



Chapitre de livre

2025

Published version

Open Access

This is the published version of the publication, made available in accordance with the publisher's policy.

L'intérêt porté par le Tribunal fédéral au droit d'autres pays lors de la mise
en œuvre du droit suisse : quelques remarques sur sa jurisprudence
récente

Thévenoz, Luc; Romano, Gian Paolo

How to cite

THÉVENOZ, Luc, ROMANO, Gian Paolo. L'intérêt porté par le Tribunal fédéral au droit d'autres pays lors de la mise en œuvre du droit suisse : quelques remarques sur sa jurisprudence récente. In: 150 anni Tribunale federale : miscellanea = 150 ans Tribunal fédéral : mélanges = 150 Jahre Bundesgericht : Festschrift. De Rossa, Federica ; Bovey, Grégory ; Hurni, Christoph (Ed.). Berne : Stämpfli, 2025. p. 1049–1080.

This publication URL: <https://archive-ouverte.unige.ch/unige:185628>

L'intérêt porté par le Tribunal fédéral au droit d'autres pays lors de la mise en œuvre du droit suisse: quelques remarques sur sa jurisprudence récente

Prof. Dr. LUC THÉVENOZ*

Professeur ordinaire à l'Université de Genève, doyen de la Faculté de droit

Prof. Dr. GIAN PAOLO ROMANO*

Professeur ordinaire à l'Université de Genève

Table des matières

I.	Le périmètre de l'analyse.....	1050
A.	Le «droit d'autres pays»	1050
B.	Le «droit suisse».....	1052
C.	Relations prises en charge par le droit international privé.....	1054
D.	Comment choisir?.....	1054
II.	Analyse de quelques arrêts significatifs	1055
A.	La signature du testament	1055
B.	La contribution d'entretien relative aux enfants	1057
C.	Le dommage dans la responsabilité civile	1058
D.	Le bail d'une chose mobilière.....	1063
E.	La prescription de la restitution de l'enrichissement illégitime	1064
F.	Fraude au leasing et faux dans les titres.....	1065
G.	Grève de la faim: alimentation forcée ou interruption de la peine?	1067
H.	Peut-on participer à une rixe où les coups ont déjà été portés?.....	1070
I.	Quelle est la population protégée par l'art. 258 CP?.....	1071
J.	Schizophrénie, irresponsabilité et erreur sur les faits.....	1072
K.	Investigation secrète et preuve illicite.....	1073
L.	La pratique du barreau en société anonyme.....	1074
M.	Le naming and shaming est-il une sanction pénale?.....	1077
III.	Conclusions.....	1078

* Les auteurs souhaitent dire leur gratitude à Anaïs Avila et Luisa Reininghaus pour l'apport précieux qu'elles ont fourni dans la recherche, le dépouillement et l'analyse des décisions ici présentées.

I. Le périmètre de l'analyse

À l'occasion du 150^e anniversaire du Tribunal fédéral, il nous a semblé utile de nous pencher sur l'intérêt que porte notre juridiction suprême aux sources du droit *d'autres pays* lorsqu'elle met en œuvre des dispositions du droit *suisse*. La question a, il est vrai, fait déjà l'objet de plusieurs contributions, en allemand pour la plupart¹. De tels écrits – dont les derniers sont tirés d'un colloque organisé en 2013 – ne rendent pas inopportun de revenir sur le sujet, d'autant que la période-échantillon que se donne notre enquête, cantonnée aux quinze dernières années, devrait réduire à la portion congrue le risque de redites.

Avant de rendre compte des résultats d'une telle enquête, et pour en éclairer la portée, il convient de formuler quelques précisions.

A. Le «droit d'autres pays»

La première concerne l'expression «*droit d'autres pays*». Celle-ci nous paraît préférable à celle de *droit étranger*, pourtant plus usitée. La Suisse ne fait-elle pas partie d'une organisation internationale, le Conseil de l'Europe, qui se donne pour but d'œuvrer à une «*union sans cesse plus étroite entre les peuples*» de ses États membres²? Ces États ont désigné à leur tête une *Cour européenne des droits de l'homme*, laquelle, au départ de ce texte

¹ HUGO UYTERHOEVEN, Richterliche Rechtsfindung und Rechtsvergleichung, Eine Vorstudie über die Rechtsvergleichung als Hilfsmittel der richterlichen Rechtsfindung im Privatrecht, 1959; FRÉDÉRIC-EDOUARD KLEIN, L'application de la méthode comparative dans la jurisprudence du Tribunal fédéral en matière de droit privé, Revue internationale de droit comparé (RIDC) 1959 p. 321–333; ALEXANDRA GERBER, Der Einfluss des ausländischen Rechts in der Rechtsprechung des Bundesgerichts, in Osmose zwischen Rechtsordnungen, Berichte des Kolloquiums anlässlich des zehnjährigen Bestehens des Schweizerischen Instituts für Rechtsvergleichung, 1992, p. 141–163; FRANZO WERRO, La jurisprudence et le droit comparé, in op. cit., p. 165–172; GERHARD WALTER, Die Rechtsvergleichung in der Rechtsprechung des Schweizer Bundesgerichts, recht 2004, p. 91–103; Jörg Schmid et al. (éd.), Die Rechtsvergleichung in der Rechtsprechung, Praxis, Legimität, Methodik – Referate und Diskussionen der Tagung von 12. September 2013 in Luzern, 2014, en particulier les contributions de LUKAS HECKENDORN-URSCHALER, Gedanken zur Methode der richterlichen Rechtsvergleichung im Bereich des Zivilrechts, p. 89–112, et BERNHARD RÜTSCHKE, Rechtsvergleichung im öffentlichen Recht: Auslegungsmethode oder blosser Inspirationsquelle, p. 121–141.

² Art. 1 du Traité du 5 mai 1949 portant *Statut du Conseil de l'Europe* (RS 0.192.030): «*Le but du Conseil de l'Europe est de réaliser une union plus étroite entre ses Membres afin de sauvegarder et de promouvoir les idéaux et les principes qui sont leur patrimoine commun et de favoriser leur progrès économique et social.*»

fondateur qu'est la Convention européenne, prononce des décisions *a priori* contraignantes pour leurs autorités – parfois, aux yeux de certains, irritantes – dans les domaines les plus variés³. Comment les communautés étatiques aspirant à cette «*union sans cesse plus étroite*» et ayant assigné à une Cour supranationale la tâche de la favoriser, peuvent-elles être *étrangères* l'une à l'autre? On peut penser que, par rapport aux autres États membres, le droit de chacun d'eux est davantage celui d'un *État partenaire* qu'un droit *étranger*.

Quid de l'Union européenne? Lors d'une conférence organisée en 2021 par la Cour de cassation française, l'un des signataires de ces lignes s'est permis d'exprimer des doutes sur la persistante adéquation du qualificatif *étranger* pour définir le droit *italien* par rapport au droit *français*, la France et l'Italie formant une «*Union européenne*»⁴; et l'une des organisatrices, conseillère de cassation, d'adhérer à l'expression d'un tel doute. Si la Suisse en tant qu'État n'est pas partie de l'Union européenne, la Suisse en tant que *communauté politiquement organisée de personnes* est anthropologiquement, socialement, professionnellement, économiquement, à tel point intégrée aux communautés humaines constitutives de l'Union européenne que les relations entre celles-ci et celle-là traduisent une *interdépendance* bien plus qu'une *indépendance* réciproque. C'est là la *cause* et la *conséquence* de centaines de conventions *bilatérales* que les autorités helvétiques ont conclues avec celles de l'Union – même si le fameux *accord institutionnel* se fait attendre ... –, sans parler des milliers d'instruments en place entre la Suisse et l'un ou l'autre des États membres et notamment de ses *voisins*: Allemagne, France, Italie et Autriche.

Ces quelques évidences aident à comprendre pourquoi, s'agissant des sources du droit *d'autres pays*, celles qu'exploite le Tribunal fédéral émanent naturellement des États membres du Conseil d'Europe et spécialement de l'Union européenne et, plus spécialement encore, des pays *voisins*. N'est-ce pas parce que de telles communautés sont, précisément, les plus *proches*, c'est-à-dire les moins *étrangères* à la communauté helvétique, que les hauts magistrats sont portés à s'intéresser à leur droit⁵? Il y a bien une gradation dans la

³ L'arrêt de la CourEDH *Verein Klimaseniorinnen et al. contre Suisse* du 9 avril 2024, n° 53600/20, n'est que la dernière illustration, et peut-être la plus spectaculaire; on signalera le chapitre «*Droit comparé*» qu'elle comporte, qui court sur vingt pages (120–139).

⁴ GIAN PAOLO ROMANO, Office du juge, règle de conflit et «déjudiciarisation» des relations privées internationales, in L'office du juge et la règle de conflit de lois, Paris: Société de législation comparée, 2023, p. 50.

⁵ C'est sans doute la raison qui explique que – comme le signale la lettre d'invitation de Yves Donzallaz, Président du Tribunal fédéral – la Commission administrative de celui-ci a «décidé d'inviter» également «les Président-e-s des Hautes cours des États limitrophes, de la Cour européenne des droits de l'Homme et de la Cour de Justice de l'Union européenne» à concourir au présent ouvrage.

proximité et, par conséquent, dans l'*extranéité*. On prendra toutefois garde de ne pas oublier que la Déclaration universelle des droits de l'homme proclame la dignité inhérente à tous les «*membres de la famille humaine*». Si les «*peuples*» de 193 pays sont «*membres*» des «*Nations Unies*», n'est-il permis de penser qu'aucune «*nation*» ne devrait être *étrangère* à aucune autre car elle est «*unie*» à toute autre, même si, à l'instar de ce qui arrive dans toute grande «*famille*», un membre peut être plus *proche* de certains et plus *éloigné* d'autres⁶?

B. Le «droit suisse»

La seconde précision concerne le terme *droit suisse*, dont la mise en œuvre est l'objet de ce chapitre. Les décisions par lesquelles le Tribunal fédéral met en œuvre le droit *anglais* ou *émirien* du fait qu'une règle de conflit de lois le lui prescrit ont été écartées de l'enquête⁷.

Il n'en demeure pas moins que délimiter ce que recouvre le *droit suisse* n'est pas aisé.

Il est évident que le droit *cantonal* n'est pas moins du droit *suisse* que le droit *fédéral*. Il semble bien que le droit de la République et Canton de Genève n'est aujourd'hui – depuis la Constitution fédérale de 1848, date de création du premier Tribunal fédéral⁸ – par rapport à celui d'un autre État-Canton, par exemple Vaud, le droit *d'un autre pays*, même si l'expression *Pays de Vaud* a été pendant des siècles l'appellation officielle de cet État-Canton qui allait accueillir le siège du Tribunal fédéral lorsqu'il est devenu permanent, le 1^{er} janvier 1875, et que le Code civil vaudois de 1820, en vigueur jusqu'à l'avènement du Code civil fédéral, employait le terme *étranger* pour désigner

⁶ Le constat des guerres qui sévissent en Ukraine et en Palestine, s'il rappelle que les relations entre (les autorités de) deux ou plusieurs «*Nations Unies*» peuvent être belliqueuses, ne démentit pas et même confirme l'idée de *proximité* entre les *Nations* car ces guerres opposent des communautés *très intégrées*. Une des justifications du conflit russo-ukrainien serait même, à s'en tenir au terrible discours de V. Poutine du 21 février 2022, que la communauté humaine de Russie et celle d'Ukraine seraient à tel point *unies* qu'elles ne pourraient que former une *unité indivisible*. On sait à quel point la proximité peut être source de *conflictualité* entre deux membres de la même famille. Que l'on pense aux batailles destructrices que peuvent se livrer les membres de cette autre union qu'est l'*union conjugale*.

⁷ Cf. LUKAS HECKENDORN-URSCHELER, op. cit., p. 89.

⁸ Au sujet de l'activité du «premier» Tribunal fédéral, entre 1848 et 1874, cf. GORAN SEFEROVIC, *Das Schweizerische Bundesgericht 1848–1874*, 2010.

ce qui était «étranger au Canton»⁹. Rappelons aussi que les Constitutions cantonales proclament volontiers la *souveraineté* des Cantons et que le terme *extra-cantonal* désignant ce qui, par rapport au Canton d'*observation*, relève d'un *autre Canton* rend palpable la variété des formes que peut prendre l'*extranéité* et en confirme la *relativité*.

Quid du droit international tiré des traités dont la Suisse est *État-partie*? C'est là du *droit suisse* non seulement en ce qu'il fait partie de l'ordre juridique suisse, mais aussi parce que les dispositions qui le traduisent ont été voulues, approuvées et mises en vigueur par les autorités législatives suisses, le plus souvent *fédérales*. Une juridiction cantonale qui viole un traité *helvético-émirien* viole l'*acte législatif fédéral* qui l'a adopté¹⁰. On comprend qu'un recours pour violation du *droit international* en vigueur en Suisse se recoupe avec un recours pour violation du *droit fédéral*. Il est conforme à la Convention des Nations Unies sur le droit des traités que les autorités des *États-parties* à un instrument international en poursuivent une *interprétation uniforme*. L'on ne s'étonnera pas que, lorsqu'elle est tenue d'appliquer du droit *helvético-international*, notre juridiction suprême cite assez souvent la *jurisprudence* des autres *États-parties*. C'est là tout autant du droit suisse que du droit de ces autres *États-parties*, du *droit suisse bi- ou multi-national* pourrait-on dire. S'agissant des règles *helvético-européennes*, Kathrin Klett, juge au Tribunal fédéral – et deuxième femme à y siéger – a, voici quinze ans, étudié l'utilisation par celui-ci de la jurisprudence des États de l'Union européenne et de la Cour de justice¹¹.

Cet intérêt porté à la jurisprudence des autres *États-parties* lors de la mise en œuvre du droit *uniforme* a été lui aussi écarté de notre enquête. Nous avons voulu focaliser celle-ci sur les affaires où les juges de Mon Repos étaient tenus d'appliquer le *droit suisse* qu'on peut qualifier de *mono-national*, qui ne résulte pas d'un instrument que la Suisse a conclu avec un autre État et échappe à toute quasi-obligation d'interprétation uniforme.

⁹ P. ex. art. 7: «Les étrangers au Canton de Vaud y jouissent des droits civils d'après les lois qui y sont relatives.» Comme le signale LUKAS HECKENDORN-URSCHELER, le Code civil du Canton de Vaud (édition officielle, Lausanne, 1820, Art. 3) énonçait qu'«il est défendu aux juges de citer, comme motif de leur jugement, une loi ou une autorité étrangère pour expliquer le présent Code ou pour y suppléer»: cette interdiction frappait également les lois et les autorités d'autres Cantons.

¹⁰ Cf. l'arrêt 9C_682/2022 du 23 juin 2023 qui concernait précisément la *Convention entre la Confédération suisse et les Émirats Arabes Unis en vue d'éviter les doubles impositions en matière d'impôts sur le revenu* du 6 octobre 2011 (RS 0.672.932.51).

¹¹ KATHRIN KLETT, *Der Einfluss europäischen Rechts auf die schweizerische Rechtsprechung im Vertragsrecht*, recht 2008, p. 227–236.

C. Relations prises en charge par le droit international privé

La *troisième* précision concerne les relations prises en charge par le *droit international privé*. Pour les régler, la Suisse a adhéré à un nombre croissant d'instruments internationaux. Alors même que la source des dispositions applicables est *mono-nationale*, et que celles-ci sont inscrites dans la LDIP, leur objectif n'en demeure pas moins *multi-national*, à savoir la *coordination* entre la Suisse et l'autre ou les autres États co-intéressés en vue de prévenir les *conflits de lois, de juridictions, de décisions* ... Aussi avons-nous exclu de notre investigation les arrêts qui en appellent aux sources d'autres pays pour appliquer la LDIP. Cela explique pourquoi, alors même qu'ils convoquent la jurisprudence de bien d'autres États, deux décisions remarquées qui statuent sur la reconnaissance de la filiation issue d'une maternité de substitution créée aux Etats-Unis au regard de l'ordre public international¹² ne seront pas exposées, tout comme ne le sera pas une décision prononcée au départ d'une importante analyse comparative à la faveur d'une requête adressée par une mère aux autorités saint-galloises afin d'être autorisée à déménager avec son enfant vers Graz malgré l'opposition du père¹³.

La majorité des affaires dont il sera ici question ont pour objet des relations *purement internes* – on pourrait dire *domestiques* – à la communauté helvétique.

D. Comment choisir?

Même filtré à l'aide des facteurs évoqués, le matériel jurisprudentiel qu'ont détecté les bases de données consultées est plutôt abondant¹⁴: plusieurs dizaines de décisions émanant de la période considérée – de 2008 à 2023 – comportent au moins une référence aux sources du droit d'un autre pays, et notamment une disposition posée par son législateur ou une décision rendue par l'une de ses autorités judiciaires.

Quels critères de *sélection* adopter? Dans le cadre restreint de ce chapitre, il était nécessaire de limiter le nombre des arrêts à analyser. Aussi avons-nous privilégié ceux où le Tribunal fédéral consacre aux sources d'autres pays les développements les plus riches, et cherché à mettre en évidence l'utilité qu'il en a tirée, ce qui explique l'attention que nous avons portée à leur histoire

¹² ATF 141 III 312 et ATF 141 III 328.

¹³ ATF 142 III 481, JdT 2017 II p. 427.

¹⁴ Et notamment de Swisslex.

procédurale. Il y en a quinze, répartis ci-après en treize sections. L'ordre des affaires résumées va du droit privé au droit public en passant par le droit pénal, mais il est en soi sans pertinence pour notre analyse.

II. Analyse de quelques arrêts significatifs

A. La signature du testament

L'arrêt le plus ancien et l'arrêt le plus récent de cette première séquence ont trait à la validité *formelle* des testaments¹⁵.

L'ATF 135 III 206 a statué sur la succession ouverte au Tessin d'un homme – décédé célibataire et sans enfants en décembre 2004 – qui avait rédigé en italien un document comportant, en haut à droite, la mention «*gennaio 2004*», et un peu plus bas, à gauche, son nom et prénom. Il y déclarait laisser ses biens à A., son petit-neveu et E., dont le lien avec lui n'est pas précisé, sans apposer sa signature. Quelques mois après son décès, les héritiers légaux du *de cuius* – sa sœur et les enfants d'une sœur prédécédée – avaient assigné en nullité du testament les bénéficiaires. La *Pretura* de Mendrisio avait admis la requête en déclarant le testament nul pour vice de forme. Le *Tribunale d'appello* avait confirmé en considérant que, pour respecter l'art. 505 CC, la signature doit en principe figurer à la fin de l'acte, que la signature sert également à certifier que le testateur approuve définitivement son texte, car l'on doit être certain que celui-ci n'est pas une simple ébauche (*bozza*), qu'au surplus, dans le document litigieux, il n'y avait même pas trace d'une déclaration liminaire mentionnant le nom du testateur et son intention de disposer.

Saisi d'un recours, le Tribunal fédéral fait l'inventaire de l'opinion de nombreux auteurs suisses constatant que la majorité considère que la signature doit nécessairement figurer à la fin du testament alors qu'une minorité se réclame d'une interprétation plus souple¹⁶. Puis il s'adonne à l'examen du droit des *nations limitrophes*: «*con riferimento alle nazioni limitrofe giova rilevare quanto segue*»¹⁷. Suit, pour l'Italie, la France, l'Allemagne et l'Autriche, un exposé succinct mais dense comprenant la citation de l'article pertinent du Code civil et d'une décision récente – pour l'Italie et la France – ou plusieurs décisions –

¹⁵ Art. 505 CC: «¹ Le testament olographe est écrit en entier, daté et signé de la main du testateur; la date consiste dans la mention de l'année, du mois et du jour où l'acte a été dressé. ² Les cantons pourvoient à ce que l'acte, ouvert ou clos, puisse être remis à une autorité chargée d'en recevoir le dépôt.»

¹⁶ Consid. 3.2.

¹⁷ Consid. 3.3.

pour l'Autriche – de la Cour suprême, alors que pour l'Allemagne sont cités des ouvrages de doctrine. Et les juges de Mon Repos de conclure: «*Si può pertanto osservare che né nei paesi vicini né in virtù della giurisprudenza di questo Tribunale e della dottrina dominante svizzera la semplice menzione all'inizio della disposizione di ultime volontà del nome e cognome del testatore è sufficiente per ritenere soddisfatta l'esigenza di un testamento olografo firmato dal testatore*»¹⁸. Il est frappant de constater que le droit des *pays voisins* est cité en premier dans l'argumentaire des hauts magistrats.

Cet exercice de *comparaison normative* sera repris quinze ans plus tard dans l'arrêt 5A_133/2023. Également sans descendants, une dame, résidant à Bâle, avait rédigé un document où elle déclarait instituer pour héritière sa cousine; elle avait indiqué son nom et son prénom au début du document, placé celui-ci dans une enveloppe sur laquelle elle avait inscrit, en majuscules, le mot *testament*, puis son nom et son prénom, tout comme le lieu de rédaction et elle avait remis l'enveloppe à l'Office des successions de Bâle. Quelques mois après l'ouverture de la succession, l'*Erbschaftsamt* avait communiqué le document à la sœur de la défunte. Souhaitant profiter de sa qualité d'héritière *ab intestat*, celle-ci avait assigné l'héritière instituée en nullité. La demande avait été rejetée par le Tribunal civil de Bâle-Ville, qui avait tenu le testament pour *valable*, mais admise par la Cour d'appel, qui l'avait jugé *nul*. L'héritière instituée avait formé un recours en faisant valoir que l'ensemble des mentions du nom et prénom figurant *à la fois* en tête du document *et* sur l'enveloppe valaient *signature* aux termes de l'art. 505 CC. La II^e Cour de droit civil distingue ces deux mentions et, concernant la première, rappelle que, dans l'ATF 135 III 206 et «à l'issue de quelques considérations de droit comparé, le Tribunal fédéral a retenu que ni dans les pays voisins, ni dans sa jurisprudence antérieure l'indication des prénom et nom au début du testament ne valait signature». Elle décide que «il n'y a pas de raison de s'écarter de cette jurisprudence dans le cas d'espèce»¹⁹. Quant à l'inscription sur l'enveloppe, le Tribunal fédéral relate quelques-uns de ses arrêts et de l'opinion des auteurs helvétiques, et évoque la doctrine et la jurisprudence allemandes – «*Die vorliegend strittige Frage wird in der deutschen Rechtsprechung und Lehre ähnlich diskutiert*»²⁰ – même si c'est pour citer uniquement des auteurs. La conclusion la plus rigoureuse s'impose: l'inscription du nom et prénom, en majuscules, sur l'enveloppe, même accompagnant le mot *testament*, ne saurait valoir *signature*, même si l'enveloppe est fermée.

¹⁸ Consid. 3.4.

¹⁹ Consid. 4.3.

²⁰ Consid. 5.2.3.

B. La contribution d'entretien relative aux enfants

Il arrive que le Tribunal fédéral cite les sources d'un autre pays – notamment du droit *allemand* – tout en préférant ne pas se rallier à la solution qu'elles consacrent; s'il prend garde de ne pas la critiquer, il estime que la suivre l'exposerait au reproche d'*arbitraire* ou la juge peu compatible avec les *spécificités* du droit suisse.

L'ATF 144 III 481 en fournit une illustration²¹. L'affaire saint-galloise dont il résulte avait pour protagonistes un couple marié qui avait eu quatre enfants. A la suite de leur séparation, la garde de trois membres de la fratrie avait été confiée au père, celle du plus jeune à la mère. L'organisation de la prise en charge n'était plus contestée. Le désaccord portait sur les modalités de détermination de calcul des prestations financières auxquelles elle donnait lieu. Mécontent de la manière dont le *Bezirksgericht* puis le *Kantonsgericht* les avaient quantifiées, le père avait formé un recours. Aspirant à prononcer un *arrêt de règlement*, le Tribunal fédéral dit d'emblée souhaiter développer un mode unitaire de calcul de la «*contribution de prise en charge*» prévue à l'art. 285 CC de nature à mettre un terme à la variété des critères développés par les tribunaux cantonaux. Dans leur décision, fort longue, les juges de Mon-Repos se rapportent à deux reprises au droit en vigueur en Allemagne. En s'adonnant à une *comparaison* au sens strict, ils s'arrêtent d'abord sur la différence entre le droit *suisse* et le droit *allemand* quant à la philosophie de l'institution: «*Contrairement au droit allemand..., où la contribution de prise en charge constitue une créance du parent gardien à l'encontre de l'autre parent, le législateur suisse l'a définie comme une troisième composante de l'entretien, à côté de la contribution pécuniaire et de la contribution en nature*»²². Et le Tribunal fédéral de citer trois travaux d'un juge au *Kammergericht* de Berlin²³. Quelques *considérants* plus loin, il signale que «*le législateur allemand a renoncé à son ancienne pratique de la règle des 8/15 ans pour la remplacer par une contribution d'entretien due en principe durant les trois premières années de la vie de l'enfant*»²⁴: sont cités les § 1570 al. 1 et § 1615I al. 2 BGB, qui réservent, il est vrai, toute autre solution commandée par l'équité (*Billigkeit*). Et la II^e Cour de droit civil de commenter: «*Cela*

²¹ Arrêt 5A_384/2018 du 21 septembre 2018, JdT 2019 II p. 179.

²² Consid. 4.3.

²³ MARTIN MENNE, *Betreuungsunterhalt in der Schweiz und in Deutschland*, in *Private Law: national, global, comparative: Festschrift für Ingeborg Schwenzer zum 60. Geburtstag*, 2011, p. 1251 s.; *le même*, *Brennpunkte des Unterhaltsrechts*, FamPra.ch 2014 p. 525 s.; *le même*, *Der Betreuungsunterhalt im Rechtsvergleich*, FamPra.ch 2017 p. 1021 s.

²⁴ Consid. 4.7.2.

semble être une décision législative judicieuse», tout en s'empressant de préciser que «compte tenu de l'absence de toute indication législative, la reprise de ce seuil en Suisse n'en présenterait pas moins un caractère arbitraire»²⁵.

C. Le dommage dans la responsabilité civile

Ayant pour objet la définition du dommage extracontractuel, l'arrêt 4A_18/2023 – qui nous projette au cœur du *Dieselgate* – confirme que notre juridiction suprême peut renoncer à suivre l'approche que consacre le droit du pays qu'il prend pour comparaison, ici une fois de plus l'*Allemagne*.

Un résident zurichois avait acheté à un concessionnaire de Zurich une Volkswagen au prix de 56 920 francs. Cinq ans plus tard, il avait assigné le fabricant de Wolfsburg devant le *Handelsgericht* en faisant valoir qu'en raison de l'installation d'un dispositif non autorisé, les prescriptions en matière de gaz d'échappement étaient respectées lors des tests normalisés, alors qu'en fonctionnement sur la route, les émissions étaient plus élevées. L'acheteur avait dans l'acte introductif d'instance, demandé le remboursement du prix d'achat en échange de la restitution du véhicule; dans sa réplique, il disait avoir entre-temps vendu la voiture pour 23 000 francs et réduire sa demande à 33 920 francs, correspondant à la différence entre prix d'achat et prix de revente. La défenderesse avait soulevé une exception d'incompétence et, sur le fond, requis le déboutement du demandeur. Le *Handelsgericht* avait affirmé sa compétence, et par jugement rendu deux ans plus tard, rejeté la demande.

Précisant que la procédure «tient uniquement à l'affirmation du recourant selon laquelle le comportement illicite de l'intimée – utilisation d'un logiciel manipulant les valeurs d'émission – lui aurait causé un préjudice au sens du droit de la responsabilité civile», le Tribunal fédéral constate que le *Handelsgericht* s'est fondé, pour le dénier, sur la théorie de la différence. Le recourant se réclamait d'un arrêt de la Cour fédérale allemande de 2020²⁶, qui avait retenu que l'acheteur avait conclu un contrat qu'il n'aurait «raisonnablement» pas conclu s'il avait eu connaissance du logiciel truqué et que cet engagement non voulu (*ungewollte Verpflichtung*) constituerait un dommage indemnisable. La 1^{ère} Cour de droit civil cite les commentateurs suisses qui se sont ralliés à la position du *Bundesgerichtshof*²⁷, et d'autres auteurs qui ont exprimé des ré-

²⁵ *Ibidem*.

²⁶ Arrêt du BGH du 25 mai 2020, VI ZR 252/19.

²⁷ Not. ALFRED KOLLER, Grundzüge der Haftung für reinen Vermögensschaden, AJP 2020 p. 1393 s. et RUSCH/SCHWIZER, Entscheidbesprechung, Verurteilung von Volks-

serve²⁸, avant de proclamer de manière quelque peu solennelle *«ne pas pouvoir suivre cet avis en ce qui concerne le droit suisse»*²⁹. Pour s'en expliquer, elle commence par rappeler que, selon la théorie de la différence, le dommage au sens de l'art. 41 CO tient en une diminution du patrimoine net correspondant à l'écart entre l'état actuel du patrimoine de la victime et la consistance qu'il aurait sans le fait dommageable. Or – poursuit-elle – force est de constater que l'acheteur ne prétend pas que le comportement du fabricant lui aurait causé des préjudices patrimoniaux au sens indiqué: il ne soutient pas que la valeur vénale de l'automobile serait plus élevée sans la manipulation du logiciel ou qu'il aurait pu obtenir un prix de revente supérieur. *«Le recourant – observe notre juridiction suprême, en des termes insistants, redondants même – se réclame essentiellement de l'arrêt de la Cour fédérale de justice allemande du 25 mai 2020»*. Le Tribunal fédéral éprouve alors le besoin de rendre compte de l'analyse de son homologue allemand. Le *Bundesgerichtshof* avance que *«dans certaines circonstances, un dommage patrimonial peut être admis même en l'absence d'une diminution arithmétique ou de perte au sens comptable»*, car l'idée de la différence *«doit toujours être soumise au contrôle normatif que prescrivent l'objectif de protection inhérent au droit de la responsabilité civile et la fonction compensatoire qu'il s'assigne»*, que *«celui qui, à la suite du comportement d'autrui susceptible d'en engager la responsabilité, est amené à conclure un contrat qu'il n'aurait, à défaut, pas conclu peut subir un préjudice patrimonial même en cas d'équivalence de la valeur objective de la prestation et de la contre-prestation»*, à condition toutefois que la conclusion du contrat apparaisse *«déraisonnable et non adaptée aux intérêts patrimoniaux concrets»*. Selon le *Bundesgerichtshof*, le droit d'obtenir réparation ne sert pas seulement à compenser la dégradation de l'état patrimonial de la victime mais également *«à lui permettre de se soustraire à une obligation non voulue»* car *«il s'agit de protéger la liberté d'action générale de l'individu (allgemeine Handlungsfreiheit) et son droit à l'autodétermination économique (wirtschaftliches Selbstbestimmungsrecht)»*. Autrement dit, est déterminant le fait que, *«dans une perspective ex ante, l'achat d'une voiture équipée d'un dispositif non autorisé destiné à tromper quant aux valeurs d'émissions»* peut être qualifié de *«déraisonnable»* et donc *«désavantageux pour l'acheteur»*. Induite par une tromperie, la conclusion d'un contrat en ces circonstances constitue bel et bien un dommage, si bien que *«l'acheteur a le droit d'être placé dans la situation où il se serait trouvé s'il ne l'avait pas conclu»*.

wagen als Herstellerin zur Rücknahme eines abgasmanipulierten Fahrzeugs, AJP 2020 p. 1205 ss.

²⁸ Not. HEINRICH HONSELL, in Basler Kommentar, Obligationenrecht I, 7^e éd. 2020, n° 7; cf. ég. ATAMER/GERBER, Ethische Produktionsprozesse als Merkmal der Mangelfreiheit der Kaufsache?, AJP 2022 p. 1174.

²⁹ Consid. 5.3: *«Dem kann das Bundesgericht für das schweizerische Recht nicht folgen.»*

Ce récit achevé, le Tribunal fédéral répète – les mots y sont plus fermes encore – que «*cette conception est étrangère au droit suisse*»³⁰ et que, se prévalant de l'analyse du BGH, «*le recourant montre précisément qu'il ne poursuit pas la compensation d'une perte patrimoniale réelle*», seule indemnisable au sens de notre droit.

Prononcé quelques années plutôt, l'ATF 145 III 225 a dû lui aussi se pencher sur la question du préjudice susceptible de réparation, mais sous l'angle – cette fois-ci – *contractuel*³¹.

Une entreprise zougnoise avait, entre 2001 et 2002, édifié, sur des parcelles de Küsnacht (ZH) trois villas au profit de trois couples pour un prix de 1,8 million de francs chacune. De fortes précipitations survenues en 2007 avaient entraîné d'importants dégâts d'eau en révélant un défaut d'étanchéité. Après avoir demandé en vain au constructeur d'y remédier et fait procéder eux-mêmes à des travaux de réparation, les acheteurs l'avaient assigné devant le *Kantonsgericht* de Zoug lui réclamant une somme d'env. 1,9 million. Deux demandeurs avaient, en cours d'instance, vendu leur bien pour 3,2 millions. Ayant d'abord limité la procédure à la question de la responsabilité, le *Kantonsgericht* avait, par une décision préliminaire, jugé que la défenderesse était bel et bien responsable et que l'indemnisation devait, en principe, englober la *diminution de la valeur vénale* ou moins-value marchande (*merkantiler Minderwert*) résultant du défaut de construction. Dans un deuxième jugement, le *Kantonsgericht* avait alloué une somme de 330 000 francs aux demandeurs qui, déçus par le montant, saisirent l'*Obergericht*, puis le Tribunal fédéral, en se prévalant d'une violation de l'art. 97 CO.

Disant «*ne s'être jamais prononcée sur la reconnaissance d'une moins-value marchande comme dommage indemnisable s'agissant des immeubles*», notre juridiction suprême rappelle qu'il s'agit de la perte de valeur de marché induite par un événement dommageable laquelle, une fois celui-ci réparé, ne tient plus «*à une dégradation technique ou fonctionnelle*» mais à la «*perception subjective*» des acheteurs potentiels qui peuvent redouter «*un risque de défauts cachés ou de vulnérabilité accrue du bien en question*» malgré une remise en état conforme aux règles de l'art³². Pour trancher cette question quasi-inédite, la I^{ère} Cour de droit civil se réfère, à trois reprises, à la jurispru-

³⁰ Consid. 5.3.3: «*Diese Konzeption ist dem schweizerischen Recht fremd.*»

³¹ Arrêt 4A_394/2018 du 20 mai 2019; des résumés assortis d'un commentaire sont fournis par CHRISTOPH MÜLLER et ESTELLE VUILLEUMIER, Analyse de l'arrêt du Tribunal fédéral 4A_394/2018 du 20 mai 2019, Newsletter, rcassurances.ch, juillet 2019, et par ARNAUD NUSSBAUMER-LAGHZAoui, La réparation de la dépréciation mercantile, LawInside, 8 octobre 2019.

³² Consid. 3.1.

dence allemande et, à deux reprises, à la jurisprudence autrichienne. A l'appui de l'idée exprimée par la doctrine suisse selon laquelle l'incidence de la dépréciation se réduit au fil du temps, elle signale que *«la riche jurisprudence allemande part elle aussi du principe que le dommage résultant d'une moins-value marchande, s'il n'a pas été fixé par un événement concret qui en cristallise l'impact sur l'état du patrimoine du propriétaire, diminue progressivement avec le temps jusqu'à disparaître»*³³; et les hauts magistrats de citer un arrêt du *Bundesgerichtshof* de 1958³⁴.

Mais quel est le moment pertinent pour calculer une telle moins-value? Après avoir signalé un arrêt du Tribunal fédéral de 2017³⁵ qui a décidé qu'il fallait attendre l'achèvement des travaux de remise en état, les hauts magistrats nous disent une fois de plus que *«cela correspond à l'opinion dominante en Allemagne»* car *«selon une jurisprudence constante de la Cour fédérale de justice, le moment de la réparation complète de l'objet endommagé est considéré comme déterminant pour le calcul de la perte de valeur commerciale»*³⁶; le Tribunal fédéral cite deux arrêts du BGH, de 1966 et de 1981³⁷, et précise que c'est également la position en Autriche: *«Selon la jurisprudence de la Cour suprême autrichienne, l'auteur du dommage doit indemniser la victime de la différence entre la valeur vénale que le véhicule avait juste avant de subir un dégât et la valeur vénale qu'il avait une fois le dégât réparé.»*³⁸

Suit l'examen de la question la plus délicate, ayant trait aux conditions auxquelles il y a lieu de subordonner l'indemnisation s'agissant des *immeubles*. L'analyse de la jurisprudence allemande et autrichienne court ici sur trois pages. Dans l'arrêt de 1958, qui avait pour objet un véhicule accidenté, la Cour suprême allemande avait considéré que *«ce n'était que lorsque la perte de valeur vénale constituait un dommage définitif – par exemple parce que le lésé avait vendu la chose ou qu'il y existait suffisamment d'éléments pour retenir un dommage permanent – que le responsable pouvait être condamné à le réparer»*. Mais dans un arrêt de 1961, se prononçant également à propos d'un véhicule³⁹, le *Bundesgerichtshof* avait *«modifié sa jurisprudence»* en considérant que *«le caractère réparable de la dépréciation devait être admis indépendamment de la question de savoir si dans le cas concret – par exemple en raison d'une vente – la survenance d'un dommage permanent pouvait être établie»*. De manière intéressante, les juges de Mon Repos relè-

³³ Consid. 3.2.1.

³⁴ Arrêt du BGH du 18 avril 1958, IV ZR 82/57.

³⁵ Arrêt 4A_113/2017 du 6 septembre 2017.

³⁶ Consid. 3.2.2.

³⁷ Arrêts du BGH du 2 décembre 1966, VI ZR 72/65, et du 2 avril 1981, III ZR 186/79.

³⁸ *Ibidem*. Est cité l'arrêt du OGH du 20 juin 1989, 2 Ob 73/89.

³⁹ Arrêt du BGH du 3 octobre 1961, VI ZR 238/60.

vent que le *Bundesgerichtshof* avait trouvé une confirmation dans la jurisprudence du Tribunal fédéral – le BGH cite l’ATF 64 II 137 – et conclu que «*cela correspondait à la solution qui prévalait en Suisse*»⁴⁰. Mais *quid* au juste des *immeubles*? Le *Bundesgerichtshof* avait opté pour leur appliquer ces mêmes principes dans trois décisions de 1961, 1969 et 1981⁴¹. Convaincu qu’une telle extension ne va pas de soi, le Tribunal fédéral se tourne de nouveau vers la jurisprudence de l’*Oberster Gerichtshof* autrichien: s’il estime «*qu’il n’existe en principe pas d’obstacle sérieux à appliquer aux biens immobiliers les principes développés au sujet de la perte de valeur de véhicules accidentés*», l’OGH n’admet le caractère réparable de la dépréciation – qui est, on l’a dit, *temporaire* – qu’à la condition que «*celle-ci se traduise par un préjudice financier réel et démontrable à la suite d’une aliénation ou d’une utilisation*» de l’immeuble. Sont cités deux arrêts, de 1981 et de 1998, par lesquels l’*Obergerichtshof* avait refusé d’accorder une indemnisation de la perte de valeur résultant de la perception d’un risque d’affaissement du sol dès lors que «*de tels dommages ne pouvaient en principe survenir que dans les huit ans suivant la fin de la construction*»⁴².

C’est semble-t-il la connaissance de la jurisprudence autrichienne qui lui a été la plus utile lorsque le Tribunal fédéral précise sa position. Si pour les *véhicules*, une évaluation *abstraite* du dommage – c’est-à-dire sa prise en compte indépendamment d’une revente – est admissible, il en va différemment des *immeubles*: la perte de valeur résultant de l’événement dommageable «*ne diminue pas parallèlement à la dépréciation que la chose subit de toute façon avec l’écoulement du temps*» – contrairement aux véhicules, l’écoulement du temps n’inflige pas aux immeubles une dépréciation – et, par conséquent, le propriétaire n’a pas subi un dommage *permanent* mais bien *temporaire*, voué à disparaître après environ *quinze ans*; il convient dès lors d’exiger qu’il prouve une perte *concrète* en établissant par exemple qu’il a retiré de la vente un bénéfice inférieur à celui qu’il en aurait retiré sans l’événement dommageable. En se tournant vers les faits de l’espèce, notre Cour suprême retient que les demandeurs qui étaient restés propriétaires n’avaient pas pu démontrer un dommage *permanent* et ceux qui avaient vendu l’immeuble à des tiers – lesquels avaient été informés des dégâts d’eau, et n’avaient pas moins accepté de verser un prix 80 % supérieur au prix de 2002 – n’avaient non plus établi une perte définitive.

⁴⁰ Consid. 3.3.

⁴¹ Arrêts du BGH du 5 octobre 1961, VII ZR 146/60; du 24 février 1964, VII ZR 173/66; du 2 avril 1981, ZR 186/79.

⁴² Consid. 3.3; Arrêts du OGH du 9 juin 1998, 10 Ob 113/98k; du 10 mars 1998, 5 Ob 47/98t.

L'intérêt que le Tribunal fédéral porte aux décisions rendues par ses homologues de l'aire germanique – BGH et OGH – est ici spécialement soutenu. Constatant que le BGH avait dit, dans l'arrêt de 1961, le profit qu'il avait tiré de l'ATF 64 II 37, notre Cour suprême semble bien poursuivre une espèce de démarche de *coopération* avec ces Hautes Cours et fait apparaître que le progrès de la jurisprudence peut bien être le fruit d'une entreprise *collective*.

D. Le bail d'une chose mobilière

Mettant fin à une longue procédure judiciaire, l'arrêt 4A_27/2017 – qui nous rend attentif aux subtilités du *droit du bail* d'une chose mobilière – exploite quant à lui une disposition du *BGB* qui ne se trouve pas dans le Code des obligations.

Une société ayant pris en location un camion-citerne d'une entreprise de transport de mazout, un chauffeur de la locataire avait eu un accident à la suite duquel la bailleresse avait résilié le contrat et les parties avaient convenu de faire remettre le camion en état par un réparateur à la charge de la locataire. Les travaux avaient été effectués et le véhicule avait été rendu trois mois après l'accident. A la surprise de la locataire, la bailleresse avait cependant réclamé également le paiement de sommes à titre de location du camion au cours de l'immobilisation. La locataire ayant refusé de payer ces sommes, la bailleresse l'avait assignée devant le Tribunal du Littoral et du Val-de-Travers, qui l'avait débouté, puis devant le Tribunal cantonal de Neuchâtel, qui avait rejeté l'appel, puis encore devant le Tribunal fédéral. Celui-ci commence par rappeler sa propre jurisprudence en matière de bail d'*immeubles* et rappelle que «*cette jurisprudence est inspirée du droit allemand qui contient une réglementation expresse*», au § 546a BGB⁴³, selon lequel «*si le locataire ne restitue pas la chose louée à la fin du bail, le bailleur peut exiger à titre d'indemnité, pour la durée de la rétention, le loyer convenu ou le loyer correspondant à l'usage local pour des biens comparables*» tout en réservant, à l'alinéa 2, «*la possibilité de faire valoir un dommage supérieur*». S'adonnant à une brève exégèse, et exploitant le *Münchener Kommentar* et le *Palandt*, le Tribunal fédéral expose que «*cette règle s'applique aux baux à loyer de toute sorte*» – y compris donc aux baux de choses mobilières, et de véhicules – qu'«*il y a privation au sens du § 546a BGB lorsque le locataire, à la fin du*

⁴³ § 546a BGB: «*Entschädigung des Vermieters bei verspäteter Rückgabe: (1) Gibt der Mieter die Mietsache nach Beendigung des Mietverhältnisses nicht zurück, so kann der Vermieter für die Dauer der Vorenthaltung als Entschädigung die vereinbarte Miete oder die Miete verlangen, die für vergleichbare Sachen ortsüblich ist. (2) Die Geltendmachung eines weiteren Schadens ist nicht ausgeschlossen.*»

contrat, ne rend pas la chose louée contre la volonté du bailleur et contrevient ainsi à son obligation de restitution», que «est déterminante la volonté du bailleur de récupérer la chose louée» et qu'«une telle volonté fait défaut lorsqu'il refuse de reprendre la chose à cause de son état ou laisse la possession au locataire pour l'élimination des défauts»⁴⁴.

En l'espèce, le Tribunal fédéral estime qu'«on ne se trouve pas dans une situation comparable à celle envisagée par la jurisprudence en question ni semble-t-il à celle prévue par le § 546a BGB». On ne peut pas soutenir que la locataire aurait refusé de restituer le camion et qu'elle aurait par conséquent privé la bailleresse, contre sa volonté, de l'usage du véhicule, celle-ci ayant «accepté de confier le camion pour réparation à l'entreprise proposée par la locataire, qui s'était chargée du transport et des frais de réparation»⁴⁵.

E. La prescription de la restitution de l'enrichissement illégitime

Prononcé à la faveur d'une affaire schwytoise, l'ATF 147 III 419 élargit à nouveau l'analyse au droit des *pays voisins*⁴⁶.

Souhaitant reprendre un restaurant, une personne avait accepté de l'exploiter avec la société qui le gérât jusque-là et, en vertu d'un tel accord, celle-ci avait reçu de celle-là la somme de 40 000 francs. A la suite de divergences, les parties avaient interrompu les négociations et cette personne avait réclamé de la société le remboursement de la somme, remboursement que la société avait refusé en prétendant qu'il lui était loisible de la retenir à titre d'arrhes (*Haftgeld*). Le créancier présumé avait introduit une demande en paiement devant le *Bezirksgericht* de Höfe, qui l'avait admise, jugement confirmé par le *Kantonsgericht*. La débitrice avait recouru au Tribunal fédéral au motif que la créance litigieuse serait désormais prescrite: d'une part, le délai de prescription, qui résulterait d'un *enrichissement illégitime*, était celui, *très court, d'un an*, prévu par l'art. 67 CO en vigueur à l'époque des faits⁴⁷;

⁴⁴ Consid. 4.1.3.

⁴⁵ Consid. 5.2.

⁴⁶ JdT 2022 II p. 283_A. c. B. (recours en matière civile), arrêt 4A_428/2020 du 1^{er} avril 2021; ATF 147 III 419.

⁴⁷ Voici le texte en vigueur à l'époque des faits de l'art. 67 CO: «L'action pour cause d'enrichissement illégitime se prescrit par un an à compter du jour où la partie lésée a eu connaissance de son droit de répétition, et, dans tous les cas, par dix ans dès la naissance de ce droit.» A la suite de l'entrée en vigueur, en cours d'instance, de la *Loi fédérale du 15 juin 2018 (Révision du droit de la prescription)*, intervenue le 1^{er} janvier 2020, l'art. 67 CO énonce, à l'époque de la décision du Tribunal fédéral, et

d'autre part, le délai de prescription, lorsque l'appel est interjeté par le débiteur, continue de courir pendant la procédure d'appel.

Les chances de succès d'un tel recours étaient quasi-inexistantes car l'analyse sur laquelle il reposait contrevenait à la raison d'être de l'interruption du délai de prescription à la suite de l'engagement d'une instance: il s'agit d'éviter précisément qu'une créance puisse se prescrire entre les mains du tribunal. Pour rejeter le recours, le Tribunal fédéral constate d'emblée que, dans sa version en vigueur depuis le 1^{er} janvier 2011, applicable à l'espèce, l'art. 138 al. 1^{er} CO dispose que *«la prescription interrompue par l'effet d'une requête en conciliation, d'une action ou d'une exception recommence à courir lorsque la juridiction saisie clôt la procédure»*. Le Tribunal fédéral constate que cet alinéa *«correspond largement à la majorité des dispositions pertinentes des pays voisins»*, dont il reproduit les textes: le § 204 al. 2 du BGB, selon lequel *«Diese Hemmung endet sechs Monate nach der rechtskräftigen Entscheidung oder anderweitigen Beendigung des eingeleiteten Verfahrens»*, l'art. 2242 du Code civil français, pour qui *«l'interruption résultant de la demande en justice produit ses effets jusqu'à l'extinction de l'instance»*, et l'art. 2945 du Codice civile aux termes duquel *«la prescrizione non corre fino al momento in cui passa in giudicato la sentenza che definisce il giudizio»*.

Ces textes *correspondent* certes à l'art. 138 CO mais on peut penser qu'ils sont *plus explicites* quant à la question – au cœur du recours – de la durée de l'effet interruptif jusqu'au passage en force de la décision qui achève la procédure. Si la suite de l'arrêt ne reprend pas les dispositions des pays voisins, on ne peut point exclure qu'en prolongeant l'interruption *«jusqu'au moment où la décision ne peut plus être attaquée par un appel ou un recours»*, le Tribunal fédéral n'en ait pas trouvé dans les textes notamment du BGB et du Codice civile un appui bienvenu.

F. Fraude au leasing et faux dans les titres

Suscité par une escroquerie d'envergure, l'ATF 135 IV 12⁴⁸ donne à lire une véritable comparaison entre droit suisse et droit allemand au sujet de la *réparation* comme motif d'exemption de peine: l'art. 53 CP, qui détaille les

encore aujourd'hui, que *«L'action pour cause d'enrichissement illégitime se prescrit par trois ans à compter du jour où la partie lésée a eu connaissance de son droit de répétition et, dans tous les cas, par dix ans à compter de la naissance de ce droit.»* Le délai très court d'un an a été porté à trois ans.

⁴⁸ Arrêt 6B_346/2008 du 27 novembre 2008, JdT 2010 IV p. 139.

conditions, était entré en vigueur, peu avant les faits, le 1^{er} janvier 2007, si bien que incertitudes subsistaient.

Plus de 200 personnes, dont les trois protagonistes de l'affaire, avaient signé un contrat de leasing et un procès-verbal par lequel un garagiste confirmait la livraison et le preneur de leasing la réception de véhicules qui en réalité n'existaient pas. Le prix avait été versé par la banque au garagiste, lequel avait prélevé une commission de 2 % en faveur des preneurs et transmis le solde à la personne qui avait orchestré ces ventes simulées. Les trois prévenus avaient essayé de se disculper en invoquant leur ignorance de la teneur des documents qu'ils avaient accepté de signer et l'emploi que l'auteur principal allait en faire. Le tribunal de district de Winterthur avait retenu le *dol éventuel* en ce qu'ils avaient accepté le risque que les documents qu'ils signaient pouvaient ne pas être véridiques et couvrir des affaires illicites. Certes, une fois la vérité connue, ils avaient accompli tous les efforts raisonnables pour redresser le tort. Mais les premiers juges n'en avaient pas moins refusé de faire jouer l'art. 53 CP et, les tenant pour coupables de faux dans les titres, les avaient condamnés à une peine de prison de 10 à 15 jours avec sursis. L'*Obergericht* du Canton de Zurich avait confirmé.

En approuvant l'autorité précédente, le Tribunal fédéral estime que, si les autres conditions pour la mise en œuvre de l'art. 53 CP étaient remplies, celle de l'*«intérêt public minime à la poursuite pénale»* ne l'était pas. Après avoir convoqué les travaux préparatoires et la doctrine helvétique, les hauts magistrats font longuement appel – l'analyse court sur plus de deux pages – aux sources allemandes. Ils signalent d'abord que *«le motif d'exemption qu'est la réparation selon l'article 53 CP a été repris du droit allemand»*, citant tout à la fois le § 46 du Code pénal allemand et le § 153a du Code de procédure pénale allemand. Ils rendent compte ensuite d'un grand arrêt du BGH de 2002 qui se penche sur la double finalité du *«Opfer-Täter Ausgleich»*, lequel – selon la Cour fédérale allemande – poursuit la satisfaction des intérêts de la victime tout autant qu'elle favorise le repentir de l'auteur, et sur les limites qui l'enserrent, motivées par la sauvegarde de l'efficacité de la prévention générale⁴⁹. Ils citent alors la doctrine allemande au sujet de l'*intérêt public* à la poursuite pénale en évoquant rapidement aussi la doctrine autrichienne au sujet du § 42 A-StGB. Ils se livrent enfin à une véritable comparaison entre le droit suisse et le droit allemand qui les conduit à relever deux différences: contrairement à l'art. 53 CP en vigueur à l'époque, le § 46a StGB ne permet de renoncer à la peine que pour les peines privatives de liberté d'une durée inférieure ou égale à *un an* et son application ne dépend pas de la possibilité d'octroyer un sursis. Le Tribunal fédéral fait enfin état de deux questions non

⁴⁹ Arrêt du BGH du 19 décembre 2002, BGHSt. 48, 134.

tranchées en Suisse alors qu'elles le sont en Allemagne: faut-il exiger, comme le droit allemand, un «*processus communicatif entre l'auteur et la victime*»? Faut-il, comme en Allemagne, permettre aux autorités pénales de fournir à l'auteur de l'infraction des directives sur la manière dont il peut utilement réparer le tort? Ces questions n'avaient pas besoin d'être tranchées au cas d'espèce.

Les incertitudes rencontrées par le Tribunal fédéral allaient suggérer la pertinence d'une réforme de l'art. 53 CP. Le texte en vigueur depuis 2019 s'aligne sur le maximum de peine d'un an prévu au § 46a StGB et prévoit comme condition supplémentaire que l'auteur ait admis les faits qui lui sont reprochés⁵⁰.

G. Grève de la faim: alimentation forcée ou interruption de la peine?

Il arrive que notre juridiction suprême tire de l'analyse des sources d'autres pays la confirmation que la décision qu'elle projette est conforme à la Convention européenne des droits de l'homme. Une illustration est fournie par l'ATF 136 IV 97, relatif à une affaire très médiatisée ayant pour protagoniste Bernard Rappaz, ancien vigneron et militant de la dépénalisation du cannabis.

Incarcééré le 20 mars 2010 à la suite de la condamnation pour différents délits que lui avait infligée la justice valaisanne, Bernard Rappaz avait entrepris un jeûne de protestation. Après une première interruption de sa peine, il avait mis fin à son jeûne le 7 mai. Replacé en détention le 21 mai, il avait à nouveau cessé de s'alimenter. Le 10 juin, il avait été transféré aux HUG pour la poursuite de l'exécution de la peine sous surveillance médicale. Le 21 juin, il avait demandé au Département de la sécurité du Valais que sa détention soit à nouveau interrompue en raison des problèmes de santé causés par la grève de la faim. Sa requête avait été rejetée par une décision contre laquelle il avait fait recours devant le Tribunal cantonal, lui aussi rejeté. Bernard Rappaz

⁵⁰ La nouvelle teneur de l'art. 53 CP résultant de la Loi fédérale du 14 décembre 2018 modifiant la disposition sur la réparation, en vigueur depuis le 1^{er} juillet 2019 (RO 2019, 1809, FF 2018 3881, 5029) est en effet la suivante: «*Lorsque l'auteur a réparé le dommage ou accompli tous les efforts que l'on pouvait raisonnablement attendre de lui pour compenser le tort qu'il a causé, l'autorité compétente renonce à le poursuivre, à le renvoyer devant le juge ou à lui infliger une peine: a. s'il encourt une peine privative de liberté d'un an au plus avec sursis, une peine pécuniaire avec sursis ou une amende; b. si l'intérêt public et l'intérêt du lésé à poursuivre l'auteur pénalement sont peu importants, et c. si l'auteur a admis les faits.*»

s'était alors tourné vers le Tribunal fédéral en invoquant une violation de l'art. 92 CP, qui énonce que «*L'exécution des peines et des mesures peut être interrompue pour un motif grave*».

De toutes les décisions ici analysées, celle que le Tribunal fédéral rendra à peine quelques 45 jours plus tard est celle qui consacre aux sources d'autres pays l'attention la plus soutenue. Après avoir examiné la notion de *motif grave* et conclu que le jeûne du détenu en phase avancée l'exposerait au risque de lésions irréversibles, le Tribunal fédéral se prévaut du principe de subsidiarité qui commande d'examiner «*s'il est possible de remédier au problème médical du recourant d'une manière compatible avec la poursuite de l'exécution de la peine*». Le Tribunal fédéral se penche alors sur la question de savoir si et en quelles circonstances l'alimentation forcée du détenu gréviste de la faim, «*problème de santé classique de médecine pénitentiaire*», est envisageable. Sur le fondement des décisions de la Commission et la Cour européenne des droits de l'homme⁵¹, les juges de Mon Repos constatent que si le détenu est en grève de la faim avancée, son alimentation forcée n'est pas contraire à la Convention européenne. Ils se livrent alors à «*une brève comparaison de la législation médicale de quelques États-membres du Conseil de l'Europe*»: Royaume-Uni, Pays-Bas, Italie, France, Allemagne et Espagne. Chose curieuse, un tel choix leur a été largement inspiré par une «*récente étude épidémiologique*» parue dans un ouvrage collectif, que les hauts magistrats citent à plusieurs reprises⁵². Occupant plus de trois pages, cet exposé passionnant rend compte également des conséquences du cadre légal, comme au Royaume-Uni – où le principe du non-interventionnisme avait entraîné la mort d'une dizaine de détenus, indépendantistes irlandais, ce qui avait entamé la «*crédibilité du système pénitentiaire anglais*» – des projets de lois, comme en Italie, de l'évolution législative récente, comme en France, des interventions du Tribunal constitutionnel, comme en Espagne. Le compte rendu se conclut par le constat que «*les solutions divergent sur la position à adopter une fois que le gréviste de la faim se met à courir un risque grave et imminent pour sa santé, voire pour sa vie*»⁵³.

⁵¹ Sont citées les décisions de la Commission européenne des droits de l'homme dans les causes *X. contre Allemagne*, req. n° 10565/83, du 9 mai 1984 § 1 et *Ilijkov contre Bulgarie*, req. n° 33977/96, du 20 octobre 1997 § 1 et les arrêts de la CourEDH dans les causes *Herczegfalvy contre Autriche* du 24 septembre 1992, p. 26 § 82 et *Nevmerjitski contre Ukraine* du 5 avril 2005, § 93 ss.

⁵² PATRICK GUILBERT ET AL., Jeûne de protestation, in *Médecine, santé et prison*, 2006, p. 369–381.

⁵³ Consid. 6.1.2.

Le Tribunal fédéral fait ensuite état de ce que «*les Chambres fédérales ne se sont jamais saisies de la question*» si bien que celle-ci «*entre dans la compétence des cantons*». Une comparaison du cadre normatif en vigueur de certains États-Cantons suit la comparaison du cadre-normatif des six États au Conseil de l'Europe. Le Tribunal fédéral signale que seuls les Cantons de Berne et Neuchâtel ont spécifiquement posé des règles dans leurs lois sur l'exécution des peines en admettant l'alimentation forcée à condition que la personne concernée soit en danger de mort ou court un danger grave, relevant au passage que la loi neuchâteloise de 2007 reprend la loi bernoise de 2003, laquelle a été influencée par le *Strafvollzugsgesetz* allemand⁵⁴; en Valais, un «*texte au niveau réglementaire*» prescrit que la «*direction prend contact avec le médecin et agit selon les principes dictés par la conscience universelle et la morale traditionnelle*»⁵⁵.

Sans doute favorisée par le déploiement de ce vaste panorama comparatif, la conclusion à laquelle parvient le Tribunal fédéral est que «*l'alimentation forcée ne porte pas une atteinte disproportionnée à la liberté d'expression et à la liberté personnelle du détenu et elle ne viole pas l'interdiction des traitements inhumains ou dégradants si elle est pratiquée dignement et conformément aux règles de l'art médical*». Si bien que, en refusant l'interruption de peine, la cheffe du Département de la sécurité du Valais n'a pas violé le droit fédéral.

Bernard Rappaz allait, quelques mois plus tard, saisir la Cour européenne des droits de l'homme. Par une décision rendue le lendemain de sa requête, le Président de la section compétente a refusé d'enjoindre à la Suisse d'interrompre l'exécution de la peine et demandé au requérant – qui en était à plus de 100 jours de grève – de se nourrir au cours de la procédure devant elle, à quoi le requérant s'était plié. Par un arrêt de 2013, la Cour de Strasbourg a déclaré la requête irrecevable en jugeant que la décision suisse prescrivant son alimentation forcée – décision dont la Cour relève qu'elle n'avait pas dû être mise en œuvre – «*répondait à une nécessité médicale*» et «*était entourée de garanties procédurales suffisantes*»⁵⁶.

⁵⁴ Art. 61 de la loi bernoise du 25 juin 2003 sur l'exécution des peines et mesures (RSB 341.1), et art. 68 de la loi neuchâteloise du 3 octobre 2007 sur l'exécution des peines privatives de liberté et des mesures pour les personnes adultes (RSN 351.0).

⁵⁵ Consid. 6.2.1.

⁵⁶ Arrêt de la CourEDH, req. n° 73175/10, *Bernard Rappaz contre Suisse* du 26 mars 2013.

H. Peut-on participer à une rixe où les coups ont déjà été portés?

Statuant sur une affaire provenant du bout du Léman, l'arrêt 6B_651/2012 souligne l'intérêt porté par notre juridiction suprême au *droit pénal allemand*⁵⁷.

Une bagarre avait éclaté à Genève entre deux groupes de personnes, dont l'une avait été blessée au couteau. Le Tribunal correctionnel avait acquitté certains participants, et en avait condamnés d'autres, en vertu de l'art. 133 CP, qui réprime le fait de «*prend[re] part à une rixe entraînant la mort d'une personne ou une lésion corporelle*» et, parmi ceux-ci, un homme qui, intervenant après la survenance des blessures, avait lancé un vélo en direction du groupe auquel appartenait le blessé. La Chambre d'appel ayant confirmé sa condamnation, le prévenu avait, devant le Tribunal fédéral, invoqué la violation de l'art. 133 CP. Il faisait valoir qu'il était intervenu *après* que le plaignant eut reçu des coups de couteau et que, dès lors qu'une des conditions de punissabilité fixées par l'art. 133 CP tient à ce qu'il y ait *lésion corporelle*, il est logique de retenir que le participant n'est pas punissable lorsque sa participation intervient *après* la survenance de la dernière lésion subie par l'une des personnes impliquées.

Prenant acte de ce qu'une telle question «*n'a... pas encore été tranchée et est controversée dans la doctrine*», le Tribunal fédéral rend compte des opinions d'une dizaine d'auteurs helvétiques, dont certains, au demeurant plus nombreux – y compris Bernard Corboz, juge au Tribunal fédéral, mais ne siégeant pas dans le collège, et qui allait décéder prématurément quelques mois plus tard⁵⁸ – penchent pour la thèse dont se réclamait le prévenu, d'autres pour la thèse antagoniste. A l'appui de celle qui a ses faveurs («*cette seconde approche doit être suivie*»⁵⁹), bien que *minoritaire* au sein des auteurs qu'il cite nommément, le Tribunal fédéral convoque le *droit allemand*: le § 231 du BGB est une «*disposition similaire à l'art. 133 CP*» et la Cour fédérale allemande – dans une décision rendue en 1962 déjà – a jugé que la participation à une rixe doit être admise même si l'auteur intervient alors que la lésion a déjà été causée au motif que, dans les mots du Tribunal fédéral, «*la participation*

⁵⁷ Arrêt 6B_651/2012 du 28 février 2013.

⁵⁸ C'est-à-dire le 24 septembre 2013. Le Tribunal fédéral cite l'ouvrage de BERNARD CORBOZ, *Les infractions en droit suisse*, vol. I, 3^e éd., 2010, n° 1–2 ad art. 133 CP à trois reprises.

⁵⁹ Consid. 1.1.4.

*aux bagarres entre plus de deux personnes doit déjà être sanctionnée compte tenu de la dangerosité de celles-ci*⁶⁰.

I. Quelle est la population protégée par l'art. 258 CP?

Ce n'est pas le droit *allemand*, mais le droit *autrichien* qui a été seul appelé à la rescousse dans l'ATF 141 IV 215⁶¹.

Déçu que son anniversaire n'ait pas suscité plus d'enthousiasme sur les réseaux sociaux, un résident zurichois avait publié sur Facebook un post, en lettres majuscules et en suisse allemand, dont la traduction serait à peu près la suivante: «*Est-ce que plus personne ne se réjouit aujourd'hui que je sois né... Je jure que je vais vous le faire payer à tous!!! Je vais vous détruire tous, vous allez regretter de ne pas avoir pensé à moi, car personne ne peut plus vous protéger... Pang!!! Pang!!! Pang!!!*». Le message pouvait être lu par les quelques 290 personnes ayant le statut de ses *amis* Facebook. Le Ministère public de Zurich-Sihl avait tenu l'auteur pour coupable de «*menaces alarmant la population*» au sens de l'art. 258 CP⁶² et prononcé une peine pécuniaire de 45 jours-amende sans sursis, dont 21 jours déjà purgés. Le prévenu avait fait opposition et le Ministère public, maintenant l'ordonnance, avait transmis le dossier au *Bezirksgericht* de Zurich, qui avait confirmé le verdict et la peine, en réduisant toutefois de 30 CHF à 10 CHF la valeur de chaque jour-amende. Le prévenu avait fait appel devant l'*Obergericht*, qui avait largement approuvé le jugement de première instance, en accordant cependant le sursis aux jours-amendes autres que ceux déjà effectués, et motivant le prévenu à se tourner vers le Tribunal fédéral.

En désavouant de manière spectaculaire les trois instances antérieures, les hauts magistrats excluent l'applicabilité de l'art. 258 CP. Un point significatif de leur analyse tourne autour du § 275 du Code pénal autrichien, de son intitulé mystérieux: «*Landzwang*», et de la notion de «*Bevölkerung*» qui y est inscrite⁶³. Selon la jurisprudence et la doctrine autrichiennes – citées à travers

⁶⁰ Consid. 1.1.3.

⁶¹ Arrêt 6B 256/2014 du 8 avril 2015, JdT 2016 IV p. 64.

⁶² «*Quiconque jette l'alarme dans la population par la menace ou l'annonce fallacieuse d'un danger pour la vie, la santé ou la propriété est puni d'une peine privative de liberté de trois ans au plus ou d'une peine pécuniaire.*»

⁶³ § 275 du Code pénal autrichien: «*(1) Wer die Bevölkerung oder einen großen Personenkreis durch eine Drohung mit einem Angriff auf Leben, Gesundheit, körperliche Unversehrtheit, Freiheit oder Vermögen in Furcht und Unruhe versetzt, ist mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren zu bestrafen.*»

le *Wienerkommentar*⁶⁴ – le terme «population» «doit être compris comme désignant les habitants d'un lieu déterminé», «ce qui signifie que l'élément décisif... est le lien territorial créé par le fait d'habiter un lieu déterminé»⁶⁵. De ces considérations, et de la définition fournie par les dictionnaires des langues allemande, française et italienne, les hauts magistrats en tirent la conclusion que «les personnes dont l'auteur d'une déclaration est ami ou qu'il connaît dans la vie réelle ou virtuelle ne constituent pas une population» au sens de l'art. 258 CP, d'autant plus qu'un «lien avec un lieu déterminé fait défaut».

J. Schizophrénie, irresponsabilité et erreur sur les faits

De toutes les décisions rendues en matière pénale, l'ATF 147 IV 193 semble bien être celle où l'appel aux sources du droit allemand a été le plus significatif⁶⁶.

Après avoir vainement tenté d'obtenir des prestations de son assurance résultant à ses dires d'un accident de la circulation, un homme souffrant de troubles psychiatriques s'était à nouveau adressé à la même assurance pour invoquer des prestations découlant d'une assurance-voyage en se rendant à deux reprises dans la filiale de Schaffhouse. Les collaborateurs lui avaient signalé qu'en raison de primes impayées, rien ne lui serait versé. C'est ainsi qu'il avait commencé à développer le sentiment que les employés de l'assurance le persécutaient par le biais de «*forces spirituelles*», dont l'influence avait atteint son paroxysme un dimanche soir lorsqu'il avait cru en mourir. Muni d'un sac à dos et d'une tronçonneuse, il avait alors pénétré dans les locaux de la filiale schaffhousoise et dirigé l'appareil contre plusieurs des collaborateurs qui, horrifiés, tentaient de se protéger. Une expertise forensique avait diagnostiqué une grave schizophrénie paranoïde et hallucinatoire. Le *Kantonsgericht* de la Ville de Schaffhouse avait jugé que le comportement du prévenu réalisait les éléments constitutifs de plusieurs tentatives de meurtre au sens de l'art. 111 en lien avec l'art. 22 al. 1^{er} CP, commises cependant dans un état d'irresponsabilité qu'il n'avait pas lui-même induit et avait, par conséquent, ordonné une mesure thérapeutique institutionnelle au sens de l'art. 59 CP. L'*Obergericht* du Canton avait rejeté l'appel formé par le prévenu, qui avait recouru au Tribunal fédéral en invoquant la violation de l'art. 13 CP, dont il réclamait le bénéfice, qui énonce que «*Quiconque agit sous*

⁶⁴ PLÖCHL in Wiener Kommentar zum Strafgesetzbuch, 2^e éd. 2014, n° 3 ss ad § 275 österr. StGB.

⁶⁵ Consid. 2.3.2.

⁶⁶ Arrêt 6B_1073/2020 du 13 avril 2021, JdT 2022 IV p. 31.

l'influence d'une appréciation erronée des faits est jugé d'après cette appréciation si elle lui est favorable», ce qui empêcherait de retenir l'infraction de tentative de meurtre contre lui.

Après avoir constaté que rien n'est précisé dans la loi pas plus que dans les travaux préparatoires quant aux *causes de l'erreur* inscrite à l'art. 13 CP, le Tribunal fédéral cite trois auteurs suisses qui, dans un article de 2020, estiment qu'à la condition que les moyens utilisés par celui qui se croit menacé aient respecté les limites de la légitime défense (art. 15 CP), l'application de l'art. 13 al. 1er CP autorise à considérer que l'auteur délirant a agi de manière légitime et devrait être acquitté⁶⁷. Le Tribunal fédéral exploite cependant la *jurisprudence allemande*, dont il signale qu'il l'a trouvée citée par ces mêmes auteurs helvétiques en rendant compte de *quatre décisions* du *Bundesgerichtshof*, dont la première date de 1953, et la dernière de 2011⁶⁸, et du principe qu'elles ont progressivement développé, et affiné, selon lequel «une erreur qui serait causée par la même maladie mentale du prévenu que celle qui fonde son irresponsabilité n'exclut pas l'existence d'un acte constitutif d'une infraction», si bien que «les erreurs qui trouvent leur source dans une pathologie propre à influencer sur la responsabilité n'ont pas à être prises en considération en faveur de l'auteur»⁶⁹.

K. Investigation secrète et preuve illicite

Dernier en date de cette séquence, l'ATF 148 IV 205 a dû statuer sur plusieurs questions délicates de *procédure pénale*⁷⁰.

A la suite d'une instruction qui avait duré plusieurs années, le *Bezirksgericht* de Zurich avait condamné à 14 ans d'emprisonnement un homme pour le meurtre de sa femme. L'*Obergericht* avait, en appel, prononcé son *acquittement intégral*, en considérant que le jugement de première instance avait été obtenu sur le fondement d'un aveu – recueilli par des *agents infiltrés* au cours d'une *investigation secrète* selon l'art. 285a CPP – au mépris des dispositions régissant la légalité des preuves au sens des art. 140 ss. En particulier, à l'issue de plusieurs séances chez une agente qui se faisait passer pour voyante, le prévenu – qui

⁶⁷ MARC THOMMEN ET AL., Tatenlose Massnahmen?, sui generis 2020 p. 334.

⁶⁸ Arrêts du BGH du 11 novembre 1952, StR 510/52, in Neue Juristische Wochenschrift (NJW) 1953 p. 111; du 9 juillet 1957, StR 199/57, in Neue Juristische Wochenschrift (NJW) 1957 p. 1484; du 11 octobre 2011, 13 StR 344/11, in Online-Zeitschrift für Strafrecht (HRRS) 2011 n° 1240; du 27 août 2003, 1 StR 327/03, in Neue Zeitschrift für Strafrecht, Rechtsprechungs-Report Strafrecht (NStZ-RR) 2004 p. 10.

⁶⁹ Consid. 1.4.3.

⁷⁰ Arrêt 6B_210/2021 du 24 mars 2022.

croyait aux esprits surnaturels – avait dit à un autre agent infiltré avoir tué son épouse. L'ensemble des tromperies, pressions et contraintes psychiques exercé sur le prévenu était tel que l'aveu en devenait inexploitable au sens de l'art. 141 al. 1 CPP, sans que l'art. 293 al. 4 puisse servir pour réduire la peine.

Le Ministère public zurichois avait formé un recours. Une analyse serrée de la doctrine et de sa propre jurisprudence en matière de preuves obtenues illégalement conduit le Tribunal fédéral à faire état de la *concordance* entre la conclusion qui, selon lui, il y a eu d'en tirer et «*la jurisprudence de la Cour fédérale de justice allemande, qui a déjà statué à plusieurs reprises sur la question qui se pose en l'espèce, à savoir l'utilisabilité des déclarations faites par un prévenu aux agents infiltrés à la suite de pressions inadmissibles*»: et les hauts magistrats de citer deux décisions du BGH de 2009 et de 2010⁷¹. Pour le Tribunal fédéral, «*un regard vers l'Allemagne s'impose aussi*» («*Ein Blick nach Deutschland drängt sich auch...*») en raison de l'évolution de la jurisprudence de ce pays à la suite des décisions de la Cour européenne des droits de l'homme en matière de *procès équitable*. Jusqu'à un arrêt de 2013, le *Bundesgerichtshof* avait souvent accordé au prévenu une simple *réduction de peine* – comme le prévoit l'art. 293 al. 4 CPP – mais la Cour de Strasbourg, dans plusieurs arrêts dont le dernier en date, prononcé en 2020 contre l'Allemagne, a jugé qu'en cas de preuve recueillie à la suite d'une incitation policière illégale, une réduction de peine ne suffisait pas pour satisfaire aux exigences posées par l'art. 6 de la Convention⁷²; et cela avait motivé la Cour fédérale d'Allemagne à modifier de jurisprudence dans une décision de 2021⁷³. Il s'ensuit, pour le Tribunal fédéral, que l'*interdiction absolue* d'utiliser l'aveu du prévenu au sens de l'art. 141 al. 1 CPP s'applique en l'espèce.

L. La pratique du barreau en société anonyme

Statuant sur l'interprétation de la loi fédérale sur la libre circulation des avocats (LLCA), l'ATF 138 II 440 s'intéresse au droit de l'Allemagne, de la France et de l'Autriche, tout en faisant une brève allusion à celui des Etats-Unis⁷⁴.

⁷¹ Arrêts du BGH du 18 mai 2010, in Online-Zeitschrift für Strafrecht (HRRS) 2010 n° 573 et du 27 janvier 2009, in Online-Zeitschrift für Strafrecht (HRRS) 2009 n° 344.

⁷² Arrêt de la CourEDH et al. *Akbay contre Allemagne* du 15 octobre 2020, 40495/15.

⁷³ Arrêt du BGH du 16 décembre 2021, 197/21.

⁷⁴ JdT 2013 I p. 135, arrêt 2C_237/2011 du 7 septembre 2012.

Souhaitant créer une société anonyme pour exercer leur activité, les associés d'une étude de Saint-Gall avaient demandé à l'autorité cantonale compétente de confirmer qu'ils pouvaient continuer à être inscrits au registre cantonal. L'*Anwaltskammer* n'avait pas donné suite en tenant une telle forme corporative pour incompatible avec l'art. 8 LLCA. Le *Kantonsgericht* avait confirmé. Par une décision abondamment motivée – il lui a fallu dix-huit mois pour la rendre – le Tribunal fédéral statue en faveur des recourants, en convoquant toutes les méthodes d'interprétation, dont il rappelle le *pluralisme*, l'histoire de la loi fédérale litigieuse, les travaux parlementaires ultérieurs, la pratique cantonale comparée et le droit et la pratique d'autre pays.

Les sages de Mon Repos observent d'emblée que *«c'est la première fois qu'ils sont appelés à se pencher sur la question»* de savoir *«si la société anonyme est autorisée par le droit fédéral en tant que forme d'organisation pour les études d'avocats»*. La réponse dépend largement de la possibilité pour les avocats concernés d'exercer la profession d'une manière qui en assure leur *indépendance*. Au moyen d'un premier aperçu comparatif, ils relèvent que *«si l'exigence d'indépendance de l'avocat est certes généralement reconnue, sa portée varie considérablement d'un ordre juridique national à l'autre»*: ainsi *«les pays de droit romain interdisent largement à l'avocat d'exercer des activités lucratives supplémentaires en dehors de sa profession alors que dans les pays de tradition anglo-saxonne, ces activités accessoires sont largement autorisées, tandis que le droit allemand adopte une position médiane»*⁷⁵. Le Tribunal fédéral rappelle ensuite que le Conseil fédéral et le Parlement ont préféré renoncer à légiférer et que, face aux requêtes qui ont commencé à leur parvenir, des commissions cantonales de surveillance avaient expressément habilité les avocats à créer une société de capitaux. Dans 14 cantons, une telle évolution avait déjà été autorisée et largement exploitée, tant il est vrai qu'en 2009, pas moins de 80 cabinets employant 908 avocats revêtaient cette forme sociale. Seul le Canton de Saint-Gall l'avait estimée contraire au droit fédéral⁷⁶. En se penchant sur la pratique internationale, force est de constater que *«de nombreux pays autorisent l'exercice de la profession d'avocat non seulement par des sociétés de personnes, mais aussi par des sociétés de capitaux»*, *«ainsi, en Allemagne, en Autriche, en France et dans d'autres pays européens, mais aussi aux Etats-Unis, les cabinets d'avocats peuvent se constituer en sociétés à responsabilité limitée ou en sociétés anonymes»*. En particulier, *«le droit français offre des formes juridiques particulièrement variées pour les cabinets d'avocats car ceux-ci peuvent s'organiser sous quatre formes diffé-*

⁷⁵ Consid. 5.

⁷⁶ Consid. 11.

*rentes de société: à responsabilité limitée, anonyme, par actions simplifiées, en commandite par actions*⁷⁷». Mais c'est sur l'évolution de la «*situation juridique en Allemagne*» que le Tribunal fédéral s'arrête davantage car «*elle présente certains parallèles avec celle de la Suisse*»⁷⁸.

Le législateur s'était initialement abstenu de légiférer mais après que la *Oberlandsgericht* de Bavière ait permis en 1994 à une société à responsabilité limitée (*GmbH*) de s'inscrire au registre des avocats, la *Bundesrechtsanwaltsordnung* de 1959 a été complétée par les §§ 59c à 59m qui autorisent les sociétés d'avocats à exercer sous cette forme. La question s'était rapidement posée de savoir s'il fallait en déduire une exclusion de l'*Aktiengesellschaft*. La Cour d'appel de Bavière l'ayant également autorisée en 2000, le *Bundesgerichtshof* avait, dans une décision de 2005⁷⁹, retenu qu'«*il n'est pas déterminant de savoir s'il existe des dispositions légales qui autorisent cette activité mais, à l'inverse, de savoir s'il existe des dispositions légales qui l'interdisent; et si de telles dispositions, dans l'hypothèse où elles existeraient, seraient compatibles avec le droit fondamental à la liberté d'exercice d'une profession conformément au § 12 du Grundgesetz*»⁸⁰.

Un tel panorama comparatif a eu un poids non négligeable dans l'économie de l'argumentaire développé par le Tribunal fédéral. Après avoir retenu que la décision cantonale viole le droit fédéral en ce qu'elle interdit l'exercice de la profession au moyen d'une société anonyme, et estimant pouvoir statuer sur la requête, le Tribunal fédéral examine les statuts de la société projetée, le règlement d'organisation, les conventions d'actionnaires – constatant qu'il y est prévu que «*tous les sociétaires doivent être inscrits au barreau*» – et en décrète la compatibilité avec les exigences posées par la LLCA.

⁷⁷ Art. 1 et 2 de la Loi n° 90–1258 du 31 décembre 1990 relative à l'exercice sous forme de sociétés des professions libérales soumises à un statut législatif ou réglementaire ou dont le titre est protégé et aux sociétés de participations financières de professions libérales.

⁷⁸ «*Aufschlussreich ist die Entwicklung der Rechtslage in Deutschland, da sie gewisse Parallelen zu jener in der Schweiz aufweist*» (consid. 11); et le Tribunal fédéral de citer l'étude de VOLKER RÖRMERMANN, *Anwalts-AG – Ein Zwischenruf aus Deutschland*, in Jusletter 15. Janv. 2007, p. 1.

⁷⁹ Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Zivilsachen [BGHZ] 161 [2005] p. 376 ss.

⁸⁰ Consid. 11.

M. Le naming and shaming est-il une sanction pénale?

Se démarquant des décisions présentées jusque-là, l'ATF 147 I 57 s'intéresse au *droit du Royaume-Uni*, en employant l'expression «*in rechts-vergleichender Hinsicht*» – «*dans une perspective comparative*» – à cinq reprises⁸¹.

Se disant active dans le marché des installations de recyclage, une société chypriote avait acquis les actions d'une société luxembourgeoise, laquelle détenait celles d'une société anonyme helvétique. Soupçonnant des activités illicites, l'Autorité fédérale de surveillance des marchés financiers (FINMA) avait ouvert à leur encontre une procédure d'*enforcement*. La société suisse allait, au cours de la procédure, être vendue puis mise en liquidation par un tribunal zurichois. Estimant que la société luxembourgeoise et le gérant de la société chypriote avaient accepté des dépôts du public sans y être autorisés, la FINMA avait prononcé une décision qui, d'une part, leur enjoignait de s'abstenir d'exercer toute activité soumise à autorisation, d'autre part, leur ordonnait de produire une série de documents sous menace de sanctions pénales – obligation de renseigner et sanctions pénales prévues par les art. 29 et 45 LFINMA⁸² – et, enfin, prescrivait la *publication* de telles mesures sur son site internet pendant deux ans, en se prévalant de l'art. 34 qui, «*en cas de violation grave du droit de la surveillance*», l'autorise à «*publier sa décision finale, y compris les données personnelles des assujettis concernés, sous forme électronique ou écrite, à compter de son entrée en force*». Les destinataires d'une telle injonction l'avaient attaquée devant le Tribunal administratif fédéral, qui l'avait approuvée, puis devant le Tribunal fédéral. Leur recours faisait valoir que la *publication* de la mesure constituerait une *sanction de nature pénale*, que la décision de la FINMA soumise à publication comportait, justement, un *acte d'accusation pénale*, et que les garanties du procès équitables proclamées à l'art. 6 ch. 1 CEDH avaient été méconnues par la FINMA d'abord et le Tribunal administratif fédéral ensuite.

Les juges de Mon Repos commencent par rappeler que la sanction consistant à rendre publique une mesure a pour modèle le droit du Royaume-Uni, et notamment le *blâme public* (*public censure, naming and shaming*) émanant de la *Financial Services Authority*, et les dispositions de l'Union européenne prescrivant aux États membres d'autoriser à certaines circonstances les autorités de surveillance à publier les sanctions qu'elles sont habilitées à prononcer. Rappelant la légitimité de l'*analyse comparative* (*Rechtsvergleichung*) «*en*

⁸¹ Arrêt 2C_92/2019 du 31 janvier 2020, JdT 2021 I p. 56.

⁸² Loi fédérale du 22 juin 2007 sur la surveillance des marchés financiers (LFINMA; RS 956.1).

tant qu'élément à prendre en considération dans l'interprétation historique», le Tribunal fédéral examine les trois critères de la *jurisprudence Engel* par lesquels la Cour européenne des droits de l'homme définit la *matière pénale*⁸³. En s'appuyant largement sur une telle analyse comparative, il parvient à la conclusion que les sanctions litigieuses ne remplissent aucun de ces critères («*les sanctions administratives répressives*» «*ne sont pas exceptionnelles en droit comparé*», «*le premier des critères 'Engel' n'est pas non plus satisfait en droit comparé*», «*cette qualification n'est pas non plus inhabituelle en droit comparé*»⁸⁴). Citant encore le droit du Royaume-Uni, et le fait que les restrictions de l'exercice d'une activité surveillée par la *Financial Conduct Authority* y sont qualifiées expressément de *mesures disciplinaires*, le Tribunal fédéral décide que l'injonction adressée aux recourants de s'abstenir d'exercer une activité soumise à autorisation ne renferme pas d'acte d'accusation pénale mais est assimilable à une *mesure disciplinaire*, que sa publication constitue une *sanction administrative répressive* (*repräsentative verwaltungsgerichtliche Sanktion*) et que la durée de deux ans n'était en l'espèce pas disproportionnée compte tenu de la gravité de la violation.

III. Conclusions

Le fil narratif de ce chapitre peut ressembler à l'*Inventaire* de Jacques Prévert. Les histoires qui forment le substrat factuel des 15 arrêts du Tribunal fédéral ici relatés n'ont pas de rapport entre elles. Ce qui les rapproche, c'est l'utilité que, dans chacune de ces affaires, le Tribunal fédéral voit à s'inspirer du droit d'un ou plusieurs autres États. L'analyse comparative lui permet le plus souvent (8 arrêts) de justifier une solution qui converge avec celle qui résulte d'autres ordres juridiques. Rarement (2 arrêts) c'est l'occasion de marquer la différence et l'unicité de la solution suisse. Parfois, comme pour la grève de la faim en situation de détention, c'est pour mettre en évidence la diversité des solutions et l'absence d'arbitraire dans le choix de celle qui a été retenue.

On ne peut s'empêcher de noter le tropisme germanique de notre Cour suprême. 13 des 15 affaires ici discutées se réfèrent au droit de l'Allemagne, 8 fois à titre exclusif, 5 fois conjointement au droit d'autres États européens proches (dans l'ordre: France, Autriche, Italie, Royaume-Uni). On relève d'ailleurs un seul arrêt où seul le droit autrichien est examiné, et un autre où c'est celui du Royaume-Uni. Jamais le droit français ou italien n'est utilisé

⁸³ Arrêt de la CourEDH *Engel contre Pays-Bas* du 8 juin 1976, n° 5100/7.

⁸⁴ Consid. 5.3.2 et 5.4.1.

comme référence exclusive. Et d'autres ordres juridiques proches (Pays-Bas, Espagne) ou importants (Etats-Unis d'Amérique) n'apparaissent qu'à la marge.

La taille et le critère de sélection de notre échantillon ne permettent pas de généralisation. Nous avons choisi, sur une quinzaine d'années, une série de décisions où la comparaison du droit suisse avec au moins un autre droit joue un rôle important dans la motivation. Mais si cet échantillon est plus qualitatif que statistiquement représentatif, il permet néanmoins de s'interroger sur le rôle du droit comparé dans le raisonnement judiciaire.

La très forte prévalence du droit allemand pourrait être attribuée à un biais linguistique ou culturel des rédacteurs d'arrêts en allemand, mais cette hypothèse peut être écartée puisque le même biais se retrouve dans les arrêts rédigés en français ou en italien⁸⁵.

Il est probable que le système et la culture juridique suisses sont bien plus fortement imprégnés par la jurisprudence et la réflexion doctrinale de notre grand voisin du nord que par tout autre système. Cela tient probablement à des sources historiques communes qui remontent au XIX^e siècle et bien avant. Cela tient aussi à la circulation des enseignants et des chercheurs académiques, où l'on constate un fort courant qui mène de l'Allemagne à la Suisse, sans d'ailleurs de flux symétrique. Tout cela est facilité par la pratique d'une langue commune à l'Allemagne et l'Autriche (respectivement 83,8 et 9,0 millions d'habitants) et à 5,3 millions de personnes habitant en Suisse⁸⁶.

Tous les praticiens constatent que les pratiques contractuelles en Suisse sont toujours plus informées par les techniques contractuelles qui caractérisent le Royaume-Uni et les Etats-Unis. Du reste, il y a beaucoup plus de juristes suisses qui accomplissent une formation complémentaire en Angleterre ou en Amérique du Nord que dans tout autre pays. Cette réalité n'apparaît pas dans notre étude. Cela tient sans doute au petit nombre des affaires contractuelles que nous avons sélectionnées. Mais même sur un plus vaste échantillon, et même en présence de clauses contractuelles rédigées en anglais, ce sont les principes et méthodes du Code des obligations qui s'appliquent⁸⁷. Notre droit des contrats n'est pas particulièrement proche de la *common law*, ce qui ex-

⁸⁵ 9 des 10 arrêts en langue allemande se réfèrent au droit allemand, comme tous les 3 arrêts rédigés en français et l'unique arrêt rédigé en italien ici rapporté.

⁸⁶ En 2022, 61,8 % de la population permanente en Suisse utilise l'allemand ou le suisse-allemand comme langue principale. Office fédéral de la statistique, Les langues principales les plus fréquentes, 18 mars 2024, consulté le 04.07.2024.

⁸⁷ Dans l'introduction, nous avons délimité le champ de cette étude à l'utilisation du droit comparé dans l'interprétation et l'application du droit suisse et avons donc exclu les causes soumises au droit d'un autre État en application des règles du droit international privé.

plique que les juges ne s'y réfèrent en principe jamais, sauf bien sûr lorsqu'un autre droit que le droit suisse est applicable.

Il serait particulièrement intéressant de rechercher les conditions dans lesquelles des arguments de droit comparé apparaissent dans une procédure. Est-ce à l'initiative d'une partie ou à celle d'un tribunal? Dans ce dernier cas, l'initiative est-elle prise par les juridictions cantonales ou est-ce le fait uniquement des juges de Mon Repos? On peut espérer que le Tribunal fédéral acceptera un jour d'ouvrir ses archives non encore publiques à un questionnement pertinent pour la science du droit et la formation des praticiens.