**Zeitschrift:** Zeitschrift für schweizerisches Recht = Revue de droit suisse = Rivista di diritto svizzero = Revista da dretg svizzer : Halbband II. Referate und Mitteilungen des SJV

**Herausgeber:** Schweizerischer Juristenverein

**Band:** 99 (1980)

**Rubrik:** Procès-verbal de la 114e assemblée annuelle de la Société suisse des juristes

**Nutzungsbedingungen**

Die ETH-Bibliothek ist die Anbieterin der digitalisierten Zeitschriften auf E-Periodica. Sie besitzt keine Urheberrechte an den Zeitschriften und ist nicht verantwortlich für deren Inhalte. Die Rechte liegen in der Regel bei den Herausgebern beziehungsweise den externen Rechteinhabern. Das Veröffentlichen von Bildern in Print- und Online-Publikationen sowie auf Social Media-Kanälen oder Webseiten ist nur mit vorheriger Genehmigung der Rechteinhaber erlaubt. Mehr erfahren

**Conditions d'utilisation**

L'ETH Library est le fournisseur des revues numérisées. Elle ne détient aucun droit d'auteur sur les revues et n'est pas responsable de leur contenu. En règle générale, les droits sont détenus par les éditeurs ou les détenteurs de droits externes. La reproduction d'images dans des publications imprimées ou en ligne ainsi que sur des canaux de médias sociaux ou des sites web n'est autorisée qu'avec l'accord préalable des détenteurs des droits. En savoir plus

**Terms of use**

The ETH Library is the provider of the digitised journals. It does not own any copyrights to the journals and is not responsible for their content. The rights usually lie with the publishers or the external rights holders. Publishing images in print and online publications, as well as on social media channels or websites, is only permitted with the prior consent of the rights holders. Find out more

**Download PDF:** 02.03.2026

**ETH-Bibliothek Zürich, E-Periodica, https://www.e-periodica.ch**

# Procès-verbal de la 114e assemblée annuelle de la Société suisse des juristes

du 12 au 14 septembre 1980 à Fribourg

Séance du samedi 13 septembre 1980
à l'Aula de l'Université de Fribourg

Président:
Maître JACQUES MATILE, Lausanne

## I.

Le Président ouvre la séance à 08.30 heures en prononçant les paroles suivantes:

Chers collègues,

J'ai le plaisir d'ouvrir la 114e assemblée générale de la Société suisse des juristes. Etant donné le programme extrêmement chargé que nous avons aujourd'hui, nous devons commencer sans désemparer, sans vous accorder le quart d'heure vaudois, malgré l'origine du président, puisque de nombreux orateurs se sont inscrits pour traiter le thème du droit des groupes de sociétés.

Pour la première fois depuis 1943, notre Société a le plaisir de tenir son Congrès annuel à Fribourg. Ce long interrègne n'est certes pas dû à un quelconque désintérêt des juristes fribourgeois pour notre société, puisque, aussi bien, Fribourg est proportionnellement le canton le mieux représenté de tous les cantons suisses parmi nos membres. Seuls des problèmes matériels d'hébergement avaient empêché que notre réunion annuelle puisse se tenir à Fribourg entre le 77e et le 114e Congrès. Nous tenons donc d'emblée à exprimer au Comité d'organisation, présidé avec efficacité par M. le Juge cantonal Charles Guggenheim, la reconnaissance de notre société et de tous les participants pour la parfaite organisation de cette manifestation.

La Société suisse des juristes a le plaisir de saluer les hautes

personnalités qui ont bien voulu accepter d'être ses hôtes d'honneur: M. le Conseiller fédéral KURT FURGLER, chef du Département fédéral de justice et police tout d'abord, qui, malgré ses lourdes charges, participera à notre réunion de ce jour et y prendra la parole comme à l'accoutumée. Nous nous réjouissons de le saluer tout à l'heure, lors de son arrivée. Nous sommes particulièrement sensibles à l'honneur que nous font les présidents des deux tribunaux fédéraux, M. HARALD HUBER, Président du Tribunal fédéral, et M. THEO BRATSCHI, Président du Tribunal fédéral des assurances, d'assister à nos débats. L'intérêt qu'ils y portent est pour nous un encouragement à poursuivre la tâche qui nous a été confiée. Nous saluons aussi les délégations des tribunaux suprêmes des cantons qui sont presque tous officiellement représentés à notre assemblée. Le Conseil d'Etat du canton de Fribourg s'est fait représenter par M. RÉMI BRODARD, chef du Département de justice; la Ville de Fribourg, par son Syndic, M. LUCIEN NUSSBAUMER. A ces deux collègues, nous souhaitons une cordiale bienvenue en les priant de se faire les interprètes de notre gratitude auprès des autorités qu'ils représentent pour l'accueil que nous réservent le canton et la ville de Fribourg. L'Université de Fribourg, représentée par son Recteur, M. le Professeur BERNHARD SCHNYDER, qui se trouve être professeur de droit, et la Faculté de droit de l'Université de Fribourg nous ont aussi réservé un accueil chaleureux et nous leur exprimons notre gratitude; en particulier, la Faculté de droit de l'Université de Fribourg n'a pas failli à la tradition en offrant aux congressistes un recueil de travaux, «L'homme dans son environnement», qui enrichira la science juridique et nos bibliothèques. A M. le Doyen LOUIS CARLEN et à ses collègues va notre reconnaissance très sincère.

Enfin, Mesdames, Messieurs, chers collègues, je souhaite une cordiale bienvenue à chacun d'entre vous à notre 114e assemblée générale. Notre Comité vous est particulièrement reconnaissant d'avoir trouvé le temps, malgré vos multiples occupations, de consacrer deux jours à notre société et à ses travaux. Il espère que les sujets choisis et les discussions auxquelles ils donneront lieu, seront un enrichissement pour chacun de vous. Mais il forme aussi le vœu que notre réunion de Fribourg soit l'occasion pour chacun de lier des liens d'amitié et de confraternité avec des collègues venant d'autres parties de la Suisse ou de renouveler des liens créés antérieurement.

Je déclare ouverte la 114e assemblée générale de la Société suisse des juristes, à Fribourg, 1980.

## II.

Sur proposition du Président, l'assemblée désigne les secrétaires suivants:
- Madame MARTINE MORARD-DE WECK, de Fribourg
- Monsieur FRANZ WERRO, de Fribourg.

L'assemblée élit les scrutateurs:
- Maître PIERRE KAESER, de Fribourg
- Maître MAURICE VON DER MÜHLL, de Lausanne.

En outre, le Président propose d'ajourner à la séance du dimanche l'étude du budget et la fixation des cotisations, vu l'intérêt suscité par le sujet du droit des groupes de sociétés.

## III.

*Rapport du Président:*

1. Au cours de l'exercice écoulé, la Société suisse des juristes a continué à progresser de manière réjouissante. Le nombre de nos membres s'est accru, celui des admissions dépassant largement celui des démissions et des décès, si bien qu'il dépasse aujourd'hui 3200. Nous nous réjouissons d'accueillir ici officiellement tous les juristes qui ont rejoint nos rangs et, en particulier, ceux du canton du Jura qui ont adhéré en nombre important à la suite d'une initiative de MM. JOLIDON et VOYAME. Mais nous avons aussi eu la peine de perdre d'éminents collègues dont vous avez trouvé la liste dans les documents qui vous ont été remis. Conformément à l'usage que vous avez adopté l'année dernière, j'aimerais rendre ici un bref hommage à ceux qui se sont plus particulièrement signalés au service de la science juridique et de notre société.

M. le Professeur MARCEL BRIDEL, disparu au printemps 1980, a été le maître de générations de juristes vaudois à qui il a enseigné le droit constitutionnel et le droit des assurances. Par la clarté de ses idées, par son sens des nuances, son art de la synthèse et son goût de la précision, le Professeur BRIDEL s'est imposé comme l'un des maîtres à penser du droit public dans ce pays. Sa réputation a largement dépassé nos frontières si bien que plusieurs gouvernements étrangers lui confièrent des missions d'une grande importance. C'est ainsi qu'il eut l'honneur de prési-

der en 1959 la Commission mixte chargée de rédiger la constitution de la nouvelle république de Chypre.

Le nom de M. le Professeur OSCAR ADOLF GERMANN est lié indissolublement à l'élaboration du code pénal suisse. Professeur ordinaire de droit pénal à l'Université de Bâle dès 1929, il a exercé, notamment par son ouvrage «Das Verbrechen im neuen Strafrecht», une influence décisive sur la conception du code pénal suisse, puis sur son application par nos tribunaux.

M. le juge fédéral CARLO POMETTA, qui est décédé le 29 novembre 1979, a consacré la plus grande partie de sa vie au Tribunal fédéral. Greffier dès 1929, il fut élu juge fédéral en 1936 et présida notre Cour suprême en 1959/60. Il a appartenu à presque toutes les cours du Tribunal fédéral où son calme et sa pondération ont toujours été unanimement appréciés.

M. le Professeur WALTHER HUG a enseigné dès 1932 à ce qui n'était alors que la Handels-Hochschule St-Gallen dont il fut le recteur en 1938. Malgré les oppositions, il a joué un rôle décisif pour la transformation de cette haute école dans l'actuelle «Hochschule für Wirtschafts- und Sozialwissenschaften». Professeur à l'Université et à l'Ecole polytechnique fédérale de Zürich, il a été en outre le conseiller écouté des autorités fédérales dans plusieurs domaines du droit qu'il a enrichis en publiant de nombreuses études fondées sur ses recherches et sur ses expériences pratiques. A l'occasion de son 80e anniversaire en 1978, le Professeur HUG a fait apport de la plus grande partie de sa fortune à une fondation qui a pour but de promouvoir la recherche juridique, fondation où il a appelé un représentant de notre société comme membre du conseil.

M. le juge fédéral JEAN-DANIEL DUCOMMUN était un fidèle de nos congrès. Greffier, puis juge au Tribunal fédéral des assurances, il a toujours manifesté un grand intérêt pour les problèmes des assurances sociales. C'est ainsi qu'il présenta à notre congrès d'Interlaken en 1955 un rapport consacré aux «problèmes juridiques actuels de l'assurance vieillesse et survivants».

Pour honorer la mémoire de tous les membres de notre société qui ont disparu au cours de l'année écoulée, je prie l'assemblée de se lever et d'observer un instant de silence... Je vous remercie.

2. Au cours des derniers mois, votre comité a consacré ses réflexions aux problèmes posés par l'activité de notre société. Il s'est demandé en particulier si la manière actuelle de concevoir nos travaux, qui se limite en fait à la préparation des quatre

rapports et à la tenue de notre congrès, était suffisante et pouvait le cas échéant être étendue. En l'état, il a constaté que cette question devait être résolue par la négative. En particulier, il ne lui apparaît pas possible que, sauf cas exceptionnels, la Société suisse des juristes prenne position publiquement sur des sujets d'actualité. Lorsqu'il s'agit de sujets qui touchent de près à la politique, le comité ne se sent pas assez représentatif de l'ensemble des 3200 membres de notre société pour exprimer un avis qui puisse les engager tous; s'agissant en revanche des prises de position de nature scientifique, par exemple sur des projets de lois, notre société ne dispose pas de l'appareil administratif qui lui permette de procéder aux études nécessaires. Mais cela ne paraît pas être une lacune sérieuse puisque les autorités fédérales ont largement recours à ceux de nos membres qui sont spécialisés dans les domaines touchés par une législation nouvelle et que nous ne pourrions en définitive guère faire autre chose que de nous adresser à eux pour exprimer l'avis scientifique de notre société. Hormis les prises de positions décidées par l'assemblée générale annuelle, le comité entend donc n'intervenir devant l'opinion publique au nom de notre société que si la consience juridique suisse, dont notre société s'honore d'être une des gardiennes, l'exigeait impérieusement.

Le comité est donc arrivé à la conclusion que, en l'état, l'activité de notre société devait continuer à être centrée sur notre congrès annuel et sur les études scientifiques qui en sont la raison d'être. Cela ne signifie pas toutefois que la formule actuelle ne puisse plus être améliorée, raison pour laquelle nous vous proposerons demain quelques ajustements quant à l'ordonnance de nos réunions.

Conscient qu'il n'a pas le monopole de l'imagination, le comité serait très heureux de recueillir les suggestions que pourraient lui faire des membres de la société pour animer la vie de celle-ci. Il s'agit en particulier de trouver les voies et moyens permettant de donner aux plus jeunes de nos membres de mieux s'intégrer et de mieux faire entendre leur voix dans l'organisation faîtière des juristes suisses.

3. Conformément à la décision prise l'année dernière, la Fondation de la Société suisse des juristes pour les sources du droit a été créée le printemps dernier à Lausanne. Elle prendra officiellement vie lorsque nous en aurons désigné les organes au cours de la présente assemblée.

4. Nous avons la joie de nous revoir à nouveau à Fribourg après un intermède qui a duré près de quarante ans. Nous tenons à exprimer ici au Comité fribourgeois d'organisation, et en particulier à son président, M. le Juge cantonal CHARLES GUGGENHEIM, les remerciements de tous les juristes suisses pour tout le travail accompli dont nous ne doutons pas qu'il est le gage du plein succès de notre manifestation. Notre reconnaissance va aussi aux autorités du canton et de la ville de Fribourg dont l'appui et la compréhension ont joué un rôle essentiel dans l'organisation de notre congrès.

Sur le plan scientifique, la préparation de nos assises fribourgeoises nous a causé quelques problèmes. Pour la deuxième fois, sauf erreur, dans l'histoire de notre société, nous n'avons pu vous présenter que trois rapports, au lieu de quatre. En effet, le rapporteur de langue allemande sur le thème de la protection de l'ordre public dans l'Etat régi par le droit, M. SAMUEL BURKHARDT, a été atteint dans sa santé au cours de l'hiver écoulé si bien qu'il a dû renoncer in extremis à rédiger son rapport. Nous le regrettons vivement, mais sommes heureux que M. BURKHARDT, bien que n'étant pas encore rétabli complètement, puisse participer à la délibération de demain et y présenter une brève intervention orale qui nous fera sans doute regretter encore plus le rapport écrit qu'il n'a pas pu mettre sous toit.

Aux trois autres rapporteurs, MM. les Professeurs NICOLAS DRUEY et ROLAND RUEDIN, qui ont étudié les problèmes posés par l'introduction d'un droit des groupes de sociétés dans notre pays et M. le juge cantonal PHILIPPE ABRAVANEL qui a présenté le rapport consacré à la protection de l'ordre public dans l'Etat régi par le droit, je tiens à exprimer ma reconnaissance toute particulière. Non seulement pour le travail accompli, dont chacun de nos membres a pu apprécier la qualité, mais aussi parce que chacun d'eux, se pliant à la discipline imposée par le comité, a bien voulu respecter la limite de temps et de pages qui avait été mise à son travail. Ce n'est pas là le moindre mérite de nos trois rapporteurs. En plus de ces remerciements officiels, puissent-ils en outre recueillir de la part de chacun des juristes suisses qui prendront le plaisir de lire leur étude, les marques d'admiration et de reconnaissance que leur travail mérite.

5. Nos débats de dimanche porteront sur le grave problème de la protection de l'ordre public dans l'Etat régi par le droit, sujet d'actualité s'il en est. Sans vouloir empiéter sur le débat de

demain, il me paraît utile de faire ici quelques réflexions sur les responsabilités que nous, juristes, assumons à cet égard.

Parmi les causes du malaise qui se manifeste en Suisse et à l'étranger, on doit certainement compter le fait que le citoyen se sent de plus en plus étranger à la législation pléthorique qui régit sa vie de tous les jours. Devant la multiplicité et la complexité de nos lois, règlements et ordonnances modernes, le principe «Nemo censetur ignorare legem» n'est plus qu'une aimable fiction. C'est bien le contraire qui est vrai: le citoyen a conscience qu'il ignore les multiples règles qui régissent son existence; il n'en comprend plus la raison et les principes; bref, il ne se sent plus concerné par elles. Il n'adhère plus à l'ordre qu'on lui impose, ce qui l'entraîne soit à l'ignorer, soit, pour certains, à l'attaquer avec violence.

Les juristes, et parmi eux ceux qui assument des responsabilités dans l'élaboration des lois, ont-ils le moyen de combattre cette tendance, si ce n'est de la renverser? Cette question doit, à mon avis, recevoir une réponse affirmative.

Il doit tout d'abord être possible de limiter le flot toujours grandissant d'actes législatifs qui, tant sur le plan fédéral que cantonal, déferle année après année. Les juristes, comme l'administration et les parlementaires, devraient s'astreindre à se poser toujours, et avant toute autre, la question de savoir si le texte qu'ils proposent, préparent ou vont adopter est indispensable et, s'il ne l'est pas, y renoncer. C'est peut-être formuler là un vœu pie, mais c'est par là qu'il faut commencer.

Si une réglementation apparaît indispensable, le juriste se doit ensuite de combattre le perfectionnisme qui produit des textes dépourvus de toute portée générale et qui va si loin dans le détail et la technique qu'ils deviennent inaccessibles au profane. Seules des règles ayant un certain degré de généralité sont accessibles au citoyen et permettent de régler une matière de manière cohérente, sans ouvrir des brèches où s'engouffrent les malins ou les malhonnêtes au grand détriment du justiciable honnête qui a, alors, le sentiment démoralisant que la loi ne favorise que les filous.

Enfin, le juriste doit aussi veiller à ce que les grands principes qui régissent notre ordre juridique soient respectés et ne reçoivent d'exceptions que si, dans le cadre de leurs relations réciproques, l'un d'eux exige la limitation des effets de l'autre. La simple opportunité, qui n'est souvent qu'apparente et passagère, ne devrait en aucun cas permettre de porter atteinte aux règles qui sont le fondement de notre système juridique. Qu'on songe à

ce que sont devenus dans certains domaines le principe du respect de la parole donnée, celui de l'égalité des sujets de droit ou encore celui de la liberté contractuelle. On y trouvera quelques sujets de méditation.

Certes, si notre législation reposait sur les principes de nécessité, de simplicité, de généralité et de moralité, elle n'en resterait pas moins contestée par certains. Mais elle serait aussi mieux comprise que ne le sont nos lois et règlements actuels par la très grande majorité de la population, ce qui favoriserait le consensus sur lequel repose en définitive l'Etat régi par le droit. Puisse chaque juriste, quel que soit son rôle dans la société et dans l'Etat, s'imprégner de cette mission et contribuer ainsi de manière positive à la sauvegarde de l'Etat libéral, social et démocratique auquel nous sommes attachés.

## IV.

M. le Juge fédéral JEAN-FRANÇOIS EGLI présente les comptes 1979/80, dont voici la teneur:

Jahresrechnung 1979/80

# Allgemeine Rechnung

*Bilanz per 30. Juni 1980*

| Aktiven | | Fr. |
|---|---|---|
| Kassa | | 628.35 |
| Postcheck | | 15 391.64 |
| Waadtländer Kantonalbank, Kontokorrent Ord. | | 52 387.60 |
| Waadtländer Kantonalbank, «Nationalfonds» | | 34 617.55 |
| Wertschriften | | 156 754.95 |
| Verrechnungssteuer | | 3 778.75 |
| Transitorische Aktiven | | 660.05 |
| Mobiliar | | 280.— |
| | | 264 498.89 |

| Passiven | | |
|---|---|---|
| Transitorische Passiven | | 90.50 |
| Rückstellung für Publikationen | | 170 000.— |
| Kapital per 30.6.1979 | 93 482.37 | |
| + Einnahmenüberschuß pro 1979/80 | 926.02 | 94 408.39 |
| | | 264 498.89 |

*Erfolgsrechnung 1979/80*

| Einnahmen | |
|---|---|
| Mitgliederbeiträge | 92 730.— |
| Beitrag Schweiz. Nationalfonds | 25 000.— |
| Verkauf von Publikationen | 5 825.75 |
| Wertschriftenertrag | 7 762.50 |
| Bankzinsen | 371.40 |
| | 131 689.65 |

| Ausgaben | |
|---|---|
| Druckkosten Referate und Protokolle | 74 331.90 |
| Bibliographie des schweizerischen Rechts | 11 091.50 |
| Schweiz. Juristentag | 21 083.50 |
| Vergütungen an Referenten | 6 000.— |
| Spesen des Vorstandes | 727.— |
| Spesen der Rechtsquellenkommission | 591.20 |
| Zirkulare und Drucksachen | 5 952.— |
| Archivar | 6 000.— |
| Post- und Bürospesen | 2 487.15 |
| Beiträge | 1 936.50 |
| Bankspesen | 342.23 |
| Abschreibungen | 70.— |
| Steuern | 150.65 |
| | 130 763.63 |

| | |
|---|---|
| Einnahmenüberschuß | 926.02 |

## Fonds Dr. Arnold Janggen

*Bilanz per 30. Juni 1980*

| Aktiven | | Fr. |
|---|---|---|
| Waadtländer Kantonalbank, Kontokorrent | | 4 888.60 |
| Verrechnungssteuer | | 757.72 |
| Wertschriften | | 44 983.30 |
| | | 50 629.62 |

| Passiven | | |
|---|---|---|
| Kapital per 30.6.1979 | 48 596.27 | |
| + Einnahmenüberschuß pro 1979/80 | 2 033.35 | 50 629.62 |

*Erfolgsrechnung 1979/80*

| Einnahmen | |
|---|---|
| Wertschriftenertrag | 2 150.— |
| Bankzinsen | 10.84 |
| | 2 160.84 |
| **Ausgaben** | |
| Bankspesen | 127.49 |
| Einnahmenüberschuß | 2 033.35 |

Il donne lecture du rapport des vérificateurs des comptes, M. PHILIBERT LACROIX, Genève et M. JOHN OCHSÉ, Bâle.

L'assemblée approuve les comptes à l'unanimité et donne décharge au trésorier, M. le Juge fédéral EGLI.

## V.

M. le Président donne la parole à M. PEIDER MENGIARDI, vice-président et directeur des débats relatifs au droit des groupes de sociétés.

Herr Dr. MENGIARDI erklärt, daß die nationalen und internationalen Konzerne schon seit langem eine Realität der schweizerischen Wirtschaft sind. Er stellt fest, daß die schweizerische Gesetzgebung allerdings davon nur am Rande Kenntnis genommen hat. Deshalb sei während der heutigen Diskussion die Frage zu prüfen, ob die bestehende Rechtsordnung genüge, um die Probleme, die sich in diesem Zusammenhang stellen, zu bewältigen.

Er erteilt Herrn Professor DRUEY das Wort.

Professor JEAN-NICOLAS DRUEY, St. Gallen, Berichterstatter deutscher Sprache:

*Eingangsvotum zum Thema Konzernrecht Juristentag 1980*

Der Konzern ist ein schwer greifbares Gebilde.

Lassen Sie mich mit einem Beispiel beginnen:

Ein Unternehmen ist Mitglied eines Verbands. Dort gilt der Umsatz in einem bestimmten Produkt als Schlüsselgröße für verschiedene verbandsinterne Rechte, zum Beispiel für das Stimmrecht. Das Unternehmen hat eine Tochtergesellschaft, welche dasselbe Produkt wie die Mutter herstellt. Die Tochter kann selber aus irgendwelchen Gründen dem Verband nicht beitreten. Darf der Umsatz der Tochter demjenigen der Mutter zugerechnet werden? Das ist eine Konfrontation des Juristen mit dem Konzernproblem im wirtschaftlichen Alltag – Alltag umso mehr, als heute bei weitem nicht nur die größten oder großen, sondern auch sehr viel mittlere Unternehmen als Konzerne aufgebaut sind. Sollte der Verband dann zum Schluß kommen, daß die Zusammenrechnung statthat, so ist ein Stück Konzernrecht entstanden, privates und nicht gesetzliches zwar, aber immerhin. Die Verhältnisse sind aber oft noch zugespitzter, etwa in folgendem Sinn: Das besagte Unternehmen habe noch eine weitere Tochter, welche Konkurrenzware aus dem Ausland importiert. Diese weitere Tochter ist Mitglied eines andern Verbandes, mit dem man böse verfeindet ist, und welchem die Mutter nach Statutenbestimmung selber nicht beitreten dürfte. Kann die Konzernleitung einerseits die Zurechnung des Umsatzes einer Tochter beanspruchen und anderseits eine andere Tochter als Dritten behandelt wissen, der dem Verbandsverbot nicht untersteht?

Die Reaktion des Juristen wird spätestens hier diffus. Der eine wird formell argumentieren und den Konzern möglichst nicht zur Kenntnis nehmen wollen; ein anderer mag den Gesichtspunkt des Rechtsmißbrauchs vorbringen. Meines Erachtens bringt nur eine Analyse der im Spiele stehenden Normen ein sachgerechtes Resultat, und da kann es durchaus sein, daß einmal auf die Konzernbeziehung abgestellt wird und in einer andern Hinsicht nicht. In unserem Beispiel: Einerseits ist wohl der Umsatz Maßgröße für das Interesse an der Verbandstätigkeit, deshalb Einrechnung des Tochterumsatzes sinnvoll. Anderseits kann der Zweck jener Bestimmung, welche Teilnahme im andern Verband verbietet, beispielsweise als Sicherstellung der Geheimhaltung verstanden werden, und im konkreten Fall mag durchaus gewährleistet sein,

daß die Tochter aus dem mütterlichen Verband nichts erfährt. Wir kommen dem Wesen des Konzerns eben erst näher, wenn wir sehen, daß er immer und notwendig ein Phänomen *zwischen Einheit und Vielheit* ist und zwischen diesen Erscheinungsweisen schillern kann wie das Chamäleon.

Das ist das «Geniale», für den Juristen aber auch Schwindelerregende, in der Institution des Konzerns, daß er in dieser doppelten Weise angesehen werden kann. Das gibt teilweise auch einen Freiheitsraum für die Konzernleitung, je nachdem den zentralen oder den dezentralen Aspekt zu betonen, und der Beobachter wird darum je nach eigener Einstellung diesen Ausdruck «genial» allenfalls mit ironischem Unterton verwenden und den Konzern als Manipulationsinstrument denunzieren. Ein Anlaß, den Konzern totzuschlagen, besteht aber nicht. Wir können die Wirklichkeit dieser Erscheinung akzeptieren. Unsere Aufgabe als Juristen ist aber von zweierlei Art: es gilt, die objektiven Gesichtspunkte herauszuarbeiten, wo Einheit und wo Vielheit zu gelten hat, und dann, soweit Einheit bejaht wird, die rechtliche Gestalt dieses Gebildes nach innen und nach außen zu formen.

Das Problem, dieses schillernde Phänomen Konzern zu fassen, beginnt natürlich ganz entscheidend schon bei dessen juristischer *Definition*. Schulmäßig heißt es nach einhelliger kontinentaleuropäischer Lehre: Konzern ist eine Mehrheit von juristischen Personen unter einheitlicher Leitung. Aber die einheitliche Leitung kann von sehr verschiedener Intensität sein, eine Organisation kann auf der Skala zwischen völliger Zentralisation und völliger Dezentralisation *irgendwo* einzustufen sein. Professor RUEDIN nennt im Bericht die Dezentralisation als ein Merkmal des Konzerns. Er wird mir aber recht geben, daß dies eine formelle Aussage ist; damit geht nicht selten auch eine materiell-organisatorische Dezentralisation einher, das *muß* aber keineswegs so sein. Wie in der Berner Altstadt: Die einzelnen Fassaden können von je separaten Liegenschaftseinheiten zeugen, im Innern kann aber das separiert Erscheinende eng unter sich verbunden sein; äußeres Bild und innere Organisation stimmen dann nicht überein. Mit der einheitlichen Konzerndefinition können wir die starken Zentralisationsunterschiede nicht berücksichtigen. Und dazu kommt die Verschiedenheit der rechtlichen Anwendungsbereiche; für jeden rechtlichen Anwendungsbereich muß an sich neu geprüft werden, welcher Grad auf dieser Skala genügen soll.

Jede Umschreibung ist deshalb nur grobe Annäherung vom Gesichtspunkt der Adäquanz zum Rechtszweck. Dennoch sollte man nicht an der Aufgabe verzweifeln und wegen der Defini-

tionsschwierigkeit auf ein Konzernrecht überhaupt verzichten, wie dies jüngst ein repräsentatives französisches Werk getan hat. Dieser stark unterschiedliche Grad von Zentralisation gilt auch für das Einheitsunternehmen (das in einer einzigen juristischen Person konstituiert ist); auch dieses weist immer ein bestimmtes Maß von interner Dezentralisation auf, und doch steht die Einheitsbehandlung außer Frage. Auf das Verbleiben einer gewissen, je nachdem nicht geringeren Autonomie bei den einzelnen Teilen kommt es denn beim Konzern ebenfalls auch nicht an. Entscheidend ist für die meisten Rechtsgebiete einfach, daß sich die einzelnen Teile auf die Verfolgung eines einheitlich gesetzten Zwecks ausrichten, also, wie ich den Begriff verstehe, ein *Unternehmen* bilden. Dann nämlich entsteht der Zusammenlauf der Interessen und des Verhaltens, welche neue Normen erforderlich machen.

Die Praxis braucht aber einfach zu handhabende Konkretisierungen. Das deutsche und die europäischen Modelle stellen Vermutungen auf; insbesondere wird die Konzernierung bei Mehrheitsbeteiligung vermutet. Mein Bericht gibt zu erwägen, ob nicht noch einen Schritt weitergegangen werden sollte, weil noch die beträchtliche Unsicherheit bleibt, ob im Einzelfall die Vermutung widerlegt werden kann. Deshalb wird vorgeschlagen, das Vorliegen gewisser Mehrheitsverhältnisse geradezu zum konstituierenden Merkmal zu machen, ohne welches kein Konzern im Rechtssinn vorliegen würde.

Wenn wir ein Konzernrecht wollen, müssen wir uns über dessen Motivation im klaren sein. Das tönt banal, in Wirklichkeit haben aber zwei verschiedene Gedankenlinien immer wieder Tendenz, sich zu vermischen. Anlaß zu einem Konzernrecht kann einerseits jene Konvergenz der Interessen und Verhaltensweisen sein, welche das einheitlich geleitete Unternehmen kennzeichnet und welche es eben angezeigt erscheinen läßt, auf das Ganze statt die Teile zu blicken. Vielfach erscheint als Anlaß eines Konzernrechts aber auch das Phänomen der Macht, die Machtausübung der Mutter in Angelegenheiten der Tochter. Wenn diese Machtmanifestationen der Ausgangspunkt sind, werden wir meines Erachtens den Konzern nicht in den Griff bekommen und das Konzernrecht auch inhaltlich nicht adäquat gestalten. Denn das Konzernleben wickelt sich zu einem guten Teil in «gewaltloser» Weise ab, die Akte zwischen Mutter und Tochter haben keineswegs immer die rechtliche Gestalt von Befehlen oder Weisungen, nicht einmal von Veranlassungen im Sinne der Kausalitätslehre, sondern erfolgen in gemeinsam erarbeiteten Plänen, Budgets

usw. Wenn wir nur der Machtausübung unsere Aufmerksamkeit schenken, so tun wir deshalb sowohl zu wenig wie zu viel. Zu wenig, weil der Konzern *schlechthin* nach neuen Regeln verlangt, auch der «gewaltlose». Und zu viel, weil Macht über eine Gesellschaft eine Erscheinung ist, die weit über den Konzern hinausreicht. Abhängigkeiten gibt es nicht nur gegenüber leitenden Unternehmen, sondern auch sonst gegenüber mächtigen Aktionären und auch gegenüber Lieferanten, Lizenzgebern usw. Sie sollten nicht zu einschränkenden Vorschriften für den Konzern allein führen.

Die Gemeinsamkeit der Interessen im Konzern ist auch bedeutsam für die Gestaltung der konzernrechtlichen Schutzbestimmungen. Es ist wohl eine Illusion, zu glauben, daß wir die Aktionäre und Gläubiger einer Tochtergesellschaft wirksam schützen, indem wir eine Ausgleichspflicht der Mutter für die der Tochter zugefügten Nachteile vorsehen. Das gibt einerseits die erwähnten Schwierigkeiten mit der Erfassung der Einflußnahme (welcher Nachteil ist von der Mutter zugefügt, wenn keine Weisung vorliegt?), anderseits ist aber auch der «Nachteil» der Einzelgesellschaft kaum eine praktikable Größe im Konzernrecht, weil das Interesse der Teile und des Ganzen eben Tendenz haben, ineinander zu verschwimmen. Wir können schon darum die Gestaltung des Konzernrechts nicht in einer Erhaltung der Konzerngesellschaften suchen, indem wir sie so stellen, wie wenn es keinen Konzern gäbe, sondern wir haben von seiner Tatsächlichkeit auszugehen und die schutzbedürftigen Rechtspositionen entsprechend neu zu gestalten.

Solche Erwägungen sind zum Teil auch gegenüber den ausländischen Konzernrechtsmodellen angebracht und veranlassen zur Zurückhaltung gegenüber deren Übernahme.

Warum also ein Konzernrecht? Es läßt sich nicht feststellen, daß das Konzernleben in jüngerer Zeit Mißbräuche in übermäßigem Umfang hervorgebracht hätte. Das Motiv eines Konzernrechts wird aber in der Literatur in aller Regel als ein *Schutzbedürfnis* formuliert, ein Schutzbedürfnis vor allem der außenstehenden Aktionäre und Gläubiger der Tochtergesellschaften. Dieser Schutz erscheint vergleichsweise nicht besonders aktuell – der nicht im Unternehmen tätige Aktionär einer Familiengesellschaft verdiente ihn wohl mindestens ebenso wie der außenstehende Aktionär einer Konzerngesellschaft. Mein Bericht möchte deshalb zur Diskussion stellen, ob nicht das Anliegen im Grunde ein umfassenderes, fundamentaleres ist. Es gibt – was in unserer Zeit vergessen zu werden droht – einen gleichrangigen anderen

Beweggrund neben der Bekämpfung von Mißbräuchen. Das ist die Zurverfügungstellung der Formen und Institutionen, welche eine sichere und gerechte Ordnung des Lebens ermöglichen – das echt privatrechtliche Motiv. Zu solcher Rechtsschöpfung gibt der Konzern ganz eindeutig Anlaß, ganz einfach, weil er ein Phänomen ist, welches die Konzeption des geltenden Rechts sprengt. Er sprengt sie, weil er als neue Einheit ohne Subjektcharakter auftritt und damit sowohl Probleme der internen Rollenverteilung wie der Anknüpfung der Außenbeziehungen schafft. Es geht um die Aktualität, somit die Qualität des Rechts; das Kleid soll nicht die Wirklichkeit formen, sondern es soll selber an der Wirklichkeit geformt werden. Etwas pointiert gesagt, ist es Reform nicht um eines neuen, sondern um des bestehenden Rechts willen.

Müssen wir somit den gestreßten Gesetzgeber anrufen? Die Antwort ist: Ja, wenn auch einzuräumen ist, daß im Gebiet des Konzernrechts die jüngere Literatur etwas vorschnell in diesen Ruf ausmündete. Es ist nicht der Gesetzgeber allein, dem ein Pensum zufallen muß, sondern – schon nach geltenden Normen – auch dem *Richter,* etwa im Vertragsrecht und überhaupt in den externen Beziehungen des Konzerns. Das Konzernrecht scheint mir *die* Bewährungsprobe für eine gegenüber heute verstärkte Rechtsfortbildung durch den Richter im Gebiet des Wirtschaftsrechts. Eine große Aufgabe hat aber auch die *Wissenschaft;* ich sehe etwa eine noch kaum bearbeitete inderdisziplinäre Problemstellung für Juristen und Betriebswirtschafter, aufgrund präziser Beobachtung der Konzernwirklichkeit verschiedene Grade von (De)-Zentralisation mit justiziabeln Merkmalen zu beschreiben.

*Inhaltlich* müßte sich ein Konzernrecht in drei stark verschiedenartige Teile gliedern. Es ginge zum einen um die Regelung der Außenbeziehungen und zum andern um diejenige der internen Positionen in den beteiligten Gesellschaften. Als drittes Glied von großer Bedeutung tritt die Publizität dazu, namentlich die Offenlegung der Konzernbeziehungen als solchen, sowie dann die konsolidierte Rechnungslegung. Ich habe meinerseits das Gewicht auf den Aspekt der Außenbeziehungen gelegt, und meine, daß ein Konzernrecht eine Anzahl Grundsätze, allenfalls dispositiver Natur, enthalten sollte, welche Normenbezug auf das Konzernganze haben sollen. Dies in Anbetracht dessen, daß sich die Frage in einer außerordentlich breiten Ausfächerung stellt, nämlich in allen Rechtsbeziehungen der Konzerngesellschaften überhaupt, seien sie privat- oder öffentlich-rechtlicher Natur,

und demgemäß zentral verankerte Grundsätze vonnöten sind. Der interne Aspekt anderseits wird sich in die Regelung der Befugnisse und Verantwortlichkeiten der einflußnehmenden Personen außerhalb der einzelnen Konzerngesellschaft sowie in diejenige der Stellung der Gesellschafter, in erster Linie der abhängigen Gesellschaften, aufzuteilen haben. Dies Letztgenannte ist nun das Thema von Herrn RUEDIN.

M. le Professeur ROLAND RUEDIN, Neuchâtel, rapporteur de langue française:

Le groupe de sociétés, instrument indispensable de notre système économique, pose actuellement deux questions fondamentales:

1. Crée-t-il des problèmes nécessitant une intervention législative?
2. Dans l'affirmative, quelles pourraient être les caractéristiques d'un droit suisse des groupes de sociétés?

Pour rester fidèle au cadre de mon rapport, je me bornerai essentiellement à quelques remarques relatives à la protection des actionnaires libres.

### *1. Une intervention législative s'impose-t-elle?*

Permettez-moi pour commencer de rappeler la caractéristique du groupe de sociétés: il s'agit de plusieurs sociétés gérées comme si elles formaient une unité économique, en d'autres termes de plusieurs sociétés gérées dans le but de réaliser le résultat global le plus favorable. Une excellente illustration de cette caractéristique est la réponse qui m'a été donnée par le grand patron d'un groupe de moyenne importance à la sollicitation d'un rendez-vous dans le cadre de la préparation de ce rapport: «Je comprends fort bien le problème que vous avez à résoudre, mais il me paraît qu'en ce qui me concerne, vous ne vous adressez pas à la bonne porte. Je mène toutes mes affaires comme si en définitive il n'y en avait qu'une».

Il découle de cette caractéristique que cinq SA qui forment un groupe de sociétés n'équivalent pas à cinq SA indépendantes. La création d'une direction unique modifie profondément la situation de chacune des sociétés membres du groupe.

Tout d'abord, le fonctionnement normal d'un groupe de sociétés est incompatible avec un certain nombre de principes fondamentaux du droit de la SA, notamment:
- avec l'exigence de l'unanimité pour la transformation du but final, économique ou non économique, et
- avec l'obligation de fidélité des administrateurs.

Ensuite, l'affiliation fait courir des risques considérables aux actionnaires libres, surtout en matière de droit au dividende. En effet, pour réaliser le but du groupe, la société-mère peut être amenée à exercer une influence négative sur les résultats de l'une ou l'autre de ses filiales, par sa politique des prix, d'investissements, de production, de répartition des risques et du personnel.

Certes, il sera immédiatement objecté que le contraire se produit aussi. Il n'est pas rare que l'affiliation sauve une SA de la stagnation, voire de la faillite. Il n'en reste pas moins que, dans le meilleur des cas, le risque subsiste.

Les actionnaires libres ne sont d'ailleurs pas les seuls à courir des risques. Il en va de même pour les administrateurs des filiales, qui sont toujours placés devant le dilemme suivant:
- jouer le jeu du groupe et violer leur obligation de fidélité ou
- respecter leur obligation de fidélité et encourir une sanction de la part du groupe.

Tous ces risques ne justifient pourtant pas en eux-mêmes une intervention législative. Il faut encore que le droit positif ne permette pas de les contenir. Qu'en est-il dans notre pays? Le CO ne reconnaît pas l'état de groupe. Il ne protège donc pas les administrateurs de filiales qui poursuivent l'intérêt du groupe. Quant aux actionnaires libres, il ne prévoit aucune mesure spéciale en leur faveur. Ceux-ci ne sont toutefois pas entièrement démunis, puisqu'ils bénéficient de la protection dont jouit tout actionnaire minoritaire. Mais l'insuffisance de cette protection, unanimement déplorée, est encore amplifiée dans les groupes de sociétés.

Vu ces considérations, une intervention législative paraît indispensable. Est-elle urgente? L'appréciation de l'urgence est très délicate. Les résultats réjouissants de nos groupes, leur fonctionnement apparemment sans accroc, plaident pour l'absence d'urgence. Mais si tout semble aller pour le mieux, c'est surtout parce que les lésés n'ont pas les moyens adéquats de se défendre ou, s'ils les ont, qu'ils ne peuvent les mettre en œuvre qu'à des conditions prohibitives. Il y a plus. Souvent, en raison de l'insuffisance de l'information, ils ne savent même pas qu'ils sont lésés. Or, dans notre pays, les sociétés filiales, donc les actionnaires libres, sont très nombreux. Si l'on veut éviter que la confiance de

larges couches de la population à l'égard de la SA soit ébranlée, une intervention législative s'impose et cela sans délai.

*2. Quelles pourraient être les caractéristiques d'un droit suisse des groupes de sociétés?*

Il y a trois manières d'envisager l'amélioration de la protection des actionnaires libres:

a) On peut tout d'abord s'en tenir strictement au cadre du système juridique actuel, autrement dit considérer que la société filiale ne se distingue pas fondamentalement de la société indépendante, qu'elle se caractérise simplement par la présence d'un actionnaire majoritaire qui, en général, est une autre société. Cela n'empêche pas de reconnaître l'insuffisance de la protection des actionnaires minoritaires et d'envisager de l'améliorer. Or, toute amélioration de la protection des actionnaires minoritaires se répercute favorablement sur le statut des actionnaires libres.

C'est dans ce sens que va l'avant-projet de 1975, tendant à la revision du droit de la société anonyme. Construit sur la base de la société anonyme indépendante, il se borne à améliorer timidement la protection des actionnaires minoritaires.

D'autres moyens de protection, plus efficaces, pourraient être envisagés, notamment l'introduction du contrôleur spécial.

Mais ce système, aussi perfectionné qu'il soit, reste insuffisant pour les actionnaires libres, car il ignore les problèmes spécifiques du groupe de sociétés. De plus, il contient en germe, les graves inconvénients du deuxième système.

b) On peut aussi, en effet, tout en restant dans le cadre du système juridique actuel, admettre que la société filiale se distingue fondamentalement de la société indépendante, admettre notamment que les risques encourus par les actionnaires libres sont beaucoup plus graves et plus nombreux que les risques encourus par les simples minoritaires. Autrement dit, on peut reconnaître en fait l'existence des groupes de sociétés, tout en les considérant comme une déviation à neutraliser. La reconnaissance en fait tend à faciliter la découverte des risques encourus par les actionnaires libres. Elle équivaut à faire prévaloir les intérêts des actionnaires libres sur ceux du groupe. Elle vise à imposer aux sociétés de groupe le respect des règles de fonctionnement des sociétés indépendantes.

Ce système ne nécessite pas de modifications importantes des moyens de protection des actionnaires minoritaires, si ce n'est

l'introduction de présomptions. Mais l'information des actionnaires devrait être étendue, non seulement dans le cadre de la filiale, mais aussi hors de celui-ci. L'information d'office ne pourrait plus se limiter à la fortune et au résultat de la société filiale. Elle devrait s'étendre:

- à l'existence du groupe,
- à la fortune et aux résultats du groupe,
- aux relations de la société filiale avec les autres sociétés du groupe.

Grâce aux possibilités nouvelles qu'offre la reconnaissance de fait des groupes de sociétés, la protection des actionnaires libres peut être sérieusement améliorée par rapport à celle qui découle de la protection des actionnaires minoritaires. Elle peut même être portée à un niveau satisfaisant. Mais elle se réalise entièrement aux dépens des groupes de sociétés. Autrement dit, elle est à la base d'un système boiteux, dans lequel les groupes de sociétés, sacrifiés aux intérêts de leurs membres et des actionnaires libres, ne peuvent fonctionner normalement.

c) Pour régler de manière satisfaisante les problèmes posés par les groupes de sociétés, pour protéger les intérêts légitimes, notamment des actionnaires libres, tout en assurant, même en facilitant, le fonctionnement normal des groupes de sociétés, il faut sortir du carcan du droit positif de la SA et de ses principes généraux. Le groupe de sociétés, en effet, est le résultat d'une évolution si considérable qu'il ne peut plus être ramené aux dénominateurs communs du droit de la SA indépendante. Les incompatibilités sont inconciliables. Le point de rupture est atteint. Il faut admettre qu'une filiale ne pose pas les mêmes problèmes qu'une SA indépendante et en tirer les conséquences. Il faut confectionner aux groupes de sociétés un costume juridique nouveau, adapté à la réalité économique.

Comment pourrait se présenter ce droit des groupes de sociétés dans notre pays? On pourrait évidemment s'inspirer, sinon copier, les modèles du droit positif (droit allemand, droit brésilien). L'avantage de cette manière de faire, pour autant que la force d'attraction de ces modèles soit suffisamment générale, serait d'ébaucher un droit matériel harmonisé des groupes de sociétés. Le modèle allemand ne doit toutefois pas être suivi dans notre pays pour deux raisons:

- d'une part, il est basé sur le système contractuel, pratiquement inconnu chez nous,
- d'autre part, il ne donne pas entièrement satisfaction.

Le législateur devrait donc faire œuvre originale, adaptée à nos

propres besoins, et qui pourrait apparaître comme une alternative pour d'autres pays.

Le droit des groupes doit viser à la simplicité et à la généralité. Il doit appréhender toutes les situations de groupes. Il postule, par conséquent, une solution contraignante, mais flexible. Il nécessite la définition légale du groupe de sociétés.

C'est là que, pour certains auteurs, notamment français, réside la pierre d'achoppement. Le groupe de sociétés serait indéfinissable. Pourtant, impossible ne devrait pas être français. Certes, la définition légale du groupe de sociétés est délicate. Elle posera toujours des problèmes épineux, mais non pas insolubles.

La définition légale du groupe de sociétés ne doit pas se distinguer, pour l'essentiel, de la définition générale. Il y a donc groupe de sociétés lorsque plusieurs entités juridiquement indépendantes sont soumises à une direction unique. Toutefois, dans certains domaines particuliers, la définition légale nécessite quelques restrictions. Et surtout, pour faciliter son application, elle doit être accompagnée de présomptions, qui peuvent n'être que réfragables. L'état de groupe est présumé dès le moment où un état de dépendance existe. Quant à l'état de dépendance, il résulte en tout cas d'une participation majoritaire.

Le champ d'application du droit des groupes de sociétés étant ainsi tracé, voyons-en ses principaux éléments.

Permettez-moi de mentionner en priorité ce qui me paraît être le dénominateur commun de tout véritable droit des groupes de sociétés, c'est-à-dire *la légalisation de la direction unique.* Je rappellerai simplement que la caractéristique d'un groupe de sociétés est le fait, pour la société-mère, de donner à ses filiales des instructions, même préjudiciables, dans le but d'assurer la maximalisation du profit de groupe et que ces instructions sont évidemment contraires à l'un des principes du droit classique de la SA. Or, pour s'accorder à la réalité économique, pour assurer le fonctionnement normal du groupe de sociétés, le droit des groupes doit autoriser expressément ces instructions. Cette légalisation inévitable de la direction unique accentue évidemment les risques encourus par les actionnaires libres. Comment protéger ces derniers sans entraver le fonctionnement naturel des groupes de sociétés?

Il y a deux façons de concevoir la protection des actionnaires libres:

- on peut tenter de protéger les actionnaires libres tout en sauvegardant leur place dans la société filiale,
- mais on peut aussi les protéger en les éliminant de leur société.

A première vue, seule la protection des actionnaires libres par leur maintien dans la filiale est défendable. Ce système présente toutefois de gros inconvénients. Le plus fondamental réside dans la dénaturation du statut de l'actionnaire libre. En raison de la prise en charge des pertes destinée à protéger la valeur intrinsèque de ses actions et de la garantie de dividende destinée à protéger la valeur de rendement de ses actions, l'actionnaire libre perd son caractère d'investisseur à risques.

La protection des actionnaires libres par leur élimination de la filiale est, paradoxalement peut-être, mieux adaptée à la situation économique réelle. Elle présente le grand avantage de mettre fin définitivement à leurs problèmes. Encore faut-il que le *droit de retrait* puisse être utilisé dans toutes les situations de groupe, que les actionnaires libres puissent à leur gré l'exercer ou ne pas l'exercer et qu'ils soient convenablement indemnisés. Ce dernier point est particulièrement important. Il ne s'agit pas seulement d'assurer aux actionnaires libres une compensation financière. Il faut leur donner la possibilité de conserver un statut d'actionnaire, c'est-à-dire d'échanger leur état d'actionnaire impuissant dans leur filiale en celui d'actionnaire à part entière dans la société-mère.

Si les actionnaires libres sont ainsi bien protégés, la société-mère mérite de pouvoir prendre les devants dans certains cas. En effet, si l'on considère la situation globalement, on remarque que la société-mère elle-même a la possibilité d'exclure les actionnaires libres de leur société dans le cadre d'une procédure de fusion. De plus, certaines minorités, même très petites, peuvent manifester un esprit chicanier. Il serait judicieux, pour équilibrer au mieux la balance des intérêts, d'accorder à la société-mère un *droit de rachat,* à la condition minimum que sa direction unique procède d'une participation majoritaire.

En *conclusion,* il faut constater que les groupes de sociétés fonctionnent hors du système de balance des intérêts mis sur pied par le Code des obligations. Ils permettent à certains actionnaires d'échapper à ses impératifs. Or, leur prospérité, tout à fait souhaitable en soi, ne doit pas se faire aux dépens de certains intéressés.

Par conséquent, dans l'optique d'un développement harmonieux de la principale forme de nos sociétés, une intervention législative s'impose. Formellement, elle peut se limiter à l'introduction de quelques dispositions simples dans le Code des obligations. Matériellement, elle doit aller plus loin qu'une adaptation des normes du droit positif de la SA. Elle doit consister, pour

l'institution nouvelle qui est le groupe de société, en un système juridique nouveau qui s'éloigne du droit positif de la SA, même sur des points essentiels, dans le but d'améliorer la situation actuelle des actionnaires libres et d'autres intéressés, mais aussi celle des groupes de sociétés eux-mêmes.

Der Verhandlungsleiter eröffnet die Diskussion und erteilt das Wort Herrn Professor ALAIN HIRSCH, Genf:

M. le Professeur ALAIN HIRSCH, Genève

Il ne fait aucun doute, ainsi que le relèvent les deux rapporteurs, que les groupes de sociétés sont un phénomène économique qui ne peut être régi convenablement par un droit des sociétés anonymes reposant sur l'hypothèse que chaque société anonyme est dirigée dans son propre intérêt.

Mais, il faut ajouter que si l'on entendait régir spécialement tous les cas dans lesquels le phénomène économique de certaines sociétés n'est pas conforme à l'image que la loi en donne ou que le législateur s'en faisait, il faudrait alors ouvrir plusieurs nouveaux chapitres, à commencer par celui de la société à membre unique.

Dès lors, la question est, me semble-t-il, d'une part, de savoir si les groupes de sociétés affectent des intérêts légitimes importants qui ne sont pas protégés par le droit actuel et, d'autre part, si un changement de pratique et de jurisprudence ne suffirait pas à assurer cette protection.

Notre rapporteur de langue française propose, sans doute aucun, l'élaboration d'une nouvelle loi. Notre rapporteur de langue allemande la propose, toutefois avec de nombreuses réticences. J'aimerais dire que je partage celles-ci. En outre, je ne suis pas si pessimiste face à l'évolution de la jurisprudence; certes, la relative timidité du Tribunal fédéral dans le domaine général des sociétés n'encourage pas à choisir cette voie jurisprudentielle en lieu et place d'une nouvelle législation. Mais, face à un phénomène aussi différent que celui que la loi entendait régir, il faut espérer que les juges se sentent plus libres.

Si l'on opte pour la voie législative, après avoir surmonté ses doutes, encore faut-il se poser la question suivante: quelle en est l'urgence? Non pas en valeur absolue, car cela est trop délicat,

comme l'a souligné le professeur RUEDIN, mais l'urgence relative, face au besoin législatif dans le domaine du droit de l'entreprise.

En réponse à cette question, je dirais ne pas avoir la conviction que ce soit les groupes de sociétés qui doivent avoir la priorité dans une revision du droit de l'entreprise. Si l'on se décidait, malgré tout, à régler les problèmes soulevés par les deux rapporteurs, il faudrait alors se demander s'il est judicieux d'élaborer des normes spécifiques aux groupes de sociétés; l'on connaît les difficultés considérables de définition qu'ils comportent. Ces difficultés seraient-elles surmontées et les groupes définis, que l'on ouvrirait la porte à de multiples tentations de tourner cette définition. Il ne faut pas l'oublier. Dès lors, ne faudrait-il pas plutôt régler la plupart des problèmes causés par les groupes de sociétés par des règles générales s'appliquant théoriquement, tout au moins à toutes les sociétés.

C'est au fond le même débat que l'on a depuis des années au sujet des multinationales. La conviction ne se répand-elle pas que les difficultés liées aux multinationales seront surmontées plus facilement par des règles touchant formellement toutes les sociétés, mais dont le contenu matériel affecte plus particulièrement certaines d'entre elles?

Si l'on pense à la protection des actionnaires libres, je ne vois pas pourquoi, contrairement au professeur RUEDIN, il faut des règles exceptionnelles pour les groupes de sociétés, je ne suis en effet pas du tout convaincu que ce soit dans le domaine des groupes que les actionnaires minoritaires sont le plus menacés, courent les plus grands dangers et sont, dans la réalité qui nous entoure, le plus souvent maltraités.

Si l'on pense à la protection des créanciers et à l'opportunité de pouvoir ouvrir une faillite commune à plusieurs sociétés dirigées de manière unique, l'on peut se demander si ce n'est pas plutôt une règle générale du droit de la faillite qu'il faut adopter. L'on peut d'ailleurs hésiter quant à l'obligation d'édicter une règle de droit positif: le droit français possède actuellement une norme écrite, préconisant ce système. Mais bien avant son adoption, c'est la jurisprudence qui avait introduit la possibilité d'ouverture d'une faillite commune. C'est également la voie jurisprudentielle qui a pris le pas sur la voie législative en Belgique.

En définitive, et sur ce point je rejoins entièrement le professeur DRUEY, c'est dans le domaine de la transparence que les groupes de sociétés présentent aujourd'hui les plus grands défauts.

En effet, il serait nécessaire à la fois dans les intérêts privés des

actionnaires et des créanciers, mais aussi dans des intérêts plus généraux comme ceux des travailleurs de l'économie toute entière, de l'administration publique, de connaître l'activité et la structure de ces groupes: il s'agirait de savoir qui sont les sociétés filiales de quelles sociétés-mères et quels sont globalement les comptes et les résultats des groupes. Probablement faudra-t-il adopter quelques règles particulières intégrées dans une législation sur la transparence et notamment sur la revision des comptes des entreprises et des sociétés anonymes. Ce sujet me semble, contrairement à l'ensemble des problèmes posés par les groupes de sociétés, pouvoir être traité sans difficultés dans le cadre d'une revision, même partielle, du droit des sociétés anonymes. Ces règles devraient être destinées non pas seulement aux groupes de sociétés, mais à toutes les sociétés; que l'on songe en effet au problème de la connaissance des actionnaires dominants des sociétés. Nous savons bien, notamment en matière de droit pénal économique, que les sociétés à membre unique ou dominées par un actionnaire personne physique sont elles aussi, elles d'abord même, un danger pour la collectivité. Aussi, les règles sur la transparence doivent-elles être générales et ne pas être restreintes aux seuls groupes de sociétés.

Professor CHRISTOPH VON GREYERZ, Bern:

Zentraler Begriff des Konzernrechtes ist die einheitliche Leitung. Jeder Konzernrechtsgesetzgeber wird der Regelung der Leitungsmacht erste Bedeutung beimessen müssen. Das Gesetz wird primär Voraussetzungen, Inhalt und namentlich Schranken der Weisungsbefugnis festlegen und sich erst in zweiter Linie mit den Auswirkungen auf die Organe und mit den Maßnahmen zum Schutze von Aktionären und Gläubigern der Weisungsempfängerin befassen. Dabei wird man sich bewußt bleiben müssen, daß die Weisungserteilung bloß eines der möglichen Mittel zur einheitlichen Leitung ist, während die andern: Empfehlung, Planung und Beratung durch die Konzernzentrale, den eigentlichen Instruktionen oft sehr ferne stehen. Die Personalunion als Konzernierungsmittel führt den völligen Gleichlauf der Willen von Mutter und Tochter herbei, so daß hier keine Weisungen erforderlich sind, aber die gleichen Rechtsfolgen Platz greifen müssen, wie wenn Weisungen erteilt worden wären, denn die einheitliche Leitung ist gesichert und die damit verbundenen Gefahren für Aktionäre und Gläubiger sind gegeben.

Im Einzelfall heikel, aber im Prinzip sicherlich lösbar ist die Frage, wem bei komplizierten Konzernverhältnissen (Konzern im Konzern, Bestehen einer Managementgesellschaft oder einer besonderen Beratungstochter) die Weisung und damit die Verantwortlichkeit zugerechnet werden soll.

Der schweizerische Gesetzgeber wird die Legalisierung der Leistungsmacht anders als das deutsche Konzernrecht nicht vom Abschluß eines Beherrschungsvertrages abhängig machen, sondern vielmehr einzig die *Offenlegung* des Konzernverhältnisses verlangen. Ob die Statuten, die Firma oder das Handelsregister die Konzernpublizität vermitteln sollen, ist eine technische Frage und kann offenbleiben. Entscheidend ist, daß, wer Konzernleitungsmacht ausübt, die Weisungsunterworfenheit des durch Stimmenmehrheit oder auf andere Weise beherrschten Unternehmens auf geeignete Art offenlegen lassen muß. Weisungsberechtigt sind einzig Unternehmen, nicht hingegen private Großaktionäre; für diese gilt die Paritätstheorie weiterhin, ebenso die daraus sich ergebende Widerrechtlichkeit von Instruktionen.

Durch welches Organ des herrschenden Unternehmens die Weisungsbefugnis im einzelnen ausgeübt wird, kann der Gestaltungsfreiheit überlassen werden. Weisungsunterworfen ist der Verwaltungsrat der abhängigen Gesellschaft und nicht deren Geschäftsleitung oder Mitarbeiter.

Eine wichtige Frage des Konzernrechtes ist die nach den *Schranken der Weisungsbefugnis:* Innerhalb welcher Grenzen dürfen für den Weisungsempfänger nachteilige Weisungen erteilt werden? Die Weisungen müssen jedenfalls im Interesse des Konzerns liegen. Die beherrschte Gesellschaft muß Einbußen im Interesse des Konzernwohles in Kauf nehmen. Eine weitere Schranke bildet das zwingende Aktienrecht, doch sind Zugriffe in das Vermögen zulässig, denn das herrschende Unternehmen muß Gewinne, offen oder verdeckt, abführen dürfen; in diesem Sinne ist die Vermögensbindung in Konzerngesellschaften aufgehoben. Damit wird auch der Grundsatz der Gleichbehandlung der Aktionäre außer Kraft gesetzt. An seine Stelle treten *spezifisch konzernrechtliche Aktionärsschutzmaßnahmen,* wie das Recht auf Ausgleich oder auf Abfindung.

Besondere Bedeutung könnte der *Grundsatz der Verhältnismäßigkeit* erlangen: Der Eingriff in die Tätigkeit und das Vermögen der abhängigen Gesellschaft darf nicht weitergehen, als dies durch das Konzernwohl gerechtfertigt erscheint. Das Proportionalitätsprinzip wird ein übermäßiges Zurückdrängen der eigenverantwortlichen Leitung von Konzerngesellschaften verhindern

und dadurch mithelfen, lockere Konzernstrukturen zu erhalten oder gar zu fördern.

Aus ähnlichen Überlegungen wird man dem herrschenden Unternehmen den *Auskauf der freien Aktionäre* nur in engstem Rahmen gestatten, denn es ist legislatorisch klüger, die Minderheit zu schützen als der Mehrheit das Recht zur Beseitigung von Minoritäten in die Hand zu geben.

Im Rahmen der Pflicht zur Weisungsbefolgung ist die Verwaltung der abhängigen Unternehmung von der Verpflichtung zu einer eigenverantwortlichen Geschäftsführung im ausschließlichen Interesse der Gesellschaft enthoben. Dem Handeln zum Wohle der Konzernmutter oder anderer Konzerngesellschaften ist die ansonst bestehende Widerrechtlichkeit genommen, so daß die *Verantwortlichkeit der Tochterorgane* jedenfalls gegenüber Gesellschaft und Aktionären, bei Offenlegung des Konzernverhältnisses, auch den Gläubigern gegenüber entfällt.

Die Erteilung von Weisungen durch die herrschende Gesellschaft führt zu einer Übernahme der *Verantwortlichkeit.* Die *Konzernmutter* wird zum *Organ* der Tochter und ist demnach den aktienrechtlichen Verantwortlichkeitsvorschriften in Art. 754 ff. OR zu unterstellen. An der Verantwortlichkeit der Organe des herrschenden Unternehmens wird sich nichts Grundsätzliches ändern; sie haften der beherrschten Gesellschaft, deren Gläubigern und freien Aktionären jedenfalls nicht.

Der weisungsbedingte Eingriff in das Vermögen der abhängigen Gesellschaft ruft nach besonderen *Maßnahmen zum Schutze der Gläubiger.* Von den mehreren möglichen Vorkehren, Kapitalerhaltung, periodische Verlustdeckung, subsidiäre oder primäre Haftung der Mutter, sollte die Pflicht zur Kapitalerhaltung genügen. Demnach wäre die weisungsberechtigte Konzernobergesellschaft zur Sanierung der Untergesellschaft verpflichtet. Die Weisungsbefugnis mit einer Pflicht zur periodischen Verlustdeckung zu verbinden, erscheint widersprüchlich, denn man kann nicht einerseits nachteilige Weisungen zulassen und anderseits die periodische Beseitigung dieser Nachteile verlangen. Eine Nachschußpflicht und die damit verbundene Gläubigerdeckung sind im Falle der Fremdsteuerung nötig. Das Ergebnis ist dasselbe, wie wenn eine Solvenzerklärung oder eine Sanierungszusicherung seitens der Mutter vorläge. Eine Nachschußverpflichtung könnte im Konkurs der Mutter mit deren übrigen Schulden rangiert werden und müßte nicht zurücktreten, da die Sanierungsleistung lediglich den Vermögensstand herbeiführt, wie er in konzernfreiem Zustand wäre, und die Forderung nach Gleich-

behandlung aller Konzerngläubiger die Konzerneinheit zu stark betont.

Eine Haftung der Mutter für die Schulden der Tochter vorzuschreiben, kann wie bis anhin auf die Fälle der mißbräuchlichen Verwendung oder ungenügenden Kapitalausstattung von Gesellschaften beschränkt bleiben.

Alle diese Vorkehren bewirken die Umwandlung der Leitungsmacht in ein Konzernweisungsrecht und legen dessen Voraussetzungen, Schranken und Auswirkungen auf sachgerechte und einfache Weise fest.

M. le Professeur Louis Dallèves, Genève:

En 1973, la SSJ avait mis à son ordre du jour les «Problèmes de droit privé relatifs à la coopération et à la concentration des entreprises». Ce sujet avait mené tout droit à l'examen du phénomène économique que sont les groupes de sociétés, dont il avait été abondamment discuté. Aujourd'hui, sept années plus tard, la SSJ a de nouveau placé dans son collimateur les groupes de sociétés mais avec un objectif beaucoup plus précis: déterminer les buts, les objectifs d'un droit des groupes.

Beaucoup de travaux savants ont paru pendant ces sept années sur le droit des groupes mais, «sur le terrain», la situation n'a pas changé. L'Allemagne reste seule à connaître un Konzernrecht; des projets ont vu le jour mais aucun n'a abouti. Et la question reste posée aujourd'hui comme il y a sept ans: un droit des groupes est-il nécessaire? Quels seraient ses objectifs?

Le Professeur Ruedin a évoqué dans son rapport les trois attitudes que le droit peut adopter à l'égard des groupes:

- les ignorer,
- les connaître comme des faits, sans encore les reconnaître en droit, et en tirer certaines conséquences juridiques,
- les reconnaître en droit et les réglementer.

Je me rallierai pour ma part très helvétiquement à la solution médiane pour les raisons suivantes:

- D'une part, il est aujourd'hui impensable d'ignorer l'existence d'un fait économique si important, et les conséquences qui en découlent;
- d'autre part, la reconnaissance du droit des groupes se heurte encore à une série d'incertitudes que je dois me borner ici à énumérer:
  - Tout d'abord, l'incertitude de la définition même: un ou-

vrage récent a pout titre: La vaine recherche d'une définition du groupe en droit français. Cette difficulté de la définition reflète les contours indistincts de l'objet. Est-il possible de réglementer un objet que l'on arrive à peine à définir? «Ce qui se conçoit bien, s'exprime clairement et les mots pour le dire arrivent aisément.»

- Ensuite, l'incertitude qui règne à ce sujet dans les législations voisines. Il s'agit précisément d'un sujet dans lequel il n'est pas sage d'être sage tout seul.
- Enfin, l'incertitude quant aux effets que pourrait avoir une telle législation en Suisse, compte tenu du caractère largement transnational de nos groupes de sociétés.

Je n'exposerai pas plus en détail ces raisons: elles relèvent plus de l'opportunité que du droit.

Mais tout en me ralliant à la solution médiane, j'aimerais lui donner un contenu beaucoup plus large, beaucoup plus ambitieux que celui qui est exprimé dans le rapport de langue française. «Le but de cette reconnaissance (de fait et non de droit, des groupes de sociétés) – dit-il – est de faire prévaloir les intérêts des actionnaires libres, en leur fournissant des armes à la mesure de leur adversaire» (page 194).

Cet angle d'attaque me semble trop étroit, car il ne vise que l'un des aspects du problème, celui de la protection des actionnaires minoritaires. L'existence des groupes de sociétés est un «challenge» à tout notre système actuel de droit des sociétés. Sans chercher à réglementer les groupes comme tels, il conviendrait donc de réexaminer tout le système en tenant compte, dans chaque situation, du phénomène du groupe. A ma connaissance, un examen systématique du droit positif sous cet angle reste à faire et il n'est pas possible de le faire maintenant, mais on peut donner quelques exemples, en vrac

- le chapitre consacré à la responsabilité des organes devrait être revu de manière à y inclure la responsabilité de l'actionnaire dominant ou de la société dominante;
- le chapitre du contrôle devrait prévoir une amélioration significative de l'information donnée aux actionnaires, mais aussi au public formé des investisseurs, sans oublier non plus les pouvoirs publics et les travailleurs, qui peuvent également avoir un droit justifié à des informations sur l'ensemble du groupe;
- dans le chapitre de la protection des actionnaires minoritaires, on pourrait, bien entendu, envisager un droit de retrait ou de sortie dont bénéficieraient non seulement les actionnaires ex-

ternes d'une société dominée, mais aussi la minorité opprimée de toute société.

Ce genre d'exemples pourrait être multiplié. Il faudrait revoir les règles relatives à l'acquisition par la société de ses propres actions, l'exercice du droit de vote et ses limitations, réglementer les participations réciproques, etc.

Tout ceci peut se faire sans qu'il soit indispensable de créer une lourde machinerie du genre Konzernrecht.

Une analyse semblable pourrait conduire à des modifications dans d'autres domaines de droit, par exemple le droit du travail: quid du travailleur qui passe d'une société à l'autre du même groupe, sur le plan des droits que confère l'ancienneté, etc.? Mais il n'est pas nécessaire de faire tout à la fois; par contre, le droit des sociétés, actuellement en révision, serait un terrain favorable.

Je me rends compte que cette proposition s'écarte quelque peu des thèses que j'avais formulées dans mon rapport de 1973. Mais après sept ans de réflexion, n'est-ce pas le contraire qui serait inquiétant?

Fürsprecher BERNHARD MÜLLER, Direktor des Sekretariats der Eidg. Bankenkommission, Bern:

Die Schweiz besitzt – wie der deutschsprachige Referent auf S. 290 festhält – kein Konzernrecht, jedenfalls kein kodifiziertes. Indessen verlangt die Eidg. Bankenkommission, wie der Referent auf S. 317 erwähnt, von konzernmäßig organisierten Banken jährlich die Einreichung einer konsolidierten und von der bankengesetzlichen Revisionsstelle geprüften Bilanz, erstmals per 1977 (Rundschreiben der Eidg. Bankenkommission vom 17. März 1978 betr. Konsolidierungsrichtlinien). Die Eidg. Bankenkommission hat damit in ihrem Bereich Ansatzpunkte eines Konzernrechtes geschaffen und verfügt nunmehr auch schon über eine gewisse Praxis, die hier dazulegen von Interesse sein mag.

Die Eidg. Bankenkommission ließ sich von zwingenden aufsichtsrechtlichen Bedürfnissen und nicht von rechtstheoretischen Erwägungen leiten. Sie könnte daher jedenfalls für ihren Bereich auch den Satz nicht unterschreiben, die Regelung des Konzernrechts sei nicht dringend, weil keine nennenswerten Mißbräuche vorlägen. Das mag unter dem Gesichtspunkt eines Machtmißbrauches zutreffen, nicht aber unter dem des Gläubigerschutzes. Wir haben immerhin in der Schweiz im Laufe des letzten Jahr-

zehntes die Konkurse einer Reihe nicht unbedeutender Konzerne erlebt – ich erwähne hier lediglich Baumgartner, Fuchs, Horta, Küderli und Senn; dabei hat sich das vom Referenten als Vorteil für die Gläubiger erwähnte Gesetz der kommunizierenden Gefäße durchwegs so ausgewirkt, daß der Zusammenbruch einer Konzerngesellschaft im Sinne eines Dominoeffektes den Zusammenbruch aller übrigen, auch der scheinbar gesunden, zum Gefolge hatte.

Die konzernrechtliche Aufsichtspraxis der Eidg. Bankenkommission erstreckt sich zur Zeit auf drei Gebiete.

### *1. Konzernbilanz*

Nach Art. 4 des Bankengesetzes haben die Banken für ein angemessenes Verhältnis zwischen ihren eigenen Mitteln und ihren gesamten Verbindlichkeiten zu sorgen. Die Bankenverordnung setzt dieses Verhältnis näher fest. Im Ergebnis werden nach den heutigen Vorschriften bei Handelsbanken die Ausleihungen im Durchschnitt auf das 15fache der eigenen Mittel beschränkt. Durch die Gründung von Tochterbanken kann, ohne daß gesamthaft die Eigenmittel vermehrt würden, das zulässige Kreditvolumen ausgeweitet werden. Die Berechnung der tatsächlich vorhandenen eigenen Mittel wird also bei individueller Betrachtung der miteinander verbundenen Gesellschaften verzerrt, die vom Gesetz gewollte Relation zwischen dem haftenden Kapital und dem zulässigen Kreditvolumen überspielt. Nur eine konsolidierte Rechnung zeigt das wirkliche Verhältnis zwischen Eigenkapital und Verbindlichkeiten im Konzern auf. Daher verlangt die Eidg. Bankenkommission die Vorlage geprüfter, nach ihren Konsolidierungsrichtlinien aufgestellter Konzernbilanzen und die Einreichung eines konsolidierten Eigenmittelausweises.

### *2. Risikoverteilung*

Nach Art. 4$^{bis}$ des Bankengesetzes müssen die Ausleihungen einer Bank an einen einzelnen Kunden sowie die Beteiligungen an einem einzelnen Unternehmen in einem angemessenen Verhältnis zu ihren eigenen Mitteln stehen. Nach Art. 21 BankV gelten dabei rechtlich selbständige Gesellschaften und Personen als Einheit, wenn sie über das Beteiligungskapital zu mehr als 50% miteinander verflochten sind. Der Konzern gilt also im Sinne des Bankengesetzes als einheitlicher Kreditnehmer. Das

Fehlen eines schweizerischen Konzernrechtes und einer Offenlegungspflicht von Konzernverhältnissen kann es allerdings Banken außerordentlich erschweren, dieser Vorschrift nachzuleben. Festzustellen, ob ein Kreditnehmer eine selbständige Gesellschaft sei oder einem Konzern angehöre, ist oft gar nicht einfach.

Eine sachgemäße Handhabung der Vorschrift verlangt aber auch eine konsolidierte Betrachtung der Kredit gewährenden Bank. Es würde einer Gesetzesumgehung gleichkommen, ließe eine Bank Kredite, welche den schweizerischen Plafond überschreiten, über eine Tochtergesellschaft abwickeln. Kredite in- und ausländischer Töchter an einen Kreditnehmer dürfen zusammen mit denen der Mutter die Limiten im Verhältnis zum konsolidierten Eigenkapital nicht übersteigen.

Andererseits gewährt die Bankenkommission Zweigniederlassungen ausländischer Banken bei der Anwendung der Vorschriften über die Risikoverteilung Erleichterungen, wenn die Muttergesellschaft für eine Risikostreuung sorgt und deren Einhaltung von der für die Muttergesellschaft zuständigen Aufsichtsbehörde geprüft wird (vgl. Bulletin der EBK, Heft 6, Juli 1980, S. 18ff.).

### *3. Gewähr für einwandfreie Geschäftsführung*

Nach Art. 3 BankG haben die mit der Verwaltung und Geschäftsführung einer Bank betrauten Personen Gewähr für einwandfreie Geschäftstätigkeit zu bieten. Die Eidg. Bankenkommission hat mit Verfügung vom 20.12.1979 diese Vorschrift konzernmäßig angewandt, indem sie eine Bank angewiesen hat, den Leiter einer Zweigniederlassung wegen fehlender Gewähr von seinem Posten zu entfernen und während einer bestimmten Zeitdauer weder im In- noch im Ausland in der Bank oder einer von ihr beherrschten Bank oder Finanzgesellschaft in leitender Stellung zu beschäftigen.

Sowenig wie das Obligationenrecht enthält das Bankengesetz Vorschriften über den Konzern. Die Frage nach den rechtlichen Grundlagen der Praxis der Eidg. Bankenkommission ist daher aufgeworfen worden. Die Eidg. Bankenkommission hat ihre Zuständigkeit mit folgender Begründung bejaht:

Die schweizerische Muttergesellschaft und die mit ihrer Verwaltung und Geschäftsführung betrauten Personen unterstehen dem schweizerischen Recht. Durch das Konsolidierungsverfahren und den Eigenmittelausweis auf einzelner wie auf konsolidierter Basis wird geprüft, ob diese schweizerischem Recht un-

terstehende Muttergesellschaft ausreichend finanziert ist unter Berücksichtigung ihrer Tätigkeit als Konzernleitung. Es wird also nicht verlangt, daß die ausländischen Töchter nach schweizerischem Recht finanziert seien, sondern einzig, daß die schweizerische Mutter nach schweizerischem Recht über das ihrem Aufgabenkreis und ihrem geographischen Geschäftsbereich entsprechende Eigenkapital verfüge, wie das Art. 7 Abs. 3 BankV vorschreibt.

Gleiches gilt hinsichtlich der internen Organisation der Mutterbank, der Anforderungen an die mit der Verwaltung und Geschäftsführung betrauten Personen und der Risikostreuung: Die Bank, die einen Konzern aufbaut und leitet, muß der gesetzlichen Pflicht nachkommen, sich über eine dieser Geschäftstätigkeit entsprechende Verwaltungsorganisation auszuweisen, die eine sachgemäße Überwachung der Geschäftsführung gewährleistet (Art. 3 Abs. 2 Bst. a BankG). Die mit der Verwaltung und Geschäftsführung einer schweizerischen Bank betrauten Personen müssen Gewähr für eine einwandfreie Geschäftstätigkeit bieten (Art. 3 Abs. 2 Bst. c BankG); dazu gehört, daß sie auch dafür sorgen, daß ausländische Töchter sich als gewissenhafte und redliche Banken betätigen und nicht etwa dazu benutzt werden, die schweizerischen Vorschriften zu umgehen.

Der Eidg. Bankenkommission fehlt in diesen Bereichen die Zuständigkeit zur Rechtsetzung. Sie kann also beispielsweise nicht die Publikation konsolidierter Rechnungen generell anordnen. Dagegen ist sie nach Art. 23$^{bis}$ BankG befugt, von den Revisionsstellen und den Banken alle Auskünfte und Unterlagen zu verlangen, die sie zur Erfüllung ihrer Aufgaben benötigt, und sie hat die erforderlichen Maßnahmen zur Verhütung oder Beseitigung von Mißständen zu treffen. Diese Grundlagen reichen für alle umschriebenen Maßnahmen aus. Nur die konsolidierte Konzernbilanz zeigt die vorhandenen Eigenmittel und deren Verhältnis zu den Verbindlichkeiten. Daher hat denn auch das Bundesgericht in einem in Revisionskreisen viel besprochenen Urteil der Revisionsstelle einer Bank zum Vorwurf gemacht, keine konsolidierte Bilanz erstellt zu haben (BGE vom 11. 11. 1975, publiziert in «Der Schweizer Treuhänder» 1976, S. 24).

Und daß das ein Mißstand wäre, könnten Banken durch Einschaltung von Tochtergesellschaften ohne entsprechende Erhöhung des gesamten Eigenkapitals über die zulässigen Limiten hinaus Einzelkredite gewähren oder Töchter durch Personen verwalten und leiten lassen, die keine Gewähr für einwandfreie Geschäftstätigkeit bieten, scheint unbestreitbar.

Me ANNE PETITPIERRE, avocate, dr. en droit, Genève:

Permettez-moi quelques remarques concernant l'existence d'une lacune en matière de droit des groupes de sociétés et le rôle que peuvent jouer respectivement le juge et le législateur afin de la combler. Le phénomène du groupe de sociétés n'est en rien réglementé par le droit qui s'applique aux unités qui le composent. Cette remarque est valable quelle que soit d'ailleurs la forme juridique revêtue par ces unités. Il existe dans ce domaine une lacune relevée et soulignée à juste titre par le rapport de Monsieur DRUEY et qui avait déjà été soulignée lors du congrès de notre société à Bâle. Cette réalité, aujourd'hui reconnue avec la touchante unanimité que l'on vient d'entendre, n'a toutefois pas fait l'objet alors d'un consensus aussi vaste.

La reconnaissance de l'existence du problème est donc déjà un progrès considérable par rapport aux premières discussions qui ont eu lieu sur ce sujet. En ce qui concerne le droit des sociétés, il faut reconnaître qu'il fixe le mode de fonctionnement de la société anonyme, comme entité particulière (qu'elle soit une unité économique autonome, une entreprise au sens étroit ou la composante d'une entreprise plus vaste) mais qu'il ne traite pas de l'entité «groupe» que celle-ci doive, d'autre part, être considérée comme une unité économique, une entreprise ou un ensemble plus complexe. Cette nouvelle entité, composée des sociétés groupées, ne peut donc se référer pour son fonctionnement au droit des sociétés. Elle constitue un autre état de fait que celui que le législateur a voulu saisir.

L'importance du phénomène de groupes, tant sur le plan national qu'international, impose que cet état de fait non réglementé se voie au moins imposer un cadre légal. Cette nécessité résulte également du risque, non négligeable, que les règles applicables à ses composantes (les sociétés groupées) soient vidées d'une grande partie de leur contenu et de leur portée, par le jeu même de son fonctionnement.

On ne saurait naturellement exclure, avant qu'un cadre légal particulier puisse être établi, que le juge intervienne, faisant application du pouvoir que lui confère la loi face à une telle lacune. Cette intervention peut apparaître comme une nécessité et un devoir du juge lorsqu'il s'agit de protéger les minorités ou d'apprécier la responsabilité des organes envers les tiers; et je songe ici en particulier à l'organe de contrôle, plus encore qu'aux administrateurs. En fait, l'intervention du juge est essentielle dans la définition des devoirs des intéressés, une définition qui est indis-

pensable pour assurer le bon fonctionnement des groupes et la sauvegarde des intérêts en cause.

On peut se demander si l'absence d'une jurisprudence dans ce sens, voire tout simplement l'absence de litiges portant sur des problèmes de groupes, n'est pas en grande partie le résultat de l'actuelle attitude des tribunaux face au problème des minorités dans la société anonyme (et quand on parle de tribunaux, on pense surtout, bien sûr, au plus sage et au plus perspicace d'entre eux, le Tribunal fédéral).

Si, historiquement et sociologiquement, on a pu assigner au droit le rôle de protéger les faibles contre les abus des forts, on peut se demander si la société anonyme suisse ne vit pas actuellement dans un état proche du «non-droit». L'assimilation trop systématique de l'intérêt social à l'intérêt défendu par la majorité est sans doute à l'origine du silence (du moins dans les prétoires) des minorités en Suisse.

Ce découragement des minorités sera d'autant plus grand lorsque la minorité se trouvera en outre confrontée à un mécanisme de groupe. Non seulement la majorité, en soi sage, connaît mieux que la minorité les besoins et l'intérêt de la société, mais, de plus, elle connaît les subtilités de fonctionnement du groupe. Or ce sont les nécessités de ce fonctionnement qui dictent la politique de la filiale. Dès lors, à la difficulté d'apprécier la portée exacte d'une éventuelle violation de leurs droits, s'ajoutent d'insurmontables difficultés de preuve concernant d'abord l'existence, puis le fonctionnement du groupe.

Le juge, déjà peu enclin à se mêler de la gestion des sociétés isolées, voudra-t-il s'aventurer à apprécier la gestion du groupe? C'est pourtant ce qu'il devrait faire s'il veut rendre une certaine efficacité aux règles protégeant les minorités.

Toutefois, même une intervention plus musclée des tribunaux a ses limites. Au moins aurait-elle le mérite de mettre en évidence le dilemme relevé par les deux rapporteurs: l'appréciation de la politique de groupe dans l'optique du seul droit de la société isolée amène le juge à choisir entre deux sacrifices peu souhaitables, soit celui du groupe dont le fonctionnement économique se trouverait entravé à l'excès, soit celui des intérêts les plus faibles et les moins organisés que le droit doit précisément protéger. La seule issue est alors pour le juge de faire œuvre de législateur, reconnaissant la qualité d'entité sui generis du groupe et les besoins particuliers des minorités dans cette entité. C'est là une des tâches les plus importantes que pourrait assumer aujourd'hui la jurisprudence.

Mais cette intervention ne peut porter sur tous les problèmes juridiques évoqués à propos du droit des sociétés. La reconnaissance du phénomène doit inévitablement aboutir à plus ou moins longue échéance à une législation. Le législateur peut en effet seul tenir compte de la complexité du problème et des nombreuses entorses aux principes actuellement admis en droit des sociétés que sa solution comporte. Ainsi, ne peut-on par exemple, sans intervention du législateur, régler la sortie des minorités (retrait, échange, etc.). C'est également lui qui doit dire quand et dans quelles mesures les organes sociaux peuvent admettre la prépondérance de l'intérêt du groupe sur celui de la société elle-même. C'est enfin lui seul qui peut régler les problèmes délicats du droit de la faillite et se poser par les rapports du groupe avec les travailleurs.

Comme on l'a relevé à plusieurs reprises, il existe dans ce domaine un besoin fondamental de transparence qui impose à la fois de reconnaître l'existence du phénomène (et, en principe, sa légitimité) et les problèmes qu'il pose. Une législation contribuera plus qu'une jurisprudence complexe à satisfaire une telle exigence. Cette transparence, cette franchise, nuiront en tout cas moins aux groupes que les malentendus et les ambiguités qui caractérisent actuellement le traitement juridique de ce phénomène.

Dr. HERBERT WOHLMANN, Allschwil/BL:

In seinem Referat begründet Professor DRUEY die Notwendigkeit eines Konzernrechts im wesentlichen damit, daß das Konzernrecht eine schwere Bresche in den Wirklichkeitsbezug des privaten Wirtschaftsrechts schlage, so daß ganz unabhängig von der Schutzbedürftigkeit der Aktionäre und Gläubiger der Konzerntochtergesellschaft aus prinzipiellen Erwägungen ein Konzernrecht geschaffen werden müsse.

Diese Begründung verdient in Frage gestellt zu werden, denn es ist doch für unsere Rechtsordnung durchaus typisch, daß neue Erscheinungen erfaßt werden können, ohne den Gesetzgeber auf den Plan zu rufen: man denke etwa an Innominatkontrakte.

Die meisten Diskussionen über das Auseinanderklaffen von Normen und Wirklichkeit behandeln nur Scheinprobleme, viel wichtiger ist es zu untersuchen, ob schutzbedürftige Interessen verletzt werden; erst wenn legitime Interessen durch die bisheri-

gen Gesetze nicht mehr geschützt werden, drängt sich in diesem Umfang eine Schaffung eines Konzernrechts auf.

Ich möchte in den folgenden 10 Minuten ganz nüchtern die drei Gebiete durchgehen, in denen ein Konzernrecht, und zwar gestützt auf legitime Interessen und nicht auf ein konstruiertes «Auseinanderklaffen» von Norm und Wirklichkeit, sinnvoll sein könnte.

Zunächst der Sektor der Publizität, der im wesentlichen zum Schutz der Aktionäre und Gläubiger der Muttergesellschaft dient, indirekt auch den Aktionären und Gläubigern der Tochtergesellschaften. Zur Zeit sind die Revisionsarbeiten am Aktienrecht im Gange, und der neue Entwurf wird erst zeigen, wie weit über ihn hinaus Spezialbestimmungen für den Konzern erforderlich sind. Da in der Aktienrechtsrevision wohl ohnehin die Verpflichtung zur Aufstellung einer konsolidierten Bilanz enthalten sein wird, dürften sich die zusätzlichen Publizitätsanforderungen für Konzerne in eher engen Grenzen halten, etwa in der auch von Professor DRUEY geforderten Bekanntgabe der Konzernnennung.

Das eigentliche Konzernproblem betrifft den Schutz der Minderheitsaktionäre. Es ist dabei davon auszugehen, daß eine permanente Interessenkollision zwischen legitimen Konzerninteressen und legitimen Interessen der Minderheitsaktionäre einer Tochtergesellschaft vorliegen kann. Mit Professor DRUEY ist in einer Regelung grundsätzlich den Konzerninteressen insofern die Priorität einzuräumen, als die Aktionsfreiheit des Konzerns nicht begrenzt wird, wobei aber die Interessen der Minderheitsgesellschafter sichergestellt werden sollen. Dabei kann aber die in Deutschland eingeführte Lösung von Ausgleichszahlungen nicht befriedigen. Nur zu einem kleinen Teil sind es nämlich unmittelbar Rechtsgeschäfte, die das abhängige Unternehmen zugunsten der Muttergesellschaft benachteiligen. Viel häufiger handelt es sich um generelle Probleme der Konzernpolitik. Beispiel:

Es soll eine neue Produktionsstätte für den Konzern gebaut werden. Eine größere Anzahl von Tochtergesellschaften ist interessiert, aus betriebswirtschaftlichen Gründen kommt aber nur ein Standort in Frage. Soll die Tochtergesellschaft, die den Zuschlag erhält, Ausgleichszahlungen über die Muttergesellschaft an diejenigen Tochtergesellschaften zahlen, die nicht berücksichtigt wurden? Wer in der Praxis steht, weiß, daß solche Fälle typisch sind, und daß ihnen weit mehr Gewicht zukommt als Rechtsgeschäften zwischen Mutter- und Tochtergesellschaft.

Es ist deshalb Herrn Professor RUEDIN beizupflichten, daß die

einzig sachadäquate Lösung darin besteht, den Interessenkonflikt selbst aus der Welt zu schaffen. Das Konzernrecht sollte sich deshalb darauf beschränken, Bestimmungen über den Auskauf der Minderheitsgesellschafter einer abhängigen Tochtergesellschaft aufzunehmen, wobei dieser Auskauf sowohl von der Muttergesellschaft als auch von den freien Aktionären zu angemessenen Bedingungen durchsetzbar sein müßte.

Der Schutz der Gläubiger einer abhängigen Gesellschaft ist solange kein Problem, als diese Gesellschaft aufrechtstehend ist. Dies unterscheidet das Gläubigerproblem qualitativ vom Schutz der Aktionäre, wo eine langfristige Interessenkollision besteht. Die Gesellschaft hat ihre eigenen Rechtsbeziehungen, und der Gläubiger kann sein Recht auf dem Prozeß- und Vollstreckungsweg durchsetzen. Ist die Gesellschaft im Konkurs, so wird bereits heute der Schutz der Gläubiger durch die von einem materiellen Organbegriff ausgehende Regelung von Art. 754 OR ermöglicht, wonach alle in die Geschäftsführung eingreifenden Personen verantwortlich sind. Dies ist ein schönes Beispiel dafür, wie die Lehre bereits aufgrund der heutigen Normen Konzernsachverhalte in den Griff bekommt. Dadurch, daß die Geschäftsunterlagen sich während des Konkurses bei der Konkursverwaltung befinden, sind auch die Beweisprobleme nicht unüberwindlich, so daß spezielle Gläubigerschutzbestimmungen für den Konzern als entbehrlich erscheinen. Professor DRUEY wird hier wohl einwenden, daß die Verantwortlichkeit eben nicht alle Fälle, zum Beispiel den oben erwähnten der Verteilung der Produktionsstätten im Konzern, abdecken kann. Er hat daher – allerdings als dispositives Recht – Lösungen wie eine Auffüllungspflicht der Muttergesellschaft oder deren direkte Mithaftung vorgeschlagen, die praktisch einem zumindest auf einer Seite geltenden Prinzip der kommunizierenden Röhren bezüglich der Schuldendeckung der Gläubiger von Mutter- und Tochtergesellschaft entspricht. Dieser Ansatz ist zwar interessant, aber nicht unproblematisch, weil er gleichzeitig die Gläubiger der Muttergesellschaft zurückstuft. Es ist gar nicht undenkbar, daß die Gläubiger einer Tochtergesellschaft, die etwa über große Landreserven verfügt, besser dastehen könnten als diejenigen der Muttergesellschaft. Müssen dann die Gläubiger der Tochtergesellschaft an die Muttergesellschaft einen «Beitrag» leisten? Müssen Gläubiger einer Tochtergesellschaft zugunsten von Gläubigern einer anderen Tochtergesellschaft, die in Konkurs gefallen ist, auf Teile des ihnen haftenden Vermögens verzichten? Ich glaube aber, daß eine echte Einheitsbehandlung abzulehnen ist; sie kompliziert

das Recht und die Praxis der juristischen Personen ungemein, im internationalen Bereich fast bis zur Undurchführbarkeit, und stillt dabei nur ein theoretisches Schutzbedürfnis, das praktisch kaum je relevant wird, insbesondere nachdem auch die Berichte durchblicken lassen, daß der Gläubiger einer Konzerntochtergesellschaft in der Regel praktisch eher mehr Sicherheit genießen wird als derjenige einer gleich großen unabhängigen Aktiengesellschaft.

Betrachten wir das Wirtschaftsrecht nicht als Selbstzweck, sondern als ein Instrument zur Bewältigung wirtschaftlicher Probleme einerseits und des Schutzes legitimer Interessen anderseits, so sollte es genügen, den Auskauf der Minderheitsaktionäre zu regeln und kleinere Retouchen am Publizitätsrecht vorzunehmen. Eine weitergehende Kodifizierung des Konzernrechts drängt sich – heute jedenfalls – noch nicht auf.

Dr. THEODOR BÜHLER, Winterthur:

Den beiden Referenten kommt das große Verdienst zu, die mit der Rechtstatsache Konzern verbundenen rechtlichen Probleme aufgezeigt zu haben. Es sind dies vor allem und grob umschrieben die Haftung des «Konzerns» gegenüber Dritten und die Rechte der Aktionäre der den Konzern bildenden Gesellschaften. Diese Probleme und einzelne ihrer Lösungen haben die Referenten jedoch ausschließlich aus der Sicht des schweizerischen Aktienrechts behandelt. Konzerne oder ihre Bestandteile können aber, wie die Erfahrung zeigt, in andere Rechtsformen, beispielsweise in diejenige der Genossenschaften, gekleidet werden.

Dann kann sich ein Konzernrecht für die Schweiz nicht darauf beschränken, nur den inländischen Rechtskreis zu beachten. Es wird vielmehr, und in noch stärkerem Maße als irgend ein anderes Recht, die internationalen Verhältnisse, namentlich aber das internationale Recht, im Auge haben müssen, ansonst es von vornherein Gefahr läuft, neue Rechtsungleichheiten zu schaffen. (Vgl. auch E. HOMBURGER, Zum «Durchgriff» im schweizerischen Gesellschaftsrecht, SJZ 67, 1971, S. 252).

Herr Professor RUEDIN schlägt als mögliche Lösungen für den Schutz der Aktionäre innerhalb eines Konzerns das Rückzugsrecht der Aktionäre aus der konzernierten Gesellschaft und das Rückkaufsrecht von Aktien durch den Konzern vor, glaubt aber, daß deren gesetzgeberische Verankerung an einer Legaldefinition des Konzerns nicht vorbeikommt (S. 254). Auch wenn die

von ihm selbst vorgeschlagene Definition (S. 155) auf den ersten Blick sehr weit erscheint, so haben wir die Gewähr, daß sie auch genügt, erst wenn eine umfassende Rechtstatsachenforschung eine möglichst abschließende Rechtstypologie der Erscheinungsformen von Konzernen erbracht hat, die sich naturgemäß vor allem nach der Organisation der erfaßten Konzerne zu richten hat. Eine solche Rechtstypologie ist zwar in beiden Referaten angetönt, doch erhebt keiner der Referenten Anspruch darauf, sie in zuverlässiger und abschließender Weise durchgeführt zu haben. Ganz im Gegenteil stellt Herr Professor DRUEY am Schluß seines Referates fest: «Die Wissenschaft hat ihre Aufgabe in der Vorbereitung eines Konzernrechtes noch nicht erfüllt» (S. 386).

Man ist daher umso mehr erstaunt, von beiden Referenten den Ruf nach gesetzgeberischer Normierung des Konzerns zu vernehmen, wenn doch die wissenschaftlichen Grundlagen hierzu noch derart unvollkommen sind.

Professor LUTZ KRAUSKOPF, Fribourg:

*I. Einleitung*

Ich möchte einen Gedanken von Herrn DRUEY aufgreifen (S. 370ff.) und den Versuch unternehmen, die Frage des Durchgriffes auf die Muttergesellschaft (im Falle des Konkurses der Tochter) zu konkretisieren. Die Ansprüche eines Gläubigers sind immer so gut, wie sie durchsetzbar, exekutierbar sind. Die Durchsetzbarkeit hängt entscheidend vom Durchgriff auf die Muttergesellschaft ab. Es versteht sich von selbst, daß ein möglicher Durchgriff an Voraussetzungen zu knüpfen ist. Eine absolute Haftung (Mutter haftet immer und jedenfalls) kann ebensowenig in Frage kommen wie der Ausschluß jeder Haftung zum Beispiel dadurch, daß sich die Mutter der Haftung durch eine entsprechende Handelsregistereintragung entzieht. Das System «Alles oder Nichts» enthielte Extremlösungen, die unangemessen wären.

*II. Die schweizerische Rechtsprechung*

Das Bundesgericht hat das Problem des Durchgriffs bislang immer unter die allgemeine Frage gestellt, unter welchen Voraussetzungen die grundsätzliche Trennung zwischen einer juristi-

schen Person und ihren Mitgliedern aufgehoben oder wenigstens beschränkt werden darf. Es fehlt jedoch eine spezifische Ausrichtung auf Konzernsachverhalte. Die Frage der Zulässigkeit des Durchgriffs wurde ausschließlich unter den Gesichtspunkten von Treu und Glauben und des Rechtsmißbrauchs beurteilt. «Es muß also in jedem einzelnen Fall auf Grund der konkreten Umstände abgeklärt und beurteilt werden, ob mit der Verwendung der Aktiengesellschaft und der damit verbundenen Trennung ausschließlich oder doch ganz überwiegend der Zweck verfolgt wird, Drittinteressen zu schädigen.» (E. HOMBURGER, Zum «Durchgriff» im schweizerischen Gesellschaftsrecht, SJZ 67, 1971, S. 249ff.)

Eine Prüfung der schweizerischen Rechtsprechung zum Durchgriff läßt folgendes erkennen:

1. Die Rechtsprechung geht weit über das Problem der Haftung des Aktionärs für Verbindlichkeiten hinaus. Alle nur denkbaren Mißbräuche, die mittels einer Gesellschaft möglich sind (siehe BGE 81 II 455; 53 II 31; 58 II 162; 71 II 272), werden von der Rechtsprechung erfaßt.

2. Es ergibt sich daraus, daß nicht nur Konkursfälle der Gesellschaft Anlaß zur Rechtsprechung geben, sondern zum Beispiel «Aktienverkäufe», «mißbräuchlicher Bürgschaftsrückgriff» oder ein «umgekehrter» Durchgriff wie im BGE 102 III 165, wonach das im Eigentum einer Aktiengesellschaft stehende Grundstück für eine Schuld des Alleinaktionärs verarrestiert werden dürfte.

3. Diese Rechtsprechung betrifft überwiegend Einmann-Aktiengesellschaften, auch wenn dieses Prinzip im Entscheid BGE 71 II 276 eingeschränkt wurde.

4. Es handelt sich um eine Rechtsprechung, die auf Art. 2 ZGB beruht und daher nur offensichtlich stoßende Vorgänge erfaßt. Beim Konkurs geht es jedoch nicht darum (jedenfalls nicht primär), Aspekte des Rechtsmißbrauchs zu entdecken, sondern dem Konzernsachverhalt durch erweiterte Haftung der beherrschenden Gesellschaft Rechnung zu tragen. Aber gerade dieser Aspekt fehlt in der schweizerischen Rechtsprechung. Es drängt sich daher der Versuch einer entsprechenden Regelung auf.

### *III. Skizze eines Gesetzesvorschlages*

«Wird über die Gesellschaft der Konkurs eröffnet, so haften den Gläubigern für die Verbindlichkeiten der Gesellschaft diejenigen

Aktionäre, auf deren Veranlassung Maßnahmen oder Rechtsgeschäfte stattfanden oder unterblieben und somit

1. gesetzliche und statutarische Vorschriften in maßgeblicher Weise verletzt wurden, insbesondere falls Vermischung der Vermögenswerte oder Geschäftsangelegenheiten zwischen der Gesellschaft und den Aktionären vorliegen;
2. die Gesellschaft einen maßgeblich zur Zahlungsunfähigkeit beitragenden Schaden erlitten hat und die ausgeübte Beherrschung offensichtlich nicht durch Zweck oder wirtschaftliche Lage der Gesellschaft zu rechtfertigen war;
3. der Anschein erweckt wurde, daß sie für die Verbindlichkeiten der Gesellschaft haften werden.»

## *IV. Erläuterungen zum Vorschlag*

### 1. Anwendungsbereich

Der Vorschlag erfaßt Situationen, in denen ein *Konkurs* vorliegt, sich jedoch ein «Durchgriff» durch die Aktiengesellschaft aufdrängt, da andernfalls Dritte rechtsmißbräuchlich geschädigt würden.

Es erscheint jedoch problematisch, über Art. 2 ZGB auch für den Konkursfall eine Regel aufzustellen, die festzulegen hätte, wann die Existenz einer Aktiengesellschaft oder das Sich-Dahinter-Verbergen rechtsmißbräuchlich ist. Art. 2 ZGB räumt dem Richter für den «Nicht-Konkursfall» die nötige Ermessensfreiheit ein, um solche Fälle lösen zu können.

Mein Vorschlag gilt dem Gläubigerschutz im Konkurs, ist aber von ausgedehnterer Zielsetzung, als es etwa eine erweiterte paulianische *Anfechtungsklage* sein könnte. Die zum Konkurs führende Ausübung der Beherrschung kann zwar in der Begünstigung des beherrschenden Aktionärs oder eines Dritten bestehen. In einem solchen Fall ist die Anfechtungsklage angebracht. Daneben gibt es jedoch noch viele andere Formen der Ausübung von Beherrschung. So ergibt zum Beispiel der Verzicht auf Produkteforschung, was zum wirtschaftlichen Niedergang der Gesellschaft führt, keinen Ansatzpunkt für eine Anfechtungsklage; ebensowenig wäre dies bei Unterkapitalisierung der Fall. Dagegen würde Ziff. 2 des hier formulierten Vorschlages eingreifen.

Als sedes materiae scheint mit das SchKG geeignet, und dort im Anschluss an die Pauliana. Die Pauliana hat sich – eine Verflechtung von materiellem Recht und Verfahrensrecht – mit Standort SchKG bestens bewährt; sie kann vielleicht anläßlich

der Revision des SchKG noch etwas griffiger ausgestaltet werden. Jedenfalls erfaßt sie – bezogen auf die Konzernhaftung – schon heute den Tatbestand: Vermögensverschiebung zugunsten des beherrschenden Aktionärs oder eines Dritten; Folge: *Rückführung* des erworbenen Vermögens in das Vollstreckungssubstrat, in die Masse.

Neu käme als Tatbestand hinzu: Handlungen des beherrschenden Aktionärs, die sich als «Einmischung» qualifizieren, eine «Vermischung von Vermögenswerten» veranlassen oder eine «Anscheinshaftung» setzen. Folge: *Zuführung* von Vermögen des beherrschenden Aktionärs in die Konkursmasse der Gesellschaft zur Deckung der Forderungen der Gläubiger.

Nachfolgend nun Einzelheiten zur Ausgestaltung der Norm.

## 2. Ausgestaltung

### a) Die haftenden Aktionäre

Nicht nur Konzernverhältnisse, sondern auch Einmann-Aktiengesellschaften und andere Beherrschungsverhältnisse sollten erfaßt werden. Daher wird der Ausdruck «Muttergesellschaft» als zu einschränkend vermieden. Es wäre denkbar, den Begriff «beherrschender Aktionär» zu verwenden. Eine Definition des beherrschenden Aktionärs muß jedoch quantitative Beteiligungselemente und qualitative Einflußnahmemöglichkeiten berücksichtigen. Es erscheint daher vorteilhafter, diesen schwer festzulegenden Begriff zu vermeiden. Aktionäre, die den Tatbestand der vorgeschlagenen Regelung erfüllen, sind zumindest in den Angelegenheiten, die sie maßgeblich beeinflussen konnten, als beherrschend zu betrachten. Daher genügt der Nachweis, daß die betreffenden Tatbestände auf Veranlassung der Aktionäre erfüllt wurden. Die beherrschende Stellung ergibt sich aus der Veranlassung und braucht somit nicht Diskussionsgegenstand zu werden.

### b) «Veranlassung»

Die nachteiligen Maßnahmen und Rechtsgeschäfte sollten auf Veranlassung der beherrschenden Aktionäre erfolgt sein. Die Arbeiten der Unternehmensrechtskommission beim Bundesministerium der Justiz der BRD zeigen, daß die Meinung besteht, das Merkmal der «Veranlassung» zu streichen (Bericht über die Verhandlungen der Unternehmensrechtskommission, Köln 1980, S. 712–713). Es scheint jedoch zweifelhaft, ob dem zuge-

stimmt werden kann und somit eine Art Kausalhaftung eingeführt werden sollte. Ohne die Schwierigkeit zu verkennen, die ein Nachweis der «Veranlassung» aufwirft, dürfte doch wohl nicht zu weit gegangen werden. Ein neues Instrumentarium «Sonderprüfung» scheint hier mehr am Platz, um die Frage der «Veranlassung» zu klären.

c) Ziffer 1 (Vermischung)

In dieser Ziffer geht es weniger darum, ob das Verhalten oder die Maßnahmen der Aktionäre tatsächlich den Konkurs verursacht haben. Ziffer 1 hat in der Tat den Charakter einer unwiderlegbaren gesetzlichen Vermutung. Durch maßgebliche Verletzung gesetzlicher oder statutarischer Vorschriften, insbesondere Vermischung der Vermögenswerte oder Geschäftsangelegenheiten, verwischen die Aktionäre die Trennung, die zwischen ihnen und der Gesellschaft zu bestehen hat. Die logische Sanktionierung dieser Haltung ist die erweiterte Haftung.

d) Ziffer 2 (schädliche Geschäftsführung)

Der Vorschlag geht insofern nicht übermäßig weit, als zwei Voraussetzungen aufgestellt werden:
- die Aktionäre haben durch ihr Verhalten der Gesellschaft einen Schaden zugefügt, der maßgeblich zur Zahlungsunfähigkeit beigetragen hat;
- die ausgeübte Beherrschung war offensichtlich nicht durch Zweck oder wirtschaftliche Lage der Gesellschaft zu rechtfertigen. Mit diesem Prinzip wird indirekt die Zulässigkeit von Weisungen der Aktionäre bis hin zur einheitlichen Leitung von Konzernen anerkannt.

e) Ziffer 3 (Rechtsschein)

Für die Begründung der Haftung bei erwecktem Rechtsschein mag hier – weil unzweifelhaft – auf das Prinzip verwiesen werden: Wer einen bestimmten Rechtsschein setzt, trägt die Folgen dafür, daß sich Dritte auf diesen Rechtsschein verlassen.

f) «Haftung für die Verbindlichkeiten der Gesellschaft»

Es scheint nicht opportun, das weitergehende deutsche System der Verlustübernahme einzuführen. Es wird damit stark in wirt-

schaftliche Vorgänge eingegriffen, während die hier vorgeschlagene Lösung auch darauf abzielt, die Stellung der freien Aktionäre zu wahren. Ein Eingreifen scheint erst im Konkursfall angezeigt.

### *V. Schlußbemerkungen*

Der Vorschlag ist zwar von der deutschen Gesetzgebung nicht unbeeinflußt, doch orientiert er sich mehr an der französischen Gesetzgebung (Loi du 16 juillet 1967, Art. 99–101) und vor allem an der amerikanischen Rechtsprechung. Er beabsichtigt, ein zum Konkurs führendes Fehlverhalten zu sanktionieren, welches von der heutigen schweizerischen Rechtsprechung (Art. 2 ZGB) nicht erfaßt werden kann, ohne die heute geltenden Rechtsprinzipien in das Gegenteil zu verkehren.

Der Vorschlag ist einfach konzipiert. Der an sich komplexe Sachverhalt «Konzernkonkurs» wird an ein konkretes, haftungsauslösendes Verhalten des beherrschenden Aktionärs geknüpft. Die schwierige Frage eines Verschuldens stellt sich nicht. Der Vorschlag dürfte im übrigen auch für den Konkursbeamten praktikabel sein.

Dr. René Jacques Baerlocher, Advokat, Basel:

Der knappen Redezeit halber beschränke ich mich, aus der Sicht eines Praktikers, auf zwei Grundsatzfragen aus der Thematik des deutschsprachigen Referates.

Es ist signifikant, wenn Herr Druey – noch dazu unter bewußter Außerachtlassung der mit der Multinationalität verbundenen zusätzlichen Konzernaspekte (S. 281, Nr. 5) – am Schluß seiner weitgespannten Untersuchungen den sehr ungewöhnlichen Mut aufbringt, zu bekennen, daß die Wissenschaft ihre Aufgabe in der Vorbereitung eines schweizerischen Konzernrechtes noch nicht erfüllt habe (S. 386, Nr. 230f.) und daß bei der Aufstellung konzernrechtlicher Regeln von vornherein in Kauf zu nehmen sei, daß sie teilweise inadäquat sein werden (S. 300, Nr. 46).

Gleichwohl fordert aber der Berichterstatter, jedenfalls für Teilbereiche wie den Gläubigerschutz, schon für *bald* neues Recht (S. 387, Nr. 231). Wenn ich ihn richtig interpretiere, bejaht er im Ganzen die Aktualität der Konzerngesetzgebung und schlägt, wie er sagt «für eine erste Phase», wenn auch als disposi-

tives Recht, die weitestgehende Lösung vor, nämlich die Einheitsbehandlung des Konzerns. Er erwägt auch bereits für den Fall, daß sich diese dispositive Konzeption nicht bewähren sollte, spätere legislatorische Schritte (S. 365/366, Nr. 175/176).

Gegen diese Vorschläge erheben sich rechtspolitische Bedenken. Schon damit, daß er «für eine erste Phase» legiferiert, würde doch der Gesetzgeber zum Ausdruck bringen, daß er seiner Aufgabe bereits bei der Geburt des Gesetzes nicht sicher ist. – Es dürfte anerkannt sein, daß die wohl vorherrschende, ihrer nuancierenden Zielsetzung nach für mein Verständnis wirklichkeitsnahere sog. «modifizierte Einheitstheorie» derzeit noch manche Frage unbeantwortet läßt, und zwar gerade darum, weil das wesentliche Differenzierungsmoment im Objekt der Gesetzgebung selbst liegt: nämlich in den sehr unterschiedlichen Konzernstrukturen (S. 383/384, Nr. 223/224). Das kann doch aber kein Grund dafür sein, das maius, den Weitschuß mit der Einheitsbehandlung, zu wagen und das Konzernrecht quasi zu einem Experimentierfeld des Gesetzgebers zu machen.

Der Berichterstatter liefert anschauliche Beispiele, von denen ich bloß vier herausgreifen will, um die nach meiner Ansicht viel zu weitgehenden Folgen einer konsequent durchgeführten Einheitsbehandlung aufzuzeigen:

1. Kann ein außenstehender Schuldner einer Gesellschaft verrechnen, wenn er seinerseits eine Forderung gegen ein anderes Konzernglied hat, also ohne explizite Konzernverrechnungsabrede (S. 324, Nr. 86 und S. 341, Nr. 116; GAUCH/SCHLUEP/JAEGGI, Skriptum OR, Allgemeiner Teil, Zürich 1978, II Nr. 17127)? In dieser Allgemeinheit kann dies niemals zutreffen.

2. Wer ist – namentlich, wenn man mit FRANK VISCHER die Frage stellt, ob das Unternehmen als «Sozialgröße» zu verstehen sei (Die Verantwortung des Verwaltungsrates in der Aktiengesellschaft, Zürich 1978, S. 89), – eigentlich der Arbeitgeber des Angestellten einer Konzerngesellschaft: diese selbst, die Obergesellschaft oder der «Konzern als Ganzes», was immer das heißen mag (S. 384, Nr. 224; S. 362, Nr. 165; anders S. 363, Nr. 167 und S. 325, Nr. 87 in fine; auch ANNE PETITPIERRE in ZSR 92 II, 1973, S. 1036)? Allgemein auf das Vertragsrecht übertragen bedeutet das: Wer ist eigentlich, mit LOUIS DALLÈVES zu reden, der «véritable interlocuteur» der Vertragspartei einer Konzerngesellschaft (ZSR 92 II, 1973, S. 1019)? Thesen, wie sie im Bericht gestreift werden, wie zum Beispiel jene der «impliziten Vollmacht» von Konzerngesellschaften, für einander zu handeln (S. 323, Nr. 84), müßten der Verkehrssicherheit abträglich sein.

3. Soll ein Ausländerarrest auch konzerngleiche Gesellschaften erfassen (S. 331, Nr. 101), was meines Erachtens nicht angeht und den Richter und nicht zuletzt den Dritten, der Vermögenswerte des Schuldners in Händen hat, vor praktisch unlösbare Probleme stellen müßte.

4. Darf ein Geheimnis einer Konzerngesellschaft innerhalb des Konzerns weitergereicht werden (S. 302, Nr. 50, Anm. 68)? Hier würden sich für Bankenkonzerne übrigens zusätzliche Fragen stellen, von deren aufsichtsrechtlichen Problemen ganz abgesehen.

Die Liste ließe sich verlängern, aber schon diese Beispiele machen doch wohl deutlich, daß eine Einheitsbehandlung viel zu weit geht. De lege lata hat sie ohnehin keine Stütze. Ich denke hier an Versuche, sie unter Stichwörtern wie Patronage oder Gläubigererwartung ins geltende Recht einzuschmuggeln (S. 374/375, Nr. 194/195). Aber auch de lege ferenda ist die vorbehaltlose Einheitsbehandlung abzulehnen. Eine solche Gesetzgebung müßte meines Erachtens ihr oberstes Ziel, die Gewährleistung der Rechtssicherheit, verfehlen. Rechtssicherheit ist ja übrigens nicht nur ein Anliegen des Aktionärs, Angestellten, Vertragspartners, namentlich Gläubigers, sondern auch des Konzerns selber!

Vor allem kann eine Gesetzgebung erst ins Auge gefaßt werden, wenn sich die Wissenschaft wenigstens in großen Zügen einig darüber ist, was ein Konzern überhaupt ist und nach welchen Kriterien ihm eine Gesellschaft zuzurechnen wäre. Wie ist insbesondere bei Branchenfremdheit zu entscheiden, und zwar schon bei strukturell relativ verwandten Bereichen wie Beteiligungen von Banken an Leasing- oder Factoring-Gesellschaften, oder zum Beispiel einer Fluggesellschaft an Hotelunternehmen? Darf man ohne weiteres eine Finanzierungs- oder Immobiliengesellschaft einem Industriekonzern zurechnen oder eine Industrieunternehmung einer Bank, was auch der Berichterstatter, mit Recht, abzulehnen scheint (S. 344, NR. 122, Anm. 194)? Herr Druey macht den interessanten Vorschlag, den Konzern zu einem Dementi, an das hohe Publizitätsanforderungen zu stellen wären, zu zwingen, falls er für gewisse Gesellschaften die Einheitsbehandlung ausschließen möchte (S. 365/366, Nr. 174–176). Ist dies aber in der Praxis möglich und im Einzelfalle zumutbar, besonders wenn gleichzeitig vom Konzern immer weitergehende Transparenz gefordert wird (S. 380, Nr. 211)? Die Motive zum Erwerb von Beteiligungen und Art und Maß der sogenannten Beherrschung sind ja in der Konzernpraxis so vielfältig. Ich hege offen gestanden große Zweifel.

Der Berichterstatter und die fast gleichzeitig eschienene Monographie von ALBERS (MAX ALBERS-SCHÖNBERG, Haftungsverhältnisse im Konzern, Diss. Zürich 1980, S. 185; Bericht DRUEY S. 376, Nr. 200 und passim) sind meines Erachtens zu pessimistisch in der Bewertung teils der rechtlichen Begründung, teils der Effizienz der de lege lata zur Verfügung stehenden Behelfe, namentlich der vom Berichterstatter als «Chamäleon» bezeichneten Durchgriffslehre (S. 372, Nr. 191). Chamäleonhaft ist doch wohl weniger die auf dem Rechtsmißbrauchsverbot, einer Grundsäule unserer Rechtsordnung, fußende Durchgriffslehre, als der eben ungemein komplexe Konzernsachverhalt. Bis zum Vorliegen eines Konzernrechts sollten wir meines Erachtens im Interesse der Rechtssicherheit von möglichst einfachen und dem Richter vertrauten Rechtsbehelfen ausgehen, über die sich in Lehre und Rechtsprechung eine gewisse Übereinstimmung herausgebildet hat. Dies muß meines Erachtens zu einer typengerechten Anwendung des Aktienrechtes führen: Es ist vom System der organisatorischen Einheit auszugehen, aber natürlich unter Vorbehalt des Falles, daß diese typengerechte Rechtsanwendung auf einen atypischen Sachverhalt einen Rechtsmißbrauch zulasten eines geschädigten Dritten darstellt. ROLF BAER hat in anderem Zusammenhange die beiden Grundtatbestände herausgeschält: Die Obergesellschaft entzieht sich eigenen Rechtspflichten, oder für Verpflichtungen der Konzerngesellschaft ist auf die Obergesellschaft durchzugreifen (Colloque International sur le droit international privé des groupes de sociétés, Genève 1973, S. 118, Ziff. 6). Dann ist der Durchgriff wegen wirtschaftlicher Identität oder, richtiger, wegen Beherrschung geboten. Es werden die von Rechtsprechung und Lehre zur Einmanngesellschaft entwickelten Grundsätze auf den Konzernsachverhalt übertragen, was den wirtschaftlichen Gegebenheiten entsprechen dürfte. Die rechtstheoretische Begründung scheint mit sekundär, weil sie immer einen Rechtsmißbrauch voraussetzt: Ob es sich nun, wie Herr DRUEY überlegt, um eine unechte Gesetzeslücke handelt (S. 334, Nr. 106, und S. 386, Nr. 230; dazu HENRI DESCHENAUX, Einleitungsartikel, in: Schweiz. Privatrecht, Bd. II, S. 100), um den von PETER GAUCH diskutierten sog. Durchgriff (Der Zweigbetrieb im Schweizerischen Zivilrecht, Zürich 1974, S. 485, Nr. 2183 und S. 345, Nr. 1596), oder um einen speziellen Anwendungsfall des venire contra factum proprium, wie zum Beispiel LANGEN bei sogenanntem Konzernauftreten vorschlägt (ALBRECHT LANGEN, Die Haftung des herrschenden Unternehmens für Verbindlichkeiten der abhängigen

Gesellschaft bei einem Multinationalen Unternehmen, Diss. Bonn 1977, S. 123). Die zahlreichen in neuerer Zeit vorgeschlagenen weitergehenden Haftungsmodelle schaffen meines Erachtens eher Unsicherheit. Eine auf den hier vertretenen Grundsätzen aufbauende Rechtsprechung könnte de lege ferenda in eine Art Konzernpauliana ausmünden, wie sie von VISCHER/RAPP seinerzeit angeregt worden ist (Zur Neugestaltung des Schweizerischen Aktienrechts, Bern 1968, S. 202).

Zusammenfassend:

1. Die Notwendigkeit einer Konzerngesetzgebung ist nicht bestreitbar. Die Zeit ist aber dafür noch nicht reif. Gesetzgebung an einem dogmatisch unbewältigten Gegenstande ist gefährlich, weil sie, einmal begonnen, unvermeidlich in einen Zugs- und Erfolgszwang führt und Eigendynamik entwickelt. Zur Feststellung der Dringlichkeit des Normbedürfnisses ist es doch gut zu wissen, daß nennenswerte Mißbräuche derzeit nicht zu beklagen sind (S. 291, Nr. 21).

2. Wird die Konzernstruktur rechtsmißbräuchlich verwendet, so kann de lege lata dem am Konzern interessierten, geschädigten Außenstehenden, auch dem Angestellten, geholfen werden.

3. Voraussetzungslose Einheitsbehandlung des Konzerns führt zu unbefriedigenden Resultaten und vermag den Anforderungen der Rechtssicherheit nicht zu genügen, wobei unklar bleibt, welche Bereiche überhaupt einheitlich zu behandeln wären.

Es ist eine lästige Folge der Beschränkung der Redezeit, daß sie kaum ausreicht, die wichtigsten kritischen Überlegungen vorzubringen, aber schon gar nicht, um angemessen seiner Freude darüber Ausdruck zu geben, daß uns jetzt eine längst fällige, ungemein anregende, interessante und die Konzernpraxis ausleuchtende Studie aus berufener Feder vorliegt.

Réponse du Professeur RUEDIN, rapporteur de langue française:

Tout d'abord, je tiens à remercier tous les intervenants de leur contribution. C'est de la confrontation des idées que résultera un jour, du moins je l'espère, non pas nécessairement *la* solution aux problèmes posés par les groupes de sociétés, mais du moins *une* solution acceptable par la majorité.

Ensuite, je constate que la discussion d'aujourd'hui fait apparaître un grand progrès par rapport à la situation d'il y a sept ans.

Il n'est plus contesté que les groupes de sociétés posent des problèmes. Seule la manière de les résoudre prête encore à discussion.

Enfin, je vous livre trois remarques que m'ont inspirées l'une ou l'autre des interventions de tout à l'heure:

1. Avec M. HIRSCH, je pense qu'une amélioration de l'information dans le cadre des groupes de sociétés est indispensable. Les groupes de sociétés doivent devenir plus transparents. Le problème réside toutefois dans le fait que les milieux directement intéressés craignent autant, si ce n'est plus, la transparence que le droit de groupes. Or le droit des groupes, du moins dans sa forme la plus élaborée, peut présenter l'avantage d'être moins exigeant en matière d'information que d'autres moyens de protection des actionnaires minoritaires. Grâce au droit de retrait, par exemple, les actionnaires libres ont la possibilité de sortir de la filiale lorsqu'ils estiment que leurs intérêts sont lésés, sans avoir besoin de connaître exactement quelle est la nature ou le montant du dommage. Le droit des groupes peut donc apparaître, dans une certaine mesure du moins, comme économique d'information.

2. M. DALLÈVES se montre favorable à la deuxième manière d'envisager le droit des groupes, c'est-à-dire à la reconnaissance de fait des groupes de sociétés. Ce système présente évidemment des avantages. Il permet de protéger de manière satisfaisante les actionnaires libres. Mais il ne peut être qu'une étape sur la voie d'un véritable droit des groupes de sociétés. Le jour où le législateur aura protégé les actionnaires libres selon le deuxième système, les groupes de sociétés eux-mêmes réclameront les avantages du groupe de sociétés reconnu en droit, donc la légalisation de la direction unique.

3. M. BÜHLER a insisté sur l'importance de l'élément international dans les groupes suisses de sociétés. Cette caractéristique est évidente. Il doit en être tenu compte. Néanmoins, elle ne fait pas obstacle à la création d'un droit suisse des groupes de sociétés. Certes, un tel droit ne s'appliquera pas dans tous les cas. Le colloque international sur le droit international privé des groupes de sociétés, organisé à Genève en 1973 par le Centre d'études juridiques européennes de la Faculté de droit de Genève, a démontré qu'en principe les rapports de droit dans le cadre d'une filiale sont régis par le droit du pays de la filiale. Les problèmes à caractère international, notamment les questions de droit international privé, ne peuvent être résolus de manière satisfaisante qu'en dernière étape, lorsqu'un droit matériel des groupes de sociétés aura été élaboré.

Antwort von Professor DRUEY, Berichterstatter deutscher Sprache:

Die Diskussion hat teilweise einen negativen Zug gegenüber einem Konzernrecht hervortreten lassen. Es ist nicht immer ganz auszumachen, ob es dabei jeweils um die spezifischen Probleme oder um eine Zurückhaltung genereller Art geht, um den Wunsch «Laß doch an uns geplagten Unternehmen wenigstens diesen Kelch vorbeigehen; wir haben uns auch so mit genug Gesetzgebung herumzuschlagen». Ich stelle aber fest – meinerseits mit Genugtuung –, daß auch solche Voten nuanciert ausgefallen sind.

Zunächst ein Wort zu Herrn BAERLOCHER, der zum Schluß gesprochen und ein wahres Füllhorn von Aspekten ausgeschüttet hat. Ich meine keineswegs, daß wir den Konzern schlechthin als Einheit behandeln sollen. Ich glaube, daß wir in gewissen Hinsichten, um den bestehenden Erwartungen der Beteiligten gerecht zu werden, den Konzern rechtlich als Einheit sehen müssen. Welches diese Aspekte sind, versuchte ich mit Nennung gewisser Grundlinien zu zeigen. Im einzelnen hat Herr BAERLOCHER eindeutig eine konservativere Einstellung. Beispielsweise meine ich, daß man sich im Regelfall bezüglich der Verbreitung eines Geheimnisses innerhalb eines Konzerns keine Illusionen machen sollte. Im Grundsätzlichen scheint mir aber, daß wir uns einig sind, in dem Sinn, daß wir unter jedem Aspekt sehen müssen, ob Einheit oder Vielheit die sinnvolle Lösung ist (durchaus im Sinn der «modifizierten Einheitstheorie»). Insofern ist die Rechtsprechung aufgerufen, in die Herr BAERLOCHER – wie ich es von ihm wie auch von Herrn Kollegen HIRSCH gern gehört habe – das Vertrauen hat, daß sie eine befriedigende Weiterentwicklung des Rechts bringen wird.

Herrn WOHLMANNS Votum bezüglich des Gläubigerschutzes wirft die alte Frage auf, ob die Tatsache, daß Mißbräuche selten sind, ein Grund für oder gegen eine Gesetzgebung ist. Die Seltenheit müßte doch auch bedeuten, daß die loyalen Firmen von einer Mißbrauchsgesetzgebung nicht berührt sind. Die adäquate rechtliche Erfassung eines so wichtigen Phänomens wie des Konzerns ist im übrigen nicht nur eine Frage der Mißbrauchsbekämpfung. Jedenfalls – ob dies «bloß» theoretisch sei oder nicht – ist die der Sache entsprechende Lösung in diesem Punkt schlicht: Es bleibt bei der Feststellung, daß im Konzern das Vermögen einheitlich bewirtschaftet wird. Deshalb sollte es auch ein einheitliches Haftungssubstrat bilden. Natürlich impliziert der

Schutz einzelner Gläubiger die Benachteiligung anderer Gläubiger; das illustriert meines Erachtens das Ungenügen einer einzig von dem Schutz bestimmter Interessenkategorien ausgehenden Betrachtungsweise.

Was mich aber irritiert, das sind die Voten der Herren HIRSCH und DALLÈVES, in denen ich meine, eine zurückhaltendere Tendenz herauszuhören, als sie in ihren früheren Äußerungen zum Thema lag. Das gibt mir den Eindruck, als sei das Konzernrecht etwas, das mit jugendlichem Elan und einem gewissen Idealismus zu tun hat, das aber mit der Erlangung einer gewissen Reife dann mehr und mehr in Frage gestellt wird. Persönlich halte ich an der bejahenden Einstellung fest, im Augenblick. Der Frage kann ich mich aber nicht erwehren, wie ich mich denn dereinst verhalten werde, wenn, wie vor sieben Jahren, das Thema nach weiteren sieben Jahren in den Traktanden des Schweizerischen Juristenvereins wieder erscheint.

Dem nachzugehen hat aber keinen Sinn. Ich kann nur für heute sprechen. Im Augenblick sehe ich, was Herr DALLÈVES gesagt hat, den «challenge»: Sollen uns die Schwierigkeiten, die wir bei der Erfassung des Konzerns und bei seiner Regelung feststellen, dazu führen, daß wir die Sache weglegen, oder sollen sie uns im Gegenteil Anlaß sein, unsere Bemühungen zu verstärken? Die Bedeutung des Phänomens ist mir Grund genug für die zweite Auffassung.

Bundesrat Dr. KURT FURGLER:

Monsieur le Président,
Mesdames, Messieurs, chers Collègues,

Permettez-moi tout d'abord de saluer le peuple fribourgeois, ses autorités, ce beau canton et de remercier nos amis fribourgeois de nous accueillir d'une manière si cordiale. En même temps, Monsieur le Président, chers Collègues, j'ai l'honneur au nom du Conseil fédéral de remercier la Société suisse des Juristes de tout ce qu'elle fait, preuve nous en est donnée au cours de cette séance matinale. En effet, la Société s'attache toujours à l'examen de nouveaux problèmes de ce pays qui est le nôtre, problèmes dont la solution présente une portée touchant non seulement les Juristes mais également tous les citoyens de ce pays, en particulier le politicien, dont le travail quotidien doit respecter le droit. Les résultats de cet examen ne passent pas

inaperçus. Ils permettent des appréciations et des analyses comparatives; ils favorisent une juste approche dans l'application du droit et donnent des impulsions non négligeables au développement futur de notre ordre juridique. Par exemple: celui qui s'occupe de la charte économique, dans le présent et le futur – ainsi qu'a dû le faire la Commission des experts pour la révision totale de la Constitution fédérale –, ne peut pas ne pas se référer aux rapports fondamentaux de MM. CHARLES-ANDRÉ JUNOD et FRITZ GYGI, présentés il y a dix ans. Permettez-moi tout simplement donc de vous dire merci.

Unità nella molteplicità: questa formula caratterizza la struttura federalista del nostro Paese. Ma non è soltanto la comune volontà politica d'affermazione a tenere uniti, in un unico complesso, Cantoni dagli aspetti tanto multiformi. Sono piuttosto le opinioni giuridiche comuni e l'identificarsi di tutti nello Stato di diritto al servizio dell'individuo, a configurare la nostra unità.

In tale contesto è con particolare piacere che porgo il benvenuto alle colleghe e ai colleghi di lingua italiana, rappresentanti di una civiltà e di una concezione di vita originali, che sempre di nuovo ci affascinano. Essi apportano un contributo rilevante all'adempimento del nostro compito precipuo: far trionfare la giusta causa del diritto.

*Das Konzernrecht*

1. Es ist außerordentlich verdienstvoll, daß sich der Schweizerische Juristenverein erneut mit dem Konzernrecht befaßt und er sich diesmal voll auf das Thema konzentriert. Man darf mit Sicherheit annehmen, daß die heutigen Beratungen in Ihrem Gremium der Konzernrechtsdiskussion in Wirtschaft, Wissenschaft und Öffentlichkeit neue Impulse geben, so daß das für die Gesetzgebung erforderliche Klima der intensiven intellektuellen Beschäftigung, der gehaltvollen Kontroverse und des offenen Dialoges herbeigeführt wird. Zu diesem privatrechtlichen Thema liegen zwei hervorragende Referate der Herren Professoren JEAN NICOLAS DRUEY und ROLAND RUEDIN vor. Beide werden für die Auseinandersetzung mit dem schwierigen Thema richtungweisend sein. Es ist ein glücklicher Umstand, daß die zwei Referenten ihr gemeinsames Thema auf sehr unterschiedliche Weise angehen. Die Ausführungen von Professor DRUEY sind problematisierend, kritisch, abwägend, aber sachverhaltsbezogen und zeugen von hohem Sinn für die Bedürfnisse der Praxis. Professor

RUEDIN greift das Thema dogmatisch und konstruktiv an und durchdringt es mit bewundernswerter begrifflicher Schärfe. Beide Referenten vermitteln auf diese Weise einen umfassenden Überblick über Problematik und Lösungsmöglichkeiten.

2. Die Probleme, die uns eine Konzernrechtsgebung stellt, sind von außerordentlicher Tragweite und Schwierigkeit. Der Sachverhalt ist vielgestaltig, ja verwickelt; die auf dem Spiele stehenden Interessen sind weitgehend konträr. Letzte Prinzipien unserer Privatrechtsordnung werden zur Lösung aufgerufen (Art. 2 ZGB für den «Durchgriff»), ebenso sehr aber auch stark technische, gleichsam ins profan-buchhalterische übergehende Einzelvorschriften. Die Konzernrechtsproblematik tangiert das gesamte Handelsrecht, durchzieht weite Strecken des Vertragsrechtes und berührt wesentliche Teile des Wettbewerbsrechtes, des Schuldbetreibungs- und Konkursrechtes, nicht zuletzt des Steuerrechtes.

3. Welches sind die legislatorischen Ziele im Konzernrecht? Lassen Sie mich diese stichwortartig umreißen:
- Umschreibung des Konzernbegriffes und damit Anerkennung einer einheitlichen Leitung;
- Einbezug des privaten Großaktionärs;
- Konzernspezifische Aktionärsschutzbestimmungen;
- Gläubigerschutzmaßnahmen, die entweder im Aktienrecht oder auch im SchKG ihren Niederschlag finden können;
- Verantwortlichkeit/Haftung der Muttergesellschaft oder deren Organe für die Weisungserteilung.

Die Referenten haben mir gezeigt, daß wir eine einfache, wirksame und damit sachgerechte Lösung anstreben müssen.

4. Die von mir im Dezember 1978 eingesetzte neue Expertenkommission zur Revision des Aktienrechtes unter dem Vorsitz von Herrn Professor CHRISTOPH VON GREYERZ, Bern, ist in die Schlußphase ihrer Beratungen getreten. Sie hat die Revision gegenüber dem Vorentwurf 1975 ausgedehnt: Die Vorschläge der Kommission TSCHOPP erleiden keine Abstriche, sondern einzig Abänderungen und Ergänzungen. Der neue Entwurf wird deshalb ebenfalls Vorschläge enthalten über:
- Jahresrechnung und Geschäftsbericht
- Revisionsstelle
- genehmigtes Kapital
- bedingtes Kapital
- Partizipationsscheine
- verschiedene Zusatzthemen, wie:
  - Kleinaktien

- Vinkulierung
- Bezugsrecht
- Erleichterung der Anfechtungs- und Auflösungsklage.

Die Kommission von Greyerz verfolgt aber auch weitere wichtige Ziele, nämlich Bekämpfung von Gründungsschwindeln, Verbesserung der Informationsrechte des Aktionärs, Einführung eines besonderen Leitungsorganes in Großgesellschaften und Übertragung von Aufsichtsfunktionen an den Verwaltungsrat, Klärung und Verbesserung des Verantwortlichkeitsrechtes. Erörtert wird ferner das Depotstimmrecht und die Bekämpfung der Insidertransaktionen.

Die Vorschläge sollen mir Ende dieses Jahres vorgelegt werden. Die Botschaft wird bis zum Frühjahr 1981 erstellt und kann demnach im Herbst des kommenden Jahres den eidgenössischen Räten zugeleitet werden.

Die Kommission von Greyerz hat sich auch bereits mit dem Konzernrecht befaßt und in einigen Grundfragen eine Einheit der Ansichten erzielen können. Indessen erscheint eine gründliche Abklärung des Sachverhaltes und der Standpunkte der interessierten Kreise und politischen Parteien zum Konzernrecht unentbehrlich, so daß die Durchführung eines Vernehmlassungsverfahrens sich aufdrängt. Die Konzernrechtsgesetzgebung ist mithin an die Hand genommen und wird von den Experten und dem Bundesamt für Justiz beförderlich vorangetrieben. Das Vernehmlassungsverfahren wird hier die erforderliche Klärung der Standpunkte bringen. Der Beitrag des Schweizerischen Juristenvereins ist als erster, wichtiger und entscheidender Schritt anzusehen.

*Der Schutz der öffentlichen Ordnung im Rechtsstaat*

1. Im Rahmen dieses Votums ist nur eine kurze staatspolitische Würdigung des außerordentlich anspruchsvollen, vielschichtigen und aktuellen Themas möglich. Es geht mir darum, aus der Sicht des Magistraten, der sich täglich mit dem Schutz der öffentlichen Ordnung im Rechtsstaat auseinanderzusetzen hat, einige wenige «Jalons» zu setzen.

2. Mit Philippe Abravanel, dem Autor des hochinteressanten Referates, halte ich dafür, daß wir alle von einer gemeinsamen Grundüberzeugung ausgehen können: Die öffentliche Ord-

nung und ihr Schutz sind – im freiheitlichen, demokratischen und sozialen Rechtsstaat – nicht Selbstzweck. Sie stehen vielmehr im Dienste des Menschen als Einzelperson und als soziales Wesen, als Teil der Gesellschaft. Rechtsstaat einerseits und Schutz der öffentlichen Ordnung anderseits – wie immer man diese Begriffe definieren mag – sind keine Gegensätze. Sie gehören untrennbar zusammen, sie bedingen sich gegenseitig.

3. Aber: die ideale Verwirklichung des Rechtsstaates und die Maßnahmen zur Aufrechterhaltung der öffentlichen Ordnung stoßen in der Praxis oft hart aufeinander. Letztlich geht es um die Frage, wie die Schranken der Grundrechte des Einen gezogen werden müssen, damit auch die Grundrechte des Andern ihren Schutz finden. Oder anders gesagt: wann liegt eine ernste und unmittelbare Gefahr für die öffentliche Ordnung und damit eine Gefährdung bestimmter Grundrechte vor, die eine Einschränkung anderer Grundrechte rechtfertigt? Die jüngsten Zürcher Ereignisse zeigen diese Problematik mit aller Deutlichkeit: Meinungsäußerungsfreiheit, Versammlungsfreiheit und «Demonstrationsfreiheit» einer Minderheit finden ihre Schranke dort, wo die Aufrechterhaltung der öffentlichen Ordnung zum Schutz der persönlichen Sicherheit, der Bewegungsfreiheit und des Eigentums anderer unabdingbar ist.

4 «Die Würde des Menschen ist unantastbar.» «Jedermann hat das Recht auf Leben, körperliche und geistige Unversehrtheit, Bewegungsfreiheit und persönliche Sicherheit.» Der «Kern» (der Grundrechte) «ist unantastbar». (Bestimmungen aus dem Verfassungsentwurf 77)

Diese Prinzipien bringen unser Grundrechtsverständnis von heute und von morgen zum Ausdruck. Sie beruhen darauf, daß es einen unantastbaren und unverzichtbaren Kernbereich der Grundrechte und Grundfreiheiten gibt.

Auf diesem Boden stehen Bundesversammlung und Bundesrat, wenn sie die Wiedereinführung der Todesstrafe in Friedenszeiten immer wieder ablehnen. Auf diesem Boden steht das Bundesgericht, wenn es etwa den Maßnahmen gegenüber einem Untersuchungsgefangenen Schranken setzt und Schmälerungen der Verteidigungsrechte nicht unbeschränkt zuläßt.

In starker Vereinfachung würde ich sagen: Freiheit ist unteilbar, die Grundrechte sind unteilbar.

5. Aber: wer im freiheitlichen, demokratischen und sozialen Staat das Recht verletzt, hat dafür einzustehen. Unsere Rechtsordnung sorgt dabei ohne weiteres für eine differenzierte Be-

handlung der Tatbestände: Behörden und Gerichte haben nicht nur die Möglichkeit, sondern die Pflicht, Ungleiches ungleich zu behandeln, dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz nachzuleben und den Besonderheiten eines Falles im Rahmen des Verschuldensprinzips Rechnung zu tragen.

Eine doppelte Legalität darf es indessen nicht geben. Verständnis und politische Toleranz: Ja – Anwendung oder Nichtanwendung des geltenden Rechts nach freiem Ermessen: Nein! Jede Rechtsverletzung – von der Mißachtung fremden Eigentums bis zum verabscheuungswürdigsten Gewaltverbrechen – muß konsequent geahndet werden.

Gewaltmonopol des Staates, ausschließlicher Strafanspruch des Staates: Zu diesem Anspruch gehört zwingend auch die Pflicht, die öffentliche Ordnung zu schützen und das Recht konsequent durchzusetzen. Wer dies nicht tut, handelt willkürlich. Wer dies nicht tut, nimmt in Kauf, daß der Rechtsstaat zum Unrechtsstaat wird. Wer dies nicht tut, trägt dazu bei, daß der Schutz der öffentlichen Ordnung sein Ziel nicht erreicht: die Wahrungen der Freiheiten und Rechte des Einzelnen.

6. Im Rechtsstaat – und die Schweiz *ist,* trotz aller Unvollkommenheiten, ein Rechtsstaat – bedeutet die konsequente Ahndung strafbarer Handlungen nicht «Repression», sondern Durchsetzung der demokratisch legitimierten, an den Grundrechten orientierten Rechtsordnung. Auch in diesem Bereich bedarf es vermehrter Anstrengungen. Ich denke vor allem an die strafrechtliche Erfassung der Gewaltverbrechen. Die Strafrechtsnovelle entspricht einer Notwendigkeit. Sie dient dem unabdingbaren Schutz des Lebens, der körperlichen und geistigen Unversehrtheit, der Bewegungsfreiheit und der persönlichen Sicherheit. Wie die kriminelle Vereinigung zu erfassen ist und wo die Grenze zwischen strafloser Vorbereitungshandlung und strafbarer Tat liegt, wird der Gesetzgeber zu entscheiden haben.

7. Auch im perfekten Rechtsstaat gibt es immer wieder Verstöße gegen die öffentliche Ordnung, gibt es Gewalt. Deshalb kommt der Prävention eine entscheidende Bedeutung zu. Wir tun gut daran, in einer Zeit des sozialen Friedens und der «relativen Ruhe» moderne und wirksame Instrumente bereitzustellen. Der Schutz jedes Einzelnen, der Schutz aller Menschen in unserer Gemeinschaft ist und bleibt unverzichtbare Aufgabe des Staates. Daß auch die Polizei zur Erfüllung ihres Schutzauftrages zureichende modernste Mittel braucht, bedarf wohl keiner weiteren Begründung.

8. Durchsetzung des Rechts – präventive Maßnahmen zum

Schutz der öffentlichen Ordnung – echte Reformen im Dienste einer gerechten und menschlichen Ordnung: Die Schweiz *muß* den Rechtsstaat auf allen drei Ebenen weiterentwickeln.

Mit PHILIPPE ABRAVANEL würde ich heute sagen: «La démocratie suisse a démontré sa capacité réformatrice, avec parfois plus de frein que d'accélérateur, il est vrai.»

Die Expertenkommission für die Vorbereitung einer Totalrevision der Bundesverfassung sagt dazu:

«Ein Neuerungswille wird immer dann am stärksten fühlbar sein, wenn die Dinge schon weitgehend unhaltbar geworden sind. Wer vorausblickend denkt und regiert, wird sich bemühen, rechtzeitig einzugreifen, damit die Dinge nicht unhaltbar werden.»

Vorausblickend denken und regieren heißt, *heute* den Fortschritt suchen und Reformen in Angriff nehmen.

«Cette société a les moyens d'assumer plus de violence et moins d'injustice. Mais elle peut aussi bien réduire l'une et l'autre.» (ABRAVANEL)

Kann unsere Gesellschaft «mehr Gewalt» verkraften? Dieser Aussage kann ich mich nicht anschließen! Aber unsere Gesellschaft kann, sie muß die Gewalt mit allen rechtsstaatlichen Mitteln bekämpfen. Und sie kann, sie muß *gleichzeitig* Gerechtigkeit immer wieder neu verwirklichen.

«Res publica semper reformanda.» Reform nicht um der Reform willen, sondern zur Stärkung des menschlichen, freien und sozialen Rechtsstaates.

* * *

Der Verhandlungsleiter dankt den Diskussionsteilnehmern und besonders den Berichterstattern und schließt die Sitzung von Samstag um 12.00 Uhr.

Séance du dimanche 14 septembre 1980
à l'Aula de l'Université de Fribourg

Président:
Maître JACQUES MATILE, Lausanne

Le Président ouvre la séance à 09.00 heures. Il rappelle qu'en premier lieu, l'assemblée aura à se prononcer sur le budget et le montant des cotisations. Suivront ensuite les autres points de la partie administrative figurant à l'ordre du jour.

## VI.

Monsieur le Juge fédéral EGLI présente le budget 1980/1981, dont voici la teneur:

### Allgemeine Rechnung

| Einnahmen | Fr. |
|---|---|
| Mitgliederbeiträge | 93 000.— |
| Beitrag Schweiz. Nationalfonds | 25 000.— |
| Verkauf von Publikationen | p.m. |
| Wertschriftenertrag | 7 800.— |
| Bankzinsen | 200.— |
| | 126 000.— |

| | |
|---|---|
| Ausgaben | |
| Druckkosten Referate und Protokolle | 65 000.— |
| Bibliographie des schweizerischen Rechts | 12 500.— |
| Schweiz. Juristentag | 20 000.— |
| Vergütungen an Referenten | 6 000.— |
| Spesen des Vorstandes | 1 800.— |
| Zirkulare und Drucksachen | 3 000.— |
| Archivar | 6 000.— |
| Post- und Bürospesen | 3 000.— |
| Beiträge | 1 000.— |
| Bankspesen | 400.— |
| Abschreibungen | 100.— |
| Steuern | 200.— |
| | 119 000.— |
| Einnahmenüberschuß | 7 000.— |

Le budget est approuvé à l'unanimité par l'assemblée.

Monsieur le Juge fédéral EGLI propose que le montant des cotisations qui s'élève actuellement à 30 francs par année soit maintenu. Sa proposition est acceptée par l'assemblée à l'unanimité.

## VII.

Maître MATILE fait part d'une proposition du Comité tendant à permettre aux jeunes membres de la Société de s'exprimer davantage et plus librement.

Le Comité a pris contact avec les facultés de droit des universités suisses: celles-ci ont été priées d'organiser chaque année, à tour de rôle, un séminaire durant le semestre d'été sur l'un ou l'autre des sujets faisant l'objet du Congrès. Pour le Congrès 1981, l'Université de Zurich s'est engagée à donner un séminaire, sous la direction du Professeur MEIER-HAYOZ, sur le thème: «La propriété privée, aujourd'hui». La veille du Congrès, soit le vendredi après-midi, les étudiants ayant participé à ce séminaire, de même que tous les membres de la société, seront conviés à un débat réunissant, en outre, les rapporteurs et le professeur qui aura dirigé les travaux des étudiants.

Les conclusions du séminaire donné durant le semestre d'été de même que celles du débat préalable du vendredi précédant le Congrès seront rapportées lors de l'assemblée générale.

Cette solution apparaît au Comité comme étant propre à associer davantage tous les juristes de la Société aux activités de celle-ci.

La proposition du Comité est soumise au vote de l'assemblée qui l'approuve à l'unanimité.

## VIII.

Monsieur le Professeur HANS HEROLD, président de la Commission des sources du droit, étant empêché de participer au Congrès, il est demandé à Monsieur FRANZ WERRO de donner lecture du rapport de la Commission pour les sources du droit, rapport dont voici la teneur:

Nachdem der letzte Bericht recht umfassend gewesen ist, möchte sich die Kommission diesmal auf diejenigen Arbeiten beschränken, die wesentlich und sichtbar vorangetrieben werden konnten, ihretwegen dafür aber etwas ausführlicher sein.

*Bern:* Der letzte vom um die Rechtsquellen-Editionen hochverdienten früheren Kommissionspräsidenten Prof. Dr. HERMANN RENNEFAHRT redigierte Band Stadtrechte Bern XII, Bildungswesen, konnte noch 1979 erscheinen.

Herr Dr. JOSEF BRÜLISAUER wird sein Manuskript Haslital demnächst dem von der Rechtsquellenkommission bestellten Begutachter unterbreiten können.

*Luzern:* Mit Herrn Dr. AUGUST BICKEL hat die Friedrich Emil Welti-Stiftung einen Vertrag abgeschlossen, wonach er ab 1. Febr. 1981 die Hälfte seiner Arbeitszeit den Rechtsquellen des Amtes Willisau widmet. Er bleibt im Dienste des Kantons Luzern, dem das halbe Salär vergütet wird.

*Zug:* Herr PD Dr. phil. PETER STOTZ hat das Register zu den beiden Quellenbänden Zug abgeschlossen. Er wurde vom Nationalfonds hierfür honoriert, wogegen der Kanton Zug die Druck- und Verlagskosten übernehmen wird.

*Graubünden:* a) *Zehngerichtebund:* Für den ersten Band Schanfigg ist das Material von zwei Kommissionsmitgliedern gesichtet worden. Die Verfasserin, Frau Dr. phil. ELISABETH MEYER-MARTHALER, konnte ihr bereinigtes Manuskript schon einer Druckerei zur Kalkulation übermitteln. Die Materialsammlung für andere Gerichte schreitet fort, wobei auch Frau lic. phil. HEIDI SCHULER-ALDER mitwirkt.

b) An den *Engadiner Rechtsquellen* ist die Arbeit besonders

stark fortgeschritten. Sowohl Herr Dr. phil. ANDREA SCHORTA als auch Prof. Dr. P. LIVER haben ihre Manuskripte für die beiden Bände Ober- und Unterengadin abgeliefert. Band Oberengadin, der lateinische, deutsche und romanische Quellen enthält, erscheint noch 1980 im Druck; der Band Unterengadin kann voraussichtlich noch 1980 in Druck gegeben werden. Herr Dr. SCHORTA arbeitet am Band Münstertal, der dann auch noch das Register nicht nur zu den drei Bänden Engadin, sondern auch zu den zwei früher erschienenen Bänden Dorfsatzungen (Tschantamaints) der Serie B der Engadiner Rechtsquellen umfassen soll. Die Finanzierung war bis jetzt erfreulich leicht, indem die Kommission bei namhaften Spendern auf eine großherzige Bereitschaft stoßen durfte, etwas für die vierte Landessprache zu tun. Da es sich bei diesen Bänden nicht nur um Rechts-, sondern auch um wichtige Sprachdenkmäler handelt, beabsichtigt die Rechtsquellenkommission, eine größere Subskription zu eröffnen.

c) *Vorderrheintal:* Die Materialsammlung von Herrn Prof. Dr. PAUL TOMASCHETT hat einen bereits einen Band rechtfertigenden Umfang erreicht. Verzögernd wirkt die bisherige Weigerung des Verwalters eines wichtigen Familienarchivs, der Kommission irgendwie behilflich zu sein. In Deutschbünden dagegen hat sie für ihr Anliegen volles Verständnis.

*Neuenburg:* Das von Herrn Prof. Dr. FAVARGER begonnene und von Archivadjunkt Dr. M. DE TRIBOLET abgeschlossene Manuskript ist vom Forschungsrat des Nationalfonds genehmigt worden. Nachdem dieser einen Verbilligungsbeitrag und der Kanton Neuenburg eine namhafte Subvention zugesprochen hat, kann mit dem Druck noch 1980 begonnen werden.

Die aus dem Rechtsquellenkredit des Schweizerischen Nationalfonds bezahlte Forschungsarbeit im *Generallandesarchiv Karlsruhe* dürfte in absehbarer Zeit ihre ersten gut sichtbaren und allgemein zugänglichen Früchte tragen. Ein erster Repertorienband mit Regesten aus Urbaren und Kopialbüchern des Themenkreises *Bistum Konstanz und Kloster Reichenau* ist bereits gesetzt und wird voraussichtlich noch 1980 im Druck erscheinen. Als Autor figuriert Dr. MARTIN SALZMANN. Die Kosten dieses Bandes, der in einem besonders preisgünstigen Verfahren hergestellt wird (Composersatz/Offsetdruck), werden durch einen namhaften Beitrag des Zürcher Staatsarchivs weitgehend gedeckt. Ein weiterer Regestenband wird vor allem *Akten des Klosters Säckingen* umfassen, die vorab Aargau und Glarus betreffen, welche beiden Kantone bereits Subventionen zugesprochen oder mindestens in Aussicht gestellt haben.

Die letztes Jahr auf Veranlassung der Rechtsquellenkommission vom Schweizerischen Juristenverein unternommene Werbeaktion für bisher erschienene Rechtsquellenbände hat einen zusätzlichen Absatz von rund 50 Exemplaren eingebracht. Nachdem nun die ganze RENNEFAHRT'sche Serie der Berner Rechtsquellen erschienen ist, plant die Kommission eine Werbung dafür im Kanton Bern, ebenso, schon um die Auflage ermessen zu können, eine solche für die Rechtsquellenbände des Engadins. Der Rechtsquellenfonds des Schweizerischen Juristenvereins, der demnächst in eine Stiftung umgewandelt werden soll, mußte während der ganzen Berichtszeit nicht beansprucht werden, weil die Kosten für den letzten Band Bern XII von der F.E.Welti-Stiftung und bernischen Subvenienten getragen wurden.

*Glarus:* Herr Dr. F.STUCKI hat in den letzten Monaten noch die zweite Hälfte der Gemeinde- und Kirchenarchive durchgesehen und auch die Archive privater Genoßsame konsultiert, soweit diese ins 17. oder 18.Jahrhundert zurückreichen. Er rechnet damit, den 1.Band noch 1980, den 2. bis spätestens 1982 im Manuskript vorlegen zu können.

L'assemblée approuve le rapport à l'unanimité.

## IX.

Il est procédé à l'élection des organes de la fondation de la Société suisse des juristes pour les sources du droit.

Maître MATILE rappelle qu'en exécution de la décision de l'assemblée générale de 1979, la Commission a été constituée en fondation par acte notarié Rochat du 4 juin 1980.

Sur proposition du comité, l'assemblée générale désigne à l'unanimité comme membres du comité de la fondation pour les sources du droit de la Société suisse des juristes:

Monsieur le Prof Dr H. HEROLD, à Zurich;
Monsieur le Prof Dr L. CARLEN, à Fribourg;
Monsieur le Prof Dr P. CARONI, à Berne;
Monsieur le Prof Dr F. ELSENER, à Rapperswil;
Monsieur le Prof Dr H.R. HAGEMANN, à Bâle;
Monsieur le Dr BRUNO MEYER, à Frauenfeld;
Monsieur le Prof Dr J.F. POUDRET, à Lausanne;
Monsieur le Dr J.J. SIEGRIST, à Aarau;
Monsieur le Prof Dr C. SOLIVA, à Effretikon;
Monsieur le Prof Dr A. DUFOUR, à Chêne-Bougeries;
Monsieur Jean-François EGLI, Juge fédéral, à Lausanne.

Elle désigne ensuite, toujours à l'unanimité, le Professeur H. HEROLD comme président du comité et MM. JOHN OCHSÉ et PHILIBERT LACROIX comme vérificateurs des comptes.

## X.

Maître KELLER, de St-Gall, prend la parole pour proposer le lieu de l'assemblée générale ordinaire 1981:

Herr Präsident, meine Damen und Herren,

Ein Blick in die Annalen des Schweizerischen Juristenvereins zeigte uns, daß der Verein schon lange nicht mehr in St. Gallen getagt hat. Wir wollen da nicht abseits stehen. Im Namen des St. Gallischen Juristenvereins darf ich deshalb Ihnen den Vorschlag unterbreiten, St. Gallen als nächsten Versammlungsort zu bestimmen. Stadt und Kanton St. Gallen sowie der St. Gallische Juristenverein werden es als große Ehre empfinden, Sie bei sich begrüßen zu dürfen. Als Datum wurde das Wochenende vom 25. bis 27. September 1981 vorgesehen. Ich danke Ihnen.

Maître MATILE, après avoir remercié Maître KELLER et la ville de St-Gall de leur invitation, rappelle les thèmes qui seront traités lors du prochain congrès: l'entraide judiciaire internationale et la propriété privée aujourd'hui.

## XI.

Maître MATILE fait part de la triste nouvelle de la maladie du Professeur FRITZ GYGI, ancien président de la Société. Il exprime au nom de l'assemblée tous ses vœux de prompt rétablissement, vœux qui lui seront envoyés depuis Fribourg.

Le Président donne ensuite la parole au professeur BERNHARD SCHNYDER, recteur de l'Université de Fribourg:

Professor BERNHARD SCHNYDER, Fribourg:

Sehr geehrter Herr Präsident, sehr geehrte Damen und Herren,

Als Rektor dieser Universität und als Mitglied Ihres Vereins möchte ich meiner Freude darüber Ausdruck geben, daß der Schweizeriche Juristenverein dieses Jahr in unserer Aula tagt. Wir freuen uns immer, wenn schweizerische Institutionen an un-

serer zweisprachigen Universität im Kanton Freiburg ihre Treffen durchführen. Wir freuen uns besonders, wenn es sich um wissenschaftliche Vereinigungen handelt, und ich freue mich noch einmal besonders, wenn es sich um eine Vereinigung handelt, auf deren Vereinszweck ich als Mitglied dieser Vereinigung festgelegt bin. Das letzte Mal haben Sie 1943 in Freiburg getagt. In der damaligen Festgabe hat Vater ALFRED VON OVERBECK noch einen Artikel verfaßt mit dem Titel «Vom kantonalen zum eidgenössischen Strafrecht». Damals hat noch ALFRED SIEGWART einen Artikel geschrieben über die Freiheit bei der Wahl der Verbandsform, ein Jahr vor seinem Tode, jener ALFRED SIEGWART, der 1912 vom Privatsekretär EUGEN HUBERS zum Professor an unserer Universität gewechselt hatte. In dieser Festschrift hatte auch bereits damals Herr Professor MAX GUTZWILLER geschrieben; Professor GUTZWILLER, der auch heute noch unter uns weilt.

An unserer Universität studieren heute 4000 Studenten, davon 600 Juristen. Im Namen dieser Juristen möchte ich Ihnen, Herr Präsident, herzlich danken für die Initiative, die jungen Juristen vermehrt in den Juristenverein einzubeziehen. Wir haben 5–6 mal mehr Studenten als vor 40 Jahren und nur ungefähr gleichviel Doktorarbeiten. Das hat seine guten aber auch schlechten Seiten: schlechte insofern, als dies zum Teil ein Ausdruck mangelnder «curiosité intellectuelle» ist und gelegentlich auch auf einem Mangel an geistiger Disziplin beruht. Sie haben gestern hier im Gebäude der Geisteswissenschaften Ihren Geist auf die geistige Durchdringung des Konzernrechts konzentriert; Sie haben dann im Gebäude der Naturwissenschaften und im Kornhaus Ihren natürlichen Bedürfnissen, wie sie alle schweizerischen Festteilnehmer haben, frönen dürfen und kehren nun wieder mit Ihrem Geist zurück zu einem Thema, das gerade auch die jungen Juristen sehr interessiert. Ich wünsche Ihnen hierfür in diesen Räumen alles Gute und hoffe, daß in diesem Jahrtausend noch ein nächster Juristentag in Freiburg stattfinden wird. Herzlichen Dank.

# XII.

## *Mutationen*

### Liste des nouveaux membres:

(Liste établie au 15 juillet 1980)

*Zürich*

Dr. Jakob Baer, Fürsprecher, Kilchberg
Dr. Urs Bölsterli, Sekretär, Zollikerberg
Dr. Thomas Brender, Rechtsanwalt, Zürich
Urs De Maddalena, lic. iur., Kloten
Dr. Dieter Gessler, Auditor, Zürich
Claudia Herold, Rechtsanwältin, Zürich
Dr. Herbert Herzog, Versicherungsjurist, Zürich
Monique Hug-Schnell, Rechtsanwältin, Zürich
Dr. Gustav Lutz, Rechtsanwalt, Zürich
Jean-Luc Rioult, Direktionsassistent, Winterthur
Dr. Daniel Schauwecker, Rechtsanwalt, Zollikon
Dr. Ernst Felix Schmid, Obergerichtssekretär, Zürich
Peter Steiger, lic. iur., Thalwil
Dr. Walter A. Stoffel, Rechtsanwalt, Kilchberg
Gaudenz Zindel, lic. iur., Zürich

*Bern*

Elisabeth Adam, lic. iur., Bern
Andreas Bandi, Fürsprecher, Oberwil
Georges Bindschedler, Fürsprecher, Bern
Theo Bopp, Fürsprecher, Rizenbach
Daniel Brunner, Notar, Bern
Philippe Degoumois, avocat et notaire, Moutier
Georg Friedli, Fürsprecher, Bern
François Frôté, avocat, Bienne
Dieter Füllemann, Fürsprecher, Hilterfingen
François Godel, lic. iur., Spiegel
Max Hool, avocat, Bienne
Oscar Kambly, Fürsprecher, Emmenmatt
Louis Magnin, lic. en droit, Berne
Jean-Marie Mauler, avocat, Berne
Boris Monnin, juge d'appel (Cour suprême de Berne), Gümligen
Ruth Reusser, lic. iur., Bern
Roland Schaller, avocat, Moutier
Yvette Strub, lic. iur., Bern

*Luzern*

Caterina Ammann, Rechtsanwältin, Luzern
Othmar Kost, lic. iur., Emmen
Pius Kreiliger, lic. iur., Willisau
Beat Schumacher, lic. iur., Luzern

*Schwyz*

Alois Camenzind, Land- und Gerichtschreiber, Schwyz

*Zug*

Dr. Christoph Straub, Rechtsanwalt und Urkundsperson, Zug

*Fribourg*

Jean Aloys Andrey, notaire, Fribourg
Jacqueline Dougoud, lic. en droit, Villars-sur-Glâne
Jean-Marie Favre, avocat, Neyruz
Pascal Friolet, lic. iur., Murten
Anne Giovannini, lic. en droit, Fribourg
Jean-Yves Hauser, avocat, Fribourg
Rolet Loretan, lic. en droit, Fribourg
Edouard Luthy, greffier au Tribunal de la Sarine, Fribourg
Dominique Morard, lic. en droit, Bulle
Gabrielle Multone, greffier au Tribunal de la Sarine, Fribourg
Pierre Perritaz, lic. en droit, Fribourg
André Piller, président du Tribunal, Fribourg
Eliane Rossier, lic. en droit, Fribourg
Sergio Severe, juge auprès des Comm. féd. de recours, Avry-sur-Matran
Christian Sieber, lic. en droit, Fribourg
Bernard Uldry, président du Tribunal, Fribourg
Sabine Von der Weid, lic. en droit, Villars-sur-Glâne
Jean-Philippe Walter, lic. en droit, Fribourg
Franz Werro, lic. en droit, Fribourg

*Baselland*

Reto Forrer, Jurist, Allschwil
Dr. Martin Wirz, Rechtsanwalt, Aesch

*Appenzell A.-Rh.*

Dr. Klaus A. Vallender, Trogen

*Appenzell I.-Rh.*

Rolf Engler, Rechtsanwalt, Appenzell

*St. Gallen*

Dr. Peter Popp, Rechtsanwalt, St. Gallen

*Graubünden*

Thomas Kessler, Rechtsanwalt, Wolfgang
Gion Jürg Schäfer, Rechtsanwalt und Notar, Chur

*Aargau*

Konrad Häuptli, Fürsprecher, Aarburg
Dr. Hans-Peter Schaad, Rechtskonsulent, Hausen/Brugg
Ruedi Weber, Rechtsanwalt, Brugg

*Ticino*

Marilena Fontaine, avvocata, Camorino
Catherine Geary, lic. en droit, Cassarate
Sandro Franz Stadler, lic. iur., Locarno

*Vaud*

Viviane Cretton, stagiaire-notaire, Villeneuve
Martial Depierraz, notaire, Lausanne
Emanuela Epiney-Colombo, lic. en droit, Lausanne
Jean-Philippe Gogniat, avocat, Lausanne
Olivier Golay, stagiaire-notaire, Vevey
Thierry de Haller, Dr en droit, Lausanne
Pierre Mathyer, lic. en droit, Lausanne
Roland Rochat, notaire, Lausanne
François de Rougemont, Dr en droit, Lausanne
Bruno de Siebenthal, lic. en droit, Lausanne
Violaine Sulliger-Jaccottet, lic. en droit, Lausanne
Danielle Yersin, Dr en droit, Lausanne
Geneviève Zirilli, avocate, Lausanne
Philippe Zwahlen, notaire, Vevey

*Valais*

Paul Carlen, Notar, Reckingen
Henri Carron, avocat et notaire, Monthey
Michel Dupuis, avocat et notaire, Monthey
Dolly Follonier-Micheloud, notaire, Vex
Marie-Lise Frey, avocate et notaire, Sierre

*Neuchâtel*

Olivier Guillod, lic. en droit, Corcelles
Jean-Philippe Kernen, avocat et notaire, La Chaux-de-Fonds
Robert Schaer, avocat, Neuchâtel
Luc Wenger, lic. en droit, Neuchâtel

*Genève*

Pierre Angelozzi, lic. en droit, Genève
Andreas Auer, Dr en droit, Genève
Laurence Berkovits-Ody, avocate, Genève
Antoine Böhler, avocat, Genève
Gérard Brunner, avocat, Choulex
Heinz Brutsche, avocat, Onex
Henri Bütikofer, avocat, Genève
Eric Demierre, notaire, Genève
John Eardley, avocat, Genève
Juliana Ermatinger, lic. en droit, Avanchet-Parc
Margrith Giovanoli, lic. en droit, Genève
Susannah Maas, avocate, Cologny
Luzius Mader, lic. en droit, Petit-Lancy
Raphaël Martin, avocat, Genève
Jacques Merkt, avocat, Genève
Brigitte Nanzer, lic. en droit, Genève

Tuyet Hong Pham, lic. en droit, Thônex
Philippe Preti, avocat, Genève
Robert Roth, Dr en droit, Genève
Claude-Janik Sollberger, avocate, Genève
Beat Schneeberger, lic. en droit, Genève
Ronald Zacharias, lic. ès sciences écon. et avocat, Genève

*Jura*

Gabriel Boinay, juge au Tribunal cantonal du Jura, Porrentruy
Joseph Boinay, chancelier d'Etat, Develier
André Cattin, Dr en droit, avocat et notaire, Saignelégier
Charles Ceppi, juge au Tribunal cantonal du Jura, Delémont
Hubert Comment, juge au Tribunal cantonal du Jura, Courgenay
Pierre Comment, notaire, Porrentruy
Jean-Michel Conti, avocat, Porrentruy
Jean-Pierre Dietlin, notaire, Porrentruy
Vincent Gobat, notaire, Courrendlin
Laurent Helg, notaire, Delémont
Arthur Hublard, juge d'instruction cantonal, Porrentruy
François Lachat, conseiller d'Etat de la République et Canton de Jura, Delémont
Yves Petermann, lic. en droit, Delémont
Gérard Piquerez, juge au Tribunal cantonal du Jura, Fontenais
Hubert Piquerez, avocat et notaire, Porrentruy
Frédérique Rais, avocate, Delémont
Martine Thiévent, lic. en droit, Courrendlin
Pierre Vallat, avocat, Porrentruy
Jean-Louis Wernli, notaire, Delémont

## 46 sociétaires ont démissionné:

Date d'entrée

1952 Robert Achard, notaire, Genève
1972 Jacques Aebi, juriste, Lausanne
1967 Henri Bécholey, Lausanne
1941 Dr. Hans Bertschinger, Fürsprecher, Biel
1955 Dr. Ruth Biedermann-Naef, Winterthur
1949 Bruno Böschenstein, Zürich
1954 Dr. Markus Bosshard, Rechtsanwalt, Horgen
1972 Marco Brenni, avvocato, Neggio
1949 Dr. Rüdeger Brüstlein, Basel
1959 Dr. Donat Cadruvi, Rechtsanwalt, Ilanz
1975 Maurice Choquard, Genève
1966 Fritz Christeller, Notar, Thun
1978 Michael Cohen, Rechtskonsulent, Zürich
1943 André Currat, Juge cantonal, Châtel-St-Denis
1978 Kristina Delessert, avocate, Onex
1967 Orazio Dotta, Dott. in legge, Castagnola
1971 François Duchène, Genève

1948 Dr. Johann Egli, Männedorf
1944 Georg Enderle, Stadtrat, St. Gallen
1944 Dr. J. G. Engi-Meyerhans, Arlesheim
1941 Elly Furler, Fürsprecher, Bern
1962 Dr. Fritz Gloor, Luzern
1935 Dr. Peter Gunzinger, Fürsprech, Solothurn
1974 Dr. Gret Haller, Fürsprech, Bern
1972 Beatrix Hanslin-Iklé, Zürich
1972 René Hodel, Bern
1954 Dr. Max Hofstetter, Fürsprecher, Luzern
1965 Dr. Bruno Hübscher, Oberrichter, Malters
1970 Katrin Kamer, Obergerichtssekretärin, Zumikon
1949 Charles-H. Marlétaz, avocat, La Chaux-de-Fonds
1967 Carlo Marti, Dott. in legge, Airolo
1947 Claude Mercier, Dr en droit, avocat, Lausanne
1960 Dr. Heinz Meyer, Direktor, Zürich
1946 Dr. Pietro Mona, Bundesrichter am EVG, Luzern
1960 Dr. Wilhelm von Moos, Rechtsanwalt, Luzern
1973 Walter E. Pfister, Dr en droit, Lausanne
1974 Monika Sommer-Freudiger, Chêne-Bougeries
1973 Dr. Luigi Spadini, Fürsprecher, Liebefeld
1969 Dr. Jakob Schindler, Bez.-Gerichtspräsident, Bülach
1973 Dr. Sergio Taddei, Jurist, Binningen
1953 Dr. Samuel Teitler, Rechtsanwalt, St. Gallen
1925 Charles Trottet, avocat, Genève
1945 Dr. Max Winkler, Fürsprech, Luzern
1966 Dr. Kurt Witz, Fürsprecher, Bern
1928 Dr. Hugo Wyler, Rechtsanwalt, Zürich
1953 Dr. Rudolf Zirfass, Rechtsanwalt, Buchs

## La mort nous a privés de 24 membres:

Date
d'entrée

1978 Vincent Baechler, lic. en droit, Genève
1938 André Baumgartner, Dr en droit, avocat, Lausanne
1966 Henri Béguelin, juge d'appel, Berne
1934 Prof. Marcel Bridel, Dr en droit, Lausanne
1948 Dr. Hans Brühwiler, Zürich
1955 Jean-Daniel Ducommun, lic. en droit, juge fédéral, Lucerne
1961 Dr. Hermann Egli, Fürsprecher, Bern
1972 Christian Finsler, Patentanwalt, Langnau a. A.
1924 Prof. Dr. Oskar Adolf Germann, Bottmingen
1941 André Hänni, avocat, La Chaux-de-Fonds
1933 Dr. F. Holzach, Advokat und Notar, Basel
1933 Prof. Dr. Walther Hug, Zürich
1947 Jean Krayenbühl, Dr en droit, avocat, Lausanne
1971 Dr. John Nenninger, Basel
1936 Dr. Karl Obrecht, Fürsprech und Notar, Solothurn
1922 Carlo Pometta, juge fédéral, Pully
1969 Charles Robert, avocat, Le Landeron

1959 Albert-Heinrich Sieber, Dr. iur., Oberrichter, Zürich
1939 Henri Spira, avocat, Genève
1933 Dr. Walter S. Schiess, Advokat und Notar, Basel
1968 Dr. Jakob Stamm, Rechtsanwalt, Zürich
1950 Dr. Reynold Tschäppät, Stadtpräsident, Bern
1941 Jean Wuarin, Dr en droit, avocat, Genève
1949 Dr. Albert Züblin, Rechtsanwalt, Hombrechtikon

## XIII.

La partie administrative étant terminée, Maître MATILE donne la parole au Professeur JÖRG PAUL MÜLLER, de l'Université de Berne, chargé de présider les débats relatifs à la protection de l'ordre public.

Der Tagespräsident, Professor JÖRG P. MÜLLER, würdigt kurz das schriftliche Referat von Herrn Kantonsrichter PHILIPPE ABRAVANEL und verdankt die geleistete Arbeit bestens. Herr Fürsprecher BURKHARDT war leider durch eine langdauernde Krankheit verhindert, seinen schriftlichen Bericht abzuliefern. Wir sind Herrn BURKHARDT sehr dankbar, daß er trotz immer noch geschwächter Gesundheit heute zu uns spricht; seine mündlichen Ausführungen werden sicher zu einer lebhaften Diskussion beitragen.

M. PHILIPPE ABRAVANEL, Juge cantonal, Lausanne, rapporteur de langue française:

Monsieur le Président, Mesdames et Messieurs,

Il y a plusieurs décennies que je suis les travaux de la Société suisse des juristes, avec admiration et une certaine crainte. Je m'étais promis de ne jamais accepter l'honneur d'un rapport, si d'aventure il prenait au Comité la fantaisie de me le proposer. Et puis quand Me MATILE m'a abordé, j'ai cédé. Le sujet était trop beau et nul ne m'a protégé contre moi-même. Un sujet exposé, un sujet en or, tendant les pièges des sciences juridique et politique réunies. Un titre admirable, composé de notions floues: le *Rechtsstaat,* qu'il fallait d'abord traduire dans la rigoureuse langue française, dont le vocabulaire est pauvre, mais précis; l'ordre public, un concept usé et rebattu, presque mythologique, jamais vraiment défini. Enfin sa protection, nouvelle chausse-trappe, car dans l'histoire, la présomption est toujours du côté de l'autorité,

de l'ordre: voyez ce malheureux tsar Alexandre I^er^, qui se voulant libéral libérait le pays de Vaud, puis finit son règne à la tête de la Sainte-Alliance.

Le rapporteur de langue française était présumé rédiger une partie générale, son collègue de langue allemande, par définition plus sérieux (*gründlich*) s'attachant à quelques problèmes particuliers. La santé de celui-ci n'a pas résisté au péril du sujet. Quant à celui qui vous parle, embrassant trop, il s'est exposé, consciemment, au grief de mal étreindre.

I^re^ partie: *l'Etat régi par le droit*

La 1^re^ partie du travail rappelle la nécessité primordiale, absolue, du respect des règles formelles dans un Etat régi par le droit. Comme l'écrit BENJAMIN CONSTANT, un homme en liberté peut encore se battre pour ses droits. Un homme pourvu d'un défenseur indépendant peut revendiquer la protection de la loi. Un homme livré à l'arbitraire des pouvoirs est privé de toute garantie.

Mais la garantie purement formelle de l'Etat régi par le droit ne suffit point. Elle risque d'être un leurre, une apparence, le privilège d'une majorité – ce qui est déjà un immense acquis – retiré à la minorité qui en aurait le plus grand besoin. Vulgairement dit, la femme qui meurt de faim ou de phtisie se soucie peu de se prononcer dans le référendum sur le statut de la betterave fourragère.

Le véritable Etat régi par le droit s'impose non seulement des abstentions, mais encore des prestations positives. Ce faisant il assure la paix publique.

Ces deux attitudes de l'Etat sont-elles compatibles? Ou, comme l'insinuent les manchesteriens traditionnalistes, la fourniture du contenu matériel viderait-elle la garantie formelle? L'exemple des démocraties nordiques ou du Benelux impose une réponse positive, et le nôtre aussi, dans une mesure substantielle.

Prenons le cas des marins-pêcheurs français. Ils revendiquent des prestations accrues de l'Etat, notamment pour compenser la hausse du prix du carburant. L'Etat-providence renâcle: les rebelles imposent la grève et bloquent les ports. L'Etat commence par envoyer ses canonnières: formellement il s'agit d'assurer la liberté du trafic portuaire, matériellement on étrangle une petite minorité d'artisans.

Laissant de côté le principe de proportionnalité pour l'instant, il faut remarquer que la marine française vous assure l'ordre immédiat, mais le désordre futur en fabriquant de nouveaux chô-

meurs. Aujourd'hui, le gouvernement reprend le dialogue, qui est une condition immuable de la paix et de l'ordre publics.

II^e partie: *l'ordre public*

Cet ordre public, au sens formel, est la situation dans laquelle sont protégés les biens de police. Au sens matériel, c'est la situation permettant la réalisation du consensus le plus large et l'épanouissement libre du pluralisme des idées, car celui-ci, selon ARNOLD TOYNBEE et combien d'autres penseurs contemporains, est d'autant plus nécessaire que le pouvoir est plus concentré.

Pour assurer l'ordre public, il est utile de transcender le pur légalisme et de renoncer parfois à la répression d'infractions légères ne menaçant guère le contenu fondamental de l'Etat régi par le droit (au sens large).

Une des questions les plus épineuses est alors celle du criterium à retenir pour renoncer à appliquer la loi; dans la poursuite de l'infraction ou dans l'exécution de la sentence. Les professeurs EICHENBERGER et AUBERT ont écrit des pages fort stimulantes à ce sujet, qui mérite cependant encore des réflexions.

Sommairement, il y a lieu de remarquer que le principe de légalité est, dans la pratique, souvent . . . disons voilé. Infractions fiscales, exportations d'armes, contraventions de circulation voire conduite en état d'ébriété, usure dans la spéculation foncière, manipulation de cours dans les valeurs mobilières, mauvais traitements envers les femmes et les enfants, avortement commis par la mère, consommation de drogues douces. La police ferme les yeux, le parquet classe, le service pénitentiaire congédie.

Dans l'échelle des valeurs traditionnelles, reçues, ces exemples relèvent d'infractions mineures, ou sans grande répercussion sociale. Pas dans l'esprit de beaucoup de jeunes gens, ou de déshérités, ou de libéraux (au sens philosophique, non politique) intransigeants. De même que les enfants décèlent rapidement des incohérences entre le discours et le comportement des parents, le peuple est perturbé par ce genre d'incohérence dans les actes de ceux qui détiennent une parcelle du pouvoir, du ministre à l'agent de police communal, du juge au commis d'administration.

Ces bavures sont inhérentes à l'homme, à la société. Elles sont sans doute nécessaires. Une légalité, un légalisme rigide à la Shylock, conduit à l'indignation des uns, à la révolte des autres, donc finalement à l'indifférence ou à la désobéissance civiques, au pire à la révolution. En tout cas à la destabilisation de la société, qu'on voudrait renforcer en assurant l'ordre par la légalité. C'est

le vieux problème de la désobéissance civile, des anarchomaques à Thoreau.

Cette constatation apparemment fataliste peut conduire à l'opportunisme politique. Naïf, le rapporteur a cherché une échelle des valeurs, un jeu de présomption pour guider l'application de la loi.

III^e partie: *la protection de la personne*

Car, et c'est l'objet de la III^e partie de ce rapport, parfois les libertés s'opposent, se heurtent. La solution de ces heurts semble le plus souvent relever d'une approche pragmatique, prenant en compte le bon sens, l'expérience générale, l'expérience de la vie, les circonstances, la tradition.

En bout de syllogisme, on n'échappe probablement pas à ces contraintes. Mais si l'on veut éviter l'opportunisme politique, voire le poids d'une opinion publique parfois labile, il faut les repousser le plus loin possible dans le raisonnement, en *ultima ratio*.

Dans la plupart des cas, il nous semble qu'un système de hiérarchie des droits, combiné avec un jeu de présomptions légales, à l'image du droit privé, assurerait plus de clarté, une plus grande sécurité du droit, une meilleure protection de la personne.

Bien sûr, cette démarche postule au départ une vision personnaliste des choses. A cet égard, il est regrettable de n'avoir pu prendre connaissance de l'ouvrage très étudié de PHILIPPE MASTRONARDI qu'après le tirage des premières épreuves du présent rapport. Il s'agit d'un essai fructueux de systématiser le concept de la dignité humaine, tendance que l'on retrouve chez plusieurs auteurs contemporains, et non des moindres. Mais à l'inverse, il y a ceux qui veulent jeter par la fenêtre les projets de constitution contenant le terme «Menschenwürde», comme on l'a entendu jusqu'au Comité central de la Nouvelle Société Helvétique, dans la bouche d'une seule personne, il est vrai.

Pour tous les autres, attachés au respect de l'homme (qu'il faut d'ailleurs soigneusement distinguer des individualistes acharnés), la protection du noyau intangible des droits fondamentaux s'impose, ce noyau qui échappe à la pesée des intérêts.

La hiérarchie des droits fondamentaux trouve une base légale dans la gradation des sanctions du Code pénal, correspondant à l'échelle des valeurs protégées. Le noyau intangible la trouve dans la CEDH, en tant que concrétisation de l'idée européenne de la dignité humaine.

Le corollaire de ces options est que l'intervention de l'Etat est

moins grave dans le domaine économique que dans le domaine spirituel, personnel.

Et que, obéissant à l'art. 2 Cst. i.f., l'Etat doit s'occuper davantage de la liberté et du bien-être des gens que de leur opinion, tant qu'elle ne fait pas appel à la violence.

D'où le système de présomptions soutenu: *in dubio pro vita, pro libertate, pro aequitate.* Il est vrai cependant que reste à définir le doute du juge ou de l'administrateur. Mais ceci est un problème philosophique, et l'on retrouve les paramètres du début, bon sens, expérience, voire état d'esprit, fort subjectifs. On aura tout de même fait reculer leur empire.

IV^e partie: *Essai*

Il s'agissait enfin de confronter la réalité avec la théorie, en choisissant un certain nombre de points chauds et en les éclairant sous le projecteur des thèses dégagées, sans complaisance.

Les résultats de cette confrontation, les solutions proposées ne sauraient plaire à chacun. En effet certaines réponses heurtent des habitudes de pensée enracinées et il n'est pas certain qu'une forte accélération de réformes, nous pensons particulièrement au système répressif, ne provoquerait pas d'abord une réaction brutale.

Car dès que l'on met en doute l'efficacité d'une répression pénale conçue plus comme une punition, un sacrifice, l'évacuation de la colère populaire qu'en tant qu'instrument de l'amendement ou de la resocialisation du condamné, il faut, parallèlement, intensifier la prévention. Or ce mécanisme entraîne l'augmentation des contrôles sociaux, la réduction à l'anonymat. L'individu jugé responsable expie – l'abolition de l'expiation réduit une certaine forme de liberté, d'ailleurs pas nécessairement la plus essentielle.

Néanmoins, on doit pouvoir dire que la répression est subsidiaire, et surtout qu'il faut se garder de confondre le for moral et le for juridique. Ainsi l'Eglise peut refuser de bénir un mariage de divorcés, réputés adultères, tandis que «l'Etat peut avoir d'excellentes raisons pour ne pas imposer à la société humaine en général des règles dont la sévérité dépasse son niveau moral». Cette excellente formule de François Godet mérite d'être citée en matière d'avortement, de refus de servir, voire d'euthanasie: on peut condamner moralement et absoudre juridiquement. Le droit démissionne tout au début et tout à la fin du processus vital; il ne s'attache qu'à la personne humaine, et non pas à la cellule ou à l'ensemble des cellules vitales.

Ces thèses seront-elles flétries sous le nom de laxisme, fauteur de désordre? Nous pensons que ce serait à tort. Nous ne rejetons pas les mesures préventives et répressives. Nous soutenons seulement que c'est le cumul absolu du contrôle policier et de la répression pénale qui est intolérable; que l'arsenal législatif suisse est suffisant, et que des mesures de prophylaxie sociale doivent être renforcées. Un équilibre mesuré entre prévention, répression et mesures sociales assurera mieux la paix intérieure, l'ordre public, que ne le ferait une législation d'exception.

V^e partie: *réponse à M. Furgler*

Nous avons trouvé une divine surprise au large accord de nos positions avec celles de M. le chef du Département fédéral de Justice et Police, sur la personne humaine, le noyau intangible, l'opportunité des réformes.

Et même où il a vu une divergence, nous sommes encore en accord. Le rapport entier condamne la violence, toute forme de violence, mais y compris la violence des agents de l'Etat. Dire que notre société «a les moyens d'assumer plus de violence et moins d'injustice» ne signifie pas un instant qu'elle doit tolérer une violence quelconque, qu'elle ne devrait pas tout mettre en œuvre pour réduire la violence et sa menace. Cela signifie qu'à nos yeux, d'une part notre pays est loin du point où un surcroît de violence le mettrait en péril, d'autre part que le moyen de réduire la menace de violence nous paraît être la diminution des injustices et non pas l'accroissement de l'appareil répressif.

Notre position nous paraissait exprimée clairement à ce sujet. Nous avions probablement perdu de vue que la citation de la dernière page n'implique pas toujours la lecture du dernier chapitre et moins encore de l'ouvrage entier.

Le malentendu provient sans doute du diagnostic sur l'état actuel de la société et du droit (Istzustand), qui conditionne le rythme souhaitable des réformes, le choix des priorités. M. le Conseiller fédéral FURGLER part de l'idée que la liberté de manifester, la *Demonstrationsfreiheit* est aussi évidente que la liberté d'expression. Hélas, à moins qu'un arrêt tout récent du TF ne nous échappe, la liberté de manifestation n'entre pas dans le catalogue des droits constitutionnels non écrits. Elle ne figure pour l'instant sauf erreur que dans la jeune Constitution jurassienne. Or ceci fait une différence: si la liberté de manifestation, notamment de manifestation spontanée, était réputée droit constitutionnel, l'autorité hésiterait davantage à utiliser la clause générale de police contre une démonstration pacifique sur la voie

publique, et il n'est pas exclu que celle-ci dégénérerait moins facilement en violence contre les vitrines et les personnes.

Car, et c'est là un autre malentendu, il n'est pas certain que la voie lente des recours légaux offre un espoir quelconque à une certaine jeunesse, pas plus qu'elle n'en offrait aux ouvriers de la fin du Second Empire, lorsque le droit d'association était reconnu mais non pas celui de réunion. On avait le droit de faire la grève, mais non pas de la préparer!

Ce genre d'illusions peut donc avoir un effet défavorable sur la technique législative du gouvernement. Et il paraît audacieux de soutenir que la souplesse dans l'application des règles sur les manifestations publiques relève de l'arbitraire et conduit à l'«*Unrechtsstaat*».

Il n'en reste pas moins que la Confédération suisse ne se transforme pas en un Etat arbitraire parce qu'une police cantonale renonce à poursuivre un notable qui conduit en état d'ébriété à la suite d'un banquet officiel, un citoyen se soustrayant à l'impôt, une jeune fille traquée interrompant sa grossesse. Il s'agit là de bavures, d'imperfections de notre Etat régi par le droit, non pas de sa négation. Le véritable arbitraire commence lorsque l'on punit un innocent, lorsqu'on frappe de manière disproportionnée l'auteur d'une infraction vénielle.

Mais concédons que la limite est extrêmement délicate à tracer et nous sommes heureux, en tant que juge, de n'avoir qu'à appliquer le droit et non pas le créer, à de très rares exceptions près.

*Conclusion*

Cet essai pose en somme plus de points d'interrogation que de certitudes. J'envie toujours les gens qui affichent des certitudes, souvent d'autant plus fermes qu'elles touchent à des sujets qu'ils maîtrisent moins. Mais je ne puis les suivre et c'est pourquoi dans le doute je prends le parti de la charité contre celui de la répression. Mais qu'on ne me fasse pas dire que la charité qui commence par autrui est mal ordonnée: au contraire, elle n'exclut point la fermeté.

Je remercie les amis, et au premier rang ma femme, qui ont bien voulu lire et relire cet essai. Et puis la SSJ qui a pris le risque de me le confier car, il faut vous l'avouer, j'ai éprouvé le plus grand plaisir à le tenter. Et puis, comme le fou qui se donne des coups de marteau sur la tête, ça fait tant de plaisir quand on arrête...

Dr. SAMUEL BURKHARDT, Fürsprecher, Bern:

*Vorbemerkungen:*

– Es ist unmöglich, ein derart anspruchsvolles, weitgespanntes Thema im Rahmen eines Referates, geschweige denn in Form eines Diskussionsvotums auch nur einigermaßen vollständig auszuloten. Ich begnüge mich deshalb mit einigen grundsätzlichen Bemerkungen und mit Hinweisen auf ein aktuelles Geschäft, nämlich das Kriminalpolizeiliche Informationssystem KIS.

– Die spezifisch bundesstaatlichen Aspekte sowie – weiter ausgreifende – politologische und soziologische Überlegungen werden dabei vernachlässigt.

– Die Begründung der Aussagen muß notgedrungen rudimentär bleiben.

## *I. Allgemeine Bemerkungen*

### *1. Rechtsstaat und öffentliche Ordnung*

In Anlehnung an ERNST BLOCH ist festzuhalten, daß Freiheit und Ordnung in einem dialektischen Verhältnis stehen. Es handelt sich jedoch nicht um ein antinomisches Verhältnis: Auch die Ordnung dient der Freiheitsgewährung. Nur unter dem Schutz und in den Grenzen der staatlichen Ordnung ist zwischenmenschliche Freiheit überhaupt möglich.

Mit anderen Worten: Rechtsstaat heißt Synthese zwischen Freiheit und Ordnung.

### *2. Zum Begriff des Rechtsstaates*

Ich halte dafür, daß die klassische Unterscheidung zwischen Rechtsstaat im formellen und Rechtsstaat im materiellen Sinne für die Weiterentwicklung der Rechtsstaatsidee und die Lösung praktischer Auslegungs- und Rechtsetzungsprobleme heute wenig Hilfen mehr bietet. Auszugehen ist von einem einheitlichen Rechtsstaatsbegriff, der sachlich-inhaltliche und formell-verfahrensmäßige Elemente mitumfaßt.

Rechtsstaat bedeutet heute einerseits – im Sinne der klassischen Definitionen – Gewaltentrennung, Gewährleistung der Grundrechte im Sinne von Abwehrrechten, formeller Gesetzesbegriff, Gesetzmäßigkeit der Verwaltung und Unabhängigkeit der Gerichte, anderseits Verwirklichung einer gerechten Ordnung. Beide Elemente bedingen sich gegenseitig.

*3. Rechtsstaat und Sozialstaat*

Das materielle Element kommt unter anderem im Sozialstaat zum Ausdruck. Rechtsstaat und Sozialstaat stehen in der Praxis in einem – wirklichen oder vermeintlichen – Spannungsverhältnis. Die dogmatische Frage nach dem Verhältnis zwischen Rechtsstaat und Sozialstaat als Aufträge der Verfassung, «materielle Gerechtigkeit zu perfektionieren» (KARL DOEHRING), mag man, je nach politischer Grundüberzeugung, verschieden beantworten. Praktisch gesehen geht es jedenfalls darum, wie es BÖCKENFÖRDE formuliert hat, «die sozialen Voraussetzungen zur Verwirklichung der rechtsstaatlichen Freiheit für alle zu schaffen, das heißt insbesondere die soziale Ungleichheit abzubauen».

Es sei mir die etwas überheblich klingende Bemerkung erlaubt, daß mit dem Versuch, Rechtsstaat und Sozialstaat mehr oder weniger abschließend und gültig zu definieren, wenig gewonnen ist.

«Die Schweizerische Eidgenossenschaft ist ein demokratischer, freiheitlicher und sozialer Bundesstaat.» (Art. 1 Abs. 1 des Verfassungsentwurfes 77).

Mit dieser Formulierung ist der Rechtsstaat Schweiz meines Erachtens treffend umschrieben.

*4. Zum Begriff der öffentlichen Ordnung*

In der Rechtslehre wird etwa unterschieden zwischen der öffentlichen Ordnung im polizei- und ordnungsrechtlichen Sinne als «Gesamtheit der ungeschriebenen Regeln für das Verhalten des Einzelnen in der Öffentlichkeit» einerseits und der öffentlichen Sicherheit, verstanden als «Unverletzlichkeit der objektiven Rechtsordnung, der subjektiven Rechte und Rechtsgüter des Einzelnen sowie der Veranstaltungen des Staates» anderseits (NORBERT ACHTERBERG). Die öffentliche Sicherheit als Gegenstand rechtlicher Regelung wird durch den «Schutz der Polizeigüter wie Leben, Gesundheit, Ordnung, Sittlichkeit, Ehre, Vermögen usw. gewahrt» (nach KURT EICHENBERGER).

Öffentliche Ordnung – öffentliche Sicherheit: wesentlich scheint mir die Forderung, daß der Schutz dieser Ordnung grundsätzlich nur so weit gehen kann, als er auf klaren Rechtsnormen beruht. Mit dem Schutz einer – wie auch immer konzipierten – außerrechtlichen Ordnung wird der Rechtsstaat überfordert. Oder anders gesagt, etwa in Anlehnung an BUMBACHER: «Die öffentliche Ordnung ist der Inbegriff der im öffentlichen Interesse erlassenen Rechtsnormen.»

«Losgelöst von einer konkreten positiven Rechtsordnung kann der öffentlichen Ordnung kein Inhalt gegeben werden.»

*5. Die Grundrechte stehen im Zentrum*

Mit PETER SALADIN ist festzuhalten: «Wie die grundrechtlichen Freiheitsgewährleistungen durch die Verfassung begründet werden, so können auch die Grenzen dieser Gewährleistungen ihre Grundlage allein in der Verfassung finden.»

Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts gehört unter anderem die Pflicht der Behörden zur Wahrung der öffentlichen Ordnung und der Sicherheit zu den gleichsam selbstverständlichen verfassungsmäßigen Schranken jeglicher Grundrechtsausübung.

Letztlich ist der Schutz der öffentlichen Ordnung und Sicherheit – unmittelbar oder mittelbar – immer auf die Wahrung und den Schutz der Grundrechte und Grundfreiheiten ausgerichtet: Verwirklichung der Grundrechte als Sinn und Zweck der öffentlichen Ordnung – Grundrechte als Maß und Richtschnur für alle Maßnahmen zum Schutze der öffentlichen Ordnung.

*6. Schutzpflicht des Staates – Schutzanspruch des Bürgers*

Wiederum mit PETER SALADIN ist davon auszugehen, daß der Staat die Verpflichtung hat, die «verfassungsmäßig gewährleisteten Güter» und die «verfassungsmäßige Ordnung überhaupt» zu schützen. Dieser Pflicht entspricht ein Anspruch des Bürgers auf aktives Handeln des Staates, sofern der Bürger «in solchen Gütern unmittelbar und schwerwiegend bedroht ist». Die schweizerische Lehre und Praxis bejaht die Zulässigkeit von Beschränkungen der Grundrechte im Interesse des Schutzes der öffentlichen Ordnung und räumt den politischen Organen dabei einen erheblichen Ermessensspielraum ein. Unter diesen Voraussetzungen kann unser Verfassungsrecht auf «präventive Verfassungsschutzbestimmungen» nach dem Muster des Bonner Grundgesetzes (Art. 9 Abs. 2, 18, 21 Abs. 2), auf die das Bundesverfassungsgericht die Grundentscheidung für die sogenannte «streitbare Demokratie» gestützt hat, ohne weiteres verzichten.

WALTER HALLER hat festgestellt, «daß sich der Schweizer bei der Verteidigung der freiheitlichen Ordnung in sehr starkem Maße auf das Funktionieren demokratischer Mechanismen... verläßt. Hingegen kommt der Rechtsschutz desjenigen, der sich in einen diametralen Gegensatz zu den herrschenden politischen Anschauungen stellt, bisweilen zu kurz». Man mag diese zweite Aussage – im Lichte der jüngsten Ereignisse – beurteilen, wie

man will. Unser freiheitlicher, demokratischer und sozialer Bundesstaat hat es jedenfalls nicht nötig, den Schutz der öffentlichen Ordnung zu überdehnen. So wäre mit Blick auf die Diskussionen in der BRD etwa zu sagen, daß es «keine allgemeine Pflicht des Bürgers zur aktiven Verteidigung der freiheitlichen Demokratie» – im Sinne einer verfassungsmäßigen, rechtlich durchsetzbaren Verpflichtung gibt. Aber anderseits hat der Staat den Mißbrauch der Grundrechte zum Kampf gegen die freiheitliche und demokratische Ordnung nicht hinzunehmen. Dabei ist eine Verfassungsbestimmung über die Verwirklichung von Grundrechten nach dem Vorbild von Art. 18 des Bonner Grundgesetzes nicht erforderlich.

*II.*

Nun zum Kriminalpolizeilichen Informationssystem KIS.

1. Das KIS ist ein Musterbeispiel für das Spannungsverhältnis zwischen Freiheit einerseits und Schutz der öffentlichen Ordnung bzw. Sicherheit anderseits. Es geht darum, den modernen Formen der Kriminalität mit einem zeitgemäßen technischen Hilfsmittel zu begegnen und gleichzeitig die Ausgestaltung des Systems auf die Wahrung der Grundrechte auszurichten. Der Pflicht, bestimmte Polizeigüter wirksam zu schützen, und dem entsprechenden Anspruch des Bürgers auf aktives Handeln des Staates steht die Bindung des Staates an die Grundrechte der betroffenen Bürger gegenüber.

2. Das KIS ist als Gemeinschaftswerk der Kantone und des Bundes konzipiert. Sein Betrieb soll auf einer Verwaltungsvereinbarung beruhen. Entwicklung und Betrieb sind von Kantonen und Bund gemeinsam zu finanzieren. Bund und Kantone sind gesetzlich verpflichtet, strafbare Handlungen zu verfolgen, alle dazu notwendigen Maßnahmen zu treffen und sich gegenseitig Rechtshilfe zu leisten. Das auf elektronischer Datenverarbeitung basierende System steht im Dienste dieser Rechtshilfe, die jede Maßnahme erfaßt, um die eine Behörde im Rahmen ihrer Zuständigkeit in einem hängigen Verfahren und zum Zwecke dieses Verfahrens ersucht wird. Als Rechtsgrundlage werden demnach die Artikel 352ff. StGB herangezogen.

3. Wie der Antwort des Bundesrates auf die Interpellation Reichling vom 10. Dezember 1979 zu entnehmen ist, soll das KIS drei Teilbereiche umfassen, deren Inhalt gegenwärtig gründlich überprüft und definiert wird:

– Daten zur *Personenfahndung,* welche insbesondere der Er-

mittlung des Aufenthaltes oder der Festnahme von Personen im Interesse eines hängigen Strafverfahrens dienen. Es geht im wesentlichen um die Festnahme bei schweren Straftaten – Verbrechen und Vergehen – und die Aufenthaltsermittlungen bei Verbrechen, Vergehen und Übertretungen.

– Daten über sogenannte *Personen mit Vorgängen.* Die Daten sollen sich im wesentlichen nur auf schwere Delikte, d.h. Verbrechen beziehen. Die Aufnahme der Daten darf nur erfolgen, wenn ein begründeter Tatverdacht vorliegt. Dabei ist die Dauer der Speicherung der Daten bzw. deren Löschung präzis zu regeln.

– Daten zur *Sachfahndung.* Hier sollen strafrechtlich bedeutsame Gegenstände, insbesondere gestohlene Motorfahrzeuge erfaßt werden.

Wesentlich ist, daß Erkenntnisse politisch-polizeilicher Natur nicht in das KIS aufgenommen werden können.

4. Oft wird übersehen, daß heute Datensammlungen in erheblichem Ausmaß bereits bestehen. Zum Teil werden herkömmliche, manuell bewirtschaftete Karteien geführt, teils gibt es bereits automatisierte Systeme. Die Daten werden im Rahmen der Rechtshilfe schon heute ausgetauscht. Die zentrale Speicherung im KIS gewährleistet eine Beschleunigung und Vereinfachung der Informationsbeschaffung, eine bessere und raschere Auswertung bzw. Verfügbarkeit der Informationen. Sie verhindert mit einem großen Aufwand verbundene mehrfache Verarbeitungen identischer Daten.

5. Bei der rechtlichen Beurteilung des KIS ist einmal davon auszugehen, daß jede polizeiliche Tätigkeit ein öffentliches Interesse voraussetzt. Dessen Vorhandensein dürfte kaum ernsthaft bestritten werden. Im übrigen gilt für die Datenspeicherung und Datenübermittlung durch staatliche Behörden der allgemeine Gesetzesvorbehalt. Auch diesbezüglich gibt es kaum unlösbare Probleme.

Im Zentrum der Rechtsfragen steht eindeutig die Grundrechtsproblematik, d.h. konkreter, der *Persönlichkeits- und Datenschutz.* Werden Grundrechte der Bürger berührt, so ist bekanntlich nach konstanter Praxis des Bundesgerichts eine besondere gesetzliche Grundlage erforderlich. Überdies muß ein überwiegendes öffentliches Interesse vorliegen, und die Eingriffe müssen verhältnismäßig sein.

Demnach ist einmal zu fragen, ob das KIS in den drei skizzierten Teilbereichen das Grundrecht der persönlichen Freiheit verletzen kann und wie der Systeminhalt unter diesem Gesichtspunkt zu gestalten ist.

Zum zweiten stellt sich die Frage, ob zureichende normative Grundlagen vorhanden sind bzw. in welcher Form solche noch geschaffen werden müssen.

6. In einem internen Papier des Bundesamtes für Justiz findet sich folgende Formulierung:

«Entscheidend bleibt der grundrechtliche und informationsrechtliche Ansatzpunkt der Betrachtung. Die Verarbeitung von personenbezogenen Daten, insbesondere durch ein modernes EDV-System, stellt a priori eine Beschränkung des verfassungsrechtlich gewährleisteten Persönlichkeitsrechts ... dar. ... Diese Beschränkung, die durch ein vorrangiges Interesse, die Verbrechensbekämpfung, gefordert ist, bedarf einer gesetzlichen Grundlage wie jede andere Beschränkung grundrechtlicher Positionen.»

Doppelt zu unterstreichen ist einmal die Feststellung, daß ein vorrangiges, ein überwiegendes öffentliches Interesse, nämlich die Verbrechensbekämpfung, zweifelsohne gegeben ist. Nun ist nicht zu bestreiten, daß mit einem leistungsfähigen elektronischen System der Datenerfassung und Datenübermittlung potentielle Gefährdungen des Persönlichkeitsrechts, insbesondere der Privatsphäre, verbunden sind. Dies gilt auch dann, wenn man in Rechnung stellt, daß die heutigen technischen Möglichkeiten nicht nur die Informationsübermittlung erleichtern, sondern gleichzeitig auch Mißbräuche wirksamer verhindern können.

Analysiert man allerdings die bundesgerichtliche Praxis zum ungeschriebenen Grundrecht der persönlichen Freiheit, so stellt man fest, daß der Schutz der Privatsphäre in Form des Datenschutzes noch nicht ausdrücklich miterfaßt wird. Es sind im wesentlichen das Recht auf Leben, auf körperliche Unversehrtheit, auf Bewegungsfreiheit und persönliche Sicherheit sowie das Recht auf Willens- und Entscheidungsfreiheit, welche die persönliche Freiheit ausmachen. Man muß aber de constitutione ferenda ohne weiteres davon ausgehen, daß die technische Entwicklung über kurz oder lang zu einer Ausdehnung auf den Schutz der Privatsphäre in der angesprochenen Form führen kann. Dieser Auffassung ist offensichtlich auch die Expertenkommission für die Totalrevision der Bundesverfassung, die in Art. 10 Abs. 3 ihres Verfassungsentwurfes den Schutz der Privatsphäre ohne spezifische Einschränkungen ausdrücklich vorsieht.

7. Im Rahmen der definitiven Bereinigung des KIS-Systeminhalts und der Regelung des Datenschutzes im KIS sind unter anderen etwa folgende Fragen zu klären:

- Umfang und Natur der aufzunehmenden Daten in den Teilbereichen Personenfahndung und Personen mit Vorgängen;
- Dauer der Speicherung von Daten über Delikte im Verhältnis zur Strafverfolgungs- bzw. Strafvollstreckungsverjährung;
- Weiterführung oder Aufgabe der Datenverarbeitung, wenn eine Fahndung zu Unrecht erfolgt ist;
- Anspruch des Betroffenen auf Auskunftserteilung bzw. Einsicht;
- Berichtigungs- und Ergänzungsrecht des Betroffenen;
- allfällige Einsetzung und Ausgestaltung einer Kontrollinstanz.

Die Verfahrensrechte und Kontrollmöglichkeiten der Betroffenen werden jedoch im Interesse der kriminalpolizeilichen Wirksamkeit des Systems Einschränkungen erfahren müssen. Dies dürfte insbesondere für den Anspruch auf Auskunftserteilung gelten.

Offenbar bieten das Teilprojekt Sachfahndung und das Teilprojekt Personenfahndung – mit gewissen Vorbehalten – wenig Schwierigkeiten. Anders verhält es sich beim Teilbereich «Personen mit Vorgängen». Die Berichterstattung in der Tagespresse über die Ergebnisse des – nicht zugänglichen – Zürcher Rechtsgutachtens REHBERG/KÖLZ macht jedenfalls folgendes deutlich:

In diesem Bereich sind Beschränkungen des Systeminhalts unter dem Gesichtspunkt der persönlichen Freiheit und mit Blick auf den durch die Rechtshilfebestimmungen des StGB gezogenen Rahmen unumgänglich.

Mit SPIROS SIMITIS läßt sich sagen: «Die Anerkennung des Datenschutzes beinhaltet den bewußten und gezielten Verzicht auf die Vollständigkeit der Information. Datenschutz ist mit andern Worten gewolltes und von der Rechtsordnung garantiertes Informationsdefizit.»

Die weitere Entwicklung des KIS wird, davon bin ich überzeugt, zeigen, daß hohe kriminalpolizeiliche Wirksamkeit und zureichender Schutz der persönlichen Freiheit durchaus zu vereinbaren sind.

8. Die Fragen nach der inhaltlichen Ausgestaltung des Datenschutzes im KIS und nach der Erlaßform, die in Bund und Kantonen zu wählen ist, lassen sich erst definitiv beantworten, wenn eine den rechtsstaatlichen Anforderungen genügende Bestimmung des KIS-Systeminhalts abgeschlossen ist.

In der bundesrätlichen Antwort auf die Interpellation REICHLING wird der einzuschlagende Weg folgendermaßen vorgezeichnet:

Dem Problem des Datenschutzes und der Datensicherung wird einstweilen mit einem Reglement Rechnung getragen. Dieses ist lediglich als erste Maßnahme während der Entwicklung und Einführung des KIS gedacht. Es soll so rasch als möglich durch Datenschutzvorschriften auf Gesetzesstufe abgelöst werden. In diesem Zusammenhang wird auch geprüft, ob sich der Persönlichkeitsschutz der Betroffenen durch die Aufnahme spezieller Datenschutzgrundsätze in die Bestimmungen des StGB über die Rechtshilfe verbessern läßt, um so innerhalb eines vernünftigen Zeitrahmens eine angemessene Rechtsgrundlage für die einheitliche Erhebung, Speicherung und Verarbeitung kriminalpolizeilicher Daten durch das KIS zu schaffen. Weitere Elemente werden in speziellen Datenschutzvorschriften für den kriminalpolizeilichen Bereich im Bundesgesetz über den Datenschutz im Bund und in bereichsspezifischen Datenschutzvorschriften der Kantone enthalten sein.

Ich halte es für sachlich gerechtfertigt und nötig, das KIS ohne Verzug weiter zu entwickeln und einzuführen. Unter der Voraussetzung, daß das im Sinne einer provisorischen Regelung vorgesehene Datenschutzreglement den Anforderungen inhaltlich genügt, darf – bei richtiger Abwägung der Interessen und mit Blick auf das ausgewiesene Bedürfnis nach einem wirksamen, modernen Informationssystem – auch eine vorübergehende Regelungslücke im formellen Gesetzesrecht in Kauf genommen werden. Entscheidend ist, daß es – auch vorübergehend – keinen regelungsfreien Raum geben darf.

*Schlußwort*

Ich darf mein Votum mit einem Zitat schließen. SAUL FRIEDLÄNDER hat gesagt:

«Die Macht einer Regierung bemißt sich nach dem Grad der Freiheit, die sie dem Einzelnen gewähren darf.»

Dazu ist zweierlei zu sagen: Eine staatliche Gemeinschaft ist nur stark, wenn der Einzelne über ein hohes Maß an Freiheit verfügt.

Und: Der Einzelne kann nur ein hohes Maß an Freiheit haben, wenn der Staat die Macht hat, ihm diese Freiheit wirklich zu garantieren.

Dazu bedarf es auch wirksamer Instrumente zum Schutze der öffentlichen Ordnung.

Der Verhandlungsleiter eröffnet die Diskussion und erteilt das Wort Herrn Bundesrichter ARTHUR HAEFLIGER, Lausanne.

Bundesrichter ARTHUR HAEFLIGER, Lausanne:

Der Schutz der öffentlichen Ordnung im Rechtsstaat: Das ist ein spannungsgeladenes Thema, das – nicht zu unserer Freude – just in diesen Tagen eine besondere Aktualität erlangt hat. Es bildet einen Ausschnitt aus dem allgemeinen Thema «Staatsmacht und Freiheit des Bürgers», das seit je Juristen und alle, die sich um die Dinge des Staats kümmern, im tiefsten bewegt hat. Wir haben allen Anlaß, Herrn Kantonsrichter ABRAVANEL sehr zu danken. Er hat die schwierigen Probleme einläßlich dargelegt, klar erläutert und mit einer Eleganz der Sprache behandelt, um die wir unsere Kollegen aus dem Welschland immer wieder beneiden. Wir sind aber auch Herrn Fürsprecher BURKHARDT Dank schuldig. Wie wir hörten, hat ihn eine gesundheitliche Störung daran gehindert, seine Arbeit abzuschließen. Wir sind froh darüber, daß er wiederhergestellt bei uns sein kann und uns einige Gedanken vortrug, von denen wir hoffen, daß sie doch vielleicht später einmal in erweiterter Form im Druck erscheinen werden.

Der Rechtsstaat hat es nicht leicht, sich der Störungen der öffentlichen Ordnung zu erwehren. Die Behörde muß ihre Maßnahmen im allgemeinen auf eine gesetzliche Grundlage stützen können. Nur bei schwerer Störung oder Gefährdung kann sie es wagen, sich auf die allgemeine Polizeiklausel zu berufen. In jedem Fall hat sie sich an den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit zu halten. Der Respekt vor den Rechten des Individuums darf indes nicht dazu führen, daß die Institutionen des Rechtsstaats dazu mißbraucht werden, um den Rechtsstaat zu untergraben. Im Zusammenhang mit den turbulenten Ereignissen, die sich dieser Tage abspielten, war verschiedentlich von «Freiräumen des Rechts» die Rede. Vermutlich ist damit gemeint, Straftaten, die im Zusammenhang mit Krawallen ausgeführt werden, sollten nicht oder nur teilweise strafrechtlich verfolgt werden. Gerade im Rechtsstaat kann ein solches Postulat nicht akzeptiert werden. Herr ABRAVANEL führt aus, das Recht dürfe zwar die Evolution der Gesellschaft nicht vorausnehmen, aber es müsse sich bisweilen rascher anpassen, als es die verfassungsmäßigen Verfahren gestatten, und im besondern müsse dann, wenn die persönliche Freiheit auf dem Spiel stehe, mitunter auf einen übertriebenen Formalismus verzichtet werden, der zwar gesetzmäßig, aber doch

ungerecht wäre (S. 58). Es ist nicht ohne weiteres genau zu erkennen, welches die Tragweite dieser These ist. Es kann auf jeden Fall nicht angehen, daß Leuten, die das Gesellschaftssystem mit unerlaubten Mitteln verändern wollen, sozusagen freie Bahn gelassen wird, und daß man es ihnen gegenüber mit der Anwendung des geltenden Rechts nicht mehr so genau nimmt. Dem stimmt gewiß auch Herr ABRAVANEL zu, und mit seinen eben erwähnten Ausführungen soll wohl einfach besonders hervorgehoben werden, daß auch beim Schutz der öffentlichen Ordnung das Proportionalitätsprinzip beachtet werden muß.

Um diesen Schutz geht es auch dann, wenn sich die Behörden mit dem internationalen Terrorismus konfrontiert sehen. Mit Rücksicht auf die außergewöhnlichen Gefahren haben die kantonalen Behörden gegenüber verhafteten oder verurteilten Terroristen gewisse strenge Maßnahmen treffen müssen, um den Kontakt mit der Außenwelt zu beschränken und die Fluchtgefahr zu verringern. Das Bundesgericht hatte sich auf Beschwerden hin wiederholt mit diesen Problemen zu beschäftigen; bis jetzt hatte es nicht Anlaß, solche Maßnahmen aufzuheben. Auch in diesen Fällen muß indes die Achtung der Menschenwürde eine Grenze bilden.

Zum Schluß eine kurze allgemeine Bemerkung, die über den Rahmen des Themas hinausgeht. In seiner Praxis, die den Schutz der Grundrechte zum Gegenstand hat, hält das Bundesgericht im ganzen gesehen eine mittlere Linie ein. Wer die große Freiheit verlangt und keine Schranken anerkennen will, wird beim eidgenössischen Verfassungsrichter kaum Erfolg haben. In einer Zeit, da mancher die staatliche Ordnung als lästige Fessel empfindet, wird mitunter behauptet, das Bundesgericht ziehe den Kreis der bürgerlichen Freiheit allzu eng. Eine maßvolle Praxis läßt sich indes auch dann durchhalten, wenn sich die Zeiten einmal ändern und das Pendel auf die andere Seite ausschlagen sollte. Im Grund ist der Sache der Freiheit am besten gedient, wenn unbekümmert um das, was gerade en vogue ist, Freiheit und Ordnung maßvoll und vernünftig gegeneinander abgegrenzt werden.

Me CLAUDE BONNARD, avocat et conseiller national, Lausanne:

En étudiant l'intéressant rapport de Monsieur ABRAVANEL, me sentant tantôt en accord, tantôt en désaccord avec lui, j'ai constamment pensé aux deux expériences si différentes que j'ai faites: d'abord, comme rédacteur d'une longue série d'arrêts du

Tribunal fédéral consacrés à la protection de l'ordre public et des libertés, ensuite, comme chef d'un département cantonal de police.

J'avoue que la lecture du rapport a provoqué en moi des sentiments mélangés. La qualité du travail qui nous est présenté n'est pas en cause.

Il m'a paru, tout d'abord, comme à notre rapporteur, me semble-t-il, qu'il y avait un fossé, parfois même un abîme infranchissable, entre les principes théoriques et la pratique. Les principes théoriques sont élaborés par de savants professeurs ou par des juges, qui mûrissent leur décision dans la tranquillité de leur cabinet. La pratique, elle, laisse le responsable du maintien de l'ordre, seul en face de lui-même, pour apprécier une situation constamment changeante, décider avec rapidité des mesures adéquates et les faire exécuter avec le discernement qui conduise à l'apaisement.

Peu à peu cependant, ce sentiment du divorce entre la théorie et la pratique s'est estompé. J'ai dû ordonner et surveiller des opérations de police dans des manifestations groupant jusqu'à plusieurs milliers de manifestants. Ce que j'ai appris au Tribunal fédéral pendant douze années de commerce quotidien avec une bonne doctrine et une jurisprudence pondérée, ne m'ont sans doute pas fourni la solution à mes problèmes pratiques.

Mais cela a été comme une toile de fond et, en certaines occasions, un garde-fou. Comme praticien, je suis reconnaissant à Me Abravanel de m'avoir fait remonter aux sources, d'autant plus qu'il l'a fait avec du talent et une pointe d'humour belletrien qui ne gâte rien.

Dans le quart d'heure que m'a imparti le Comité en me demandant de m'exprimer, je ne puis qu'esquisser quelques réflexions. Je consacrerai les premiers à la notion de l'ordre public: il peut y avoir une notion étroite, que M. le rapporteur rappelle d'ailleurs (p. 32) en disant que «l'ordre public vise essentiellement la protection des biens de police dans leur acception étroite (paix, santé, sécurité, tranquillité, moralité publiques) pour éviter le désordre, l'anarchie, la mise en danger de l'Etat lui-même». Mais il peut aussi y avoir une notion plus large de l'ordre public, à laquelle notre rapporteur semble donner la préférence (p. 95, litt. b) «L'ordre public», dit-il, «est non seulement l'état de sauvegarde des biens de police, mais encore la situation dans laquelle le plus large consensus est acquis, accueillant aussi les non-conformistes, les isolés et les marginaux.» Dans la logique de cette définition large, la prestation de l'ordre public ne saurait se

limiter à la sauvegarde des biens de police au sens étroit. Elle exige aussi «le sens de l'équité», plus de justice sociale.

J'éprouve quelques difficultés à suivre M. le rapporteur sur ce terrain. Certes, je n'ai pas fait, comme lui, d'abondantes lectures; mais j'incline presque d'instinct, vers une définition étroite de l'ordre public. L'ordre public se limite pour moi à quelque chose de véritablement vital, quelque chose sans quoi la vie collective harmonieuse n'est tout simplement pas possible. Seule cette notion étroite de l'ordre public peut justifier le pouvoir exorbitant que la clause générale de police confère à l'autorité exécutive. Pour que, dans un Etat régi par le droit, le gouvernement puisse agir même sans base légale ou constitutionnelle, il faut véritablement que la vie collective soit menacée d'asphyxie. Certes, la vie collective harmonieuse dont parle par exemple l'arrêt Rassemblement jurassien du 2 mars 1966 (RO 92 I 31), suppose un minimum de justice sociale. Ainsi, elle serait menacée d'asphyxie et l'ordre public serait troublé si une partie appréciable de la population du pays était réduite en esclavage. J'hésite, en revanche, à aller plus loin. J'hésite, par exemple, à affirmer, d'une façon toute générale, que la justice sociale participe à la protection de l'ordre public: un minimum de justice sociale peut-être, une justice sociale idéale, non. Plus on élargit la notion même d'ordre public, plus on risque aussi d'étendre le champ d'application de la clause générale de police et de légitimer des interventions brutales de l'Etat.

J'ai appris à l'Université – et je crois que c'est encore vrai – que notre Confédération suisse repose sur trois piliers: la démocratie, le fédéralisme et le libéralisme. Depuis lors, on a cru bien faire d'ajouter que notre pays était un Etat social. Ce faisant, nos publicistes ont cédé à une mode, plus qu'ils n'ont enrichi la substance de notre Etat. En effet, l'Etat libéral au sens juridique est par essence social; il est composé d'hommes qui sont non seulement responsables d'eux-mêmes, mais aussi solidaires entre eux. C'est pourquoi, à mes yeux, la justice sociale est un élément de l'Etat libéral. Elle ne peut, tout au plus, intéresser l'ordre public que dans les limites très étroites que j'esquissais tout à l'heure: c'est-à-dire, s'il existe des circonstances qui excluent un minimum de justice sociale. Or, s'il existe en Suisse des injustices sociales, aucune d'elles n'atteint ce degré. Je ne crois pas, dès lors, qu'on puisse réclamer ici dans ce pays plus de justice sociale pour mieux protéger l'ordre public. Ceux qui désirent plus de justice sociale ont les moyens de se faire entendre. Ils ne sont pas légitimés à troubler l'ordre public.

Si la notion de l'ordre public demeure étroite, les interventions de l'Etat sous leur forme la plus brutale restent limitées aussi. Dès l'instant que l'ordre public devient une notion plus large, les interventions étatiques risquent de croître et seraient d'autant plus aisées à légitimer qu'en bonne doctrine, la tâche première de l'Etat est d'assurer l'ordre public. Elles seraient peut-être moins brutales que celles qu'autorise la clause générale de police dans sa forme actuelle; ne seraient-elles pas d'autant plus pernicieuses? Peut-être, notre rapporteur s'est-il laissé entraîner sur cette pente? La protection de l'ordre public comprend, dit-il notamment, la prophylaxie politique. Celle-ci comporte par exemple une garantie de la propriété individuelle. Mais, ajoute-t-il, il ne saurait s'agir que d'une propriété individuelle «mesurée», c'est-à-dire qui n'excède pas ce qui est nécessaire au citoyen et à sa famille et ne lui permet pas de s'assurer le pouvoir. Voilà une définition qui m'inspire les plus grandes craintes. Comment définir la propriété qui est nécessaire pour vivre ou celle qui permet de s'assurer le pouvoir? Il faut avoir l'honnêteté de dire que ces questions ne peuvent recevoir d'autres réponses que celles de l'arbitraire du pouvoir, qui est l'une des plus lourdes menaces contre l'ordre public. Ce n'est évidemment pas l'idée de notre rapporteur, mais la réalité politique pourrait bien être plus forte que ses vues généreuses.

Permettez-moi, maintenant, de consacrer quelques instants à l'équilibre entre l'ordre et la liberté. Notre rapporteur écrit (p. 51) que «les Etats régis par le droit disposent d'une marge de manœuvre restreinte entre la nécessité de maintenir l'ordre indispensable à l'exercice des libertés, et celle de maintenir le maximum de liberté nécessaire à la stabilité de la société». Il a raison. Le praticien responsable de l'ordre public dans sa commune ou son canton, lorsqu'il est mêlé à une action concrète, a constamment le sentiment d'avancer en équilibre instable sur une corde raide. Le législateur éprouve moins ce sentiment, parce que son action est plus lente. Mais, dans le fond, sa situation est la même. Il y a des époques et des pays où l'on est allé trop loin dans le souci de protéger l'ordre public, d'autres où l'on est allé trop loin dans le souci de protéger la liberté. Où en sommes-nous, aujourd'hui, dans ce pays? Nous allons loin dans la protection de la liberté. C'est le moins qu'on puisse dire et ce n'est pas moi qui m'en plaindrai. Allons-nous parfois trop loin? C'est la question que je me pose.

Nous venons par exemple de réformer la procédure militaire en matière disciplinaire. Jusqu'à la fin de 1979, les sanctions

disciplinaires étaient de la seule compétence des commandants responsables et de leurs supérieurs hiérarchiques, sous réserve d'un ultime recours limité à l'auditeur en chef. Dès le premier janvier 1980, toutes les peines d'arrêts simples ou de rigueur peuvent être déférées à un tribunal d'appel. Les raisons de cette modification sont connues: le législateur a considéré que l'ancien système était contraire à la Convention européenne des droits de l'Homme. Diverses raisons m'amènent à penser que dans cette affaire, nous avons rompu, en faveur de la liberté et au détriment de l'ordre, l'équilibre qui devait exister entre eux. En effet, la procédure disciplinaire militaire, si elle doit demeurer l'ultime moyen de faire respecter les dures règles de la discipline, n'en doit pas moins demeurer rapide. La sanction n'a d'effet que si elle est subie à très bref délai. La multiplication des voies de recours jusqu'à un tribunal d'appel allonge la procédure sans bénéfice réel ni pour la discipline, ni pour le militaire puni. Rien ne permet d'affirmer que les droits fondamentaux sont mieux protégés, si ce ne sont des raisons théoriques (intervention du juge) qu'aucun fait concret n'est venu confirmer. Nous avons cru bon de nous incliner devant un système plutôt que devant la réalité.

Autre exemple: certains codes cantonaux récents en matière de procédure pénale. Je suis d'autant plus à l'aise pour en parler que je suis co-auteur de celui du canton de Vaud. Je me demande aujourd'hui si nous n'avons pas, là aussi, multiplié à l'excès les garanties en faveur du prévenu. Les moyens à la disposition de l'accusé sont si nombreux qu'il peut faire durer l'enquête. Les bandits les plus dangereux le savent et ne s'en font pas faute, les terroristes non plus. Si, grâce à ces moyens, les droits de la défense sont parfaitement garantis, force est de constater que les libertés des citoyens paisibles ne trouvent nullement leur compte dans une justice trop lente. N'est-il pas, jusqu'à un certain point, paradoxal que notre Cour suprême définisse avec autant de soin et de générosité les droits fondamentaux de diverses crapules qui n'ont pas le moindre égard pour ceux des autres? Ce n'est pas le juriste qui pose cette question, car il sait bien que le Tribunal fédéral a le devoir de juger comme il le fait: en trouvant la voie médiane dont parlait Monsieur le Juge HAEFLIGER par ailleurs. Ce n'est pas non plus l'homme politique, qui sait écouter les juristes. Mais j'exprime, je crois, la préoccupation d'une très large partie de notre population. Devons-nous en faire totale abstraction? Ne devrions-nous pas revoir les limites des droits de la défense afin d'assurer, un peu mieux, les libertés des citoyens paisibles?

Un dernier exemple: le traitement des informations privées, en particulier dans le domaine de la police. Avec notre rapporteur, je crois profondément que la force de la police réside dans son éducation et dans son service de renseignements (p. 117).

Or, précisément, ce service de renseignements est l'objet d'attaques de plus en plus fréquentes. Les assauts répétés de toutes parts contre le fameux projet KIS sont, à cet égard, typiques. A la base, il y a la crainte du fichier de police et l'inquiétude devant l'informatique et ses possibilités illimitées. Le législateur doit y prêter la plus grande attention. Il y va du bon équilibre entre l'ordre et la liberté. Mais, ce nécessaire équilibre interdit aussi de s'opposer, comme le font certains, au principe même du système KIS. Nos libertés les plus élémentaires ne seraient plus protégées si nous laissions nos policiers courir seuls à pied avec des gros bâtons derrière des criminels qui sont équipés d'armes à feu perfectionnées, se déplacent en voiture ou même en avion. En prenant les mesures nécessaires pour protéger nos libertés dans le traitement des informations privées, nous aurons aussi égard à la police, à ses besoins. Nous ne devons point la décourager, car, sans elle, nos libertés ne seraient plus que de vaines proclamations.

Ces trois exemples sont-ils de simples accidents dans la longue histoire de l'équilibre précaire entre l'ordre et les libertés? Manifestent-ils au contraire une tendance? Je ne me risquerais pas à résoudre ces questions. Ma préoccupation est que, sous prétexte de protéger l'Etat de droit, nous ne commettions des excès qui finissent par le tuer. Je crains que nous n'en ayons déjà commis. Je souhaite que nous n'en commettions pas trop d'autres.

Troisième thème de réflexion: l'excellent chapitre que notre rapporteur a consacré à l'équilibre des pouvoirs (p. 23–25). Avec raison, il considère que le fédéralisme est une sérieuse garantie de la paix et de la tranquillité publique. Tel est le cas parce que, en distribuant les compétences à divers niveaux, le fédéralisme contribue à rapprocher le citoyen et le pouvoir.

Ce rapprochement a une importance particulière dans la protection de l'ordre public. Le responsable sait, en effet, que lorsqu'il doit déboucher hélas sur l'action policière, l'arme est à double tranchant. L'apaisement ne sera obtenu que si l'action est proportionnée. Elle a d'autant plus de chances de l'être que la police est proche de la population. C'est pourquoi il faut attacher tant d'importance au maintien des polices cantonales. Pourtant, il ne faut pas refuser de voir les faiblesses du système et les dangers que celles-ci font courir à l'ordre public et à nos libertés.

On sait par exemple la difficile situation de la Confédération qui a le devoir constitutionnel de faire régner l'ordre et la tranquillité (art. 2, 85 ch. 7, 102 ch. 10 Cst) et qui, n'ayant en propre d'autres moyens que l'armée, c'est-à-dire le système le plus inadéquat, est contrainte de rechercher la collaboration des cantons pour exécuter la tâche qui lui incombe. Il y a plus de quinze ans que la Confédération et les cantons cherchent à mettre sur pied un mode de collaboration qui, tout en préservant l'autonomie des cantons, permette à la Confédération d'accomplir son devoir constitutionnel.

Jusqu'ici, tous les efforts entrepris ont échoué, non pas au niveau des gouvernements ou des parlements, mais devant le peuple. Pourtant, le problème subsiste. Si la Confédération ne parvient pas à le résoudre avec les cantons, elle sera tentée de créer sa propre police. Ce serait une très mauvaise solution, car elle ferait intervenir dans les cas les plus délicats une police plus anonyme et plus «anti-casseurs» que les polices cantonales. Il faut donc espérer que Confédération et cantons continuent à rechercher une formule de collaboration acceptable. C'est, sans doute, dans le cadre des principes du fédéralisme qu'ils la trouveront le mieux.

Permettez-moi, enfin, de dire à Monsieur le rapporteur, combien je partage son avis lorsqu'il écrit que, dans la lutte contre le terrorisme, il est indispensable d'être constamment animé de la ferme résolution de ne jamais céder au chantage (p. 112). C'est, dit-il aussi avec raison, devant la fermeté du caractère, l'esprit de sacrifice et l'équanimité que cède finalement le terrorisme.

Pendant mes douze ans d'activité au service de l'ordre public, j'ai souvent réfléchi à ce problème, avec mes collègues d'autres cantons et avec nos commandants de police. En analysant des cas réels, parfois avec les fonctionnaires étrangers qui avaient été eux-mêmes engagés dans ces affaires, en participant à certains exercices, nous sommes pratiquement toujours arrivés à la même conclusion pratique que notre rapporteur: demeurer ferme, rester maître de soi, refuser de céder au chantage. Mais, nous nous sommes demandés également si, dans un cas réel où nos autorités adopteraient cette attitude, elles seraient nécessairement suivies par la population. Nous sommes généralement arrivés à la conclusion que cette question ne pouvait être résolue in abstracto. Un point nous a paru, en revanche, clair: dans un cas réel, l'autorité devrait se manifester par un intense effort d'information. En effet, la société dans laquelle nous vivons ne nous prédispose pas à comprendre le prix «effroyablement douloureux», pour re-

prendre les propos de notre rapporteur (p. 112) «que la démocratie doit payer pour sa survie». Elle ne nous prédispose pas à saisir qu'il faut, dans certaines situations, sacrifier des vies humaines pour en protéger d'autres et leur assurer un développement plus harmonieux, dans un climat de plus grande liberté.

Si notre Congrès pouvait avoir contribué à cet effort d'information, il aurait atteint un de ses buts essentiels.

M^e^ MAURICE VON DER MÜHLL, avocat, docteur en droit, Lausanne:

Après s'être réjoui de la mine de renseignements que contient le travail de M. PHILIPPE ABRAVANEL, le référant exprime le regret que l'étude ne porte pas du tout sur l'aspect historique des choses. Cela conduit M. ABRAVANEL à formuler une opinion qui est en contradiction avec des faits établis depuis longtemps.

Ainsi, dans ses conclusions, l'auteur écrit (p. 143):

> «Développer l'appareil répressif n'a jamais servi à rien d'autre qu'à tuer les libertés que l'on veut sauvegarder, soit en écrasant toute personnalité, soit en exacerbant le révolté.»

Précédemment, l'auteur s'était montré sévère (p. 45) à l'égard de Lord WIDGERY, Chief justice of England, auquel il reprochait d'avoir proclamé «qu'on était trop doux, qu'on recherchait trop le progrès social, qu'on abandonnait toute discipline» en ajoutant pour finir: «Pourquoi cet appel du chef de la justice anglaise à *la régression de la civilisation?*»

Si l'auteur avait vu les choses sous l'angle historique, il aurait mieux tenu compte de ce que l'ordre public dans sa conception européenne se fonde sur le régime des paix publiques du Moyen Âge, régime opposé dans le principe à celui des guerres privées. Les chartes de franchises concédées à nos villes suisses, notamment, impliquent toujours la création d'un régime de paix publique dont la violation est sanctionnée par de fortes amendes. Ce droit pénal renforcé a permis l'essor au Moyen Âge de nos villes libres (par exemple: Frei...burg!). Ces villes libres, en raison de l'ordre public strict qui y régnait, ont été des foyers de civilisation importants, bien connus de tous. Ainsi, dans le passé, le renforcement du droit pénal n'a pas conduit à la «régression de la civilisation» mais bien au contraire à un développement très réjouissant de l'humanité.

M. le Professeur AUGUSTIN MACHERET, Fribourg:

Tout d'abord, je voudrais remercier M. le Juge PHILIPPE ABRAVANEL de son rapport par lequel, en un langage vivant et souvent nouveau, il nous interpelle sur la relation dialectique entre l'ordre et l'exercice des libertés. Brièvement, je voudrais soulever ici une question générale de méthode et quelques problèmes de fond.

Comme l'indique M. le rapporteur (p. 32), l'ordre public est, en dépit de sa constante et inévitable conjonction avec la police administrative, une notion juridique à contenu éminemment positif. Invariablement, il est défini comme étant ce minimum de conditions essentielles à une vie sociale convenable (G. VEDEL, Droit administratif, Paris 1973, p. 23).

Traditionnellement, on y fait entrer la sécurité des biens et des personnes, la tranquillité, la salubrité et la moralité publiques, la bonne foi en affaires. Le contenu de ces valeurs, précisera-t-on encore, varie selon l'époque et le lieu. Dès lors, le juriste définira l'ordre public comme étant «un ensemble de valeurs et de préceptes jugés indispensables à une vie sociale convenable à une époque donnée par un corps déterminé». Cette définition synthétique que m'inspire la doctrine française (voir par exemple P. BERNARD, La notion d'ordre public en droit administratif, Paris 1962), vient opportunément compléter les approches plutôt analytiques du rapport. Force est cependant de constater qu'elle ne nous renseigne guère sur ce qu'est effectivement l'ordre public aujourd'hui en telle ou telle collectivité organisée. A vrai dire, cette définition demeure purement formelle et n'écarte pas le danger d'interprétations chargées de subjectivité, d'idéologie ou d'émotion. Cela étant, je me demande si le juriste peut espérer définir à lui seul et de façon satisfaisante, ce faisceau de valeurs.

Seul, pourrait-il discerner objectivement les circonstances, les comportements propres à mettre en péril, voire à léser ce standard social minimal? Certes pas et telle n'est d'ailleurs pas plus sa prétention. Confirmée par l'observation de plusieurs processus législatifs récents, cette réponse négative me suggère une autre interrogation: celle de savoir si le légiste (souvent juriste) prête toujours suffisamment attention aux écueils menaçant la perception des exigences de l'ordre public. A cette seconde question, je suis tenté de répondre à nouveau par la négative. Faute de pouvoir argumenter longuement, je me bornerai à prendre ici appui, pour l'exemple, sur la démarche exemplaire récemment empruntée par un doctorant, M. MARCO BORGHI, l'auteur d'une thèse

publiée cette année sous le titre «Diritto e devianza». Appelé à analyser la condition juridique et sociale de l'«a-normal» mental – problème auquel le rapport consacre des pages convaincantes: p. 113 ss –, ce juriste prit soin de constituer au départ un groupe de travail pluridisciplinaire (juriste, médecin, sociologue, travailleur social), puis de prospecter jusque dans le détail le milieu psychiatrique d'une région. Cette patiente et longue approche «factuelle» permit à l'auteur d'observer, après d'autres chercheurs, que le législateur avait, en ce domaine de la déviance mentale, développé, sous l'influence de représentations collectives diverses, d'une part un concept bien trop strict de l'ordre public et de l'autre des notions bien trop étendues de l'«a-normalité» et de la «périculosité» de l'individu. Est-il besoin de souligner qu'une telle tendance était propre à engendrer des pratiques administratives et juridictionnelles contraires à la liberté personnelle?

Sur le plan de la méthode, la démarche de l'auteur précité m'incite à suggérer qu'en maints secteurs du droit public, de la police administrative en particulier, le légiste s'applique à mieux identifier le problème posé, pour mieux le définir et le résoudre ensuite. A cet effet, ce légiste devrait rechercher au besoin le contact de toutes les sciences sociales (histoire, philosophie, science politique, sciences économiques, science administrative, psychologie sociale, etc.). Le droit ne provient-il pas de la réalité? Et comment le formuler sans appréhension objective des faits?

Pour autant, je n'entends pas ignorer que la sauvegarde de l'ordre public pourra exiger en certaines situations, des mesures rapides, voire immédiates et très fermes. Aussi bien, notre petit discours sur la méthode concerne avant tout l'effort doctrinal, l'activité législative, la création et la gestion de certaines infrastructures (établissements psychiatriques, prisons, pénitenciers, etc.). Sans écarter absolument tout risque de subjectivité, la démarche pluridisciplinaire pourra éviter au légiste de céder à quelque réflexe catastrophiste, ou d'entretenir le cas échéant, des stéréotypes irrationnels (véhiculés parfois par des médias dont l'influence n'est pas nécessairement libératrice). Ce propos intéresse, me semble-t-il, tous ceux dont la manière d'être inquiète ou irrite et qui partant pourront encourir, sans motifs suffisants, la stigmatisation du groupe puis de ses pouvoirs constitués: ainsi en est-il de l'étranger, cet être suspect parce que venu d'ailleurs et qui valait certes la peine d'une solide législation de «police des étrangers»! On le voit, *la définition juridique de l'ordre public et*

*celle de ses transgressions, sont propres à nous révéler dans une certaine mesure la capacité d'intégration (ou de marginalisation) d'une société organisée.* Saurait-on affirmer que cette question n'est point d'actualité? A cet égard, nous apprécions la présomption « in dubio pro libertate» toujours présente à l'esprit de M. le rapporteur, de même que l'insistance de ce dernier à promouvoir les moyens de prévention des infractions à l'ordre public. Au demeurant, le caractère nécessairement évolutif de ce concept ne nous autoriserait-il pas à répudier l'expression d'«ordre établi», sauf à penser qu'elle signifiât simplement «geltende Ordnung». Qui plus est, l'ordre saurait-il logiquement se concevoir sans son contraire: le désordre! Tout est alors à nouveau question de «supportabilité».

Dernière observation: nous sommes certes tous reconnaissants à M. le rapporteur d'avoir abondamment illustré sa réflexion sur l'ordre public. Par là-même, il rend compte des caractères concret, actuel et circonstanciel de cette notion, tels du moins qu'il les perçoit au travers de son expérience et de sa vaste étude. Ce faisant, l'auteur ouvre certes la voie prometteuse au développement d'une théorie générale de l'ordre public.

Nous constaterons pour finir qu'en l'état actuel de la doctrine et de la jurisprudence, l'ordre public est considéré comme une limite générale à l'exercice des droits fondamentaux; sa sauvegarde pourra justifier de mesures de police. Partant, on ne saurait accepter sans réserve toutes tendances à la dilatation de ce concept-clé, situé au carrefour de la liberté et de l'autorité.

Professor THOMAS FLEINER, Fribourg:

Ich kam mit dem festen Willen hierher, nicht zu diesem Thema zu sprechen, und wurde nun gebeten, ein kleines spontanes Votum abzugeben. Erstens bin ich der Meinung, daß das Referat von Herrn ABRAVANEL einen umfassenden Überblick über die zu behandelnden Fragen vermittelt, mit denen wir uns zu beschäftigen haben, und zweitens lassen sich die vielen grundlegenden Fragen, die angesprochen werden, kaum mit einem Votum beantworten.

Ich sehe meine Aufgabe deshalb vor allem darin, zu den von Herrn ABRAVANEL aufgeworfenen Fragen noch einige weitere hinzuzufügen.

Herr ABRAVANEL hat sein Thema «Öffentliche Ordnung» mit dem Problem der Rechtfertigung des Staates in Zusammenhang

gebracht. Dabei ist er auf das Problem des Widerstandsrechts eingetreten. Mit dem Hinweis auf die «Antigone» von SOPHOKLES hat er das grundlegende, seit Menschengedenken bestehende Dilemma zwischen Aufrechterhaltung der Ordnung auf der einen Seite und der objektiven bzw. subjektiven Ungerechtigkeit und dem damit verbundenen «rechtlichen» oder politischen Anspruch auf Widerstand gegen diese Ordnung auf der anderen Seite hingewiesen.

Genau gleich wie die «Antigone» von SOPHOKLES einen unglaublichen Wandel durchgemacht hat bis zur «Antigone» von ANOUILH, so hat auch das Rechtsbewußtsein der damaligen Zeit einen sehr starken Wandel bis zum Rechtsbewußtsein der heutigen Zeit erfahren. Lassen Sie mich deshalb die «Antigone» von SOPHOKLES mit derjenigen von ANOUILH vergleichen.

Die «Antigone» von SOPHOKLES lebt in einer vorgegebenen göttlichen und gesetzlichen Ordnung. Gegen diese Ordnung mußte die Antigone revoltieren, weil sie als Schwester ihres Bruders ebenfalls aufgrund der göttlichen Ordnung verpflichtet war, seinen Leichnam entsprechend dem göttlichen Auftrag zu beerdigen. Das Drama von SOPHOKLES besteht also darin, daß die Antigone in ein Dilemma gerät, weil sie zwei miteinander in Widerspruch stehenden Gesetzen gehorchen sollte. Dieser unlösbare Konflikt führt letztlich zum Drama der Antigone.

In der «Antigone» von ANOUILH finden wir keine göttlichen Gesetze mehr. ANOUILH schreibt das Drama «Antigone» im Zeitalter des Positivismus. Für ANOUILH gibt es keine absoluten und nicht aufhebbaren Werte. Maßgebend für ANOUILH ist nicht mehr das göttliche Gesetz, sondern die Macht, mit der die Antigone in Widerspruch gerät. Wie läßt sich aber der Widerspruch des Untertans mit der Machthoheit lösen, wenn auf beiden Seiten keine Rechtfertigung der Macht besteht? Der unlösbare Konflikt bei ANOUILH ist also grundsätzlich anderer Natur. Er zeigt aber, wie recht Herr ABRAVANEL hat, wenn er fordert, daß wir in der Frage der öffentlichen Ordnung nur weiterkommen können, wenn wir uns wieder intensiver mit der Frage der Rechtfertigung des Staates auseinandersetzen. Wenn der Staat seinen Machtanspruch nur positivistisch, aber nicht materiell rechtfertigen kann, wie will er dann denen, die sich gegen die Macht auflehnen, das Recht entgegenhalten?

Gestatten Sie mir dieser Problematik noch eine weitere hinzuzufügen. Das Thema unseres heutigen Tages lautet: «Öffentliche Ordnung und Staat». Wenn wir auf die staatsphilosophischen Grundlagen zurückgreifen und untersuchen, was die Philosophen

zur öffentlichen Ordnung bis jetzt gesagt haben, so findet sich eigentlich kaum der Gegensatz Ordnung–Nichtordnung oder Anarchie. Die Staatsphilosophen gehen vielmehr vom Wortpaar «Pflicht und Schutz» aus. Der Staat ist, um ein Wort von SCHOPENHAUER zu zitieren, ein «Schutz- und Trutzstaat». Er hat also die Aufgabe, die Menschen vor äußeren und inneren Gefahren zu schützen. Damit wollten die Philosophen der Aufklärung den Staat in seinen Machtbefugnissen einschränken und verhindern, daß er auch noch die Aufgabe übernimmt, die Menschen glücklich zu machen. Die primäre und eigentliche Aufgabe des Staates besteht also darin, die Menschen vor inneren und äußeren Gefahren zu schützen. Wenn wir die öffentliche Ordnung in diesem Sinne verstehen, so verliert sie ihren leeren und absolutistischen Gehalt. Die öffentliche Ordnung ist kein Selbstzweck. Sie ist lediglich dazu da, den Menschen zu dienen und diese zu schützen, sie ist aber nicht dazu da, irgendeinen abstrakten Begriff des Staates oder eine Obrigkeit vor den Untertanen zu schützen. Sie ist vielmehr dazu da, allen Menschen Schutz zu gewähren.

Lassen Sie mich dazu noch eine Bemerkung zum vorangehenden Votum im Zusammenhang mit der Geschichte der öffentlichen Ordnung machen. Hätte es Karl den Großen nicht gegeben, hätte dieser sein Reich nicht aufgeteilt, und hätte er dem deutschen Teil nicht den Auftrag gegeben, die Verteidigung nicht durch den Kaiser, sondern durch die einzelnen Territorialfürsten zu übernehmen, gäbe es heute wahrscheinlich die Schweiz mit ihren kleinen Gemeinden und Kantonen gar nicht. Diese demokratischen Orte haben sich ja unter anderem zum Ziel gesetzt, sich gemeinsam zu verbünden, um sich gegenseitig zur Aufrechterhaltung der inneren Ordnung zu unterstützen. Auf diese Weise konnten die Eidgenossen verhindern, daß ihre Obrigkeiten beim Fürsten oder beim Kaiser Schutz suchten, um innere Unruhen zu unterdrücken. Die Entwicklung zum absolutistischen und zentralistischen Polizeistaat konnte somit durch eine föderative Regelung der inneren Ordnung verhindert werden.

Die öffentliche Ordnung läßt sich nie allein mit Machtmitteln durchsetzen. Sie hängt wesentlich vom Vertrauen der Bevölkerung in die staatliche Autorität ab. Dieses Vertrauen läßt sich aber nur erfüllen, wenn sich Freiheit und Gerechtigkeit die Waage halten. Unser gewaltenteiliger Rechtsstaat sorgt dafür, daß jede Gewalt die andere Gewalt in Schranken hält. Nur auf dieser Grundlage läßt sich die Freiheit des Individuums gewährleisten. Der gewaltenteilige Rechtsstaat ist sicher kein Idealstaat. Er geht von einer realistischen Beurteilung des Menschen aus.

Menschen, die Macht haben, neigen sehr schnell dazu, diese Macht zu mißbrauchen. Wird ihre Macht aber kontrolliert, so sind die Menschen als lernfähige Wesen in der Lage, über sich selber hinauszuwachsen. Diese Grundeinsichten des gewaltenteiligen Rechtsstaates dürfen wir auch dann nicht vergessen, wenn es darum geht, der Verwaltung besondere Machtbefugnisse im Bereiche der Ordnungsgewalt zu übertragen.

Me FRANÇOIS PICOT, docteur en droit, avocat Genève

Monsieur PHILIPPE ABRAVANEL cite le saisissant dialogue entre Antigone et Créon dans la tragédie de SOPHOCLE; il résume ainsi la ligne de force qui ressort de cette pièce:

«La révolte est criminelle, lorsqu'elle est fille de la démesure; elle est légitime et sainte lorsqu'elle représente le sursaut spontané d'une conscience humaine qui s'assure dans sa foi au droit.»

Ce propos et la citation de SOPHOCLE donnent au travail de M. ABRAVANEL sa dimension. Nous pouvons être reconnaissants à M. ABRAVANEL de nous avoir donné ce travail si bien structuré qui témoigne de son immense culture et de ses réflexions profondes sur le droit et sur les réalités de la vie. Son analyse très pertinente, dans la quatrième partie de la répression, la prévention, la prophylaxie et les mesures sociales seront précieuses pour tous ceux qui auront à s'occuper d'une manière pratique de ces problèmes très délicats.

Ayant été Magistrat de l'exécutif, à la tête du Département des Travaux Publics, je voudrais dire à M. ABRAVANEL que je ne désapprouve nullement son chapitre 17 sur le «Caractère autoritaire». Je puis dire en confidence qu'ayant lu à ma femme le paragraphe qui commence: «Généralement l'homme attiré par le pouvoir n'attribue pas une importance primordiale aux principes de la justice...» elle m'a dit qu'à l'époque où j'étais au Conseil d'Etat, mon caractère n'était pas très éloigné de cette description.

Il faut dire que l'homme à l'exécutif est investi de certaines responsabilités, il veut les assumer; il a étudié le problème, souvent longuement; il a de la peine à accepter certaines oppositions, parfois légères et peu fondées. Dans le feu de l'action, il les écarte et ce n'est que plus tard que, parfois, il reconnaîtra qu'elles ont été utiles et génératrices de décisions plus mûries et équilibrées que celles qu'il avait présentées au premier abord. Il y a une certaine malédiction qui plane sur l'homme au pouvoir qui

doit décider, souvent rapidement, sans avoir en main tous les éléments du problème, mais la décision ne peut pas attendre. Le cas le plus connu dans l'histoire est celui du proconsul Ponce Pilate.

Je voudrais enfin poser au rapporteur une question: Au bas de la page 57, il dit ceci:

«En bref, l'Etat régi par le droit ne se contente pas d'une protection de l'ordre public purement formelle. La contrainte qu'implique l'ordre public est *une obéissance sous condition* résolutoire. Si l'Etat ne respecte pas les objectifs qui lui sont assignés, c'est-à-dire la garantie des libertés et le développement des conditions de leur exercice, si les atteintes aux libertés visent d'autres buts, tels le maintien de privilèges, que celui d'assurer l'ordre public dont elles ont besoin pour s'épanouir, *la condition résolutoire de l'obéissance civique est échue,* le consensus s'effaçant. C'est une figure de droit public comparable à celle qui est organisée en droit privé par l'art. 156 CO.»

Je comprends ce que le rapporteur veut dire, mais n'est-ce pas un peu trop général, et formulé de cette manière, quelque peu dangereux? Doit-on vraiment admettre que tout citoyen qui estime que l'Etat ne respecte pas les objectifs qui lui sont assignés est délié de son obéissance civique? Poussé dans ses dernières conséquences, ce raisonnement ne mènerait-il pas à la suppression de toute autorité?

Dans un sens contraire, j'évoque SOCRATE auquel on propose de s'évader de la prison d'Athènes, et qui refuse et meurt pour obéir aux lois de sa cité, même si elles sont injustes. Je pense à SAINT PAUL qui dans l'Empire romain dit (Romains 13 v. 4): «Le magistrat est le serviteur de Dieu pour ton bien. Mais si tu fais le mal, crains, car ce n'est pas en vain qu'il porte le glaive, étant serviteur de Dieu pour exercer la vengeance et punir celui qui fait le mal.» Je pense également à JEAN CALVIN qui adresse à François I^er^ l'épître qui ouvre l'Institution chrétienne.

Et pourtant ces exemples ne nous permettent pas de conclure que l'on devrait accepter toute contrainte du pouvoir quelle qu'elle soit.

La solution, il me semble que nous la trouverons à la page 16 du rapport cité au début. Quel est le motif de celui qui se révolte? Est-ce une révolte déraisonnable, fille de la démesure, ou est-ce le sursaut spontané d'une conscience humaine qui s'assure dans sa foi au droit?

Plus bas, M. ABRAVANEL cite ARISTOTE et puis SAINT THOMAS, qui professent qu'on a non seulement la permission, mais l'ordre de désobéir aux lois qui violent les ordres de Dieu, mais à cette réserve que sous prétexte de justice, il ne faut pas provoquer un désordre plus grand encore.

A mon avis, c'est dans cette dimension que doit se situer le passage cité tout à l'heure sur l'obéissance sous condition résolutoire. Dans ce contexte, elle prend toute sa valeur. La révolte n'est pas un simple mouvement d'humeur, elle est la résultante d'une tension entre l'Etat tel qu'il est et l'idée de justice dont il devrait s'approcher. Si la divergence est trop forte, la tension fait éclater la révolte, laquelle s'appuie sur la foi au droit.

L'heure étant avancée, le président propose à l'assemblée de donner à M. ABRAVANEL l'occasion de se déterminer par écrit, dans le procès-verbal, sur les intéressantes interventions des préopinants. Cette proposition est acceptée. Voici donc la prise de position écrite du rapporteur sur les principales interventions lors du débat:

M. PHILIPPE ABRAVANEL:

M. CLAUDE BONNARD a pris la peine, à la demande du Comité de la SSJ, de préparer une intervention élaborée qui m'a paru fort intéressante.

1. Il se demande si une notion large de l'ordre public n'entraîne pas l'application plus facile de la clause générale de police. Cette idée ingénieuse me paraît mériter une réponse négative.

Car les champs d'application de l'ordre public et de la clause générale de police ne se recouvrent pas. Certes la clause générale ne peut-elle être invoquée que lorsque l'ordre public se trouve menacé de façon grave et immédiate. Cette condition ne suffit pourtant pas. Il faut en outre qu'une base légale claire fasse défaut. Chaque fois que la base légale expresse existe, il n'est pas question d'en appeler à la clause générale de police.

Ainsi lorsqu'un fou menace la foule d'un pistolet-mitrailleur, le code pénal suisse et le code de procédure pénale cantonal fournissent la *sedes materiae* d'une intervention policière. De même en cas de subite pollution des eaux.

Dans la pratique, quand un gouvernement cantonal applique la clause générale, c'est par définition avant dire droit, dans l'urgence. Il ne saurait l'invoquer *a posteriori.* Si des manifestants doivent, dans l'état actuel de la législation, demander l'autorisation d'utiliser de manière accrue le domaine public, ou l'aula de l'Université de Fribourg, en revanche on ne voit pas un Conseil d'Etat solliciter la permission d'invoquer la clause générale de police. Auprès de qui, d'ailleurs? En tout cas pas, dans notre

Confédération, auprès du Département fédéral de Justice et Police!

L'autorité cantonale jugera souverainement, arbitrairement parfois, si un bien de police est menacé gravement et immédiatement, et ne viendra pas consulter au préalable le recueil des travaux de la SSJ pour vérifier si le bien figure sur la liste de protection. Le seul contrôle intervient *a posteriori,* en cas de recours, par la Cour de Droit public du Tribunal fédéral, dont les arrêts doivent guider l'appréciation des gouvernements cantonaux lorsqu'ils se trouvent dans une situation d'urgence. Je ne vois pas en quoi la liste proposée peut affecter sa jurisprudence.

On peut se demander si l'importance accordée par le rapport à la fraude fiscale dans les menaces contre l'ordre public n'a pas effrayé l'orateur. Or les nouvelles dispositions de l'AIN et de la procédure pénale administrative fournissent une base légale suffisante à l'intervention rapide de la force publique en cas de délit fiscal grave relevant de l'IDN, et même des lois d'impôts cantonales, indirectement, puisque leur assiette et leur perception sont souvent calquées sur celles de l'IDN. En fait, une urgence est rarement envisageable, tant il est vrai que dans notre échelle des valeurs, une infraction fiscale est moins menaçante qu'un crime contre la vie, l'intégrité corporelle ou la liberté.

2. Ceci nous amène à la remarque de M. Bonnard sur la notion de propriété, qui nous montre que, quant à lui, il a lu le rapport soigneusement. Il se réfère en effet à une toute petite phrase de deux lignes et demie, en page 141, un *obiter dictum.*

Il serait vain de prétendre épuiser en quelques minutes ce sujet immense, qui fait l'objet sauf erreur d'un des rapports de l'an prochain à la SSJ.

Dans une société comme la nôtre, une propriété privée est certainement indispensable à l'exercice des libertés. Mais cette propriété a des limites, celles de l'accaparement, qui entraîne le pouvoir, et notamment le pouvoir de former l'opinion et d'influencer le vote.

Le multimillionnaire qui a acquis sa fortune par la fraude fiscale ou le crime (les siens ou ceux de ses ayants cause) doit les voir redistribuer. En dehors de la confiscation brutale, qui est par définition arbitraire, le seul système respectant l'égalité devant la loi est l'impôt sur le revenu et la fortune. Mais il faut qu'il fonctionne, alors que l'on s'ingénie à en empêcher la perception, sans jamais certes faire l'apologie de la fraude fiscale.

La barre de l'excès de propriété est difficile à placer, comme

celle de la prescription des actions civiles et pénales, de l'âge de protection sexuelle, de la dimension des terres agricoles viables, etc. Le droit fourmille de dispositions tranchantes, qui fixent souverainement le seuil – jour, âge, franc, mètre carré – à ne pas dépasser. Celui de la propriété est particulièrement délicat à situer. Sa détermination nécessite des travaux longs et approfondis, exorbitants à ce rapport. Rappelons toutefois qu'à l'aube de notre civilisation la propriété des biens, et au premier rang de la terre, était un prêt du Créateur, une matière à gérer dans l'intérêt du prochain, et non pas le *jus utendi et abutendi* des patriciens romains.

Il convient de distinguer soigneusement les inégalités, ou plus exactement les inéquations, les différences de caractère naturel de celles qui sont créées et entretenues par les hommes: yeux bleus ou bruns, taille grande ou petite, d'un côté, héritage ou dettes de l'autre.

3. M. Burkhardt a déjà répondu en partie à l'interrogation de M. Bonnard sur le KIS. Il s'agit certes d'un sujet épineux.

D'un côté il convient de donner à l'Etat les moyens de se prémunir contre le terrorisme, et avant tout dans le domaine du renseignement. Car les terroristes sont équipés de manière de plus en plus raffinée. Mais d'un autre côté, il ne faut pas que ces moyens annulent ce qui justifie leur utilisation et ce à quoi nous sommes le plus attachés: la personnalité, la liberté.

Sur le plan technique, le raccordement des ordinateurs entre eux est facile. Rien n'empêche même d'emprunter des renseignements recueillis par l'informatique au moyen d'un simple appel téléphonique à Sydney ou Santiago.

Et pratiquement il est impossible d'éviter:

1° le risque de vol de programmes et d'informations (comme les chiffres les mieux protégés pendant une guerre),

2° l'abus dans l'utilisation des renseignements.

Partant c'est à l'entrée *(input)* qu'il faut limiter l'emprise de l'ordinateur: sur la nature des renseignements, sur le cercle des sujets suspects.

Des lois ou projets de lois cantonales cherchent à répondre au souci de protéger la vie privée, soit en confiant à une commission officielle le pouvoir de dire si une information peut être communiquée par un organe de l'Etat à un autre, soit en autorisant un individu à faire rectifier les données qu'il croit fausses (mais sans lui permettre de voir son dossier!). Ces mesures sont insuffisantes.

L'art. 10 al. 4 du projet de Constitution fédérale pose un principe préférable. Il ne résoud cependant pas tout, car la vérification du dossier par l'intéressé (sauf pendant une enquête pénale, sans doute) ne conduit-elle pas à lui faire endosser la responsabilité du contenu? Vaste problème.

Tout ce que nous pouvons dire, faute d'une documentation et d'une réflexion suffisantes, c'est qu'on devrait mettre sur pied une protection efficace de la vie privée *avant* d'organiser le KIS. Du moins si l'on place l'autonomie de la personne en priorité, ce qui est, sauf erreur, de bonne doctrine libérale.

4. En passant, M. BONNARD craint un excès de liberté. L'histoire en fournit peu d'exemples, sinon peut-être l'essai anarchiste de la Commune de Paris, brève tentative en période de guerre, et le Chili d'Allende, dépourvu, comme la République de Weimar, d'un soutien électoral suffisant.

M. BONNARD critique aussi l'étendue des garanties en faveur du prévenu, notamment des criminels dangereux. Nous ne partageons pas cette opinion. D'une part, le détenu qui utilise largement des moyens procéduraux prolonge une détention préventive qui, comme on le sait, n'a rien de paradisiaque. D'autre part, le respect des voies de droit est à la base même de l'Etat démocratique et libéral; les Anglo-Saxons le savent bien, qui assurent le *due process of law* jusqu'à ses extrêmes limites, sans renoncer pour autant à des sanctions pénales rigoureuses.

5. Une dernière réflexion.

La ligne de démarcation entre gens de bonne compagnie, ayant joui d'une éducation et d'une formation analogues, est fort difficile à tracer, d'autant plus que les uns se rejoignent sur une position, les autres sur une autre, rendant l'étiquetage, la latéralisation, problématiques.

Ne réside-t-elle pas finalement dans l'acceptation ou le refus de la peur? Peur dans la rue le soir, dans l'autobus, derrière sa porte verrouillée, ou confiance et détachement. Cette différence pourrait se traduire dialectiquement en opposition entre la confiance en l'homme et la méfiance à l'égard de l'homme qui conduit à se fier à un seul homme, potentat, ou à un groupe d'hommes, élite.

La première attitude, naïve, nécessite de grandes précautions, esquissées dans nos conclusions; la seconde, incohérente, entraîne des catastrophes, et nous la rejetons: le personnalisme s'oppose à l'élitisme, la morale ouverte à la morale close.

Professor J.P. MÜLLER, Verhandlungsleiter, dankt den Diskussionsteilnehmern und besonders den Berichterstattern.

* * *

Maître MATILE remercie les rapporteurs, les participants aux débats ainsi que toutes les personnes présentes de l'intérêt porté aux différents thèmes développés. Il exprime sa reconnaissance au Comité d'organisation.

Il clôt le Congrès 1980 à 12 heures.

**Liste des participants aux débats:**
**Verzeichnis der Diskussionsredner:**

Abravanel, P., Lausanne
Baerlocher, J.R., Basel
Bonnard, C., Lausanne
Bühler, Th., Winterthur
Burkhardt, S., Bern
Dallèves, L., Genève
Druey, J.N., St.Gallen
Fleiner T., Fribourg
von Greyerz, C., Bern
Haefliger, A., Lausanne
Hirsch, A., Genève
Krauskopf, L., Fribourg
Macheret A., Fribourg
Matile, J., Lausanne
Müller, B., Bern
Müller, J.P., Bern
Petitpierre, A., Genève
Picot F., Genève
Ruedin, R., Neuchâtel
Von der Mühll, M., Lausanne
Wohlmann, H., Allschwil/BL