sont valables  
que pour l'Europe.  
Schriftliche Kündigung bis 3 Monate  
vor Ende der Laufzeit möglich. /  
Résiliation de l'abonnement possible  
par écrit jusqu'à 3 mois avant la fin de  
l'abonnement.

**Copyright**  
©Titel <<AnwaltsRevue / Revue de  
l'Avocat>> by Schweizerischer Anwalts-  
verband, Bern  
© Inhalt by Schweizerischer Anwaltsver-  
band, Bern und Stämpfli Verlag AG, Bern  
© Gestaltung und Layout by Schweizeri-  
scher Anwaltsverband, Bern.  
Gestalter: grafikraum, Bern

Alle Rechte vorbehalten. Die Zeitschrift  
und ihre Teile sind urheberrechtlich ge-  
schützt. Veröffentlicht werden nur bisher  
noch nicht im Druck erschienene Original-  
beiträge. Die Aufnahme von Beiträgen  
erfolgt unter der Bedingung, dass das aus-  
schliessliche Recht zur Vervielfältigung  
und Verbreitung an den Stämpfli Ver-  
lag AG und den Schweizerischen Anwalts-  
verband übergeht. Jede Verwertung und  
Vervielfältigung bedarf der vorherigen  
schriftlichen Einwilligung des Verlages. /  
Tous droits réservés. La revue est proté-  
gée par la législation sur le droit d'auteur.  
Ne sont publiées que des contributions  
originales qui n'ont pas encore été diffu-  
sées sous forme imprimée. Les contribu-  
tions ne sont acceptées qu'à la condition  
que le droit exclusif de reproduction et de  
diffusion soit accordé à Stämpfli Editions  
SA et à la Fédération Suisse des Avocats.  
Toute exploitation et reproduction néces-  
site l'accord écrit de l'éditeur.

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

# Einführung in die Rechts- theorie und juristische Methodenlehre

## Rechtswissenschaft

Die Grundlagen des Rechts

Heinrich Honsell, Theo Mayer-Maly

**November 2017, CHF 49.–**

7. überarbeitete und ergänzte Auflage,  
408 Seiten, broschiert, 978-3-7272-9844-8

Dieses Buch enthält die wichtigsten Rechtsgebiete in Grundzügen mit Beispielen aus Deutschland, Österreich und der Schweiz. Weitere Schwerpunkte sind die historischen und philosophischen Grundlagen des Rechts. Die Grundströmungen im Recht der Gegenwart und zahlreiche aktuelle Rechtsfragen werden ebenso beleuchtet wie die Rechtsentwicklung in der Europäischen Union und von den USA ausgehende Trends. Zeitlose Fragen der Rechtspolitik und Rechtsdogmatik sowie weltanschauliche Implikationen des Rechts werden sichtbar gemacht.

Das Buch wendet sich an interessierte Studierende im Haupt- und Nebenfach sowie an Juristen und gebildete Laien in den drei deutschsprachigen Ländern. Der Leser erhält eine leicht fassliche, aber eingehende **Einführung in die Rechtstheorie** und in die **juristische Methodenlehre**, wobei das Gesetz und seine Interpretation im Mittelpunkt stehen. Ergänzt wird die Darstellung durch ein Kapitel über den **Beruf des Juristen** und eine Anleitung zur **Lösung von Rechtsfällen** mit Beispielen.

**Stämpfli**  
Verlag

**Stämpfli Verlag AG**

Wölflistrasse 1  
Postfach  
CH-3001 Bern

Tel. +41 31 300 66 77  
Fax +41 31 300 66 88

order@staempfli.com  
www.staempfliverlag.com



1587-5/18 | Preisänderungen und Fehler vorbehalten

**Bestellen Sie direkt online:**  
[www.staempflishop.com](http://www.staempflishop.com)



# IM FOKUS DES VORSTANDS SAV

**URS HAEGI**

Präsident SAV/FSA

## Aus- und Weiterbildung der Anwältinnen und Anwälte

Die Aus- und Weiterbildung der Anwältinnen und Anwälte ist seit langer Zeit ständigen Änderungen unterworfen. In den letzten Jahren hatte in der juristischen Grundausbildung die Umstellung der Lehrpläne an den Universitäten auf das Bologna-System einen entscheidenden Einfluss. Wie wir auch von kantonalen Anwaltsverbänden hören, hatte diese Anpassung nicht nur positive Aspekte. Juristische Fakultäten mussten oder müssen deshalb ihre Lehrpläne anpassen. Dies erfolgt auch in Zusammenarbeit mit den kantonalen Anwaltsverbänden der Universitätskantone.

Grosse Auswirkungen hat auch die zunehmende Kommunikation über elektronische Medien, über E-Mail, SMS, Twitter etc. Gerade die zwei letzten Kommunikationsformen verlangen kurze, prägnante Aussagen. Sie lassen vielfach nicht Raum für begründete Texte, ja zum Teil nicht einmal für grammatikalische Korrektheit. Jüngere Generationen, sogenannte «Digital Natives», die jetzt ihre universitäre Ausbildung abgeschlossen haben, sind zum Teil auch von dieser sprachlichen Knappheit geprägt. Der Beruf der Anwältinnen und Anwälte verlangt aber nach einer korrekten Sprache und einer sorgfältigen Argumentation. Jede Vernachlässigung dieser Sorgfalt führt zu negativen Gefühlen seitens der etablierten Anwaltschaft, der Richter und natürlich auch der Klienten.

Die Grundausbildung obliegt den Rechtsfakultäten an den Universitäten. Diese haben den Auftrag, Juristinnen und Juristen, nicht nur Anwälte auszubilden. Es fragt sich daher oft, ob Absolventen der juristischen Fakultäten genügend Wissen für den Anwaltsberuf mitbringen. Darum stellt sich die Frage, ob in der Weiterbildung, also der nachuniversitären Ausbildung, ein Handlungsbedarf besteht und wie weit da die Anwaltschaft direkt in die Pflicht genommen werden muss.

Einen besonderen Weg der nachuniversitären Ausbildung geht der Kanton Genf mit der «Ecole d'advocature». In dieser Anwaltschule werden Absolventinnen und Absolventen der Universität auf die Berufstätigkeit in der Anwaltschaft vorbereitet. Der Besuch dieser Ausbildung ist in Genf oft Voraussetzung für eine Praktikumsstelle in einer Kanzlei. Andere Kantone sind diesem erfolgreichen Beispiel (noch) nicht gefolgt.

Die Ausgestaltung der Anwaltsprüfung und die Anforderungen an das juristische Praktikum ist im Rahmen der Mindestanforderungen des BGFA den Kantonen überlassen und wird dementsprechend auch unterschiedlich gehandhabt. Eine Vereinheitlichung ist in einem föderalistisch geprägten und mehrsprachigen Land wie der Schweiz nicht einfach und war trotz unterschiedlicher Ansätze bisher nie erfolgreich.

Die Weiterausbildung nach der Anwaltsprüfung erfolgt vor allem durch die kantonalen Anwaltsverbände, z. B. durch Fachgruppen in den verschiedensten Rechtsgebieten; Weiterbildung erfolgt auch durch unzählige private Anbieter. Zusätzlich führt der Schweizerische Anwaltsverband alle zwei Jahre den sehr gut besuchten Anwaltskongress in Luzern und in den Zwischenjahren Weiterbildungstage in Bern durch.

Der Schweizerische Anwaltsverband SAV/FSA initiierte vor einigen Jahren den Fachanwalt SAV. Heute ist diese Fachanwaltsausbildung erfolgreich etabliert; sie wird in sieben Rechtsgebieten angeboten und rund 10% der Schweizer Anwältinnen und Anwälte verfügen heute über einen Fachanwaltstitel. Universitätsprofessoren und erfahrene Praktiker des entsprechenden Rechtsgebiets bilden die Kolleginnen und Kollegen auf hohem Niveau aus. Diese müssen bereits vor dem Kurs schon eine mehrjährige Tätigkeit im entsprechenden Rechtsgebiet nachweisen.

Immer wieder stellt sich die Frage einer eigentlichen Weiterbildungspflicht. Derzeit kennt der Schweizerische Anwaltsverband nur eine Weiterbildungspflicht für Fachanwälte SAV. Eine generelle Pflicht zur Weiterbildung für die Anwaltschaft gibt es in der Schweiz nicht. Eine solche ist in gewissen Bundesstaaten der USA verbreitet. Jede Anwältin und jeder Anwalt muss pro Jahre eine Mindestanzahl von Credits (sog. CLE = Credit Legal Education) vorweisen können.

Das Ziel der Anwaltschaft muss es immer sein, dass die fachliche Qualität aller Mitglieder sehr hoch ist. Dieser Umstand verlangt nach ständiger Weiterbildung während des Berufslebens. Ob daraus eine eigentliche Pflicht gemacht werden soll, ist umstritten, besonders in einem freiheitlichen Staat mit freiheitlich denkenden Einwohnern. Diese Frage muss von allen Anwältinnen und Anwälten in der Schweiz diskutiert und nachher auch gemeinsam entschieden werden.

# Begrifflichkeiten, Missbräuchlich- keit der Verweigerung von Geschäfts- beziehungen

## Verweigerung von Geschäftsbeziehungen

Kartellrechtliche Analyse nach Schweizer,  
EU- und US-Recht

Ramin Silvan Gohari

**Oktober 2017, CHF 158.–**

912 Seiten, broschiert, 978-3-7272-0520-0

Die Arbeit ist eine grundlegende Analyse von Art. 7 Abs. 2 Bst. a KG zur **Verweigerung von Geschäftsbeziehungen** (refusal to deal) gewidmet. Sie klärt in einem ersten Teil die relevanten Begrifflichkeiten. In der Folge wendet sie sich der Frage zu, was die Missbräuchlichkeit einer Verweigerung von Geschäftsbeziehungen ausmacht. Die im Kontext von Geschäftsverweigerungen aktuellen Themenkreise der Systemmarkttheorie, der relativen Marktmacht, der Kosten-Preis-Schere (margin squeeze), der Lizenzverweigerung (refusal to license) und der Essential Facilities-Doktrin werden dabei dogmatisch eingeordnet und erörtert. Ein letzter Teil identifiziert geeignete kartellrechtliche Massnahmen.

Berücksichtigt werden insbesondere die einschlägigen entstehungsgeschichtlichen, verfassungsrechtlichen und ökonomischen Grundlagen. Die Perspektive ist dabei durchgehend rechtsvergleichend, wodurch Erkenntnisse aus dem Recht der Europäischen Union und der Vereinigten Staaten von Amerika in die Abhandlung einfließen.

Als zentrale Einsicht folgt aus der vorliegenden Untersuchung, dass eine Verweigerung von Geschäftsbeziehungen nur dann als unzulässig gelten sollte, wenn die nachgefragte Ressource **unerlässlich ist für das Erbringen einer Innovationsleistung** durch einen effizienten Nachfrager. Formalisiert wird diese Erkenntnis im Konzept der **Innovationsindispensabilität**.

# Stämpfli

Verlag

**Stämpfli Verlag AG**

Wölflistrasse 1

Postfach

CH-3001 Bern

Tel. +41 31 300 66 77

Fax +41 31 300 66 88

order@staempfli.com

www.staempfliverlag.com



1587-6/18 | Preisänderungen und Fehler vorbehalten

**Bestellen Sie direkt online:**  
[www.staempflishop.com](http://www.staempflishop.com)



# LE POINT DE MIRE DU CONSEIL FSA

## URS HAEGI

Président de la FSA

### Formation de base et continue des avocats

La formation des avocats, de base et continue, est soumise à une évolution constante depuis longtemps. Ces dernières années, la transition des cursus universitaires au modèle de Bologne a eu un impact marqué sur la formation juridique initiale. Les commentaires des Ordres des avocats cantonaux ont montré que les changements opérés ne donnaient pas forcément satisfaction. Si elles ne l'ont pas encore fait, les Facultés de droit devront encore adapter leur plan d'étude, et le mieux serait de le faire en étroite collaboration avec les Ordres et les cantons universitaires.

Le renforcement de la communication numérique, que ce soit par e-mail ou d'autres médias sociaux, a lui aussi son lot de conséquences. Les SMS et Twitter doivent par définition se limiter à des messages concis et percutants. Ils ne laissent aucune place à des textes élaborés et s'affranchissent souvent des règles syntaxiques les plus élémentaires. Les juristes de la *digital natives generation* (qui viennent donc d'achever leur formation juridique) seront, pour une partie d'entre eux, menacés par ces carences linguistiques. Or, il est constant que la profession d'avocat exige un langage précis et une argumentation développée. L'absence de ces critères suscite des sentiments légitimement négatifs auprès des confrères, des juges et bien sûr des clients.

La formation de base est de la responsabilité des Facultés de droit. Celles-ci ont pour vocation de former des juristes au sens large, et non pas de «breveter» des avocats. Se pose ainsi la question fondamentale de savoir si les diplômés universitaires sont nantis de suffisamment de connaissances pour exercer un jour la profession d'avocat. Doit-on intervenir dans l'enseignement post-universitaire et organiser des formations continues pour avocats? Si oui, dans quelle mesure notre profession peut-elle être soumise à une obligation de suivre ces formations continues?

Avec son *École d'avocature*, Genève a mis en place une formation post-universitaire spécifique, où l'on prépare les jeunes diplômés universitaires à exercer un jour la profession d'avocat. Le passage par l'*École d'avocature* de Genève constitue d'ailleurs la plupart du temps une condition nécessaire pour décrocher un stage au sein d'une étude d'avocats. D'autres cantons suivront sans doute cet exemple de réussite.

La forme des examens du brevet et les exigences du stage sont soumises aux conditions minimales de la LLCA et peuvent donc varier d'un canton à l'autre. Il est plutôt difficile d'obtenir une harmonisation dans un pays fédéra-

liste et multilingue comme la Suisse. En dépit de plusieurs approches, les démarches réalisées jusqu'à présent n'ont pas remporté le succès escompté.

Quant à la formation continue subséquente à la réussite du brevet, elle est avant tout assurée par les Ordres des avocats cantonaux, p. ex. par des groupes de travail dans les domaines juridiques les plus variés. De très nombreux prestataires privés proposent également des séminaires de formation continue. Dans le même registre, la Fédération Suisse des Avocats organise un *Congrès des avocats* qui rencontre un franc succès toutes les années impaires à Lucerne, ainsi que les *Journées de formation continue FSA* à Berne les années paires.

Enfin, il y a quelques années, notre fédération a créé des spécialisations qui permettent à ses membres d'obtenir un titre d'avocat spécialiste FSA. Cette filière a été couronnée de succès: pas moins de sept spécialisations sont aujourd'hui proposées et 10% de nos membres sont déjà des avocats spécialistes FSA. Ceux-ci disposent d'un niveau de spécialisation particulièrement élevé, puisque les cours de formation sont dispensés par des professeurs de droit ainsi que des avocats chevronnés dans le domaine juridique concerné. Comme prérequis à l'inscription à un cours, il faut d'ailleurs démontrer une solide expérience pratique de plusieurs années.

Une question récurrente est celle de savoir s'il conviendrait de dicter une règle générale de formation continue pour les avocats. À l'heure actuelle, seuls les avocats spécialistes FSA sont soumis à cette obligation, de sorte qu'elle ne s'étend qu'à un nombre limité de nos membres. Tel n'est pas le cas aux États-Unis d'Amérique, où le *state law* peut exiger de tout avocat l'obtention d'un nombre minimum de crédits de formation continue par année (*CLE pour credit legal education*).

La Fédération Suisse des Avocats doit se donner comme objectif fondamental de garantir en tout temps des compétences professionnelles indiscutables de ses membres. Pour relever ce défi ambitieux, il est cardinal que les avocats continuent à se mettre à jour durant toute leur carrière professionnelle. La question de savoir s'il est judicieux d'instaurer une obligation générale de formation continue reste cependant ouverte, en particulier dans un État démocratique où l'individu dispose du droit de décider et d'agir par lui-même. Il revient aux avocats de discuter de la thématique de la formation continue et de répondre ensemble à cette question afin de prendre la décision la plus rationnelle pour nos membres.



1587-9/18 | Preisänderungen und Fehler vorbehalten

## Sportrecht, Band II

Schwerpunkte: Sicherheit und Haftpflicht,  
Kartell- und Immaterialgüterrecht,  
Streitschlichtung

Jan Kleiner, Margareta Baddeley,  
Oliver Arter (Herausgeber)

**Januar 2018, CHF 150.–**

506 Seiten, broschiert, 978-3-7272-8707-7

Das vorliegende Werk behandelt aktuelle Rechtsfragen aus dem nationalen und internationalen Sportrecht. Der zweite und dritte Teil widmen sich dem Kartell- und Immaterial-güterrecht sowie der Streitschlichtung.

**Bestellen Sie direkt online:**  
[www.staempflishop.com](http://www.staempflishop.com)

# Stämpfli

Verlag

**Stämpfli Verlag AG**

Wölflistrasse 1

Postfach

CH-3001 Bern

Tel. +41 31 300 66 77

Fax +41 31 300 66 88

[order@staempfli.com](mailto:order@staempfli.com)

[www.staempfliverlag.com](http://www.staempfliverlag.com)

Anzeigen\*

## Adressen für Anwälte

**DOBIASCHOFSKY**  
FONDÉE EN 1923

Dobiaschofsky Auktionen AG  
Monbijoustrasse 30/32, CH-3001 Bern  
Tel.: +41 31 560 10 60, Fax: +41 31 560 10 70  
[www.dobiaschofsky.com](http://www.dobiaschofsky.com)



**ARP Schweiz AG**

Birkenstrasse 43b  
6343 Rotkreuz

Telefon: +41 41 799 09 09  
E-Mail: [verkauf@arp.ch](mailto:verkauf@arp.ch)

**IT's easy.**  
[www.arp.ch](http://www.arp.ch)

**FORENTEC**

Ihr professioneller Partner für die forensische Sicherung und Auswertung von elektronischen Informationen. Unsere Dienstleistungen umfassen die Prävention, Aufdeckung und Reaktion im Bereich der digitalen Forensik.

IT Forensik. eDiscovery. Cyber Crime.

ForenTec GmbH  
Lavaterstrasse 58, 8002 Zürich  
043 542 15 15 | [info@forentec.ch](mailto:info@forentec.ch) | [forentec.ch](http://forentec.ch)

**alan**

**ALAN Software AG**

Solothurnstrasse 28  
3322 Schönbühl  
[www.alan.ch](http://www.alan.ch)

**SFC** SWISS FORENSIC  
& COMPLIANCE

Corporate intelligence  
Forensic & eDiscovery  
Litigation support

Rue de la Grotte 6  
1003 Lausanne  
[www.sfc.services](http://www.sfc.services)

\* Keine offizielle Empfehlung des SAV

# **SCHULTERSCHLUSS DER AKTEURE DER RICHTSBARKEIT IN DER PRAXIS**

## **EINLEITUNG ZU DEN REFERATEN ANLÄSSLICH DES ANWALTSKONGRESSES DES SCHWEIZERISCHEN ANWALTSVERBANDES (SAV) AM 15. JUNI 2017 IN LUZERN**

**SERGIO GIACOMINI**

RA Dr. iur., LL. M., Schwyz/Wollerau, ehemaliger Präsident SAV-FSA

Der Schweizerische Anwaltsverband hat den «Schulterschluss der Akteure der Gerichtsbarkeit» bereits an mehreren Veranstaltungen und in diversen Publikationen thematisiert. Der Schulterschluss der Akteure der Gerichtsbarkeit soll uns Anwältinnen und Anwälte trotz all der eher neuzeitlichen Herausforderungen wie beispielsweise Kanzleimanagement und Digitalisierung daran erinnern, dass wir letztlich vor allem einen Dienst zur Befriedung der Gesellschaft leisten. Im Zusammenspiel mit den Gerichten und den übrigen Akteuren der dritten Gewalt sorgt die unabhängige Anwaltschaft dafür, dass der Rechtsunterworfenen in einem fairen Verfahren seine Ansprüche durchsetzen oder sich gegen obrigkeitliche Anordnungen wehren kann. Die unabhängige Anwältin ist eine Dienstleistungserbringerin *sui generis*. Zusammen mit Richtern und Strafverfolgern arbeiten wir an der Basis des Funktionierens unserer Gesellschaft. Der Zugang zum Recht erfordert das Zusammenspiel von unabhängigen Anwälten, von ebenso unabhängigen Richterinnen und Staatsanwälten.

Anlässlich der Delegiertenversammlung des Schweizerischen Anwaltsverbandes vom 17.6.2016 in Brunnen wurde versucht, die herausragende Relevanz der dritten Gewalt, mithin auch des «Schulterschluss-Gedankens», für das Funktionieren der Gesellschaft rechtsphilosophisch zu verorten: Die Akteure der Gerichtsbarkeit wenden Recht

an und setzen es durch. Das Recht regelt das Zusammenleben der sich zu einer Gesellschaft vereinigenden Individuen. Die Akteure der Gerichtsbarkeit agieren somit an der Basis des Funktionierens der Gesellschaft. Das Recht ist überdies eine notwendige Bedingung zur Erfüllung von moralischen Gesetzen. Wollen wir moralisch handeln und gäbe es kein Recht, könnten wir allenfalls dauernd daran gehindert werden, unsere Handlungen auszuführen. In einer rechtlosen Gesellschaft von Halunken kann – so Immanuel Kant – keiner moralisch leben. Der Schulterschluss ist gegen Druckversuche von aussen gerichtet. Innerhalb der dritten Gewalt bewahren die Akteure der Gerichtsbarkeit selbstverständlich trotz des Schulterschlusses ihre völlige Unabhängigkeit in den ihnen zugedachten Funktionen.

Am Anwaltskongress 2017 in Luzern folgte auf diese theoretische Grundlegung ein praktischer Teil: Was heisst «Schulterschluss der Akteure der Gerichtsbarkeit» in der Praxis? Gibt es Normen, deren *ratio legis* der Schulterschluss-Gedanke ist? Wie kann der Schulterschluss im täglichen Prozessalltag gelebt werden? Die Referenten zeigten Beispiele eines gelebten Schulterschlusses in den Domänen des Zivilprozess-, des Strafprozess- und des Verwaltungsverfahrenrechts. Drei der – zum Teil leicht angepassten – Referate werden nun nachfolgend in der Anwaltsrevue abgedruckt.

# SCHULTERSCHLUSS DER AKTEURE: AUS DER SICHT DES STRAFPROZESSES

**NIKLAUS RUCKSTUHL**

Prof. Dr., Advokat, Allschwil

Stichworte: Unabhängigkeit der Justiz, Strafrecht als Mittel zur Behebung aktuell-störender Phänomene, Strafhöhe und Kriminalität, Stärkung der Justiz durch konsequente Wahrnehmung der eigenen prozessualen Rolle

Der Schulterschluss der Akteure in der dritten Gewalt hat zum Ziel, die Selbständigkeit bzw. Eigenständigkeit der Justiz gegenüber den anderen beiden Gewalten – Legislative und Exekutive – zu bewahren und zu stärken und gegen Druckversuche von aussen zu verteidigen.

## **I. Druck auf das Strafrecht und den Strafprozess**

Das Strafrecht und der Strafprozess geraten zweifelsohne von aussen unter Druck. Dies ist allerdings weniger dem Bundesgesetzgeber anzulasten als vielmehr einzelfallgeprägten Volksvorstössen. Dies hat uns in der letzten Zeit gerade im Strafrecht einiges an Bauchschmerzen verursacht. Herausragend sind dabei die lebenslange Verwahrung, das lebenslängliche Berufsverbot, aber auch die Ausschaffung von Straftätern ausländischer Nationalität. Regelmässig gerät dabei das Strafrecht in Konflikt mit Prinzipien von Verfassungsrang, so etwa dem Verhältnismässigkeitsprinzip, um nur ein herausragendes zu nennen, aber auch mit völkerrechtlichen Verpflichtungen wie jenen der EMRK. Hier sind Versuche, die Judikative gegenüber den anderen Staatsgewalten zu stärken, schwierig. Gelingen kann das allerdings dann, wenn die Akteure im Strafprozess sich darüber verständigen, die verbliebenen Frei- und Ermessensspielräume im Sinne der internationalen Verpflichtungen und der übergeordneten Verfassungsprinzipien zu nutzen.

In diesem Kontext beklage ich aber als Vertreter der Verteidigung wiederholt das Vorgehen des zweiten Players im Strafprozess, der Staatsanwaltschaft, gegenüber dem dritten Akteur, dem Gericht, Druck auszuüben, indem sie Definitions- und Auslegungshoheit für neue, unbestimmte Rechtsbegriffe für sich reklamiert und diese in sogenannten Empfehlungen, etwa der schweiz. Staatsanwälte-Konferenz SSK und früher der KSBS, formuliert. In Erinnerung mag noch sein, dass die KSBS als Mindestbetrag für den Tagessatz der Geldstrafe CHF 30.- propagierte und es eines Bundesgerichtsentscheides bedurfte, der klarstellte, dass auch CHF 10.- noch ein gesetzeskonformer Tagessatz sein können. *Allerdings ist zuzugestehen, dass wir, d. h. die Anwaltschaft, in diesen Bereichen das Feld auch allzu kampflös anderen Playern überlassen.*

*So gut wie die Staatsanwaltschaften Empfehlungen erlassen, so gut können auch wir uns zu denselben Themen äussern. Allerdings stehen uns dafür nicht dieselben Ressourcen zur Verfügung. Dies alles in Freiwilligenarbeit auch noch schaffen, führt definitiv an die Grenzen des Möglichen.*

Im Alltag ist die Strafverteidigung als einer der drei Akteure im Strafprozess damit konfrontiert, dass ihre eigenständige Rolle nicht anerkannt, sondern sie in den Dunstkreis des Angeschuldigten gerückt wird, als dessen Verbündeter dargestellt und verstanden wird. Dies dient dem Ziel, die Justiz als dritte und eigenständige Gewalt im demokratischen Rechtsstaat zu wahren, nicht, sondern fördert die Versuche des Populismus, auf diese Gewalt Einfluss zu nehmen mit der Begründung, die Justiz nehme ihre Verantwortung und Rolle nicht wahr.

Aktuell ist das bspw. bei den Forderungen nach höheren Mindeststrafen zu beobachten: Entgegen aller Erkenntnisse der Kriminologie verlangt der Populismus, man müsse härter strafen, um die Kriminalität zu bekämpfen. Härtere Strafen haben noch nie geholfen, Kriminalität zu reduzieren, im Gegenteil. Dass nun das Parlament auch noch in dieses Horn bläst, verstehe ich nur zum Teil. Auf jeden Fall gerät das Strafrecht in den Geruch der Beliebigkeit: Gefordert wird, dass Geschwindigkeitsexzesse nun doch nicht so hart zu bestrafen sind, wie das im Rahmen des Programms Via Secura vom gleichen Parlament vor Kurzem so beschlossen worden ist. Ebenso müsse dem Druck nach besserem Schutz v. a. von Polizeibeamtinnen und -beamten, aber auch von anderen Angestellten des Staates, etwa von Sozialhilfebehörden, nachgekommen werden, weil diese immer stärker und hemmungsloser angegriffen würden. Wir aber wissen, dass bspw. Polizisten nicht nur durch den Straftatbestand der Gewalt und Drohung gegen Beamte geschützt werden, sondern von sämtlichen Tatbeständen zum Schutz von Leib und Leben. An-

griffe gegen Polizisten können somit nicht nur mittels Art. 285 StGB sanktioniert werden, sondern auch durch die Anwendung der Tatbestände der einfachen und schweren Körperverletzung bis hin zu den Tötungsdelikten. Eine Verschärfung des Strafrahmens bei Gewalt und Drohung gegen Beamte ist also völlig sinn- und nutzlos. Ich verzichte darauf, das Ihnen gegenüber hier weiter zu vertiefen, es würde auch den Rahmen meines Themas sprengen. Der Schulterchluss der Akteure würde nach meinem Verständnis hier verlangen, gegen die Beliebigkeit von Strafe sich zu wehren, kurzfristige Reaktionen gegen auftretende Phänomene zu vermeiden und wohl erwogene Gesamtkonzepte vorzulegen, die – wenn überhaupt – erst Erfolg versprechen können. Tut man das nicht und lässt man populistische, von Hilflosigkeit und unnötigem Aktivismus (vielleicht auch Wahlkampf) geprägte Reaktionen zu, ja stellt sich sogar aktiv in deren Dienst, dann untergräbt man die eigene Glaubwürdigkeit. Dann ist das Ende absehbar und das kann nicht im gemeinsamen Interesse der in der Strafverfolgung Tätigen liegen, nicht in ihrem Interesse, nach Kräften zur Verhinderung von Straftaten beizutragen, aber eben nicht dadurch, dass unreflektierten Forderungen der Strasse nachgegeben wird, sondern indem erprobte und wissenschaftlich fundierte Lösungen propagiert werden. Dabei dürfen sich die Player nicht auseinanderdividieren lassen, sonst ist ihre Glaubwürdigkeit erledigt.

Gegen solche Versuche, die dritte Gewalt im Staat vor Einflussnahme zu schützen, hilft nur, wenn alle drei Player im Strafprozess sich auf minimale Positionen verständigen und diese nach aussen verteidigen, nicht aber, wenn ein Player einen anderen herabmindert oder dessen Rolle infrage stellt. Denn, Einigkeit müsste darin bestehen, dass der Strafprozess nur dann funktioniert, wenn jeder Player diejenige Rolle übernimmt und auch glaubhaft ausfüllt, die ihm der Prozess zuweist. Tut er das nicht, funktioniert der Prozess nicht. Es kann immer wieder nur an Niklas Luhmann und sein Werk «Legitimation durch Verfahren» erinnert werden: Das Ergebnis eines Prozesses wird dann als fair und gerecht akzeptiert, wenn die Regeln eingehalten werden, die für diesen Prozess demokratisch vereinbart wurden. Das gilt für ein Wahlverfahren genauso wie für einen Straf- oder Zivilprozess. Deshalb verstehe ich den Schulterchluss der Akteure im Strafprozess so, dass die drei wesentlichen Player, Staatsanwaltschaft, Verteidigung und Gericht, die gegenseitige Rolle respektieren, diese nicht schwächen, sondern im Gegenteil die aktive Beteiligung der jeweils anderen beiden einfordern. Es geht dabei nicht darum, sich nicht gegenseitig auf die Füsse zu treten. Es geht nicht darum, es zusammen nett und gemütlich zu haben. Es geht darum, das zu tun, was die Prozessordnung vom jeweiligen Player verlangt. Es ist für ein Gericht höchst unangenehm, einen Verteidiger zu haben, der seine Verantwortung nicht wahrnimmt, denn dann

gerät das Gericht in die Situation, dessen Rolle auch noch übernehmen zu müssen, weil es ja schliesslich dafür verantwortlich ist, dass der Beschuldigte – aber auch die anderen Parteien im Prozess – in den Genuss eines fairen Verfahrens und Prozesses kommt.

Für mich als Verteidiger bedeutet das also, dass ich das tun muss, was die StPO von mir verlangt: mich ausschliesslich für den Beschuldigten einzusetzen, ausschliesslich dafür zu sorgen, dass der Prozess für ihn zu einem bestmöglichen Resultat führt. Es versteht sich dabei von selbst, dass ich das immer und nur in den Schranken des Gesetzes tun darf und so sagt es bereits Art. 128 StPO: «Die Verteidigung ist in den Schranken von Gesetz und Landesregeln allein den Interessen der beschuldigten Person verpflichtet.»

Wenn ich hier als Verteidiger spreche, so deshalb, weil das die häufigste und konfliktrichtigste Rolle des Anwaltes ist, die er im Strafprozess einnimmt. Nichts anderes gilt aber auch für die Vertretung von Zivilparteien.

Nun kann man sich fragen, wo denn da noch Raum für einen Schulterchluss der Akteure besteht? Auch hierfür gibt das Gesetz gewisse Anhaltspunkte. So bestimmt etwa Art. 332 StPO, dass die Verfahrensleitung u. a. zur Klärung organisatorischer Fragen eine Vorverhandlung anberaumen kann. Dasselbe gilt für Vergleichsverhandlungen. Dort, wo also Spielräume für die Parteien bestehen, animiert die StPO durchaus auch dazu, diese wahrzunehmen. Und nun kommt aus meiner Sicht der springende Punkt: Alle Beteiligten haben im Alltag schon mit genug Schwierigkeiten und Hindernissen zu kämpfen, sodass es wirklich nicht Sinn macht, sich gegenseitig das Leben unnötig in Bereichen zu erschweren, wo man Lösungen im Interesse aller treffen kann; wohlverstanden aber nie Lösungen auf dem Buckel einer anderen Partei. Soweit die Verteidigung sich bei solchen Prozessen beteiligt, darf sie – allein schon wegen des zitierten Art. 128 StPO – dies nie zulasten der beschuldigten Person tun.

## II. De Officiis

Sie fragen sich nun, wo das angekündigte Beispiel für einen Schulterchluss der Akteure im Strafprozess bleibt. Aufgrund des auf Austragung eines Konfliktes angelegten Strafprozesses ist der Spielraum hierfür zugestandenermassen gering. *Im öffentlichen Recht, wozu das Strafrecht gehört, besteht bspw. kein Raum für quasiprivatrechtliche Schiedsgerichtsbarkeit wie etwa die Schiedsgerichtsbarkeit.* Dennoch, ein gewisses Aufsehen erregt hat im Jahre 2015, als bekannt wurde, dass der Ordre des Avocat genevois, der ODAGE, mit der Bundesanwaltschaft eine Vereinbarung namens «De Officiis» abgeschlossen hat. Inhalt dieser Vereinbarung sind die angesprochenen v. a. organisatorischen Belange, die das Leben und den Prozess erleichtern, die aber nicht zulasten einer Partei gehen.

# SCHULTERSCHLUSS DER AKTEURE IM VERFAHRENSRECHT, INSBESONDERE IM VERWALTUNGSVERFAHRENSRECHT

**PATRICK SUTTER**

RA Dr. iur., Schwyz/Wollerau,

Leiter Fachgruppe SAV Staatsrecht und Rechtsphilosophie

Stichworte: Verfahrensrecht, Gewährleistung von Freiheit im Rechtsstaat, Verantwortung der Akteure der Gerichtsbarkeit

Die Gesetzgebung nimmt im materiellen Recht Abgrenzungen der Freiheitssphären der Rechtsunterworfenen vor. Das Verfahrensrecht dient der Durchsetzung dieser Abgrenzungen im materiellen Recht, lässt jedoch seinerseits wiederum Optimierungen zu. Die Akteure der Gerichtsbarkeit tragen durch ihr Handeln Verantwortung dafür, dass im Rechtsstaat die Freiheitsgewährleistung wie im materiellen und formellen Recht vorgesehen (mehrheitlich) erfolgen kann und damit das Recht Akzeptanz findet.

## I. Einleitung

Wie ich anlässlich der letztjährigen Veranstaltung in Brunnen/SZ darlegte<sup>1</sup>, bedeutet Recht den Versuch, die «Freiheiten aller» optimal miteinander übereinzubringen und somit dem Individuum im Verhältnis zu einem rechtlosen Zustand eine möglichst weitgehende Entfaltung in der Ausübung seiner Freiheiten zu ermöglichen. Ohne Recht besteht somit keine Freiheit, und ohne Recht ist – wie im Vorjahr mein Vorredner, Kollege Dr. Giacomini<sup>2</sup>, betont hatte – auch moralisches Handeln nicht möglich, da dieses Freiheit voraussetzt.

Eine liberale Rechtsordnung zeichnet sich also nicht durch das möglichst weitgehende Fehlen von Recht aus, sondern dadurch, dass sie überall dort Recht setzt, wo und wie dies zur optimalen Gewährleistung von Freiheit erforderlich ist. Wer nur mit Blick auf sich selbst Recht als einschränkend empfindet und gestützt auf diese Wahrnehmung die Abschaffung dieser Rechtsnorm fordert, mag alles Mögliche sein – aber sicher nicht liberal.

## II. Freiheitsoptimierung durch materielles und formelles Recht

Es ist relativ leicht einzusehen, dass *materielles Recht* sich um die möglichst optimale Abgrenzung der Freiheitssphären der Individuen kümmert. Gerade im Verwaltungsrecht, in welchem dieses Individuum sehr oft dem Staat gegenübersteht, ist materielles Recht meist unmittelbar grundrechts- und damit in seiner elementarsten Weise freiheitsrelevant.

Es wurde im Vorjahr<sup>3</sup> betont, dass es keine *per se* oder *gar a priori* für alle Menschen gleiche Auffassung gebe, wo dieses optimale Mass ist. Hierzu bleiben letztlich nur die

politischen Ausmachungen in den dafür vorgesehenen Verfahren, sei es nach Massgabe der internationalen oder der nationalen (oder auf tieferen föderalen Stufen vorgesehenen) Prozeduren. Recht muss aber auf mittlere Frist von den Unterworfenen in seiner für sie relevanten Gesamtheit zumindest mehrheitlich als «gut» im Sinne eines – im Vergleich zu einem rechtsfreien Raum – erheblichen Zuwachses ihrer Freiheit verstanden werden, damit es von ihnen in ihrer Mehrheit akzeptiert und befolgt wird.

*Formelles Recht* hingegen scheint aus Normen zu bestehen, die direkt aus den Verfahrensgrundrechten (insbesondere dem Anspruch auf rechtliches Gehör oder dem Anspruch auf die Beurteilung durch ein unabhängiges Gericht) abzuleiten sind, währenddem es andere Bestimmungen gibt, die mit der Freiheitsfrage wenig zu tun zu haben scheinen.

Dieser Eindruck wäre aber unzutreffend:

Denn damit materielles Recht als freiheitsbefördernd verstanden werden kann, muss dieses materielle Recht zur Durchsetzung gelangen können – und zwar eben im Streitfall als *ultima ratio* auf prozessuellem Weg. Das formelle Recht findet also dann Anwendung, wenn sich die Parteien bezüglich der *freien* Wege der Erledigung von materiellen

<sup>1</sup> PATRICK SUTTER, Schulterschluss der Akteure der Gerichtsbarkeit in Rechtsetzung und Rechtsanwendung, *Anwaltsrevue* 8/2016, S. 314 ff.

<sup>2</sup> SERGIO GIACOMINI, Schulterschluss der Akteure der Gerichtsbarkeit: Eine unabdingbare Voraussetzung für die Beförderung des Guten auf der Welt, *Anwaltsrevue* 8/2016, S. 311 ff.

<sup>3</sup> SUTTER (Fn. 1), S. 316 f.

Streitigkeiten über Recht und Tatsachen erschöpft haben. Ja, im Verwaltungsverfahren wird sogar schon im erstinstanzlichen nicht strittigen Verfahren der spätere allfällige Streitgegenstand, nämlich die Verfügung als Festlegung von Rechten und Pflichten, in prozedural geregelter Form erlassen.

Damit ist auch der Massstab an das formelle Recht definiert: Es muss so ausgestaltet sein, dass dem materiellen Recht – und damit der Freiheit – optimal zum Durchbruch verholfen werden kann. Das *formelle* Recht orientiert sich deshalb an den Interessen der *materiellen* Rechtsdurchsetzung.

Diese Interessen sind aber eben auch im formellen Recht keine Maxima, sondern orientieren sich ebenso sehr wie am Gedanken der Verfahrensgerechtigkeit auch an einem Optimum an Zeit und Kosten und damit an einer der effizienten Verfahrensdurchführung dienlichen Formalisierung. Dies kann nachfolgend noch gleich an Beispielen gezeigt werden

Die Akteure der Gerichtsbarkeit – oder in einem weiteren Sinne: der Rechtsanwendung – müssen sich bewusst sein, dass *sie* es sind, die an dieser Anwendung des *formellen* Rechts und damit an der optimalen Umsetzung des in den vorgesehenen politischen Prozeduren gesetzten *materiellen* Rechts in einer Gesellschaft zusammenwirken. Auf diese Erkenntnis beruft sich die Forderung nach einem – richtig zu verstehenden – Schulterschluss.

### III. Beispiele

#### 1. *Formelle Fehler von Parteien und deren materielle Konsequenzen*

So kann in der Tat das Verfahren dazu führen, dass die Möglichkeiten, der vom materiellen Recht eingeräumten Freiheit zum Durchbruch zu verhelfen, eingeschränkt sind. Dies reicht bis hin zu den materiellen und hinzunehmenden Konsequenzen für eine unterliegende Partei, auch wenn deren Unterliegen nur durch eigene Fehler bei der Anwendung des formellen Rechts und nicht in der materiell-rechtlichen Beurteilung an sich liegt: sei es, dass die Partei ihre Anträge nicht genügend begründet, sei es, dass sie eine Frist verpasst, sei es, dass sie es unterlässt, die erforderlichen Beweisofertern zu unterbreiten. Usw.

Das *formelle* Recht agiert hierauf mit *unterschiedlicher Strenge*:

Man denke etwa an die richterliche Fragepflicht, wenn Parteien sich nach Auffassung des Gerichts nicht aus eigenem Vorbringen genügend in der Sache geäussert haben; oder gar an das Untersuchungsprinzip.

Ein Anwalt, der durch sorgfältige Prozessführung das Gericht dazu «zwingt», seine richterliche Fragepflicht wahrzunehmen, trägt dazu bei, dass die Gegenpartei an der Unabhängigkeit des Gerichts zu zweifeln beginnt. Diese ihrerseits sorgfältig prozessierende Gegenpartei wird sich fragend an ihren Anwalt wenden, der sich selbst wahrscheinlich «zusammenreissen» muss, seinem Klienten nicht mitzuteilen, dass dies in der Tat sehr stossend sei. Wichtig wäre aber, dass der Anwalt sorgsam abklärt, wie

weit jener Richter gehen darf, bevor dieser Anwalt sich gegenüber seinem Mandanten äussert; und dass er sich dann eben auch gemäss dieser Rechtsauffassung gegenüber dem Klienten äussert, die dem Klienten auch die Mittel und Wege aufzeigt, wie dieses Verhalten des Richters allenfalls korrigiert werden kann, oder wieso es rechtskonform ist.

Es ist aber in der Aussenperspektive wichtig, dass das unsorgfältige Vorgehen des Anwalts als Ursache erkannt wird für alle diese Folgeprobleme. Ein Anwalt «schuldet» dem unabhängigen Gericht also die sorgfältige Prozessführung allein schon deshalb, weil das korrigierende Einschreiten des Gerichts zugunsten der unsorgfältig vertretenen Partei durch die andere Partei in der Regel als Mangel an Unabhängigkeit wahrgenommen wird und damit die Akzeptanz dieses Urteils leidet.

Gleichzeitig besteht eine Tendenz zur Ungleichbehandlung der anwaltlich vertretenen Partei gegenüber einer nicht anwaltlich vertretenen Partei durch die Gerichte gerade im Bereich der richterlichen Fragepflicht. Entscheidet sich eine Partei, ein Verfahren ohne Anwältin zu bestreiten, dann ist ihr diese Entscheidung genauso voll anzurechnen, wie eine anwaltlich vertretene Partei mit den Qualitäten und Fehlern ihrer Anwältin siegt und verliert. Es kann nicht angehen, dass sich das Gericht zur Rücksichtnahme gegenüber einer unvorsichtigerweise *ohne* Anwalt agierenden Partei verpflichtet erachtet. Ein allfälliger Hinweis, dass die Partei sich auch unentgeltlicher Rechtsvertreter bedienen könne, wenn die Entscheidung finanziellen Überlegungen geschuldet sei, muss genügen. Sollte es sich hingegen um eine Partei handeln, die keine unentgeltliche Prozessführung beantragen kann, gleichzeitig aber auch die Mittel zur Prozessführung durch einen Anwalt nicht aufbringen mag/kann («Prozessieren kann man sich heute gerade als Mittelständler nicht mehr leisten»), dann ist diese Partei allenfalls zwischen Stuhl und Bank geraten – was aber der Gesetzgeber und nicht das konkrete Gericht zu korrigieren hätte. Das unabhängige Gericht «schuldet» dem Anwalt bzw. der anwaltlich vertretenen Partei also *Gleichbehandlung* mit der anwaltlich nicht vertretenen Partei.<sup>4</sup>

Hier zeigt sich, wie dünn die Linie ist, um Zweifel an der Unabhängigkeit des Gerichts hervorzurufen – eine Unabhängigkeit, die für die Akzeptanz der materiellen Rechtsdurchsetzung ganz zentral ist:

– Agieren die Anwälte sorgfältig, so reduzieren sie nur schon die Notwendigkeit für die Gerichte, sich der Möglichkeiten des formellen Rechts zu bedienen, um zugunsten einer der Parteien Sachverhaltsfragen und Rechtsstandpunkte näher abzuklären, und reduzieren damit die Gefahr, durch den äusseren Eindruck fehlender Unabhängigkeit und Gleichbehandlung die Akzeptanz des Urteils zu schädigen.

<sup>4</sup> Vgl. dazu die reichhaltige Praxis *rechtungleicher* Behandlung bei SERGIO GIACOMINI, Die rechtungleiche Behandlung der anwaltlich vertretenen Prozesspartei, in: Benjamin Schindler/Patrick Sutter (Hrsg.), Akteure der Gerichtsbarkeit, Zürich/St. Gallen 2007, S. 227 ff.

- Und behandeln die Gerichte in allen anderen Fällen die Parteien gleich, das heisst insbesondere auch unabhängig davon, ob sie anwaltlich vertreten sind bzw. ob der Anwalt/die Anwältin die Vertretung sorgfältig ausübt, so fördern sie diese Unabhängigkeit im Grundsatz – nur sieht das formelle Recht mit der richterlichen Fragepflicht oder gar der Untersuchungsmaxime eben Korrekturen vor, wo eine solche materielle Konsequenz des Unterliegens infolge Fehler oder Unterlassungen im Verfahren ihrerseits der Akzeptanz des Entscheids schädlich sein könnte.

Die Anwendung dieser Korrekturmechanismen in einer mit dem Grundsatz der Unabhängigkeit konformen Weise ist für die Gerichte in Zwei- oder Mehrparteienverfahren sehr anspruchsvoll – weshalb es stets vorzuziehen ist, wenn dies gar nicht erst erforderlich ist. In denjenigen Verwaltungsverfahren, in welchen eine Partei dem Staat gegenübersteht, stellt sich dieses Problem weniger, weshalb auch die Verfahrensrechte freier von der Untersuchungsmaxime ausgehen können und weniger Strenge walten lassen können.

## 2. Fristen

Die gesetzgeberische Abweichung von den ordentlichen Verfahrensregeln muss sich stets dadurch rechtfertigen lassen, dass dies im Interesse der materiellen Rechtsdurchsetzung erforderlich sei. Anwendungsfälle im Bereich der Fristen wären: die Zuordnung von Streitigkeiten in einem Rechtsgebiet in das summarische Verfahren, die Vorsehung kurzer Fristen für Rechtsmittel bzw. andere Verfahrenshandlungen oder die Nichtanwendbarkeit der Bestimmungen über den Fristenstillstand.

Doch nur schon die Frage, welche Massstäbe als «ordentlich» zu gelten haben, hat sich daran zu orientieren, innert welcher Frist und auf welche Weise ein Verfahren ordentlicherweise zu einem Abschluss kommen soll.

Es wäre deshalb unzutreffend, die Aspekte der angemessenen Dauer bzw. des angemessenen Vorgehens bei der Rechtsdurchsetzung (die in der Zuordnung zu einem bestimmten Verfahren oder durch kurze Fristen zum Ausdruck gelangen) nur als Anforderungen an die *Parteien* zu verstehen – die vom Gesetzgeber darin implizit zum Ausdruck gebrachte Erwartung ist, dass *auch die anderen Akteure* der Gerichtsbarkeit, also insbesondere die Entscheidbehörden in der Verfahrensleitung und Entscheidungsbegründung die gleichen ausserordentlichen Bemühungen an den Tag zu legen haben.

Alle Anwältinnen und Anwälte haben sicherlich schon ihrem Ärger Luft machen müssen, dass nach einer sehr kurzen Rechtsmittelfrist Monate verstreichen, bis sich die urteilende Behörde mit dem Fall auseinanderzusetzen beginnt. Die Unabhängigkeit des Gerichts und die Gleichbehandlung der Parteien setzen zwar unter dem Titel der *Waffengleichheit* voraus, dass die *Parteien* gleich lange Zeit haben, ihre Standpunkte vorzutragen – wobei das Recht begründete Ausnahmen vorsieht, wenn es darum geht, gesetzliche Fristen aus begründetem Anlass wiederherzustellen.

Aber das ist eben nur *ein* Aspekt der Bedeutung dieser Fristen: Wenn diese (im Verhältnis zu den ordentlichen Fristen) besonders kurz sind, hat auch die Entscheidbehörde die vom Gesetzgeber für die materielle Rechtsdurchsetzung als wichtig empfundene zeitliche Komponente bis zum Vorliegen einer Entscheidung zu berücksichtigen. Das formelle Recht reguliert zwar die Frist bis zum Vorliegen des Entscheids nicht – doch die Entscheidbehörde ist als Akteurin der Gerichtsbarkeit mit der mehr als nur impliziten Erwartungshaltung konfrontiert, eine vom Gesetzgeber den Parteien im Interesse der materiellen Rechtsdurchsetzung auferlegte Verkürzung von Fristen nicht durch lange Fristen bis zur Entscheideröffnung hinfällig werden zu lassen. Sonst leidet die Akzeptanz des materiellen Rechts, weil es sich nicht innert angemessener Frist durchsetzen lässt.

## 3. Verspätete Parteivorbringen

Mit den obgenannten Fristen wird insbesondere die Möglichkeit geregelt, bis wann die materiell erheblichen Vorbringen ins Verfahren einzubringen sind.

Das VwVG sieht nun, anders als zumindest die meisten Verwaltungsverfahrensgesetze der Kantone, eine besondere Regelung vor:

Art. 32 Abs. 2 VwVG verlangt nämlich, dass auch verspätete Parteivorbringen noch berücksichtigt werden, die Lehre ist sich nämlich einig, dass dies – trotz der «Kann»-Formulierung – ein «Müssen» ist.<sup>5</sup>

Nach Auffassung der Rechtsprechung ist jedoch ausser Acht zu lassen, was wegen nachlässiger Prozessführung oder zur Verschleppung des Prozesses mit Verspätung eingebracht wird. Ein Teil der Lehre will solche Nachlässigkeiten hingegen nur als Verletzung der Mitwirkungspflicht bei der Kostenregelung berücksichtigen, ohne etwas daran zu ändern, dass diese verspäteten Vorbringen zwingend zu berücksichtigen sind.<sup>6</sup>

Solange die verspätet vorbringende Partei *nur allein der Behörde* gegenübersteht, ist es sicherlich richtig, nur offensichtlich treuwidrig verspätetes Handeln materiell zu sanktionieren.

Hingegen ist auch bei Verwaltungsverfahren *mit mehreren Parteien* grundsätzlich wenig einzuwenden, eine dem Zivilprozessrecht ähnliche Novenregelung zu statuieren. Denn in solchen Verfahren bewirken verspätete Prozesshandlungen – gerade im Lichte des Replikrechts – ein Neulancieren von eigentlich entscheidreif abgeschlossenen Diskussionen. Und damit wird immer eben auch der vom Gesetzgeber geregelten, materiellrechtlich erheblichen Erwartung, innert welcher Frist und zu welchen Kosten die Rechtsdurchsetzung erfolgen kann, entgegengewirkt. Wer sauber prozessiert,

5 PATRICK SUTTER, Art. 32, in: Auer/Müller/Schindler (Hrsg.), Kommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren (VwVG), Rz. 8.

6 Zum Ganzen vgl. die Nachweise bei SUTTER (Fn. 5), Rz. 11.

wird auch helfen, saubere Verfahren zu befördern, was wiederum in der Wahrnehmung der Parteien das Vertrauen in das Recht befördert.

#### 4. Verhalten im Prozess

Das Verhalten der Parteien im Prozess wird in den Verfahrensgesetzen mit Verhalten nach Treu und Glauben umschrieben und zuweilen mit einer Ordnungsbussenkompetenz der Behörden zur Sanktionierung von «unanständigem» Verhalten der Parteien verbunden.

Interessanterweise auferlegt aber das Berufsrecht den Anwältinnen und Anwälten zusätzliche Verhaltensregeln: Eine Anwältin, ein Anwalt darf offensichtlich «weniger» als eine Partei, die ohne Anwalt/Anwältin im Verfahren teilnimmt. Grundlage dieser Beschränkungen ist Art. 12 lit. a BGFA, welches im Rahmen der sorgfältigen und gewissenhaften Berufsausübung auch das Verhalten von Anwältinnen und Anwälten gegenüber Behörden (innerhalb und ausserhalb von Prozessen) reguliert.

Art. 12 lit. a BGFA wird jedoch auch für Anwältinnen und Anwälte sehr differenziert zur Anwendung gebracht, wie das Bundesgericht etwa in einem Urteil vom 9.2.2015 (2C\_551/2014) in E. 4 darlegte<sup>7</sup>.

Der Schulterchluss der Akteure der Gerichtsbarkeit ändert nichts an diesen bundesgerichtlichen Feststellungen. Es geht aber um die Erkenntnis, dass *Anwältinnen und Anwälte* anders als die Parteien selbst, nicht bloss dem zivil- und strafrechtlichen Rahmen des Zulässigen unterstehen, sondern ihr Verhalten *differenzierteren* Ansprüchen zu genügen hat.

#### IV. Schluss

Auch wenn man meinen könnte, das gesetzte materielle und formelle Recht genügten zur Gewährleistung der Akzeptanz des Rechts im Staat, ist es die Überzeugung des abtretenden Präsidenten des SAV, dass es letztlich die Akteure der Gerichtsbarkeit und vor allem ihr Verhalten in den Verfahren und gegenüber den anderen Akteuren sind, welche diese Akzeptanz des Rechts im Staat ausmachen:

- Wenn die Akteure ihre Rollen im Staat (und zwar insbesondere auch die Rolle des Gegenübers) verstehen und den Parteien und der Öffentlichkeit auch verständlich machen können,
- wenn die Akteure innerhalb und ausserhalb der Verfahren ein ihrer Rolle und der Rolle ihres Gegenübers angemessenes Verhalten an den Tag legen,
- wenn die Akteure das materielle und formelle Recht durch ständige Aus- und Weiterbildung kennen,
- wenn die Akteure bei der Anwendung dieses Rechts Sorgfalt ausüben (dies gilt auch für die Sorgfalt der Urteilsfindung und -redaktion),

dann wird die Gefahr für fehlgehende Vorgänge und die Versuchung für andere Akteure, zu Korrekturen oder eigenem Fehlverhalten zu greifen, sehr erheblich reduziert – und damit eben die für den Rechtsfrieden und damit für die optimale Freiheitsgewährleistung erforderliche Akzeptanz des Rechts im Staat gefördert bzw. erreicht.<sup>8</sup>

#### 7 «4.1. [...].

Bei seiner Tätigkeit kommt dem Rechtsanwalt eine weitgehende Freiheit zur Kritik an der Rechtspflege zu. Es ist sein Recht und seine Pflicht, Missstände aufzuzeigen und Mängel des Verfahrens zu rügen [...]. Er darf im Sinne seines Klienten durchaus energisch auftreten und sich den Umständen entsprechend scharf ausdrücken; dabei kann nicht verlangt werden, dass er jedes Wort genau abwägt.

Der Anwalt hat jedoch alles zu unterlassen, was die Vertrauenswürdigkeit der Anwaltschaft in Frage stellt; es wird von ihm bei seiner gesamten Anwaltstätigkeit ein korrektes Verhalten verlangt. Er soll auf persönliche Beleidigungen, Verunglimpfungen oder beschimpfende Äusserungen verzichten, ebenso auf blosses Schikane. Erhebt der Anwalt Rügen wider besseres Wissen oder in unnötig ehrverletzender Form, so verstösst er gegen die in Art. 12 lit. a BGFA statuierten Gebote. Ehrverletzende Äusserungen des Anwalts können zwar gerechtfertigt sein; sie müssen aber einen hinreichenden Sachbezug haben und dürfen nicht über das Notwendige hinausgehen. Insbesondere dürfen sie nicht in einer Art und Weise deplatziert und herabsetzend, unnötig polemisch und verunglimpfend sein, die klar über das erlaubte Mass an harter, jedoch sachlicher Kritik hinausgehen. Es wird vom Anwalt erwartet, seinem Unmut auch anders, mit nicht verletzenden Worten und ohne Beleidigungen, Ausdruck zu verleihen [...].

4.2. Die Vorinstanz hat erwogen, der Beschwerdeführer habe den Regierungsstatthalter [...] persönlich verunglimpft und seine Ehre im zivil- und strafrechtlichen Sinne verletzt, indem er in seiner Eingabe an das Justiz- und Sicherheitsdepartement des Kantons Luzern eine geistige Beeinträchtigung bzw. eine Paranoia sowie eine daraus resultierende generelle Unfähigkeit der Amtsausübung unterstellt habe.

4.3. Diesen Schlussfolgerungen des Kantonsgerichts kann nicht gefolgt werden. Zwar werden psychiatrische Diagnosen oft auch als Schimpfwort oder Beleidigung verwendet. Trotzdem ist die Aussage, jemand leide allenfalls an einer psychischen Krankheit, per se noch nicht ehrenrührig [...]. Massgebend ist der Kontext, in welchem die Äusserungen gemacht werden. Die Vorinstanz übersieht, dass es dem Beschwerdeführer nicht bloss darum ging, seinem Unmut gegenüber dem Regierungsstatthalter Ausdruck zu verleihen, sondern dass er auf mögliche Missstände hinweisen wollte. Ein solcher Missstand könnte objektiv gesehen auch darin liegen, dass ein Beamter nicht mehr in der Lage ist, sein Amt korrekt auszuüben. Zu beachten ist insbesondere auch, dass der Beschwerdeführer seine Äusserungen im Zusammenhang mit einer Aufsichtsanzeige innerhalb eines behördlichen Verfahrens, also nicht gegenüber der Öffentlichkeit vorbrachte. Dass in diesem Kontext der Massstab grosszügiger sein muss, ergibt sich bereits daraus, dass die Rechtsprechung gegenüber sogenannten Whistleblowern, die an die Presse gelangen – zu Recht – regelmässig festhält, sie hätten sich zuerst an die Aufsichtsbehörde wenden müssen. In diesem Rahmen muss die Äusserung eines Verdachts auf allfällige Amtsunfähigkeit zulässig sein. Dem vorinstanzlichen Urteil und den Akten lassen sich keine Hinweise darauf entnehmen, dass es dem Beschwerdeführer um eine ehrverletzende Diffamierung des Regierungsstatthalters und nicht bloss um Überlegungen im Zusammenhang mit der mit Aufsichtsanzeige verlangten Untersuchung ging. Zwar vermag die Äusserung einer Vermutung, ein Beamter leide unter einer geistigen Beeinträchtigung, diesen durchaus hart zu treffen. Disziplinarrechtlich relevant werden derartige Äusserungen jedoch erst dann, wenn aufgrund der Darstellung des Anzeigererstatters sich nichts Seriöses ergibt, was einen solchen Vorhalt veranlassen könnte und die Vorwürfe in diesem Sinne als völlig aus der Luft gegriffen erscheinen. Vorliegend hat der Beschwerdeführer in seiner Aufsichtsanzeige dargelegt, wieso er zu seinen Überlegungen im Hinblick auf den Gesundheitszustand des Regierungsstatthalters kam. Ungeachtet darum, wie fundiert die Überlegungen letztlich sein mögen, kann jedenfalls nicht festgestellt werden, es fehle jeglicher Konnex zu den tatsächlichen Vorgängen und die Vorwürfe seien offensichtlich aus der Luft gegriffen. Weder die Aufsichtsbehörde noch das Kantonsgericht halten solches fest. Dementsprechend ist festzustellen, dass die Vorinstanz zu Unrecht die Äusserungen des Beschwerdeführers disziplinarisch sanktioniert hat.»

#### 8 SUTTER (Fn. 1), S. 317 f.

## «SCHULTERSCHLUSS» ENTRE LES ACTEURS DE LA JUSTICE DANS LE PROCÈS CIVIL

**JEAN-MARC REYMOND**

Docteur en droit, avocat (Lausanne), LL.M. (King's College London)

Président de la Commission spécialisée FSA procédure civile, arbitrage, LP

Mots-clés: procédure civile, Schulterschluss, indépendance de l'avocat, acteurs de la justice, déontologie

Le «Schulterschluss» entre les acteurs de la justice, le troisième pouvoir de notre démocratie, exprime la nécessité pour les avocats et les juges de travailler ensemble pour faire respecter l'indépendance de la justice, garantir sa crédibilité et (re)gagner la confiance du public, autrement dit atteindre des buts qui sont indispensables au bon fonctionnement de notre société, dans l'intérêt du justiciable et des Barreaux. Le «Schulterschluss» c'est le dénominateur commun qui réunit les acteurs de la justice autour de la bonne administration de celle-ci et qui ne remet pas en cause l'indépendance des avocats, condition cardinale de l'exercice de notre profession, ni celle des juges. Comment s'exprime ce «Schulterschluss» en procédure civile? Tel est le sujet de cette présentation.

«Schulterschluss» entre les acteurs de la justice – comment se concrétise-t-il au quotidien pour l'avocat dans le procès civil?

*Lex – justitia – pax* telle est la devise inscrite au frontispice de notre Tribunal fédéral.

Quel est le postulat? Dans notre démocratie, les avocats, les juges et les procureurs – mais nous laisserons ceux-ci de côté puisque notre sujet est le procès civil – sont les acteurs de la justice.

La mission de ces acteurs est de participer, chacun dans son rôle, à l'administration de la justice et à la mise en œuvre du droit et, lorsqu'il s'agit du procès civil, essentiellement à la sanction des droits privés subjectifs et des droits de procédure des justiciables.

Il est essentiel dans un État de droit que le pouvoir judiciaire, le troisième pouvoir, soit indépendant et qu'il soit en mesure de s'opposer aux tentatives de pression des autres pouvoirs, des deux premiers, les pouvoirs exécutifs et législatifs et du quatrième pouvoir que constituent les médias qui publient désormais des classements d'avocats et délivrent des diplômes de qualité, contre paiement évidemment! Comme l'écrit notre Président Sergio Giacomin, les acteurs de la justice ne peuvent accomplir leurs tâches avec succès que si la société, les trois autres pouvoirs, mais aussi le public, reconnaissent le pouvoir judiciaire comme le garant crédible et incontesté de l'application et de la mise en œuvre du droit.

L'assemblée des délégués de la FSA a proposé comme traduction du concept de «Schulterschluss» la «cohésion» entre les acteurs de la justice, tout en reconnaissant la difficulté de trouver le terme correspondant en français. À vrai dire, pour en avoir parlé avec plusieurs d'entre vous, je ne

suis pas certain que le sens de ce concept soit plus aisément compréhensible en suisse allemand, ou en tout cas compris de la même manière par tous nos confrères d'outre Sarine, que par cette tentative de traduction française!

À mon sens, le «Schulterschluss» entre les acteurs de la justice exprime la nécessité pour les avocats et les juges de travailler ensemble, littéralement «épaule contre épaule», pour faire respecter l'indépendance de la justice, garantir sa crédibilité, gagner – ou regagner – la confiance du public, autrement dit atteindre des buts qui sont indispensables au bon fonctionnement de notre société, dans l'intérêt du justiciable et de nos corporations et finalement assurer la paix énoncée au frontispice du Tribunal fédéral.

Le «Schulterschluss», c'est le dénominateur commun qui réunit les acteurs de la justice autour de la bonne administration de celle-ci. L'art. 8 des anciens Usages du Barreau vaudois, pas si anciens à vrai dire puisqu'ils étaient en force jusqu'à l'entrée en vigueur du Code suisse de déontologie en 2005, prévoyait que l'avocat défend loyalement les intérêts du justiciable et contribue à l'administration de la justice. Il n'y a donc pas d'antinomie, d'impossibilité de principe entre la défense des intérêts de son client et la participation à une bonne administration de la justice. On pourrait dire que la situation est semblable, mutatis mutandis, à celle de la confraternité: selon l'art. 24 du Code suisse de déontologie, «L'avocat s'abstient de toute attaque personnelle contre un confrère, dans l'exercice de ses fonctions. La confraternité ne doit pas porter atteinte aux intérêts du client».

Comme nous le verrons au travers des exemples qui vont suivre, il ne s'agit en aucun cas d'abandonner ne serait-ce qu'une once de notre indépendance, condition

cardinale de l'exercice de notre profession. Sous le titre «Rapport avec les autorités», l'art. 8 du Code suisse de déontologie ne dit pas autre chose: «L'avocat s'adresse aux autorités avec le respect qui leur est dû (...). Il entreprend toutes les démarches légales nécessaires à la sauvegarde des intérêts de son client». L'avocat doit toujours défendre ceux-ci avec force et détermination.

Cela étant rappelé, y a-t-il des règles applicables aux procès civils dont la *ratio legis* serait de favoriser ce «Schulterschluss», cette cohésion entre juges et avocats qui favorise la bonne administration de la justice, voire le travail des juges et des avocats au quotidien et, partant, sa crédibilité aux yeux du public?

En préambule, il faut faire deux remarques:

La première est que les réponses à la question traitée et les exemples que je mentionnerai sont souvent ceux de mon expérience au sein de mon Barreau. Chacun parmi vous en a d'autres, différents, qui dépendront souvent du type de rapport que l'avocat entretient avec les magistrats de son canton ou des cantons dans lesquels il plaide et des sensibilités cantonales, qui restent, et cela est heureux, très diverses malgré l'entrée en vigueur de notre CPC fédéral en 2011, ou à cause de celui-ci puisqu'il n'est qu'une unification et non pas une codification des règles de procédure civile.

La seconde remarque, c'est que dans ce domaine, les règles déontologiques de notre profession jouent un rôle et il convient de s'y référer.

Voici donc quelques exemples de règles qui nous semblent inspirées du «Schulterschluss» ou à tout le moins de situations qui soulèvent la question de la cohésion de l'action de chacun des intervenants dans le procès civil:

### I. 1<sup>er</sup> exemple: l'avocat peut-il accepter de plaider une cause qu'il juge mal fondée, une cause civile évidemment?

Tant les avocats que les magistrats, également soucieux de «Schulterschluss», pourraient répondre par la négative à cette question, au motif que plaider une affaire que l'on sait infondée nuit à la crédibilité du Barreau et à la bonne administration de la justice. L'art. 50 al. 2 de l'ancien ZPO zurichois consacrait d'ailleurs cette interdiction: «Insbesondere sollen die Parteien [et donc leurs avocats] zur Verfolgung ihrer Rechte nicht wissentlich ungerechte Prozesse führen und sich nur erlaubter Mittel bedienen». Dans leur édition de 1998, les Usages du Barreau vaudois, et peut-être d'autres cantons, contenaient une règle semblable. Leur article 2 prévoyait que l'avocat étudie avec soin les causes qui lui sont confiées et refuse de plaider celles qu'il juge mal fondées.

La règle n'a pas été reprise dans notre Code de procédure civile, ni dans le Code suisse de déontologie. Cela paraît à vrai dire justifié: il est extrêmement rare que l'avocat puisse évaluer à l'avance que les chances de gagner sont certaines et, inversement, que les risques de perdre une cause sont inévitables. L'instruction peut révéler des faits inconnus; la partie initialement en position de force peut

commettre des erreurs; elle peut aussi préférer transiger plutôt que d'encourir le risque, même faible, de perdre le procès. Enfin, une cause peut être juste même si elle est mal fondée en droit. Il n'en reste pas moins qu'accepter une cause manifestement perdue n'est, malgré l'absence de règle exprès, pas souhaitable.

### II. 2<sup>e</sup> exemple: le défaut à l'audience de conciliation

Selon l'art. 204 CPC, Les parties doivent comparaître en personne à l'audience de conciliation. Toutefois, le défaut du défendeur reste sans conséquence sur son droit: l'art. 206 al. 2 CPC prévoit que l'autorité de conciliation procède alors comme si la procédure n'avait pas abouti à un accord. Le Tribunal fédéral a récemment rappelé l'importance de la comparution personnelle des parties à l'audience de conciliation. Elle seule permet de donner une chance à une transaction et d'éviter peut-être une longue procédure subséquente. Le défaut du défendeur, surtout s'il n'en prévient pas le juge et le demandeur, sont de nature à occasionner un travail inutile de préparation de l'audience. Le «Schulterschluss» élémentaire entre les acteurs du procès semble imposer que le conseil du défendeur respecte cette exigence de comparution et explique sa justification à son client.

Toutefois, dans un arrêt récent (arrêt du 9.12.2016, 4A\_500/2016, consid. 3.1) et alors même que la citation à comparaître comportait la menace d'une sanction disciplinaire en cas de comportement entraînant une perturbation de la procédure (art. 128 al. 1 CPC), le Tribunal fédéral a considéré que le défaut injustifié à l'audience de conciliation et la violation du devoir de comparaître en personne ne sauraient systématiquement être qualifiés de comportement perturbant le déroulement de la procédure. Il a par conséquent annulé la sanction disciplinaire infligée au défendeur défaillant en précisant qu'une telle sanction devait garder par définition un caractère exceptionnel et requérir un comportement qualifié.

### III. 3<sup>e</sup> exemple: organisation efficiente de la procédure

En matière de mesures provisionnelles, l'art. 265 al. 2 CPC permet au juge soit de tenir audience, soit d'impartir à la partie intimée un délai pour se prononcer par écrit sur la requête. Traditionnellement, les juges vaudois convoquent une audience. Ils ne fixent donc pas de délai pour le dépôt d'un mémoire écrit, mais ceux-ci sont autorisés. Vu l'absence de délai, le conseil de l'intimé a évidemment tendance à déposer son mémoire, parfois volumineux et accompagné de nombreuses pièces, la veille de l'audience, voire au début de celle-ci. Ce procédé perturbe tant le travail du juge que du conseil adverse. Il prive l'avocat du requérant du temps nécessaire à l'examen des nouveaux arguments et documents; il choque évidemment son client et oblige même parfois le juge à renvoyer l'audience. Les avocats s'en plaignent. Pour prévenir cette manière de

faire, les tribunaux vaudois, en tous cas certaines cours, insèrent désormais dans la convocation à l'audience de mesures provisionnelles la formule suivante: «La partie intimée est invitée à déposer ses éventuelles déterminations sur la requête avant l'audience, dans un délai approprié, de manière à faciliter le bon déroulement de l'instruction». La formule ne dit pas (ou pas encore) que le procédé écrit déposé à l'audience ou la veille sera refusé, mais on y arrivera peut-être un jour.

Nous voyons dans cette pratique une règle sage, fondée sur un accord implicite entre les intervenants au procès, qui facilite et rend plus crédible aux yeux du justiciable le travail des acteurs de l'audience, qu'ils soient juge ou avocat. Alors que le juge pourrait refuser le mémoire écrit de l'intimé puisqu'il tient audience, il autorise celui-ci dans l'intérêt d'une bonne instruction – il est en effet plus facile pour le juge et même pour le requérant de pouvoir prendre connaissance des arguments de l'intimé par écrit et avant l'audience –, mais à condition qu'il soit déposé suffisamment tôt avant celle-ci.

#### IV. 4<sup>e</sup> exemple: l'art. 52 CPC: Respect des règles de la bonne foi

L'art. 52 CPC dispose que «Quiconque participe à la procédure doit se conformer aux règles de la bonne foi». Le Tribunal fédéral a confirmé que cette disposition s'adresse à tous les participants au procès, aux parties et donc à leurs avocats, mais aussi aux juges. Il leur impose d'agir de bonne foi et, partant, de ne pas commettre d'abus de droit (arrêt du TF du 26.1.2017, 4A\_590/2016). Dans le domaine de la procédure civile, la portée de cette règle est identique à celle qu'avait auparavant l'art. 2 CC (arrêt du TF du 8.1.2013, 4A\_485/2012, consid. 6).

Il découle du principe de la bonne foi, tel que précisé par la jurisprudence, des règles de comportement qui s'imposent à tous les acteurs du procès. À côté des dispositions du CPC, ces règles leur fixent un cadre qui favorise une instruction juste dans l'intérêt de tous les intervenants. Les cas que l'on trouve dans la jurisprudence sont évidemment des exemples de violation du principe de la bonne foi. Il est toutefois permis de penser que dans la grande majorité des situations de ce type, les avocats adaptent leur comportement procédural pour qu'il soit conforme à ce principe, alors qu'ils ont une marge de manœuvre.

La bonne foi s'oppose en particulier à ce que des griefs d'ordre formel qui auraient pu être soulevés à un stade antérieur soient invoqués plus tard, une fois l'issue défavorable connue (arrêt du TF du 18.9.2012, 5A\_344/2012, consid. 4.2). Un justiciable ne saurait ainsi reprocher au juge d'avoir omis d'administrer une mesure probatoire à laquelle il avait lui-même renoncé, le cas échéant de manière implicite en ne s'opposant pas à la clôture de l'instruction (ATF 138 III 374, consid. 4.3.2).

Il découle également de ce principe que lorsque le juge communique un ultime mémoire à la partie adverse, il n'est pas tenu de lui impartir un délai pour une éventuelle prise de position s'il peut attendre de la partie destinataire

que celle-ci s'exprime spontanément et sans retard. En pareil cas, lorsque la partie destinataire ne se manifeste pas dans un délai raisonnable, l'autorité peut valablement présumer qu'elle a renoncé à prendre position (ATF 138 I 484, consid. 2.4 et 2.5 p. 487). Cette règle évite au juge de devoir fixer un délai et en contrôler le respect.

En revanche, une copie confraternelle, usage encore en vigueur au sein du Barreau vaudois, ne remplace pas la notification prévue par le CPC. Lorsque l'autorité cantonale ne satisfait pas à l'exigence de notification, une communication confraternelle ne fait donc pas partir le délai de détermination spontanée en vertu du principe de la bonne foi applicable en procédure (arrêt du TF du 13.3.2014, 4A\_585/2013, consid. 2.2). À l'inverse, toujours dans le canton de Vaud, la communication d'un onglet de pièces avec la mention «copie certifiée conforme à l'original» signée de l'avocat vaut notification. Cet effet légal satisfiera les tenants du «Schulterschluss».

Profitons de ce passage par la procédure vaudoise pour mentionner un usage sans doute connu d'autres cantons: en cas de deuxième (il y a peu encore, dès la troisième seulement) demande de prolongation de délai et sauf véritable motif justifiant la prolongation, l'accord du conseil adverse suffit pour que le juge admette la prolongation. Il y a ici un «Schulterschluss» avant tout entre avocats, mais qui est validé par le juge, à défaut de toujours l'être par le client.

#### V. 5<sup>e</sup> exemple: principe de la bonne foi, en lien avec les mesures superprovisionnelles

Le principe de la bonne foi n'oblige en principe pas l'avocat d'exposer en procédure tous les faits, y compris ceux qui sont défavorables aux intérêts de son client. En revanche, il impose, selon nous, à l'avocat qui requiert des mesures superprovisionnelles d'exposer les faits de la cause de manière complète et pas seulement ceux qui lui sont favorables (dans le même sens: CPC-BOHNET, art. 265 N 7; BSK ZPO-SPRECHER, art. 265 N 17; WILLI, ZPO, p. 600; *contra*: DAVID et al., SIWR I/2, p. 239 N 594). Cette obligation est la conséquence du fait qu'en requérant des mesures superprovisionnelles, l'avocat demande au juge de statuer sans donner l'occasion à la partie adverse d'être entendue. Dans ce type de procédure, il est seul à pouvoir renseigner le magistrat sur les faits de la cause et il lui incombe de permettre à celui-ci de rendre une décision qui soit fondée sur l'intégralité des faits pertinents, qu'ils soient favorables ou défavorables à la cause de son client. À défaut, le juge risque de rendre une décision qui le décrédibilisera aux yeux de l'intimé. La violation de cette obligation peut d'ailleurs fonder une responsabilité du requérant pour le dommage causé par les mesures superprovisionnelles.

#### VI. 6<sup>e</sup> exemple: l'interdiction de mentir au juge

Le principe de la bonne foi interdit a fortiori à l'avocat de mentir au juge:

L'activité judiciaire implique pour l'avocat l'obligation de donner certaines informations au magistrat, cela en vertu du droit procédural comme des règles déontologiques (Alain B. Lévy, ancien Président de la FSA, traite de cette question dans son article consacré au devoir d'information de l'avocat, paru dans la Revue de l'avocat 6-7/2010, p. 265 ss). De telles communications doivent être considérées comme autorisées par le mandat d'agir en justice. L'avocat s'interdira de sciemment donner au juge une information fautive ou de nature à l'induire en erreur, ou encore d'user envers la partie adverse de procédés contraires à la loyauté et aux règles de la bonne foi.

L'art. 4.4 du Code de déontologie des avocats de l'union européenne (CDAE) dispose d'ailleurs que «À aucun moment, l'avocat ne doit sciemment donner au juge une information fautive ou de nature à l'induire en erreur». Cette obligation de vérité à l'égard du juge était notamment consacrée par l'art. 50 al. 2 de l'ancien code de procédure civile zurichois: «Dem Gericht gegenüber sind die Parteien zur Wahrheit verpflichtet». Il faut à notre avis considérer qu'elle découle de l'art. 52 CPC tout en regrettant comme certains auteurs (Georg Naegeli, *Darf man im Prozess lügen?* Revue de l'avocat 6-7/2010, p. 292) que cette «Wahrheitspflicht» ne soit pas expressément consacrée par notre loi de procédure.

Ainsi, interpellé sur l'état de pourparlers transactionnels hors audience, l'avocat ne peut pas exposer au juge que ceux-ci sont en cours s'il n'a pas même encore pris contact avec son confrère adverse. L'avocat ne peut pas non plus produire comme preuve à l'appui de ses allégations la copie d'un projet de contrat après avoir pris soin, avant de le photocopier pour être produit, de caviarder les commentaires manuscrits que les parties avaient apposé sur le document original. Ces procédés décrédibilisent les avocats et la justice aux yeux des parties au procès. Il faut regretter que les juges les tolèrent, voire paraissent les considérer comme normaux.

## VII. 7<sup>e</sup> exemple: comportement à l'égard du juge en procédure

Dans un arrêt de 2004, le Tribunal fédéral a rappelé que les avocats ont l'obligation d'adopter un comportement correct à l'égard des autorités en général, en particulier des juges. Ils ne sauraient utiliser de termes injurieux à leur endroit, ni user de procédés tendant à les intimider. Enfreint par exemple les convenances celui qui traite les juges fédéraux de «unfähig, böswillig, parteiisch und dünkeltet» dans ses écritures.

Ces règles de comportement contribuent à ce que les procédures judiciaires se déroulent dans un climat

serein et objectif, ce qui n'est pas seulement dans l'intérêt public mais également dans celui bien compris des clients des avocats, dicit le TF (arrêt du TF du 3.8.2004, 2A.448/2003). L'art. 8 de notre code de déontologie oblige d'ailleurs l'avocat à s'adresser aux autorités avec le respect qui leur est dû et attend d'elles les mêmes égards.

En raison de son statut particulier d'intermédiaire entre les justiciables et les tribunaux, l'avocat est certes soumis à des exigences de convenance plus élevées qu'un plaideur en personne. Il dispose toutefois d'une grande liberté pour critiquer l'administration de la justice, tant qu'il le fait dans le cadre de la procédure, que ce soit dans ses mémoires ou à l'occasion de débats oraux. Il y a un intérêt public à ce qu'une procédure se déroule conformément aux exigences d'un État de droit. En fonction de cet intérêt public, l'avocat a le devoir et le droit de relever les anomalies et de dénoncer les vices de la procédure. La conscience d'un «Schulterschluss» et sa mise en œuvre ne doivent jamais limiter ce devoir et ce droit.

À l'inverse, le juge devrait bien sûr se montrer également respectueux à l'égard de l'avocat, toujours dans l'intérêt de l'image de la justice sur le justiciable. À défaut, il risque la récusation. Le siège de la matière est à l'art. 47 CPC. Sa lettre f prévoit que les magistrats se récuse s'ils pourraient être prévenus notamment en raison d'un rapport d'amitié ou d'inimitié avec une partie ou son représentant. Ainsi, le juge qui, après quatre heures d'une audience durant laquelle la conciliation a été vainement tentée, refuse de laisser un avocat plaider au motif qu'il est 18 heures passées en lui lançant à la figure «Je ne vous écoute même pas» et refuse également de lui ouvrir le procès-verbal pour que l'incident y soit noté, doit être récusé; et il l'a été.

Je terminerai par un vœu que j'adresse à notre Conseil et à son Président. La Commission spécialisée de procédure civile comme les autres commissions participent au processus de révision des lois. Ce serait un bel exemple de «Schulterschluss», de cohésion, que magistrats et avocats s'associent en amont dans le cadre de ces travaux législatifs pour ensuite présenter en position de force à l'Office fédéral de la justice des propositions si possible communes de modifications et d'adaptation des lois. Cela permettrait certainement de révéler que les Juges et le Barreau partagent des intérêts communs en matière de règles de procédure et de leur mise en œuvre, et de resserrer leurs liens, notamment aux yeux des deux premiers pouvoirs.

Je vous remercie de votre attention.

# STRATEGISCHE POSITIONIERUNG DER KANZLEI IN ZEITEN VON LEGALTECH UND DIGITALISIERUNG

**BRUNO MASCELLO**

Dr. iur., Rechtsanwalt, LL. M., EMBA HSG

Stichworte: Strategie, Positionierung, LegalTech, Digitalisierung, Technologie

Sämtliche Bereiche und Branchen der Wirtschaft werden von der Digitalisierungswelle erfasst. Die Anwälte werden nicht verschont bleiben. Diese Veränderung wird Einfluss auf die Gestaltung des materiellen Rechts haben, den operativen Teil der anwaltlichen Tätigkeit beeinflussen, das traditionelle Geschäftsmodell herausfordern, und schliesslich wird auch der Kunde entsprechend geänderte Ansprüche an seine Anwälte stellen. Es stellt sich deshalb die Frage, ob und wie sich Anwaltskanzleien im ganzen Umfeld von LegalTech und der Digitalisierung strategisch positionieren wollen und können. Ein Ansatz besteht darin, sich seiner Stärken bewusst zu werden und diese unternehmerisch einzubringen, bevor es (wieder) zu spät ist. Anderenfalls besteht die Gefahr, dass sich nach den Rechtsabteilungen nun auch alternative Anbieter erfolgreich im angestammten Rechtsmarkt der Anwälte positionieren werden.

## I. Der Anwalt als Pathologe

Anwälte<sup>1</sup> werden grundsätzlich darin sozialisiert, Gefahren zu erkennen und Probleme zu lösen, um den Kunden<sup>2</sup> zu schützen und seinen Status zu erhalten. Dem gegenüber halten Betriebswirtschaftler ständig nach Opportunitäten Ausschau und sehen neue Herausforderungen als Chancen für positive Veränderungen. Und wie steht es mit der LegalTech-Szene? Man findet dort den zweiten Typus: energiegeladene Personen und Unternehmen, die den Wechsel nicht nur provozieren wollen, sondern diesen geradezu suchen. Will man eine Analogie zur Buchhaltung machen, konzentrieren sich Betriebswirtschaftler und «Techies» primär auf die Ertrags- als auf die Aufwandseite der Erfolgsrechnung. Erst in finanziell schwierigen Zeiten wird ein Unternehmen kurzfristig auch die Kostenseite bewirtschaften, weil es diese Seite direkt kontrollieren und so schneller Erfolge herbeiführen kann. Was macht eine Kanzlei, wenn sie die Kosten soweit möglich bereits reduziert hat und – mit Blick auf die Profitabilität pro Partner – auch auf Partnerebene die erforderlichen Schritte vollzogen hat? Spätestens dann wäre es an der Zeit, wie ein Betriebswirtschaftler den Fokus auf die Umsatzseite zu legen und nach neuen Möglichkeiten zu suchen. Genau hier könnte m.E. LegalTech eine neue Opportunität bieten, um nicht nur die eigene Effizienz auf der Kostenseite weiter zu optimieren, sondern vielmehr bestehende Kunden zu halten und neue Einnahmequellen zu schaffen.

## II. Rechtsabteilungen verdrängen Anwaltskanzleien

Externe Anwälte galten bisher als exklusive Anbieter von Rechtsdienstleistungen, bis vor ein paar Jahrzehnten dieser Markt erstmals richtig in Bewegung geriet. Etwa in den 1970er-Jahren haben Kunden vermehrt begonnen, ihre eigenen Anwälte intern anzustellen. Wie konnte es dazu kommen? Man könnte geneigt sein, diese Kundenreaktion einfach den hohen Anwaltsrechnungen zuzuschreiben. Das würde jedoch den wirklichen Gründen nicht gerecht werden. Aus Kundensicht war dies offenbar nötig bzw. nur deshalb möglich, weil die externen Anwälte nicht fähig oder gewillt schienen, die aktuellen Bedürfnisse der Kunden ausreichend zu bedienen. Die Bedürfnisse der Kunden veränderten sich nach Inhalt und Art der Rechtsdienstleistung und mangels genügender externer Angebote waren sie gezwungen, sich selber zu helfen. Die Unzufriedenheit des Kunden lässt sich deshalb wohl auf eine Kombination verschiedener Gründe zurückführen. Das kann zum Beispiel an der Quantität bzw. Qualität der angebotenen bzw.

1 Der besseren Lesbarkeit halber wird in diesem Artikel nur die männliche Form verwendet, die weibliche ist selbstverständlich immer mitgemeint.

2 Der Autor zieht es vor, vom Kunden statt vom Klienten bzw. Mandanten zu reden.

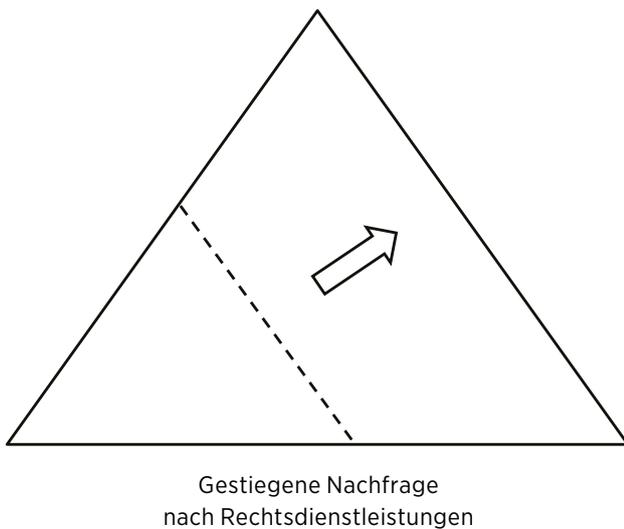


Abb. 1: Vergrößerung des Rechtsmarkts (eigene Darstellung)

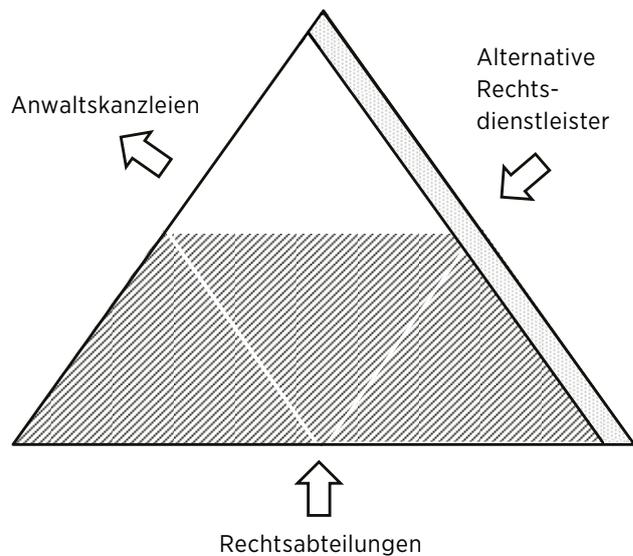


Abb. 2: Verdrängung im Rechtsmarkt (eigene Darstellung)

erbrachten Dienstleistungen und Produkte der externen Anwälte liegen, an deren Geschäftsmodell, dem Preis oder anderen Dingen.

Damit startete m. E. die wichtigste Veränderung im Rechtsmarkt überhaupt, die sich seither nur noch weiter verstärkt hat: der Aufbau interner Rechtsabteilungen als grösste «Konkurrenten» für externe Anwälte. Heute reklamieren Rechtsabteilungen innert weniger Jahrzehnte bereits einen Anteil von 40 Prozent an den gesamten Ausgaben des Kunden für Rechtsdienstleistungen, d. h. 60 Prozent werden an externe Berater ausgelagert.<sup>3</sup> Berücksichtigt man überdies, dass Rechtsabteilungen dreimal günstiger arbeiten als externe Anwälte,<sup>4</sup> dann bedeutet das, dass der Kunde heute bereits zwei Drittel der rechtlichen Arbeiten und Dienstleistungen mit seiner Rechtsabteilung intern selber erledigt.<sup>5</sup> Dieses Resultat basiert auf einer vorsichtigen Schätzung und berücksichtigt noch nicht einmal, dass die Tendenz zur Rückverlagerung von Arbeiten (*insourcing*) weiter zunimmt. Fragt man nach den Treibern für die einzelnen Sourcing-Strategien, sind folgende erkennbar: Die interne Erledigung der Arbeit wird v. a. aus Gründen der Effizienz und Kosten bevorzugt; zu externen Anwälten geht ein Kunde massgeblich wegen der Rechtsexpertise; und auf alternative Dienstleister weicht der Kunde gleich aus drei Gründen aus: wegen der Kosten bzw. Effizienz, wegen der Rechtsexpertise und wegen der technologischen Kompetenz.<sup>6</sup> Alternative Anbieter scheinen sich – im Gegensatz zu Kanzleien – also breiter positionieren zu können.

Man kann nun natürlich trefflich darüber streiten, ob die angestellte Hochrechnung der Zahlen korrekt ist. Ein Ergebnis wird jedoch bleiben: Anwaltskanzleien haben über die letzten Jahrzehnte hinweg ihre ehemals unbestrittene Marktposition, und damit namentlich Kunden bzw. potenzielle Mandatsarbeit, kontinuierlich und substantiell aufgegeben. Wieso scheint diese Entwicklung

noch nicht abgeschlossen? Entscheidend ist meines Erachtens, dass die Kunden weiterhin nicht befriedigte Bedürfnisse haben und gezeigt haben, dass sie bei Bedarf reagieren werden und – mangels Alternativen auf dem

- 3 Gemäss Schätzungen von Axiom werden heute weltweit 727 Milliarden USD für externe Anwälte bzw. 488 Milliarden USD für interne Rechtsdienste ausgegeben, was einer Outsourcing-Quote von 60% entspricht (DEVINE SANDY L., Referat vom 4. 10. 2017 an der Swiss-Legal-Tech-Konferenz in Zürich). Weitere Quellen nennen andere, zum Teil tiefere Werte für die Auslagerung, so z. B. für Europa 31–40%, EMEA 45%, Deutschland 26–30% (für die Rechtsabteilungen der grössten 150 Unternehmen), die UK 49%, die USA 37–73% und die Schweiz 25–75% (vgl. hierzu MASCELLO BRUNO, Procurement of Legal Services and Management of Outside Counsel, Zürich 2016, Randziffern 66 und 306 ff. mit weiteren Hinweisen). Ferner sind von ACC folgende Werte für Europa und die USA berechnet worden: In Rechtsabteilungen bis sieben Mitarbeitern wird ca. 54% intern erledigt (ab 8 Mitarbeiter ca. 49%), ca. 39% an externe Anwälte (ab 8 Mitarbeiter ca. 43%) und ca. 7% an andere Dienstleister ausgelagert (ACC, 2017 Chief Legal Officers Survey, <http://m.acc.com/legalresources/resource.cfm?show=1449453>). Hierbei handelt es sich um Durchschnittswerte, die je nach Branche, Rechtsgebiet, Grösse der Rechtsabteilung und Grösse des Unternehmens stark variieren können.
- 4 In Deutschland wurde errechnet, dass der durchschnittliche Ist-Vollkosten-Stundensatz bei internen Anwälten 108 Euro und bei externen 308 Euro beträgt, d. h. externe Anwälte fast dreimal teurer sind, was u. a. bedingt ist durch die anfallenden Akquisition-, Vertriebs- und Marketingkosten (HENNING OTTO, VI. General Counsel Benchmarking-Report 2015/16, Der Rechtsabteilungs-Report 2015/16, Organisation und Strategie der Rechtsabteilung im Fokus von Qualität und Effizienz, Frankfurt am Main 2015, S. 106 f. und 148 f.).
- 5 Das deckt sich mit der Beobachtung in den USA, wo offenbar nur noch 25% der rechtlichen Arbeiten durch Anwaltskanzleien, 73% intern durch die Rechtsabteilung und 2% durch alternative Dienstleister erledigt werden (ALM Intelligence/MORRISON & FORSTER, General Counsel Up-at-Night Report, publiziert am 22. 6. 2017, S. 14; abgerufen am 19. 10. 2017 unter <https://www.alm.com/press-room/inaugural-general-counsel-up-at-night-report-highlights-key-challenges-and-concerns/>).
- 6 ALM Intelligence/MORRISON & FORSTER, S. 16 (vgl. Fn. 5).

Markt – durchaus auch bereit sind, das Heft in die eigene Hand zu nehmen. Wenn diese deutliche Marktveränderung für externe Anwälte bis heute noch immer gut zu funktionieren scheint, dann ist das vor allem auf zwei Gründe zurückzuführen: Zunächst hat der Bedarf des Kunden nach Rechtsdienstleistungen stark und schnell zugenommen (z.B. wegen der Globalisierung und Regulierung), sodass selbst eine konstant steigende Anzahl von Anwälten den gesteigerten Bedarf nicht absorbieren konnte. Ferner hat es – jedenfalls bis vor wenigen Jahren – noch keine ernsthaften Alternativen auf dem Rechtsmarkt gegeben, die die sich abzeichnende Lücke hätten füllen können und wollen. Das scheint sich heute zu ändern, wenn man die schnell steigende Anzahl von verschiedenen «alternativen» Rechtsdienstleistern anschaut.

### III. Serie verpasster Opportunitäten

Hat der Kunde ein bestimmtes Bedürfnis und muss er neue Aufgaben erledigen, richtet er seine Anfrage – nicht zuletzt auch aus Gründen der Bequemlichkeit – zunächst an seine bisherigen Dienstleister. Daran hat sich grundsätzlich auch nichts geändert, seit der Kunde seine eigenen Rechtsabteilungen aufgebaut hat. Erst wenn dort seine Bedürfnisse nicht zufriedenstellend befriedigt werden, sucht der Kunde Alternativen. Dies soll an wenigen, willkürlich ausgewählten Beispielen illustriert werden.

- Präferierte Dienstleister (*panel*): Von einem externen Anwalt wünscht sich der Kunde, dass er ihn zu einem bestimmten Grad bereits kennt bzw. er erwartet, dass er zumindest gewillt ist, für den Aufbau dieses Wissens selber Zeit zu investieren. Weil dieser Wunsch durch Anwälte nicht angemessen berücksichtigt wurde, hat der Kunde mit der Errichtung von sogenannten Anwaltspanels reagiert. Er reduziert damit die Anzahl der Kanzleien und bietet den präferierten Kanzleien eine Art Club-Mitgliedschaft an, mit der Folge, dass wer nicht dabei ist, als Anbieter künftig nicht mehr berücksichtigt wird. Dahinter steckt u.a. die Absicht, die ständigen zeitintensiven und kostenpflichtigen Neuinstruktionen der Anwälte zu vermeiden, den Managementaufwand zu reduzieren, eine partnerschaftliche Beziehung aufzubauen und mehr Kontrolle über die Anwaltsausgaben zu erhalten.
- Alternative Honorarmodelle (*alternative fee arrangements*): Die Kunden sind mehr denn je von Kostendruck getrieben (*more for less*), den sie ihren externen Kanzleien als Mitverursacher der Kosten weiterreichen. Die Kunden verlangen regelmässig mehr Kostentransparenz, um die Ausgaben besser verstehen und planen zu können. Dies kann aber auch als Zeichen von Misstrauen verstanden werden. Das begann vor etwa 40 Jahren, als die Kunden keine einzeiligen Honorarnoten mehr akzeptierten und stattdessen verlangten, dass externe Anwälte nach Zeitaufwand abrechnen. Damit noch nicht zufrieden, forderten die Kunden auch detaillierte Abrechnungen. Heute wollen sich Kunden vom Stundenhonorarmodell verabschieden und fordern neu Pauschal-

honorare, um mehr Kontrolle über die Kosten zu erhalten und Anwälte am Geschäftsrisiko partizipieren zu lassen. Das kann als weiteres Zeichen der Unzufriedenheit bzw. des Misstrauens dem bestehenden Abrechnungssystem gegenüber gedeutet werden.<sup>7</sup> Vermutlich haben auch die laufend steigenden Stundenhonorare, die vielen Ranglisten mit Topgehältern der Partner und die hohen Anfangssaläre von Berufseinsteigern (*first-year associates*) ihren Beitrag geleistet. Damit aber nicht genug: Als nächster Schritt werden heute in grossen Unternehmen die Beschaffungsabteilungen den Rechtsabteilungen zur Seite gestellt. Dies darf als weiteres Zeichen des Misstrauens – nicht nur des CEO bzw. CFO gegenüber seinem General Counsel, sondern ganz allgemein den Anwälten gegenüber – verstanden werden. Damit wird zwangsläufig auch die vielfach angestrebte Rolle des «*trusted advisor*» strapaziert.

- Secondements: Um kurzfristige Auslastungsspitzen in Rechtsabteilungen zu brechen, wünschen sich Kunden gelegentlich, dass Kanzleien ihnen für eine befristete Zeit Anwälte zur Verfügung stellen. Diese Überlassung soll jedoch nicht zu den üblichen Stundenansätzen verrechnet werden, sondern die Kunden wollen der Kanzlei oft nur die Unkosten entschädigen (*cost plus*). Kanzleien sehen darin einen Umsatzverlust, da sie davon ausgehen, dass sie ihre Mitarbeiter stattdessen anderen Kunden zum üblichen Stundenhonorar verrechnen könnten. Dieses Kundenbedürfnis wird von Kanzleien weniger als zusätzliche Kundenbindungsmassnahme (Stichwort: Marketingkosten) oder als Massnahme zur Erhöhung der Mitarbeiterzufriedenheit verstanden, weshalb diesem Kundenbedürfnis – wenn überhaupt – oft nur sehr widerwillig nachgekommen wird. Drittfirmen, die Anwälte auf temporärer Basis vermitteln, haben dieses Bedürfnis erkannt und sind gerne in die angebotene Lücke gesprungen. Sie haben so nicht nur die Möglichkeit erhalten, neue Kunden zu gewinnen, sondern können und werden diese künftig bestimmt auch für weitere Angebote bewirtschaften.
- Compliance: Bereits vor über zehn Jahren wurden für Kunden die Themen rund um die Compliance immer wichtiger. Heute sind diese Bereiche aus dem Geschäftsleben eines Unternehmers nicht mehr wegzudenken. Kanzleien schienen die hier gebotene neue Möglichkeit jedoch nur sehr beschränkt wahrnehmen zu wollen. Deshalb musste der Kunde wieder reagieren. Dieses Feld wird heute von anderen Dienstleistern stark bewirtschaftet, v.a. den grossen Revisionsgesellschaften, die sich jetzt auch von dieser Seite her weiter – d.h. immer mehr auch für Rechtsdienstleistungen – bei den

<sup>7</sup> Es darf nicht vergessen werden, dass das Stundenhonorarmodell systeminhärente Mängel aufweist. Ferner bestätigt das Ausstellen fehlerhafter Honorarrechnungen dieses Bild und verstärkt den Vorwurf des fehlenden Kostenbewusstseins der externen Anwälte.

Kunden anbieten können. Dieselbe Entwicklung ist heute übrigens auch rund um das Thema Risikomanagement (inklusive *Legal Risk Management*) zu beobachten.

- Projektmanagement: Je fragmentierter ein Markt wird und je mehr Anbieter nur noch Teilleistungen erbringen (*decomposition, disaggregation*), desto grösser wird beim Kunden der Bedarf, die einzelnen losen Enden irgendwann wieder zu einem logischen Ganzen zusammenzufügen. Anwaltskanzleien würde sich hier die Gelegenheit bieten, den Kunden von dieser Arbeit zu entlasten und ihm den Rechtsrat aus einer Hand anzubieten. Dahinter steht der oft geäusserte Gedanke, dem Kunden den «one-stop shop» zu bieten. Jedoch scheint – soweit ersichtlich – dieses Kundenbedürfnis von externen Anwälten nicht als Opportunität wahrgenommen zu werden, obwohl damit eine grosse Kundenbindung erzielt werden könnte.

Diese wenigen Beispiele zeigen, dass der Markt schon verschiedentlich neue Opportunitäten geboten hat, diese aber von der Anwaltschaft nicht ergriffen wurden bzw. werden wollten – zumindest nicht breitflächig. Angesichts dessen und der neuesten Entwicklungen im Rechtsmarkt stellt sich deshalb die Frage: Wie werden sich die Kanzleien gegenüber ihren Kunden bei den nun durch die Digitalisierung ausgelösten Veränderungen verhalten und positionieren wollen?

#### IV. LegalTech als nächste Chance?

«Computer und künstliche Intelligenz werden Anwälte nie ersetzen, weil es immer die von Vertrauen geprägte persönliche Beziehung zum Anwalt brauchen wird!» So lautet zumindest das Argument jener Anwälte, die eine unangenehme Diskussion zu LegalTech und den damit zusammenhängenden negativen Konsequenzen im Keim ersticken wollen. Eine Alles-oder-nichts-Auswahl verhindert aber die konstruktive und aktive Auseinandersetzung damit, die mir aus drei Gründen unumgänglich scheint: Erstens werden sich die technologischen Möglichkeiten ungeachtet dessen rasant weiterentwickeln. Zweitens wird ein allfälliger Widerstand der externen Anwälte die Entwicklung und Anpassung der Wettbewerber nicht blockieren («Das Wasser wird stets seinen Weg finden.»)<sup>8</sup> Und drittens, was m.E. am wichtigsten ist, werden die Kunden auf diese Veränderung ohnehin reagieren müssen und wollen und als primäre Nachfrager die Schrittmacher von Veränderungen bleiben. Mit etwas Glück werden die Kunden zuerst – oder zumindest gleichzeitig – an die Türe des externen Anwalts klopfen und fragen, wie dieser ihnen helfen könne, sich im digitalen Markt besser zu positionieren. Jedoch zu glauben, externe Anwälte hätten gegenüber Kunden ein historisch gewachsenes *right of first refusal*, ist ebenso falsch, wie zu denken, dass der Kunde oder gar die ganze LegalTech-Szene abwarten werden, bis die Anwaltschaft sich selber organisiert und positioniert hat. Externe Anwälte werden sich deshalb frühzeitig mit

den neuen Entwicklungen auseinandersetzen und sich fragen müssen, ob und wie sie ein geäussertes (neues) Bedürfnis des Kunden zufriedenstellen und wie sie sich im sich verändernden Markt strategisch positionieren wollen. Legt man die oben aufgeführten Beispiele zugrunde, liegt die Befürchtung nahe, dass es heute bei LegalTech nicht anders laufen wird, d.h., dass die externen Anwälte den Kelch dem Kunden zurück- oder anderen Drittanbietern weiterreichen werden.

#### V. Fokussierung auf anwaltliche Kernleistung als Strategie?

Es gibt nichts einzuwenden, wenn man die Kundenbedürfnisse, die in Zusammenhang mit der Digitalisierung entstehen, nicht bedienen will – solange das auf einem bewusst gefällten, strategischen Entscheid basiert, der das bestehende Umfeld samt technologischen Veränderungen und die eigenen Stärken und Schwächen angemessen berücksichtigt. Es deutet vieles darauf hin, dass die Anwaltschaft bewusst einer Entwicklung zu folgen scheint, Tätigkeiten, die nicht unmittelbar mit der traditionellen Kernleistung der anwaltlichen Arbeit zu tun haben, anderen Wettbewerbern im Markt zur Verfügung zu stellen. Man könnte sogar geneigt sein, zu behaupten, dass LegalTech die angestrebte Arbeitsteilung fördert, die die Anwälte von repetitiven, automatisierbaren und prozessbasierten Tätigkeiten entlastet, damit sie sich wieder auf ihre Kernaufgaben konzentrieren können: z.B. auf die Interaktion mit Klienten, die juristische Beurteilung und (umfassende) Beratung, die Vertretung von Klienten vor Behörden und Gerichten und das Verhandeln von Transaktionen. Ist die fehlende Reaktion bzw. Bereitschaft jedoch auf Selbstzufriedenheit bzw. Gleichgültigkeit zurückzuführen, allenfalls kombiniert mit der Hoffnung, dass die Digitalisierung nur eine wieder vorbeiziehende Moderscheinung darstelle, d.h. keine bleibende Veränderung in den Kernleistungen der Anwälte bewirke, dann darf man sich nicht wundern, wenn später andere Marktteilnehmer über die Rollen der Anwälte entscheiden werden.

Wenn sich externe Anwälte auf ihre fachliche Expertise und das Erteilen von Rechtsrat im engeren Sinn konzentrieren, ohne die neu verfügbaren technologischen Möglichkeiten in ihre Dienstleistung integrieren zu wollen, werden sie sich später darauf reduzieren lassen und die damit zusammenhängenden Konsequenzen akzeptieren müssen. Mit einer solchen Reduktion setzen sich externe Anwälte m.E. zwei nicht zu unterschätzenden Risiken aus: Sie verzichten nicht nur auf eine weitere vom Markt ange-

<sup>8</sup> «In der Regel haben Anwälte einen simplen Blick auf die Welt: Anwälte können (fast) alles, und das, was Anwälte können, kann (und darf) niemand sonst. Die Aufteilung der Welt in Anwälte und Nichtanwälte ist schon eine befremdliche Sache.» (HARTUNG MARKUS, Kanzleien von morgen, in: *Anwaltsrevue* 6/7/2017, S. 280).

botene Opportunität, neue Kunden zu gewinnen und die bestehende Kundenbindung zu behalten und zu intensivieren, sondern sie verweisen stattdessen ihre Kunden vielmehr an ihre Wettbewerber. Überdies wird damit ihre Leistung isolierter und damit austauschbarer. Ein Kunde wird immer weniger Anlass haben, schon nur für die Kernleistung beim ursprünglichen Anwalt zu bleiben. Er wird vielmehr geradezu eingeladen, sich Gedanken darüber zu machen, auch diesen Teil bei einem anderen Anbieter – Anwalt oder nicht – einzukaufen, sobald er in angemessener Güte angeboten und verfügbar ist. Damit wird der Anwalt am Ende den Kunden auch für die Kernleistung verlieren.

## VI. Schlechte Positionierung der Kanzleien

Eine optimale Positionierung im Markt – im Vergleich zu Wettbewerbern – verlangt eine Entscheidung darüber, ob man eine vergleichbare Leistung günstiger als die Wettbewerber (Kostenführerschaft) oder dem Kunden eine bessere Leistung anbieten will (Differenzierungsstrategie).<sup>9</sup> Es gibt auch Beispiele für Unternehmen, die erfolgreich Mehrfachstrategien fahren, ohne dass sich die Produkte gegenseitig kannibalisieren bzw. verwässern.<sup>10</sup> In Bezug auf LegalTech scheinen mir Anwaltskanzleien noch nicht optimal positioniert, weil sie grundsätzlich weder besser noch günstiger als die verfügbaren Alternativen scheinen.

Um diesen Gedanken besser zu erläutern, reduziere ich die Anbieter von Rechtsdienstleistungen der Einfachheit halber auf deren drei: die Rechtsabteilungen, die Kanzleien und die alternativen Rechtsdienstleister (*NewLaw* einschliesslich LegalTech). Schaut man sich die internen Rechtsabteilungen an, fallen diese im Vergleich zu Anwaltskanzleien gleich durch zwei Vorzüge auf: Sie sind im Unternehmen nicht nur besser positioniert, weil sie den direkten Zugang zu den internen Kunden (Verwaltungsrat, Geschäftsleitung, Management, Linie und Stabsfunktionen) haben, diese besser kennen und oft auch über den Beizug der externen Anwälte entscheiden (*gatekeeper*), sondern die von ihnen erbrachten Leistungen sind auch günstiger als jene von externen Anwälten.<sup>11</sup> So gesehen verfolgen sie primär eine Differenzierungsstrategie, die mit einem Preisvorteil kombiniert ist. Auf der anderen Seite zeichnen sich die alternativen Anbieter grundsätzlich durch eine Preisstrategie aus: Sie fokussieren in der Regel auf einen kleinen Teil der ganzen Wertschöpfungskette der Rechtsdienstleistung und produzieren diesen billiger als eine Kanzlei, weil sie bei der Produktion auf Technologie und Prozesse bauen. Am Ende sind diese alternativen Anbieter – zumindest in Bezug auf den ausgewählten Arbeitsschritt – oft besser, schneller und effizienter. Und wie sieht es mit der Positionierung der Anwälte aus? Sie bieten weder besondere Kundenkenntnisse noch günstigere Dienstleistungen als die verfügbaren Alternativen an. Will man strategisch argumentieren, müssten sich Kanzleien also fragen, welche Nische sie genau besetzen wollen und können – und zwar nicht reaktiv, sondern im Voraus und mit Plan.



Abb. 3: Positionierung von Kanzleien im Wettbewerb (eigene Darstellung)

## VII. Neue Geschäftsmodelle gefragt!

So wie es – aus Kundensicht – weder um ein reines *make or buy*, sondern vielmehr um ein *make and buy* geht, wird es auch nicht um ein «LegalTech oder Anwaltskanzlei» gehen. Der Kunde wird vielmehr ein *Rightsourcing* anstreben, d. h., eine für ihn optimale Kombination von allen möglichen Anbietern suchen, die sich aus Anwaltskanzleien, Rechtsabteilungen und alternativen Rechtsdienstleistern zusammensetzt, und speziell auch Anbieter im LegalTech-Bereich heranziehen. Denn jeder Anbieter hat seine eigenen Stärken, die er zum Wohle des Kunden einbringen kann und sollte. Was können Kanzleien nun tun, um auf LegalTech optimal zu reagieren? Es stehen die üblichen drei Möglichkeiten zur Verfügung: Starre, Flucht oder Angriff.

Dass bei grösseren Veränderungen schockähnliche Reaktionen auftreten, ist nachvollziehbar und verständlich. Den Kopf in den Sand zu stecken und zuzuwarten, bis der Sturm vorbei ist, stellt jedoch nur selten eine sinnvolle Strategie dar. In Bezug auf LegalTech wäre eine solche Vorgehensweise nur dann richtig, wenn man überzeugt ist, dass es sich hierbei um eine vorübergehende Erscheinung handelt. Wenn man jedoch berücksichtigt, wie die Digitalisierung in der ganzen Wirtschaft eine zunehmend wichtigere Rolle spielt, scheint es mir schwierig, dies als eine rein singuläre Mode zu bezeichnen.

Eine weitere mögliche Option stellt die Flucht dar, d. h., man gibt das bisherige Tätigkeitsfeld auf und zieht weiter zu Plätzen, wo der Druck nicht so gross ist. Das scheint mir die bisher gezeigte Verhaltensweise zu sein: der Rückzug auf die Kerndienstleistungen des Anwalts, ohne die neuen Bedürfnisse des Kunden abdecken zu wollen. Auch dies ist eine legitime Form, auf die anstehende Veränderung zu reagieren. Es ist jedoch Folgendes zu berücksichtigen: Das Wissensmonopol der Anwälte hat sich

<sup>9</sup> PORTER MICHAEL E., *Competitive Strategy: Techniques for analyzing industries and competitors*, New York 1980.

<sup>10</sup> So zeigt zum Beispiel die Modebranche, dass man unter demselben Dach sehr wohl verschiedenen Brands erfolgreich positionieren kann (z. B. Haute Couture, Kleider für die Masse, Produkte ohne Bezug zu Kleidung).

<sup>11</sup> Vgl. Fn. 4.

durch das Internet aufgelöst, und das Wissen ist heute allgemein verfügbar und öffentlich zugänglich. Eine Strategie basierend nur darauf bietet deshalb keinen Wettbewerbsschutz (mehr), da sie keine effektive bzw. genügende Abgrenzung im Markt verspricht. Das bedeutet, dass sich auch die Kernleistungen verändern werden und diese die neuen technologischen Rahmenbedingungen mitberücksichtigen müssen. Es ist zu erwarten, dass sich ein solcher Rückzugsort schnell als sehr eng erweisen wird, wenn alle Anwälte dieser Strategie folgen sollten, und sich der Vertriebskampf intensivieren wird.

Bleibt noch der Angriff. Es spricht vieles für diese Strategie, da sie allen Beteiligten Vorteile bietet. Die Anwälte könnten hier ihre Stärken ausspielen und sich gegenüber dem Kunden besser bzw. neu positionieren. Denn im Unterschied zu den *Newcomern* haben die traditionellen Anwälte noch immer ein paar Asse im Ärmel: Sie genießen beim Kunden als Berufsstand noch immer das Vertrauen und besitzen die Glaubwürdigkeit zur Erbringung von Rechtsdienstleistungen, und sie verfügen über die wichtigen Beziehungen zum Kunden. Demgegenüber überzieht LegalTech-Unternehmen (noch) ein Hauch von Start-up-Geist, der sich erst noch bewähren muss und deshalb für Kunden zumindest kurzfristig ein Risiko darstellen könnte. Hingegen zeichnen sich LegalTech-Unternehmen durch Spezialkenntnisse in Technologie und Prozessen aus, die für den Kunden künftig immer wertvoller werden. Bei dieser Ausgangslage könnte deshalb eine für alle Beteiligten vorteilhafte Partnerschaft zwischen Kanzleien und LegalTech den Weg weisen: Die Kanzleien stellen sich gegenüber dem Kunden weiterhin als *Frontier* auf und behalten so ihre Position als (primärer) Ansprechpartner und Dienstleister des Vertrauens, wenn es um Rechtsfragen geht. Durch eine Kooperation können sie ihre Expertise in LegalTech-Fragen schnell anbieten, ohne diese kostenintensiv selber aufbauen zu müssen. Das ist umso wichtiger, als auch die Kunden durch LegalTech direkt herausgefordert sind und sich damit auseinandersetzen müssen. Mit einem kombinierten (sprich: weniger austauschbaren) Servicepaket werden es Kanzleien den Kunden überdies schwieriger machen, später den Anbieter einfach zu wechseln. Und für Kanzleien, die einen Umsatzeinbruch an der Basis erfahren haben (z. B. durch den Abbau von Associates und den damit verbundenen Verlust des *Leverage-Vorteils*), könnte das eine willkommene Option darstellen, das entstandene Umsatzloch wenigstens teilweise zu stopfen.<sup>12</sup> Auf jeden Fall wird so die Kundenbindung erhalten und idealerweise sogar verbessert werden können. Demgegenüber können LegalTech-Anbieter von der etablierten Vertrauensbeziehung der Anwälte und ihren Kundenbeziehungen profitieren. Sie können ihre Leistungen direkt und einfach im Rechtsmarkt vertreiben und verproben, was ihnen hilft, schneller zu wachsen. Und der Kunde? Dieser erhält die ganze Dienstleistung aus einer Hand, und er muss die einzelnen Teile nicht mehr selber zusammensuchen bzw. diese am Schluss mühsam zusammenbauen. Am Ende bleibt natürlich die Frage, wie diese konsolidierten Dienstleistungen gegenüber dem

Kunden bepreist werden, aber auch das sollte sich für alle zufriedenstellend lösen lassen.

### VIII. Konsequenz ohne Strategie

Was könnte geschehen, wenn keine solche Kooperation zwischen Kanzleien und LegalTech bzw. anderen alternativen Anbietern erfolgt oder am Ende die Kooperationspartner den Preis zu hoch ansetzen? Hier sind meines Erachtens zwei Phasen zu unterscheiden. In einer ersten Phase werden die einfachen, repetitiven, standardisierbaren und automatisierbaren Arbeiten betroffen sein, die die Kunden bereits an Kanzleien ausgelagert haben. Denn die meisten Rechtsdienste übertragen nicht nur die risikobehafteten Arbeiten an Kanzleien, sondern vor allem die weniger spannenden, da sie die interessanten und wichtigen Arbeiten lieber selber erledigen. Das wird sich für den Kunden vermutlich auch in Zukunft nicht ändern, und er wird diese *low-value*-Arbeiten nicht selber produzieren wollen. Für Kanzleien besteht für diesen Teil der Arbeiten die Gefahr, dass dieser vom Kunden zu alternativen Rechtsdienstleistern umgelagert wird (*resourcing*), d. h., der Kunde wird diese Leistungen direkt beim alternativen Anbieter einkaufen. Damit gewinnen diese den wertvollen Direktkontakt zum Kunden. Folgt man – für die zweite Phase – der Innovationskurve, ist zu erwarten, dass sich die alternativen Anbieter auf der Nahrungskette hinaufarbeiten und in interessantere Bereiche der Wertschöpfungskette vordringen. Sobald sie ihre juristischen Leistungen verbessert haben, werden sie für Anwälte auch in diesen Bereichen zur ernst zu nehmenden Konkurrenz werden. Der Anwalt wird also früher oder später übersprungen werden und läuft Gefahr, dass sich die etablierte Beziehung zum Kunden nicht nur immer mehr abschwächt, sondern dass er diesen schlimmstenfalls ganz an seine Wettbewerber verliert.

Heute warten bereits neue, nicht traditionelle Anbieter in den Startlöchern, bzw. sie sind schon losgerannt. Hierzu gehören zum Beispiel die Finanzdienstleister, die ihren Kunden Rechtsdienstleistungen anbieten, die Rechtsschutzversicherungen, die ihre Fälle direkt selber führen oder zu ihren Konditionen an Anwälte vergeben, die «Big Four» mit ihren Rechtsarmen, die sich kontinuierlich als neue Rechtsanbieter etablieren, und jetzt auch die sogenannten alternativen Rechtsdienstleister i. e. s. (*NewLaw*), die ausgewählte Teile der Wertschöpfungskette effizienter und günstiger bedienen, indem sie insbe-

<sup>12</sup> Für solche Kanzleien gäbe es auch noch andere Möglichkeiten: den Junior-Associates wird die ersten Jahre nichts oder wenig bezahlt (vgl. Assistenzärzte); für Junior-Associates wird ein tiefer Satz berechnet, der von den Kunden akzeptiert wird; die von Junior-Associates ausgeführten Arbeiten werden vollständig aufgegeben; diese Arbeiten werden von Drittanbietern eingekauft; die jungen Mitarbeiter konzentrieren sich darauf, die von verschiedenen Anbietern zugekauften Teile zu koordinieren und zusammenzubauen (Legal Engineers), was weniger Anwälte und mehr Projektmanager benötigt.



## Business Software für rationelle Leistungserfassung

- Apps für Smartphones und iPads zur Arbeitszeit-, Leistungs- und Spesenerfassung
- Flexible Definition von Leistungsarten
- Stundenkontrolle nach verrechenbaren Stunden, Gleitzeit, Absenzen
- Fristen- und Aktivitätenkontrolle
- Projektübersichten mit Auftragseingängen und Projektabschlüssen
- Automatische Fakturierung von Pauschalen, Vertragshonoraren
- Produktivitätsauswertungen

[www.abacus.ch](http://www.abacus.ch)



**Software-Präsentation:  
Arbeitszeiterfassung**  
20.3.2018 in Wittenbach-SG  
22.3.2018 in Olten  
Anmeldung [www.abacus.ch](http://www.abacus.ch)

sondere auf Technologie und Prozesse bauen. Geht man davon aus, dass die Marktgesetze auch im Rechtsmarkt gelten, können neue Anbieter nur deshalb im Markt Fuss fassen, weil sie Leistungen anbieten, die dort entweder (noch) nicht vorhanden sind, oder weil ihre Produkte und Dienstleistungen das Bedürfnis des Kunden besser befriedigen. Wie die Verdrängung abläuft, haben Rechtsabteilungen bereits gezeigt.

### IX. Alternative Rechtsdienstleister als zweite Verdrängungswelle?

Es stellt sich die Frage, ob die alternativen Rechtsdienstleister eine vergleichbare zweite Welle losstreten und eine ähnliche Position im Rechtsmarkt erzielen werden wie zuvor die Rechtsabteilungen. Der Anwalt wird so im Rechtsmarkt weiter an Boden verlieren und auf die anwaltlichen Kernleistungen zurückgedrängt bzw. reduziert werden. Ob dies freiwillig und bewusst geschieht oder einfach nur aus einem Unvermögen, die von Kunden nachgefragten Leistungen bereitzustellen, wird jede Kanzlei für sich selber beantworten müssen. Die Strategie, sich auf die Erbringung anwaltlicher Kernleistungen zu konzentrieren, muss nicht falsch oder schlecht sein, solange sie einem bewusst und sorgfältig gefällten Entscheid folgt. Aber auch die Kernleistungen werden sich verändern. Es gibt jedoch auch die Alternative, die gebotenen Veränderungen als Opportunitäten zu verstehen, um sich als *Change Agent* und mit einem optimierten Angebot im neuen Markt – auch rund um LegalTech – erfolgreich zu behaupten. Es ist nun an den Kanzleien, zu entscheiden, ob und wie sie sich positionieren wollen.

# DIE ABGRENZUNG VON ART. 260<sup>QUINQUIES</sup> STGB

FABIAN TEICHMANN

RA, Dr. iur. Dr. rer. pol., Teichmann International (Schweiz) AG

Stichworte: Helferschaft, Mittäterschaft, Terrorismusfinanzierung

Der vorliegende Artikel befasst sich mit der Abgrenzung der Finanzierung des Terrorismus von Art. 260<sup>quinquies</sup> StGB gegenüber anderen Delikten. Insbesondere werden im Kontext von schweren Verbrechen die Helferschaft und die Mittäterschaft betrachtet. Abschliessend werden Konkurrenzen diskutiert.<sup>1</sup>

## I. Einleitung

Art. 260<sup>quinquies</sup> StGB sanktioniert die Finanzierung des Terrorismus. Es stellt sich jedoch die Frage, wie mit Fällen umzugehen ist, in denen es nicht bei der blossen Finanzierung des Terrorismus bleibt, sondern der Täter durch seinen finanziellen Beitrag gezielt eine andere schwere Straftat, zum Beispiel die Einschüchterung der Bevölkerung im Sinne von Art. 258 StGB, ermöglicht hat. Es ist festzuhalten, dass Art. 260<sup>quinquies</sup> StGB subsidiär gegenüber der (versuchten) Täterschaft und der Teilnahme an terroristischen Haupttaten ist.<sup>2</sup>

Falls der subjektive Tatbestand von Art. 260<sup>quinquies</sup> StGB nicht erfüllt ist oder sich nicht nachweisen lässt, aber die Terrorismusfinanzierung erfolgreich war und tatsächlich ein konkreter Terrorakt finanziert wurde, kann der Finanzier wegen Helferschaft zur Haupttat belangt werden, sofern er zumindest eventualvorsätzlich gehandelt hat.<sup>3</sup>

Man denke hierbei insbesondere an die Art. 221–230 StGB, also gemeingefährliche Verbrechen und Vergehen, und allenfalls Tötungsdelikte im Sinne von Art. 111–117 StGB und Körperverletzungsdelikte im Sinne von Art. 122–126 StGB sowie Gefährdung des Lebens und der Gesundheit im Sinne von Art. 129 StGB. Subsidiär sei auch an die Art. 230<sup>bis</sup>–236 StGB, namentlich Verbrechen und Vergehen gegen die öffentliche Gesundheit, und an Art. 237–239 StGB, Verbrechen und Vergehen gegen den öffentlichen Verkehr, gedacht. Bei all diesen Straftatbeständen handelt es sich um exemplarische Artikel, deren Erfüllung durch Art. 260<sup>quinquies</sup> StGB ermöglicht werden könnte.

Exemplarisch sei die Finanzierung einer nach Art. 223 StGB strafbaren Handlung erwähnt, namentlich die Verursachung einer Explosion oder eines Mordes im Sinne von Art. 112 StGB. Die Anschläge in London im Frühjahr 2017 haben gezeigt, dass Täter unter Umständen lediglich ein Fahrzeug und einige handelsübliche Messer benötigen,

um wahllos Menschen zu töten. Wer derartige Taten finanziert, könnte unter Umständen als Mittäter, mittelbarer Täter oder Nebentäter betrachtet werden. Zudem sollte auch die Helferschaft beleuchtet werden.

## II. Helferschaft

Die überwiegende Mehrheit der Lehre befürwortet die Helferschaft zu einem Gewaltverbrechen, falls die Finanzierung zur Umsetzung des Gewaltverbrechens beigetragen hat.<sup>4</sup> Ein Helfer beabsichtigt, die Haupttat zu fördern, und nimmt in Kauf, dass durch seine Hilfestellung die Straftat zumindest erleichtert wird. Diesbezüglich handelt er vorsätzlich.<sup>5</sup> Allerdings genügt Eventualvorsatz.<sup>6</sup> Trotzdem nimmt der Helfer ein vorsätzliches Vorgehen des Haupttäters in Kauf.<sup>7</sup>

- 1 Auszug aus einer Habilitationsschrift zum Thema «Strafprozessuale Schranken und Hürden in der Kriminalitätsbekämpfung und -prävention, untersucht am Beispiel der Bekämpfung der Terrorismusfinanzierung in Deutschland, Liechtenstein, Österreich und der Schweiz».
- 2 TRECHSEL/VEST, Schweizerisches Strafgesetzbuch – Praxis-kommentar (2. Aufl.), Zürich 2013, 1198.
- 3 DONATSCH/WOHLERS, Strafrecht IV – Delikte gegen die Allgemeinheit, 4. Aufl., Zürich 2011, 218.
- 4 STRATENWERTH/WOHLERS, Schweizerisches Strafgesetzbuch – Handkommentar, 3. Aufl., Bern 2013, 509.
- 5 FORSTER, in: Niggli/Wiprächtiger (Hrsg.), BSK StGB I, 3. Aufl., Basel 2013, Art. 25, N 3.
- 6 BGE 121 IV 109, E. 3a; FIOŁKA, in: Niggli/Wiprächtiger (Hrsg.), BSK StGB II, 3. Aufl., Basel 2013, Art. 260<sup>quinquies</sup> N 67; CASSANI, Le train de mesures contre le financement du terrorisme: une loi nécessaire? RSDA 2003, 293, 304.
- 7 BGE 117 IV 186, E. 3.

Der Tatbeitrag des Gehilfen muss zudem subsidiär sein. Das Gewaltverbrechen darf nicht wesentlich von seinem Tatbeitrag abhängen. Somit darf der Gehilfe nicht als Haupttäter erscheinen.<sup>8</sup> Andernfalls würde es sich um Mittäterschaft handeln. Der Gehilfe hat also keinen «animus auctoris».<sup>9</sup>

Insbesondere muss der Tatbeitrag zur Erfüllung des Tatbestandes der Helferschaft die Tat lediglich fördern, aber keine *Conditio sine qua non* im Sinne der Äquivalenztheorie darstellen.<sup>10</sup> Allerdings muss die Unterstützung des Gehilfen tatsächlich zur Haupttat beitragen und deren praktische Erfolgchancen steigern.<sup>11</sup> In diesem Zusammenhang wird auch von «Förderungskausalität» gesprochen.<sup>12</sup>

Der Gehilfe leistet dem Haupttäter vorsätzlich Hilfe.<sup>13</sup> Förderungskausalität bedeutet, dass der Haupttäter aus dem Tatbeitrag des Gehilfen einen konkreten praktischen Nutzen ziehen muss.<sup>14</sup> Das bedeutet, dass der Tatbeitrag spätestens bis zum Abschluss der Haupttat geleistet werden muss.<sup>15</sup> Nicht erforderlich ist hingegen, dass der Haupttäter von diesem Nutzen weiss.<sup>16</sup> Auch muss der Haupttäter aus dem Beitrag des Gehilfen nicht unbedingt einen Nutzen ziehen.<sup>17</sup>

Besonders relevant bei der Terrorismusfinanzierung erscheint die Frage, inwiefern vermeintlich harmlose Alltagsgeschäfte oder berufstypische Dienstleistungen als Helferschaft qualifiziert werden können, falls sie der Förderung einer Straftat dienen.<sup>18</sup> Das Bundesgericht hat diese Frage noch nicht abschliessend beantwortet.<sup>19</sup>

Am ehesten erscheint es sinnvoll, auf das Wissen und Wollen des Täters zurückzugreifen.<sup>20</sup> Dies insbesondere auch im Hinblick auf die Praxis des Bundesgerichts, die dem Wissen des Teilnehmers einer Straftat ein hohes Gewicht zumisst.<sup>21</sup> Das heisst, dass für die Bejahung der Helferschaft die deliktische Verwendung sowohl naheliegend als auch erkennbar sein muss.<sup>22</sup>

Versuchte Helferschaft ist zudem nicht strafbar.<sup>23</sup> Dies erklärt unter anderem den Anwendungsbereich des Art. 260<sup>quinquies</sup> StGB. Es handelt sich bei Art. 260<sup>quinquies</sup> StGB letztendlich um einen Auffangtatbestand, der unter anderem dann anwendbar ist, wenn die Haupttat nicht erfolgreich war oder kein Zusammenhang zwischen der Finanzierungshandlung des Täters und einem konkreten Terrorakt nachgewiesen werden kann.

Ferner ist festzuhalten, dass Art. 260<sup>quinquies</sup> StGB auch gegenüber dem Versuch der Haupttat subsidiär ist.<sup>24</sup> Das ist insofern einleuchtend, als es naheliegend ist, einen Täter, der versucht hat, mehrere Menschen zu töten, primär für das versuchte Tötungsdelikt zu bestrafen.

Falls der Tatbeitrag des Terrorismusfinanzierers jedoch über die Helferschaft hinausgeht, ist er unter Umständen als Mittäter zu qualifizieren. Das StGB enthält keine Definition der Täterschaft. Täter ist grundsätzlich, wer objektiv sowohl das «Ob» als auch das «Wie» der allfälligen Tatausführung kontrolliert und somit über Tatherrschaft und einen entsprechenden Willen verfügt. Teilnehmer ist hingegen, wer das «Ob» und «Wie» nicht selbst kontrolliert, sondern vom Willen eines Dritten abhängig

macht und damit zwar nicht über die Tatherrschaft verfügt, aber die Tat trotzdem veranlasst oder fördert.<sup>25</sup>

### III. Mittäterschaft

Im Rahmen der Mittäterschaft sind die deliktspezifischen Merkmale auf objektiver Seite zu prüfen, wobei bei der Tathandlung eine Zurechnung erfolgt, falls das entscheidende Merkmal nicht selbst verwirklicht wurde. Gemäss der ständigen Rechtsprechung des Bundesgerichts gilt als Mittäter «wer bei der Entschliessung, Planung oder Ausführung eines Deliktes vorsätzlich und in massgebender Weise mit anderen Tätern zusammenwirkt, sodass er als Hauptbeteiligter dasteht; dabei kommt es darauf an, ob der Tatbeitrag nach den Umständen des konkreten Falles und dem Tatplan für die Ausführung des Deliktes so wesentlich ist, dass sie mit ihm steht oder fällt.»<sup>26</sup> Es ist also erforderlich, dass der Tatbeitrag des Mittäters wesentlich für den Taterfolg ist.

Trotzdem muss der Mittäter nicht direkt an der Haupttat beteiligt gewesen sein. Zudem muss er keine Tatherrschaft gehabt haben, um belangt werden zu können. Eine Mit-Tatherrschaft an der Entschlussfassung, Planung oder Koordination kann genügen.<sup>27</sup>

Aus subjektiver Sicht setzt Mittäterschaft Vorsatz im Sinne von Art. 12 Abs. 2 StGB und einen gemeinsamen Tatentschluss, also einen Tatherrschaftswillen bzw. *animus auctoris*, voraus. Der gemeinsame Entschluss kann auch konkludent erfolgen. Darüber hinaus genügt Eventualvorsatz.<sup>28</sup>

Ferner ist nicht erforderlich, dass der Mittäter von Anfang an mitwirkt. Er kann auch zu einem späteren Zeitpunkt, spätestens jedoch bis zur Vollendung des Deliktes, hinstossen. In diesen Fällen spricht man von sukzessiver Mittäterschaft.<sup>29</sup> Beispielsweise könnte auch eine

<sup>8</sup> BGE 120 IV 265, E. 2c.

<sup>9</sup> FORSTER (Fn. 5), Art. 25, N 3.

<sup>10</sup> BGE 121 IV 109, E. 3a.

<sup>11</sup> BGE 129 IV 124, E. 3.2.

<sup>12</sup> FORSTER (Fn. 5), N 8.

<sup>13</sup> BG 1B\_467/2016;.

<sup>14</sup> FORSTER (Fn. 5), Art. 25, N 10.

<sup>15</sup> BGE 98 IV 83, E. 2c.

<sup>16</sup> FORSTER (Fn. 5), Art. 25, N 12.

<sup>17</sup> BGE 121 IV 109, E. 3a.

<sup>18</sup> FORSTER (Fn. 5), Art. 25, N 30.

<sup>19</sup> BGE 120 IV 265, E. 2c.

<sup>20</sup> FORSTER (Fn. 5), Art. 25, N 32.

<sup>21</sup> BGE 121 IV 109, E. 3.

<sup>22</sup> FORSTER (Fn. 5), Art. 25, N 38.

<sup>23</sup> BGE 130 IV 131, E. 2.4.

<sup>24</sup> FIOKA (Fn.6), Art. 260<sup>quinquies</sup>, N 67; TRECHSEL/VEST (Fn. 2), 1198.

<sup>25</sup> FORSTER (Fn. 5), Art. 24, N 7.

<sup>26</sup> BGE 133 IV 76, E. 2.7; BGE 130 IV 58, E. 9.2.1.

<sup>27</sup> BGE 133 IV 76, E. 2.7; BGE 130 IV 58, E. 9.2.1; Forster, 2013: Art. 24, N 8.

<sup>28</sup> BGE 126 IV 84, E. 2c.

<sup>29</sup> FORSTER (Fn. 5), Art. 24, N 12.

psychische oder intellektuelle Einflussnahme genügen.<sup>30</sup> Denkbar ist also auch eine passive Rolle eines Mittäters während der Planungsphase und der konkreten Tatausführung.<sup>31</sup> Erforderlich ist jedoch zumindest eine motivierende Handlung.<sup>32</sup>

#### IV. Konkurrenzen

Uneinigkeit besteht darüber, ob zwischen Art. 260<sup>quinquies</sup> StGB und Art. 260<sup>ter</sup> StGB echte Konkurrenz besteht. Ein Teil der Lehre bejaht dies.<sup>33</sup> Die Mehrheit argumentiert jedoch, dass Art. 260<sup>ter</sup> StGB dem Art. 260<sup>quinquies</sup> StGB vorgeht, da Letzterer lediglich als Auffangtatbestand zu Ersterem konzipiert ist.<sup>34</sup>

Ausserdem muss hervorgehoben werden, dass die in Art. 260<sup>quinquies</sup> Abs. 2–4 StGB geregelten Ausschlussgründe nicht für Art. 260<sup>ter</sup> StGB gelten und somit keine Wirkung entfalten. Falls ein Täter eventualvorsätzlich Personen finanziert, die sich ex post als Mitglieder einer terroristischen Organisation erweisen, so macht sich der Financier nach Art. 260<sup>ter</sup> StGB strafbar, sofern ihm nachgewiesen werden kann, dass er die Einbindung der von ihm unterstützten Personen in die terroristische Organisation zumindest billigend in Kauf genommen hat.<sup>35</sup>

In der Praxis bedeutet das, dass im Falle einer erfolgreichen Terrorismusfinanzierung der Nachweis eines Eventualvorsatzes genügen könnte. Dies erklärt, warum Art. 260<sup>quinquies</sup> StGB häufig als Auffangtatbestand betrachtet wird. Allerdings gilt es, auch zu bedenken, dass ein geschickter Täter die Erfüllung weiterer Tatbestände vermeiden könnte und somit nur Art. 260<sup>quinquies</sup> StGB anwendbar wäre. Damit würde das geringe Strafmass von maximal fünf Jahren Freiheitsstrafe zur Anwendung kommen.

Des Weiteren ist auf die echte Konkurrenz von Art. 260<sup>quinquies</sup> StGB und Art. 305<sup>bis</sup> StGB hinzuweisen.<sup>36</sup> Selbige greift dann, wenn inkriminierte Vermögenswerte zur Finanzierung des Terrorismus verwendet werden. Von diesem Fall kann bereits bei der Finanzierung des Lebensunterhalts von Terroristen durch aus Verbrechen stammende Vermögenswerte ausgegangen werden.<sup>37</sup> Allerdings ist diese Konkurrenz aus praktischer Sicht zu relativieren. Intelligente Terrorismusfinanzierer dürften es vermeiden, inkriminierte Vermögenswerte zu benutzen. Schliesslich würden sie damit riskieren, aufgrund der Herkunft der Vermögenswerte bereits vor deren Verwendung, also der Finanzierung des Terrorismus, in den Fokus der Ermittler zu geraten.

Falls der Terrorismusfinanzierer reine Finanzierungshandlungen vorbereitet, geht Art. 260<sup>quinquies</sup> StGB vor.

Andernfalls ist er subsidiär zu den strafbaren Vorbereitungshandlungen im Sinne von Art. 260<sup>bis</sup> StGB zu zählen, die vorgehen, wenn es sich nicht um reine Finanzierungshandlungen handelt.<sup>38</sup> Dies betrifft insbesondere organisatorische Vorkehrungen zur Vorbereitung anderer Straftaten.<sup>39</sup>

Abschliessend sollte auch nicht unerwähnt bleiben, dass Art. 260<sup>quinquies</sup> StGB mit verschiedenen anderen Gesetzen wie etwa dem Embargogesetz (EmbG) oder dem Kriegsmaterialgesetz (KMG) zusammentreffen kann. Nach Art. 11 EmbG ist ausschliesslich das Gesetz, das die schwerste Strafe vorsieht, anzuwenden. Dies betrifft insbesondere Konkurrenzen zwischen dem EmbG und dem KMG.<sup>40</sup>

Allerdings dürfte diese Regelung analog auch für allfällige Konkurrenzen zwischen Art. 260<sup>quinquies</sup> StGB und dem EmbG gelten. Folglich wird Art. 260<sup>quinquies</sup> StGB durch Art. 9 Abs. 2 EmbG (schwerer Fall) konsumiert, geht aber gleichzeitig Art. 9 Abs. 1 EmbG vor.<sup>41</sup> Demnach besteht keine echte Konkurrenz.<sup>42</sup>

Auch stellt sich die Frage, wie Konkurrenzen zwischen Art. 260<sup>quinquies</sup> StGB und dem KMG zu betrachten sind. Dies insbesondere auf den Finanzierungstatbestand des Art. 33 Abs. 1 lit. f KMG und die Förderungstatbestände der Art. 34 Abs. 1 lit. c KMG und Art. 35 Abs. 1 lit. c KMG bezogen.<sup>43</sup> In diesen Fällen gehen die Tatbestände des KMG dem Art. 260<sup>quinquies</sup> StGB vor. Dies alleine schon deshalb, weil die KMG-Tatbestände auch bei fahrlässiger Begehung strafbar sind. Somit ist Art. 260<sup>quinquies</sup> StGB als subsidiär gegenüber dem KMG zu betrachten.<sup>44</sup>

<sup>30</sup> BGE 128 IV 11, E. 2a.

<sup>31</sup> FORSTER (Fn. 5), Art. 24, N 14.

<sup>32</sup> BGE 127 IV 122, E. 2b.

<sup>33</sup> STRATENWERTH/WOHLERS (Fn. 4), 509.

<sup>34</sup> FIOILKA (Fn. 6), Art. 260<sup>quinquies</sup>, N 69; FORSTER (Fn. 5), 446 f.; CASSANI (Fn. 6), 304.

<sup>35</sup> FIOILKA (Fn. 6), Art. 260<sup>quinquies</sup>, N 69.

<sup>36</sup> TRECHSEL/VEST (Fn. 2), 1198.

<sup>37</sup> FIOILKA (Fn. 6), N 70; CASSANI (Fn. 6), 305; TRECHSEL/VEST (Fn. 2), 1198.

<sup>38</sup> TRECHSEL/VEST (Fn. 2), 1198.

<sup>39</sup> ENGLER, in: Niggli/Wiprächtiger (Hrsg.), BSK StGB II, 3. Aufl., Basel 2013, Art. 260<sup>bis</sup>, N 5.

<sup>40</sup> TRECHSEL/VEST (Fn. 2), 1198.

<sup>41</sup> Art. 9 EmbG.

<sup>42</sup> FIOILKA (Fn. 6), Art. 260<sup>quinquies</sup>, N 71.

<sup>43</sup> Art. 33 f. KMG.

<sup>44</sup> FIOILKA (Fn. 6), Art. 260<sup>quinquies</sup>, N 72

# CHANGEMENT DE PARADIGME EN MATIÈRE DE PROTECTION DES DONNÉES

**ANTOINE AMIGUET**

LL. M. (NYU), avocat à Genève

**PHILIPP FISCHER**

LL. M. (Harvard), avocat à Genève

Mots-clés: protection des données

La réglementation en matière de protection des données a récemment été modifiée dans l'Union européenne, par l'adoption du Règlement général sur la protection des données (RGPD) qui sera pleinement applicable à compter du 25. 5. 2018 et qui dispose d'un effet extraterritorial. Un processus de révision de la loi fédérale suisse sur la protection des données est actuellement en cours. Dans le cadre de ses activités professionnelles, chaque avocat traite des données personnelles. Ces révisions réglementaires doivent donc être suivies avec attention.

## I. Introduction

Les règles applicables en matière de protection des données sont actuellement soumises à une profonde mutation, dans un premier temps au sein de l'Union européenne (avec l'adoption d'un nouveau cadre légal disposant d'un effet extraterritorial), puis en Suisse. Toutes les entreprises suisses, y compris les études d'avocats, sont concernées par ces changements.

Le droit européen de la protection des données a été uniformisé par le biais de l'adoption du Règlement général sur la protection des données (le «RGPD»). À compter du 25.5.2018, le RGPD introduira un régime unifié au sein de l'Union européenne, en remplacement de la Directive actuelle (directive 95/46/CE) qui avait été transposée de manière disparate par les États membres. Cette réglementation européenne a une portée extraterritoriale. Elle s'appliquera, par exemple, aux entreprises suisses qui traitent des données personnelles dans le cadre de l'offre de biens ou de services à des personnes localisées dans l'Union européenne.

C'est probablement la Cour de Justice de l'Union européenne qui a accéléré l'adoption du nouveau cadre réglementaire européen. En 2014, cette juridiction européenne a jugé qu'un particulier bénéficiait du droit d'obtenir son «déréférencement» de moteurs de recherche sur Internet (affaire *Google Spain SL*). En 2015, cette même autorité a également contraint la Commission européenne à renégocier les conditions auxquelles des données personnelles peuvent être transférées aux États-Unis (affaire *Schrems*<sup>2</sup>).

La Suisse n'est pas restée immobile face à ces développements réglementaires et jurisprudentiels. La décision

rendue dans l'affaire *Schrems* a eu pour effet indirect d'amener la Suisse à modifier les conditions auxquelles un transfert de données personnelles aux États-Unis est possible à des conditions simplifiées<sup>3</sup>. Par ailleurs, le 15. 9. 2017, le Conseil fédéral a publié une version révisée de la loi fédérale sur la protection des données (le «P-LPD»). Les principaux objectifs du P-LPD sont (i) de tenir compte des développements technologiques et sociaux intervenus depuis l'adoption de la version initiale de la LPD actuelle en 1992 et (ii) d'adapter le cadre réglementaire suisse en matière de protection des données aux standards internationaux, en particulier à la Convention 108 du Conseil de l'Europe et au RGPD. Comme d'autres projets législatifs soumis aux Chambres fédérales durant ces dernières années, le P-LPD vise à aligner le droit suisse avec le cadre réglementaire européen. Cet ajustement est nécessaire afin que la Suisse continue à être reconnue en tant que juridiction dont la législation en matière de protection des données est jugée «adéquante» dans la perspective de l'Union européenne. Le maintien de ce label de qualité est essentiel pour permettre un transfert de données person-

1 Arrêt de la Cour de justice de l'Union européenne du 13. 5. 2014 dans l'affaire C-131/12 (*Google Spain SL, Google Inc./Agencia Española de Protección de Datos, Mario Costeja González*).

2 Arrêt de la Cour de justice de l'Union européenne du 6. 10. 2015 dans l'affaire C-362/14 (*Maximilian Schrems/Data Protection Commissioner*).

3 Cf. Préposé fédéral à la protection des données et à la transparence, 24<sup>e</sup> rapport d'activités 2016/2017, p. 29.

nelles entre la Suisse et l'Union européenne à des conditions raisonnables pour les entreprises.

Le Conseil fédéral escompte une entrée en vigueur du P-LPD le 1.8.2018<sup>4</sup>, ce qui paraît optimiste. Compte tenu du processus parlementaire, une entrée en vigueur au début de l'année 2019 apparaît plus réaliste. Par ailleurs, le P-LPD prévoit un délai transitoire de deux ans à compter de son entrée en vigueur<sup>5</sup>. Ce nonobstant, toutes les entreprises suisses concernées, y compris les études d'avocats, devraient d'ores et déjà initier des travaux de mise en conformité<sup>6</sup>.

Une *helicopter view* sur les projets de révision dans l'Union européenne et en Suisse permet de dégager les grands axes suivants:

- La transparence des processus de traitement de données personnelles sera significativement accrue. Chaque responsable devra informer en détail les personnes concernées du but et des modalités du traitement de leurs données personnelles. Vu que le responsable du traitement n'a pas nécessairement un contact direct avec les personnes concernées, des *privacy notices* – à la fois complètes et aisément compréhensibles – devront être publiées sur le site Internet des responsables de traitement. Par ailleurs, le droit d'accès, à savoir la possibilité pour une personne concernée d'obtenir des informations sur les données personnelles qui sont traitées, est également renforcé.
- Les nouvelles règles européennes et suisses visent à améliorer la mise en œuvre (*enforcement*) de la protection des données en renforçant les droits des personnes concernées par un traitement de données personnelles et en accordant des pouvoirs coercitifs aux autorités de contrôle. En Suisse, le Préposé fédéral à la protection des données et à la transparence (le «*Préposé*») pourra procéder à des enquêtes, même si le prononcé des sanctions restera du ressort des autorités pénales<sup>7</sup>. Par ailleurs, les autorités de surveillance devront être informées immédiatement en cas de perte (*leak*) de données personnelles<sup>8</sup>.

## II. Champ d'application du P-LPD

### 1. Qui est visé par le P-LPD?

Le P-LPD s'applique aux traitements de données personnelles relatives aux personnes physiques (individus) par (i) des personnes privées (personnes physiques ou morales) et (ii) des organismes fédéraux suisses (article 2 [1] P-LPD). Les autorités cantonales sont régies par des normes cantonales de protection des données, lesquelles devraient être ajustées aux nouveaux standards fixés par le P-LPD<sup>9</sup>. La présente contribution se concentre essentiellement sur les règles applicables aux traitements de données personnelles par des personnes privées.

### 2. Quelles données sont visées par le P-LPD?

Le P-LPD s'applique aux données personnelles, soit toutes les informations concernant une personne physique identifiée ou identifiable (article 4 [a] P-LPD). Contrairement à la

LPD actuelle, le P-LPD ne s'applique plus au traitement des données personnelles des personnes morales. Cette approche est conforme au RGPD, qui se concentre également exclusivement sur les personnes physiques (individus).

Le P-LPD s'applique au *traitement de données personnelles*, défini comme toute opération relative à des données personnelles – quel que soit le moyen et les procédés utilisés –, en particulier la collecte, l'enregistrement, le stockage, l'utilisation, la modification, la communication (y compris naturellement la communication en dehors de Suisse), l'archivage, l'effacement ou la destruction des données (article 3 [d] P-LPD).

Sur le plan des définitions, il convient de noter les deux nouveautés suivantes:

- (1) La définition des «données personnelles sensibles» a été élargie aux données génétiques et aux données biométriques identifiant une personne sans ambiguïté (article 4 [c] P-LPD).
- (2) Le concept actuel de «profil de la personnalité» (une approche statique) sera remplacé par le concept de «profilage», qui est défini comme tout traitement automatisé de données personnelles dans le but d'analyser ou de prédire certaines caractéristiques personnelles d'un individu (telles que son rendement au travail, sa situation économique ou sa santé) (article 4 [f] P-LPD).

Ces définitions sont importantes dans la mesure où, lorsque le consentement de la personne concernée est requis, un consentement «exprès» est exigé si le traitement vise des données personnelles sensibles ou consiste en un profilage<sup>10</sup>.

<sup>4</sup> Message du 15. 9. 2017 concernant la loi fédérale sur la révision totale de la loi fédérale sur la protection des données et sur la modification d'autres lois fédérales (Message du 15. 9. 2017), FF 2017 6783.

<sup>5</sup> Cf. articles 63 ss du P-LPD. Ce délai transitoire s'applique à la mise en conformité des processus de traitement de données personnelles en cours au moment de l'entrée en vigueur de la loi (cf. toutefois l'exception figurant à l'article 64 [3] P-LPD). Les nouveaux traitements de données personnelles mis en œuvre après l'entrée en vigueur du P-LPD sont toutefois soumis immédiatement aux nouvelles dispositions.

<sup>6</sup> Pour un aperçu d'un plan de mise en œuvre (qui est destiné principalement à de grandes entreprises et qui devra être ajusté aux spécificités des études d'avocats), cf. TIM WYBITUL / CHRISTINA BREUNIG/LUKAS STRÖBEL, *Praktische Hinweise zur DSGVO-Umsetzung*, digma 2017, pp. 20 ss.

<sup>7</sup> Sur la question des sanctions, cf. SYLVAIN MÉTILLE/DAVID RAEDLER, Révision de la LPD, des sanctions à contre-courant et à contre-raison, in: *plaidoyer 2/2017*, pp. 38 ss.

<sup>8</sup> Sur la question du devoir d'information en cas de *leak*, cf. JAN KLEINER, *Meldepflicht bei Datenschutzverletzungen*, digma 2017, pp. 170 ss.

<sup>9</sup> Dans ce contexte, cf. le Guide pratique rédigé par la Conférence des gouvernements cantonaux, disponible à l'adresse: <http://www.dsb.bs.ch/datenschutz/privatim-und-kdk-leitfaden.html> (consultation le 16. 11. 2017). Cf. également BEAT RUDIN, *Anpassungsbedarf in den Kantonen*, digma 2017, pp. 58 ss.

<sup>10</sup> Cf. § IV.2 ci-dessous.

### 3. Champ d'application territorial du P-LPD

Contrairement au RGPD<sup>11</sup>, le P-LPD n'indique pas explicitement son champ d'application territorial. Cela dit, il est généralement admis que les règles suisses de protection des données s'appliquent à toutes les activités de traitement de données qui se déroulent en Suisse.

Pour autant que la mise en œuvre du P-LPD par la voie d'une action civile soit concernée, le P-LPD s'appliquera si:

- la personne concernée a sa résidence habituelle en Suisse (pour autant que celui qui traite les données puisse s'attendre à ce que le préjudice financier se produise en Suisse);
- celui qui traite les données a sa résidence habituelle ou son siège social en Suisse; ou
- le préjudice financier résultant du traitement des données se produit en Suisse (pour autant que celui qui traite les données puisse s'attendre à ce que le préjudice financier se produise en Suisse) (cf. article 139 de la loi fédérale sur le droit international privé).

En outre, le Tribunal fédéral a indiqué dans une décision de principe<sup>12</sup> que les règles suisses de protection des données s'appliquent dès que les données personnelles sont collectées en Suisse, même si ces données personnelles sont enregistrées par la suite sur des serveurs situés en dehors de la Suisse.

### III. Nouvelles règles européennes

Le RGPD a été adopté le 27.4.2016 et remplacera la Directive n° 95/46/EC en matière de protection des données. Le RGPD sera pleinement applicable à compter du 25.5.2018<sup>13</sup>.

L'objectif du RGPD est d'assurer un niveau de protection des personnes physiques élevé et cohérent en:

- renforçant les droits des individus;
- assurant une mise en œuvre accrue des règles en matière de protection des données;
- rationalisant les transferts internationaux de données personnelles; et
- mettant en place des standards globaux de protection des données et faisant de la conformité à ces standards un élément de la gouvernance d'entreprise de toute organisation publique ou privée<sup>14</sup>.

#### 1. Portée extraterritoriale du champ d'application du RGPD

Le RGPD s'appliquera avant tout au traitement de données par des responsables de traitement ou des sous-traitants situés dans l'Union européenne.

Le RGPD s'appliquera également à des responsables de traitement ou des sous-traitants situés hors de l'Union européenne (par exemple en Suisse) qui traitent des données personnelles, lorsqu'ils:

- offrent des biens ou des services à des personnes situées dans l'Union européenne (la réponse à cette question présuppose de déterminer si le comportement du responsable du traitement [par exemple les formulations

utilisées sur son site Internet] permet de conclure que ce dernier entend offrir des biens ou des services à des personnes localisées dans l'Union européenne [*Marktortprinzip*]<sup>15</sup>); ou

- procèdent au «suivi du comportement» de personnes situées dans l'Union européenne, par exemple en analysant le comportement de visiteurs d'un site Internet (*cookies*) ou des utilisateurs d'une *app* (article 3, paragraphe 2 RGPD).

Le RGPD pourra également s'appliquer à des sociétés suisses si elles traitent des données personnelles pour le compte de responsables de traitement européens ou recourent à des sous-traitants situés dans l'Union européenne.

Par conséquent, toute entité suisse devrait examiner l'application possible du RGPD à ses activités de traitement de données, si cette entité suisse:

- a des clients ou des employés situés dans l'Union européenne (ou traite des données personnelles de tierces personnes situées dans l'Union européenne, telles que des fournisseurs de services);
- recourt à des sous-traitants situés dans l'Union européenne;
- suit les activités en ligne de personnes situées dans l'Union européenne, par exemple en suivant les visites faites sur un site Internet ou l'utilisation d'une *app*; ou
- prend part au traitement de données personnelles en tant que sous-traitant, pour le compte d'un responsable de traitement situé dans l'Union européenne.

#### 2. Principales conséquences pratiques

L'application du RGPD à un responsable de traitement ou à un sous-traitant en Suisse entraînera principalement les conséquences suivantes:

- Le responsable de traitement/sous-traitant devra se conformer aux dispositions du RGPD, d'ici au 25.5.2018.

<sup>11</sup> Cf. § III ci-dessous.

<sup>12</sup> ATF 138 II 346, c. 3 (*Google Street View*).

<sup>13</sup> Sur ces questions, cf. SÉBASTIEN FANTI, Le nouveau règlement général sur la protection des données et la Suisse, ExpertFocus 2017/11, pp. 856 ss.

<sup>14</sup> Compte tenu du fait qu'un certain nombre de concepts-clés du RGPD ne sont pas définis avec précision dans le texte du règlement, il convient de suivre avec attention les notices interprétatives publiées au fur et à mesure sur le site du «Groupe de travail Article 29», auquel succédera prochainement le «Comité européen de la protection des données» ([http://ec.europa.eu/newsroom/just/item-detail.cfm?item\\_id=50083](http://ec.europa.eu/newsroom/just/item-detail.cfm?item_id=50083) [consultation le 16.11.2017]).

<sup>15</sup> Sur ces questions, cf. également LUKAS BÜHLMANN/MICHAEL REINLE, Extraterritoriale Wirkung der DSGVO, digma 2017, pp. 8 ss, 9. Ces auteurs indiquent que les critères développés dans la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne en matière de contrats de consommation pourront être utilisés à titre de points de repère (cf. notamment arrêt de la Cour de justice de l'Union européenne du 7.12.2010 dans les affaires C-585/08 et C-144/09 [Pammer/Alpenhof] qui définit les conditions auxquelles une entreprise est réputée «diriger ses activités» vers un État).

De manière générale, les termes du RGPD sont relativement semblables aux termes du P-LPD, qui entrera toutefois en vigueur seulement le 1.8.2018 (selon les vœux du Conseil fédéral). En tout état de cause, l'on peut constater que le RGPD offre un niveau significativement plus élevé de protection des données que la LPD actuelle.

- Le responsable de traitement/sous-traitant devra examiner la nécessité de nommer un «représentant» au sein de l'Union européenne (article 27 RGPD). Dans ce contexte, les points suivants doivent être considérés:
  - un seul représentant devra être nommé au sein de l'Union européenne (et non pas un représentant dans chaque État membre de l'Union européenne);
  - le représentant devra être établi dans un des États membres dans lesquels se trouvent les personnes physiques dont les données à caractère personnel font l'objet d'un traitement lié à l'offre de biens ou de services, ou dont le comportement fait l'objet d'un suivi;
  - le représentant peut être une entité affiliée du responsable de traitement/sous-traitant;
  - le représentant devra être la personne de contact pour les autorités de contrôle des États membres de l'Union européenne.

#### IV. Questions de fond (aspects choisis)

Cette section de notre contribution est consacrée à la discussion de deux aspects saillants des nouvelles règles en matière de protection des données, à savoir le devoir d'information (cf. § IV.1 ci-dessous) et le consentement (cf. § IV.2 ci-dessous).

##### 1. Devoir d'information

###### A) Modalités

Un responsable de traitement doit informer les personnes concernées du traitement de leurs données personnelles. Cette obligation doit être respectée, que les données personnelles soient collectées auprès des personnes concernées elles-mêmes (collecte directe) ou non (collecte indirecte) (article 17 [1] P-LPD).

Le devoir d'information est un corollaire du consentement (cf. § IV.2 ci-dessous). En effet, lorsque le consentement de la personne concernée est requis pour justifier un traitement de données personnelles le respect du devoir d'information est une condition pour que le consentement soit valablement donné. Le devoir d'information doit toutefois être respecté même lorsque le consentement de la personne concernée n'est pas requis.

Un responsable de traitement doit communiquer les informations permettant aux personnes concernées d'exercer leurs droits. Le degré de détail des informations à fournir dépendra du type de données personnelles qui sont traitées, ainsi que de la nature et de l'étendue du traitement. Le responsable de traitement doit fournir au minimum les informations suivantes aux personnes concernées (article 17 [2] P-LPD):

- l'identité et les coordonnées du responsable de traitement;

- la finalité du traitement;
- la communication éventuelle de données personnelles à une tierce personne; et
- la communication éventuelle de données personnelles vers une juridiction autre que la Suisse.

Le responsable de traitement doit veiller à ce que les personnes concernées puissent effectivement prendre connaissance de ces informations par un moyen facilement accessible, mais pas à ce qu'elles s'informent effectivement<sup>16</sup>.

En cas de collecte directe, le responsable de traitement doit fournir les informations requises aux personnes concernées lorsque les données personnelles sont obtenues (article 17 [2] P-LPD *ab initio*). En cas de collecte indirecte, le responsable de traitement doit communiquer les informations requises au plus tard un mois après qu'il a obtenu les données personnelles. S'il communique les données personnelles avant l'échéance de ce délai à des destinataires, les informations doivent être fournies à la personne concernée au plus tard lors de la communication (article 17 [5] P-LPD).

Le P-LPD ne prévoit pas d'exigence spécifique quant à la forme que doit revêtir la communication de l'information. Pour des raisons de preuve, il est cependant recommandé de fournir l'information requise par écrit. L'information peut être fournie sur une base individuelle ou collective, par exemple par le biais des conditions générales ou d'une *privacy notice* publiée sur un site Internet.

###### B) Exceptions et restrictions

Le devoir d'information ne s'applique pas notamment lorsque (article 18 [1] P-LPD):

- la personne concernée a déjà été informée. Cela peut se présenter dans différentes situations, par exemple lorsque la personne concernée a valablement donné son consentement par l'intermédiaire de conditions générales. Lorsque la personne a elle-même rendu accessible les données, sans intervention du responsable du traitement (par exemple la remise d'un dossier de candidature), elle est en principe considérée comme informée de la collecte de données<sup>17</sup>, mais pas nécessairement de tous les traitements envisagés;
- le traitement de données personnelles est prescrit par la loi. Cela est notamment le cas pour un intermédiaire financier lorsque la loi l'oblige à traiter certaines données, par exemple dans le cadre de la lutte contre le blanchiment d'argent;
- le responsable du traitement est également délié du devoir d'informer lorsqu'il est soumis à une obligation légale de garder le secret. Cette disposition prévient un conflit de normes en confirmant la primauté du devoir de confidentialité sur le devoir d'information.

<sup>16</sup> Message du 15. 9. 2017, FF 2017 6668.

<sup>17</sup> Message du 15. 9. 2017, FF 2017 6671.

En cas de collecte indirecte, le devoir d'information ne s'applique pas non plus lorsque l'information est impossible à donner ou que sa communication nécessite des efforts disproportionnés (article 18 [2] P-LPD):

- l'information est impossible lorsque la personne concernée n'est pas identifiable (par exemple la photo d'une personne inconnue)<sup>18</sup>. Cela dit, il ne suffit pas de supposer que l'identification est impossible. Il faut procéder à un minimum de recherche, dans les limites du raisonnable;
- les efforts déployés pour informer la personne concernée sont disproportionnés dès lors qu'ils paraissent injustifiés par rapport aux bénéfices que la personne concernée retirerait de l'information. Dans ce contexte, il faut notamment tenir compte du nombre de personnes concernées. Cette dernière exception doit être interprétée de manière restrictive: le responsable du traitement doit déployer tous les efforts qu'on est en droit d'attendre de lui dans le cas d'espèce pour remplir son devoir d'information. Ce n'est que si ces efforts restent vains que l'on considérera que l'information n'est pas possible<sup>19</sup>.

Dans certaines circonstances, la communication de l'information requise peut également être restreinte, repoussée ou supprimée. Ce sera notamment le cas lorsque (article 18 [3] [a] et [c] P-LPD):

- les intérêts prépondérants d'un tiers le requièrent. Cette disposition vise en premier lieu les cas dans lesquels les informations concernant le traitement des données personnelles de la personne concernée contiennent aussi des informations sur des tiers. Dans certains cas, les intérêts de ce tiers peuvent être lésés par l'accomplissement du devoir d'information<sup>20</sup>;
- les intérêts prépondérants du responsable du traitement l'exigent, à condition qu'il ne communique pas les données personnelles à des tiers. Un tel intérêt prépondérant ne peut pas être admis facilement. Il convient d'effectuer une pesée entre l'intérêt de la personne concernée à être informée d'un traitement de données personnelles afin de faire valoir ses droits et l'intérêt éventuel du responsable du traitement<sup>21</sup>.

### C) Sanctions

La violation intentionnelle du devoir d'information peut entraîner une sanction pénale sous la forme d'une amende de CHF 250 000.- au plus, aux conditions prévues par les dispositions pénales du P-LPD (cf. article 54 P-LPD).

### D) Règles plus strictes du RGPD

Les informations à fournir aux personnes concernées selon le RGPD sont sensiblement plus nombreuses que celles exigées par le P-LPD (cf. articles 13 et 14 RGPD). Les informations doivent en principe être données par écrit ou par d'autres moyens, y compris, lorsque c'est approprié, par voie électronique (article 12, paragraphe 1 RGPD).

Les exceptions au devoir d'information sont semblables à celles prévues par le P-LPD. Toutefois, sauf

lorsque la personne concernée dispose déjà des informations, les exceptions prévues par le RGPD s'appliquent seulement en cas de collecte indirecte de données personnelles (article 13, paragraphe 4 et article 14, paragraphe 5 RGPD).

### E) Conséquences pratiques

Les *privacy notices* existantes doivent être revues avec soin afin de s'assurer qu'elles sont conformes aux exigences accrues prévues par le P-LPD. Pour autant que le RGPD s'applique à leurs activités, les responsables de traitement ou sous-traitants localisés en Suisse doivent également tenir compte des règles européennes plus strictes en matière de devoir d'information.

## 2. Consentement

Tout traitement de données personnelles doit être licite (article 5 [1] P-LPD). Pour que cette condition soit réalisée, le traitement de données personnelles doit être justifié par la loi, par un intérêt prépondérant public ou privé, ou par le consentement de la personne concernée (article 27 P-LPD). Contrairement à une idée répandue, le consentement de la personne concernée n'est ainsi pas la seule alternative disponible pour s'assurer qu'un traitement de données personnelles soit licite.

Parmi les motifs justificatifs prévus par la loi, on peut citer par exemple les obligations de vérification prévues par la loi fédérale sur le blanchiment d'argent ou l'obligation de conservation prévue par l'article 958f du Code des obligations.

Un intérêt prépondérant du responsable de traitement existe notamment lorsque le traitement de données personnelles est en relation directe avec la conclusion ou l'exécution d'un contrat si les données personnelles traitées concernent le cocontractant. Cet exemple ne constitue toutefois pas un motif justificatif absolu. Une pesée des intérêts en présence doit toujours être effectuée entre, d'une part, l'intérêt du responsable du traitement à traiter ces données et, d'autre part, l'intérêt de la personne concernée à en disposer librement.

### A) Principes généraux

Lorsque le consentement de la personne concernée est requis, celle-ci ne consent valablement que si elle exprime librement et clairement sa volonté concernant un ou plusieurs traitements déterminés et après avoir été dûment informée (article 5 [6] P-LPD *ab initio*). La déclaration de la personne concernée doit exprimer la volonté de celle-ci sans ambiguïté. Conformément au principe de la proportionnalité, plus le processus peut porter atteinte aux droits

<sup>18</sup> Message du 15. 9. 2017, FF 2017 6671.

<sup>19</sup> *Idem*.

<sup>20</sup> Message du 15. 9. 2017, FF 2017 6672.

<sup>21</sup> Message du 15. 9. 2017, FF 2017 6673.

des personnes concernées, plus le consentement doit être clair<sup>22</sup>. En règle générale, un consentement «ordinaire» [cf. § a] ci-dessous) suffit. Dans deux cas, le consentement doit toutefois être «exprès» [cf. § b] ci-dessous).

#### a) Consentement ordinaire

Le P-LPD ne prévoit pas de forme particulière pour le consentement ordinaire (article 5 [6] P-LPD *ab initio*). En particulier, il n'est pas lié à une déclaration écrite.

La personne concernée peut ainsi donner son consentement par la manifestation tacite de sa volonté. Dans ce cas, la manifestation de la volonté ne découle pas de la déclaration elle-même, mais d'un comportement qui, compte tenu des circonstances, peut être compris par le responsable du traitement comme l'expression claire de la volonté de la personne concernée. Celle-ci peut, par exemple, manifester sa volonté par actes concluants, notamment en accomplissant ses obligations contractuelles.

Une manifestation de la volonté est toutefois nécessaire. Sauf exception, le simple silence ou l'inaction ne peuvent pas constituer un consentement valable au traitement de données personnelles.

#### b) Consentement exprès

Le P-LPD prévoit que le consentement doit être exprès dans les deux cas suivants (article 5 [6] P-LPD *in fine*):

- le traitement concerne des données sensibles. Les données sensibles sont définies comme les données sur les opinions ou les activités religieuses, philosophiques, politiques ou syndicales; les données sur la santé, la sphère intime ou sur l'origine raciale ou ethnique; les données génétiques; les données biométriques identifiant une personne physique de façon unique; les données sur des poursuites ou sanctions pénales et administratives; les données sur des mesures d'aide sociale (article 4 [c] P-LPD);
- le traitement consiste en un profilage. Comme indiqué ci-dessus, le profilage est défini comme un processus consistant à évaluer de manière automatisée certaines caractéristiques d'une personne sur la base des données personnelles traitées, par exemple pour analyser son comportement ou ses préférences (article 4 [f] P-LPD).

Une déclaration de volonté est «expresse» lorsqu'elle est formulée oralement, par écrit ou par un signe, et découle directement des mots ou du signe employés<sup>23</sup>. La déclaration de volonté en tant que telle doit manifester clairement la volonté dans sa forme même. Cela peut se faire notamment en signant un document ou en cochant une case. Lorsqu'un consentement exprès est requis, il ne peut pas être tacite<sup>24</sup>.

#### B) Sanctions

En l'absence d'autres motifs justificatifs, un traitement de données effectué sans le consentement de la personne concernée constitue une atteinte illicite à sa personnalité. Dans ce cas, la personne concernée peut notamment requérir l'interdiction du traitement et/ou l'effacement

des données personnelles le concernant (articles 28 ss du Code civil).

Lorsqu'un traitement illégal de données s'accompagne de la violation du devoir d'informer la personne concernée (ce qui sera généralement le cas), la personne qui contrevient intentionnellement à ce devoir pourra être punie, sur plainte, d'une amende de CHF 250 000.- au plus aux conditions prévues par les dispositions pénales du P-LPD (cf. article 54 P-LPD).

#### C) Règles plus strictes du RGPD

Les conditions applicables au consentement prévues par le RGPD sont plus strictes que celles du P-LPD. En particulier, lorsque le consentement est requis, le responsable du traitement doit être en mesure de démontrer que la personne concernée a donné son consentement au traitement de données personnelles la concernant (article 7, paragraphe 1 RGPD) pour une ou plusieurs finalités spécifiques (article 6 [1] [a] RGPD)<sup>25</sup>.

Le RGPD contient également des exigences de forme qui vont au-delà de celles prévues par le P-LPD. En particulier, si le consentement de la personne concernée est donné dans le cadre d'une déclaration écrite qui concerne également d'autres questions, la demande de consentement doit être présentée sous une forme qui la distingue clairement de ces autres questions, sous une forme compréhensible et aisément accessible, et formulée en des termes clairs et simples (article 7, paragraphe 2 RGPD).

Le RGPD précise également que, pour que le consentement soit donné librement, il ne faut pas que le consentement soit une condition à l'offre du service si le traitement des données personnelles n'est pas nécessaire à l'exécution du contrat (article 7, paragraphe 4 RGPD). En d'autres termes, le consentement à un traitement de données qui n'est pas nécessaire à l'exécution du contrat (par exemple le traitement de données personnelles à des fins de *marketing*) n'est pas donné librement s'il constitue une condition à l'offre de services.

#### D) Conséquences pratiques

Dans une perspective pratique, la question du «consentement» peut être abordée après l'établissement du registre des traitements de données personnelles. En effet, en vertu de l'article 11 P-LPD, les responsables du traitement et les sous-traitants doivent tenir un registre des activités de traitement. Dans le cadre de ce registre, il est possible d'identifier les traitements qui doivent être couverts par un consentement, puis de s'assurer que ce consentement a été obtenu valablement.

<sup>22</sup> Message du 15. 9. 2017, FF 2017 6647, et références citées.

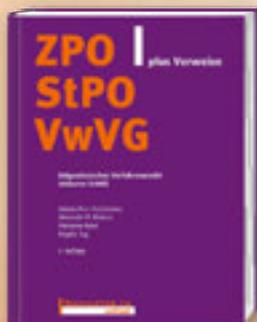
<sup>23</sup> Pour une discussion de ces questions, cf. DAVID ROSENTHAL, Der Vorentwurf für ein neues Datenschutzgesetz: Was er bedeutet, in: Jusletter 20. 2. 2017.

<sup>24</sup> Message du 15. 9. 2017, FF 2017 6648

<sup>25</sup> Sur ces questions, cf. BARBARA WIDMER, Ist Einwilligung gleich Einwilligung?, *digma* 2017, pp. 188-189.

# Die aktuellen Textausgaben aus dem Orell Füssli Verlag

Stand:  
1. Januar  
2018



4., aktualisierte Auflage  
ca. 1168 Seiten  
Freirückenbroschur  
Fr. 48.– / 978-3-280-07403-9  
**Januar 2018**



40., vollständig überarb. Auflage  
ca. 965 Seiten  
Freirückenbroschur  
Fr. 26.– / 978-3-280-07400-8  
**Februar 2018**



42., vollständig überarb. Auflage  
ca. 1085 Seiten  
Freirückenbroschur  
Fr. 28.– / 978-3-280-07401-5  
**Februar 2018**



40./42., vollst. überarb. Auflage  
ca. 2050 Seiten  
Freirückenbroschur  
Fr. 48.– / 978-3-280-07402-2  
**Februar 2018**



**Kombipaket zum attraktiven Vorzugspreis: Fr. 44.–**  
978-3-280-07429-9  
**Februar 2018**

**Sie sparen Fr. 10.– gegenüber dem Einzelkauf**

Bestellen Sie unter:

**orell füssli** www.ofv.ch

## V. Impact sur les études d'avocats

Comme indiqué ci-dessus, le nouveau cadre légal en matière de protection des données s'articule principalement autour (i) d'un renforcement des exigences en matière de transparence des processus de traitement de données personnelles et (ii) d'une mise en œuvre (*enforcement*) accrue de ces normes, tant sous l'angle (a) des droits à disposition des personnes concernées que (b) dans la perspective des moyens d'action du Préposé et des autorités pénales.

Le corollaire de ce renforcement des moyens d'action à disposition des particuliers et des autorités est la nécessité d'adapter la documentation et les processus internes au sein de toutes les entreprises concernées. Il appartiendra en effet à chaque responsable du traitement d'apporter la preuve qu'il a pris toutes les mesures nécessaires pour se conformer aux nouvelles règles<sup>26</sup>.

Compte tenu du fait qu'ils traitent des données personnelles (notamment de clients et d'employés), les avocats sont directement concernés par cette évolution. De notre point de vue, chaque étude d'avocats devrait nommer en son sein une (ou plusieurs) personne(s) plus spécifiquement en charge de la mise en œuvre de ces nouvelles règles. Cette personne devra travailler en étroite collaboration avec la personne (interne ou externe) en charge de l'infrastructure informatique de l'étude. Le cahier des charges d'une telle personne devrait, notamment, comprendre les points suivants:

- établir un inventaire de tous les traitements de données personnelles auxquels procède l'étude d'avocats, soit directement, soit par le biais de sous-traitants<sup>27</sup>;
- examiner s'il convient d'ajuster le modèle de lettre d'engagement de l'étude à la lumière des nouvelles exigences en matière de protection des données;
- définir des processus internes pour le traitement des requêtes des personnes concernées (tel que le droit d'accès aux données personnelles ou le droit à l'oubli);
- définir un processus en cas de *leak* de données personnelles;
- examiner la nécessité de nommer un «représentant» au sein de l'Union européenne (si le RGPD s'applique à l'étude d'avocats).

En Suisse, la LPD a longtemps été considérée comme un tigre de papier. Après une décennie pendant laquelle la transparence et l'échange de données personnelles dominaient le débat public (notamment s'agissant de données bancaires), les questions de protection de la sphère privée et des données personnelles reviennent sur l'avant de la scène. Le nouveau cadre légal sortira sans doute le tigre de sa torpeur.

<sup>26</sup> Cf. notamment le principe de l'*accountability* visé spécifiquement à l'article 5 (2) RGPD.

<sup>27</sup> Sur ces questions, cf. BENOÎT CHAPPUIS/ADRIEN ALBERINI, *Secret professionnel de l'avocat et solutions cloud*, *Revue de l'Avocat* 8/2017, pp. 337 ss.

## VERFASSUNGSRECHT / DROIT CONSTITUTIONNEL (I)

### **Art. 29 Abs. 3 BV, Art. 9 BV; Unentgeltliche Rechtspflege, Rechtsschutzversicherung, Willkür**

I. zivilrechtliche Abteilung, 4D\_67/2017, 22. November 2017, A. c. Obergericht des Kantons Bern; nicht in der AS publiziert. – Zusammenfassung *FTr*

A. (Gesuchsteller, Beschwerdeführer) leitete am 7.3.2017 bei der Schlichtungsbehörde Bern-Mittelland ein Schlichtungsverfahren gegen die B. AG mit Sitz in U. (Rechtsschutzversicherung, Verfahrensbeteiligte) ein. Mit Eingabe vom 14.3.2017 stellte er im Wesentlichen die Rechtsbegehren, (1.) es sei festzustellen, dass gegenüber der Rechtsschutzversicherung ein Anspruch auf freie Anwaltswahl besteht und ihre Allgemeinen Versicherungsbedingungen (AVB) gegen das Recht auf freie Anwaltswahl verstossen; eventualiter sei festzustellen, (2.) dass bezüglich der Streitigkeit mit seiner Arbeitgeberin, der C. AG sowie (3.) bezüglich der Streitigkeit mit seiner Krankentaggeldversicherung D. ein Anspruch auf Versicherungsleistung durch die Rechtsschutzversicherung besteht.

[...]

Der Beschwerdeführer beanstandet, die Vorinstanz habe das Willkürverbot (Art. 9 BV) verletzt, indem sie den Entscheid der Schlichtungsbehörde betreffend Verweigerung der unentgeltlichen Rechtspflege zufolge Aussichtslosigkeit bestätigte, das vorinstanzliche Beschwerdeverfahren hingegen als nicht von vornherein aussichtslos betrachtete und ihm für das vorinstanzliche Verfahren die unentgeltliche Rechtspflege gewährte.

Macht die beschwerdeführende Partei eine Verletzung des Willkürverbots von Art. 9 BV geltend, genügt es nicht, wenn sie behauptet, der angefochtene Entscheid sei willkürlich (BGE 134 II 349 E. 3 S. 352; 133 I 1 E. 5.5). Willkür liegt nicht schon dann vor, wenn eine andere Lösung ebenfalls in Betracht zu ziehen oder gar vorzuziehen wäre, sondern nur, wenn der angefochtene Entscheid offensichtlich unhaltbar ist, mit der tatsächlichen Situation in klarem Widerspruch steht, eine Norm oder einen unumstrittenen Rechtsgrundsatz krass verletzt oder in stossender Weise dem Gerechtigkeitsgedanken zuwiderläuft. Das Bundesgericht hebt einen Entscheid jedoch nur auf, wenn nicht bloss die Begründung, sondern auch das Ergebnis unhaltbar ist (BGE 140 III 16 E. 2.1; 139 III 334 E. 3.2.5 S. 339).

Der Beschwerdeführer vermag mit seinen Ausführungen keine Willkür aufzuzeigen. Entgegen seinen Vorbringen ist es möglich, dass das Verfahren vor der Schlichtungsbehörde aussichtslos ist, das vorinstanzliche Beschwerdeverfahren hingegen nicht. Es handelt sich um unterschiedliche Verfahren und insoweit um unterschiedliche Verfahrensgegenstände. Aus der Gewährung der unentgeltlichen Prozessführung im vorinstanzlichen Be-

schwerdeverfahren lässt sich kein Anspruch auf unentgeltliche Prozessführung im Schlichtungsverfahren ableiten.

[...]

Die Vorinstanz führte aus, es sei nicht Aufgabe des Staates, die Einleitung eines Schlichtungsverfahrens für einen an sich aussichtslosen Prozess nur deshalb zu finanzieren, weil die Möglichkeit besteht, dass sich die Gegenpartei mittels «Auskaufs» die Umtriebe eines Gerichtsverfahrens ersparen möchte. Deshalb beurteile sich die Aussichtslosigkeit der im Schlichtungsverfahren gestellten Rechtsbegehren wie im gerichtlichen Verfahren nach deren materiellen Erfolgsaussichten.

[...]

Die Vorinstanz hat das vom Beschwerdeführer im Schlichtungsverfahren gestellte Rechtsbegehren, es sei festzustellen, dass gegenüber der Rechtsschutzversicherung ein Anspruch auf freie Anwaltswahl besteht und ihre AVB gegen das Recht auf freie Anwaltswahl verstossen, zu Recht als aussichtslos erachtet:

[...]

Der Beschwerdeführer macht ferner geltend, im Schlichtungsverfahren finde kein Beweisverfahren statt, weshalb die Erfolgsaussichten der Rechtsbegehren gar nicht wie im gerichtlichen Verfahren geprüft werden könnten. Dem Beschwerdeführer ist insoweit zu folgen, als es der Schlichtungsbehörde in Fällen ohne Urteilsvorschlags- oder Entscheidkompetenz verwehrt ist, ein Beweisverfahren durchzuführen (vgl. Art. 203 Abs. 2 ZPO), hingegen verkennt er, dass auch das Gericht – ohne ein Beweisverfahren durchzuführen – die Nichtaussichtslosigkeit einzig summarisch und vorläufig gestützt auf die Glaubhaftigkeit der Ausführungen der gesuchstellenden Partei unter Berücksichtigung der Aktenlage prüft (BGE 122 I 5 E. 4a; 101 Ia 34 E. 2; Urteil 4A\_471/2011 vom 17.1.2012 E. 4.3).

[...]

Nach Art. 167 Abs. 1 der in Ausführung des Bundesgesetzes vom 17.12.2004 betreffend die Aufsicht über Versicherungsunternehmen (VAG; SR 961.01) erlassenen Verordnung vom 9.11.2005 über die Beaufsichtigung von privaten Versicherungsunternehmen (AVO; SR 961.011) muss der versicherten Person die freie Wahl einer rechtlichen Vertretung, welche die Qualifikation des auf das Verfahren anwendbaren Rechts erfüllt, eingeräumt werden, falls im Hinblick auf ein Gerichts- oder Verwaltungsverfahren ein Rechtsvertreter oder eine Rechtsvertreterin eingesetzt werden muss (lit. a). Der Vertrag kann vorsehen, dass bei Ablehnung der gewählten Vertretung durch das Versicherungsunternehmen oder das Schadenregelungsunternehmen die versicherte Person das Recht hat, drei andere Personen für die rechtliche Vertretung vorzuschlagen, von denen eine akzeptiert werden muss (Art. 167 Abs. 2 AVO).

[...]

Entgegen den Vorbringen des Beschwerdeführers ist nicht zu klären, ob sich die Rechtsschutzversicherung die Mandatierung der Rechtsvertretung vorbehalten darf,

sondern ob das Recht des Beschwerdeführers, eine Rechtsvertretung zu wählen, in ihren AVB in unzulässiger Weise beschränkt wird. Gemäss Art. 6 Abs. 2 der AVB der Rechtsschutzversicherung kann der Versicherte, sofern im Hinblick auf ein Gerichts- oder Verwaltungsverfahren der Beizug eines Anwalts nötig ist, eine hierfür geeignete Persönlichkeit vorschlagen, welcher die Rechtsschutzversicherung danach Mandat erteilt. Lehnt die Rechtsschutzversicherung diesen Vertreter ab, so wählt sie einen unter drei vom Versicherten vorgeschlagenen geeigneten Rechtsvertretern aus.

Soweit die AVB die freie Anwaltswahl des Beschwerdeführers einschränken, entsprechen sie den klaren gesetzlichen Vorgaben nach Art. 167 AVO. Der Beschwerdeführer verfügt entgegen seiner Ansicht über keine bedingungslose freie Anwaltswahl gegenüber seiner Rechtsschutzversicherung (vgl. auch Urteil 8C\_27/2016 vom 5.4.2016 E. 4.2.1). Somit sind die Erfolgsaussichten seines Rechtsbegehrens kaum als ernsthaft zu bezeichnen.

[...]

Nach vorinstanzlicher Feststellung argumentierte der Beschwerdeführer auch in Bezug auf seine Eventualbegehren einzig mit dem «Recht auf freie Anwaltswahl». Im bundesgerichtlichen Verfahren äussert er sich mit keinem Wort zu den Erfolgsaussichten seiner Eventualbegehren. Folglich sind mangels unbedingter freier Anwaltswahl ge-

genüber der Rechtsschutzversicherung auch seine Eventualbegehren als aussichtslos zu betrachten.

## VERWALTUNGSRECHT / DROIT ADMINISTRATIF (II)

### Art. 8 CEDH; regroupement familial

II<sup>e</sup> Cour de droit public, 2C\_360/2016, 31 janvier 2017, Secrétariat d'État aux migrations c/ A. X., B. X., C. X. et OCP/GE, arrêt non publié dans le RO. – cond. *Bü*

Lorsque l'étranger ne peut invoquer une disposition particulière du droit fédéral ou d'un traité (par exemple l'ALCP), il n'existe pas de droit à la délivrance d'une autorisation de séjour (ATF 139 I 330). Un étranger peut toutefois, selon les circonstances, se prévaloir du droit au respect de sa vie privée et familiale garanti par l'art. 8 par. 1 CEDH pour s'opposer à l'éventuelle séparation de sa famille.

En l'espèce, le fait qu'un membre de la famille de l'étranger bénéficie d'une carte de légitimation ne permet pas à ce dernier d'invoquer l'art. 8 par. 1 CEDH pour lui-même obtenir le droit de séjourner en Suisse au titre du regroupement familial. En effet, une carte de légitimation, de par sa nature, ne confère pas à son titulaire un droit de séjour durable en Suisse.

<b>DIE PRAXIS</b>		
<b>BUNDESGERICHT EGMR</b>		
Die Dezember-Ausgabe 2017 der <b>Praxis</b> enthalten neben den Übersetzungen ins Deutsche von BGE und nicht in der Amtlichen Sammlung publizierten Entscheiden umfassende Hinweise auf die aktuellsten Leitentscheide des Bundesgerichts, die innerhalb der letzten Monate im Internet zugänglich gemacht worden sind.		
BGE	Praxis	Gegenstand
2C_774/2014, 2C_813/2014, 2C_815/2014, 2C_816/2014	Nr. 100	Mindestlohn; Wirtschaftsfreiheit; abstrakte Normenkontrolle (Art. 34a KV/NE; Art. 1 Abs. 1 <sup>bis</sup> , 21, 32a–32e, 76–77a LEmpl/NE; Art. 5, 6 ZGB; Art. 319 ff., 356 ff. OR; Art. 2 Abs. 1 ELG; Art. 1 Abs. 1, 4 Abs. 1 AVEG; Art. 71 lit. c ArG; Art. 82 lit. b, 87 Abs. 1, 95 lit. a, 106 Abs. 1 und 2 BGG; Art. 8, 27, 28, 36, 49 Abs. 1, 94 Abs. 1, 110 Abs. 1 lit. a, b, d und Abs. 2, 115, 122 Abs. 1, 172 Abs. 2, 189 Abs. 4 BV).
143 III 10	Nr. 101	Haftung des unentgeltlichen Rechtsbeistands (Art. 61 Abs. 1 OR; Art. 12 lit. b und g BGFA).
142 III 456	Nr. 102	Bonus (Bank), sehr hohes Einkommen; tatsächliches Entgelt des Arbeitnehmers (Art. 322 und 322d OR).
5A_350/2017	Nr. 103	Steigerung im Verfahren der Grundpfandverwertung (Art. 132 in Verbindung mit Art. 156 Abs. 1 SchKG; Art. 56 ff., 101 VZG).
142 III 521	Nr. 104	Internationale Schiedsgerichtsbarkeit; Verfahrenssprache vor Bundesgericht; Revision eines Schiedsentscheids infolge Verletzung der Ausstandsvorschriften; Ausstand; Grundsätze der Beurteilung von Interessenkonflikten in der internationalen Schiedsgerichtsbarkeit; besondere Situation bei internationalen Anwaltskanzleien (Art. 42 Abs. 1 und 54 Abs. 1 BGG in Verbindung mit Art. 70 Abs. 1 BV; Art. 121 ff. BGG; Art. 176 ff., 190 Abs. 2 lit. a IPRG; Art. 51 Abs. 3, 328 ff., 353 ff., 367 ff., 393 lit. a, 396 ZPO; Art. 30 Abs. 1 BV; Art. 6 Ziff. 1 EMRK).
142 IV 389	Nr. 105	Zulässigkeit der Untersuchungs- und Sicherheitshaft gegenüber einem Jugendlichen von weniger als 15 Jahren; Entschädigung der Untersuchungs- und Sicherheitshaft (Art. 27 Abs. 1 JStPO; Art. 25 JStG; Art. 31 Abs. 1 BV; Art. 212 Abs. 3 und 431 Abs. 2 StPO).
143 V 130	Nr. 106	SCENESSE® als Arzneimittel (orphan drug) zur Behandlung der Erythropoetischen Protoporphyrurie (EPP); nicht in die Spezialitätenliste aufgenommenes und vom Schweizerischen Heilmittelinstitut (Swissmedic) nicht zugelassenes Arzneimittel; Voraussetzungen für dessen Übernahme, insbesondere generelle sowie einzelfallweise Prüfung eines grossen therapeutischen Nutzens (Art. 32 KVG; Art. 71b Abs. 2 KVV in der bis zum 28. Februar 2017 gültigen Fassung).
Die Praxis – 106. Jg. 2017 – ISSN 1017-8147 – erscheint monatlich; www.legalis.ch; Helbing Lichtenhahn Verlag, Basel		

# LE SORT DES RÉSERVES D'USAGE APRÈS LA CONCLUSION D'UN ACCORD TRANSACTIONNEL

**BENOÎT CHAPPUIS**

Avocat, professeur titulaire aux universités de Genève et Fribourg

Mots-clés: réserves d'usage, confidentialité des discussions transactionnelles, preuves illicites, accord transactionnel

Le CSD institue la confidentialité de la correspondance entre avocats et des discussions transactionnelles. Contrairement à certains codes de déontologie cantonaux antérieurs, le CSD n'institue aucune exception expresse à ce principe, notamment lorsqu'un différend surgit entre les parties quant à l'interprétation d'une transaction conclue au terme des négociations confidentielles. L'interprétation des normes du CSD démontre cependant que, pour s'inscrire dans l'ensemble du système juridique, le principe de la confidentialité ne peut pas être considéré comme absolu lorsque les négociations ont abouti à un accord.

## I. Exposé du problème

Il arrive régulièrement en pratique qu'un accord transactionnel passé entre des parties en litige donne lui-même matière à un conflit entre ces dernières, soit en raison de problèmes d'interprétation de son contenu soit en raison de vices de la volonté (art. 23 ss CO) que l'une d'entre elles invoque.

Dans une telle situation, si un tribunal est saisi de ce nouveau différend, le juge aura à interpréter la convention ou à se prononcer sur les circonstances qui ont présidé à sa conclusion. Pour ce faire, il devra examiner la documentation (correspondance, projets d'accord, etc.) qui a servi de base à l'accord des parties. Or, lorsque ce dernier a été conclu par avocats interposés, l'ensemble de cette documentation est soumis à la règle déontologique des réserves d'usage (confidentialité des discussions transactionnelles) qui interdit qu'il soit fait état en procédure du contenu des discussions menées en vue de la conclusion d'une transaction. Cette norme revêt aujourd'hui une portée d'autant plus forte que le Tribunal fédéral a considéré à juste titre qu'elle entraine dans le devoir de diligence auquel l'avocat est soumis en vertu de l'art. 12 let. a LLCA. En conséquence, toute pièce produite en violation de cette règle constitue une preuve illicite au sens de l'art. 152 al. 2 CPC (*infra* II.1).

On est alors confronté à un conflit de normes qui mènent à des résultats contradictoires: les avocats ne peuvent produire les pièces couvertes par les réserves d'usage, alors que, en même temps, ils doivent apporter toute pièce utile, selon les règles du CPC, permettant l'in-

terprétation du contrat selon l'art. 18 CO. Si l'ensemble des négociations ont été conduites par les avocats, ces derniers ne seront alors en mesure de produire aucune pièce susceptible de prouver la validité de la thèse de leur client.

C'est à une proposition de résolution de cette contradiction que les chapitres qui suivent sont consacrés.

## II. La règle des réserves d'usage et sa portée

### 1. La nature de la règle

La déontologie des avocats connaît depuis fort longtemps le principe de la confidentialité des discussions transactionnelles. Connue en Suisse romande sous le vocable de «réserves d'usage», elle interdit qu'il soit fait référence en procédure au contenu de discussions transactionnelles.

Depuis l'entrée en vigueur du Code suisse de déontologie CSD le 1<sup>er</sup> juillet 2005, les deux dispositions suivantes règlent la matière:

#### **Art. 6 Comportement en procédure**

*Sauf accord exprès de la partie adverse, l'avocat ne porte pas à la connaissance du Tribunal des propositions transactionnelles.*

#### **Art. 26 Communications entre confrères**

*Le caractère confidentiel d'une communication adressée à un confrère doit être clairement exprimé dans cette dernière.*

*Il ne peut être fait état, en procédure, de documents ou du contenu de propositions transactionnelles ou de discussions confidentielles.*

Il s'agit de normes déontologiques, donc de nature privée, applicables aux seuls membres de l'association qui les a édictées, normes qui n'ont en principe pas vocation à s'appliquer à titre de règle de droit dans une procédure civile.<sup>1</sup>

Ce premier constat ne clôt cependant pas le débat, car la jurisprudence a étendu, dans une certaine mesure, la portée des règles déontologiques. Le Tribunal fédéral considère en effet que l'on peut recourir aux normes déontologiques pour l'interprétation, voire le complètement de la loi<sup>2</sup>, pour autant que ces normes expriment des principes d'intérêt public et soient largement acceptées au niveau national.<sup>3</sup> Elles sont ainsi régulièrement utilisées pour interpréter les devoirs professionnels de l'avocat institués par l'art. 12 LLCA.<sup>4</sup>

Or il n'est pas contestable que la règle des réserves d'usage a une portée nationale et protège l'intérêt public. Il est en effet de l'intérêt des justiciables que leurs avocats puissent négocier sans craindre que leurs propositions transactionnelles puissent être utilisées contre eux en cas d'échec de la transaction.<sup>5</sup>

C'est en application de ce principe que le Tribunal fédéral a décidé, à juste titre, que le respect des discussions transactionnelles entraine dans le devoir de diligence de l'art. 12 let. a LLCA et que, partant, la production d'une proposition transactionnelle faite entre avocats devait être considérée comme une preuve illicite au sens de l'art. 152 al. 2 CPC.<sup>6</sup> Cet acquis jurisprudentiel clôt à satisfaction un long débat, initié il y a des décennies, sur la nature véritable de la règle des réserves d'usage et sa portée en procédure.<sup>7</sup>

## 2. L'interprétation des dispositions du CSD

Malgré l'importance que revêtent les deux dispositions du CSD sur la confidentialité des discussions transactionnelles (art. 6 et 26 mentionnés ci-dessus), on doit constater qu'elles sont laconiques; elles se limitent à énoncer les principes fondamentaux, sans entrer dans le détail de leur application.

Elles sont en particulier muettes sur la question de savoir si la conclusion de l'accord transactionnel né des discussions confidentielles a pour effet de lever l'interdiction de produire les pièces ou d'évoquer devant un tribunal les discussions couvertes par cette confidentialité. Elles laissent ainsi ouverte la question de savoir s'il est possible de s'y référer lorsqu'un différend surgit quant à l'interprétation ou l'exécution d'un accord conclu après des négociations conduites sous les réserves d'usage.

La jurisprudence fédérale n'a pas eu l'occasion de trancher la question. Une seule décision cantonale (*Obergericht* de Lucerne) l'a fait, en considérant que la règle des réserves d'usage (alors en vigueur dans le canton de Lucerne) avait une portée absolue et que la conclusion de la transaction n'avait pas pour effet de lever l'interdiction de production de la correspondance entretenue en cours de négociation.<sup>8</sup> On doit considérer que cet arrêt parvient à une solution erronée, pour les raisons qui seront examinées ci-après.

### A) L'interprétation littérale

Pour déterminer le sens exact des art. 6 et 26 CSD, il convient de recourir en premier lieu à l'interprétation littérale de la disposition. Tant l'art. 6 que l'art. 26 CSD interdisent la révélation de *propositions transactionnelles*.

La mention des *propositions* indique de manière assez claire que les rédacteurs du texte avaient à l'esprit des propositions n'ayant pas été acceptées. En effet, dès l'instant qu'une *proposition* est acceptée, elle se transforme en un accord, en un contrat, selon le mécanisme des art. 3 ss CO. En d'autres termes, le texte du CSD protège la confidentialité du processus précontractuel, pour autant que ce dernier ne soit pas parvenu à chef.

À cet égard, il est intéressant de mentionner les règles déontologiques en vigueur dans plusieurs cantons romands avant l'entrée en vigueur du CSD. Elles étaient beaucoup plus précises que les articles précisés du CSD et traitaient de manière expresse la question présentement analysée. C'est ainsi que l'art. 13 des anciens Usages du Barreau vaudois disposait ce qui suit:

«La correspondance de confrère à confrère ne doit pas être invoquée ou produite en procédure. L'avocat peut en revanche faire état des lettres qui n'ont qu'un effet ou une portée juridique, pour autant que leur auteur se soit expressément réservé de s'en prévaloir ou que les confrères, les auteurs et les destinataires de la correspondance aient donné leur accord. À défaut d'un tel accord, le Conseil de l'Ordre peut exceptionnellement autoriser la production. Hormis les offres

- 1 ATF 136 III 296, consid. 2.2; FELLMANN, *Anwaltsrecht*, Berne 2010, N 944 ss; CHAPPUIS, Les moyens de preuve collectés de façon illicite, in *Le procès en responsabilité civile*, Colloque du droit de la responsabilité civile 2011, Franz Werro et Pascal Pichonnaz, eds, Berne 2011 (cité «Preuves illicites»), p. 130 ss.
- 2 Certains auteurs critiquent l'interprétation trop large de la clause générale de l'art. 12 let. a LLCA à laquelle recourt le Tribunal fédéral, ce qui conduit selon eux à la création par voie prétorienne de devoirs que le législateur n'a pas entendu imposer à l'avocat; dans ce sens, cf. FELLMANN (cité n. 1), N 181 et SCHILLER, *Schweizerisches Anwaltsrecht. Grundlagen und Kernbereich*, Zurich 2009, N 1456 ss.
- 3 ATF 140 III 6, consid. 3.1; 130 II 270, consid. 4 = RDAF 2005 I 526.
- 4 Par exemple: ATF 136 II 551 = JdT 2010 I 604; TF, 2\_C177/2007, consid. 5.1; 2P.156/2006 et 2A.355/2006, consid. 4.1.
- 5 ATF 140 III 6, consid. 3.1; CHAPPUIS, *Preuves illicites* (cité n. 1); CHAPPUIS, Signification et fonction des règles déontologiques, in Fellmann/Huguenin Jacobs/Polledna/Schwarz (eds), *Droit suisse des avocats*, Berne 1998 (cité «Règles déontologiques»), p. 127 ss.
- 6 ATF 140 III 6 consid. 3.1.
- 7 Pour une présentation de cette problématique, STEULLET, Remarques sur les «réserves d'usage» en droit jurassien, in *Revue jurassienne de jurisprudence* 1995, p. 305; CHAPPUIS, *Règles déontologiques* (cité n. 5), p. 137 ss.
- 8 *Obergericht Luzern*, LGVE 2002 I Nr. 46. Le *Verwaltungsgericht* de Zurich (arrêt du 10. 9. 2015, VB.2015.00242) a certes considéré que le devoir de confidentialité concernant des discussions transactionnelles ou celles tenues devant le tribunal dans une phase de conciliation faisait partie du devoir de diligence de l'art. 12 let. a LLCA; il n'a cependant pas été amené à analyser la problématique du sort de la confidentialité après la conclusion d'un accord transactionnel.

qui constituent l'exercice d'un droit formateur, les pourparlers transactionnels ont toujours un caractère confidentiel. L'avocat ne peut les invoquer que dans la mesure où ils ont abouti et où ils sont indispensables pour déterminer la validité ou la portée de l'accord intervenu.»

Quant à l'art. 21 let. a et b des Us et coutumes du Barreau de Genève, il prévoyait ceci:

«a) Tous courriers ou discussions se référant à des propositions transactionnelles sont confidentiels, sauf s'ils ont abouti à un accord complet ou que l'auteur de l'offre s'est expressément réservé de s'en prévaloir; cette confidentialité s'impose tant à l'expéditeur qu'au destinataire.

b) L'avocat n'a pas le droit, sans le consentement préalable écrit de son confrère, de produire en justice ou d'évoquer avec des tiers tout ou partie d'échanges confidentiels sauf si ces derniers ont abouti à un accord complet.»

Les règles déontologiques jurassiennes (art. 32) et fribourgeoises (art. 56) existant jusqu'à l'entrée en vigueur du CSD exprimaient le même principe selon lequel la confidentialité des discussions sous réserves d'usage s'imposait sauf conclusion d'un accord définitif entre les parties.

Selon les règles neuchâteloises (art. 56), la conclusion d'un accord complet ne permettait de révéler que les communications orales faites en vue d'une transaction. Une telle possibilité n'était en revanche pas prévue pour la correspondance écrite.

#### B) *L'interprétation téléologique*

Il faut ensuite s'interroger sur le but poursuivi par le CSD en instituant la confidentialité des discussions transactionnelles, en d'autres termes de recourir à l'interprétation téléologique.

On ne saurait mieux faire que de citer le Tribunal fédéral, pour qui «l'interdiction pour l'avocat de se prévaloir en justice de discussions transactionnelles confidentielles est fondée sur l'intérêt public à favoriser le règlement amiable des litiges, les parties devant pouvoir s'exprimer librement lors de la recherche d'une solution extrajudiciaire».<sup>9</sup> Cette approche n'est pas contestée en doctrine, tant il est évident que nul ne songerait à s'exprimer librement dans des négociations si, dans l'hypothèse où ces dernières ne conduiraient pas à un accord, il pourrait être ultérieurement fait référence aux concessions et admissions qui auraient été exprimées.

C'est donc à juste titre que le Tribunal fédéral place les réserves d'usage dans le contexte de la «recherche d'une solution extrajudiciaire». Il n'est donc pas question de viser la situation qui se crée, lorsque cette solution a finalement été trouvée par les parties. Les raisons qui justifiaient la confidentialité prennent fin à ce moment-là.

### III. La place des réserves d'usage dans l'ordre juridique

#### 1. *La problématique*

Comme toute norme, la règle des réserves d'usage, promue par le Tribunal fédéral au rang de règle professionnelle de l'avocat, n'est pas isolée dans l'ordre juridique suisse. Elle doit y prendre une place qui s'harmonise avec l'ensemble des dispositions que ce dernier contient.

Or l'avocat doit respecter non seulement les règles professionnelles de la LLCA, mais également l'ensemble de l'ordre juridique.<sup>10</sup> Cela fait partie de son devoir de diligence<sup>11</sup> non seulement envers son client, mais également les autorités,<sup>12</sup> notamment administratives<sup>13</sup> ou judiciaires<sup>14</sup>, à ses confrères<sup>15</sup>, à la partie adverse<sup>16</sup> et aux justiciables en général.<sup>17</sup> Il se peut cependant que certaines des normes qu'il doit respecter soient contradictoires ou, à tout le moins, restreignent leur portée respective.

Le Tribunal fédéral l'a relevé expressément lorsqu'il s'est agi de savoir si la forme de la société anonyme n'était pas problématique pour une étude d'avocats, en raison de l'obligation que la société a de disposer d'un réviseur. Ce dernier n'étant pas avocat et étant un organe de la société anonyme – et non un auxiliaire de l'avocat –, il n'est pas soumis au secret des art. 321 CP et 13 LLCA. Certains auteurs en concluaient que cette situation faisait obstacle à la création de sociétés anonymes d'avocats puisque cela les aurait obligés à restreindre la portée de leur secret.

Le Tribunal fédéral n'a pas retenu cette approche et a considéré qu'il fallait tenir compte de deux impératifs contradictoires: l'obligation de secret d'une part et l'obligation de disposer d'un réviseur d'autre part:

«Il n'est pas nécessaire de résoudre entièrement les questions soulevées par l'autorité précédente. Ce qui est décisif, c'est que l'art. 13 LLCA ne saurait primer les règles du droit des sociétés sur la révision et le contrôle spécial. Certes, le secret professionnel de l'avocat jouit d'une protection particulière dans l'ordre juridique parce qu'il est indispensable à l'exercice de la profession et, partant, à une administration régulière de la justice (arrêt 2P.187/2000 du 8 janvier 2001,

<sup>9</sup> ATF 140 III 6, consid. 3.1.

<sup>10</sup> SCHILLER (cité n. 2), N 1460.

<sup>11</sup> Sur le devoir de diligence et son étendue, CHAPPUIS, La profession d'avocat, tome II. La pratique du métier: De la gestion d'une étude et la conduite des mandats à la responsabilité de l'avocat, 2<sup>e</sup> éd., Genève, Zurich, Bâle 2017, (cité: «Profession d'avocat, tome II»), p. 165 ss et les références citées.

<sup>12</sup> TF, 2A.191/2003, consid. 5.3.

<sup>13</sup> TF, 2A.151/2003, consid. 2.2.

<sup>14</sup> Message du CF LLCA, FF 1999 5368.

<sup>15</sup> TF, 2C\_555/2014, consid. 5 = SJ 2015 I 226; 2A.191/2003, consid. 5.3.

<sup>16</sup> ATF 130 II 270, consid. 4, résumé in RDAF 2005 I 526. Cf. également CJ/GE, ATA/475/2015.

<sup>17</sup> ATF 130 II 270, consid. 4, résumé in RDAF 2005 I 526; TF, 2C\_737/2008, consid. 3.3.

<sup>18</sup> ATF 138 II 440, consid. 21 = JdT 2013 I 135.

c. 4c, Pra 2001 n° 141 pp. 835 ss, 843). Le secret professionnel de l'avocat n'est cependant pas absolu; il est au contraire intégré à l'ordre juridique et délimité par lui. Il ressort déjà de l'art. 13 al. 2 LLCA que des raisons pratiques empêchent le respect absolu du secret et que ce respect absolu n'est donc pas non plus exigé (...). C'est pourquoi les sociétés d'avocats avec personnalité ne peuvent pas être tenues pour interdites simplement parce que dans ces organisations, le secret professionnel nécessite éventuellement certains accommodements.»<sup>18</sup>

Ce raisonnement vaut pour l'ensemble des règles professionnelles auxquelles l'avocat est soumis et, partant, pour celle des réserves d'usage.

On doit donc interpréter cette dernière en l'intégrant à l'ensemble des règles juridiques que l'avocat doit respecter. Si, comme le Tribunal fédéral le relève, «... l'art. 13 LLCA ne saurait primer les règles du droit des sociétés sur la révision et le contrôle spécial...»,<sup>19</sup> il en va de même de l'art. 12 let. a LLCA, qui ne saurait primer de manière inconditionnelle les règles du Code des obligations (ci-après «CO»), en particulier le droit des contrats, question qui va faire l'objet des chapitres qui suivent.

## 2. *Le devoir de diligence de l'avocat face au rapport entre les réserves d'usage et le droit contractuel*

### A) *L'application du droit contractuel par l'avocat*

En tant que mandataire, l'avocat a un devoir de diligence qui l'oblige à mettre en œuvre tout ce qui est possible pour réaliser la mission que son client lui a confiée.<sup>20</sup> Il doit notamment, en tant que spécialiste, connaître le droit de fond et, partant, l'appliquer.<sup>21</sup> Cette connaissance porte à l'évidence sur le CO, loi fondamentale du système juridique suisse que tout praticien doit connaître et appliquer. En application de ce principe, on doit retenir qu'un avocat ne saurait, sans violer son devoir de diligence, conclure au nom de son client un contrat qui ne respecte pas l'intégralité des règles contractuelles instituées par le CO et la jurisprudence fédérale.<sup>22</sup>

La première conclusion que l'on peut tirer à ce stade est que la règle des réserves d'usage ne peut pas s'interpréter d'une manière qui obligerait l'avocat à violer son obligation de diligence consistant à respecter le CO, notamment le droit contractuel. Ce dernier contient diverses dispositions légales et principes jurisprudentiels ayant trait à l'interprétation des contrats et à leur exécution; l'avocat doit en tenir compte lorsqu'il conseille ou représente son client. Parmi ces principes, on retiendra ci-après ceux qui sont déterminants pour le cas d'espèce, soit ceux concernant l'interprétation d'un contrat lorsque les parties sont en litige à cet égard.

### B) *Les principes régissant l'interprétation du contrat*

Ainsi que cela vient d'être indiqué, parmi les règles contractuelles que l'avocat doit respecter figurent celles qui ont trait à l'exécution du contrat. En conséquence, l'avocat doit négocier et rédiger, pour le compte de ses

clients, des contrats valides et exécutoires, au besoin en justice.

L'exécution d'un contrat peut se heurter à diverses difficultés, soit que l'une des parties invoque son invalidité (par exemple en raison d'un vice de la volonté au sens des art. 23 ss CO), soit que les parties divergent sur l'interprétation et la portée de l'accord trouvé entre elles.

Il est donc essentiel que l'avocat qui négocie un contrat le fasse de manière que son client soit protégé, dans toute la mesure du possible, contre de telles difficultés. On doit garder à l'esprit que la jurisprudence fédérale<sup>23</sup> interdit une interprétation purement littérale du contrat, même si le texte de ce dernier est clair. En cas de différend entre les parties, le juge doit donc, dans tous les cas, interpréter le contrat, même si le texte de ce dernier semble clair.

Un contrat s'interprète en priorité de façon subjective, le juge s'efforçant de déterminer la réelle et commune volonté de parties. Si le juge ne parvient pas à le faire, il interprète alors le contrat de façon objective, c'est-à-dire en se demandant comment une personne de bonne foi pouvait comprendre les manifestations de volonté échangées entre les parties.<sup>24</sup>

Dans les deux types d'interprétation, le juge doit recourir à tous les faits pertinents qui ont précédé ou accompagné la conclusion du contrat. Les faits postérieurs à la conclusion du contrat n'entrent en principe en considération que dans le cadre de l'interprétation subjective.<sup>25</sup> Dans les deux types d'interprétation, le juge doit donc en tout cas établir tout l'historique du contrat.<sup>26</sup>

Dans ce contexte, la correspondance entretenue entre les parties en vue de la conclusion du contrat peut jouer un rôle déterminant<sup>27</sup>. En interdisant l'accès rendrait l'interprétation du contrat conformément à l'art. 18 CO difficile à l'excès, voire impossible.

L'avocat qui se placerait dans une telle situation exposerait son client à des risques considérables puisque ce dernier, en cas de différend relatif à l'interprétation du contrat, serait privé de tout moyen pour faire valoir sa thèse en justice par la voie d'une interprétation subjective du contrat. Ce faisant, l'avocat ne respecterait pas son devoir de diligence tel qu'il vient d'être rappelé.

<sup>19</sup> ATF 138 II 440, consid. 21 = JdT 2013 I 135.

<sup>20</sup> CHAPPUIS, La profession d'avocat, tome II (cité n. 11), p. 166; BOHNET/MARTENET, Droit de la profession d'avocat, Berne 2009, N 2707; CHAPPUIS, Règles déontologiques (cité n. 5), p. 129 ss.

<sup>21</sup> ATF 127 III 357, consid. 1b, JdT 2002 I 192; CHAPPUIS, La responsabilité de l'avocat. Thèmes choisis, in La pratique contractuelle 5, Symposium en droit des contrats (Pichonnaz/Werro, éd.), Genève, Zurich, Bâle 2016, p. 46 ss.

<sup>22</sup> Pour un tel exemple, ATF 127 III 357, consid. 1b, JdT 2002 I 192.

<sup>23</sup> ATF 133 III 61 consid. 2.2.1; TF, 4A\_641/2010 in SJ 2011 I 321, consid. 3.3.1.

<sup>24</sup> TF, 4A\_641/2010 in SJ 2011 I 321, consid. 3.3.1.

<sup>25</sup> TF, 4A\_302/2008; ATF 133 III 61, consid. 2.2.1.

<sup>26</sup> ZK OR-JÄGGI/GAUCH/HARTMANN, Art. 18, Auslegung, Ergänzung und Anpassung der Verträge; Simulation, N 389.

<sup>27</sup> CR CO I-WINIGER, art. 18 N 34; ZK OR-JÄGGI/GAUCH/HARTMANN (cité n. 26), Art. 18, N 389.

### C) La transaction en tant que contrat

La transaction est un contrat.<sup>28</sup> Elle s'interprète en conséquence comme tout autre contrat, c'est-à-dire selon les principes qui ont été rappelés au chapitre précédent.<sup>29</sup> Comme pour tout contrat, le comportement des parties avant la conclusion de celui-ci est souvent un élément décisif de son interprétation,<sup>30</sup> en particulier la correspondance entretenue entre les parties<sup>31</sup> (*supra* III. 2. B *in fine*). Il en va également ainsi de la transaction judiciaire<sup>32</sup>

L'avocat qui négocie une transaction au nom et pour le compte de son client doit dès lors, en vertu de son devoir de diligence (*supra* III. 2. A), respecter tous les principes exposés au chapitre précédent concernant l'interprétation subjective ou objective de la transaction.

Il doit en particulier conserver et tenir à la disposition de son client toutes les preuves susceptibles d'établir le contenu des pourparlers transactionnels ayant conduit à la conclusion de l'accord en cas de difficulté dans l'exécution de ce dernier. Affirmer que l'ensemble de ces preuves ne peut être produit du fait des réserves d'usage le placerait donc dans une situation l'empêchant de le faire et, partant, de respecter un aspect essentiel de son devoir de diligence.

Les règles prévalant en matière de convention judiciaire, passée en procédure de conciliation, sont différentes en raison de l'art. 205 CPC dont l'alinéa 1 dispose que «Les dépositions des parties ne doivent ni figurer au procès-verbal de conciliation ni être prises en compte par la suite, durant la procédure au fond». Or, si la convention donne matière à un conflit subséquent entre les parties quant à son interprétation, ce seront les principes de l'art. 18 CO qui s'appliqueront,<sup>33</sup> tels qu'ils ont été rappelés ci-dessus (*supra* III. 2. B). Le texte de la transaction judiciaire devra donc être suffisamment précis pour pallier les inconvénients découlant de l'impossibilité de se référer aux propos tenus dans la procédure de conciliation.

## IV. Conclusion sur l'interprétation de la règle des réserves d'usage

Sur la base des considérations qui précèdent sur le devoir de diligence de l'avocat face à l'application du droit de fond, on peut maintenant interpréter les contours que doit revêtir la règle des réserves d'usage.

Une interprétation stricte et absolue de la règle des réserves d'usage, en ce sens que ces dernières ne seraient pas levées en cas de différend dans l'interprétation du contrat résultant d'un accord complet, n'est pas compatible avec les règles contractuelles du CO et la jurisprudence fédérale rendue en application de ce dernier. Une telle interprétation empêcherait purement et simplement le client de l'avocat de faire usage des règles contractuelles, en cas de litige avec sa partie adverse.

Cette interprétation serait en outre contraire au but de la norme. Les réserves d'usage sont destinées à faciliter la conduite des négociations et servir les intérêts bien compris des parties dans ce contexte (*supra* II. 2. B).<sup>34</sup>

Elles n'ont en revanche pas pour but de compliquer à l'excès la tâche de ces dernières dans la mise en œuvre de

leur convention et la résolution d'un différend dans l'exécution de cette dernière. Elles n'ont en particulier pas pour but de les priver purement et simplement des moyens d'interprétation contractuelle reconnus par le Tribunal fédéral dans une jurisprudence constante. Elles n'ont enfin pas pour mission de permettre à une partie d'adopter un comportement contraire à la bonne foi, en soutenant en procédure des thèses volontairement contraires à ce qui a été dit dans les négociations, à tout jamais secrètes en vertu d'une confidentialité indestructible.

En adoptant une telle interprétation, on parviendrait à une solution à tout le moins paradoxale: les parties représentées par avocat dans la négociation et la conclusion d'un contrat seraient infiniment moins bien placées que celles qui auraient agi seules. Alors que les secondes pourraient établir devant le juge le contenu véritable de leur convention, les premières seraient privées de cette faculté. Elles en seraient réduites à se voir opposer par le juge soit une interprétation purement littérale de l'accord, système qui est clairement prohibé en droit suisse (*supra* III. 2. B).<sup>35</sup>

La solution de l'arrêt lucernois mentionné ci-dessus (*supra* II. 2, n. 8),<sup>36</sup> allant dans le sens contraire, ne peut être suivie.<sup>37</sup> Après avoir posé le principe que la règle des réserves d'usage serait absolue, les juges cantonaux ont considéré que certains remèdes pouvaient exister contre les effets indésirables de la norme. Ils ont en particulier estimé que le contrat pouvait être interprété en sollicitant, à titre de preuve, la déposition des parties (art. 192 al. 2 CPC), sous la menace des sanctions pénales réprimant les fausses déclarations (art. 306 CP). Si une partie devait enfreindre cette dernière disposition, une procédure pénale pourrait alors être ouverte et éventuellement mener à la révélation des discussions menées sous les réserves d'usage.

<sup>28</sup> ATF 130 III 49 = JdT 2005 I 517; 105 II 277 = JdT 1980 I 358; MORAND, La transaction extrajudiciaire, judiciaire et arbitrale, Berne 2016, N 18 et 41 ss; FAVRE-BULLE/BABEL CASUTT, Contrat de transaction, in Recueil de contrats commerciaux. Modèles en français et en anglais commentés selon le droit suisse (Marchand, Chappuis C., Hirsch, éd.), Bâle 2013, N 0.1, p. 1288.

<sup>29</sup> MORAND (cité n. 28), N 228 ss.

<sup>30</sup> MORAND (cité n. 28), N 234.

<sup>31</sup> MORAND (cité n. 28), N 235; CR CO I-WINIGER, art. 18 N 34; ZK OR-JÄGGI/GAUCH/HARTMANN (cité n. 26), Art. 18, N 389.

<sup>32</sup> TF, 5A\_533/2017; 4A\_185/2017, consid. 4.2; 5A\_521/2015, consid. 3.3; 4A\_298/2014, consid. 3.4. À noter que la transaction judiciaire ne peut pas, selon les termes du Tribunal fédéral «faire l'objet d'une demande d'interprétation au sens de l'art. 334 CPC. Cet acte n'est en effet pas une déclaration de volonté du juge mais des parties» (5A\_533/2017, consid. 4.4.1; cf. également 5A\_510/2016, consid. 6.2 et 6.3).

<sup>33</sup> TF, 5A\_533/2017; 4A\_185/2017, consid. 4.2; 5A\_521/2015, consid. 3.3; 4A\_298/2014, consid. 3.4.

<sup>34</sup> ATF 140 III 6, consid. 3.1; CHAPPUIS, Preuves illicites (cité n. 1), p. 131.

<sup>35</sup> ATF 133 III 61 consid. 2.2.1; TF, 4A\_641/2010 in SJ 2011 I 321, consid. 3.3.1.

<sup>36</sup> Obergericht Luzern, LGVE 2002 I Nr. 46, consid. 7.2.

<sup>37</sup> Cette décision est mentionnée par BOHNET/MARTENET (cité n. 20), N 1193, qui paraissent en approuver la conclusion, sans toutefois la commenter.

Qu'il soit observé en premier lieu qu'il n'est guère concevable d'imaginer, à titre de seul moyen d'interprétation contractuelle, le dépôt d'une plainte pénale d'un des cocontractants contre l'autre.

Deuxièmement, la solution proposée par les juges lucernois, sans doute déjà incompatible avec nombre de codes cantonaux de procédure pénale en vigueur à l'époque de leur décision, ne l'est clairement plus après l'entrée en vigueur du CPP. L'art. 264 CPP rend en effet absolument insaisissable la correspondance de l'avocat, que le destinataire en ait été le prévenu, une autre partie ou un tiers.<sup>38</sup> La partie qui déposerait plainte pénale pour obtenir la documentation nécessaire à l'interprétation du contrat pourrait tout au plus produire les lettres de son propre avocat – en violation des réserves d'usage –, mais pas celles de l'avocat de la partie adverse visée par la plainte. Ce dernier pourrait en effet s'opposer avec succès à cette production en vertu de l'art. 264 CPP.

Enfin, on n'imagine pas comment la partie déposant une plainte pénale pourrait convaincre l'autorité pénale d'ouvrir une procédure pénale, puisqu'elle serait incapable de rendre vraisemblable ses accusations aux yeux du procureur, tous les moyens de preuve susceptibles de les accréditer étant en effet couverts par les réserves d'usage et, partant, interdits de production en justice.

En application de l'ensemble des principes exposés dans les chapitres précédents, la seule interprétation de la règle des réserves d'usage qui soit compatible avec l'ordre juridique est celle qui consiste à retenir que la partie qui a conclu un accord, en étant représentée par un avocat, est autorisée à produire tous les documents pertinents – mais ceux-là seulement – pour l'interprétation ou la détermination de la validité de la convention, en cas de différend avec l'autre partie, cela même si ces documents ont été couverts par les réserves d'usage dans le cours des négociations.

En d'autres termes, si les échanges effectués sous les réserves d'usage aboutissent à un accord complet, les dites réserves sont levées, à tout le moins en ce qui concerne les documents indispensables pour interpréter l'accord transactionnel ou se prononcer sur sa validité.

L'interprétation la plus convaincante est celle qui était donnée par les anciens Usages du Barreau vaudois (*supra* II.2. A) qui disposaient que «Hormis les offres qui constituent l'exercice d'un droit formateur, les pourparlers transactionnels ont toujours un caractère confidentiel. L'avocat ne peut les invoquer que dans la mesure où ils ont abouti et où ils sont indispensables pour déterminer la validité ou la portée de l'accord intervenu.»

## V. La production en justice de documents frappés des réserves d'usage

Si l'on suit la thèse défendue dans les chapitres qui précèdent, reste alors à se demander quelle est la procédure que l'avocat qui veut produire en justice un échange frappé des réserves doit suivre.

Le CSD pose le principe qu'il faut obtenir préalablement le consentement de la partie adverse ou du confrère.<sup>39</sup>

En cas de refus, il n'existe à première vue aucune possibilité d'obtenir la levée des réserves d'usage. En effet, contrairement au secret professionnel qui est institué par la loi (art. 13 LLCA et 321 CP), loi qui prévoit qu'il peut être levé,<sup>40</sup> la règle des réserves d'usage n'est, à l'origine, qu'une institution de la déontologie, donc une norme privée qui n'est pas prise en considération par loi. Conséquemment, cette dernière ne prévoit pas expressément une procédure de levée.

Des auteurs affirment cependant que l'autorité de surveillance pourra être saisie,<sup>41</sup> solution à laquelle se réfère également l'*Obergericht* de Lucerne, sans la développer.<sup>42</sup> À Genève, l'autorité de surveillance a néanmoins procédé à la levée des réserves d'usage, en l'inscrivant dans celle du secret professionnel.<sup>43</sup> L'approche de l'autorité de surveillance de Genève ne saurait toutefois s'imposer. Elle est construite sur le principe que le secret professionnel serait dû non seulement au client, mais également à la partie adverse. Ainsi, l'avocat pourrait demander la levée de son secret lorsque ce dernier couvre des confidences de la partie adverse. Cette conception ne concorde cependant pas avec la jurisprudence et la doctrine largement majoritaire selon lesquelles seul le client est le bénéficiaire du secret.<sup>44</sup>

Le rôle de l'autorité de surveillance a considérablement évolué au cours des années et varie d'un canton à l'autre.<sup>45</sup> Alors que le Tribunal fédéral avait initialement retenu une interprétation très restrictive de ce rôle, cantonnant l'autorité de surveillance dans une fonction purement sanctionnatrice,<sup>46</sup> la pratique a conduit à des solutions innovantes, telles les injonctions faites l'avocat de renoncer à un mandat pour cause de conflit d'intérêts<sup>47</sup> ou encore les procédures d'agrément pour les sociétés anonymes

<sup>38</sup> CHAPPUIS/STEINER, Le secret de l'avocat dans le CPP et le CPC: entre divergence et harmonie, *Revue de l'Avocat*, 2/2017, p. 88 et références citées.

<sup>39</sup> BOHNET/MARTENET (cit. n. 20), N 1192.

<sup>40</sup> Art. 321 CP: «La révélation ne sera pas punissable si elle a été faite avec le consentement de l'intéressé ou si, sur la proposition du détenteur du secret, l'autorité supérieure ou l'autorité de surveillance l'a autorisée par écrit.»

<sup>41</sup> BOHNET/MARTENET (cit. n. 20), N 1192.

<sup>42</sup> «So hätte er im Appellationsverfahren die Edition der Vergleichskorrespondenz beantragen und im Falle der Weigerung des Beschwerdegegners bei der Aufsichtsbehörde über die Rechtsanwälte ein Gesuch um Befreiung vom Offenbarungsverbot einreichen können», *Obergericht Luzern, LGVE 2002 I Nr. 46*, consid. 7.2.

<sup>43</sup> SJ 2011 II 153, p. 201.

<sup>44</sup> Pour une appréciation critique, CHAPPUIS, *La profession d'avocat*, Tome I – Le cadre légal et les principes essentiels, 2<sup>e</sup> éd., Genève, Zurich, Bâle 2016 (cit. «Profession d'avocat, tome I»), pp. 172–174.

<sup>45</sup> Pour une présentation de cette évolution, CHAPPUIS, *Profession d'avocat*, tome I (cit. n. 44), p. 300 ss; GURTNER, *La réglementation des sociétés d'avocats en Suisse: entre protectionnisme et libéralisme*, Bâle 2016, p. 345 ss et 354 ss.

<sup>46</sup> ATF 132 II 250, c. 4.3.2.

<sup>47</sup> Pour une présentation de la question des injonctions, CHAPPUIS, *Profession d'avocat*, tome I (cit. n. 44), p. 300 ss et références jurisprudentielles et doctrinales citées.

d'avocats.<sup>48</sup> On peut donc imaginer que des autorités cantonales décident d'accueillir – par analogie avec la procédure de levée du secret professionnel – des demandes qui leur seraient faites par des avocats désireux de produire en justice des documents frappés des réserves d'usage. Pour que souhaitable et justifiée que paraisse une telle création prétorienne, elle ne s'appuie en tout cas sur aucune disposition expresse de la LLCA ce qui est susceptible d'en rendre difficile l'adoption.

Si une telle voie ne devait pas être ouverte, il ne resterait donc à l'avocat qu'à prendre le risque de produire les documents indispensables à la défense des intérêts de son client, sans savoir si ce comportement sera jugé comme une violation de son devoir de diligence par l'autorité de surveillance du canton où il agit. C'est au tribunal saisi qu'il reviendra de déterminer si la pièce ou les pièces produites sont illicites au sens de l'art. 152 al. 2 CPC. Qu'il s'agisse de procédure pénale ou de procédure civile, c'est en effet à l'autorité judiciaire en charge du litige de statuer sur les preuves présentées par les parties (art 152 CPC; art. 62 et 139 ss CPP). Elle peut donc se prononcer sur la productibilité des pièces soumises aux réserves d'usage, ce que le Tribunal fédéral a précisément fait, dans l'arrêt précité, à la suite de l'autorité cantonale.<sup>49</sup>

## VI. Conclusion

L'incertitude qui entoure la portée exacte de la règle sur les réserves d'usage de même que l'absence d'une procédure de levée de ces réserves placent l'avocat dans une si-

tuation délicate. S'il craint de violer une règle professionnelle en produisant un document couvert par le sceau de la confidentialité, il risque de voir les intérêts légitimes de son client démunis de toute protection, voire, dans les cas les plus graves, d'assister au triomphe des thèses développées de parfaite mauvaise foi par la partie adverse, protégée par une règle déontologique détournée de son but.

Aussi longtemps que le Tribunal fédéral n'aura pas été amené à trancher cette question, ce doute subsistera. Cette constatation amène à la conclusion qu'une transaction conclue dans de telles conditions devrait être rédigée avec une précision particulière, tant en ce qui concerne les obligations des parties et des conditions auxquelles elles sont soumises, qu'en ce qui concerne le préambule. Ce dernier devrait permettre dans toute la mesure du possible de déterminer sans ambiguïté les éléments sur lesquels l'accord a été construit. Cela dit, quel que soit le soin dont aura fait preuve le rédacteur du contrat, il ne pourra jamais éviter la survenance d'un litige dans son interprétation, ne serait-ce qu'en raison du fait que tout contrat est par nature lacunaire, l'esprit humain ne pouvant concevoir toutes les hypothèses de fait pouvant survenir après la conclusion de l'accord.<sup>50</sup>

---

<sup>48</sup> GURTNER (cité n. 45), p. 354–355.

<sup>49</sup> ATF 140 III 6.

<sup>50</sup> ZK OR-JÄGGI/GAUCH/HARTMANN (cité n. 26), Art. 18, N 490.

# Wie kann der Rechtsstaat einen nachhaltigen religiösen Frieden erreichen?

## Religion im Rechtsstaat

Von der Neutralität zur Toleranz

Markus Müller

**November 2017, CHF 32.–**

206 Seiten, broschiert, 978-3-7272-0536-1

Die religiös-kulturell zunehmend bunter werdende Gesellschaft fordert den Rechtsstaat heraus. Er muss seine herkömmliche Rolle überdenken. Die Debatte dazu ist in vollem Gang. Die vorliegende Schrift möchte ihr den einen oder anderen Impuls vermitteln: **Kann es längerfristig genügen, die Freiheit der Religionen zu sichern?**

Und die religiöse Neutralität des Staats, ist sie angesichts seiner christlichen Prägung nicht eher Schein, der zu Passivität verleitet? Der religiös-kulturellen Pluralität wird nur eine aktive, am Ideal der Toleranz ausgerichtete Religionspolitik gerecht. Deren vordringliches Ziel muss es sein, die verbreiteten Ängste vor dem «Fremden» ernst zu nehmen und jene Lernprozesse in Gang zu setzen, die für einen **nachhaltigen religiösen Frieden** unabdingbar sind.

# Stämpfli

Verlag

**Stämpfli Verlag AG**

Wölflistrasse 1

Postfach

CH-3001 Bern

Tel. +41 31 300 66 77

Fax +41 31 300 66 88

[order@staempfli.com](mailto:order@staempfli.com)

[www.staempfliverlag.com](http://www.staempfliverlag.com)



1587-7/18 | Preisänderungen und Fehler vorbehalten

**Bestellen Sie direkt online:**  
[www.staempflishop.com](http://www.staempflishop.com)



# DER SAV TEILT MIT / LA FSA VOUS INFORME

## Schweizerischer Anwaltstag 2018

Vorankündigung: Der Schweizerische Anwaltstag 2018 findet am 15. und 16. 6. 2018 in Schaffhausen statt.

Bitte notieren Sie sich das Datum bereits heute. Details und Anmeldeunterlagen folgen Ende Februar 2018.

## Weiterbildungstage des SAV vom 31. August / 1. September 2018 in Bern

*Save the Date:* Vom 31. August bis 1. September 2018 finden im Stade de Suisse in Bern zum dritten Mal die Weiterbildungstage des SAV statt.

Bitte notieren Sie sich das Datum bereits heute. Details und Anmeldeunterlagen folgen im April 2018.

## «Seminar für internationale Sportschiedsgerichtsbarkeit» 2018

Der Schweizerische Anwaltsverband führt am 21. und 22. 9. 2018 zusammen mit dem Tribunal Arbitral du Sport (TAS) die 7. Tagung für internationale Sportschiedsgerichtsbarkeit im Hotel Beau-Rivage Palace in Lausanne durch.

Bitte notieren Sie sich das Datum bereits heute. Details und Anmeldeunterlagen folgen Anfang Februar 2018.

## Korruption vermeiden – Hinweise für im Ausland tätige Schweizer Unternehmen

Das SECO hat eine Broschüre zur Problematik der Korruption im internationalen Geschäftsverkehr veröffentlicht. Darin können sich Unternehmen mit den anwendbaren Bestimmungen des Schweizer Strafrechts vertraut machen. Anhand verschiedener Fallbeispiele werden die Rechtsbegriffe veranschaulicht.

Die Broschüre hebt die Auswirkungen der Korruption auf das Unternehmen hervor und weist auf Instrumente hin, mit denen korruptem Verhalten vorgebeugt und solches aktiv bekämpft werden kann.

Die Broschüre ist in Zusammenarbeit mit dem Bundesamt für Justiz, dem Eidgenössischen Departement für auswärtige Angelegenheiten, *economiesuisse*, ICC Switzerland, Transparency International Schweiz und der HTW Chur entstanden. Eine dritte, aktualisierte Auflage ist im November 2017 erschienen. Diese finden sie auf der Internetseite des SECO unter folgendem Link: [https://www.seco.admin.ch/seco/de/home/Aussenwirtschaftspolitik\\_Wirtschaftliche\\_Zusammenarbeit/Wirtschaftsbeziehungen/Korruptionsbekämpfung/Informationen\\_fuer\\_Unternehmen.html](https://www.seco.admin.ch/seco/de/home/Aussenwirtschaftspolitik_Wirtschaftliche_Zusammenarbeit/Wirtschaftsbeziehungen/Korruptionsbekämpfung/Informationen_fuer_Unternehmen.html)

## Flotten-Rabatte für SAV-Mitglieder

Aktivmitglieder des Schweizerischen Anwaltsverbands können auf Neuwagen von Mercedes-Benz, BMW/Mini, Maserati und Volvo, die sie über offizielle Sales-Partner des Importeurs beziehen, Nachlässe beanspruchen.

Die aktuellen Konditionen sowie die Antragsformulare sind unter [www.sav-fsa.ch/Service/Vergünstigungen](http://www.sav-fsa.ch/Service/Vergünstigungen) aufgeschaltet. Antragsformulare können durch das Mitglied selber ausgefüllt, unterzeichnet und beim Kauf dem offiziellen Sales-Partner abgegeben werden.

Derzeit verhandelt der SAV mit der Marke Jaguar/Land Rover und wird zu einem späteren Zeitpunkt einen Flotten-Rabatt für SAV-Mitglieder anbieten können.

## UIA 13th Winter Seminar – Legal Challenges in the Context of Globalization and Protectionism

M&A, Corporate Law, White Collar Crimes and Dispute Resolutions

– *Date:* February 24 to March 3, 2018

– <https://www.sav-fsa.ch/de/aktuell/veranstaltungen.html>

## Interessenvertretung der Anwaltschaft: laufende Vernehmlassungen der Bundesbehörden beim SAV

### Änderung der Strafprozessordnung (Umsetzung der Motion 14.3383, Kommission für Rechtsfragen des Ständerates, Anpassung der Strafprozessordnung)

Frist: 14. 3. 2018

- [https://www.admin.ch/ch/d/gg/pc/documents/2914/Strafprozessordnung\\_Vorentwurf\\_de.pdf](https://www.admin.ch/ch/d/gg/pc/documents/2914/Strafprozessordnung_Vorentwurf_de.pdf)
- [https://www.admin.ch/ch/d/gg/pc/documents/2914/Strafprozessordnung\\_Erl.-Bericht\\_de.pdf](https://www.admin.ch/ch/d/gg/pc/documents/2914/Strafprozessordnung_Erl.-Bericht_de.pdf)
- [https://www.admin.ch/ch/d/gg/pc/documents/2914/Strafprozessordnung\\_Brief-Kantone\\_de.pdf](https://www.admin.ch/ch/d/gg/pc/documents/2914/Strafprozessordnung_Brief-Kantone_de.pdf)
- [https://www.admin.ch/ch/d/gg/pc/documents/2914/Strafprozessordnung\\_Brief-Org\\_de.pdf](https://www.admin.ch/ch/d/gg/pc/documents/2914/Strafprozessordnung_Brief-Org_de.pdf)

### Änderung der Verordnung über Zulassung, Aufenthalt und Erwerbstätigkeit und Totalrevision der Verordnung über die Integration von Ausländerinnen und Ausländern

Frist: 19. 3. 2018

- [https://www.admin.ch/ch/d/gg/pc/documents/2913/Integration\\_Vorentwurf-VZAE\\_de.pdf](https://www.admin.ch/ch/d/gg/pc/documents/2913/Integration_Vorentwurf-VZAE_de.pdf)
- [https://www.admin.ch/ch/d/gg/pc/documents/2913/Integration\\_Vorentwurf-VIntA\\_de.pdf](https://www.admin.ch/ch/d/gg/pc/documents/2913/Integration_Vorentwurf-VIntA_de.pdf)
- [https://www.admin.ch/ch/d/gg/pc/documents/2913/Integration\\_Erl.-Bericht-VZAE\\_de.pdf](https://www.admin.ch/ch/d/gg/pc/documents/2913/Integration_Erl.-Bericht-VZAE_de.pdf)

- [https://www.admin.ch/ch/d/gg/pc/documents/2913/Integration\\_Erl.-Bericht-VIntA\\_de.pdf](https://www.admin.ch/ch/d/gg/pc/documents/2913/Integration_Erl.-Bericht-VIntA_de.pdf)
- [https://www.admin.ch/ch/d/gg/pc/documents/2913/Integration\\_Brief-Kantone\\_de.pdf](https://www.admin.ch/ch/d/gg/pc/documents/2913/Integration_Brief-Kantone_de.pdf)
- [https://www.admin.ch/ch/d/gg/pc/documents/2913/Integration\\_Brief-Org\\_de.pdf](https://www.admin.ch/ch/d/gg/pc/documents/2913/Integration_Brief-Org_de.pdf)

### News «Fachanwältin SAV/Fachanwalt SAV»

#### **Spezialisierungskurse Fachanwalt SAV/ Fachanwältin SAV**

Unsere Spezialisierungskurse richten sich an Anwältinnen und Anwälte, die bereits vor der Weiterbildung über eine *überdurchschnittliche praktische Erfahrung im Spezialgebiet* und bei Kurszulassung/Kursbeginn über *mindestens vier Jahre Praxiserfahrung* (bei Vollzeitpensum) verfügen. Bitte beachten Sie dazu auch das Reglement Fachanwalt SAV auf unserer Internetseite ([fachanwalt.sav-fsa.ch](http://fachanwalt.sav-fsa.ch), unter Reglemente).

#### **Spezialisierungskurs im Familienrecht (2018/2019)**

Durchführung Rechtswissenschaftliche Fakultäten der Universitäten Freiburg und Zürich in Zusammenarbeit mit dem SAV

- Kursbeginn: 20. 8. 2018
- Kurssprache: D
- Anmeldeschluss: 31. 3. 2018

#### *Kursdaten:*

- Modul 1: 30. 08. 2018–01. 09. 2018
- Modul 2: 20. 09. 2018–22. 09. 2018
- Modul 3: 18. 10. 2018–20. 10. 2018
- Modul 4: 15. 11. 2018–17. 11. 2018
- Modul 5: 17. 01. 2019–19. 01. 2019
- Prüfungsmodul: 16. 02. 2019
- Modul 6: 01. 03. 2019–02. 03. 2019
- Modul 7: 29. 03. 2019–30. 03. 2019

#### **Spezialisierungskurs im Erbrecht (2018/2019)**

Durchführung Rechtswissenschaftliche Fakultät der Universität Zürich in Zusammenarbeit mit der Universität Luzern und dem SAV

- Kursbeginn: 30. 8. 2018
- Kurssprache: D
- Anmeldeschluss: 31. 3. 2018

#### *Kursdaten:*

- 1. Block 30. 08. 2018–01. 09. 2018
- 2. Block 25. 10. 2018–27. 10. 2018
- 3. Block 22. 11. 2018–24. 11. 2018
- 4. Block 17. 01. 2019–19. 01. 2019
- 5. Block 14. 03. 2019–16. 03. 2019
- Schriftliche Prüfung: 27. 04. 2019

#### **Spezialisierungskurs im Bau- und Immobilienrecht (2018/2019)**

Durchführung Institut für Schweizerisches und Internationales Baurecht der Universität Freiburg in Zusammenarbeit mit dem SAV

- Kursbeginn: 15. 3. 2019
- Kurssprache: D
- Kursdaten: werden auf der SAV-Seite aufgeschaltet

Das Reglement Fachanwalt SAV, Zulassungsvoraussetzungen, Absenzenregelungen, Kursgebühren sowie notwendige Informationen für die Anmeldung werden auf unserer Website [www.sav-fsa.ch](http://www.sav-fsa.ch) (unter der Rubrik/Weiterbildung/Fachanwalt) aufgeschaltet.

### News «Mediatorin SAV/Mediator SAV»

#### **SAV-Zertifizierungskurs Mediator/Mediatorin SAV 2018**

Teilnahmeberechtigt ist, wer eine Mediationsausbildung gemäss Reglement (Basis Reglement Mediator SAV/Mediatorin SAV und Weisungen über die Anerkennung von Mediationsausbildungen) absolviert hat.

Der Kurs findet gleichzeitig in deutscher und französischer Sprache statt. Weitere Informationen sowie das Formular für die Anmeldung sind auf unserer Website [www.sav.fsa.ch](http://www.sav.fsa.ch) aufgeschaltet.

- Datum: 18. 5. 2018
- Zeit: 8.45 bis 17.45 Uhr
- Ort: 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)
- Kurssprache: Deutsch, mit französischer und italienischer Übersetzung durch die Mitglieder des Fachausschusses
- Kurskosten: CHF 550.– (inkl. Verpflegung)
- Kursunterlagen: Die Unterlagen werden während der Ausbildung abgegeben
- Anmeldefrist: 31. 3. 2018

#### **Vorankündigung Weiterbildungsveranstaltung für Mediatorinnen und Mediatoren SAV:**

- Datum: 25. 5. 2018
- Thema: Einführung in die gewaltfreie Kommunikation – Anwendungsmöglichkeiten in der Mediation.
- Kurssprache: D
- Referentin: Frau Renata B. Vogelsang, Mediatorin SDM, Kommunikationstrainerin und Coach

#### **Save the date – Bi-annual Meeting 2018, mit Supervision**

- Datum: Freitag, 9. 11. 2018
- Ort: Zentrum Paul Klee, Bern

## Mitteilungen der Selbstregulierungsorganisation des Schweizerischen Anwaltsverbandes und des Schweizerischen Notarenverbandes / Communication de l'Organisme d'autorégulation de la Fédération Suisse des Avocats et de la Fédération Suisse des Notaires

### Weiterbildung/Formation continue/Formazione continua

Preise/Prix 2018 (+ 8% MwSt./TVA)

- Grundkurs/formation de base 650.-\*/750.-
  - Weiterbildung/formation continue 450.-\*/550.-
- (\*Mitglieder/Membres)

### Ausbildungsdaten 2018/Dates des formations en 2018

Grundkurs/Formation de base/Formazione di base

- Genève (f) 13.09.2018
- Lugano (i) 11.10.2018
- Zürich (d) 25.10.2018

Weiterbildung/Formation continue/Formazione continua

- Genève (f) 12.09.2018  
07.11.2018
- Lugano (i) 10.10.2018
- Zürich (d) 24.10.2018
- Basel (d) 21.11.2018

Inscrivez-vous sur [www.oar-fsa-fsn.ch](http://www.oar-fsa-fsn.ch). Melden Sie sich unter [www.sro-sav-snv.ch](http://www.sro-sav-snv.ch) für ein Seminar an. Auskünfte/Renseignements: [info@swisslawyers.com](mailto:info@swisslawyers.com) ou 031 313 06 00.

## Prévenir la corruption: Conseils aux entreprises suisses actives à l'étranger

Le SECO a publié une brochure sur la corruption dans les transactions commerciales internationales afin de faire mieux connaître aux entreprises les normes applicables du droit pénal suisse en la matière. Des notions de droit utiles y sont précisées dans des cas de figure.

Cette brochure montre également les conséquences de la corruption pour l'entreprise et indique des instruments permettant de prévenir et de combattre activement les pratiques de corruption.

Cette brochure a été établie en collaboration avec l'Office fédéral de la justice, le Département fédéral des affaires étrangères, économie suisse, ICC Switzerland, Transparency International Suisse et l'HTW Chur. Une troisième édition révisée a paru en novembre 2017, vous la trouverez sur le site internet du SECO: [https://www.seco.admin.ch/seco/fr/home/Aussenwirtschaftspolitik\\_Wirtschaftliche\\_Zusammenarbeit/Wirtschaftsbeziehungen/Korruptionsbekaempfung/Informationen\\_fuer\\_Unternehmen.html](https://www.seco.admin.ch/seco/fr/home/Aussenwirtschaftspolitik_Wirtschaftliche_Zusammenarbeit/Wirtschaftsbeziehungen/Korruptionsbekaempfung/Informationen_fuer_Unternehmen.html).

## Rabais de flotte pour les membres de la FSA

Les membres actifs de la Fédération Suisse des Avocats qui commandent une voiture neuve chez *Mercedes-Benz*, *BMW/Mini*, *Maserati* et *Volvo* auprès d'un partenaire de vente officiel de l'importateur bénéficient de rabais de flotte.

Les conditions actuelles et les formulaires de commande figurent sur le site de la FSA: <http://www.sav-fsa.ch/fr/Service/Verg%c3%bcnstigungen.html>. Les formulaires sont à remplir et signer par les membres intéressés, puis à remettre au partenaire de vente officiel lors de l'achat.

La Fédération négocie actuellement avec les marques Jaguar et Land Rover en vue de pouvoir faire bénéficier les membres FSA de rabais à l'avenir.

## Journée des Avocats Suisses 2018

*Réservez d'ores et déjà ces dates:* la Journée des Avocats Suisses 2018 se tiendra les 15 et 16 juin prochains à Schaffhouse. Des informations supplémentaires suivront d'ici fin février.

## Journées de formation continue FSA du 31 août au 1<sup>er</sup> septembre 2018 à Berne

*Réservez d'ores et déjà ces dates:* du 31.8. au 1.9.2018, la FSA organisera ses troisièmes Journées de formation au Stade de Suisse à Berne. Des informations supplémentaires suivront sur notre site internet d'ici fin avril.

## Séminaire sur l'arbitrage international en matière de sport 2018

*Réservez d'ores et déjà ces dates:* en collaboration avec le Tribunal Arbitral du Sport (TAS), la FSA organise le séminaire «Arbitrage international en matière de sport» les 21 et 22.9.2018 à l'Hôtel Beau-Rivage Palace à Lausanne. Des informations supplémentaires suivront sur notre site internet d'ici début février.

## Représentation des intérêts de la profession: consultations législatives des autorités fédérales actuellement auprès de la FSA

**Modification du code de procédure pénale (exécution de la motion 14.3383, Commission des affaires juridiques du Conseil des États, adaptation du code de procédure pénale)**

Délai: 14.3.2018

- [https://www.admin.ch/ch/f/gg/pc/documents/2914/Procedure-penale\\_Avant-projet\\_fr.pdf](https://www.admin.ch/ch/f/gg/pc/documents/2914/Procedure-penale_Avant-projet_fr.pdf)
- [https://www.admin.ch/ch/f/gg/pc/documents/2914/Procedure-penale\\_Rapport-expl\\_fr.pdf](https://www.admin.ch/ch/f/gg/pc/documents/2914/Procedure-penale_Rapport-expl_fr.pdf)
- [https://www.admin.ch/ch/f/gg/pc/documents/2914/Procedure-penale\\_Lettre-Cantons\\_fr.pdf](https://www.admin.ch/ch/f/gg/pc/documents/2914/Procedure-penale_Lettre-Cantons_fr.pdf)
- [https://www.admin.ch/ch/f/gg/pc/documents/2914/Procedure-penale\\_Lettre-Org\\_fr.pdf](https://www.admin.ch/ch/f/gg/pc/documents/2914/Procedure-penale_Lettre-Org_fr.pdf)

**Modification de l'ordonnance relative à l'admission, au séjour et à l'exercice d'une activité lucrative et révision totale de l'ordonnance sur l'intégration des étrangers**

Délai: 19. 3. 2018

- [https://www.admin.ch/ch/f/gg/pc/documents/2913/Integration\\_Projet-OASA\\_fr.pdf](https://www.admin.ch/ch/f/gg/pc/documents/2913/Integration_Projet-OASA_fr.pdf)
- [https://www.admin.ch/ch/f/gg/pc/documents/2913/Integration\\_Projet-OIE\\_fr.pdf](https://www.admin.ch/ch/f/gg/pc/documents/2913/Integration_Projet-OIE_fr.pdf)
- [https://www.admin.ch/ch/f/gg/pc/documents/2913/Integration\\_Rapport-expl-OASA\\_fr.pdf](https://www.admin.ch/ch/f/gg/pc/documents/2913/Integration_Rapport-expl-OASA_fr.pdf)
- [https://www.admin.ch/ch/f/gg/pc/documents/2913/Integration\\_Rapport-expl-OIE\\_fr.pdf](https://www.admin.ch/ch/f/gg/pc/documents/2913/Integration_Rapport-expl-OIE_fr.pdf)
- [https://www.admin.ch/ch/f/gg/pc/documents/2913/Integration\\_Lettre-Cantons\\_fr.pdf](https://www.admin.ch/ch/f/gg/pc/documents/2913/Integration_Lettre-Cantons_fr.pdf)
- [https://www.admin.ch/ch/f/gg/pc/documents/2913/Integration\\_Lettre-Org\\_fr.pdf](https://www.admin.ch/ch/f/gg/pc/documents/2913/Integration_Lettre-Org_fr.pdf)

**News «Avocate spécialiste FSA/ Avocat spécialiste FSA»**

**Annnonce de cours «Avocat(e) spécialiste FSA»**

Nos cours de spécialisation s'adressent aux membres de la FSA qui bénéficient déjà d'une expérience importante dans l'une des spécialisations proposées par notre Fédération. Pour une activité d'avocat à 100%, cette expérience doit s'étendre sur quatre ans au moins avant l'admission ou le début des cours. Nous vous prions également de prendre note du règlement Avocat/e spécialiste FSA ([www.sav-fsa.ch](http://www.sav-fsa.ch), voir Réglementation).

**Spécialisation en droit pénal**

Organisé en collaboration avec le prof. Yvan Jeanneret, directeur du cours de spécialisation pour avocats spécialistes FSA en droit pénal.

- Langue du cours: français
- Délai d'inscription: 11. 2. 2018

**Dates de cours:**

- 25. 05. 2018–26. 05. 2018
- 08. 06. 2018–09. 06. 2018
- 31. 08. 2018–01. 09. 2018
- 05. 10. 2018–06. 10. 2018
- 09. 11. 2018–10. 11. 2018
- 07. 12. 2018–08. 12. 2018
- 01. 02. 2019–02. 02. 2019
- 01. 03. 2019–02. 03. 2019
- Examen écrit: 02. 03. 2019

**Spécialisation en droit de la construction et de l'immobilier**

Organisée par l'Institut pour le droit suisse et international de la construction de l'Université de Fribourg en collaboration avec la Fédération Suisse des Avocats (FSA).

- Début du cours: 15. 3. 2019
- Langue du cours: français

**Spécialisation en droit du bail (prévu en 2019)**

Organisée en collaboration avec le prof. François Bohnet, directeur du cours de spécialisation pour avocats spécialistes FSA en droit du bail.

- Langue du cours: français

**Spécialisation en droit de la responsabilité civile et droit des assurances (prévu en automne 2019)**

Organisée par la Fédération Suisse des Avocats (FSA) en collaboration avec les universités de Fribourg et de Lausanne.

- Langue du cours: français

Le Secrétariat général de la FSA se tient à votre disposition pour tout renseignement complémentaire au 031 313 06 06.

**Nouveautés «Médiatrice/Médiateur spécialiste FSA»**

**Annnonce: formation Médiateur/Médiatrice FSA 2018**

Pour être admis, les participants doivent déjà avoir effectué une formation de médiateur conforme aux bases réglementaires (règlement sur les médiateurs FSA et directives sur la reconnaissance des formations de médiation). Vous trouverez prochainement sur [www.sav-fsa.ch](http://www.sav-fsa.ch) d'autres informations et le formulaire à télécharger.

- Date: 18. 5. 2018
- Heures: 8 h 45 à 17 h 45
- Lieu: *Berne*
- Nombre de participants: 24 personnes par cours (nombre de participants minimal: 16 personnes)
- Admissibilité au cours: formation à la médiation accomplie conformément au règlement Médiateur FSA/Médiatrice FSA et aux directives pour la reconnaissance des formations à la médiation
- Langue: allemand, avec traduction en français et en italien par des membres du comité spécialisé
- Coûts de la formation: CHF 550.- (repas inclus)
- Documents: la documentation sera remise lors du cours.
- *Délai d'inscription: 31. 3. 2018*

**Save the date: rencontre bisannuelle de 2018 avec supervision**

- Date: vendredi 9. 11. 2018
- Lieu: Centre Paul Klee à Berne

# Profitieren Sie von unserem Spezialrabatt!

## Schweizerisches Zivilprozessrecht

Christoph Leuenberger, Beatrice Uffer-Tobler

**November 2016, CHF 118.–**

Stämpfli juristische Lehrbücher SjL, 2. Auflage,  
560 Seiten, broschiert, 978-3-7272-8496-0

In der vorliegenden Auflage wurden die wichtigen Entscheide vor allem des Bundesgerichts, aber auch zum Teil kantonaler Gerichte eingearbeitet.

Dieses Werk richtet sich sowohl an Juristinnen und Juristen in der Praxis als auch an Studierende. In der Praxis dient es Juristinnen und Juristen als Arbeitsinstrument, das Zivilprozessrecht in die bekannten dogmatischen Grundsätze einzuordnen, und es gibt Antworten auf Fragen, die sich bei der konkreten Prozessführung stellen.

# Stämpfli

Verlag

**Stämpfli Verlag AG**

Wölflistrasse 1

Postfach

CH-3001 Bern

Tel. +41 31 300 66 77

Fax +41 31 300 66 88

order@staempfli.com

www.staempfliverlag.com

# 20% Rabatt

gültig bis  
26.02.2018

**Bestellen Sie direkt online:**

**[www.staempflishop.com/szp](http://www.staempflishop.com/szp)**



**Ich bestelle \_\_\_\_ Ex. 978-3-7272-8496-0**

Name, Vorname \_\_\_\_\_

Firma \_\_\_\_\_

Strasse/PLZ, Ort \_\_\_\_\_

E-Mail \_\_\_\_\_

Ich abonniere den Newsletter

Datum, Unterschrift \_\_\_\_\_

Bestellungen mit diesem Inserat werden portofrei geliefert.

Stämpfli juristische Lehrbücher

Christoph Leuenberger  
Beatrice Uffer-Tobler

## Schweizerisches Zivilprozessrecht

2. Auflage

 Stämpfli Verlag

1591-1/18 | Preisänderungen und Fehler vorbehalten





## Enhance your knowledge of international arbitration with the 2018–2019 postgraduate courses of the Swiss Arbitration Academy.

Since 2008, the SAA has been providing professional training in international arbitration to practitioners, in-house lawyers, advanced students and other professionals with experience in the field of arbitration.

We annually organize 4 modules, where renowned arbitration practitioners share their wealth of industry experience and practical insights with a small group of participants. Through the lectures and interactive practical exercises organized during each Module, participants acquire not only the theoretical knowledge but also the practical skills required in international arbitration proceedings.

### Module 1

Fundamentals of International Arbitration	Neuchâtel	12 – 16 April 2018
---	-----------	--------------------

### Module 2

How to Commence Arbitration Proceedings	Geneva	14 – 18 June 2018
---	--------	-------------------

### Module 3

Taking of the Evidence: Hearings, Discovery and Interim Measures	Zurich	25 – 29 October 2018
--	--------	----------------------

### Module 4

From the Hearing to the Challenge and Enforcement of the Award	Zurich	24 – 28 January 2019
--	--------	----------------------

Our unique **Certificate of Advanced Studies (CAS) in Arbitration Program**, where participants attend the four modules, complete the SAA exam and write a research paper on an arbitration topic, aims to fully prepare participants for a career in arbitration. Upon successful completion of the CAS in Arbitration Program, participants receive the Joint 'Certificate of Advanced Studies in Arbitration' (10 ECTS) of the University of Lucerne and the University of Neuchâtel. Furthermore, selected participants may be invited to publish their research paper.

The **SAA Arbitration Practitioner's (ArbP) Program** is specifically designed for practitioners with previous experience in the field of arbitration. By attending Modules 2,3 and 4, participants similarly improve their industry knowledge and practical skills, yet no additional assessments are required to complete the ArbP Program. This makes the ArbP Program ideal for practitioners with limited time at their disposal.

Lastly, the SAA also offers participants the opportunity to attend **individual Modules**. This possibility is ideal for professionals or advanced students with an interest in a specific arbitration topic.

To learn more about our programs and application process, please visit our website at [www.swiss-arbitration-academy.ch](http://www.swiss-arbitration-academy.ch) or call +41 41 229 53 39.