1/2024

plaidoyer

REVUE JURIDIQUE ET POLITIQUE

«Il existe assurément un point de tension entre le secret professionnel et les mesures de lutte contre le blanchiment d'argent.»

Raphaël Mahaim

Hystérie sécuritaire
Effets sur l'exécution des peines page 10

Responsabilité climatique
Un procès historique page 32

Proches des victimes
Écueils en procédure pénale page 38

Yves Leresche

CALENDRIER DES MANIFESTATIONS[1]

15 février 2024
13 h 15 – 18 h
150 francs[2]
Genève
Université
Présentiel

Obligation de restitution? Du traitement des biens culturels issus de contextes problématiques

Colloque

Les intervenants traiteront d'abord de la transposition dans leurs droits nationaux de l'obligation de restitution ancrée dans la Convention de l'UNESCO concernant les mesures à prendre pour interdire et empêcher l'importation, l'exportation et le transfert de propriété illicites des biens culturels. Puis trois spécialistes se pencheront sur des aspects pratiques.

Renseignements complémentaires:
artlawfoundation.com

Inscription:
artlawfoundation.com

Délai d'inscription: 9 février 2024

---

23 février 2024
9 h 15 – 16 h 30
150 francs
Neuchâtel
HEG-Arc
Présentiel

Journée du droit pénal économique 2024 Séquestre, blocage, confiscation des avoirs: enjeux juridiques et de gestion

Colloque

Une thématique bien choisie qui s'inscrit dans un contexte de renforcement de la lutte contre la criminalité et de réforme du séquestre. Cette formation vise des problématiques à l'actualité brûlante, à l'instar du droit pénal de l'entreprise en lien avec la créance compensatrice, de la restitution des avoirs à l'étranger ou du contournement des sanctions économiques.

Renseignements complémentaires:
Fabienne Schader
fabienne.schader@he-arc.ch
032 930 20 15
Institut de lutte contre la criminalité économique
ilce.ch

Inscription:
jp-portal.gestion.he-arc.ch/form/64

Délai d'inscription: 15 février 2024

---

4 mars 2024
18 h 30 – 20 h
Gratuit
Genève
Théâtre des Salons
Présentiel

La transmission des entreprises par succession

Conférence

Ce sujet intéressera de nombreux praticiens tant les questionnements subsistent après l'entrée en vigueur du nouveau droit des successions. Et M[e] Jean-Blaise Eckert, en tant que spécialiste de la fiscalité et des successions, ne manquera pas d'aborder les facilités apportées par cette révision et les questions fiscales inhérentes à la transmission d'une entreprise.

Renseignements complémentaires:
sgdl.ch/conference-calendrier/
SGDL c/o Loyco SA
022 552 27 08
sgdl@loyco.ch

---

22 mars 2024
9 h – 16 h
220 francs
Neuchâtel
Université
Présentiel
Visioconférence

Le droit de la circulation routière dans tous ses états

Colloque

Cette journée est organisée sous l'égide du Centre interdisciplinaire de droit et d'étude de la circulation routière (CIDECR) issu de la collaboration des professeurs Yvan Jeanneret et André Kuhn. Cette formation reflète la vision du CIDECR en soulignant les différents domaines du droit touchés par cette matière transversale.

Renseignements complémentaires:
Faculté de droit
Université de Neuchâtel
032 718 12 22
droit.formation@unine.ch

Inscription:
droitne.ch

---

[1] Nous vous conseillons de contrôler, au préalable, si l'événement est maintenu ou modifié.

[2] Seuls les tarifs maximaux sont indiqués. Les indications sur d'éventuelles réductions sont disponibles sur le site internet de l'organisateur.

10 La société du risque zéro

Analyse d'un spécialiste de l'exécution des peines

Getty

Getty

14 Logiciels pour les études d'avocats

Des frais supplémentaires en sus du prix de la licence

16 La détention administrative sous le feu des critiques

Le Tribunal fédéral a sanctionné plusieurs établissements

Peter Schulthess

ACTUALITÉS

4 Des prisons vaudoises surpeuplées
Le Grand Conseil discutera des mesures à prendre

6 Le rôle des avocats en matière de lutte contre le blanchiment
Des devoirs de diligence renforcés pour les avocats

MAGAZINE

18 Le projet sur l'action collective s'enlise au Parlement

50 La Suisse condamnée pour la pratique du *kettling*

51 L'Afrique du Sud dénonce Israël devant la Cour internationale de justice

ARTICLES SCIENTIFIQUES

24 Les effets positifs de la révision du CPC sur l'action en partage

28 Véhicules autonomes: une approche contradictoire

32 Un procès historique sur la responsabilité climatique des entreprises

38 Le proche de la victime dans la procédure pénale

RUBRIQUES

2 Calendrier

42 Livres

44 La revue des revues

46 Jurisprudence

51 La Der

plaidoyer. Revue juridique et politique,
42e année, n° 1 du 5 février 2024
Paraît tous les deux mois ISSN 1420-5556
L'accès aux archives sur le site www.plaidoyer.ch est gratuit pour les abonnés. Prière d'introduire le numéro de client figurant sur la facture d'abonnement. Pour connaître votre numéro, vous pouvez aussi composer le 021 310 73 67.
Site web: www.plaidoyer.ch

Rédaction romande: plaidoyer
Avenue de la Rasude 2, CP 1465, 1001 Lausanne
Tél. 021 310 01 34
Fax 021 310 73 69
E-mail: info@plaidoyer.ch
Service des abonnements:
plaidoyer
CP 1440, 1001 Lausanne
Tél. 021 310 73 67, fax 021 310 73 69
E-mail: abo@plaidoyer.ch

Directeur de la publication:
René Schuhmacher (res.).
Rédaction:
Sandra Renevey (sar), resp. rédaction romande,
Karl Kümin (kk), resp. rédaction alémanique,
Gjon David (gd), Benjamin Rothschild (bro).

Ont collaboré à ce numéro:
Sou'al Hemma, juriste et traductrice, Fribourg;
Steve Reusser (str), docteur en droit et traducteur, Fribourg; Thomas Müller (tom), docteur en droit;
Corinne Reber (cr), avocate, Zurich; Christophe Wilhelm, avocat, Lausanne; Raphaël Mahaim, avocat et conseiller national, Lausanne;
Lea Schlunegger, Berne; Antoine Eigenmann, avocat et professeur titulaire, Lausanne;
Marc Beuchat, avocat, Lausanne; Maëlle Roulet, avocate, Genève; Stéphane Grodecki, avocat, Genève; Arnaud Nussbaumer-Laghzaoui, avocat, Genève; Camille de Salis-Soglio, avocate stagiaire, Genève; Timko Chatagnat, juriste, Lausanne; Raphaëlle Giroud, notaire, Friboug; Loïc Parein, avocat, Lausanne.
Layout: Audrey Chevalley;
Lúcia Ribeiro Magalhaes;
Pascale Toschini Portner.
Production: Sandra Renevey.
Correction: Ludovic Roulin.
Photo de couverture: Yves Leresche.
Impression: Stämpfli SA, Berne.
Publicité: Ki Média S. à r. l., CP 150,
1001 Lausanne, tél. 021 310 18 21,
www.kimedia.ch, CP 75, 8024 Zurich,
tél. 044 253 83 53, anzeigen@kimedia.ch
Éditeur: Editions Plus S. à r. l./Konsumenteninfo AG, Zürich.
Indication des participations importantes dans d'autres entreprises au sens de l'art. 322 CP:
Editions Plus S. à r. l.
Tirage: 2'822 (tirage certifié par un notaire 9/2023).
Prix de l'abonnement: 179 fr. par an (six numéros); étudiants 95 fr.; abonnement combiné (six numéros en français et six en allemand) 279 fr.
Prix par numéro: 30 fr.

Surpopulation carcérale dans le canton de Vaud

La Commission des visiteurs du Grand Conseil (CVGC), compétente pour l'examen des conditions de détention sur sol vaudois, a rendu son rapport couvrant la période du 30 juin 2022 au 30 juin 2023. Le Grand Conseil se penchera sur la liste de recommandations et les conclusions de la CVGC le 6 février. Les statistiques d'occupation font état d'une surpopulation chronique dans la prison du Bois-Mermet (166 %), réservée aux détentions avant jugement, et dans l'établissement pénitentiaire de la Croisée (138 %). Cette surpopulation serait causée par différents facteurs dont la forte augmentation du nombre de personnes condamnées, l'occupation des places par des personnes en exécution de sanction dans les établissements prévus pour la détention préventive, une pratique restrictive en matière de libération conditionnelle ou l'augmentation de la durée des mesures thérapeutiques. Il est par ailleurs souligné que le canton de Vaud fait partie des trois cantons suisses faisant l'usage le plus massif de la détention provisoire et de la détention pour des motifs de sûreté. Forte de ces constatations, la CVGC a adressé une liste de treize recommandations au législateur vaudois qui portent notamment sur la lutte contre la surpopulation carcérale ou l'amélioration de l'accès aux soins. *(sar)*

Keystone

La surpopulation carcérale péjore l'état de santé des détenus.

Getty

L'état de sidération sera considéré comme l'expression d'un refus.

Modification du droit pénal en matière sexuelle

Le Conseil fédéral a décidé de l'entrée en vigueur des dispositions révisées du droit pénal sexuel au 1er juillet 2024. Les effets de la mise en œuvre de cette réforme compromissoire très débattue ne manqueront pas de nourrir les discussions entre praticiens (Véronique Jaquier, Camille Montavon, *Rapports sexuels non consentis: pourquoi une telle résistance?*, Revue pénale suisse 2/2023, p. 178 ss.). Outre le remplacement de la menace et de la contrainte par la solution du refus (non, c'est non), d'autres modifications essentielles alignées sur l'évolution de la société seront intégrées. Tel est le cas de la prise en considération de l'état de sidération, la suppression d'un archaïsme limitant le viol à la pénétration péno-vaginale ou la répression du *stealthing* (retrait furtif et non consenti du préservatif). Le législateur a par ailleurs souhaité renforcer la protection des victimes en permettant aux autorités d'obliger aussi les auteurs d'une infraction de désagréments d'ordre sexuel à se soumettre à un programme de prévention. *(sar)*

Les enfants ne supporteront plus les impayés

À compter du 1er janvier 2024, les assureurs ne pourront plus poursuivre les mineurs pour les primes impayées par leurs parents. Les articles 61a et 64 al. 1bis LAMAL précisent à cet effet que les parents sont les débiteurs exclusifs des primes et de la participation aux coûts des enfants jusqu'à leur majorité. Ces dispositions ne s'appliquent toutefois qu'aux primes, participations aux coûts, intérêts moratoires et frais de poursuite non payés des assurés encore mineurs au début de cette année. *(sar)*

Intégration des impôts au minimum vital

Le 1er novembre 2023, le Conseil fédéral s'est exprimé favorablement au principe de prise en compte des impôts dans le calcul du minimum vital dans les conclusions de son rapport rédigé sur mandat du Conseil national. Un avis positif tempéré par la possible augmentation de la charge de travail des autorités et la nécessité d'instaurer un régime spécial pour les créances d'entretien. Cette proposition de modification s'inscrit dans une prise de conscience globale des impacts du surendettement des privés. Dans son rapport explicatif sur l'avant-projet de modification de la loi sur la poursuite pour dettes et la faillite visant l'extension des possibilités d'assainissement des personnes privées, le Conseil fédéral soulignait les impacts positifs d'une réforme limitant les risques d'un endettement au long cours: «Le projet permet aux pouvoirs publics d'économiser des coûts à long terme. Les créanciers profiteront eux aussi de l'élimination de fausses incitations et de la réinsertion économique des débiteurs.» *(sar)*

Getty

Des mesures pour sortir de la spirale de l'endettement.

Tribunal fédéral: changements internes

Au mois de septembre 2023, la Cour plénière du Tribunal fédéral a affecté les juges récemment élus à leurs cours respectives. Depuis le 1er janvier 2024, Rolf von Felten (Le Centre) œuvre au sein de la Première Cour de droit pénal et Mathias Kradolfer (PLR) auprès de la Deuxième Cour de droit public. Stéphane Hartmann (Les Verts) passe de la Deuxième Cour de droit public à la Deuxième Cour de droit civil, dont la voilure est réduite. Aussi, le nombre de juges rattachés à cette section passe de six à cinq. Après l'arrivée de Stephan Hartmann, cette Cour sera composée de trois juges issus des partis bourgeois et de deux juges de gauche. Stephan Hartmann, professeur de droit privé et de droit privé comparé à l'Université de Lucerne, traitera désormais d'affaires en adéquation avec sa spécialisation. Ce début d'année est aussi marqué par deux départs à la retraite, ceux des juges Elisabeth Escher et Felix Schöbi (Le Centre). *(bro/sar)*

Lutte contre le secret de l'av

«Cette réforme sera indolore pour les avocats qui pratiquent leur métier avec diligence.»

Raphaël Mahaim

Yves Leresche

Raphaël Mahaim
Avocat
Docteur en droit
Conseiller national (Les Verts)

Profession d'avocat • L'avant-projet sur la loi sur la transparence des personnes morales (AP-LTPM) sera prochainement discuté aux Chambres fédérales. Les discussions porteront essentiellement sur le renforcement des obligations de diligence des avocats en matière de lutte contre le blanchiment d'argent. Si Christophe Wilhelm critique une réforme qu'il considère comme inutile, Raphaël Mahaim estime qu'une refonte du système est nécessaire.

plaidoyer: Le Secrétariat d'État aux questions financières internationales (SFI) estime qu'il y a urgence à légiférer. Estimez-vous que cette évaluation est justifiée? Et, si tel n'est pas le cas, le statu quo est-il encore envisageable?

Christophe Wilhelm: Oui, le statu quo est envisageable. Le droit suisse actuel permet d'ores et déjà de lutter contre le blanchiment d'argent et le crime organisé. Le refus total de coopérer et le secret bancaire absolu font partie du passé. La Suisse dispose d'un mécanisme d'entraide établi et fonctionnel et de dispositions pénales s'imposant à tous les acteurs, qu'ils soient avocats ou conseillers. Le cadre législatif existant est suffisamment crédible pour ne pas se précipiter face aux directives émises par des gremiums internationaux qui ne sont pas assortis d'une légitimité démocratique extrêmement forte. Il faut prendre le temps d'analyser ces exigences et laisser la place et le temps au débat démocratique. Or, ce projet semble quelque peu prématuré et accorde de très larges compétences à l'Administration fédérale. Je le regrette pour ma part.

Raphaël Mahaim: Le Parlement va passer à la moulinette cet avant-projet, qui sera, à mon avis, largement remanié. Cela prendra du temps, et le rythme du processus démocratique sera respecté.

plaidoyer: La pression ne provient pas seulement des organismes internationaux (GAFI, OCDE), mais aussi des médias et de l'opinion publique. On ne peut plus l'ignorer.

Christophe Wilhelm: J'en conviens mais il faut que le rythme démocratique et législatif soit respecté. Il y a à peine deux

le blanchiment: ocat sous tension

«L'avocat, qui n'est ni un délateur, ni un agent du fisc, sera poussé à formaliser systématiquement toutes ses activités.»

Christophe Wilhelm

Christophe Wilhelm
Avocat
Docteur en droit
Chargé de cours en droit commercial à l'Université de Neuchâtel

ans, le Parlement s'est opposé à des modifications de la loi sur le blanchiment (LBA) allant dans le même sens que celles proposées dans l'actuel avant-projet.

Raphaël Mahaim: J'estime qu'il y a un besoin de réforme. C'est toujours assez délicieux d'observer l'évolution du langage du Conseil fédéral. Pendant des années, le Conseil fédéral a martelé qu'il n'y avait aucune urgence d'agir en s'appuyant sur les normes législatives et professionnelles existantes. En réponse à diverses interventions parlementaires, ce dernier avait toujours souligné qu'il n'était pas nécessaire de créer un registre des ayants droit économiques ou de soumettre les avocats à des exigences plus strictes en matière de lutte contre le blanchiment d'argent. Du jour au lendemain, ce même Conseil fédéral indique qu'il y a urgence d'agir… Un revirement pour le moins paradoxal. À mon sens, cela révèle surtout qu'il a fait usage de la langue de bois durant de longues années alors que le besoin d'agir était déjà visible de longue date. Ce changement de paradigme ne provient pas seulement de la pression des médias et de l'opinion publique mais aussi du constat du SFI et de l'Administration fédérale, qui se sont heurtés à une série d'obstacles dans la mise en œuvre des sanctions contre la Russie. Ces coups de frein ont porté atteinte à l'image de la Suisse au niveau international.

plaidoyer: L'Ordre des avocats genevois a ouvertement critiqué des imprécisions lors de la mise en œuvre des sanctions contre la Russie qui ont mis à mal le secret de l'avocat. Cet avant-projet ne relance-t-il pas le débat?

Raphaël Mahaim: Il existe assurément un point de tension entre le secret professionnel et les mesures de lutte contre le blanchiment d'argent. Cela ressort assez clairement de certaines dispositions de l'avant-projet. Ce champ de tension est notamment apparu au grand jour lors de la mise en œuvre de l'ordonnance sur l'Ukraine. Ce processus a révélé une zone grise que le Conseil fédéral, qui naviguait à vue, n'a pas su définir. Dans deux cas de figure bien connus, la situation juridique est claire: d'une part, le fait que l'avocat qui agit comme intermédiaire financier soit soumis à la LBA ne suscite pas de débat. D'autre part, tout le monde s'accorde à dire que la défense pénale ou la représentation en justice d'un client est protégée par un secret professionnel absolu. Les incertitudes proviennent du manque de définition des prestations se situant entre ces deux extrémités, notamment dans le domaine du conseil. C'est l'un des mérites de cet avant-projet: cette zone grise est désormais circonscrite à l'article 13a de l'avant-projet de la loi sur les avocats (AP-LLCA).

plaidoyer: Les questions des praticiens étaient d'ailleurs très concrètes, à l'instar de l'avocat s'interrogeant sur le traitement du client russe souhaitant une évaluation des risques d'une action judiciaire en Suisse.

Raphaël Mahaim: La Suisse a malheureusement du retard par

rapport à certains voisins qui ont déjà fait le travail de mieux délimiter cette zone grise. Sous l'angle de l'exigence constitutionnelle de la base légale et de la prévisibilité du droit, il est salutaire de définir ce qui tombe sous le coup des obligations de diligence et du dispositif de lutte contre le blanchiment et ce qui en est exclu. Et là je serai le premier à continuer à défendre que certaines activités typiques de l'avocat doivent en être exclues, sans quoi il n'y a plus de défense, plus d'accès à la justice.

Christophe Wilhelm: Effectivement, les activités typiques de l'avocat, soumises au secret professionnel absolu, et les activités d'intermédiation financière sont très clairement circonscrites. Cette zone grise a toujours existé et est bien comprise. Personnellement, j'estime que je n'exerce pas l'activité traditionnelle de l'avocat lorsque je conseille un client dans le cadre de la constitution d'une société. Il est donc indispensable de connaître son client, l'objectif de la société nouvellement créée et la provenance des fonds. Cette tentative de définir cette zone grise ne me convainc pas. Le Tribunal fédéral a d'ores et déjà relevé que la constitution de sociétés n'entrait pas dans le champ de l'activité typique de l'avocat protégée par le secret professionnel. Aussi pourrait-on conclure que les activités qui ne sont pas décrites à l'art. 13a LLCA sont couvertes par le secret professionnel. L'avocat, qui n'est ni un délateur, ni un agent du fisc, sera poussé à formaliser systématiquement toutes ses activités pour éviter le reproche de violer ses nouvelles obligations. Il en découlera ainsi inévitablement une charge administrative supplémentaire importante.

plaidoyer: Les annonces au MROS ne devraient pas représenter une charge importante, puisqu'elles sont plutôt rares.

Christophe Wilhelm: L'annonce au MROS ne me fait pas peur en soi. Certains pourraient même être amenés à faire des annonces au MROS à titre préventif pour se prémunir d'une éventuelle responsabilité. C'est plutôt la présomption de culpabilité pesant sur les activités visées par la liste qui est dérangeante.

plaidoyer: Les avocats ne sont-ils pas aujourd'hui considérés comme des *gatekeepers*?

Christophe Wilhelm: Je n'en ai pas l'impression. Ce sont d'abord les flux financiers qui importent. Les banques, en leur qualité d'institutions financières régulées, jouent un rôle central en matière de lutte contre le blanchiment et auront accompli leur devoir, soit avant l'intervention de l'avocat, soit concomitamment. L'avocat est tenu de dénoncer les cas lorsqu'il se trouve face à des schémas particulièrement insolites entre différentes banques ou un client souhaitant effectuer une transaction avec de l'argent liquide. Il devra le faire sous peine de se rendre coupable de blanchiment d'argent (art. 305bis CP) ou de défaut de vigilance (art. 305ter CP). Les garde-fous existent d'ores et déjà.

Raphaël Mahaim: Le parallélisme avec le monde bancaire me rappelle les discussions sur la levée du secret bancaire et l'entraide internationale. Les milieux bancaires avançaient des arguments similaires et soulignaient avoir aussi mis en place des normes de *compliance* internes. Ces démarches devaient être saluées au même titre que, pour ce qui concerne les avocats, les améliorations apportées au code suisse de déontologie (CSD). La même crainte d'être mué en gendarme de la propreté financière était exprimée. Or, l'expérience a démontré que tel ne fut pas le cas. Les banques n'ont ni perdu en efficience, ni éprouvé de difficultés importantes. Et, contrairement à ce que vous relevez, la liste de l'art. 13a AP-LLCA ne présume pas de la culpabilité des prestataires. Cette disposition traite de l'assujettissement à un dispositif et met en lumière des activités à risque. En principe, la transaction ne sera pas problématique. Il faut toutefois admettre que certains avocats ont facilité des activités de blanchiment ou contourné les sanctions par le biais des transactions visées et c'est ce type de risques qui justifient la révision. Quant au secret professionnel, il s'agit là de faire preuve d'honnêteté et de transparence, ces cas étant déjà dénoncés au MROS par les avocats diligents. Vu la pratique existante, cristallisée par la jurisprudence du Tribunal fédéral, la réforme sera en réalité indolore pour les avocats qui pratiquent leur métier avec diligence. On ne saurait prétendre qu'on fait déjà le nécessaire et se plaindre dans le même temps que ces mesures risquent de générer un travail administratif supplémentaire. Si les mesures vont réellement plus loin, on ne saurait à l'inverse prétendre que l'on en fait déjà assez. Ces éclaircissements législatifs vont apporter des précisions bienvenues et nécessaires vu les risques évoqués. Il est par ailleurs juste de relever que les banques ont une grande responsabilité, mais l'avocat est aussi un maillon de la chaîne. Fréquemment, l'avocat pourra s'adosser au banquier qui porte la responsabilité de l'arrière-fond économique de la transaction. Il peut toutefois arriver qu'il soit le seul *gatekeeper*. D'où la nécessité de disposer d'un cadre clair.

Christophe Wilhelm: Nous ne sommes plus à l'ère des Panama Papers! Certes, il est connu que certains membres de la profession ont dépassé les limites de

La Suisse emboîte le pas à l'UE

L'AP-LTPM ainsi que les modifications envisagées de la LBA et la LLCA ont pour objectif d'accroître la transparence des personnes morales et le mécanisme d'identification des bénéficiaires par la création d'un registre central. Selon l'art. 28 AP-LTPM, les autorités fédérales et les commissions cantonales de surveillance des avocats, notamment, auront accès au registre. Les avocats pourront y accéder «dans la mesure où les données sont nécessaires à l'accomplissement des obligations de diligence prévues par la LBA ou la LLCA». Point central de la réforme, certaines activités des avocats seront soumises à des obligations de diligence renforcées. À cette fin, un catalogue prévu dans la LBA et la LLCA étendra le champ d'application de ces obligations à certaines prestations comme la création de société ou la vente et l'achat d'immeubles. Cette réforme se déroule alors que l'Union européenne prévoit d'améliorer le mécanisme de lutte contre le blanchiment. Le Parlement européen étudie actuellement un paquet législatif prévoyant un registre central des bénéficiaires effectifs accessible aux journalistes et à la société civile ou encore la création d'une Autorité européenne de lutte contre le blanchiment d'argent.

l'acceptable à l'époque. Ce n'est plus le cas aujourd'hui: le cadre a été posé et est largement admis. Cette liste comporte une série de défauts. Par exemple, les activités de gestion à titre fiduciaire, comme la représentation d'un actionnaire, devraient y figurer. A contrario, certaines activités, à l'instar de la rédaction de statuts ou la participation à l'administration d'une SA sans mandat de représentation, n'ont pas leur place dans ce catalogue.

plaidoyer: Que dire de l'omission des activités des notaires, qui seraient limitées, selon le rapport, aux transactions immobilières?
Christophe Wilhelm: Effectivement, il faut viser tout le monde. Un des points positifs de cet avant-projet est d'impliquer tant les conseillers que les avocats. Il est clair que les notaires doivent être intégrés au même titre, puisque certains acteurs pourraient être tentés de s'engouffrer dans la brèche.

plaidoyer: Le registre des ayants droit économiques, outre son rôle pour l'Administration fédérale, pourrait-il aussi être utile à la profession en tant que source d'information?
Christophe Wilhelm: L'avocat peut disposer de ces informations par un autre biais. Le conseil d'administration de la SA doit tenir un registre des actionnaires et indiquer les ayants droit économiques. L'avocat qui ne reçoit pas d'informations après avoir demandé d'accéder audit registre devrait être sur ses gardes et refuser le mandat. L'idée d'un registre centralisé s'applique parallèlement aux dispositions du droit de la société anonyme. Actuellement, diverses mesures ont été mises en œuvre pour rendre la SA plus transparente, comme la mention obligatoire des ayants droit économiques dans le registre des actionnaires ou la suppression de l'action au porteur.

plaidoyer: Les médias et les organisations non gouvernementales (ONG) devraient-ils avoir accès au registre des ayants droit économiques?
Christophe Wilhelm: Non, je n'en vois pas la nécessité. D'autant plus que l'arsenal législatif existant, déjà efficace, pourrait être renforcé par les mesures prévues dans l'avant-projet. Les médias et les ONG sont utiles si l'État et les acteurs économiques ne remplissent pas leurs rôles.
Raphaël Mahaim: Au contraire, les médias et les ONG conservent un rôle de contre-pouvoir. L'État, même s'il dispose d'instruments efficaces, n'est pas infaillible. On ne saurait faire fi du facteur humain. Tel que le relève justement la Cour européenne des droits de l'homme, la presse tient le rôle fondamental de «chien de garde» de la démocratie. Je suis favorable à l'idée de ce registre en tant que mesures de lutte indispensables contre les sociétés écrans, créées à des fins de dissimulation du produit d'infractions illicites ou de contournement des sanctions. Le projet prévoit qu'en principe, les médias et les ONG doivent déposer une demande fondée sur la loi sur la transparence. À mon avis, ce registre devrait être accessible sur le principe avec certaines exceptions. La protection de la sphère privée ne peut pas être évacuée d'un revers de la main.

plaidoyer: Le Conseil fédéral est allé au-delà des exigences du GAFI avec ce registre des ayants droit. Va-t-il trop loin?
Christophe Wilhelm: Oui, et alors que ce n'est pas un critère absolu.
Raphaël Mahaim: Au regard de l'historique parlementaire, nous avons assisté à un revirement à 180 degrés et nous verrons ce qu'il ressort des travaux parlementaires. Il était erroné de considérer qu'il n'y avait pas de problème. Le GAFI a laissé une large marge de manœuvre aux États mais la position actuelle de la Suisse est de bon augure. D'abord en matière d'image, puis pour rattraper son retard.
Christophe Wilhelm: J'ai des doutes sur les effets positifs d'un renforcement réglementaire pour l'image de la Suisse. Notre isolement ne joue pas en notre faveur et notre gouvernement peine à expliquer les avancées législatives pour lutter contre le blanchiment et la criminalité.

plaidoyer: Le fait que les organismes d'autorégulation ne puissent prononcer que des sanctions administratives alors que le prononcé de sanctions pénales (amendes) est délégué à l'Administration fédérale ne vous choque-t-il pas?
Christophe Wilhelm: Il est dommage que la Suisse ne parvienne pas à expliquer et à faire comprendre au GAFI que le système d'autorégulation de la branche est parfaitement fonctionnel. Cette défiance par rapport à l'efficience de l'autorégulation est symptomatique d'un fossé culturel portant sur l'incompréhension du système corporatif suisse.
Raphaël Mahaim: Votre question concerne une ambivalence relative. Cette dichotomie est présente en droit administratif et en droit pénal administratif dans de nombreux domaines. Ce traitement différencié n'est pas étranger au système suisse. À titre d'exemple, le médecin pourra être sanctionné par la FMH et poursuivi pénalement.

plaidoyer: Ce projet parvient-il à régler la problématique du secret de l'avocat?
Raphaël Mahaim: L'article 13b, qui traite de l'obligation de communiquer, démontre que le point de tension entre le secret bancaire et la lutte contre le blanchiment n'est pas entièrement réglé. Selon l'alinéa 2, l'avocat peut se départir de cette obligation si les informations sont couvertes par le secret professionnel. Or, cette astuce législative risque surtout de générer des questions sempiternelles. La formulation de cette disposition est très emblématique du champ de tension qui subsistera de toute façon…
Christophe Wilhelm: Je trouve cette manœuvre maladroite et je ne vois pas bien quel secret l'avocat pourrait invoquer lorsqu'il effectue une transaction financière. C'est absurde.

plaidoyer: La délégation au Conseil fédéral est particulièrement critiquée par la FSA. Quel est votre avis?
Raphaël Mahaim: Effectivement, la problématique provient de la délégation accordée au Conseil fédéral pour régler le devoir de diligence et le principe KYC[1]. Je pense que la FSA s'inquiète à juste titre. Un risque subsiste, puisque l'administration pourrait rédiger une ordonnance complexe et difficilement applicable. Il serait préférable qu'elle soit élaborée conjointement avec les associations professionnelles. ▮

Propos rapportés par
Sandra Renevey

[1] *Know your customer*: règles portant sur l'identification et la vérification de l'identité du client.

La justice pénale suisse sous l'emprise de la société de l'information

Exécution des peines • Qualifiés de scandales judiciaires, les récidives et les délits commis durant les congés octroyés aux détenus font la une des médias. Cette focalisation renforce l'idée d'une société du risque zéro auprès des autorités. L'auteur présente des pistes pour parer à une évolution du droit pénal sous l'influence des médias.

Thomas Manhart
Juriste
Ancien chef du Service d'exécution des peines du canton de Zurich[1]

Le paysage médiatique a considérablement évolué au cours des trente dernières années. Jusque dans les années quatre-vingt, la norme était à la publication de reportages policés sur les instances étatiques. Au cours des années quatre-vingt, le monopole de la radio a été brisé en Suisse. S'est ensuivie l'apparition des premières chaînes de télévision privées suisses, et, plus tard, des quotidiens gratuits. Mais c'est surtout l'essor des réseaux sociaux ces dernières années qui a largement modifié la société de l'information.

Le crime de Zollikerberg du 30 octobre 1993 fut une véritable tragédie. Ce jour-là, un homme condamné à la réclusion à vie avait assassiné une jeune femme dans une forêt près de Zollikerberg (ZH) durant un congé. L'assassin avait été condamné à une peine privative de liberté à vie pour le meurtre de deux femmes et onze viols. Les autorités de poursuite pénale estimaient que cet individu était très dangereux. Au moment du crime, le détenu avait déjà bénéficié de plus de 100 congés pénitentiaires[2].

Tant le monde politique que le public ont exprimé, à juste titre, leur effroi et leur indignation. Bien évidemment, d'autres graves cas de récidives s'étaient sporadiquement déroulés avant l'assassinat de Zollikerberg. Mais ces affaires n'avaient pas engendré de grands scandales judiciaires. On s'indignait contre le criminel et non contre des autorités inspirant confiance.

Le conseiller d'État en charge du Département de la justice au moment des faits, Moritz Leuenberger, se trouvait au centre des critiques concernant le meurtre de Zollikerberg. Il deviendra ensuite conseiller national puis ministre des médias.

C'est alors que Roger Schawinski créa la première chaîne de télévision privée suisse, Tele Züri. Moritz Leuenberger, qui était encore conseiller d'État, me montra la programmation de Tele Züri, où une rubrique «Scandales judiciaires» était prévue. Et c'est exactement ainsi que les différentes radios et chaînes de télévision locales ont traité le volet judiciaire: en recherchant continuellement le grand scandale.

Après le meurtre de Zollikerberg, Moritz Leuenberger a mis en place une commission d'enquête composée de trois membres qui a rendu un rapport contenant de nombreuses recommandations. La commission fut ensuite maintenue. Et cette soi-disant commission spécialisée dans l'évaluation des délinquants dangereux pour la collectivité émettra dorénavant des avis pour chaque assouplissement du régime d'exécution des peines pour les délinquants potentiellement dangereux. Aujourd'hui, ce groupe, dénommé commission d'experts, a été institutionnalisé par la révision du code pénal de 2007[3].

En cas de graves infractions sexuelles ou violentes, les autorités d'exécution des peines demandent dorénavant des expertises externes complémentaires avant d'envisager l'assouplissement de l'exécution de la peine ou la libération. Les délicates décisions sur le pronostic du détenu sont ainsi de facto confiées à la psychiatrie.

Lors de graves récidives, les responsables jouaient et jouent toujours leur vie professionnelle et leur peau. L'une de mes prédécesseuses a démissionné en 2007 après un tel scandale judiciaire[4]. Aussi, les personnes exposées se protègent au mieux.

Bien évidemment le risque résiduel perdure, même s'il est

faible. Dans les affaires particulièrement médiatisées, la prise de risque était réduite au minimum. Ce qui explique l'exclusion systématique de tout assouplissement du régime d'exécution des peines.

Cependant, les assurances institutionnelles et personnelles ont apparemment également conduit à la quasi-absence de condamnation pénale des décisionnaires après une grave récidive. Il n'en demeure pas moins que les procédures en droit du personnel contre les responsables ont toujours cours en cas de récidives et de scandales judiciaires.

Dans le cadre de l'affaire de Zollikerberg, la commission d'enquête a estimé que l'ouverture d'une procédure pénale contre les fonctionnaires responsables n'était pas nécessaire. Du reste, aucune mesure disciplinaire n'a été prise.

À l'issue de la procédure dirigée contre le meurtrier de Zollikerberg devant la Cour suprême du canton de Zurich, différentes irrégularités des autorités d'exécution ont été révélées, notamment concernant la thérapie volontaire du criminel[5].

Soumis à une forte pression médiatique et politique, Moritz Leuenberger a alors ordonné qu'une procédure pénale soit diligentée à l'encontre de quatre auxiliaires de justice. La procédure s'est soldée par l'acquittement des quatre accusés en 1999. Toutefois, l'inadéquation de l'ancien système au suivi des délinquants à haut risque a clairement été mise en lumière. Il était nécessaire d'agir et d'évoluer.

Pour les autorités pénitentiaires, la peur de la récidive reste une préoccupation majeure voire un sujet paralysant. Cette crainte fait partie intégrante de l'ADN de la profession.

En 2007, le directeur de la justice de l'époque, Markus Notter, a réinstauré une commission d'enquête à la suite de l'agression d'un chauffeur de taxi, poignardé par un toxicomane sortant d'un séjour en institution. Le rapport de la commission d'enquête mentionnait notamment trois autres cas d'exécution des peines considérés à haut risque[6]. En tant que chef de service récemment nommé, j'ai donc annoncé aux cadres que ces trois personnes ne bénéficieraient certainement jamais d'un assouplissement du régime d'exécution des peines sous mon commandement. Sur ce point-là, je fus totalement partial. En 2011, je suis revenu sur cette déclaration dans le cadre de mon engagement professionnel.

La commission d'experts chargée d'examiner la dangerosité des délinquants joue un rôle important lors de l'allègement des mesures d'exécution des peines. Sans son aval, aucun allègement n'est possible dans les faits.

L'avis de la commission d'experts préjuge de la décision des autorités d'exécution, ce qui est discutable. En principe, le travail des experts se limite à une analyse sur dossier du cas. Le détenu ou son avocat n'ont pas le droit d'y prendre part directement ou d'être entendus par la commission d'experts. Cela peut certes se justifier formellement d'un point de vue juridique, puisque le droit d'être entendu du condamné quant à la prise de position de la commission spécialisée sera garanti après coup. Toutefois, si l'avis de la commission d'experts est transmis, l'affaire sera, pour ainsi dire, close.

Il serait équitable que le droit d'être entendu soit garanti par le biais de l'audition du détenu et de son avocat par la commission d'experts avant la délivrance de l'avis aux autorités d'exécution des peines. Aussi le détenu devrait toujours être entendu personnellement s'il en fait la demande.

Cependant, le constat suivant peut être dressé: ce mécanisme n'a pas seulement pour objectif d'offrir des garanties personelles aux responsables. Ce système, que nous avons également dénommé en interne «surassurance», est nécessaire dans une certaine mesure. Effectivement, cela permet d'assurer un système d'exécution des peines progressiste et efficient en Suisse et nous prémunit d'une régression.

Lorsqu'une grave récidive se produit, des voix s'élèvent immédiatement pour exiger un régime d'exécution des peines beaucoup plus sévère, l'interdiction généralisée des congés pour les détenus et une action en responsabilité personnelle contre les décisionnaires. La justice pénale est prise à la gorge.

La réflexion des autorités sur le risque zéro a de graves conséquences pour les détenus dès la détention préventive. Même en l'absence de risque de collusion, une prolongation de la détention, fondée sur des évaluations de dangerosité et les expertises succinctes idoines, reste possible en raison d'un risque de récidive, même fondé sur de simples soupçons. La réflexion sur le risque zéro se traduit tout au long de l'exécution de la peine.

D'une manière générale, la surveillance des détenus a été également renforcée. La surveillance technique est ainsi devenue plus étroite. Mais les défis posés par les nouvelles technologies sont également très importants, à l'instar des problématiques inhérentes aux téléphones portables introduits en fraude ou par effraction ou aux drones aériens.

[1] Pour cette contribution, l'auteur s'est inspiré et a adapté un discours prononcé lors du Dreiländerforum Strafverteidigung du 15.9.2023. Sa version intégrale ainsi que d'autres liens et textes sont disponibles à l'adresse suivante: thomas-leonhard-manhart.ch.

[2] Voir à ce sujet: *Mord im Hafturlaub*, film documentaire de la Radio Télévision suisse du 13.8.2007.

[3] Art. 62d al. 2 et 75a du code pénal suisse (CP; RS 311.0).

[4] Communiqué de presse du Conseil d'État du 9.3.2007.

[5] Marcel Bertschi, «Der Fall Hauert und seine Folgen», *in: Weltwoche*, 14.3.2019, hors-série *Justizvollzug heute*.

[6] Expertise sur le régime d'exécution des peines présentée dans le communiqué de presse du Conseil d'État zurichois du 20.11.2017.

Selon le credo de l'exécution des peines, l'amélioration de la protection des victimes doit prioritairement être réalisée par l'entreprise des thérapies réalisées par le service de psychiatrie et de psychologie.

Lorsque j'étais encore en fonction, les directions du service de psychiatrie et de psychologie de Zurich et l'établissement pénitentiaire de Pöschwies s'accordaient sur le fait que tout détenu incarcéré pour un crime violent ou d'ordre sexuel devait suivre une thérapie appropriée. Et ce, sans distinction entre les mesures ambulatoires et stationnaires ordonnées par le tribunal.

On ne peut pas contraindre un détenu à suivre un traitement psychiatrique. À mon avis, le fait que le service de psychiatrie et de psychologie parvienne à convaincre un condamné qu'une thérapie pourrait augmenter ses chances de vivre sans commettre d'infraction représente une option acceptable.

Dans le cadre d'un traitement psychiatrique, le thérapeute pourrait toutefois estimer que le risque de récidive est élevé, menant le détenu à commettre un crime violent. Dans certaines circonstances, l'internement pourrait effectivement être ensuite ordonné par le tribunal.

On arrive à de telles extrémités car ces thérapies ne sont pas couvertes par le secret médical. A minima, les autorités d'exécution des peines prendront connaissance des principaux résultats des traitements. L'illicéité de cette pratique est levée par le consentement donné à l'occasion de la conclusion du contrat de soins. Il est toutefois possible que le condamné ne consente pas librement. Bien souvent, ce dernier peut déduire qu'il n'a pas d'autre choix pour bénéficier d'un assouplissement du régime de privation de liberté.

Les droits de la personnalité du détenu et le secret médical sont ainsi clairement violés. Il n'est donc pas surprenant qu'une part croissante d'avocats de la défense déconseillent fortement à leurs clients de suivre un traitement psychiatrique ou une mesure thérapeutique ambulatoire ou stationnaire.

Selon mon appréciation personnelle, il s'agit d'une occasion manquée qui aurait permis au condamné de modifier positivement son comportement. D'un point de vue strictement statistique, les thérapies produisent généralement un effet positif sur le détenu. Elles permettent des assouplissements du régime d'exécution des peines et ne les empêchent que dans des cas exceptionnels.

À mon avis, il n'existe pas de base légale suffisante permettant d'exiger d'un condamné qu'il suive une thérapie en le menaçant des désagréments résultant d'un refus si ce traitement n'est pas ordonné par un tribunal.

De nos jours, la communication des autorités a notablement évolué. En 1994, il n'y avait pas encore de responsable de la communication à la Direction de la justice. Cela n'a changé qu'en 2007. Cette année-là, le directeur de la justice a engagé pour la première fois un porte-parole. En 2008, l'Office d'exécution des peines a engagé une spécialiste en communication. Entre-temps, le nombre de spécialistes de la communication a considérablement augmenté. Grâce à leurs conseils, l'information circule plus rapidement et de manière plus ouverte et plus transparente.

On constate toutefois toujours une tendance à l'enjolivement. Les autorités se retranchent encore derrière les procédures en cours, la protection de la personnalité et des données. La peur de la récidive reste ancrée.

Le cas de Brian Keller, connu jusqu'à récemment comme le prisonnier le plus célèbre de Suisse, représente une illustration récente de cette problématique. À l'occasion de son procès devant le Tribunal d'arrondissement de Dielsdorf fin octobre, l'expert Jonas Weber a clairement expliqué que le régime de détention prolongé en haute sécurité de Keller était contraire aux droits de l'homme et violait l'interdiction de la torture. Même dans ce cas, la Direction de la justice et de l'exécution des peines a fait preuve de réticence. Le directeur adjoint du service de l'exécution des peines a même déclaré que de telles mesures appliquées en *ultima ratio* étaient exceptionnellement admissibles[7] pour protéger les surveillants et les autres détenus. Ce qui est évidemment faux[8]. Pour ma part, c'est à cet instant que j'ai réalisé que je ne portais plus l'habit de chef de service depuis un certain temps déjà. Je ne dois plus m'inquiéter des devoirs inhérents à ma charge et à ma fonction. Je suis libre de faire ce que je veux et suivre mes convictions profondes.

Sur les trois ans et demi de détention de Brian Keller dans le quartier de haute sécurité de Pöschwies, je partage la responsabilité d'une année complète. Fin septembre 2019, j'ai quitté mes fonctions de chef du service de l'exécution des peines zurichois. Fin octobre 2023, j'ai adressé une lettre d'excuses à Brian Keller. Je savais que les avocats de Keller allaient la rendre publique. La publication ne s'est par ailleurs pas fait attendre[9]. J'ai senti que mes anciens collègues n'appréciaient pas ma lettre d'excuses et estimaient qu'il s'agissait d'une trahison. Mais ce n'était pas du

[7] «Ist Brian Keller gefährlich oder ist der Staat gefährlich für ihn? Das ist die grundlegende Frage hinter dem Prozess,» *Neue Zürcher Zeitung* du 31.10.2023

[8] Des exposés plus précis sont disponibles sur le site internet thomas-leonhard-manhart.ch. Également à ce sujet: *Letztes Traktandum – Varia* (p. 1195 ss.); ainsi que Jacqueline Fehr dans une interview de la *NZZ* «Einzelhaft ist keine Folter», du 16.11.2023.

[9] «Zürichs Ex-Gefängnischef entschuldigt sich bei Brian», (Tages Anzeiger du 6.11.2023).

tout mon intention. Cet écrit ne concernait que Brian et moi.

En matière de droit pénal, le législateur est aussi soumis à la pression de la société médiatique. Après chaque grand scandale, de nouvelles lois plus sévères et des peines plus lourdes sont exigées. Mais je suis clairement d'avis que le droit pénal doit toujours être l'*ultima ratio* et ne peut pas résoudre les problèmes de société.

La votation populaire sur l'introduction de l'internement à vie sans aucune possibilité d'examen de la libération illustre bien le caractère populiste de la révision du code pénal[10]. Par ailleurs, le Tribunal fédéral l'a toujours clairement exprimé. Cette réforme est contraire à la Constitution fédérale et à la Convention européenne des droits de l'homme.

Plusieurs révisions du droit pénal restreignent les compétences originelles des tribunaux, à l'instar de l'expulsion obligatoire et de l'interdiction d'exercer une profession en lien avec des enfants pour les pédophiles, etc. La compétence centrale d'un tribunal consiste à examiner librement chaque cas individuel en tenant compte de toutes les circonstances pertinentes. Les automatismes judiciaires sont contraires au principe de proportionnalité et à la séparation des pouvoirs.

Et lorsque les tribunaux agissent conformément à leur rôle et ne se laissent pas enfermer dans leur jurisprudence par des automatismes judiciaires, le retour de flamme médiatique et politique ne manque pas. Souvent, de nouvelles interventions politiques suivent.

Le plus important est de communiquer de manière proactive, en particulier lorsque des erreurs ont été commises. Si l'on attend, on prend automatiquement du retard. La communication proactive représente certainement une difficulté à surmonter. Il faut notamment faire preuve de courage pour reconnaître ouvertement ses erreurs. On parle certes toujours volontiers d'une nouvelle culture de l'erreur, mais celle-ci n'est guère perceptible, du moins de l'extérieur.

La meilleure protection de la justice contre les accusations sans fondement et les tentatives de pression est un haut niveau de professionnalisme et de compétence. De nombreux progrès ont été réalisés au cours des vingt dernières années, notamment dans le domaine de l'exécution des peines. La formation des professionnels s'est notablement améliorée, par exemple. De plus, des systèmes d'assurance qualité ont été mis en place dans toute la Suisse. Je pense ici à l'exécution des sanctions axée sur les risques et au système *Forensische Operationalisierte Therapie-Risiko-Evaluations-System (Fotres)*.

En théorie, il serait facile pour les juges de se libérer de l'emprise de la société médiatique. Aujourd'hui, ils sont particulièrement vulnérables aux éventuelles tentatives de pression du monde politique et en particulier de leur organe de nomination et d'élection puisqu'ils doivent être réélus selon le système en vigueur. Une solution très simple consisterait à ne procéder qu'une seule fois à l'élection des juges jusqu'à leur retraite, à l'instar de nombreux autres pays. En contrepartie, une procédure de révocation pour incapacité ou indignité serait introduite. Ce qui permettrait de renforcer considérablement l'indépendance des juges.

De mon temps, les avocats de la défense ne maîtrisaient pas le droit d'exécution des peines et des mesures aussi bien que le droit pénal matériel et la procédure pénale. Or, plus le temps passe, plus il est important de maîtriser cette matière. En Suisse, les lois et ordonnances cantonales sur l'exécution des peines ainsi que les directives des trois concordats sur l'exécution des peines et des mesures[11] en font partie intégrante.

Il faudrait toujours envisager de recourir contre des décisions négatives en matière d'exécution judiciaire. La première instance de recours représente un obstacle particulier. En règle générale, il s'agit du recours auprès du département cantonal compétent, soit d'un recours interne à l'administration. Il semble par conséquent difficile de parler d'une réelle voie de recours. D'un point de vue statistique, les recours ne sont que très rarement couronnés de succès. Mais le tribunal administratif, en tant que deuxième instance cantonale, a déjà rendu de nombreuses décisions en faveur des détenus.

Un conseil personnel sur un point essentiel: Certes, le Tribunal fédéral a décidé par le passé qu'il n'y avait pas de droit de participation de la défense lors de la «procédure» devant la commission spécialisée chargée d'évaluer la dangerosité du détenu pour la collectivité. Cette situation n'est pas satisfaisante. La doctrine la plus récente exige clairement un droit de participation lors de l'établissement des expertises[12]. En toute logique, ce raisonnement est transposable lors du processus conduisant à la reddition de l'avis émis par la commission spécialisée. Je suis convaincu que le Tribunal fédéral suivra tôt ou tard ces réflexions.

Adaptation française Sandra Renevey

[10] Resté lettre morte: art. 64 al. 1bis du code pénal suisse.

[11] Konkordate.ch: Chose frappante, le système d'exécution des peines zurichois ne prend guère en compte les règles Nelson Mandela (principes minimaux des Nations unies pour le traitement des détenus). Il s'agit certes de *soft law* mais ces minima devraient aussi être contraignants en Suisse en tant que standards minimaux internationalement reconnus pour des conditions de détention dignes.

[12] Thierry Urwyler, *Das Teilnahmerecht der Verteidigung am Explorationsgespräch des psychiatrischen Sachverständigen mit der beschuldigten Person im Lichte der EMRK,* Luzerner Beiträge zur Rechtswissenschaft, Zürich 2019 (Dissertation).

Des logiciels perfectibles

Gestion de données • Vertec. C'est le nom du logiciel suisse le plus utilisé par les cabinets d'avocats. Or, l'enquête menée par *plädoyer* démontre que la majeure partie des usagers restent déçus des performances de leurs programmes informatiques.

Il existe plusieurs logiciels adaptés aux besoins des cabinets d'avocats. Selon le conseiller informatique Loris Russe, ces programmes sont similaires quant aux fonctions de base, telles que la gestion des adresses et des délais, la saisie et la facturation des prestations ainsi que la gestion des documents. Certains offrent cependant des fonctions supplémentaires utiles, comme un lien avec d'autres applications.

Selon Loris Russe, il est essentiel que le logiciel s'adapte bien à l'infrastructure informatique préexistante. Prenons l'exemple d'un cabinet qui utilise Microsoft Office 365. Dans ce cas, il est important que le logiciel en question puisse reprendre automatiquement les entrées du calendrier Outlook afin de gérer au mieux les délais. À défaut d'intégration informatique, il faudra tenir deux calendriers.

La plupart des logiciels fonctionnent sur Mac et PC. Toutefois, certains ne fonctionnent que sur Windows, comme Winjur ou Neo. Grâce à l'informatique en nuage *(cloud)*, il est également possible d'utiliser certains logiciels sur internet. Cette option n'est cependant pas sans risque, notamment en ce qui concerne la sécurité des données et le respect du secret professionnel (*plädoyer* 1/2021).

Nos collègues de *plädoyer* ont contacté plusieurs cabinets d'avocats de taille différente en Suisse alémanique afin de savoir s'ils étaient satisfaits des logiciels utilisés. Cinquante-quatre ont répondu. Parmi eux, une majorité utilise Vertec (seize cabinets d'avocats). Suivent Plato (sept) et Winjur (cinq). À noter qu'en 2015, Winjur était le logiciel le plus utilisé (*plädoyer* 6/2015).

Il est aussi ressorti de l'enquête actuelle que quatre cabinets utilisent le logiciel Neo, et deux les programmes Madaba Win et Singlecase. Quatre autres cabinets utilisent chacun un logiciel différent, à savoir Elle, Exxas, Time Sensor et SAP. Les seize cabinets restants se passent de logiciel spécial, car Microsoft Office leur suffit.

Grande marge de progression

Verdict: un seul cabinet se dit satisfait de Vertec, estimant que le logiciel «fait tout ce qu'il a à faire». Cinq cabinets sont «assez satisfaits» et considèrent que le programme est «un peu complexe», mais «stable». Il ne couvrirait néanmoins «pas tous les besoins» et aurait des «difficultés d'adaptation».

À l'inverse, deux bureaux relèvent être carrément insatisfaits. Ils reconnaissent que le logiciel fonctionne bien, mais critiquent son prix trop élevé, son manque de clarté ainsi que les coûts supplémentaires engendrés par des adaptations pourtant nécessaires. Réponse d'Urs Berli, directeur des ventes Vertec: l'adaptabilité de ce logiciel est à la fois une bénédiction et une malédiction. Vertec permettrait en effet de faire à peu près tout, mais à un certain prix selon les options. Les fonctions supplémentaires les plus

LOGICIELS POUR AVOCATS

	Installé sur l'ordinateur				
	Madaba Win [1]	Neo	Plato	SAP	Vertec (Expert)
Frais uniques (licence)	3900.–	Aucun	De 150.– (51 personnes) à 950.– (utilisateur unique)	Aucune donnée	860.– par utilisateur [2]
Frais annuels	Aucun	360.– par utilisateur actif	Maintenance et support 19% des coûts de licence	Aucune donnée	Maintenance: 17% du prix de la licence. Support par téléphone: selon le nombre d'utilisateurs, entre 21 et 34% du prix de la licence
Système d'exploitation	Mac et PC	PC	Mac et PC	Mac et PC	Mac et PC

Prix en francs suisses sans TVA; [1] Support existant jusque fin 2025, mais possibilité de l'utiliser au-delà; [2] à partir du 11e utilisateur, 375.–; [3] requiert un *cloud*

couramment souhaitées par les avocats seraient toutefois accessibles gratuitement sur le site internet de l'entreprise (www.vertec.com → Espace clients → Base de connaissances → Plug-ins).

S'agissant de Plato, la plupart des clients en sont très satisfaits. Parmi eux, un cabinet d'avocat bâlois précise que «le logiciel remplit toutes les fonctions nécessaires et est relativement bon marché». Deux autres cabinets d'avocats se disent, pour leur part, plutôt satisfaits. Les critiques portent principalement sur l'amélioration de la formation des utilisateurs ou les lacunes du programme de comptabilité. Enfin, un client exprime sa déception en précisant que le programme est trop lourd.

Parmi les cinq cabinets qui utilisent Winjur, un seul est très satisfait et estime qu'il offre un bon support, fiable et facile à utiliser. À l'opposé, un autre cabinet se dit très insatisfait. Il regrette par exemple qu'il n'y ait pas de structure de dossiers pour classer les documents afférents aux différents clients. Michel Mazkour ne conteste pas cette lacune. Chef de produit chez Winjur, ce dernier précise toutefois qu'un système de classement est disponible avec le programme complémentaire «Documents». Seul hic, la licence en question coûterait près de 800 francs. Sans oublier les frais annuels pour la maintenance, soit 22,5% du prix de la licence.

Les utilisateurs de Neo et de Singlecase font état d'un très haut degré de satisfaction. Ceux de Neo apprécient tout particulièrement la clarté et la facilité d'utilisation du logiciel, et ceux de Singlecase, le bon support, les possibilités d'automatisation et la structure.

Le logiciel de SAP n'est pas adapté aux cabinets d'avocats. Il est toutefois utilisé par l'un des cabinets d'avocats contactés. Situé à Zurich, ce dernier précise que des adaptations ont été nécessaires. Il ajoute qu'il utilise en outre les programmes iManage pour pouvoir classer les courriels et indexer les documents, ainsi qu'Exhibit Manager pour créer et gérer les actes juridiques.

La plupart des avocats se disent plutôt satisfaits des autres programmes. Exxas convainc par son indépendance vis-à-vis du poste de travail. Le logiciel mériterait toutefois d'être développé pour les thèmes plus complexes, comme la gestion des marques. Le logiciel Elle obtient également la satisfaction de ses utilisateurs – la maîtrise de ce programme exige cependant une formation importante.

Grandes différences tarifaires

Et quid du prix? Les différences sont notables (voir tableau). Ainsi, les frais de licence – à payer une seule fois – pour le module de base de Vertec s'élèvent à 860 francs par utilisateur (375 francs à partir du onzième utilisateur). À cela s'ajoutent les frais annuels liés à la maintenance, soit 17% du prix de la licence, ainsi que les frais liés au support reçu par le biais de l'assistance téléphonique, soit, selon le nombre d'utilisateurs, entre 21 et 34% du prix de la licence.

Vertec propose aussi un abonnement *cloud*. Dans ce cas, les frais annuels s'élèvent à 600 francs pour le module de base (240 francs à partir du onzième utilisateur), mises à jour et assistance téléphonique comprises.

Le prix d'une licence standard pour Plato, logiciel de la société saint-galloise All Consulting, varie entre 150 francs (à partir de cinquante et un utilisateurs) et 950 francs (un utilisateur). À cela s'ajoutent les frais annuels pour la maintenance et l'assistance téléphonique, à savoir 19% du prix de la licence. Repris début 2023 par Abacus Research, de Wittenbach (SG), Plato continuera probablement à être exploité sous le nom d'Abaplato à partir de juin 2024.

Le prix de la licence pour Winjur s'élève à 1290 francs par utilisateur, auxquels se greffent des frais annuels de 359 francs par utilisateur.

L'acquisition ou le remplacement d'un logiciel entraîne également des frais supplémentaires pour l'exportation et l'importation des données. Le montant dépend de la quantité et de la qualité des données en question.

Beatrice Walder

Adaptation française Sou'al Hemma

		Utilisable uniquement via internet				
	Winjur	**Elle**[3]	**Exxas**	**Singlecase**	**Time Sensor**	**Vertec (Expert)**
	1290.– par utilisateur	Aucun	Aucun	Aucun	Aucun	Aucun
	359.- par utilisateur	De 1188.– par utilisateur (petit cabinet) à 1368.– (cabinet plus grand, plus de fonctions)	828.– par utilisateur	Actuellement 960.– par utilisateur, dès l'été 2024: 1200.–	De 108.– à 348.– par utilisateur en fonction de la version	600.– par utilisateur[4]
	PC	Tous les systèmes	Tous les systèmes	Tous les systèmes	Tous les systèmes	Tous les systèmes

Microsoft, fonctions supplémentaires payantes disponibles; [4] à partir du 11e utilisateur, 240.–

Le Tribunal fédéral dénonce un régime trop sévère

Détention administrative • Les restrictions de liberté dans les cas de détention en vue de refoulement devraient être moins strictes. Plusieurs personnes expulsées se sont défendues, avec succès.

En cas de non-respect du délai imparti pour quitter le territoire, les étrangers sans autorisation de séjour risquent la détention administrative. La loi fédérale sur les étrangers et l'intégration (LEI) mentionne notamment la détention en phase préparatoire et la détention en vue du renvoi ou de l'expulsion. La conséquence est la même pour les personnes concernées: elles ne sont pas enfermées pour un délit, mais en vue de leur expulsion. Le Tribunal fédéral (TF) a dès lors décidé que «le régime d'exécution doit être plus libre que celui qui s'applique en cas de détention préventive ou d'exécution de la peine»[1]. La loi prévoit d'ailleurs que le principe de séparation s'applique, de sorte que les détenu·e·s en matière administrative devraient se retrouver dans un «établissement spécial» et non pas dans le même établissement que les personnes en détention préventive ou exécutant une peine.

Cette notion d'«établissement spécial» est issue du droit de l'Union européenne (UE), dont la Suisse doit tenir compte en raison de l'Accord de Schengen. Ainsi, dans la jurisprudence du TF, il a souvent été question de savoir si une prison pouvait être qualifiée d'«établissement spécial» remplissant les conditions de la détention administrative.

Dans les faits, les prisons concernées font rarement bonne figure lorsqu'il s'agit de détention administrative. Le même constat s'applique pour «l'établissement pénitentiaire de Stans, notoirement connu du tribunal[2]», l'aile indépendante de la prison régionale de Berne, la prison de détention préventive de Soleure, l'établissement pénitentiaire de Realta dans les Grisons ou encore la prison de Bazenheid à Saint-Gall. Selon le Tribunal fédéral (TF), aucun de ces centres de détention ne peut être considéré comme un établissement spécial, faute de respect du principe de séparation[3].

Des établissements pénitentiaires décriés

Ces établissements ont-ils réagi à la critique de la Cour suprême? Les offices des migrations de Stans (NW), Realta (GR) et Bazenheid (SG) indiquent en tout cas qu'ils n'effectuent plus de détention en vue de refoulement. Dans les prisons de détention préventive de Soleure et Olten (SO), les détentions en vue de refoulement ne dureraient pas plus de 96 heures. Interrogés par nos soins, d'autres établissements, qui n'ont pas été réprimandés mais qui ont également exécuté des peines et des détentions administratives, déclarent qu'ils n'effectuent plus de détention administrative ou qu'ils la limitent aussi à 96 heures.

Rappelons que, dans les faits, le TF impose aussi aux cantons le respect d'autres conditions. Ainsi, lorsque la détention administrative ne peut pas se faire dans un établissement spécial, le placement temporaire dans un secteur particulier d'un établissement pénitentiaire n'est admissible que si sa durée se limite à quelques heures ou quelques jours, et s'il repose sur de bonnes raisons[4]. En d'autres termes, même si elle ne dure pas plus de 96 heures, une détention en vue de refoulement ne peut être effectuée dans un établissement pénitentiaire ordinaire qu'après un examen minutieux de toutes les circonstances.

Interrogés à ce sujet, certains, comme l'Office des migrations de Soleure ou la direction de la prison de Glaris, expliquent qu'ils appliquent un délai de 96 heures, car il s'agit du délai légal à partir duquel la détention doit être examinée judiciairement. L'Office des migrations de Soleure ajoute qu'il ordonne toujours un examen au cas par cas du motif de la détention.

> «Les locaux destinés à la détention administrative doivent être strictement séparés de ceux qui sont destinés à la détention préventive ou à l'exécution d'une peine.»

Enfermé jusqu'à 18 heures par jour

Les conditions de détention administrative doivent par ailleurs aussi répondre à certains standards. Prenons l'exemple de la prison régionale de Moutier. Selon le TF, cette dernière remplit les conditions inhérentes au principe de séparation. Celles liées à la détention elle-même restent par contre critiquables. Le TF lui reproche notamment le fait qu'un requérant ait été enfermé 18 heures par jour, sans accès à internet. Il considère que ces restrictions violent le droit à la liberté personnelle ainsi qu'à la liberté d'expression et d'information[5].

Olivier Aebischer, porte-parole de l'Office de l'exécution judiciaire du canton de Berne, affirme que les conditions de détention à la prison régionale de Moutier ont été adaptées. «Aujourd'hui, les divisions au sein de l'établissement pénitentiaire restent en grande partie ouvertes pendant la journée». Il y aurait désormais aussi plus de possibilités de s'entraîner, avec une salle de fitness ouverte six jours par semaine. Quant à l'accès à internet, des tablettes seraient dorénavant mises à disposition.

Peter Schulthess

Établissement concordataire de détention administrative de Frambois (GE): Un exemple à suivre.

Autre exemple, le Centre de détention administrative en matière de droit des étrangers de Kloten (ZH). Ancienne prison de l'aéroport, qui, depuis avril 2022, ne pratique plus que la détention administrative, ce dernier a aussi dû essuyer diverses critiques. En effet, fin 2022, le Tribunal administratif de Zurich lui a reproché d'enfermer des détenus pendant près de 18 heures plusieurs fois par semaine. Il a également remis en cause le fait que le temps de promenade quotidien soit parfois inférieur à trois heures et l'accès hebdomadaire à internet inférieur à 50 minutes. Enfin, le tribunal a estimé que les heures de visite étaient trop rigides[6].

Selon le service de presse de l'ancienne prison de l'aéroport, «les heures pendant lesquelles les personnes placées peuvent se promener dans la cour, quitter leur lieu de détention et recevoir des visites ont été prolongées. L'accès à internet a également été élargi.»

Cela signifie-t-il que tout est en ordre? «Pas tout à fait», selon Matthias Wäckerle, membre du comité de l'association zurichoise Pikett Administrativhaft. Également avocat à Zurich, ce dernier a déjà représenté plusieurs personnes dans des procédures mettant en cause le régime de détention administrative, et ce, jusqu'au Tribunal fédéral. Les décisions qu'il a obtenues ont amené les établissements pénitentiaires de Realta et de Stans à ne plus exécuter de détention administrative et l'ancienne prison de Kloten à assouplir ses conditions de détention.

Matthias Wäckerle souligne toutefois que le régime reste excessivement restrictif malgré ces améliorations. L'avocat rappelle ainsi que «selon la jurisprudence, les atteintes aux droits fondamentaux dans le cadre de la détention administrative ne sont tolérables que dans la mesure où elles sont absolument nécessaires pour la préparation et l'exécution du renvoi[7]».

Autrement dit, l'enfermement en cellule entre 17 et 18 heures, la limitation de la durée de promenade à quelques heures par jour, l'impossibilité de recevoir des visites après les heures de travail ou durant le week-end, l'impossibilité de cuisiner soi-même ou encore la limitation de l'accès à internet à deux blocs de 50 minutes par semaine seraient tout autant de mesures inadmissibles.

C'est en tout cas ce que pense Matthias Wäckerle, qui estime que de telles restrictions ne sont pas nécessaires à l'exécution d'un renvoi. Un avis que partage Anne Mazzoni, directrice et conseillère juridique d'Asylex, une association qui apporte un soutien juridique aux réfugiés.

Détention administrative sans caractère carcéral

Matthias Wäckerle et Anne Mazzoni se rejoignent également sur un autre point, à savoir le fait que les établissements de détention administrative ne devraient pas revêtir de «caractère pénal». Ils s'appuient pour ce faire sur la jurisprudence du TF, selon laquelle les infrastructures en question doivent s'éloigner autant que possible du modèle carcéral[8]. En l'occurrence, la prison de l'aéroport de Kloten a été conçue comme une prison. Le centre de détention administrative indique toutefois qu'une transformation est prévue pour 2025.

Seule lueur d'espoir dans le paysage actuel, l'établissement concordataire de détention administrative de Frambois (GE). Ce dernier montre en effet qu'il est possible de faire autrement et est d'ailleurs considéré comme un modèle par la Commission nationale de prévention de la torture (CNPT). Anne Mazzoni estime d'ailleurs qu'il ne s'agit pas d'un centre de détention, mais plutôt d'une maison d'habitation clôturée et dotée d'une cuisine commune, d'un jardin et de chambres individuelles. ❙

Milad Al-Rafu

Adaptation française Sou'al Hemma.

[1] TF 2C_765/2022 du 13.10.2022, c. 4.2.1.

[2] TF 2C_280/2021 du 22.4.2021.

[3] TF 2C_447/2019 du 31.3.2020; 2C_844/2020 du 30.3.2020; 2C_662/2022 du 8.9.2022; 2C_765/2022 du 13.10.2022; 2C_781/2022 du 8.11.2022.

[4] ATF 146 II 201, c. 6.2.2.

[5] ATF 149 II 6.

[6] Tribunal administratif de Zurich, arrêt VB.2022.00700 du 15.12.2022.

[7] ATF 149 II 6, c. 4.2.3.

[8] ATF 146 II 201, c. 5.2.2.

Le périple vers une action collective

Défense des intérêts collectifs • Les propositions du Conseil fédéral concernant «l'exercice collectif des droits» sont bien moins ambitieuses que la réglementation européenne. Et ses effets sur l'économie seraient minimes. La Commission des affaires juridiques du Conseil national a pourtant renvoyé ce projet aux calendes grecques.

Tribunal de commerce de Zurich, 2017: Une action diesel truqués par VW.

Au mois de décembre 2021, le Conseil fédéral a adopté le message sur l'action des organisations et la transaction collective. Le projet de modification du code de procédure civile permettrait aux associations et aux autres organisations de faire valoir un droit à la réparation collective des dommages.

Cet exercice collectif des droits est toutefois soumis à des restrictions sur le plan formel. Les organisations devront ainsi être dépourvues de tout but lucratif, exister depuis au moins douze mois, prévoir dans leurs statuts la défense des intérêts du groupe de personnes concernées et être indépendantes de la partie adverse. Par ailleurs, les démarches judiciaires devront être soutenues par dix personnes au moins, et ce, avant le dépôt de l'action devant le juge civil.

Si la plainte est admise, d'autres lésés pourront se joindre à l'action dans un délai fixé par le tribunal *(opt-in)*. Le juge mènera ensuite une conciliation visant la conclusion d'un accord amiable. En cas d'échec de la conciliation, une décision sera rendue.

Lorsqu'une transaction collective est conclue à l'issue de la procédure de conciliation, une transaction avec option de retrait *(opt-out)* est envisageable. Cette possibilité s'appliquera lors de dommages dispersés (nombre élevé de lésés et faible montant du dommage). L'accord concernera tous les lésés qui n'ont pas expressément refusé le résultat des négociations dans le délai fixé par le tribunal.

La transaction collective sera ensuite examinée, approuvée et déclarée obligatoire par le tribunal. Le projet du Conseil fédéral ne prévoit pas d'autres règles procédurales spécifiques. Pour le surplus, les règles générales du code de procédure civile prévalent.

Selon Sara Stalder, la directrice de la Fondation pour la protection des consommateurs (SKS), «ce projet de loi sur la protection des intérêts collectifs représente une solution équilibrée». En 2019, la SKS a été déboutée par le Tribunal fédéral au motif que l'organisation ne disposait pas de la capacité d'ester en justice. Avant ce recours final, la fondation avait introduit une action contre Volkswagen et AMAG auprès du Tribunal de commerce de Zurich en 2017. À cette fin, environ 6000 acheteurs et preneurs de leasing touchés par le scandale Volkswagen avaient cédé leurs prétentions à la SKS.

La faîtière economiesuisse critique avec véhémence cette proposition et souligne les risques inhérents «à l'émergence d'une industrie des litiges». Selon l'organisation, les coûts liés aux risques augmenteraient pour toutes les entreprises et conduiraient à une hausse des prix pour les consommateurs.

Un projet laissant «trop de questions en suspens»

À la fin du mois de juin 2022, la Commission des affaires juridiques du Conseil national s'est prononcée en faveur d'un report de sa décision d'entrée en matière sur le projet du Conseil fédéral. La majorité des membres de la commission (14 voix contre 5 et 5 abstentions) considèrent que les informations présentées dans le message du Conseil fédéral sont insuffisantes. La commission a ainsi exigé des renseignements précis sur les impacts économiques des instruments proposés sur les entreprises et une analyse de droit comparé eu égard aux réglementations sur les actions collectives existantes dans l'Union européenne.

> «La menace d'une action collective pourrait avoir des effets préventifs sur les comportements déloyaux.»

La conseillère nationale (PS) et présidente de la SKS Nadine Masshardt s'est exprimée dans les colonnes du *Beobachter* en relevant qu'il s'agirait «d'une grossière manœuvre dilatoire». Cette critique cible certes les lenteurs de la commission mais ne prend pas en compte les lacunes du rapport de l'Office fédéral de la justice. Effectivement,

Keystone

en dommages et intérêts est déposée par la Fondation pour la protection des consommateurs dans la cadre du scandale des moteurs

le message ne comporte aucune indication concernant les impacts de l'action collective sur les entreprises. Et le pan portant sur le droit comparé se limite à quatre pages.

Dans les explications du Conseil fédéral, seul un bref exposé de la directive européenne relative aux actions représentatives visant à protéger les intérêts des consommateurs est exposé. Quant aux autres États membres, le rapport se cantonne à un bref aperçu des règles en vigueur en Allemagne, en Autriche, en Italie et aux Pays-Bas. Le temps écoulé joue aussi en défaveur du rapport puisque, à la fin de l'année 2022, tous les États membres ont dû transposer dans leurs législations respectives des mécanismes ouvrant la voie à une action collective.

La Commission des affaires juridiques du Conseil national a donc chargé le Département fédéral de justice et police de délivrer un rapport d'impact et une étude de droit comparé sur les actions collectives des États membres de l'UE. Le département a ensuite chargé le bureau de conseil bernois Ecoplan et l'Université de Lausanne de procéder à ces analyses. À la fin du mois de juillet 2023, les deux mandataires ont rendu leurs copies. Il en ressort 133 pages d'évaluation des conséquences de la réglementation et une étude de droit comparé de 112 pages. Quant au montant de ces études, la Commission des affaires juridiques n'a pas souhaité le communiquer à *plädoyer*.

La professeure de droit à l'Université de Lausanne Eva Lein a mené l'étude comparative sur la Directive UE 2020/1828 sur la plainte collective et son application en Belgique, en Allemagne, en France, en Italie, aux Pays-Bas et en Suède.

La directive expose des standards minimaux que les États membres doivent introduire. Les points suivants y sont traités:

- **Champs d'application (art. 2):** En principe, les actions collectives sont limitées aux atteintes portées aux droits des consommateurs. Or, certains droits nationaux prévoient un élargissement en intégrant d'autres domaines, à l'instar des Pays-Bas, qui connaissent une action collective en matière de protection climatique.

- **Qualité pour agir (art. 4):** Le cercle des personnes habilitées à introduire une action collective est limité par des conditions particulièrement restrictives. Selon les réglementations des États membres, les entités «qualifiées» peuvent se présenter sous la forme d'une organisation reconnue (Allemagne), d'un organisme public (Suède) ou d'une association ad hoc.

- **Actions transfrontalières (art. 6):** Les entités habilitées peuvent également intenter une action dans un autre État membre.

- **Examen des conditions de recevabilité (art. 7):** Les requêtes manifestement infondées doivent être rejetées par le tribunal.

- ***Opt-in/opt-out* (art. 9):** Les deux systèmes sont possibles. La plupart des pays étudiés ont adopté le système d'*opt-in*, exclusion faite de la Belgique et des Pays-Bas, qui ont choisi le mécanisme d'*opt-out*. L'Allemagne a également porté son dévolu sur l'*opt-out* lors des transactions.

- **Financement des frais de procédure par des tiers (art. 10):** Un financement par un tiers demeure possible si des garanties sont données pour éviter les conflits d'intérêts et veiller à ce que l'organisme en charge du financement n'exerce pas d'influence sur le déroulement du procès.

- **Frais judiciaires (art. 12 et 20):** La partie qui succombe supporte les frais judiciaires conformément au principe dit du «perdant payeur». Les États peuvent toutefois soutenir financièrement les actions en justice à l'instar de la Belgique. En France, par exemple, le tribunal peut condamner l'État à supporter ces frais.

- **Moyens de preuve (art. 18):** Conformément à la maxime des débats, chaque partie doit fournir les éléments de preuve pertinents. Toutefois, des mécanismes d'allègement du fardeau de la preuve existent. Le tribunal peut par exemple enjoindre la partie adverse à produire des éléments de preuve (Italie, Suède) ou inverser le fardeau de la preuve (Belgique).

Pas d'augmentation notable des plaintes collectives dans l'UE

Dans le cadre de son analyse, Ecoplan s'est appuyé sur l'expertise juridique de la professeure de droit zurichoise Tanja Domej. Le bureau d'étude a examiné les potentielles conséquences de la proposition du Conseil fédéral sur les entreprises et l'économie nationale. Il a notamment analysé des études réalisées dans d'autres pays européens et entendu quatorze experts issus d'Allemagne, des Pays-Bas, d'Autriche et de Suisse.

Finalement, le bureau d'étude ne parvient pas à évaluer les effets du projet de loi sur l'économie nationale en raison de l'impossibilité de prévoir le nombre d'affaires et leur valeur litigieuse. L'expérience européenne démontre toutefois qu'il ne faut pas s'attendre à une augmentation massive des plaintes. En France, on dénombre moins de trente cas pour la période comprise entre 2014 et 2021.

Le projet n'entraînerait pas de nouvelles obligations pour les entreprises, puisqu'il se limite à mettre à disposition des instruments permettant aux consommateurs de faire valoir leurs droits. Les entreprises qui se comportent correctement n'ont pas à craindre un surcroît de travail. En raison des risques financiers importants liés à la conduite d'un procès, il ne faut pas non plus s'attendre à un grand nombre de plaintes infondées.

Ni dépenses supplémentaires, ni augmentation de prix

Ecoplan estime que le projet produira un effet préventif sur les comportements illicites de certaines entreprises. Il en résulterait «un comportement concurrentiel plus équitable de tous les acteurs du marché». Les PME se comportant correctement pourraient également profiter de cette tendance.

Selon l'étude, la probabilité que le projet entraîne une augmentation des prix est particulièrement faible. Il en va de même de l'éventualité que des entreprises s'expatrient, le régime européen sur les actions collectives étant bien plus sévère.

La Commission des affaires juridiques a pris connaissance des deux études au mois de juillet dernier mais a de nouveau reporté sa décision d'entrée en matière. Selon la commission, une analyse approfondie doit être réalisée «pour empêcher l'utilisation abusive des instruments d'action collective et valider l'analyse d'impact de la réglementation en interrogeant les entreprises directement concernées».

La commission ne souhaite pas non plus préciser qui serait en charge de procéder à ces clarifications. Elle reprendra sans doute le dossier au cours du premier trimestre 2024. ❙

Keystone

Les organisations de défense des consommateurs rient jaune face aux atermoiements du Parlement.

Michael Krampf

Adaptation française Sandra Renevey

Juristes Démocrates de Suisse
Demokratische Juristinnen und Juristen der Schweiz

Giuristi e Giuriste Democratici
Svizzeri Giuristas e Giurists Democratics Svizzers

Schwanengasse 9, 3011 Berne
Tél. 078 617 87 17, fax 031 312 40 45, www.djs-jds.ch

JDS
DJS
GDS

STRIKE WEF

Recours contre l'autorisation restrictive de la randonnée hivernale au Tribunal fédéral

Pendant des années, on n'a guère entendu de critique pendant la semaine du WEF à Davos et dans ses environs. Seule la manifestation traditionnelle de la JUSO a été tolérée par les autorités. Les autres groupes critiques à l'égard du WEF ne pouvaient presque plus protester à Davos. En 2020, le nouveau groupe Strike WEF a pu mettre en place une nouvelle forme de protestation à Davos: une randonnée hivernale. Depuis lors, à chaque WEF, des personnes se rendent à Davos à pied pour exprimer leur mécontentement à l'encontre de l'industrie du pétrole, du gaz et de l'argent.

Le droit de participer à des manifestations et de les organiser est une composante essentielle de la liberté d'expression et de réunion garantie par les droits fondamentaux. À Berne et à Bâle, un *legal team* peut être sollicité par les organisateur·trice·s afin de documenter le respect des droits des participant·e·s aux manifestations. L'équipe joue avant tout un rôle d'observateur. L'objectif est de documenter le respect des droits fondamentaux des participant·e·s à la manifestation.

Pour la quatrième fois, environ 300 personnes ont marché jusqu'à Davos le week-end des 13 et 14 janvier 2024. Comme les années précédentes, le *legal team* des Juristes Démocrates de Suisse a accompagné la randonnée en tant qu'observateur·trice·s.

Au cours de ces quatre années, constat a été fait que les autorités restreignent cependant la randonnée hivernale chaque année un peu plus. Depuis la première randonnée, les contacts avec les autorités sont devenus de plus en plus compliqués et les autorisations de plus en plus restrictives. Alors qu'en 2020, il était encore possible de manifester sur la route cantonale, l'itinéraire autorisé ne passe désormais plus que par le sentier de randonnée, qui est certes situé dans un cadre extrêmement idyllique, mais qui rend impossible la visibilité de la manifestation auprès du public. En raison de la saison, il n'y a pratiquement personne sur ces chemins de randonnée et ils ne passent que devant quelques hameaux ou maisons isolées. Dans l'ensemble, le sentier de randonnée longe sur de longues distances la Landquart, qui passe tout en bas dans la vallée encaissée en hiver. Le chemin de randonnée est à peine visible, et encore moins audible. Cette année, il a été frappant de voir la police photographier sans raison les visages des participant·e·s et de l'équipe d'observation ainsi que le déploiement massif des forces de l'ordre et de militaires, qui – une fois arrivés à Davos – ont complètement isolé la manifestation et ont rendu encore plus impossible l'effet de publicité restant. Lorsqu'on lui a demandé la base légale de la prise de photos, le policier en civil concerné s'est tout simplement enfui.

Le titulaire de l'autorisation a déposé un recours contre l'autorisation restrictive de la randonnée hivernale 2023, qui n'avait été accordée que trois jours avant la randonnée de l'année dernière. Même pendant la procédure de recours, des bâtons lui ont été mis dans les roues. Il a ainsi dû déposer quatre recours différents, car trois communes et le canton (route cantonale) étaient concernés. Le Tribunal administratif du canton des Grisons a refusé de joindre les quatre procédures, violant ainsi le principe d'unité.

Les avocat·e·s et les membres des JDS, Meret Rehmann, Andreas Noll et Markus Husmann, ont maintenant saisi le Tribunal fédéral. Nous attendons avec impatience son jugement.

Lea Schlunegger

Adresses JDS/DJS-Adressen: **JP GENEVOIS** Association des juristes progressistes (AJP), 1200 Genève, contact@ajp-ge.ch **JP VAUDOIS**, case postale 6569, 1002 Lausanne, info@juristesprogressistesvaudois.ch **JP NEUCHÂTELOIS**, case postale 2543, 2001 Neuchâtel, info@jpne.ch **DJ BERN**, Postfach 5850, 3001 Bern, djb@djs-jds.ch **DJ BASEL**, Postfach 1308, 4001 Basel, djs.basel@djs-jds.ch **DJ LUZERN**, 6000 Luzern, Tél. 041 420 35 90, www.djs-jds.ch, djl@djs-jds.ch **DJ ZÜRICH**, Postfach, 8026 Zürich, info@djz.ch

SALIM RIZVI, VICE-PRÉSIDENT DU TRIBUNAL D'ARRONDISSEMENT DU RHEINTAL À ALTSTÄTTEN SG, PRÉFÈRE LIRE PLAIDOYER À LA MAISON.

Offrez-vous aussi un abonnement personnel: par téléphone au 021 310 73 67
ou par e-mail: abo@plaidoyer.ch

DOMINIQUE SCHÜTZ

plaidoyer

Vers une meilleure praticabilité de l'action en partage?[1]

Les problématiques procédurales de l'action en partage ne sont, malheureusement, pas directement traitées par la modification du code de procédure civile qui entrera en vigueur le 1er janvier 2025. Toutefois, différentes modifications qui entreront en vigueur pourraient être susceptibles de rendre plus praticable cette action et de tendre vers une meilleure effectivité du droit matériel.

DR

Antoine Eigenmann
Avocat
Docteur en droit
Professeur titulaire
à l'Université de Fribourg

DR

Marc Beuchat
Avocat

1. Introduction

Dans la revue *plaidoyer* 3/2021[2], il a été constaté que certaines règles de procédures, appliquées de manière stricte, rendraient impraticable une action en partage. Nous avons conclu que lors d'une action en partage successoral, les intervenants au processus judiciaire doivent accorder à la procédure le rôle ancillaire qui est le sien pour que les héritiers bénéficient d'une intervention judiciaire effective.

Le 6 septembre 2023, le Conseil fédéral a communiqué son souhait d'adapter le code de procédure civile à la pratique et fixé l'entrée en vigueur de différentes modifications du code de procédure civile au 1er janvier 2025[3].

La modification, comme le nom du message le révèle, a pour objectif l'«amélioration de la praticabilité et de l'application du droit»[4]. Selon le Conseil fédéral, la modification des règles sur les frais de procédure et sur la procédure de conciliation contribueront à améliorer la praticabilité du code de procédure civile[5].

La présente contribution a pour objectif, par une analyse choisie de certaines modifications du code de procédure civile, de déterminer si les modifications conduiront à réaliser leur objectif, spécifiquement en lien avec l'action en partage.

Avec l'introduction du code de procédure civile fédéral le 1er janvier 2011, les dispositions cantonales qui réglaient l'action ont été remplacées par des règles procédurales uniformes qui ne traitent pas spécifiquement de l'action en partage. La modification du code de procédure civile qui entrera en vigueur le 1er janvier 2025 n'introduit malheureusement pas des dispositions spécifiques de l'action en partage.

Ainsi, le caractère praticable de l'action en partage au vu de la modification du code de procédure civile doit s'analyser au regard de problématiques choisies[6].

2. Conséquences des modifications

Les premières problématiques choisies reprennent celles relevées en pratique et relatées dans la contribution 3/2021 au regard des modifications du code de procédure civile qui entreront en vigueur le 1er janvier 2025 (*infra* 2.1, 2.2 et 2.3).

2.1. Conclusion abstraite

Constatant l'impossibilité d'une lecture rigide de l'art. 58 al. 1 CPC, la contribution publiée dans la revue *plaidoyer* 3/2021 distinguait les questions préalables et les questions préjudicielles[7].

Les questions préalables doivent être traitées spontanément par l'autorité, au préalable ou dans le jugement au fond. Les questions préjudicielles doivent, en principe, faire l'objet d'une conclusion[8].

Les questions préalables, dont les faits doivent être allégués, devraient au moins comprendre la détermination des biens extants, comprenant la détermination de la créance matrimoniale liée à la liquidation du régime, l'étendue des dettes ainsi que la composition de la communauté héréditaire (et des parts de chacun) et par conséquent toutes les mesures d'instruction nécessaires pour y parvenir[9].

La modification du code de procédure civile ne prévoit pas de réviser les principes applicables, par exemple d'exclure l'action en partage du principe de disposition, malgré le fait qu'il est, en pratique et en réalité, souvent inenvisageable qu'une demande puisse intégrer des conclusions qui seraient celles du dispositif du jugement[10].

Ainsi, la problématique soulevée perdure sans qu'une solution spécifique ne soit apportée par le code de procédure civile.

La solution demeure qu'il est du devoir de l'autorité, selon le droit matériel, d'ordonner un partage conforme aux règles établies par le droit des successions[11]. Le justiciable est au bénéfice de la possibilité, selon le droit matériel, de prendre des conclusions abstraites[12].

2.2. Modification des conclusions

Compte tenu de la spécificité de l'action en partage, notamment de la nécessité d'être au bénéfice de toutes les mesures

té et une réalisation effective

d'instruction et que la masse soit arrêtée pour que les conclusions en partage puissent véritablement être précisées, la contribution publiée dans la revue *plaidoyer* 3/2021 a retenu que l'ajout potentiel ou la modification potentielle de conclusions concrètes en plan de partage ne devraient pas être limités[13].

La modification du code de procédure civile ne prévoit pas de réviser les art. 227 et 230 CPC.

Ainsi, la problématique soulevée perdure sans qu'une solution spécifique ne soit apportée par le code de procédure civile dans la teneur qu'il aura au 1er janvier 2025.

La solution préconisée au regard des principes déjà applicables demeure que l'ajout potentiel ou la modification potentielle de conclusions concrètes en plan de partage pourraient intervenir jusqu'au jour où toutes les valeurs sont connues[14].

2.3. Nova

Optant pour l'accessibilité de la justice, pour la praticabilité de l'action et pour l'économie de procédure, la contribution 3/2021 a souligné, en substance et en se fondant sur le droit matériel (art. 618 CC), qu'en matière de partage, l'allégation de faits «nouveaux» qui consisteraient dans une «mise à jour» des faits de «base» allégués[15], notamment quant à l'évolution de la masse à partager, devait être traitée au regard de la plus grande flexibilité laissée par le droit matériel[16].

La modification du code de procédure civile prévoit une modification des dispositions de procédures applicables.

Premièrement, l'art. 229 al. 1 nCPC dispose qu'en l'absence de deuxième échange d'écritures ou de débats d'instruction, les faits et moyens de preuve sont admis sans restriction lors des débats principaux, durant les premières plaidoiries[17].

Deuxièmement, les faits et moyens de preuves nouveaux après la clôture de la phase d'allégation ne doivent plus être invoqués «sans retard»[18], mais dans le délai fixé par le tribunal (1) ou, à défaut, durant les premières plaidoiries (2) ou lors de l'audience suivante lorsque les premières plaidoiries ont déjà eu lieu (3)[19].

En pratique, pour cette deuxième modification, deux hypothèses semblent envisageables:

- les parties peuvent ou doivent inviter l'autorité à fixer un délai pour produire un fait ou un moyen de preuve nouveau à la découverte de celui-ci[20],
- le tribunal peut ou doit ordonner aux parties de produire tout fait nouveau dans un délai préalablement fixé, dans une ordonnance d'instruction[21].

Pour cette deuxième hypothèse, l'autorité fixe un délai général et préalable aux parties pour produire tout fait ou moyen de preuve nouveau. La novelle ne prévoit pas si un certain nombre de jours à compter de la survenance de chaque élément nouveau devrait être imposé ou si un terme général pour présenter tous les éléments nouveaux pourrait être prévu par l'autorité.

Selon nous, le droit de procédure qui entrera en vigueur ne s'oppose pas à ce que l'autorité fixe, par exemple, un délai unique, à compter de la dernière mesure d'instruction, pour présenter tous les éléments nouveaux portant, par exemple, sur la masse à partager.

1 Sauf indication contraire, les articles cités sont ceux du CC.

2 Marc Beuchat, Antoine Eigenmann, *Procédure civile et partage successoral, plaidoyer* 3/2021, p. 25 ss.

3 Communiqué du Conseil fédéral du 6.9.2023 faisant état de sa décision du 6.9.2023.

4 Message du Conseil fédéral du 26.2.2020 relatif à la modification du code de procédure civile suisse (Amélioration de la praticabilité et de l'applicabilité du droit), FF 2020 2607 (ci-après: FF 2020 2607); Philippe Bauer, *Des améliorations utiles, une incongruité et une erreur,* Revue de l'avocat 5/2023, p. 200 ss.; François Bohnet, Juliette Schaller, *Projet 2020 de révision du Code de procédure civile: plaidoyer pour la jurisprudence,* SJ 2020 II 189, 189.

5 Communiqué du Conseil fédéral du 6.9.2023; FF 2020 2607; Bauer, *op. cit.*, p. 200 ss.; Bohnet, Schaller, *op. cit.*, 189; Baptiste Hurni, David Hofmann, *Délais, faits nouveaux et réplique dans le CPC révisé,* Revue de l'avocat 5/2023, p. 209 ss.

6 Les modifications du code de procédure civile qui entreront en vigueur le 1er janvier 2025 sont nombreuses. D'autres modifications sont susceptibles d'avoir des incidences sur l'action en partage. La présente contribution porte véritablement sur des questions choisies. Pour une analyse critique des dispositions: Bohnet, Schaller, *op. cit.*, p. 189 ss.

7 Beuchat, Eigenmann, *op. cit.*, p. 25 ss.

8 ATF 137 III 113; ATF 107 II 119, JdT 1982 I 9; TF 5A_512/2019 du 28.10.2019; CR CC II-Spahr, N23 *ad* art. 604; Daniel Abt, Thomas Weibel, Praxiskommentar Erbrecht, N26 *ad* art. 604; Paul-Henri Steinauer, *Le droit des successions,* N1283; BSK ZGB II-Schaufelberger/Keller Lüscher, N5 *ad* art. 604; François Bohnet, *Actions civiles,* vol. I, N4 § 39; *Antoine Eigenmann, Alexa Landert, Actions successorales,* N13 § 13.

9 TF 5A_512/2019 du 28 octobre 2019; CR CC II-Spahr, N23 *ad* art. 604; Abt, Weibel, *op. cit.*, N26 *ad* art. 604; Beuchat, Eigenmann, *op. cit.*, p. 25 ss.

10 Pour les cas où c'est envisageable: François Logoz, *Quelques considérations sur l'action en partage,* Revue de l'avocat 2/2020, p. 69. Ces derniers sont néanmoins l'exception judiciaire.

11 BK-Wolf, N67 *ad* art. 604; CR-CC II-Spahr, N35 *ad* art. 604 ; Beuchat, Eigenmann, *op. cit.*, p. 25 ss.

12 S-Peyrot, N21 *ad* art. 604; Beuchat, Eigenmann, *op. cit.*, p. 25 ss.; Abt, Weibel, *op. cit.*, N31 *ad* art. 604; Bohnet, *Actions civiles,* N27, § 39; Eigenmann, Landert, *op. cit.*, N41, § 13. Il revient au juge d'interpréter les conclusions sur la base des allégués (cas échéant des vœux et de la situation personnelle des héritiers alléguée [art. 611 CC]) TF 5A_844/2021 du 25.5.2022; TF 5A_357/2016 du 12.4.2017; Michel Heinzmann, Léonard Maradan, *La clarté des conclusions,* p. 140; TF 5A_753/2018 du 21.1.2019; ATF 69 II 357; ATF 101 II 41; BSK ZGB II-Schaufelberger, Keller Lüscher, N15 *ad* art. 604; BK-Wolf, N67 *ad* art. 604; TF 5A_621/2012 du 12.3.2013.

13 Beuchat, Eigenmann, *op. cit.*, p. 25 ss.

14 Beuchat, Eigenmann, *op. cit.*, p. 25 ss.

15 P. ex. si un immeuble fera l'objet d'une mesure de protection du patrimoine ou si l'estimation d'un bien, en raison de l'écoulement du temps, est obsolète.

16 Beuchat, Eigenmann, *op. cit.*, p. 25 ss.

17 Hurni, Hofmann, *op. cit.*, p. 209 ss.

18 Cette précision vaut uniquement en première instance. En procédure d'appel, les faits et les moyens de preuves nouveaux devront toujours être introduits «sans retard». L'art. 317 al. 1 let. a CPC n'a pas été modifié.

19 Art. 229 al. 2 et 2bis nCPC; Laurent Grobety, *Les faits et moyens de preuve nouveaux en procédure civile suisse,* SJ 2023, p. 431, p. 445 ss.

20 Grobety, *op. cit.*, p. 445 ss.

21 Grobety, *op. cit.*, p. 445 ss.

Dans cette hypothèse, l'autorité pourrait inviter les parties à, simultanément, procéder à une potentielle «mise à jour» des faits «de base» allégués[22], ainsi que, si elles le souhaitent, présenter un plan de partage concret.

Ainsi, cette modification ouvre la possibilité au juge de rendre une ordonnance d'instruction susceptible d'établir des règles claires, limitant les écritures intempestives, et permettant de réaliser le droit matériel sans porter atteinte au principe de célérité.

En fonction de l'utilisation qui sera faite de cette disposition par les autorités judiciaires et, cas échéant, reconnues par la jurisprudence, la modification de l'art. 229 CPC pourrait rendre l'action en partage plus praticable.

2.4. Conclusion intermédiaire

L'occasion de présenter des dispositions procédurales spécifiques propres à traiter des caractéristiques particulières de l'action en partage n'a pas été saisie.

La majorité des problématiques pratiques choisies et relevées dans la revue *plaidoyer* 3/2021 demeure[23]. Les modifications qui entreront en vigueur le 1er janvier 2025 ne devraient pas, au regard de ces différentes problématiques, avoir pour effet d'améliorer la praticabilité et l'application de l'action en partage.

Il sied néanmoins de relever que les modifications qui seront apportées à l'art. 229 CPC pourraient faciliter et unifier l'introduction d'allégations et de moyens de preuve visant à prendre en considération notamment l'évolution constante de la masse successorale, par exemple la question des remplois.

Seule la pratique démontrera si les autorités et la jurisprudence saisiront l'occasion de rendre plus praticable une action caractérisée par une évolution constante des circonstances peu compatible avec une application stricte des règles de procédure.

3. Conséquences sur la praticabilité de l'action en partage

3.1. Avance de frais

Actuellement, une avance de frais correspondant à l'entier des frais judiciaires présumés est, en principe, requise[24].

La novelle prévoit la limitation de l'avance de frais à la moitié des frais judiciaires présumés[25]. Certaines exceptions sont prévues, notablement la possibilité de requérir une avance à concurrence de l'entier des frais judiciaires présumés pour la procédure de conciliation[26].

En pratique, un nombre important de personnes procédant à une action en partage ne peuvent pas prétendre au bénéfice de l'assistance judiciaire. Il est également courant que les assurances de protection juridique ne couvrent pas, ou que pour une petite partie, les litiges successoraux. Ainsi, la question des frais judiciaires se pose de manière très concrète lors du dépôt d'une action en partage.

La modification fait supporter une partie du risque d'indigence sur l'État à la place du demandeur et peut sembler faciliter l'accès à la justice. Cela étant, les disparités cantonales demeurent, ainsi la manière de calculer la valeur litigieuse déterminante pour le montant de l'avance de frais[27]. Par ailleurs, au final, si les risques face à l'indigence seront limités pour le demandeur, en particulier en présence d'une multiplicité de parties adverses localisées dans des pays différents, il n'en demeure pas moins que le coût de la justice demeurera, au final, le même.

À cet égard, l'art. 106 CPC demeure inchangé. Les frais judiciaires doivent être assumés par la partie succombante[28]. Par exception, l'autorité peut statuer selon les règles du droit et de l'équité conformément à l'art. 107 CPC notamment lorsque les circonstances du cas rendent la répartition en fonction du sort de la procédure inéquitable[29].

Dans le cadre d'une action en partage[30], il est, en principe, inexact de considérer une partie victorieuse ou succombante[31]. Chaque partie reçoit pour finir sa part[32]. Généralement, le juge procède, selon son pouvoir d'appréciation, à une répartition en équité, potentiellement entre tous les héritiers[33].

Autrement dit, la problématique pratique réside d'abord dans la répartition des frais, laquelle est source d'incertitude. La question de l'avance des frais par une seule partie est problématique, dès lors qu'en pratique les frais finaux sont, généralement, répartis entre toutes les parties[34].

Ainsi, si la modification est susceptible d'avoir un impact positif, il n'en demeure pas moins que les principales problématiques actuelles perdureront malgré la modification du code de procédure civile qui entrera en vigueur le 1er janvier 2025.

En toutes hypothèses, il résultera de cette modification, pour les avocats, un devoir de renseignement accru. Les avocats prudents informeront avec une attention particulière les parties procédant à l'avance de frais que les frais finaux seront plus importants si la procédure arrive à son terme, selon une répartition qui sera, selon toute vraisemblance, laissée à la libre appréciation de l'autorité. Les parties qui peuvent surseoir au versement de l'avance de frais, par exemple en cas du bénéfice de l'assistance judiciaire, devraient être informées du devoir de rembourser. Au

[22] Sur les différences entre les *novas*, la «mise à jour» notamment en lien avec les remplois successoraux dans le cadre d'une action en partage: Beuchat, Eigenmann, *op. cit.*, p. 25 ss., p. 29.

[23] Beuchat, Eigenmann, *op. cit.*, p. 25 ss.

[24] Art. 98 CPC; CR-Tappy, N1 *ad* art. 98 CPC; ATF 140 III 159, JdT 2020 II 131 qui rappelle que le juge dispose d'un certain pouvoir d'appréciation.

[25] Art. 98 al. 1 nCPC; FF 2020 2607, p. 2617 ss.; Bohnet, Schaller, *op. cit.*, p. 205; Bauer, *op. cit.*, p. 201; David Hofmann, Christian Lüscher, *Le code de procédure civile,* 3e éd., p. 130. Ces derniers précisent que, selon eux, l'avance à concurrence de la moitié des frais présumés ne vaudrait pas pour les frais d'administration de preuves, dont les expertises.

[26] Art. 98 al. 1 let. b nCPC; FF 2020 2607, p. 2617 ss.; Bohnet, Schaller, *op. cit.*, p. 205; Bauer, *op. cit.*, p. 200 ss., p. 201.

[27] Sur ces problématiques, voir notamment: Bohnet, Schaller, *op. cit.*, p. 206.

[28] ATF 145 III 143; CR-Tappy, N1 *ad* art. 106 CPC.

[29] ATF 139 III 33.

[30] Laquelle est une *actio duplex*, soit une action dans laquelle tant le demandeur que le défendeur peuvent prendre des conclusions, CS-Peyrot, n. 12 *ad* art. 604 CC; Cyrille Piguet, *L'action en partage ou le partage en action, in:* Journée de droit successoral 2022, p. 163 ss., N 133; Dario Amman, Thomas Sutter-Somm, *Die Erbteilungsklage als doppelseitige Klage (actio duplex) und deren Verhältnis zur Erbteilungswiderklage,* successio 2022, p. 26 ss., qui considèrent toutefois des conclusions reconventionnelles suivant les circonstances.

[31] TF 5A_572/2010 du 22.2.2011; TF 5P.200/2005 du 2.11.2005; Lionel Harald Seeberger, *Die richterliche Erbteilung,* thèse, Fribourg, 1992, p. 93; Piguet, *op. cit.,* p. 163 ss., N 133.

terme de l'action, la partie devrait bénéficier des avoirs successoraux d'une manière librement disponible en principe propre à assumer les frais selon les règles de l'assistance judiciaire.

3.2. Expertises privées

Conformément au droit matériel (art. 618 CC), si les parties ne peuvent se mettre d'accord sur un prix d'attribution d'un immeuble, celui-ci est fixé par des experts officiels[35]. Cette disposition est inchangée avec les modifications du code de procédure civile.

Une expertise privée n'est contraignante pour les héritiers que si l'expert a été désigné comme arbitre conformément à l'art. 189 CPC[36]. Cette disposition demeurera identique avec la modification du code de procédure civile. Ainsi, la possibilité de procéder à une expertise-arbitrage demeurera avec la modification du code de procédure civile.

Selon le droit procédural actuel, une expertise privée n'est pas une expertise au sens de l'art. 168 let. d CPC[37]. L'expertise privée produite en procédure par une partie est uniquement un allégué de partie[38].

Compte tenu des critiques doctrinales, la modification du code de procédure civile prévoit qu'une expertise privée est un titre au sens de l'art. 177 CPC[39]. Si l'expertise privée passe du statut de simple allégation de partie à celui de titre, la distinction entre expertise privée et judiciaire demeure. Ainsi, le statut de l'expertise privée semble s'élever, sans pour autant rejoindre celui de l'expertise judiciaire.

Compte tenu du temps nécessaire à l'instruction d'une action en partage, les dispositions transitoires revêtent un caractère pratique intéressant. À cet égard, la novelle prévoit, en son art. 407f, que l'art. 177 CPC s'applique également aux procédures en cours à l'entrée en vigueur de la modification du 17 mars 2023, soit dès le 1er janvier 2025.

Compte tenu de l'entrée en vigueur «immédiate» de l'art. 177 CPC, les parties à une action en partage pourraient d'ores et déjà s'interroger sur l'intérêt de produire une expertise privée, simple allégation de partie aujourd'hui, mais potentiel titre au jour du prononcé.

Cela étant, la question de la force probante de l'expertise privée, même dans le cas où elle serait un titre, demeurera. L'expertise privée sera soumise, conformément aux principes généraux, à la libre appréciation de l'autorité[40]. Le message du Conseil fédéral précise, comme pour les autres moyens de preuve par ailleurs, que la force probante de l'expertise privée sera étudiée au regard de toutes les circonstances concrètes, soit notamment: les liens entre la partie et l'expert, les circonstances de l'attribution du mandat, la procédure et le déroulement de l'expertise, la compétence de l'expert, etc.[41].

En pratique, il est courant que les différentes parties intéressées aient, avant que l'action en partage ne soit pendante ou même en cours d'instruction, chacune requis différentes expertises privées. Cela étant, les expertises privées en question, portant sur la valeur d'un bien, d'une indemnité d'occupation, de la valeur de travaux, etc. aboutissent régulièrement à des résultats diamétralement différents. Ainsi, il est à craindre qu'en présence d'expertises privées contradictoires, respectivement éloignées, le fait qu'elles soient considérées comme titres plutôt que comme allégations de parties n'aura que peu d'incidence pratique.

Cela étant, la modification de l'art. 177 CPC est susceptible d'encourager les parties à faire preuve d'une diligence particulière, potentiellement commune, dans la réalisation d'expertises privées. La qualité des résultats des expertises pourrait alors faciliter la conclusion d'accords amiables, tout comme la réalisation d'expertises communes.

4. Conclusion

Il est à regretter que le Conseil fédéral n'ait pas saisi l'occasion pour présenter des dispositions claires, cas échéant spécifiques, à l'action en partage et prenant en considération les particularités de cette action.

Les problématiques pratiques récurrentes de l'action en partage ne sont pas véritablement diminuées par les modifications du code de procédure civile qui entreront en vigueur le 1er janvier 2025.

Différentes modifications, dont celles de l'art. 229 CPC, sur l'avance de frais et les expertises privées, pourraient être susceptibles de rendre plus praticable l'action en partage. L'impact réel dépendra toutefois de l'usage qui sera fait par les praticiens des nouvelles possibilités qu'offriront ces modifications.

Ainsi et à tout le moins tant que des règles légales ou jurisprudentielles ne régleront pas définitivement ces problématiques pratiques, il revient:

- au *de cujus* de planifier sa succession avec des règles de partage,
- aux avocats d'informer avec diligence les héritiers des risques et enjeux, notamment des incertitudes de l'action,
- aux héritiers de, cas échéant, se tourner vers un mode alternatif de règlement des conflits,
- aux autorités judiciaires de faire preuve de pragmatisme et de flexibilité, en usant des outils à disposition pour permettre la réalisation du droit matériel et aboutir au partage.

[32] Seeberger, *op. cit.*, p. 91; Stephan Wolf, Riccardo Brazerol, *Grundsätze für die Vornahme der Erbteilung durch das Gericht,* PJA 11/2016, p. 1430 ss., p. 1442.

[33] TF 5A_572/2010 du 22.2.2010; TF 5P.200/2005 du 2.11.2005; Piguet, *op. cit.*, p. 163 ss., N 133; Seeberger, *op. cit.*, p. 93.

[34] TF 5A_572/2010 du 22.2.2010; TF 5P.200/2005 du 2.11.2005; Piguet, *op. cit.*, p. 163 ss., N 133; Seeberger, *op. cit.*, p. 93.

[35] Steinauer, *op. cit.*, N 149; CS-Gauron-Carlin, Steinauer, N. 1 *ad* art. 618; CR-CC, Spahr, N 6 *ad* art. 618.

[36] CS-Gauron-Carlin, Steinauer, N. 8 *ad* art. 618; BSK ZGB II-Schaufelberger, Keller Lüscher, 12 *ad* art. 610. Sur l'expertise-arbitrage, par exemple: Adrien Gabellon, Ludivine Delaloye, *Quelles solutions face à l'échec d'une expertise-arbitrage?*, PJA 5/2018, p. 617 ss.

[37] ATF 141 III 433; ATF 140 III 24; CR-CPC, Schweizer, N. 2a *ad* art. 183 CPC.

[38] ATF 141 III 433; Hurni, Hofmann, *op. cit.*, p. 217; Bohnet, Schaller, *op. cit.*, p. 196.

[39] Art. 177 nCPC: «Les titres sont des documents propres à prouver des faits pertinents, tels les écrits, les dessins, les plans, les photographies, les films, les enregistrements audio, les fichiers électroniques, les données analogues et les expertises privées des parties»; CR-CPC, Schweizer, N. 4 *ad* art. 177 CPC; Hofmann, Lüscher, *op. cit.*, p. 192 ss.

[40] Art. 157 CPC; FF 2020, p. 2607; Hurni, Hofmann, *op. cit.*, p. 217; Bohnet, Schaller, *op. cit.*, p. 196; Hofmann, Lüscher, *op. cit.*, p. 192 ss.

[41] FF 2020 2607, p. 2659 ss.; Bohnet, Schaller, *op. cit.*, p. 196.

Voitures autonomes: quelles décharges pour quelle responsabilité?

Dans le cadre de la réglementation des véhicules équipés d'un système d'automatisation, le Conseil fédéral entend décharger le conducteur/détenteur de certaines obligations, sans le décharger formellement de sa responsabilité civile en cas d'accident. Si cette antinomie était voulue par l'Assemblée fédérale et le Conseil fédéral, est-elle encore souhaitable?

Thibaut Fuks

Maëlle Roulet
Avocate spécialisée
en nouvelles technologies
Membre du réseau
des Avocats de la Route et
fondatrice de codeplus.ch

1. Un changement de paradigme

Par l'adoption de l'article 25b de la loi sur la circulation routière (LCR; RS 741.01), entré en vigueur le 1er octobre 2023, l'Assemblée fédérale a délégué au Conseil fédéral la compétence de réglementer les conditions dans lesquelles le conducteur d'un véhicule équipé d'un système d'automatisation est déchargé de ses obligations (art. 25b al. 1 LCR) et dans lesquelles les véhicules équipés d'un système d'automatisation peuvent être admis à circuler sans conducteur sur des tronçons prédéfinis (art. 25b al. 2 LCR). En exécution de cette délégation de compétence, le Conseil fédéral a mis en consultation le projet de l'ordonnance sur la conduite automatisée du 17 octobre 2023 (P-OCA). Le P-OCA introduit un changement de paradigme, suivant la voie des pays européens[1]. Jusqu'à présent, mise à part certains systèmes de niveau 2, seuls les systèmes d'assistance à la conduite, dits de niveau 1[2], étaient autorisés et, pour certains, obligatoires en Suisse[3]. Ces systèmes aident les conducteurs à respecter les obligations prescrites par la loi sur la circulation routière[4], tel le régulateur de vitesse qui aide le conducteur à se conformer à son obligation de respecter les limitations de vitesse (art. 27 al. 1 LCR). Seul le conducteur est tenu de respecter les normes en matière de circulation routière. Il doit demeurer constamment maître du véhicule (art. 31 al. 1 LCR), être en mesure d'actionner rapidement les commandes de son véhicule en mouvement, à tout moment, de façon à manœuvrer immédiatement d'une manière appropriée aux circonstances en présence d'un danger quelconque[5]. Aussi, bien que la tentation puisse être grande d'invoquer un dysfonctionnement du système en cas d'accident, un tel argument n'est pas recevable. Ces systèmes ne déchargent pas le conducteur de l'obligation de maîtriser le véhicule[6]. Le P-OCA consacre une modification importante de ce principe: le conducteur n'est plus le seul débiteur de cette obligation. Les systèmes d'automatisation se substituent sous certaines conditions au conducteur, se voient transférer des obligations à charge du conducteur et doivent respecter les règles de la circulation routière (art. 3 al. 2 let. b P-OCA). Le conducteur est en contrepartie déchargé de l'obligation de tenir l'appareil de direction (art. 3 al. 3 de l'ordonnance sur les règles de la circulation routière [OCR; RS 741.11]), soit parce qu'il est déchargé momentanément de conduire (véhicules équipés d'un système d'automatisation avec conducteur), soit parce qu'il n'est qu'un passager (véhicules équipés d'un système d'automatisation sans conducteur). Lorsque le système d'automatisation est activé conformément aux prescriptions, le conducteur/détenteur devrait ainsi pouvoir se fier au fait que le système assume la tâche de conduire[7]. Malgré cette évolution sans précédent, le régime de responsabilité causale aggravée du détenteur n'a toutefois pas été modifié. Aussi, la présente contribution a pour objectif de déterminer si les obligations ou les décharges d'obligations consacrées par le P-OCA assurent une juste répartition des responsabilités en application du régime actuel des articles 58 ss. LCR.

2. Décharge et transfert des obligations du conducteur/détenteur

2.1 Véhicules avec conducteur

2.1.1. Définition

Le chapitre 3 P-OCA réglemente les véhicules équipés d'un dispositif émettant des demandes de transition, lequel permet au conducteur de lâcher le volant après avoir activé le système et de ne plus surveiller le véhicule et le trafic en permanence[8]. L'article 2 let. b P-OCA définit ces véhicules comme ceux équipés «d'un système d'automatisation qui informe le conducteur lorsque le système atteint les limites des condi-

1 Rapport explicatif relatif à l'ouverture de la procédure de consultation de l'ordonnance sur la conduite automatisée du 18 octobre 2023, p. 12.

2 Astra.admin.ch: «Niveaux d'automatisation», consulté le 12.1.2024.

3 Astra.admin.ch: «Quels systèmes d'aide à la conduite seront introduits et à quel moment?», consulté le 12.1.2024.

4 Rapport explicatif, p. 4.

5 André Bussy, Baptiste Rusconi *et alii*, Code suisse de la circulation routière commenté, 4e éd., 2015 Bâle, *ad* art. 31 LCR N. 2.

6 Rapport explicatif, p. 4.

7 *Ibidem*, p. 28.

8 *Ibidem*, p. 7.

9 *Ibidem*, p. 28.

10 Admin.ch: «La Suisse fonce sur la voie de la conduite automatisée», consulté le 12.1.2024.

11 Rapport explicatif, p. 28.

tions d'utilisation inhérentes à sa construction et que le conducteur doit reprendre la conduite du véhicule».

2.1.2 Obligation de tenir l'appareil de direction

L'article 22 al. 1 P-OCA décharge le conducteur de son obligation de tenir l'appareil de direction au sens de l'article 3 al. 3 OCR. La décharge est conditionnelle dès lors qu'il incombe au conducteur d'avoir «réussi à activer le système d'automatisation conformément aux instructions du constructeur» (art. 22 al. 1 *in fine* P-OCA). La décharge est partielle puisque le conducteur doit reprendre le volant dans deux situations. D'abord lorsque le système l'y invite («demande de transition») (art. 22 al. 1 let. a P-OCA): le système n'est plus à même de comprendre un événement et est capable de reconnaître sa propre limite[9]. Ensuite lorsque le conducteur aurait pu ou aurait dû s'apercevoir sur la base de circonstances manifestes que les conditions nécessaires à une utilisation du système d'automatisation en toute sécurité et sans entraver la fluidité du trafic ne sont plus remplies ou ne l'étaient plus (art. 22 al. 1 let. b P-OCA): le conducteur doit être en mesure de s'apercevoir lui-même que le système arrive à ses limites. Il y a lieu de relever que si le système peut lui-même se retrouver dans l'incapacité de se rendre compte qu'il atteint ses limites, il apparaît que les systèmes autorisés par les articles 22 ss. P-OCA doivent être qualifiés de niveau 2 d'automatisation[10] et non de niveau 3.

2.1.3 Obligation de «surveiller le véhicule et le trafic en permanence»

L'article 22 al. 2 P-OCA prévoit que «lorsque le système d'automatisation est activé, le conducteur n'est pas tenu de surveiller le véhicule et le trafic en permanence, mais doit rester prêt à reprendre la conduite du véhicule à tout moment». Le Conseil fédéral définit l'obligation résiduelle du conducteur en cas d'activation du système par le fait de «garder une vue d'ensemble sur le trafic et la situation environnante»[11]. Le fait d'être prêt à reprendre la conduite impliquerait que le conducteur doive rester en état de conduire (qu'il ne peut pas dormir ou être en incapacité de conduire) ne peut pas se détourner complètement du trafic ou s'adonner à quelque activité susceptible de retarder la reprise de la conduite. Resteraient ainsi prohibées selon le Conseil fédéral la rédaction de messages ou la saisie d'objets[12]. La définition et les exemples précités démontrent une volonté de décharge restrictive des obligations du conducteur et ne diffèrent que peu de la jurisprudence actuelle. En effet, le conducteur d'un véhicule conventionnel doit éviter toute occupation qui rendrait plus difficile la conduite, doit vouer à la route et au trafic toute l'attention possible et le degré de cette attention doit être apprécié au regard de toutes les circonstances, telles que la densité du trafic, la configuration des lieux ou les sources de danger prévisibles[13]. L'attention requise du conducteur implique qu'il soit en mesure de parer rapidement aux dangers qui menacent la vie, l'intégrité corporelle ou les biens matériels d'autrui[14]. Par ailleurs, il est d'ores et déjà admis que le conducteur effectue des activités au volant telles que lire un journal posé sur ses genoux dans un bouchon à l'arrêt ou durant les phases d'attente à répétition des feux et tenir durant quinze secondes son téléphone dans la main sans le regarder[15]. En conséquence, il apparaît disproportionné que le Conseil fédéral considère les activités qu'il énumère comme interdites lorsque le système est activé. Ce d'autant que si le conducteur a fait preuve de l'attention nécessaire en cas de «circonstances manifestes» (art. 22 al. 3 P-OCA), il ne devrait pas être tenu pour fautif quelle que soit son activité. Au demeurant, les «circonstances manifestes» sont définies comme celles qui sont perceptibles même lorsque le conducteur détourne son attention de la route et du trafic[16], par exemple un freinage nettement perceptible et raisonnablement incompatible avec une conduite sûre[17]. Il devrait donc être admissible que le conducteur ayant activé un système d'automatisation effectue des activités qui sont aujourd'hui qualifiées de fautes graves, telles que rédiger un SMS[18] ou détourner son regard pour prendre une bouteille d'eau loin du siège conducteur[19], ce pour autant qu'il ait la capacité de reprendre la maîtrise du véhicule en cas de circonstances manifestes.

2.2 Véhicule sans conducteur

2.2.1 Définition

Le chapitre 5 du projet du P-OCA réglemente le véhicule sans conducteur. Aucun conducteur ne doit maîtriser la conduite, celle-ci étant gérée par des opérateurs qui doivent interagir avec le système d'automatisation, par exemple en confirmant une manœuvre proposée par le système[20]. L'article 2 let. d P-OCA propose la définition suivante: «un véhicule équipé d'un système d'automatisation et destiné à parcourir sans conducteur le trajet entre son point de départ et sa destination, du moins sur certains tronçons prédéfinis». Ce type de système d'automatisation correspond au niveau 4 d'automatisation, soit une automatisation élevée mais pas complète, le système permettant la conduite uniquement sur des tronçons définis[21]. L'ordonnance prévoit également le cas d'application du parcage sans conducteur, lequel ne fait toutefois pas l'objet de la présente contribution puisque les dispositions y relatives seront réexaminées ultérieurement en raison du développement en matière d'*automated valet parking (AVP)*[22].

[12] *Ibidem*.

[13] ATF 122 IV 225, c. 2b.

[14] André Bussy, Baptiste Rusconi *et alii*, *op. cit.*, ad art. 31 LCR N. 2.4.

[15] TF 6B_1183/2014 du 27.10.2015, c. 1.5 et 1.6 et TF, arrêts 6P.68/2006 et 6S.128/2006 du 6.9.2006, c. 3.3.

[16] Rapport explicatif, p. 28.

[17] *Ibidem*, p. 29.

[18] TF 6B_666/2009 du 24.9.2009, c. 1.4.

[19] TF 1C_188/2010 du 6.9.2010, c. 2.2.

[20] Rapport explicatif, p. 7.

[21] Astra.admin.ch: «Niveaux d'automatisation», consulté le 12.1.2024.

[22] Rapport explicatif, p. 29.

[23] *Ibidem*, p. 33.

[24] *Ibidem*, p. 35.

[25] *Ibidem*, p. 19.

[26] *Ibidem*, p. 6.

[27] *Ibidem*, p. 19.

[28] *Supra* 2.

[29] Message concernant la révision de la loi fédérale sur la circulation routière du 17 novembre 2021, FF 2021 3026, p. 28.

[30] Ordonnance n. 2021-443 du 14 avril 2021 relative au régime de responsabilité pénale applicable en cas de circulation d'un véhicule à délégation de conduite et à ses conditions d'utilisation, Décrets du 1er juillet 2021 et du 21 juillet 2022 modifiant le code la route.

[31] Article 31 de la loi n. 2019-1428 du 24 décembre 2019 d'orientation des mobilités, dite «loi LOM».

[32] Message, p. 39.

[33] Vincent Brulhart, Dimitri Gaulis, *La responsabilité liée à l'utilisation de véhicules autonomes, in:* Responsabilité civile et nouvelles technologies, Journée de la responsabilité civile 2018, Genève, Schulthess éditions romandes, 2019, p. 24.

[34] *Ibidem*, p. 23.

[35] André Bussy, Baptiste Rusconi *et alii*, *op. cit.*, *ad* art. 58 LCR N. 6.1.

[36] Vincent Brulhart, Dimitri Gaulis, *op. cit.*, p. 23.

[37] Message, p. 40.

[38] Sylvain Marchand, *Exposé introductif: sources, for et droit applicable, producteur et défaut, in:* Christine Chappuis, Bénédict Winiger (éd.), La responsabilité du fait des produits, Journée de la responsabilité civile 2016, Genève, Zurich, Bâle (Schulthess) 2018, p. 29;

Laurent Tran, Guillaume Etier, *Responsabilité du fait des produits: le risque de développement, in:* Christine Chappuis, Bénédict Winiger (éd.), La responsabilité du fait des produits, Journée de la responsabilité civile 2016, Genève, Zurich, Bâle (Schulthess) 2018, p. 107.

[39] Rapport explicatif, p. 6.

[40] Alain Bensoussan, Jérémy Bensoussan, *IA, robots et droit,* Bruxelles (Bruylant) 2019, N. 84; Dominique Lambert, *La robotique et l'intelligence artificielle*, Namur, Paris (Fidélité) 2019, p. 57.

[41] Message, p. 40.

[42] Franz Werro, Vincent Perritaz, *Les véhicules connectés: un changement de paradigme pour la responsabilité civile?, in:* Franz Werro, Thomas Probst (éd.), Journées du droit de la circulation routière 23-24 juin 2016, Berne 2016, p. 10.

[43] Message p. 40

[44] Pascal Pichonnaz, Franz Werro, *La responsabilité fondée sur le risque: un état des lieux et quelques perspectives d'avenir, in:* Franz Werro, Pascal Pichonnaz (éd.), *Les responsabilités fondées sur le risque*, Colloque du droit de la responsabilité civile 2017, Berne (Stämpfli) 2018, p. 21; Laurent Tran, Guillaume Etier, p. 111 ss.

[45] Erdem Büyüksagis, Pranvera Këllezi, *Produits composés: responsabilité civile et gestion des relations contractuelles, in:* Christine Chappuis , Bénédict Winiger (éd.), *La responsabilité du fait des produits*, Journée de la responsabilité civile 2016, Genève, Zurich, Bâle (Schulthess) 2018, p. 134.

[46] Christoph Müller, Jonathan Gretillat, *Le recours de l'assurance RC du détenteur contre le constructeur en cas de dysfonctionnement d'un système d'aide à la conduite de véhicule*, Revue interdisciplinaire de la circulation routière, Zurich, Saint-Gall (Dike) 2015, p. 40.

[47] Message, p. 39.

[48] *Ibidem*, p. 40.

[49] Europarl.europ.eu. Protection des consommateurs: de nouvelles règles européennes pour les produits défectueux, consulté le 9.1.2024.

[50] Vincent Brulhart, Dimitri Gaulis, *op. cit.*, p. 31 ss.

[51] Rapport explicatif, p. 35.

[52] *Ibidem.*

[53] André Bussy, Baptiste Rusconi *et alii, op. cit.*, ad art. 58 LCR N. 5.1.

[54] Message, p. 66.

[55] Vincent Brulhart, Dimitri Gaulis, *op. cit.*, p. 37.

2.2.2 Transfert au système d'automatisation

En l'absence de conducteur, l'obligation de respecter les règles de la circulation routière est transférée au système, *a fortiori* au constructeur (art. 3 ss. P-OCA) ainsi qu'au détenteur et à l'opérateur. En d'autres termes, la maîtrise du véhicule et le devoir de prudence qui incombent usuellement au conducteur sont intégralement automatisés et/ou délégués. Mis à part les exigences techniques générales et abstraites ou le fait de délivrer des attestations aux opérateurs pour garantir qu'ils comprennent le fonctionnement et les limites du véhicule (art. 30 P-OCA)[23], peu d'obligations incombent toutefois au constructeur selon le P-OCA. Au contraire, l'article 33 al. 2 P-OCA lui réserve expressément la faculté de compléter les obligations de l'opérateur dans son manuel d'utilisation[24], ce qui paraît inconcevable. D'une part, la procédure de contrôle des conditions d'utilisation, pour autant qu'elle s'applique au manuel, ne prévoit pas l'examen des obligations prescrites à l'opérateur par le constructeur (art. 40 al. 4 let. d P-OCA). D'autre part, le détenteur est seul soumis à cette procédure (art. 40 P-OCA). Enfin, la procédure de réception par type[25] ne permettra pas de vérifier la conformité du manuel au droit suisse, celle-ci étant instruite par une autorité étrangère[26]. Qui plus est, si le constructeur est tenu d'actualiser son manuel conformément à l'article 8 LSPro[27], aucun mécanisme permettant de le contrôler n'est prévu. Le droit octroyé au constructeur par le P-OCA d'ériger des obligations de manière unilatérale à l'opérateur est ainsi malvenu, ce d'autant que celles-ci entraîneront indubitablement des conséquences sur la responsabilité civile en cas d'accident.

3. De la responsabilité civile

3.1 Un statu quo discutable

Bien qu'il existe un transfert des obligations de conduite au constructeur ou à l'opérateur[28], aucune responsabilité civile y relative ne leur est attribuée. Si cela prête le flanc à la critique[29], la position de la Suisse n'est pas isolée: la France a elle aussi dans un premier temps édicté des dispositions sur les modalités des systèmes d'automatisation[30], sans modifier le régime de responsabilité civile. Si la tâche de le modifier a depuis été déléguée au gouvernement[31], ce dernier ne s'est pas encore exécuté. Cela étant, le Conseil fédéral considère que la responsabilité causale aggravée du détenteur, à savoir la création d'un risque par suite de l'emploi d'un véhicule automobile instituée aux articles 58 ss. LCR, doit s'appliquer à l'utilisation d'un système d'automatisation, à tout le moins provisoirement[32]. À ce stade, le conducteur/détenteur reste donc *de lege lata* responsable même en cas de défaut du système (art. 58 al. 4 LCR). La responsabilité primaire du constructeur est exclue. Quant aux opérateurs, on pourrait en tirer la même conclusion[33]. Cette solution apparaît néanmoins insatisfaisante au vu des décharges d'obligations prévues par le P-OCA, mais surtout du risque créé par le constructeur par la mise en circulation des systèmes d'automatisation.

3.2 Libération de la responsabilité civile du conducteur/détenteur

3.2.1 Responsabilité civile du constructeur

En cas d'activation du système autonome, le risque spécial d'accident peut résulter directement d'un défaut du logiciel distribué par le constructeur[34] et ne résulte plus uniquement de l'emploi du véhicule, à savoir de l'activation purement mécanique du véhicule dont il résulte un danger spécial[35]. Qui plus est, le risque spécial lié à l'emploi du véhicule comprend aussi le danger que représente la conduite humaine[36], de sorte que son application lorsque le conducteur/détenteur est déchargé de ses obligations de conduite n'apparaît pas soutenable. À titre d'exemple, en cas d'accident dû à un défaut du système activé de manière conforme, sans demande de transition et sans que le conducteur n'ait pu ou dû s'apercevoir de ses limites (art. 22 P-OCA), on conçoit mal que le détenteur soit *de lege lata* responsable. Cela est d'autant plus inconcevable lorsqu'un véhicule sans conducteur circulant sur un tronçon défini cause un accident, alors même que le détenteur a rempli ses obligations, notamment en matière de maintenance du système (art. 32 P-OCA). Maintenir le régime actuel de responsabilité civile reviendrait à attribuer une responsabilité primaire du conducteur/détenteur qui découle de risques inhérents du système, soit de risques qu'il ne crée et ne maîtrise pas. Le maintien du régime actuel aurait également pour conséquence que l'assureur privé du conducteur/détenteur doive intenter une action récursoire contre le constructeur (art. 59 al. 1 LCR) sous l'angle de la loi sur la responsabilité du fait des produits (LRFP; RS 221.112.944) dont les limites en matière de conduite automatisée sont connues[37]. En premier lieu, la preuve du préjudice, du défaut et du lien de causalité entre les deux incombe au conducteur/détenteur[38] alors que celui-ci ne dispose pas des ressources propres à démontrer les défaillances du système. En second lieu, la notion du défaut est indéterminée puisque selon l'article 4 al. 1 LRFP, «un produit est défectueux lorsqu'il n'offre pas la sécurité à laquelle on peut légitimement s'attendre compte tenu de toutes les circonstances». Or, les exigences de sécurité prévues par le P-OCA relatives aux systèmes d'automatisation sont abstraites: le constructeur

doit uniquement apporter la preuve que la sécurité et la fluidité du trafic sont garanties[39]. Est-ce que le public peut alors légitimement s'attendre à ce que son véhicule équipé d'un système d'automatisation le transporte sans qu'il ne cause d'accident? En l'état du P-OCA et de la LRFP, il faut répondre à cette question par la négative. En cas d'accident causé par un défaut du système d'automatisation, il lui reviendrait en effet de prouver qu'il a activé le système conformément aux prescriptions, a surveillé la circulation et ne pouvait ou ne devait pas s'apercevoir d'une défaillance (art. 22 P-OCA), mais également de démontrer l'existence d'un défaut, ce qui s'avèrera difficile. La notion de défaut dépend d'ailleurs de la présentation du produit (art. 4 al. 1 let. a LRFP), de sorte que le constructeur pourrait être tenté d'exclure sa responsabilité dans son manuel d'utilisation (art. 9, 10 et 33 P-OCA). En dernier lieu, le lien de causalité entre le défaut du système et les dommages sera ardu à établir vu l'opacité des algorithmes et le fait que le processus ayant conduit à l'accident soit souvent incompréhensible[40]. En sus des difficultés de preuve dans le cadre de l'action récursoire, les possibilités d'exonération du constructeur au sens de la LRFP ne sont pas adaptées aux systèmes d'automatisation. La LRFP ne prévoit pas une responsabilité inhérente aux risques de développement mais une responsabilité en raison des obligations consécutives à la mise sur le marché, en particulier l'obligation d'observer son produit[41]. Le constructeur n'est toutefois pas responsable s'il prouve que l'état des connaissances scientifiques et techniques lors de la mise en circulation du produit ne permettait pas de déceler l'existence du défaut (art. 5 al. 1 let. b et e LRFP), par exemple en raison d'une évolution non anticipée de l'intelligence artificielle, ce malgré les risques connus d'accidents avec les voitures autonomes[42]. Sous l'angle de la LRFP, le constructeur pourrait donc être tenu responsable en cas de défaillance du système après sa mise en circulation uniquement en cas d'absence de mise en garde ou de rappel lorsqu'il découvre des risques concrets qui déclenchent de telles obligations[43], ce qui n'est pas suffisant. Ce d'autant que le constructeur pourrait aussi invoquer que le dysfonctionnement du système est imputable au logiciel (art. 5 al. 2 LRFP) ou à son développeur[44]. Or, le constructeur étant responsable du choix et de l'intégration du logiciel dans le véhicule[45], le logiciel et le véhicule doivent être considérés comme un produit d'ensemble qui est susceptible d'être défectueux[46]. Une exonération de responsabilité sur ce fondement ne devrait donc pas être admise. Aussi, si le régime actuel de responsabilité peut paraître suffisant pour le lésé, lequel est assuré d'être dédommagé en faisant usage de son droit d'action directe contre l'assureur du conducteur/détenteur (art. 65 al. 1 LCR)[47], tel n'est pas le cas pour le conducteur/détenteur. En effet, il supporte les risques inhérents au système et n'a que des moyens très limités pour se libérer de sa responsabilité dans le cadre d'une action récursoire contre le constructeur. Il est ainsi nécessaire qu'il soit procédé à la révision de LRFP, dès lors que la proposition de Directive du Parlement européen et du Conseil relative à la responsabilité du fait des produits défectueux du 28 septembre 2022 a été approuvée en octobre 2023 et qu'il était prévu de s'en inspirer[48] [49]. Il faut encore relever que la promesse des constructeurs qui déclarent assumer une responsabilité totale en cas d'accident ne peut remédier aux problématiques susmentionnées et, pire encore, met à mal les droits du lésé. Afin de permettre au lésé d'être dédommagé par le constructeur, ces déclarations devraient en effet remplir les conditions d'une stipulation parfaite pour autrui (art. 112 al. 2 CO) ou devraient faire l'objet d'un contrat entre le détenteur et le constructeur[50]. Quoi qu'il en soit, un tel glissement vers le droit privé soulèverait de nombreuses autres questions d'applicabilité (for, interprétation des clauses, etc.) et s'avère inutile puisque le régime de responsabilité civile peut aisément être encadré par la LCR.

3.2.2 Responsabilité civile de l'opérateur

L'opérateur se voit attribuer le rôle de pilote et de surveillant du système et est en partie soumis aux exigences usuelles du conducteur (art. 35 P-OCA). Si le Conseil fédéral considère qu'il faut distinguer l'opérateur du conducteur, dès lors que le conducteur doit exécuter des manœuvres et non l'opérateur[51], ce dernier assume aussi des obligations sans lien avec la conduite du véhicule qui devaient être satisfaites jusqu'ici par le conducteur. Par exemple, lors de transports de personnes, il doit communiquer avec les passagers[52]. Cela étant, l'opérateur devrait à tout le moins être qualifié d'auxiliaire au service du véhicule, soit une personne qui accomplit un acte d'emploi du véhicule sans conduire[53]. Le cas échéant, le détenteur pourrait se libérer de sa responsabilité en cas de faute grave de l'opérateur. Cependant, la notion de faute grave est indéterminée: la faute serait-elle grave exclusivement en cas de commission d'infractions pénales (art. 44 P-OCA)? De plus, il est prévu que les obligations de l'opérateur soient majoritairement définies par le constructeur dans son manuel, lequel pourrait alors ériger unilatéralement certains manquements au rang de faute grave. Cela est sans compter les autres conditions prescrites par l'article 59 LCR, notamment l'absence de faute par le détenteur lui-même ainsi que l'absence de défectuosité du véhicule. L'application du régime actuel n'apparaît ainsi pas plus adaptée aux véhicules sans conducteur s'agissant de la responsabilité de l'opérateur.

4. Conclusion

Si le Conseil fédéral considérait en 2021 que le régime de responsabilité actuel devait être provisoirement maintenu, l'entrée en vigueur du P-OCA et les décharges ainsi octroyées au conducteur doivent induire une révision de celui-ci. Le Conseil fédéral reconnaissait d'ailleurs déjà cette évidence en 2021, affirmant que si les conducteurs sont déchargés de leurs obligations, ils doivent en principe être exemptés de la responsabilité civile liée à la violation de ces obligations[54]. En sus d'une révision de la LRFP, il appert que l'instauration d'une responsabilité causale aggravée du constructeur et de l'opérateur aux côtés de celle du détenteur est tout particulièrement souhaitable. Cette solution permettrait en effet de faire supporter le poids de la responsabilité à toute personne qui crée et/ou maîtrise les risques. Le constructeur met en circulation le système, il en tire profit et en exerce la maîtrise de fait[55], de sorte qu'il devrait également en supporter les risques en première ligne. En réalité, la responsabilité civile en matière de véhicules équipés de systèmes d'automatisation ne constitue rien d'autre qu'un cas spécial de responsabilité civile, comparable à celle de l'entreprise de la branche automobile pour un véhicule qui lui a été remis à des fins de réparation (art. 71 LCR). Dès lors, elle pourrait être instituée en tant que nouveau cas spécial dans le chapitre 3 du Titre 4 de la LCR et prévoir ainsi une répartition des responsabilités entre les divers acteurs concernés en fonction des risques créés par chacun d'eux.

La responsabilité climatique Une question de politique jur

La première action en responsabilité climatique[1] contre une grande entreprise suisse, intentée par des habitants d'une île indonésienne, est actuellement pendante à Zoug. Du point de vue du droit matériel, une telle action soulève des difficultés en matière de causalité. La présente contribution s'intéresse à cette condition de responsabilité à la lumière du droit suisse et de quelques décisions étrangères.

DR

Arnaud Nussbaumer-Laghzaoui
Professeur à UniDistance
Chargé de cours à l'Université de Fribourg
Avocat LL.M. (Yale)

DR

Camille de Salis
Avocate stagiaire
MLaw

Introduction

En novembre 2023, à l'occasion de la 28e Conférence des parties à la Convention-cadre des Nations unies sur les changements climatiques (CCNUCC), le secrétaire général des Nations unies s'adressait aux délégués en ces termes: *«We are living through climate collapse in real time – and the impact is devastating»*[2].

Face à l'évolution (et à la péjoration) de la crise climatique mondiale, les litiges climatiques deviennent plus nombreux. À travers le monde, ils sont entrepris tant contre des gouvernements[3] que des entreprises privées.

Les *carbon majors*, soit les entreprises qui sont responsables de plus de 60% des émissions mondiales de gaz à effet de serre depuis le début de l'ère industrielle[4], sont les principales entités visées dans le secteur privé. Ainsi, les actions en responsabilité intentées par des communautés locales ou des peuples autochtones contre des acteurs parfois physiquement très éloignés sont en train de gagner en importance[5].

La scène juridique suisse n'échappe pas à ce constat. En effet, en 2022, une action en responsabilité climatique a été intentée à Zoug contre l'entreprise Holcim, géant mondial dans la production du ciment et parmi les plus gros émetteurs de CO_2 de Suisse et du monde.

Après avoir brièvement présenté l'affaire Holcim (*infra* 1), nous réfléchirons aux difficultés d'un tel cas en matière de causalité (*infra* 2). Avant de conclure, nous nous intéresserons à l'évolution actuelle des litiges climatiques et à quelques cas étrangers d'actions en responsabilité contre de grandes entreprises en matière climatique (*infra* 3).

1. Une première en Suisse: l'affaire Holcim

1.1 Action en dommages-intérêts et en cessation de l'atteinte

En juillet 2022, quatre habitants de l'île indonésienne de Pari ont déposé une requête en conciliation à l'encontre de Holcim, à son siège zougois. Soutenus par trois associations[6], les requérants demandent notamment à Holcim une réparation proportionnelle aux dommages causés sur l'île de Pari par les changements climatiques. À la suite de l'échec de la procédure de conciliation, les requérants ont déposé une demande au fond en janvier 2023.

Le raisonnement des demandeurs peut se résumer comme suit. En raison de la montée du niveau de la mer due au dérèglement climatique, l'île de Pari connaît une augmentation du nombre d'inondations. Ces dernières causent des dommages aux infrastructures de l'île. Ses habitants doivent faire face à des dégâts importants à leurs maisons, leurs rues et leurs commerces. Les arbres fruitiers ne sont pas épargnés, le poisson se fait rare et l'eau potable est polluée. Ces dégâts ont ensuite des répercussions sur le tourisme, ce qui entraîne des conséquences financières évidentes pour les habitants de l'île.

Au-delà de ces aspects financiers, ce serait l'existence même des 1500 habitants de l'île qui serait menacée, Pulau Pari risquant d'être en grande partie engloutie par les eaux dans les années à venir si la situation ne s'améliore pas[7].

Or, Holcim, en tant que géant mondial de production de ciment, aurait généré 0,42% de l'ensemble des émissions industrielles mondiales de CO_2 depuis 1750[8]. L'importance quantitative des émissions d'Holcim permettrait, selon les demandeurs, de tenir la société responsable des dommages subis par les habitants de Pulau Pari. Ceux-ci se contentent toutefois de réclamer à Holcim la couverture de 0,42% des dommages subis à la suite des inondations de leur île. En plus de la réparation d'une partie des dommages subis, les demandeurs réclament à Holcim une réduction de ses émissions de CO_2 de

des entreprises suisses? idique des tribunaux

43% par rapport à 2019, ainsi qu'une contribution aux mesures d'adaptation nécessaires sur l'île de Pari.

La demande a donc un double objet: une réparation du dommage causé par les émissions de CO_2 d'Holcim fondée sur les art. 41 ss. CO et une cessation de l'atteinte sollicitée sur la base des principes déduits de l'art. 28*a* CC. Ces deux volets de la demande supposent de démontrer l'existence d'un lien de causalité entre l'activité d'Holcim et les atteintes/dommages constatés sur l'île de Pari[9].

1.2 L'assistance judiciaire et les chances de succès de l'action

Les demandeurs ont déposé une demande d'assistance judiciaire, laquelle est en particulier soumise à la condition que la cause ne paraisse pas dépourvue de toute chance de succès (art. 117 lit. b CPC).

Selon la jurisprudence du Tribunal fédéral, une cause n'est pas dépourvue de chances de succès lorsque les perspectives de gain ou de perte sont à peu près équilibrées, ou lorsque les premières sont légèrement inférieures aux secondes[10]. L'élément déterminant est de savoir si une partie raisonnable disposant elle-même des moyens nécessaires aurait, elle aussi, pris la décision de s'engager dans une procédure judiciaire[11]. En d'autres termes, une partie ne doit pas profiter du financement d'une procédure judiciaire dont elle n'aurait pas voulu supporter les risques si elle avait dû la financer elle-même.

Par décision du 6 octobre 2023, le Kantonsgericht zougois a octroyé l'assistance judiciaire sollicitée. Il explique dans sa décision qu'en l'absence de jurisprudence – notamment en matière de causalité dans le contentieux climatique –, on ne saurait considérer à ce stade que la demande des quatre Indonésiens serait d'emblée vouée à l'échec[12].

Sans préjuger du sort final de la cause, il s'agit là d'une étape intéressante en matière de justice climatique. À côté de son enjeu intergénérationnel, la justice climatique comprend un aspect géographique. L'impact du changement climatique n'est en effet pas le même partout sur Terre. Par ailleurs, certaines zones géographiques du globe sont davantage responsables de la dégradation du climat que d'autres[13]. Schématiquement, les pays en voie de développement sont à la fois moins responsables du réchauffement climatique et plus impactés par lui, à l'inverse des pays dits développés[14].

La procédure Holcim incarne on ne peut mieux cette opposition. En effet, les demandeurs sont de très faibles émetteurs de CO_2 mais sont cruellement impactés par le réchauffement climatique. À l'inverse, la défenderesse fait non seulement partie des entreprises les plus émettrices de CO_2 de la planète mais, depuis son siège zougois, se trouve bien loin des conséquences de la destruction du climat. Aussi, en octroyant l'assistance judiciaire aux demandeurs, l'autorité zougoise fait un petit pas vers davantage de justice climatique en ce sens qu'elle

1 Nous distinguons dans cette contribution la responsabilité climatique de la responsabilité environnementale. La responsabilité environnementale s'intéresse à toutes situations où une atteinte à l'environnement (l'air, l'eau, les sols, la forêt, le bruit, la biodiversité, le climat) cause un dommage qui appelle réparation. La responsabilité climatique est l'un des nombreux aspects de la responsabilité environnementale. Elle se limite aux cas où le dommage découle d'une atteinte au climat.

2 United Nations News, news.un.org/en/story/2023/11/1144147, consulté le 26.12.2023.

3 On pense notamment à l'affaire dite «Urgenda», du nom de la fondation qui l'a introduite: *Urgenda Foundation v. Kingdom of the Netherlands,* Hoge Raad, ECLI:NL:HR:2019:2007 du 20.12.2019; on pense également à l'affaire *Juliana v. United States* (217 F. Supp. 3d 1224, 1248 (D. Or. 2016)) menée par 21 jeunes contre l'État fédéral états-unien; pour une vue d'ensemble, cf. en particulier Joana Setzer, Catherine Higham, *Global Trends in Climate Change Litigation: 2022 Snapshot,* Grantham Research Institute on Climate Change and the Environment and Centre for Climate Change Economics and Policy, London School of Economics and Political Science, London, 2022, pp. 18-20.

4 Richard Heede, *Carbon Majors. Accounting for carbon and methane emissions 1854-2010. Methods and Results Report,* Climate Mitigation Services, 2014.

5 United Nations Environment Program, *Global Climate Litigation Report: 2023 Status Review (GCLR),* p. 68.

6 Entraide Protestante Suisse (EPER), European Center for Constitutional and Human Rights (ECCHR) et WALHI (Wahana Lingkungan Hidup Indonesia; Forum indonésien pour l'environnement).

7 Jochen Inkel, Geronimo Gussmann *et alii, Heutige und zukünftige Auswirkungen des Klimawandels und Meeresspiegelanstiegs auf der Insel Pari,* Global Climate Forum, 2023, p. 31 (étude commandée par l'EPER, l'une des associations venues en soutien aux demandeurs).

8 Richard Heede, *Carbon History of Holcim Ltd,* Climate Accountability Institute, 2022, p. 24 (étude commandée par l'EPER, l'une des associations venues en soutien aux demandeurs).

9 Pour une comparaison entre l'exigence de causalité en matière de responsabilité civile et d'action en cessation de l'atteinte, cf. Arnaud Nussbaumer-Laghzaoui, *Responsabilité plurale, responsabilité éloignée et dilution de responsabilité: La causalité à l'épreuve d'un monde complexe,* SJ 2022 p. 399 (Nussbaumer-Laghzaoui, SJ 2022).

10 ATF 138 III 217, c. 2.2.4; CR CPC-Tappy, art. 117 CPC, n. 31.

11 ATF 138 III 217, c. 2.2.4.

12 Kantonsgericht Zug, décision du 6 octobre 2023 dans la cause UP 2023 19, c. 3.1; cf. ég. Call for Climate Justice, communiqué de presse du 8.11.2023, callforclimatejustice.org/fr/media/, consulté le 8.11.2023.

13 Sur le caractère pluridimensionnel de la justice climatique, cf. Axel Gosseries, *Justice climatique, in:* Patrick Savidan (éd.), *Dictionnaire des inégalités et de la justice sociale,* Paris 2018, p. 821 ss.

14 IPCC, 2023: *Summary for Policymakers, in: Climate Change 2023: Synthesis Report, Contribution of Working Groups I, II and III to the Sixth Assessment Report of the Intergovernmental Panel on Climate Change,* Geneva 2023, pp. 1-34, cf. en part. Section A.2 (GIEC, Rapport).

15 En effet, le réchauffement climatique est causé par d'innombrables comportements et impacte d'innombrables personnes; cf. à ce sujet Douglas A. Kysar, *What Climate Change Can Do About Tort Law,* Environmental Law, vol. 41, no. 1, 2011, p. 1 ss.; cf. par ailleurs Nussbaumer-Laghzaoui, SJ 2022, p. 391 ss.

[16] Arnaud Nussbaumer-Laghzaoui, *Responsabilité environnementale et causalité. L'enseignement des abricots valaisans, in:* Franz Werro, Pascal Pichonnaz (éd.), Colloque du droit de la responsabilité civile 2022, Fribourg, pp. 61-89, p. 63.

[17] ATF 133 III 462, c. 4.4.2; Franz Werro, *La responsabilité civile,* 3e édition, Berne 2017, n. 219.

[18] ATF 142 IV 237, c. 1.5.2; Werro, *La responsabilité civile,* n. 263.

[19] Werro, *La responsabilité civile,* n. 115; Nussbaumer-Laghzaoui, *Responsabilité environnementale,* p. 63 et les références citées.

[20] ATF 109 II 304; pour une analyse détaillée de cet arrêt, voir Nussbaumer-Laghzaoui, *Responsabilité environnementale.*

[21] ATF 109 II 304, partie en faits, A.b.

[22] ATF 109 II 304, partie en faits, A.b.

[23] ATF 109 II 304, partie en faits, A.b et A.c.

[24] ATF 109 II 304, partie en faits, A.c.

[25] ATF 109 II 304, c. 2.

[26] ATF 109 II 304, c. 3.

[27] ATF 109 II 304, c. 3.

[28] ATF 109 II 304, c. 5.

[29] ATF 109 II 304, c. 5.

[30] ATF 109 II 304, c. 4.

[31] Nussbaumer-Laghzaoui, *Responsabilité environnementale,* p. 67.

[32] ATF 109 II 304, c. 5.

[33] Nussbaumer-Laghzaoui, *Responsabilité environnementale,* p. 67.

[34] ATF 109 II 304, c. 5.

[35] ATF 109 II 304, c. 5.

[36] ATF 109 II 304, c. 5.

[37] ATF 109 II 304, c. 7.

[38] ATF 109 II 304, dispositif.

[39] Pour des explications détaillées, cf. Nussbaumer-Laghzaoui, *Responsabilité environnementale,* p. 69 ss.

[40] Cf. ATF 109 II 304, c. 4; «Cependant, l'influence des émissions fluorées de l'usine de la défenderesse paraît être moins importante que celle des facteurs météorologiques, génétiques et physiologiques».

ne ferme pas d'emblée la voie judiciaire aux personnes considérées par le Groupe intergouvernemental d'experts sur l'évolution du climat (GIEC) comme les plus exposées au changement climatique.

2. Les difficultés liées à un tel cas

2.1 La causalité et la responsabilité climatique: quelques généralités

Un cas de responsabilité climatique comme celui d'Holcim pose inévitablement des questions de causalité. En effet, l'éloignement physique entre les parties à la procédure – l'une se trouve en Suisse, les autres en Indonésie – mais également la multitude de potentiels auteurs du dommage et de potentielles victimes[15] peuvent rendre la démonstration du lien de causalité naturelle et adéquate délicate[16].

Dans sa conception traditionnelle, la causalité, sans laquelle la responsabilité civile de l'auteur d'un dommage ne peut être engagée, se subdivise entre la causalité naturelle et la causalité adéquate. La première existe lorsque le dommage ne se serait pas produit sans l'acte reproché[17] *(condictio sine qua non)*. La seconde n'est acquise que si, selon le cours ordinaire des choses et l'expérience générale de la vie, l'acte reproché était propre à entraîner un effet du genre de celui qui s'est produit, de sorte que la survenance de ce résultat paraît de façon générale favorisée par le fait en question[18].

On peut raisonnablement se demander si, en matière de responsabilité environnementale, une causalité (naturelle et adéquate) peut être établie entre, d'une part, l'activité émettrice de gaz à effet de serre, et, d'autre part, le dommage climatique. En effet, ladite activité émettrice exerce une influence non pas sur la victime mais sur l'environnement, dont la modification cause ensuite un dommage à la victime[19]. Il n'y a donc pas de lien direct entre le fait générateur de responsabilité et le dommage. Si de prime abord la démonstration de la causalité en matière climatique semble se heurter à de nombreux obstacles, une affaire d'abricotiers valaisans vient relativiser ce constat.

2.2 Les abricotiers valaisans au secours des demandeurs climatiques

2.2.1 L'affaire des abricotiers valaisans

En 1983, à la faveur d'un cas valaisan, le Tribunal fédéral a été amené à se prononcer sur ces questions de causalité en matière environnementale[20].

Alusuisse, entreprise active dans la production d'aluminium, avait implanté plusieurs usines en Valais dès 1908. Or la fabrication d'aluminium dégage des émissions fluorées qui peuvent causer des dommages aux arbres fruitiers de plusieurs façons[21].

En 1975, après plusieurs années d'entente durant lesquelles Alusuisse avait régulièrement dédommagé les arboriculteurs concernés sans pour autant reconnaître sa responsabilité[22], le montant du dommage réclamé par les arboriculteurs a augmenté considérablement[23] en raison d'une perte particulièrement importante des récoltes. Aussi, en 1977, devant le refus d'Alusuisse d'indemniser les producteurs d'abricots, ceux-ci ont agi en responsabilité contre l'entreprise d'aluminium[24].

2.2.2 L'analyse de la causalité

Amené à trancher ce litige, le Tribunal fédéral a centré son analyse sur la question de l'incidence causale (naturelle et adéquate) des émissions fluorées sur les pertes de récoltes[25].

Pour la première partie de son raisonnement, le Tribunal fédéral s'en est remis à l'expertise produite sur demande des parties. Il a relevé qu'il n'était pas de son ressort de «prendre position sur les controverses scientifiques relatives aux effets du fluor sur les végétaux et, en particulier, sur les arbres fruitiers»[26]. Soulignant que l'expertise en question avait été confiée à des spécialistes de haut niveau scientifique et présentant toutes les garanties d'impartialité et d'objectivité, il a rappelé qu'il ne saurait s'écarter de leurs conclusions que si elles étaient contradictoires, lacunaires ou entachées d'erreurs manifestes. Ce n'était pas le cas en l'espèce[27].

Le Tribunal fédéral a examiné ensuite l'état général de l'instruction du procès. Cette dernière, comprenant l'expertise susmentionnée, a mis en évidence «un faisceau d'indices»[28] permettant de voir dans les émissions fluorées créées par Alusuisse, l'une des causes des dommages subis par les cultures d'abricotiers[29].

Le Tribunal fédéral a souligné ainsi que les émissions fluorées n'étaient qu'une cause parmi d'autres du dommage constaté et que d'autres causes devaient être prises en considération. Le Tribunal fédéral est allé encore plus loin vu qu'il a souligné que l'influence des émissions fluorées semblait être moins importante que celle de facteurs météorologiques, génétiques et physiologiques[30]. Les émissions fluorées ne représentaient donc pas la cause prépondérante des dommages, mais bien une cause secondaire[31].

Ce constat n'a pas empêché le Tribunal fédéral de retenir l'existence d'un lien de causalité naturelle et adéquate entre les émissions fluorées et les dommages. En effet, et c'est l'un des passages remarquables de cet arrêt, il a retenu que l'hypothèse selon laquelle les émissions fluorées

n'auraient exercé aucune influence sur la production des abricotiers serait excessive[32]. Ainsi, il a considéré que, pour autant que les émissions fluorées aient favorisé – même marginalement – la survenance des dommages, le lien de causalité naturelle devait être admis[33]. Le fait que les émissions fluorées aient aussi été, d'un point de vue objectif, propres à exercer des effets négatifs sur la production d'abricots a permis de retenir en même temps un lien de causalité adéquate[34].

Le Tribunal fédéral a poursuivi en considérant que l'intensité des facteurs météorologiques, génétiques et physiologiques ne permettait pas d'interrompre ce lien de causalité[35]. Cependant, ces facteurs devaient être pris en considération comme motifs de réduction des dommages-intérêts au sens des art. 43 et 44 CO[36]. Puisque le montant exact du dommage ne pouvait être établi, le Tribunal fédéral a statué sur la base de l'art. 42 al. 2 CO[37], qui permet au juge de le déterminer équitablement en considération du cours ordinaire des choses et des mesures prises par la partie lésée. Il s'est donc rallié à la proposition des experts, qui avaient tenu compte, d'une manière objective, de tous les éléments pertinents.

Admettant partiellement la demande des propriétaires d'abricotiers, le Tribunal fédéral a condamné Alusuisse à les indemniser[38].

2.2.3 L'enseignement à retenir

L'analyse de la causalité à laquelle se livre le Tribunal fédéral dans l'arrêt des abricotiers valaisans est remarquable[39].

En ce qui concerne la causalité naturelle, le Tribunal fédéral y a appliqué, sans la revendiquer expressément[40], la théorie de la causalité dite cumulative[41]. Celle-ci intervient lorsque plusieurs causes sont à l'origine d'une atteinte mais que celle-ci aurait pu résulter intégralement uniquement de l'une ou de l'autre des causes[42]. Autrement dit, le dommage résulte d'une cause considérée mais se serait produit même en son absence par la combinaison d'autres causes. L'activité délictuelle d'un acteur unique n'est alors pas une condition nécessaire du dommage mais en constitue néanmoins une cause naturelle[43].

Ainsi, dans le cas des abricotiers valaisans, le fait que les pertes de récoltes aient été principalement dues à des facteurs météorologiques, génétiques et physiologiques en sus des émissions fluorées n'a pas empêché le Tribunal fédéral de considérer que ces dernières entretenaient un lien de causalité naturelle avec les dommages subis. Le degré de preuve à atteindre pour prouver la causalité naturelle a donc été considérablement abaissé: il a en effet suffi que l'expertise, comprise dans le «faisceau d'indices», établisse que l'hypothèse selon laquelle les émissions fluorées n'auraient joué aucun rôle dans les dégâts aux abricotiers était inconcevable pour que le Tribunal fédéral retienne le lien de causalité naturelle[44].

Ensuite, lorsqu'il a traité de la causalité adéquate, le Tribunal fédéral a semblé faire sienne la théorie de la circonstance généralement favorisante[45] plutôt que celle de la prévisibilité objective. Selon la première, le lien de causalité adéquate est acquis lorsqu'un résultat du genre de celui qui s'est produit se serait réalisé moins souvent, ou ne se serait pas réalisé, en l'absence de la circonstance considérée[46]. Cela se traduit par le considérant-type en matière de causalité adéquate, lequel, après avoir rappelé la définition évoquée ci-dessus (2.1)[47], ajoute que «la survenance du dommage paraît de façon générale favorisée par une telle circonstance»[48].

Dans l'arrêt des abricotiers, le lien de causalité adéquate a ainsi été reconnu par le Tribunal fédéral en raison du fait que les émissions fluorées constitueraient un simple facteur favorisant des dommages[49].

Dans une perspective de responsabilité climatique, cette jurisprudence fédérale doit être soulignée. Appliquée au cas Holcim, l'analyse de la causalité à laquelle se prête le Tribunal fédéral dans l'affaire des abricotiers valaisans pourrait guider le Kantonsgericht zougois. À suivre cette jurisprudence, un faisceau d'indices, identifié par exemple au moyen d'une expertise judiciaire, combiné à la conclusion selon laquelle les activités du cimentier auraient forcément exercé une influence, même marginale, sur la situation patrimoniale des demandeurs, suffirait à établir un lien de causalité naturelle. Toujours selon cette jurisprudence, la théorie de la circonstance généralement favorisante pourrait en soi permettre aux juges de retenir l'existence d'un lien de causalité adéquate entre les émissions d'Holcim et les atteintes causées par la montée des eaux.

3. Quelques cas étrangers

3.1 La vulnérabilité de certaines parties demanderesses

Nous évoquions précédemment l'opposition entre les pays en voie de développement et les pays développés[50]. Bien que les changements climatiques affectent les populations sur l'ensemble du globe, ils les affectent de manière inégale[51]. L'état des litiges climatiques commence progressivement à refléter cette réalité – l'affaire Holcim ne fait ici pas exception – puisque l'on

[41] Nussbaumer-Laghzaoui, *Responsabilité environnementale,* p. 74.

[42] Werro, *La responsabilité civile,* n. 253; Nussbaumer-Laghzaoui, *Responsabilité environnementale,* p. 71 et les références citées.

[43] Henri Deschenaux, *Norme et causalité en responsabilité civile, in: Stabilité et dynamisme du droit dans la jurisprudence du Tribunal fédéral suisse: recueil offert au Tribunal fédéral à l'occasion de son centenaire par les facultés de droit suisses,* Bâle 1975, p. 399 ss.; Andreas von Thur, Hans Peter, *Allgemeiner Teil des schweizerischen Obligationenrechts,* Zurich 1974, § 13 I, 7b.

[44] ATF 109 II 304, c. 5 ss.; Nussbaumer-Laghzaoui, *Responsabilité environnementale,* p. 75.

[45] Trager Ludwig, *Der Kausalbegriff im Straf- und Zivilrecht, Zugleich ein Beitrag zur Auslegung des BGB,* Marbourg 1904, p. 157 ss.; cf. ég. Sophie Laurent, *Prévisibilité et causalité adéquate. Analyse de droit suisse et de droit comparé des limites de la responsabilité contractuelle,* thèse Fribourg, Zurich 2021, n. 152; Nussbaumer-Laghzaoui, *Responsabilité environnementale,* p. 69.

[46] Traeger, *Der Kausalbegriff,* p. 157 ss.; Laurent, *Prévisibilité,* n. 152; Nussbaumer-Laghzaoui, *Responsabilité environnementale,* p. 76.

[47] «D'après le cours ordinaire des choses et l'expérience de la vie, le fait considéré était propre à entraîner un effet du genre de celui qui s'est produit».

[48] Récemment: ATF 145 III 72, c. 2.3.1; cf. Nussbaumer-Laghzaoui, *Responsabilité environnementale,* nbp 61 et les références jurisprudentielles citées.

[49] ATF 109 II 304, c. 5; Nussbaumer-Laghzaoui, *Responsabilité environnementale,* p. 77.

[50] Cf. ég. GIEC, Rapport, A.2.

[51] GCLR, p. 68.

assiste à une augmentation des cas portés par des parties demanderesses issues de communautés dites vulnérables, que ce soit en leur nom ou pour l'ensemble de leur communauté[52].

Par ailleurs, à l'image des parties demanderesses dans l'affaire Holcim, les populations les plus concrètement et sévèrement touchées par les effets des changements climatiques sont souvent celles qui ont le moins contribué à les créer[53]. De plus, les peuples autochtones sont particulièrement vulnérables aux effets des changements climatiques, puisque beaucoup d'entre eux sont dépendants d'écosystèmes eux-mêmes particulièrement exposés à ces effets[54].

Parmi ces derniers, l'on compte notamment les événements météorologiques extrêmes, comme les inondations, les sécheresses, les vagues de canicule, les incendies de forêts ou encore les cyclones[55].

À ce constat s'ajoute que les territoires traditionnels des peuples autochtones sont souvent particulièrement riches en ressources naturelles, dont la gestion écologiquement durable est cruciale dans la lutte contre le réchauffement climatique[56]. De plus, ces territoires sont situés en partie sur des zones qui accueillent près de 80% de la biodiversité mondiale, dont la préservation est tout aussi indispensable dans cette lutte[57].

L'affaire Holcim s'inscrit pleinement dans ce contexte d'augmentation des litiges climatiques portés par des populations vulnérables.

3.2 Grandes entreprises: des exemples internationaux

Depuis 2020 en particulier, le nombre de litiges climatiques dirigés contre des entités privées est en constante augmentation[58], les parties demanderesses faisant preuve d'une créativité impressionnante à travers la diversité croissante des théories juridiques invoquées[59]. Nombre de ces requêtes tendent à faire reconnaître la responsabilité des entreprises émettant de trop grandes quantités de gaz à effets de serre[60]. À nouveau, l'analyse de la causalité représente souvent un thème majeur dans ces litiges[61].

3.2.1 *Milieudefensie et al. contre Royal Dutch Shell*

L'affaire *Milieudefensie et al. contre Royal Dutch Shell* constitue un cas emblématique en matière de responsabilité climatique d'une grande entreprise, tant dans son résultat que dans l'analyse la causalité qui y est faite.

En 2021, le Tribunal de district de La Haye a condamné l'entreprise Royal Dutch Shell à réduire ses émissions de CO_2 d'au moins 45% par rapport à ses émissions de 2019, et ce d'ici à 2030[62]. Il s'agit de la première fois qu'une entreprise privée est condamnée à se conformer à l'Accord de Paris et qu'une responsabilité d'atténuer ses émissions de CO_2 lui est attribuée[63]. À ce jour, l'appel formé par Royal Dutch Shell contre ce jugement est toujours pendant. Toutefois, ledit appel est dépourvu d'effet suspensif, si bien que Royal Dutch Shell est d'ores et déjà tenue de prendre des mesures.

Dans son analyse de la causalité, le Tribunal de district de La Haye n'a pas manqué de relever que toute émission de CO_2 et d'autres gaz à effets de serre, à n'importe quel endroit du globe et quelle qu'en soit la cause, contribue aux dommages environnementaux évoqués et à leur aggravation[64]. Le fait que Royal Dutch Shell ne soit pas la seule entité régionale à laquelle on puisse attribuer une responsabilité de réduire ses émissions ne l'exonère pas de sa propre responsabilité de contribuer à la lutte contre le changement climatique, en fonction de ses capacités[65].

En particulier, le Tribunal de district de La Haye met en évidence dans son jugement le fait que Royal Dutch Shell est l'un des plus gros pollueurs du monde, émettant plus de gaz à effet de serre que de nombreux États, ce qui ne fait qu'appuyer encore la conclusion selon laquelle on peut exiger de cette entreprise qu'elle prenne ses responsabilités en matière environnementale[66].

Cette analyse est proche de celle qu'avait suivie le Tribunal fédéral dans l'affaire des abricotiers valaisans: le fait que la personne morale attaquée ne soit pas la seule responsable des dommages causés n'empêchait pas l'autorité de reconnaître un lien de causalité entre son activité et l'atteinte reprochée.

3.2.2 *Luciano Lliuya contre RWE AG*

En novembre 2015, Luciano Lliuya, fermier péruvien, a ouvert action devant le Landgericht d'Essen. Il réclamait à la Rheinisch-Westfälisches Elektrizitätswerk Aktiengesellschaft (RWE) le remboursement partiel des mesures protectrices à mettre en place afin de se protéger des inondations[67]. En effet, la ville de Huaraz, où il vit, est menacée par le débordement du lac Palcacocha, dont le niveau ne cesse de monter en raison de la fonte des glaciers qui le dominent[68]. La fonte en elle-même est à mettre sur le compte des changements climatiques. En ouvrant action contre RWE, M. Lliuya réclame le remboursement de 0,47% des coûts, soit

[52] GCLR, p. 68.

[53] GCLR, p. 68; Rapport de la rapporteuse spéciale sur les droits des peuples autochtones, Haut-Commissariat des Nations unies pour les Droits de l'Homme, A/HCR/36/46/, novembre 2017, n. 6.

[54] GCLR, p. 68; Rapport, n. 6.

[55] Rapport, n. 6.

[56] Rapport, n. 7.

[57] Rapport, n. 7.

[58] GCLR, p. 50.

[59] GCLR, p. 50.

[60] GCLR, p. 50.

[61] GCLR, p. 50.

[62] *Milieudefensie c. Royal Dutch Shell,* Tribunal de district de La Haye, 2021, ECLI:NL:RBDHA:2021:5339, c. 5.3.

[63] GCLR, p. 51.

[64] *Milieudefensie,* c. 4.4.37.

[65] *Milieudefensie,* c. 4.4.37.

[66] *Milieudefensie,* c. 4.4.37.

[67] *Lliuya c. RWE,* Landgericht Essen, Az. 2 O 285/15, 2016, partie en faits; GCLR, p. 54.

[68] *Lliuya* (Essen), partie en faits.

la part estimée de la contribution de RWE aux émissions mondiales de gaz à effet de serre depuis le début de l'ère industrielle[69].

Le Landgericht d'Essen a rejeté la demande de M. Lliuya, en partie pour des raisons liées à la causalité. Il a considéré en particulier que dans le cas d'innombrables émetteurs de gaz à effet de serre entraînant des changements climatiques, de sorte qu'ils se fondent indistinctement ensemble en raison de phénomènes naturels complexes, il est impossible d'identifier quoi que ce soit qui ressemble à une chaîne de causalité linéaire allant d'une source particulière à un dommage particulier[70].

Sur appel, l'Oberlandesgericht d'Hamm a renversé le jugement de première instance et dressé une liste de questions destinées à des experts en lien avec la causalité dans le cas d'espèce[71]. Ces experts ont ainsi été amenés à examiner les émissions de CO_2 de RWE, la contribution de ces émissions aux changements climatiques, leur impact sur la fonte des glaciers en cause et la part de responsabilité de RWE dans les effets de ces changements[72].

Après une inspection locale pour analyser la situation sur le terrain, la décision des tribunaux allemands est encore attendue. Toutefois, le fait que l'Oberlandesgericht d'Hamm ait reconnu qu'une entreprise privée pouvait potentiellement être tenue pour responsable des dommages résultant des changements climatiques dus aux émissions de gaz à effet de serre, bien qu'elle n'en soit de loin pas la seule émettrice, marque une évolution jurisprudentielle qui nous semble aussi justifiée qu'importante[73].

Si, en matière de responsabilité climatique, les tribunaux allemands souscrivent à la théorie de la circonstance généralement favorisante décrite précédemment, ils pourraient arriver à la conclusion qu'un lien de causalité existe bel et bien entre les émissions de CO_2 de RWE et les pertes de rendements de l'agriculteur péruvien.

Quelques remarques conclusives

Le nombre d'entreprises recherchées à travers le monde pour leur responsabilité climatique est en constante augmentation. Si Holcim est la première en Suisse, il est probable que d'autres le seront dans un avenir proche. Le droit suisse et ses juges doivent donc être préparés à faire face à de tels litiges, en particulier en matière de causalité.

Le Tribunal fédéral se plaît à rappeler que la causalité est une clause générale qui doit permettre aux tribunaux de tenir compte d'objectifs de politique juridique visés par la norme applicable dans les cas concrets qui leur sont soumis[74]. La façon dont la Ire Cour de droit civil analyse la causalité a d'ailleurs passablement évolué ces vingt dernières années; sur la base de six arrêts, nous observions récemment qu'entre 2001 et 2023, sa façon d'analyser la condition de la causalité a profondément évolué, à tel point que l'on pourrait croire que cette évolution serait liée à un changement de texte légal[75]. Or celui-ci n'a pas changé d'une virgule; seuls les juges fédéraux, et leur politique juridique, ont changé.

La causalité est ainsi un outil juridique souple qui, au gré de la politique juridique poursuivie par le Tribunal fédéral, pourrait tout aussi bien mettre en échec que promouvoir un principe de responsabilité climatique en Suisse.

Notre Haute Cour en avait fait une excellente démonstration dans l'arrêt des abricotiers valaisans. Elle avait admis un lien de causalité naturelle sur la base d'un faisceau d'indices couplé au fait que l'hypothèse selon laquelle les émissions fluorées n'auraient exercé aucun impact sur les abricotiers était inconcevable. Elle avait ensuite admis le lien de causalité adéquate en se fondant sur une grammaire proche de la théorie de la circonstance généralement favorisante, considérant que les émissions avaient favorisé le dommage, malgré la présence d'autres facteurs déterminants. Dans cette affaire des abricots, sur la base des mêmes principes juridiques, notre Haute Cour aurait pu formuler des conclusions diamétralement opposées et trancher en faveur de l'entreprise polluante. Elle ne l'a pas fait et ce faisant, a formulé les premiers fondements d'une responsabilité environnementale suisse.

Sous l'angle de la causalité, rien ne l'empêcherait de faire de même dans l'affaire Holcim pour établir les premiers jalons d'une responsabilité non pas environnementale mais cette fois-ci bien climatique. L'avenir d'une telle responsabilité est donc entre les mains de la politique juridique poursuivie par les juges de la Ire Cour de droit civil. ▮

[69] *Lliuya* (Essen), partie en faits.

[70] *Lliuya* (Essen), II.

[71] *Lliuya c. RWE,* Oberlandesgericht d'Hamm, 1-5 U 15/17, décision relative à la production des preuves, 30 novembre 2017, p. 3 ss.

[72] *Lliuya* (Hamm), p. 3 ss.

[73] Climate Case Chart, *Luciano Lliuya c. RWE,* https://climatecasechart.com/non-us-case/lliuya-v-rwe-ag/, consulté le 27.12.2023.

[74] Parmi d'autres, causalité naturelle: ATF 133 III 81, c. 4.2.2 et 4.4.2; causalité adéquate: ATF 123 III 110, c. 3b; Nussbaumer-Laghzaoui, *Responsabilité environnementale,* p. 83 et les références citées.

[75] Arnaud Nussbaumer-Laghzoaui, *Causalité, cours hypothétique des choses et doutes du tribunal, in:* Michelle Cottier/Karine Lempen et alii (édit.), *Lettres à Christine Chappuis,* Genève/Zurich/Bâle 2023, p. 149 ss.

La participation des proches d' pénale: mais quels documents

Jurisprudence restrictive du Tribunal fédéral à l'appui, Stéphane Grodecki souligne la nécessité d'étayer ses arguments lorsqu'un proche souhaite faire valoir sa qualité de partie. La visée pratique de cette contribution est concrétisée par la présentation des documents à produire en procédure lors d'abus sur mineurs ou de décès de la victime.

DR

Stéphane Grodecki
Chargé de cours
à l'Université de Genève
Avocat
Docteur en droit
CAS HES-SO aide et
conseils aux victimes
d'infractions

1. Introduction

Le frère ou la sœur d'une victime d'un homicide est-il ou elle aussi une victime qui dispose du droit de participer à une procédure pénale? La mère ou le père d'un enfant abusé sexuellement est-elle ou il aussi une victime qui est susceptible de participer à une procédure pénale? Dans ce domaine, il peut exister une discrépance importante entre le ressenti des personnes et les règles juridiques applicables au regard de l'art. 116 CPP[1]. Mais surtout pour ces proches, le praticien doit démontrer l'existence de liens concrets entre eux et la victime pour pouvoir convaincre les autorités pénales de leur accorder, à eux aussi, la qualité de victime (art. 116 al. 2 CPP), et donc de partie. L'objectif de la présente contribution est ainsi de faire un tour d'horizon des derniers arrêts en la matière afin de tenter d'offrir au praticien quelques pistes sur les pièces à fournir pour permettre à un proche au sens de l'art. 116 al. 2 CPP de participer à une procédure pénale.

2. La qualité de partie

Selon l'art. 118 al. 1 CPP, on entend par partie plaignante le lésé qui déclare expressément vouloir participer à la procédure pénale comme demandeur au pénal ou au civil. La notion de lésé est définie à l'art. 115 CPP. Il s'agit de toute personne dont les droits ont été touchés directement par une infraction. En règle générale, seul peut se prévaloir d'une atteinte directe le titulaire du bien juridique protégé par la disposition pénale qui a été enfreinte[2]. Conformément à l'art. 116 al. 1 CPP, on entend par victime le lésé qui, du fait d'une infraction, a subi une atteinte directe à son intégrité physique, psychique ou sexuelle. Il s'agit donc de lésé direct. Le proche de la victime est par ailleurs défini à l'art. 116 al. 2 CPP.

Le droit d'un proche au sens de l'art. 116 al. 2 CPP de se constituer partie plaignante implique, ce que confirme la combinaison des art. 117 al. 3 et 122 al. 2 CPP, qu'il fasse valoir des prétentions civiles propres. Pour bénéficier des droits procéduraux conférés par le CPP, ces prétentions doivent paraître crédibles au vu des allégués. Sans qu'une preuve stricte soit exigée, il ne suffit cependant pas d'articuler des conclusions civiles sans aucun fondement, voire fantaisistes; il faut, avec une certaine vraisemblance, que les prétentions invoquées soient fondées[3].

Cette architecture reprend en définitive la construction des art. 1 al. 1 et 2 LAVI[4].

3. La notion de proche

Selon l'art. 116 al. 2 CPP, on entend par proches de la victime son conjoint, ses enfants, ses père et mère et les autres personnes ayant avec elle des liens analogues.

Le conjoint, les enfants, le père et la mère ont ainsi la qualité de proches de par la loi, indépendamment de liens affectifs qu'ils entretiennent avec la victime[5]. Ils n'ont dès lors pas à démontrer un lien particulier pour voir leur qualité de partie reconnue.

Quant aux «autres personnes», elles n'ont pas nécessairement à être apparentées à la victime et ne font pas obligatoirement vie commune avec celle-ci. Sont alors déterminantes les circonstances concrètes, l'intensité du lien entretenu avec la victime et/ou la fréquence des rencontres, éléments que ceux alléguant être des proches au sens de l'art. 116 al. 2 *in fine* CPP devront rendre vraisemblables afin de démontrer qu'ils ont, avec la victime, des liens analogues aux premières personnes mentionnées dans cette disposition. Peuvent ainsi généralement être considérés comme des proches de la victime le concubin, le partenaire enregistré, les petits-enfants qui auraient été élevés par leurs grands-parents en raison par exemple du décès de leurs parents, ainsi que, le cas échéant, une relation d'amitié ou fraternelle très étroite[6]. Il faut toutefois

[1] Code de procédure pénale suisse; RS 312.0.

[2] ATF 148 IV 256, c. 3.1.

[3] TF 7B_170/2023 du 15.11.2023, c. 3.2; ATF 139 IV 89.

[4] Loi fédérale sur l'aide aux victimes d'infractions; RS 312.5.

[5] TF 1B_137/2015 du 1.9.2015, SJ 2016 I 148, c. 2.1.

[6] TF 1B_137/2015 du 1.9.2015, SJ 2016 I 148, c. 2.1.

une victime à une procédure faut-il produire?

une relation «particulièrement intense» pour justifier ce statut procédural[7].

Il faut cependant insister sur un point fondamental en pratique: le proche, comme nous l'avons déjà vu, doit pouvoir faire valoir des prétentions civiles propres pour être admis à participer à la procédure. Ainsi, lorsqu'un enfant victime d'une infraction se voit désigner un curateur de représentation (art. 308 al. 2 et 314a CC[8]), les parents ne peuvent en règle générale plus se constituer partie plaignante, faute de pouvoir représenter leur enfant ou démontrer des prétentions civiles propres[9]. En effet, en présence d'une infraction contre l'intégrité sexuelle, les proches de la victime n'auront de prétention propre – et ainsi la propre qualité de partie – que s'ils sont atteints aussi durement que si la victime était décédée[10].

4. Jurisprudence choisie sur les proches

Au vu de ces principes, nous avons sélectionné quelques arrêts récents qui démontrent la difficulté pratique de démontrer cette relation «particulièrement intense» ou des prétentions civiles propres pour les «autres personnes» au sens de l'art. 116 al. 2 CPP ou pour les parents dont les enfants sont victimes d'une agression sexuelle.

Dans des affaires où la victime est décédée, le Tribunal fédéral a ainsi refusé la qualité de proche:

- Aux sœurs d'une victime d'homicide: «En effet, les quelque vingt ans passés sous le même toit (1974-1994) semblent correspondre à l'enfance des quatre sœurs; cet élément – mis à part son éloignement dans le temps – n'est ainsi pas caractéristique d'un lien particulier. Quant aux photos de famille produites – non datées –, aux visites effectuées pour le moins jusqu'en 2008, aux cadeaux adressés semestriellement et aux coups de téléphone hebdomadaires, ils permettent encore une fois de démontrer que les membres de la famille continuaient avoir des relations affectives et périodiques entre eux. Cependant, leur fréquence relativement limitée – notamment celle des appels téléphoniques – ne suffit pas pour retenir que ces échanges auraient été au-delà de ceux existant généralement dans une fratrie ayant quitté le giron parental»[11].
- Au frère d'une victime alléguée d'homicide par négligence: la victime étant domiciliée en Suisse et son frère en Floride, l'accompagnement du défunt durant sa lutte contre son cancer ne suffit pas à démontrer un lien particulièrement intense[12].

Il l'a en outre laissée ouverte à:

- La sœur d'une victime d'homicide: «À cet égard, la recourante fait état de sa qualité de partie reconnue par le ministère public, autorité devant laquelle elle a déjà fait valoir les liens affectifs très étroits la liant à son frère unique, ainsi que la fréquence de leurs contacts. Elle renvoie d'ailleurs à ces pièces, relevant brièvement en particulier l'attestation de sa mère sur les liens de ses enfants malgré la distance géographique, le soutien apporté à son frère lors de son divorce, la procuration établie par ce dernier en sa faveur sur un compte bancaire et la coopération envisagée pour la soutenir dans un futur projet immobilier. Ces éléments démontrent sans aucun doute une bonne entente familiale où les membres de la famille peuvent compter les uns sur les autres notamment lors de difficultés. Vu l'issue du litige, il n'est pas nécessaire de déterminer s'ils sont en revanche suffisants pour justifier, le cas échéant, l'obtention d'une indemnité pour tort moral, respectivement admettre la qualité pour recourir»[13].

En revanche, cette qualité a été admise:

- Aux frères et sœurs d'une défunte, car ils lui ont apporté une aide de très longue durée durant une longue maladie, qui a conduit à son décès[14].

Par ailleurs, en matière d'infractions de nature sexuelle, le Tribunal fédéral a refusé la qualité de partie aux parents (dont les enfants étaient représentés par un curateur de représentation) suivants:

- La mère d'une victime d'infractions sexuelles commises par le père: «En effet, il résulte du rapport médical de la Clinique F. précité que la dépression sévère dont souffre la

[7] Andrew M. Garbarski, *Le lésé et la partie plaignante dans la jurisprudence récente du Tribunal fédéral,* SJ 2017 II 125, p. 137.

[8] Code civil; RS 210.

[9] TF 6B_1105/2016 du 14.6.2017, c. 2.2.

[10] Camille Perrier Depeursinge, Andrew M. Garbarski, Louis Frédéric Muskens, *Action civile adhésive au procès pénal – no man's land procédural,* SJ 2021 II 185, p. 192.

[11] TF 1B_137/2015 du 1.9. 2015, SJ 2016 I 148, c. 2.2.

[12] TF 6B_902/2018 du 31.10.2018, c. 1.2.

[13] TF 6B_1165/2015 du 20.4.2016, c. 1.2.2.

[14] TF 7B_153/2022 du 20.7.2023, c. 2.3.

recourante est causée par la séparation d'avec ses enfants et par le fait de ne pas pouvoir s'occuper d'eux. Or, il apparaît que cette séparation n'est pas liée aux abus sexuels dénoncés, mais à la propre mise en prévention de la recourante pour avoir, pendant une certaine période, de concert avec l'intimé B., fait vivre ses enfants dans un appartement insalubre et avoir, dès lors, mis en danger leur développement physique. Peu importe donc de savoir si, comme l'a retenu la cour cantonale, la ‹procédure judiciaire en cours› mentionnée dans le rapport établi le 12 septembre 2022 par le Dr E. fait référence à la mise en prévention de la recourante, ce que conteste cette dernière. Par ailleurs, il n'est pas insoutenable de retenir l'existence, chez la recourante, de ‹troubles› liés aux difficultés financières et administratives résultant de son besoin de déménager et de divorcer et, partant, de déduire des circonstances d'espèce que ces troubles sont indépendants de la souffrance des victimes et qu'ils constituent uniquement un dommage indirect aux faits subis par ces dernières. Cela rend ainsi vraisemblable que les souffrances dont se plaint la recourante et qui sont attestées médicalement ont des causes multiples. Dans ces conditions – et sans minimiser l'impact psychologique sur la recourante des actes dénoncés –, il apparaît que l'instance précédente pouvait à bon droit considérer que l'intéressée n'avait pas établi – au degré de vraisemblance requis – l'existence d'une souffrance exceptionnelle, comparable à celle qu'elle aurait endurée en cas de décès de ses enfants. Rien de ce qu'objecte la recourante ne conduit à remettre en cause le constat de la cour cantonale à cet égard»[15].

- La mère d'une victime d'une agression sexuelle dans une cave: «Avec l'instance précédente, force est d'admettre que les constatations précitées n'émanent ni d'un thérapeute spécialisé ni n'atteignent le degré de gravité exigé par la jurisprudence pour permettre au proche d'une victime d'actes d'ordre sexuel de formuler des conclusions civiles propres à l'égard de l'auteur présumé. La recourante ne remet en particulier pas en cause que, entre le 7 juillet 2021 (date du bon LAVI d'aide immédiate en faveur de la recourante) et l'attestation précitée du 30 juin 2022, le Centre LAVI n'a pas augmenté le nombre de séances de psychothérapie prises en charge en faveur de la recourante. Cette dernière n'a en outre produit aucune attestation médicale susceptible d'apprécier le degré de gravité des conséquences sur sa santé psychique des actes dont aurait été victime sa fille une année auparavant. La recourante n'a en particulier pas transmis d'attestation d'un thérapeute spécialisé qui la suivrait. Dans ces conditions, l'instance précédente pouvait à bon droit considérer que les souffrances de la recourante ne sauraient être assimilées, sans autre pièce venant étayer leur intensité, à celles subies lors d'un décès d'un enfant. Le recours est mal fondé sur ce point»[16].

- La mère d'une mineure placée dans un foyer où elle aurait été agressée: «Au demeurant, la simple allégation d'avoir subi des angoisses, sans autre développement, ne saurait suffire, même sous l'angle de la vraisemblance, à déterminer quelles prétentions civiles propres elle entendait soulever à l'encontre des mis en cause. En particulier, dans l'hypothèse d'une prétention en réparation de son tort moral, une telle allégation ne permet pas de comprendre en quoi l'atteinte prétendument subie atteindrait la gravité objective et subjective que la jurisprudence exige pour l'allocation d'une indemnité pour tort moral. Il s'ensuit que la recourante ne rend pas vraisemblable l'existence de prétentions civiles propres en raison des faits reprochés dans sa plainte pénale»[17].

Ces quelques résumés démontrent que la simple allégation, la production de photographies ou d'un certificat d'un centre LAVI sont, en pratique, insuffisantes pour que la qualité de partie en application de l'art. 116 al. 2 CPP soit reconnue. Il appartient donc au praticien de la documenter avec soin.

5. Synthèse des éléments à fournir

Le Tribunal fédéral a explicitement jugé qu'il appartenait au proche de démontrer lui-même l'importance des liens et qu'il ne pouvait se prévaloir du principe d'instruction d'office à cet égard[18]. Le praticien a ainsi intérêt, lors de la constitution de partie plaignante, à réfléchir immédiatement aux pièces à produire. Au vu de la jurisprudence précitée, il nous semble que les éléments suivants devraient être pris en compte dans les dossiers relatifs à un décès d'une victime ou à un abus sur enfant, qui sont les cas où la question se pose le plus fréquemment en pratique: *(voir tableau ci-contre).*

[15] TF 7B_170/2023 du 15.11.2023, c. 3.4.3.
[16] TF 1B_512/2022 du 17.11.2022, c. 3.2.
[17] TF 6B_641/2022 du 25.1.2023, c. 2.3.
[18] TF 6B_902/2018 du 31.10.2018, c. 1.2.
[19] BSK StPO-Mazzucchelli/Postizzi, Bâle, 2023, Art. 116 N. 17.
[20] BSK StPO, Art. 116 N. 17.
[21] BSK StPO, Art. 116 N. 17.
[22] Cf. TF 1B_137/2015 du 1.9.2015, SJ 2016 I 148, c. 2.1.
[23] TF 1B_137/2015 du 1.9.2015, SJ 2016 I 148, c. 2.2.
[24] Cf. TF 7B_153/2022 du 20.7.2023, c. 2.3.
[25] Cf. TF 6B_902/2018 du 31.10.2018, c. 1.2.
[26] Cf. TF 1B_137/2015 du 1.9.2015, SJ 2016 I 148, c. 2.1.
[27] Cf. TF 1B_137/2015 du 1.9.2015, SJ 2016 I 148, c. 2.1.
[28] Cf. TF 7B_43/2022 du 15.11.2023, c. 3.5.
[29] Cf. TF 6B_301/2021 du 21.7.2021, c. 1.2.1.
[30] Cf. TF 6B_1148/2021 du 23.6.2023, c. 1.4.
[31] Cf. TF 6B_641/2022 du 25.1.2023, c. 2.3.
[32] Cf. TF 7B_170/2023 du 15.11.2023, c. 3.2.
[33] Cf. TF 1B_512/2022 du 17.11.2022, c. 3.2.
[34] TF 7B_170/2023 du 15.11.2023, c. 3.4.
[35] Cf. BSK StPO, Art. 116 N. 17.

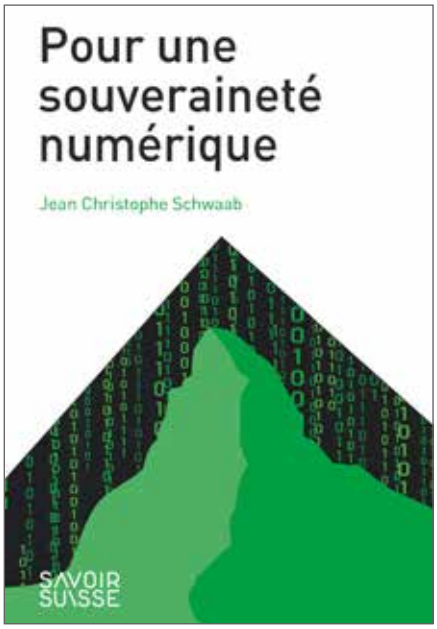
Décès de la victime	Pièces à produire
Parents de la victime	Pas de pièces spécifiques au vu de la présomption légale[19] de l'art. 116 al. 2 CPP
Enfant de la victime	Pas de pièces spécifiques au vu de la présomption légale[20] de l'art. 116 al. 2 CPP
Conjoint faisant ménage commun	Pas de pièces spécifiques au vu de la présomption légale[21] de l'art. 116 al. 2 CPP
Conjoint ne faisant pas ménage commun	Toute pièce susceptible de démontrer la durée et l'intensité de la relation (copie de messages électroniques ou de lettres, réservations de vacances communes, photographies, attestations de différentes personnes, dont l'audition est offerte pour le démontrer)[22]
Fratrie	Toute pièce susceptible de démontrer une relation très particulière, en évitant absolument de se focaliser sur les liens durant l'enfance[23]. Il s'agit par exemple de démontrer un accompagnement médical de longue durée[24] (un accompagnement médical «simple» étant insuffisant[25])
Petits-enfants de la victime	Toute pièce susceptible de démontrer que la victime les a, concrètement, élevés (une garde régulière ou des vacances en commun ne suffit pas)[26]
Grands-parents de la victime	Toute pièce susceptible de démontrer qu'ils ont, concrètement, élevé la victime (une garde régulière ou des vacances en commun ne suffit pas)[27]

Abus sur un mineur	Pièces à produire
Mineur de moins de 15 ans (représenté par ses parents)	Pas de pièces spécifiques à produire car il s'agit d'une victime directe au sens de l'art. 116 al. 1 CPP: mais le (ou les) parent doit bien spécifier explicitement qu'il agit au nom de son enfant, et formuler tous les actes au nom de l'enfant, représenté par son représentant légal[28]
Mineur de plus de 15 ans (représenté par ses parents)	La participation à une procédure étant un droit strictement personnel (cf. art. 19c CC), le parent doit démontrer qu'il agit avec l'accord du mineur qui est vraisemblablement capable de discernement[29], par exemple en fournissant une attestation signée
Mineur dès 12/15 ans, agissant seul	Attestation (médicale ou sociale) démontrant sa capacité de discernement[30]
Parents d'un mineur agissant seul ou représenté par un curateur de représentation	Il faut, d'une part, spécifier les prétentions qui seront élevées[31], par exemple en chiffrant d'ores et déjà le tort moral et en indiquant que le dommage matériel (suivi médical) sera chiffré au plus tard dans le délai de l'art. 331 al. 2 CPP. Il faut, d'autre part (et surtout), démontrer une atteinte similaire à la mort de l'enfant[32] par pièces médicales (des attestations d'un centre LAVI ne suffisent pas)[33]. L'attestation médicale doit se prononcer avec précision sur le rapport de causalité entre l'atteinte subie par l'enfant et l'état du parent[34]

6. Conclusion

Ce panorama démontre que la pratique est extrêmement sévère. Le système même du CPP entend limiter le cercle des lésés aux victimes directes d'une infraction. Les tribunaux interprètent ainsi de manière restrictive l'ouverture de la qualité de partie à la victime indirecte[35] des proches prévue par l'art. 116 al. 2 CPP. L'avocat qui représente de tels proches doit ainsi être immédiatement attentif à produire tous les éléments utiles dès le début de la procédure, étant précisé que le principe de l'instruction d'office ne s'applique pas sur ces points.

Le droit face



Pour une souveraineté numérique
Jean Christophe Schwaab

Lausanne, PPUR, collection Savoir Suisse, 2023
176 pages, 17,50 fr., 978-2-8891-5561-3

Le titre provocateur de l'ouvrage appelle à la circonspection en raison d'un terme galvaudé, la souveraineté, qui porte les relents du repli sur soi. C'est donc à bon escient que les premiers chapitres sont voués à cette notion et à son objectif dans le domaine du numérique: garantir l'État de droit. L'auteur, ancien conseiller national, plaide depuis de longues années pour une réglementation sur les nouvelles technologies. L'objectif est loin d'être atteint, puisque la montagne a accouché d'une souris avec ces innovations législatives timorées. Or, l'Union européenne a récemment tenté d'asseoir sa souveraineté numérique face à l'hégémonie des GAFAM et des NATU par le biais du Digital Services Act (DSA) et du Digital Markets Act (DMA). Et les États-Unis ont bien saisi que l'extraterritorialité des données leur offrait l'opportunité d'imposer leur droit hors des frontières nationales.

L'avis de plaidoyer: Une analyse fouillée et enrichie de nombreux exemples qui propose d'intéressantes pistes de réflexions pour accompagner le développement technologique et non le subir. Une lecture à recommander à tout juriste vu les impacts transversaux des nouvelles technologies.

Sandra Renevey

Petit commentaire LPD, Loi fédérale sur la protection des données
Yaniv Benhamou (éd.), Bertil Cottier (éd.)

Bâle, Helbing, 2023
695 pages, 198 fr., 978-3-7190-4274-5

Issu de la collection du Petit commentaire de Helbing, cet ouvrage développe minutieusement la loi sur la protection des données. Jurisprudences, positions doctrinales et travaux préparatoires apportent des précisions pratiques pour chaque disposition. L'étude permet de concrétiser la loi, dont certains aspects peuvent sembler parfois abstraits, afin d'obtenir une réponse claire dans un cas d'espèce à traiter. Le lecteur y trouvera également de nombreuses références de textes légaux, un chapitre sur le cadre international et suisse de la protection des données et un index.

L'avis de plaidoyer: Cet ouvrage, d'une exhaustivité remarquable, offre une perspective complète sur la nouvelle loi sur la protection des données, désormais cruciale dans notre vie quotidienne. Par le biais d'une analyse méticuleuse, les auteurs nous guident vers une compréhension concrète des aspects conceptuels de cette loi.

Timko Chatagnat

au numérique

Commentaire du droit des successions, 2e éd.
Antoine Eigenmann, Nicolas Rouiller

Berne, Stämpfli, 2023
1436 pages, 345 fr., 978-3-7272-4675-3

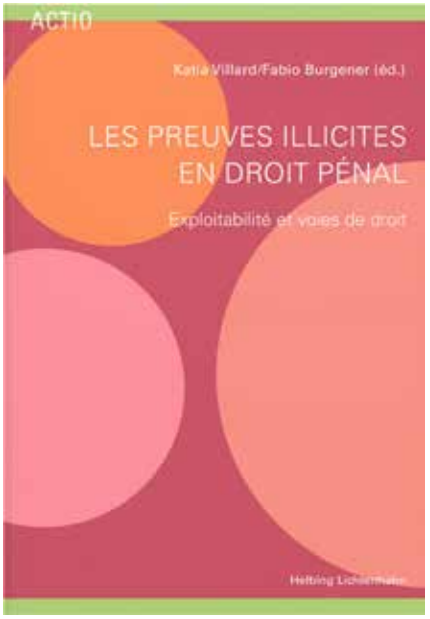
Depuis l'entrée en vigueur du nouveau droit des successions le 1er janvier 2023, diverses questions demeurent pour les praticiens et praticiennes du droit quant à son application. Je les invite dès lors à courir acquérir cet ouvrage!

En effet, ce dernier éclaircit les zones d'ombre pour appliquer au mieux les nouvelles dispositions légales de droit successoral.

Au menu figurent notamment la perte de la réserve du conjoint survivant en cas de divorce, la substitution fidéicommissaire, la prise en compte dans le calcul des réserves des libéralités faites sous forme de versement liés à des assurances en cas de décès et de prévoyance individuellement liée, les conventions de partage et les rapports successoraux. Nos experts et expertes ne manquent pas de se référer à d'autres branches du droit, telles que le droit matrimonial, le droit des assurances, le droit fiscal ou le droit des obligations.

L'avis de plaidoyer: L'éditeur Nicolas Rouiller a écrit, à propos de ce commentaire, qu'il montre les «liens entre chaque disposition du droit des successions et les autres domaines juridiques». Grâce à ces liens, les outils de droit suisse ne pourront qu'être utilisés à bon escient.

Raphaëlle Giroud



Les preuves illicites en droit pénal
Katia Anne Villard (éd.), Fabio Burgener (éd.)

Bâle, Helbing, 2023
263 pages, 68 fr., 978-3-7190-4675-0

Dès l'ouverture d'une procédure pénale, les efforts tendent à l'administration des preuves susceptibles de se prononcer sur les soupçons. C'est dire combien le sujet est central, raison pour laquelle l'introduction de l'ouvrage est naturellement consacrée à la notion de preuve.

Avant d'apprécier la force probante d'un élément, faut-il encore que celui-ci soit exploitable. Le traitement des preuves par les autorités est un thème fondamental faisant l'objet d'une contribution à proprement parler (§ 1). Il arrive que la preuve soit rapportée par des privés. Cette thématique méritait ainsi une contribution (§ 2).

À vrai dire, la preuve peut avoir été recueillie avant toute ouverture. C'est le cas lorsqu'une déclaration a été faite dans une procédure administrative soumise à des règles différentes. Quel est le sort d'une telle preuve? C'est la problématique abordée ensuite (§ 3).

Enfin, reste à savoir quelle suite donner à une appréciation litigieuse. C'est une question abordée dans le chapitre autour des voies de droit (§ 3).

L'avis de plaidoyer:
Attendu l'identité des auteurs,
Attendu la pertinence du sujet,
Attendu la didactique suivie,
Attendu la qualité des réflexions,
Par ces motifs: achetez ce livre!

Loïc Parein

Revue des revues

Droit pénal

Fabian Teichmann, Dimitri Gaffuri, *L'ordinanza sull'Ucraina nell'ottica del diritto penale – uno sguardo all'applicazione pratica,* forumpoenale 6/23, p. 470 ss.

Fabian Teichmann et Dimitri Gaffuri procèdent à une intéressante analyse critique de l'ordonnance instituant des mesures en lien avec la situation en Ukraine. En entame, le manque de consistance de l'article 32 de l'ordonnance, qui traite du volet pénal, est mis en relief. Cette disposition n'opère que de simples renvois. S'agissant de la quotité de la peine, il est fait référence aux articles 9 (délits) et 10 (crimes) de la loi sur les embargos. Quant aux éléments constitutifs des infractions, il est renvoyé à des articles épars de l'ordonnance. Après avoir détaillé les diverses dispositions applicables de l'ordonnance qui traitent notamment du blocage des avoirs, de l'interdiction de délivrer des services de domiciliation ou des conseils juridiques, les auteurs relèvent un manque de clarté en contradiction avec l'art. 1 CP qui conditionne la punissabilité à un acte expressément prévu par la loi. Cette précision ferait défaut en l'espèce et entraverait les chances du citoyen de se conformer à la loi et de prévoir la portée pénale de ces actes. Les auteurs soulignent ensuite les incertitudes découlant de la notion de contrôle figurant à l'art. 15 de l'ordonnance. Ils analysent aussi le conflit entre la déclaration obligatoire de l'art. 16 et le secret de l'avocat ou l'absence de base légale formelle pour fonder une atteinte au secret de l'avocat. Dans la 2e partie de la contribution, la transposition pratique de l'ordonnance est évaluée avec, à la clé, des propositions pour éviter que ce texte ne devienne un tigre de papier. Teichmann et Gaffuri proposent, par exemple, que la déclaration obligatoire soit par exemple transmise à la commission du barreau pour éviter la mise en danger du secret de l'avocat. Les difficultés pratiques inhérentes à l'identification du bénéficiaire effectif, à la confiscation de valeurs patrimoniales détenues par une personne non punissable sont évoquées et soulignent d'autant les défauts de la réglementation actuelle.

JdT 2023 IV 242

Cette traduction d'arrêt de Giuletta Mottini expose deux problématiques importantes concernant le droit pénal des mineurs. Dans l'ATF 148 IV 419, le Tribunal fédéral a traité de l'admissibilité d'une mesure de protection excédant de 427 jours la durée de la peine privative de liberté et de la possibilité de placer provisoirement un mineur condamné à un placement en milieu fermé dans un établissement de détention. Dans la présente affaire, le mineur a recouru contre la décision du Tribunal supérieur du canton de Berne en réclamant une indemnité en raison d'une détention excédant la durée autorisée, cette durée excessive ne pouvant pas être imputée sur la sanction prononcée. Les juges fédéraux rappellent d'abord qu'une mesure de protection peut excéder la durée de la privation de liberté vu son objectif éducatif. Cette détention ne saurait par ailleurs être assimilée à une détention provisoire déguisée, malgré les périodes que le mineur a passées en prison sans encadrement éducatif et/ou thérapeutique. La proactivité des autorités afin de trouver une place adéquate dans un centre et le comportement difficile de l'intéressé ont pesé dans la balance. Un arrêt incontournable sur le placement en milieu ouvert ou fermé prévu à l'art. 15 DPMin.

Procédure pénale

Nina Lumengo Paka, Julia Aeschbacher, *StPO-Revision: Die Neuerungen im Siegelungs- und Entsiegelungsverfahren,* forumpoenale 6/23, p. 457 ss.

L'entrée en vigueur de la révision du code de procédure pénale au début de cette année imprégnera à ne point en douter l'activité des avocats pénalistes. Les deux autrices, après avoir exposé les nouveautés en matière de mise sous scellés et de levée des scellés, dressent un constat en demi-teinte. Certes, elles ne critiquent pas l'objectif louable de ces modifications, soit l'accélération de la procédure en matière de scellés. Sur ce point, il ne saurait être contesté que le délai d'ordre d'un mois n'était qu'exceptionnellement respecté, ce processus s'étendant sur plusieurs mois dans de nombreuses affaires. Le législateur aurait-il trouvé une solution pragmatique en précisant les délais applicables, nommément par la fixation d'un délai de trois jours pour exiger la mise sous scellés ou d'un délai de vingt jours pour demander la levée des scellés? Force est de constater que des doutes subsistent. Les auteures relèvent notamment la brièveté du délai de dix jours accordé à l'ayant droit pour s'opposer à la demande de levée de scellés. En effet, cette nouvelle exigence reste problématique, puisqu'elle ne tient pas compte du temps

nécessaire à la consultation du dossier et à la quantité de données, électroniques ou pas, pouvant y être jointes. En outre, le législateur semble avoir omis l'égalité des armes en octroyant un délai bien plus large (vingt jours) aux autorités de poursuite pénale pour requérir la levée des scellés. Il sera du ressort des tribunaux d'apporter un peu de clarté aux incertitudes nées de cette révision.

Droit privé

Droit du divorce

Nicolas Jeandin, *Obligations d'entretien et exécution forcée,* FamPra 4/2023, p. 902 ss.

Cet exposé consacré au recouvrement des créances d'entretien démontre bien la complexité des mesures protectrices au bénéfice du créancier d'aliments. L'analyse de l'auteur porte essentiellement sur les dispositions légales spécifiques du droit des poursuites qui protègent particulièrement le droit de percevoir une contribution d'entretien. Ainsi, le crédirentier dispose d'un droit privilégié de participer à la saisie. Il ne sera par conséquent pas tenu d'avoir préalablement poursuivi le débirentier. Par ailleurs, le créancier d'aliments reste un créancier privilégié de première classe qui sera donc désintéressé avant d'autres créanciers. En sus, la dette d'aliments sera incluse dans le minimum vital du débirentier. Toutefois, ces instruments ne sauraient suffire à éviter les situations délicates. L'auteur n'omet pas de rappeler que le créancier d'aliments devra faire preuve de réactivité dans le cadre de la poursuite. Des suites de la faillite du débirentier, le créancier devra produire sa créance dans la masse. Quant au montant de l'obligation d'entretien, son paiement intégral ne saurait être garanti si le minimum vital du débiteur est atteint (répartition équitable du déficit). D'autres instruments ont été développés pour compenser ses risques à l'instar du volet pénal, de l'aide au recouvrement, du versement d'avances assumé par la collectivité ou de l'avis au débiteur en sa qualité de mode d'exécution *sui generis*. Une analyse pragmatique qui permet de circonscrire les avantages et les limites des normes protectrices du crédirentier.

Droit administratif

Grégoire Geissbühler, *L'annulation d'un examen pour raisons médicales,* PJA 12/2023, p. 1369 ss.

L'auteur mentionne les critères développés par la jurisprudence du Tribunal administratif et des tribunaux cantonaux lorsqu'un étudiant passe un examen mais souhaite l'annuler par la suite pour des raisons médicales. Différents cas de figure, traités par les tribunaux, sont analysés sous le prisme des critères susvisés. Il en ressort une critique incisive sur leur impraticabilité. Geissbühler propose dès lors un nouveau système qui exclurait notamment la notion de maladie en le remplaçant par le terme d'atteinte, dont l'acception est plus large. L'analyse approfondie de la jurisprudence et les propositions de l'auteur doivent être saluées à juste titre.

sar

publicité

Boîte d'archives
Un coup de pouce à la mémoire

On ne peut pas se souvenir de tout…
Voilà une bonne raison d'acquérir une boîte d'archives pour la revue plaidoyer.
Suffisamment grande pour contenir deux années de plaidoyer.

Prix unitaire: 28.50 fr.
Commande par e-mail: abo@plaidoyer.ch, tél. 044 266 17 00

DR

Droit des assurances sociales

Pas d'indemnité de chômage pour l'épouse

L'épouse d'un entrepreneur ne dispose d'aucun droit au versement des indemnités de chômage même en cas de séparation de fait et de prononcé de mesures de protection de l'union conjugale.

État de fait
En raison de la séparation avec son époux, détenteur d'une entreprise individuelle, le contrat de travail d'une femme, employée pour des nettoyages dans le restaurant de son époux, a été résilié. La Caisse publique de chômage, se fondant sur la jurisprudence restrictive du Tribunal fédéral, dénie tout droit de l'assurée à percevoir des indemnités de l'assurance-chômage. À juste titre, selon le Tribunal cantonal fribourgeois, qui rappelle qu'une séparation de fait est insuffisante. Les époux doivent être divorcés pour ouvrir le droit aux indemnités.

Extrait des considérants
2.1. En vertu de l'art. 8 LACI, l'assuré a droit à l'indemnité de chômage s'il remplit, de manière cumulative, les conditions prévues à l'alinéa premier de cette disposition. Toutefois, de jurisprudence constante et indépendamment de ces conditions, un travailleur qui jouit d'une situation professionnelle comparable à celle d'un employeur n'a pas droit à l'indemnité de chômage lorsque, bien que licencié formellement par une entreprise, il continue à fixer les décisions de l'employeur ou à influencer celles-ci de manière déterminante. Dans le cas contraire, en effet, on détournerait par le biais d'une disposition sur l'indemnité de chômage la réglementation en matière d'indemnités en cas de réduction de l'horaire de travail, en particulier l'art. 31 al. 3 let. c LACI (voir ATF 123 V 234; arrêt TF 8C_776/2011 du 14 novembre 2012 consid. 3.2 et les références citées). 2.2. En cela, la jurisprudence fait référence à l'art. 31 al. 3 let. c LACI. Selon cette disposition, n'ont pas droit à l'indemnité en cas de réduction de l'horaire de travail les personnes qui fixent les décisions que prend l'employeur – ou peuvent les influencer «considérablement» – en qualité d'associé, de membre d'un organe dirigeant de l'entreprise ou encore de détenteur d'une participation financière à l'entreprise. Cela vaut aussi pour les conjoints de ces personnes qui sont occupés dans l'entreprise. Dans ce sens, il existe un étroit parallélisme entre l'indemnité en cas de réduction de l'horaire de travail et le droit à l'indemnité de chômage. Celui-ci repose sur le fait qu'un travailleur licencié disposant d'un pouvoir d'influer sur les décisions de la société peut, à tout moment, décider de son propre réengagement de sorte que la perte de travail est comparable à une réduction de l'horaire de travail avec cessation momentanée d'activité. La situation est en revanche différente quand le salarié, se trouvant dans une position assimilable à celle de l'employeur, quitte définitivement l'entreprise en raison de la fermeture de celle-ci ; il en va de même lorsque l'entreprise continue d'exister mais que le salarié, par suite de la résiliation de son contrat, rompt définitivement tout lien avec la société. Dans un cas comme dans l'autre, l'intéressé peut en principe prétendre à des indemnités de chômage (ATF 123 V 234 consid. 7b/bb p. 238; arrêt TF 8C_776/2011 du 14 novembre 2012 consid. 3.2 et les références citées).

2.4. La jurisprudence étend clairement l'exclusion du droit à l'indemnité de chômage aux conjoints des personnes qui fixent les décisions que prend l'employeur et occupent une fonction dirigeante au sein de l'entreprise, même s'il s'agit d'une raison individuelle. En effet, les conjoints peuvent exercer une influence sur la perte de travail qu'ils subissent, ce qui rend leur chômage difficilement contrôlable; aussi longtemps que cette influence subsiste, il existe une possibilité de réengagement (TF 8C_998/2008 du 10 juin 2009; TF 8C_204/2009 du 27 août 2009; TF C 156/06 du 7 décembre 2006 consid. 2 ; TF C 230/05 du 19 juillet 2006 consid. 2). Dans ce contexte, la séparation de fait entre deux conjoints, dont l'un est en position de fixer les décisions que prend l'employeur ou de les influencer considérablement, ne suffit en principe pas à retenir une rupture définitive de tout lien avec cet employeur (DTA 2003 p. 120; TF C 179/05 du 17 octobre 2005 ; TF C 198/05 du 10 novembre 2006 ; CASSO ACH 49/09 – 52/2010 du 24 mars 2010). Le Tribunal fédéral a précisé que, comme il existe un risque d'abus jusqu'au prononcé du divorce, des prestations

Arrêts destinés à publication

Droit administratif

Newsletter illicite d'une étude d'avocats
Une étude d'avocats et de notaires tessinoise a envoyé une newsletter traitant de l'actualité dans différents domaines juridiques à tous ses clients actuels et anciens. Le Tribunal administratif cantonal a considéré que la newsletter traitait de sujets disparates et avait été envoyée indistinctement à tous les clients, sans tenir compte des raisons pour lesquelles ces derniers s'étaient adressés à l'étude, et qu'elle constitue donc une publicité illicite, ne remplissant pas les conditions de l'art. 12 let. d de la loi sur les avocats. À raison selon le TF, qui souligne que les destinataires n'avaient manifesté ni leur intérêt, ni leur consentement à les recevoir, et que les sujets traités ne se limitaient pas nécessairement aux domaines pour lesquels ils s'étaient adressés à l'étude. Les informations n'étaient donc pas suffisamment ciblées et ne répondaient pas au besoin d'information du public.

(2C_1006/2022 du 28.11.2023)

Licenciement d'une enseignante confirmé
Le TF confirme le licenciement par le Conseil d'État genevois d'une ex-enseignante en mathématiques dans l'enseignement secondaire, connue pour ses prises de position vis-à-vis du Covid-19 et des mesures sanitaires. Il considère notamment que la plupart des motifs invoqués pour la licencier vont bien au-delà de ses prises de position, et que toute autre issue que la révocation apparaît «superflue» dès lors que l'ex-enseignante a «persisté dans ses publications et déclarations incompatibles avec sa fonction après une première mise en garde». Selon le TF, tel est notamment le cas de publications en lien avec les «quenelles d'or», des prises de position publiques remettant en cause l'intégrité de son employeur dans la procédure et la régularité des votations fédérales du 28 novembre 2021 sur la loi Covid-19, ainsi que ses propos dissuasifs tenus en classe sur la vaccination contre le papillomavirus.

(8C_233/2023 du 11.12.2023)

Droit civil

Adaptation du loyer
Les parties à un contrat de bail peuvent lier le loyer à l'évolution de l'indice suisse des prix à la consommation (IPC). Pendant la durée de validité d'un tel contrat, le loyer dépend uniquement de l'évolution de l'IPC, sans prise en compte des variations du taux d'intérêt hypothécaire de référence. Si l'une des parties souhaite demander une adaptation de loyer pour l'échéance du bail à loyer indexé en raison d'une variation du taux hypothécaire de référence depuis le début de la période d'indexation, elle doit le faire pour la fin de la période d'indexation en respectant le délai de résiliation convenu. À défaut, il faut présumer que les parties acceptent (pour l'heure) le loyer payé jusqu'ici.

(4A_252/2023 du 24.10.2023)

Droit pénal

Interdiction de la «sous-mesure» pour les jeunes adultes

Si la durée maximale d'une mesure stationnaire est inférieure aux deux tiers de la peine prononcée, elle n'entre en ligne de compte qu'à titre exceptionnel, selon la pratique du TF. Cette interdiction dite de la sous-mesure s'applique également aux mesures pour jeunes adultes de l'art. 61 CP, comme le précise le TF dans un cas concernant un jeune homme de 27 ans, condamné à 14 ans et demi d'emprisonnement, notamment pour des délits sexuels.

(6B_953/2023 du 15.12.2023)

Droit des assurances sociales

Rente d'invalidité: l'activité accessoire ne compte pas

Le TF lève une ambiguïté concernant le salaire assuré des employés ayant une activité accessoire. Dans le cas d'espèce, dans le canton de Saint-Gall, un homme de 55 ans a eu un accident en 2012 pendant ses loisirs. Son assurance lui a accordé une rente d'invalidité partielle au titre de l'assurance-accidents obligatoire, basée sur un salaire annuel de 113 000 francs. L'assuré a demandé que soient également pris en compte 25 000 francs de gains annuels pour son activité de professeur à temps partiel. Le Tribunal cantonal des assurances lui a donné raison, en considérant que l'art. 23 de l'ordonnance sur l'assurance-accidents, qui ne prévoit expressément cette prise en compte que pour les indemnités journalières, doit également s'appliquer aux rentes. Le TF voit les choses différemment: après avoir analysé la volonté du législateur en cas d'emplois multiples et d'activités accessoires ainsi que d'accidents survenus pendant les loisirs ou sur le chemin du travail, il conclut que l'activité accessoire ne doit pas être prise en compte.

(8C_196/2023 du 29.11.2023)

L'office doit d'examiner la question de l'allocation pour impotent

Lorsqu'un assuré demande des contributions pour un fauteuil roulant et pour des adaptations à sa voiture, l'assurance-invalidité doit examiner d'office son droit à une allocation pour impotent. Dans le cas d'espèce, le TF a accordé à un informaticien de 35 ans une allocation pour impotent de degré faible avec effet rétroactif depuis 2016 (ATF 121 V 195). L'homme souffre d'une paraplégie incomplète depuis un accident de ski à l'âge de 17 ans. Selon une jurisprudence constante, une personne qui se déplace en fauteuil roulant est considérée comme impotente pour les actes ordinaires de la vie tels que les déplacements. En revanche, le TF a nié son droit à une allocation pour impotent de degré moyen, car l'aide d'un tiers n'est pas nécessaire pour faire ses besoins.

(8C_103/2023 du 6.12.2023)

tom/str

de l'assurance-chômage ne sont pas dues avant ce moment-là, indépendamment du point de savoir si et depuis combien de temps les conjoints vivent séparés de fait ou de droit ou si des mesures de protection de l'union conjugale ont été ordonnées par un juge. En cas de continuation du mariage, le droit à une indemnité de chômage ne peut pas prendre naissance, en raison – comme dans le cas concret – d'un risque de contournement de la loi, même lorsque la volonté de divorcer des conjoints vivant séparés depuis longtemps apparaît absolument déterminée (ATF 142 V 263 consid. 5.2.2; réponse à la question laissée indécise dans les arrêts 8C_74/2011 du 3 juin 2011 et 8C_1032/2010 du 7 mars 2011).

Décision 605 2022 198 du Tribunal cantonal du canton de Fribourg du 23.10.2023.

Droit des constructions

Pas d'autorisation de construire

Pour les projets de construction mineurs, aucune autorisation n'est nécessaire. Il s'agit par exemple de chemins de jardin, de piscines, d'espaces de détente – ou d'une pergola.

État de fait

Un couple du canton de Zoug a construit dans son terrain un espace de détente avec une pergola sans demander au préalable un permis de construire. Le service des constructions de la commune leur a demandé d'obtenir une autorisation de construire ultérieurement ou de la démolir. Le couple s'est défendu en déposant un recours auprès du Conseil d'État du canton de Zoug, qui lui a donné raison.

Extrait des considérants

3.b) Gemäss Art. 22 Abs. 1 des Bundesgesetzes über die Raumplanung vom 22. Juni 1979 (Raumplanungsgesetz, RPG; SR 700) dürfen Bauten und Anlagen nur mit behördlicher Bewilligung errichtet oder geändert werden.

Bauten und Anlagen sind gemäss § 4 Abs. 1 V PBG künstlich geschaffene und auf Dauer angelegte Einrichtungen, die den Raum äusserlich erheblich verändern, die Erschliessung belasten oder die Umwelt beeinträchtigen. Unter den Begriff der Baute fallen auch Kleinbauten. Kleinbauten werden als eingeschossige, nicht Wohn- oder Gewerbezwecken dienende selbständige Nebengebäude von höchstens 50 m² Grundfläche, 3,50 m Gebäudehöhe und 5 m Firsthöhe definiert (§ 4a Abs. 1 V PBG).

Von Bauten bzw. Kleinbauten sind geringfügige Bauvorhaben zu unterscheiden. Geringfügige Bauvorhaben und Solaranlagen, welche die nachbarlichen und die öffentlichen Interessen nicht erheblich berühren, sind der zuständigen Gemeindebehörde nur mittels Bauanzeige zu melden (§ 44a Abs. 1 PBG). Massstab dafür, ob eine bauliche Massnahme erheblich genug ist, um sie dem Baubewilligungsverfahren zu unterwerfen, ist die Frage, ob mit der Realisierung der Baute oder Anlage im Allgemeinen, nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge, so wichtige räumliche Folgen verbunden sind, dass ein Interesse der Öffentlichkeit oder der Nachbarschaft an einer vorgängigen Kontrolle besteht. Zu beachten ist, dass die Bauanzeige kein förmliches Baubewilligungsverfahren darstellt, sondern dem Zweck dient, bei der zuständigen Baubewilligungsbehörde vorfrageweise abzuklären, ob ein Bauvorhaben einer Baubewilligung bedarf bzw. ob ein förmliches Baugesuch einzureichen ist.

c) Es stellt sich hier die Frage, ob eine Pergola eine Klein- oder eine geringfügige Baute darstellt. Gemäss kantonaler Rechtsprechung handelt es sich bei Pergolen üblicherweise nicht um Kleinbauten gemäss § 4a V PBG, da sie über keine feste Überdachung und Seitenwände verfügen und damit keinen Schutz für Menschen, Tiere oder Sachen bieten (vgl. Regierungsratsbeschluss vom 20. Dezember 2022 i.S. S. u. A., E. 7). Mit anderen Worten kommt ihnen aufgrund dessen kein Gebäudecharakter zu, womit sie die Schwelle zur Kleinbaute nicht überschreiten. Weiter sei auch gemäss Luzerner Rechtsprechung eine Pergola dann als baubewilligungsfreie Anlage zu qualifizieren, wenn sie als Balkenkonstruktion kein Dach und keine Seitenwände aufweise. Der typische Pflanzenbewuchs gelte dabei nicht als Dach im baurechtlichen Sinne bzw. als Witterungsschutz (Urteil des Kantonsgerichts Luzern 7H 20 131 vom 21. Mai 2021, E. 6 und 7). Es zeigt sich, dass eine Pergola, die keinen Witterungs-

schutz bietet, nicht etwa als Kleinbaute, sondern – je nach Ausmass – als geringfügiges Bauvorhaben zu qualifizieren ist.

Wie vorstehend ausgeführt, stellt eine Pergola grundsätzlich keine Kleinbaute im Sinne von § 4a Abs. 1 V PBG dar. Mit einer Fläche vom rund 14.5 m2 ist eine solche denn auch als geringfügiges Bauvorhaben zu qualifizieren, da sie in optischer und baulicher Hinsicht weder nachbarliche noch öffentliche Interessen erheblich berührt. Aus diesem Grund wird festgehalten, dass für die Pergola kein nachträgliches Baugesuch eingereicht werden muss.

Conseil d'État du canton de Zoug, décision BD 2023-114 du 11.7.2023

Procédure administrative

Un avocat ne doit pas se fier aux courriels

L'envoi de courriels n'est pas sûr. Un représentant juridique doit donc s'assurer que son client a bien reçu le message. Il n'est pas possible d'obtenir une restitution du délai en cas d'omission.

État de fait
Un avocat a déposé une plainte pour ses clients dans le cadre d'un litige en droit des constructions. Il leur a transmis par courriel la demande de paiement de l'avance de frais. Le courriel s'est perdu lors de l'envoi. Selon la Cour suprême du canton de Schaffhouse, cet incident ne saurait constituer un motif de restitution du délai.

Extrait des considérants
4.1. Schwierigkeiten im Umgang mit Informatiksystemen stellen regelmässig keinen Fristwiederherstellungsgrund dar. Einer Verfahrenspartei ist grobe Nachlässigkeit vorzuwerfen, wenn das Fristversäumnis darauf zurückzuführen ist, dass sie eine entscheidrelevante Mitteilung per E-Mail versandt hat, ohne weitere Kontrollmassnahmen zu ergreifen. Es ist heute als allgemein bekannt vorauszusetzen, dass der Verkehr mit E-Mails gefahrenbehaftet und im Allgemeinen nur beschränkt verlässlich ist. Es ist daher unerlässlich, sich den Eingang des E-Mails bestätigen zu lassen oder dessen Übermittlung auf andere, primär herkömmliche Weise (telefonisch, postalisch) zu verifizieren und nicht auf das Ausbleiben einer Fehlermeldung oder auf den Eingang einer automatisierten Zustellbestätigung zu vertrauen (OGE 60/2018/14 vom 26. Februar 2019 E. 2.2.2 mit Hinweis auf BGer 2C_699/2012 vom 22. Oktober 2012 E. 4 sowie Kaspar Plüss, in: Alain Griffel [Hrsg.], Kommentar zum Verwaltungsrechtspflegegesetz des Kantons Zürich [VRG], 3. A., Zürich/Basel/Genf 2014, § 12 N. 73; vgl. ferner BGE 145 V 90 E. 6.2.2).

4.2. Nach dem Gesagten ist jedenfalls von einem anwaltlichen Rechtsvertreter aufgrund seiner anwaltlichen Sorgfaltspflicht zu erwarten, dass er fristgebundene und mit der Säumnisfolge des Rechtsverlusts verbundene Anordnungen nicht bloss an seine Mandantschaft weiterleitet, sondern sich deren Eingang bestätigen lässt. Unterbleibt eine solche Bestätigung, hat er bei der Klientschaft nachzufragen. Im vorliegenden Fall versäumte es der Rechtsvertreter, sich bei den Beschwerdeführern nach dem Eingang seines E-Mails vom 5. April 2023 zu erkundigen, obwohl ihm Letztere den Eingang des E-Mails nicht (von sich aus) bestätigt hatten. Nachdem dem Rechtsvertreter die Säumnisfolgen (Rechtsverlust) bekannt waren, ist nicht zu beanstanden, wenn der Regierungsrat darin eine grobe Nachlässigkeit im Sinne von Art. 11 VRG erblickte. Daran vermag nichts zu ändern, dass die E-Mail-Kommunikation zwischen dem Rechtsvertreter und den Beschwerdeführern offenbar zuvor tadellos funktioniert hatte. Bei diesem Ergebnis kann offenbleiben, wie glaubhaft die Darstellung der Beschwerdeführer ist, sie hätten das E-Mail des Rechtsvertreters nicht erhalten. Offenbleiben kann sodann, ob sich der Rechtsvertreter überdies nach der gebotenen Sorgfalt hätte vergewissern müssen, dass die fristwahrende Handlung vor Fristablauf von seiner Klientschaft vorgenommen wurde. Unzutreffend ist jedoch, dass die Beschwerdeführer bis dahin Vorschussrechnungen jedes Mal fristgerecht bezahlt hatten. Dem Rechtsvertreter musste aus dem zwischen denselben Parteien geführten Verwaltungsgerichtsverfahren bekannt sein, dass die Beschwerdeführer die dort angesetzte Kostenvorschussfrist ungenutzt verstreichen liessen, weshalb ihnen

Actualités des tribunaux fédé

Tribunal fédéral

Procédure classée à juste titre
Selon le TF, c'est à juste titre que le Ministère public du canton de Soleure a classé la procédure pénale dirigée contre un père, notamment accusé d'avoir commis de graves délits sexuels sur sa fille, alors âgée de 7 ans. Le TF rejette le recours de la mère de l'enfant. La Cour suprême soleuroise, se fondant sur les preuves recueillies de manière approfondie ainsi que sur une expertise de crédibilité des déclarations de l'enfant, était en droit de considérer qu'il s'agissait d'un cas clair justifiant le classement de la procédure.

(7B_28/2023 du 24.10.2023)

L'entrepreneur doit établir des factures détaillées
Lorsque le prix de l'ouvrage n'a pas été fixé à l'avance, ou s'il ne l'a été qu'approximativement, il doit être déterminé d'après la valeur du travail et les dépenses de l'entrepreneur (art. 374 CO). La rémunération de l'entrepreneur correspond aux dépenses objectivement nécessaires pour un travail soigné. Les dépenses invoquées doivent être présentées de manière que leur nécessité et leur adéquation puissent être vérifiées. Il ne suffit pas de dresser des tableaux indiquant quels collaborateurs ont travaillé à quelle date et pendant combien d'heures. Des indications inexistantes ou se limitant à des mots-clés ou à des descriptions vagues et incompréhensibles sont insuffisantes. L'entrepreneur doit démontrer quelles prestations ont été fournies par les sous-traitants concernés, qu'elles étaient nécessaires, et que les prix étaient adéquats.

(4A_226/2023 du 10.10.2023)

Frais de simple consultation du dossier
Selon l'art. 102 al. 3 CPP, toute personne autorisée à consulter le dossier peut en demander une copie contre le versement d'un émolument. Cette disposition ne précise toutefois pas si des frais peuvent également être perçus pour une simple consultation du dossier. Le TF laisse la question ouverte. Dans une procédure pénale pour délit routier, il admet toutefois un recours contre un jugement du Tribunal cantonal zurichois admettant la perception d'émoluments d'un montant de 570 francs pour la consultation du dossier auprès de l'Institut médico-légal zurichois. Selon le TF, il ne ressort pas de la décision attaquée sur quelle base juridique les frais de consultation du dossier peuvent être mis à la charge de la recourante, ni selon quels principes le montant d'un tel émolument devrait être déterminé. L'indication qu'il s'agit de frais pour «l'organisation de la consultation du dossier» ne suffit pas.

(7B_49/2023 du 3.11.2023)

Acquittement d'un procureur
Le TF acquitte l'ancien procureur en chef du canton d'Appenzell Rhodes-Intérieures, initialement condamné pour entrave à l'action pénale compte tenu de sa passivité dans la conduite d'une procédure pour homicide par négligence. Dans cette affaire, six ans et neuf mois s'étaient écoulés depuis l'accident mortel de l'apprenti d'un garage automobile en septembre 2010 avant que le procureur mette en accusation des responsables de l'entreprise formatrice. En octobre 2017, le tribunal a classé la procédure pour cause de prescription. Le TF constate que la surcharge de travail était alors élevée, et que le procureur pouvait légitimement espérer que la procédure serait menée à terme en temps voulu compte tenu des circonstances.

(6B_230/2022 du 25.10.2023)

Une notification au voisin sans effet
L'Office argovien des migrations a adressé sa décision

raux

concernant un permis d'établissement au destinataire en courrier postal A Plus. Selon la confirmation de La Poste, l'envoi a été remis le 3 août 2022. Le 5 septembre 2022, le destinataire a posté un recours contre cette décision. Considérant que le délai de recours a été dépassé, le tribunal administratif a refusé d'entrer en matière. L'homme a toutefois fait valoir que le facteur avait remis par erreur le courrier à son voisin, qui porte le même nom de famille que lui. Le voisin lui aurait ensuite remis la lettre le 5 août. Le TF admet le recours du destinataire, en considérant qu'il n'est pas acceptable que l'autorité lui fasse supporter le risque d'une erreur de notification.

(2C_988/2022 du 7.11.2023)

L'assurance obligatoire ne couvre que les cicatrices défigurantes
La correction chirurgicale de cicatrices hypertrophiques sur le bras et à côté du sternum d'un jeune homme de 23 ans n'est pas prise en charge par l'assurance-maladie, car ces cicatrices ne provoquent pas de douleurs importantes, ne limitent pas considérablement la mobilité et n'ont pas d'influence négative sur la vie professionnelle. Même si, d'un point de vue esthétique, elles peuvent porter atteinte à l'apparence et provoquer un sentiment de honte lorsque le torse est nu, elles ne peuvent pas être qualifiées de «défigurantes». Elles peuvent être facilement dissimulées par des vêtements appropriés.

(9C_222/2023 du 18.12.2023)

Tribunal administratif fédéral

L'EPFL doit reconnaître Zofingue
En août 2020, dans le cadre de sa mission de promotion de l'égalité des sexes, l'Ecole polytechnique fédérale de Lausanne (EPFL) a refusé d'accorder le statut d'association d'étudiants à Zofingue, une société étudiante où seuls les hommes sont autorisés. À tort selon le TAF. Si l'égalité des sexes constitue certes un fondement de la Constitution fédérale, la liberté d'association est aussi un droit fondamental. La décision de l'EPFL, qui dispose de moyens moins invasifs pour promouvoir l'égalité des sexes, n'est pas proportionnelle. En outre, Zofingue, qui ne concerne qu'une quarantaine d'étudiants, n'a que peu d'impact sur l'ensemble du corps estudiantin féminin. Par ailleurs, sa non-reconnaissance pourrait ouvrir la voie à des contestations portant sur l'existence d'associations féminines sur le site universitaire. L'arrêt est susceptible de recours au Tribunal fédéral.

(B-3985/2021 du 7.12.2023)

Droit d'asile des Afghanes
Le TAF accepte le recours de deux Afghanes contre leur expulsion, et considère que l'asile doit leur être accordé en Suisse. Le jugement soutient la nouvelle pratique du Secrétariat d'État aux migrations en matière d'asile. Selon le TAF, une vie autodéterminée pour les femmes et les filles en Afghanistan n'est pas possible sous le régime actuel. Célibataires, elles seraient soumises au risque de mariage forcé, et n'auraient pas la possibilité de suivre une formation ou d'exercer une profession. Le retour en Afghanistan serait lié à une pression psychique considérable, et les empêcherait de vivre dans la dignité.

(D-4386/2022, D-4390/2022 du 22.11.2023) **tom/str**

am 2. Dezember 2022 – mithin nur vier Monate vor dem Versand des E-Mails vom 5. April 2023 – eine Nachfrist angesetzt werden musste. Die Beschwerdeführer haben sich das Verhalten ihres Rechtsvertreters anrechnen zu lassen (OGE 60/2019/19 vom 15. Oktober 2019 E. 6; 60/2018/14 vom 26. Februar 2019 E. 2.3; Meyer, Art. 11 VRG N. 6). Ob ihnen auch persönlich ein grob nachlässiges Verhalten vorgeworfen werden kann, muss daher nicht mehr geprüft werden.

Cour suprême du canton de Schaffhouse, décision 60/2023/35 du 27 octobre 2023

Droit de la profession d'avocat

Une sanction clémente

La représentation d'un client par un non-juriste lors d'une audition contrevient gravement à la loi sur les avocats. Ce manquement grossier ne saurait être contrebalancé par le fait que l'avocat ait préparé l'audition avec la personne qu'il représente.

État de fait
Une avocate commise d'office du canton de Berne est représentée par une psychologue lors de l'interrogatoire final de son client. La commission de surveillance du canton de Berne ne lui adresse qu'un blâme. En revanche, les frais de procédure, d'un montant de 1500 francs, restent à sa charge.

Extrait des considérants
28. Bekanntermassen hat sich die Disziplinarbeklagte anlässlich der Einvernahme ihres Klienten in einem Strafverfahren, in dem sie als notwendige Verteidigerin der beschuldigten Person eingesetzt worden war, durch ihre juristisch nicht ausgebildete Mitarbeiterin vertreten lassen.

29. Die Disziplinarbeklagte bringt vor, dass ihre Mitarbeiterin bevollmächtigt gewesen sei, dass ihr Klient mit der Begleitung durch die Kanzleimitarbeiterin einverstanden gewesen sei und dass dem Klienten aus dem Vorgehen kein Schaden erwachsen sei.

30. Dem ist entgegenzuhalten, dass es sich offensichtlich um eine Schlusseinvernahme gehandelt hat, so dass letztmals im Rahmen der Voruntersuchung Fragen an den Beschuldigten gestellt werden konnten und auch die Frage nach Zivilansprüchen sowie nach weiteren Beweisanträgen zu beantworten war. Zwar kann eine solche Befragung mit der vertretenden Person vorbereitet und sowohl die Frage nach den Zivilansprüchen als auch nach den weiteren Beweisanträgen vorbereitet werden, jedoch können diese Themen vor der Einvernahme nicht abschliessend beurteilt werden, so dass eine juristische Ausbildung notwendig ist, um nach der Einvernahme und in Kenntnis der Aussagen neu zu beurteilen, wie auf die Fragen zu antworten ist. Dies kann eine Vertretung ohne juristische Ausbildung keinesfalls übernehmen. Wer also zu einer solchen Verfahrenshandlung eine nicht juristisch ausgebildete Person einsetzt, übt den Anwaltsberuf nicht mit der gebotenen Sorgfalt aus.

31. Vorliegend ist von einem groben Fehlverhalten auszugehen, weil die Disziplinarbeklagte ihre auftragsrechtliche Sorgfaltspflicht in grober Weise verletzt hat, indem sie die Ausführung der beauftragten Tätigkeiten in Ermangelung einer befähigten Vertretung nicht persönlich ausgeführt hat, obwohl dafür eine persönliche Erfüllungspflicht bestand. Sie war weder zur Übertragung an ihre nicht juristisch ausgebildete Mitarbeiterin ermächtigt noch war sie durch die Umstände dazu genötigt.

32. Aus dem Gesagten folgt, dass die Disziplinarbeklagte durch ihr Handeln auch Art. 12 lit. a BGFA verletzt hat.

35. Die Disziplinarbeklagte hat sich bisher klaglos verhalten. Der festgestellte Verstoss gegen das BGFA ist jedoch nicht unbedeutend. Eine Verwarnung im Sinne eines mahnenden Winks, mit welchem die Disziplinarbeklagte veranlasst werden soll, sich inskünftig untadelig zu verhalten und eine Verfehlung, wie sie im vorliegenden Verfahren begangen wurde, zu unterlassen, erscheint angesichts der Schwere des Verstosses zum Vornherein nicht als hinreichend. Die Anwaltsaufsichtsbehörde erachtet aufgrund der gesamten Umstände das Aussprechen eines Verweises als angemessen.

Commission de surveillance du canton de Berne, décision AA 2023 80 du 7.9.2023

Derniers arrêts de Strasbourg

Indemnisation d'une victime de traite d'êtres humains

À l'issue de son arrêt dans l'affaire *Krachunova c. Bulgarie,* la CourEDH a conclu à l'unanimité que la Bulgarie avait violé l'interdiction de l'esclavage et du travail forcé (art. 4 CEDH).

Un proxénète, condamné pour traite d'être humains, avait consigné les revenus réalisés par sa victime pour du travail du sexe. En conséquence, cette dernière a réclamé que son bourreau l'indemnise pour les gains réalisés devant les instances nationales. Les tribunaux bulgares ont refusé de l'indemniser au motif que la restitution des gains issus de la prostitution était «contraire aux bonnes mœurs». Ayant épuisé toutes les voies de recours internes, elle adresse une requête devant la CourEDH.

Dans son arrêt, la CourEDH concrétise une obligation positive des États envers les victimes de traite des êtres humains, à savoir la possibilité offerte aux victimes d'exiger des trafiquants une indemnisation pour la perte patrimoniale qu'elles subissent. Le texte de l'article 4 CEDH ne prévoit certes pas une telle obligation. Toutefois, les juges strasbourgeois considèrent que des arguments solides permettent de justifier l'existence une telle obligation. Ils ne manquent pas de souligner que l'interdiction de l'esclavage et du travail forcé est une valeur fondamentale des sociétés démocratiques. Si elles sont nécessaires, les enquêtes et les sanctions à l'encontre des trafiquants ne permettent pas de réparer les dommages matériels subis par les victimes. En outre, l'indemnisation des revenus non perçus par les victimes peut empêcher les trafiquants de tirer profit de leurs crimes, freinant ainsi les incitations à la traite d'êtres humains. Pour la première fois, la Cour a conclu à l'existence d'une obligation positive des États d'assurer que les victimes puissent réclamer une indemnisation à leurs trafiquants.

S'agissant de la Bulgarie, la CourEDH souligne que la décision excluant une indemnisation en raison de la contrariété aux bonnes mœurs de la prostitution reflétait «des conceptions sociales et des considérations politiques dépassées, héritées du régime communiste totalitaire». En fait, les intérêts de la société plaident en faveur de l'indemnisation afin de respecter les droits humains des victimes de la traite des êtres humains. Et l'argument de la Bulgarie basé sur l'immoralité porte à faux, d'autant plus lorsque l'exercice de la prostitution est forcé.

En Suisse, l'indemnisation du salaire perdu peut en principe être réclamée dans le cadre de la procédure pénale engagée contre le trafiquant, les lésés étant souvent renvoyés vers la voie civile pour le calcul du dommage. Récemment, le Tribunal fédéral a confirmé que l'indemnisation subsidiaire par l'État (en l'absence de remboursement de l'auteur de l'infraction) d'un dommage purement matériel est exclue conformément à la lettre de l'art. 19 al. 3 LAVI (cf. TF 1C_19/2023 du 11.10.2023).

Arrêt de la CourEDH n° 18269/18 *Krachunova c. Bulgarie* du 28 novembre 2023

Condamnation de la pratique de l'encerclement

Dans l'affaire *Arnold et Marthaler c. Suisse*, la CourEDH a condamné la Suisse à verser des dommages et intérêts aux requérants pour avoir violé le droit à la liberté et à la sûreté (art.5 § 1 CEDH).

Les requérants ont été encerclés par la police lors d'une manifestation le 1er mai 2011, arrêtés pour un contrôle d'identité et libérés le même jour. Après avoir épuisé toutes les voies de recours internes jusqu'au Tribunal fédéral, les intéressés se sont adressés à la CourEDH.

La CourEDH a tout d'abord rappelé que la «régularité» de la privation de liberté devait être examinée à l'aune de l'existence d'une base juridique suffisante. Or l'article 3 de la loi sur la police zurichoise ne satisfait manifestement pas à ces exigences. En particulier, la détention n'est pas décrite comme une mesure appropriée pour «maintenir la sécurité et l'ordre public». Quant à l'article 21 § 3 de la loi sur la police, il admet la détention en vue d'un contrôle d'identité lorsqu'il est impossible ou très difficile de procéder à des vérifications sur place ou lorsque l'exactitude des informations ou l'authenticité des documents d'identité ou d'autorisation est incertaine. Les juges estiment que cette disposition constitue une base légale suffisante.

La CourEDH a également examiné si la détention respectait le principe de proportionnalité. Au sens de l'article 5 § 1 let. b CEDH, la détention ne saurait être admise que si elle a pour objectif de garantir l'exécution d'une obligation prévue dans la loi, comme l'interdiction de troubler l'ordre public et l'obligation de se soumettre à un contrôle d'identité. Or, les tribunaux suisses n'ont ni expliqué les raisons pour lesquelles un contrôle d'identité plus approfondi au poste de police était requis, ni éclairci les circonstances excluant un contrôle sur place. En effet, les requérants avaient été soumis à un premier contrôle d'identité dans la rue. De ce fait, leurs noms auraient pu être transmis sans difficulté par radio au poste de police. Vu ce qui précède, la CourEDH n'exclut pas que la détention avait eu pour principal objectif de harceler les requérants ou de les tenir à l'écart pendant quelques heures. Il en résulte que la détention n'était pas la mesure la moins intrusive.

La détention ne se justifierait pas non plus eu égard à l'obligation de ne pas troubler l'ordre public. D'une part, l'article 21 § 3 de la loi cantonale ne mentionne pas les cas où les autorités seraient confrontées à un risque de trouble pour l'ordre public. D'autre part, les requérants n'avaient pas l'intention de participer personnellement à des débordements. En outre, aucun ordre de dispersion de la manifestation n'avait été prononcé avant l'encerclement *(kettling)*, de telle sorte que les requérants n'avaient pas non plus enfreint l'obligation de quitter les lieux.

À titre final, la CourEDH s'interroge sur l'existence de circonstances qui auraient permis d'admettre une détention selon l'article 5 § 1 let. c CEDH. Tel est notamment le cas «lorsqu'il y a des motifs raisonnables de croire à la nécessité d'empêcher l'intéressé de commettre une infraction». Or, la nature de l'infraction prétendument imminente, notamment en ce qui concerne le lieu, le moment et les victimes potentielles, n'aurait pas été suffisamment déterminée par les instances suisses. En outre, le gouvernement n'a avancé que des indices généraux, relevant notamment que personne ne se trouvait par hasard sur l'Helvetiaplatz le 1er mai à 15 heures ou que des violences avaient eu lieu le 1er mai ces dernières années. Ces arguments n'étaient toutefois pas suffisants pour prouver la participation des plaignants à la manifestation illégale ou leur intention de le faire. Ainsi, rien n'indiquait qu'ils étaient sur le point de commettre une infraction et l'article 5 § 1 let. c ne pouvait donc pas être invoqué pour justifier leur détention.

Arrêt de la CourEDH n° 77686/16 et 76791/16 *Arnold et Marthaler c. Suisse* du 19 décembre 2023 **cr/sar**

La symbolique de l'action sud-africaine

Le 29 décembre 2023, l'Afrique du Sud déposait une plainte portant sur de potentielles violations de la Convention sur le génocide par l'État d'Israël devant la Cour internationale de justice. La requête, qui inclut une demande de mesures provisionnelles, s'étend sur 84 pages[1].

Keystone

L'Afrique du Sud en défenseur de la cause palestinienne.

Au nom des victimes oubliées

À l'audience du 11 et du 12 janvier 2024, le plaidoyer sud-africain est mené par l'avocate irlandaise Blinne Ni Ghralaigh. Cette éminente spécialiste des droits humains a travaillé sur le dossier des *Hooded Men,* des victimes d'actes de torture commis par la police nord-irlandaise en 1971[2].

Dans son exposé, l'avocate qualifie l'action israélienne «de premier génocide diffusé en direct». Outre la force des paroles, c'est une symbolique parfaitement orchestrée qui se déploie et qui cristallise l'opposition entre une vision du crime contre l'humanité incarné par la Shoah et l'omission occidentale des victimes du colonialisme.

Des espoirs déçus

«La libération de l'Afrique du Sud de la tyrannie raciste et la réconciliation nationale qui a suivi sont le résultat de la lutte du peuple sud-africain et de l'action internationale promue par les Nations unies pendant près d'un demi-siècle.»[3] Certes, mais le quotidien du peuple sud-africain reste en dissonance avec ce discours idéaliste. Quelques réactions ont d'autant plus terni le lustre d'une nation unie et pluriethnique. Botha, qui a gouverné le pays dans ses heures les plus sombres, s'est offert le luxe de l'arrogance devant la Commission de vérité et de conciliation. Et les déclarations télévisuelles de Frederik De Klerk le 2 février 2020[4] illustrent le déni de la gravité des exactions commises: «Mais il faut faire attention à ce que nous appelons un crime. Un génocide est un crime contre l'humanité, pas l'apartheid.» Aujourd'hui, la relance des enquêtes pénales sur les crimes de l'apartheid longtemps ralenties[5] marque les défaillances passées des procédures judiciaires nationales. Ces exemples portent les stigmates d'un processus inachevé entravé par des arbitrages visant le maintien de la croissance économique du pays.

Intérêts stratégiques

Le soutien à la Palestine, partie intégrante de l'ADN sud-africain[6], a sans nul doute incité cette démarche, mais d'autres intérêts ont pesé dans la balance. Cette intervention en faveur de la Palestine sera saluée par les BRICS, notamment par l'Iran. À l'interne, l'ANC, consciente de l'importance de la communauté musulmane sud-africaine, risque de perdre sa majorité aux prochaines élections. Ces éléments ne font toutefois pas le poids face à l'enjeu central: l'introspection de la communauté internationale... et de l'Afrique du Sud.

Sandra Renevey

1 *Application instituting proceedings and Request for the indication of provisional measures*, icj-cij.org.

2 Cf. Opération Demetrius.

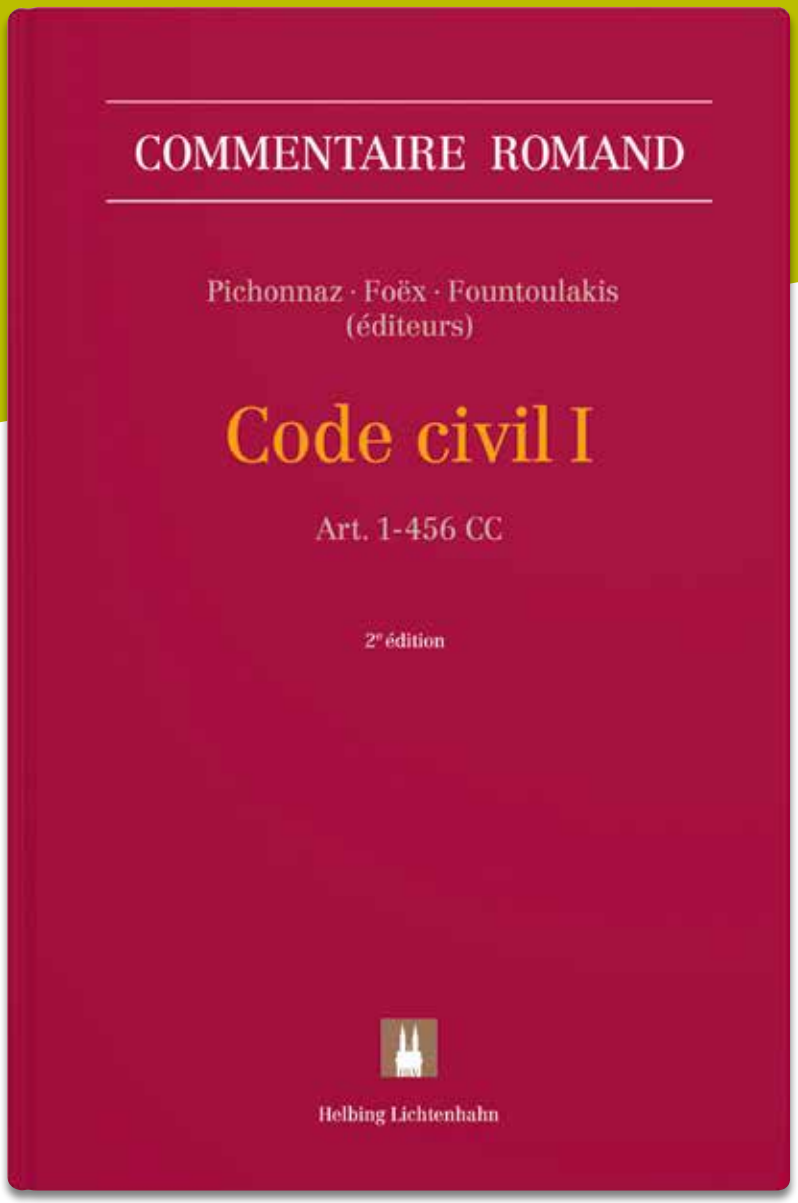
3 La lutte contre l'apartheid, *Les leçons tirées pour le monde contemporain*, Enuga S. Reddy.

4 *Former President FW de Klerk on unbanning of political parties and Mandela's release*, youtube.com/watch?v=VBE844vDkx4

5 Certains experts expriment des doutes quant à l'influence de l'ANC sur les enquêtes pénales sur les crimes d'apartheid. Le parti aurait craint que des membres du parti ne soient poursuivis à cause de leurs actions dans la lutte armée contre l'apartheid.

6 *Address by President Nelson Mandela at International Day of Solidarity with Palestinian People*, Pretoria, mandela.gov.za.

L'incontournable en droit civil



Nouvelle édition

- Le commentaire francophone de référence en droit civil suisse
- Intégration du droit de la protection de l'adulte, encore absent de la 1re édition
- Prise en compte des évolutions législatives, jurisprudentielles et doctrinales de ces dernières années

Pascal Pichonnaz
Bénédict Foëx
Christiana Fountoulakis
(éd.)

2e édition
3476 pages, relié
CHF 598.–
ISBN 978-3-7190-3900-4

Commande
www.helbing.ch/3900

Helbing Lichtenhahn

Relevanz im Recht.