



9. Dezember 2022

Fehlerkultur: Möglichkeiten und Grenzen ihrer rechtlichen Verankerung

Bericht des Bundesrates
in Erfüllung des Postulats 20.3463 (RK-S)
vom 25.05.2020



Inhaltsverzeichnis

1	Ausgangslage	6
1.1	Auftrag	6
1.2	Kontext und verwandte Geschäfte	6
1.2.1	Zivilluftfahrt.....	6
1.2.2	Gesundheitswesen.....	6
1.2.3	Cybersicherheit und Datenschutz	7
1.3	Organisation der Arbeiten.....	7
1.3.1	Einsetzung einer Arbeitsgruppe.....	7
1.3.2	Externer Auftrag	8
2	Die Idee der Fehlerkultur	8
2.1	Fehlerkultur aus einer Safety-Science-Perspektive	8
2.1.1	Begriff.....	8
2.1.2	Hochsicherheitsrelevante Bereiche	9
2.1.3	Zur Wirksamkeit einer Fehlerkultur	9
2.2	Fehlerkultur aus einer rechtlichen Perspektive	10
2.2.1	Einführung.....	10
2.2.2	Meldesystem	10
2.2.3	Schutzmechanismus	10
2.2.4	Zur Unterscheidung von Fehlerkultur und «Whistleblowing»	11
2.3	Fehlerkultur im Spannungsfeld zum staatlichen Strafverfolgungsanspruch und zu Geschädigteninteressen	11
2.3.1	Funktion des Rechts.....	12
2.3.2	Strafrecht und systemische Risiken.....	12
2.3.3	Privatrechtliche Aspekte	13
3	Fehlerkultur im schweizerischen Recht.....	14
3.1	Einleitung	14
3.2	Bereiche mit Meldesystem und Schutzmechanismus	15
3.2.1	Zivilluftfahrt.....	15
3.2.1.1	Einleitung	15
3.2.1.2	Meldesysteme	16
3.2.1.3	Schutzmechanismen	18
3.2.2	Öffentlicher Verkehr	22
3.2.3	Andere hochsicherheitsrelevante Bereiche.....	22
3.3	Bereiche mit Meldesystem ohne Schutzmechanismus	23
3.3.1	Gesundheitswesen (Heilbehandlungen und Pflegeleistungen)	23
3.3.2	Andere hochsicherheitsrelevante Bereiche.....	24
3.4	Zwischenfazit	24
4	Fehlerkultur im ausländischen Recht	25
4.1	Im Allgemeinen	25
4.2	Schutzmechanismen für die meldenden Personen.....	26
4.2.1	Vertraulichkeit der an die Meldestelle übermittelten Informationen	26
4.2.2	Vertraulichkeit der an die Sicherheitsuntersuchungsstelle übermittelten Informationen	27
4.2.3	Andere Schutzmechanismen.....	28

4.3	Zwischenfazit	28
5	Fehlerkultur aus Sicht der betroffenen Kreise.....	29
5.1	Einleitung	29
5.2	Handlungsfelder aus Sicht der betroffenen Kreise.....	29
5.2.1	Abhängigkeit externer Meldestellen.....	29
5.2.2	Abgrenzung der Fehlerkultur im Strafrecht	29
5.2.3	Einordnung von Tatbeständen in Bezug zu den Grenzen der Fehlerkultur	30
5.2.4	Finanzierung von Meldesystemen	30
5.3	Zwischenfazit	30
6	Beurteilung des Bundesrates	31
6.1	Im Allgemeinen	31
6.2	Strafrechtliches Legalitätsprinzip und Verfolgungszwang	33
6.2.1	Fehlendes Strafbedürfnis nach Artikel 52 StGB.....	34
6.2.2	Wiedergutmachung nach Artikel 53 StGB.....	36
6.2.3	Spezialgesetzliche Aufhebung des Verfolgungszwangs	37
6.3	Fahrlässige Begehung von Gefährdungsdelikten	37
6.3.1	Störung des öffentlichen Verkehrs nach Artikel 237 f. StGB	38
6.3.2	Weitere fahrlässige Gefährdungsdelikte im Nebenstrafrecht	40
6.3.3	Weitere Optionen, die im Rahmen künftiger sektorspezifischer Gesetzgebungsvorhaben zu prüfen sind	40
6.4	Strafprozessualer Schutz vor Zwang zur Selbstbelastung	41
6.5	Beizug von Akten anderer Behörden im Strafverfahren	42
6.6	Anzeigepflichten der Meldestelle	43
6.7	Aufsichtsrechtliche Massnahmen	44
6.8	Arbeitsrechtliche Aspekte	45
6.9	Zivilrechtliche Haftung	47
6.10	Zugang zu Informationen für die Zivilgerichte	48
6.11	Zugang zu amtlichen Dokumenten gemäss BGÖ	48
6.12	Zwischenfazit	50
7	Fazit	50

Zusammenfassung

Am 25. Mai 2020 reichte die Kommission für Rechtsfragen des Ständerats (nachfolgend «RK-S») das Postulat 20.3463 «Redlichkeitskultur im Schweizer Recht» ein (nachfolgend «Postulat RK-S»). Das Postulat beauftragt den Bundesrat zu prüfen, wie in der Aviatik, im Gesundheitswesen oder in anderen hochsicherheitsrelevanten Bereichen das Prinzip der Redlichkeitskultur, auch als «Fehlerkultur» oder «Just Culture» bezeichnet, im schweizerischen Recht als generelles Prinzip eingeführt werden kann.

Für die Ausarbeitung des vorliegenden Berichts hat das Bundesamt für Justiz (BJ) der Foundation for Aviation Competence (FFAC) den Auftrag erteilt, einige der durch das Postulat RK-S aufgeworfenen Fragen aus rechtsvergleichender Sicht zu untersuchen sowie eine Analyse aus der Sicht der betroffenen Kreise vorzunehmen (s. Ziff. 1.3.2, Ziff. 3 und Ziff. 5).

Der Begriff der Fehlerkultur entstammt der «Safety Science» (s. Ziff. 2.1). Es handelt sich um eine Kultur des Vertrauens, im Rahmen derer Mitarbeitende eines Unternehmens sicherheitsrelevantes Fehlverhalten melden können, ohne dass sie deshalb negative Konsequenzen wie etwa eine Strafverfolgung oder eine Kündigung fürchten müssen. Die Idee der Fehlerkultur zielt jedoch nicht darauf, Anreize für fahrlässiges Verhalten zu setzen: wer seine Sorgfaltspflicht vorsätzlich oder in schwerwiegender Weise verletzt, kann und soll weiterhin juristisch zur Verantwortung gezogen werden.

Die Umsetzung der Fehlerkultur setzt voraus, dass sicherheitsrelevante Ereignisse an eine bestimmte Stelle gemeldet und von dieser ausgewertet werden, um so die Grundvoraussetzungen zu schaffen, aus vergangenen Fehlern Lehren für die Zukunft ziehen zu können. Der Gesetzgeber kann einen Beitrag zur Verwirklichung der Fehlerkultur leisten, indem er ein Meldesystem vorsieht und, parallel dazu, angemessene und ausgewogene Schutzmechanismen schafft für Personen, die ihre Fehler melden oder die von einer Meldung betroffen sind (s. Ziff. 2.2). Dabei ist insbesondere zu berücksichtigen, dass ein solcher Schutzmechanismus in einem Spannungsfeld zum staatlichen Strafverfolgungsanspruch und zu Opferinteressen stehen kann (s. Ziff. 2.3).

Die Prüfung der Rechtslage in der Schweiz (s. Ziff. 3) hat ergeben, dass insbesondere in der Zivilluftfahrt bereits Bestimmungen bestehen, die die Idee der Fehlerkultur auf Gesetzesebene verankern. Weiter lässt sich festhalten, dass sachgerechte Lösungen gefunden wurden, um die systematische Meldung sicherheitsrelevanter Ereignisse zu gewährleisten. Die Analyse zeigt aber auch, dass die Meldesysteme in den verschiedenen Bereichen nicht einheitlich geregelt sind.

Die externe Studie (s. Ziff. 5) hat gezeigt, dass für die betroffenen Kreise das Bedürfnis besteht, die Idee der Fehlerkultur in den hochsicherheitsrelevanten Bereichen verstärkt zu verwirklichen, insbesondere auf gesetzlicher Ebene. Der Bundesrat teilt diese Auffassung, unter Vorbehalt der folgenden Ausführungen (s. a. Ziff. 7).

Aufgrund der bereichsspezifischen Besonderheiten und der unterschiedlichen Regelwerke kann die Idee der Fehlerkultur nicht, wie es das Postulat verlangt, als allgemeines, bereichsübergreifendes Prinzip in das Rechtssystem eingeführt werden. Die Ergebnisse der externen Studie bestärken diesen Befund (s. Ziff. 4). Tatsächlich hat keiner der untersuchten Staaten die Idee der Fehlerkultur allgemein und bereichsübergreifend verwirklicht. Vielmehr sollte ein bereichsspezifischer Ansatz verfolgt werden. In Bereichen, in denen ein gesetzgeberischer Handlungsbedarf besteht, muss die Regelung nach Ansicht des Bundesrates den folgenden Leitsätzen Rechnung tragen:

- Es muss ein Meldeverfahren eingeführt und eine Stelle mit der Entgegennahme und Bearbeitung der Meldungen beauftragt werden.
- Die Art der meldepflichtigen Ereignisse muss festgelegt werden.
- Der Verzicht auf die Strafbarkeit der fahrlässigen Tatbegehung ist im Einzelfall vertieft zu prüfen (s. Ziff. 6.3).
- Der Grundsatz, wonach sich in einem Strafverfahren niemand selbst belasten muss, ist zu beachten (s. Ziff. 6.4).
- Punktueller Einschränkungen der Anzeigepflichten der Aufsichtsbehörden sind zu prüfen (s. Ziff. 6.6).
- Es ist zu regeln, wie die Informationen, die in Meldesystemen enthalten sind, in einem Verwaltungsverfahren von der Aufsichtsbehörde verwendet werden können (s. Ziff. 6.7).

So wichtig es ist, ausgewogene Lösungen zu finden um sicherzustellen, dass möglichst viele Informationen gemeldet werden, so müssen auch gewisse grundlegende Prinzipien des schweizerischen Rechtssystems respektiert werden. Dazu gehört insbesondere, die Interessen der Personen zu wahren, die durch ein Fehlverhalten geschädigt wurden, die gleichmässige Durchsetzung des staatlichen Strafanspruchs zu garantieren und die Gleichbehandlung bei der Strafverfolgung sicherzustellen.

Die Untersuchung zeigt, dass es nicht angemessen ist, neue allgemeine Ausnahmen von der Strafverfolgungspflicht vorzusehen (s. Ziff. 6.2) oder den Zugang der Strafverfolgungsbehörden zu Informationen in staatlichen Meldesystemen zu beschränken (s. Ziff. 6.5). Solche Lösungen stehen in einem Spannungsverhältnis mit grundlegenden Prinzipien des schweizerischen Rechtssystems. In künftigen sektoriellen Gesetzgebungsprojekten könnte jedoch geprüft werden, bestimmte Gefährdungstatbestände abzuschaffen (s. Ziff. 6.3).

Nach Auffassung des Bundesrates besteht auch ein Handlungsbedarf bei der praktischen Umsetzung der Fehlerkultur: Sie muss in den Unternehmen tatsächlich und umfassend gelebt werden. Deshalb ist es wichtig, bestehende Strukturen zu erhalten und der Fehlerkultur grösseres Gewicht zu verleihen. Die Fehlerkultur muss Teil eines Gesamtkonzepts einer Sicherheitskultur werden, und es ist sicherzustellen, dass die gemeldeten Informationen analysiert werden, damit daraus Lehren gezogen werden können.

1 Ausgangslage

1.1 Auftrag

Am 25. Mai 2020 reichte die Kommission für Rechtsfragen des Ständerats (nachfolgend «RK-S») das Postulat 20.3463 «Redlichkeitskultur im Schweizer Recht» ein (nachfolgend «Postulat RK-S»). Der Bundesrat beantragte am 19. August 2020 dessen Annahme; der Ständerat stimmte dem Postulat am 23. September 2020 zu.

Der eingereichte Text hat folgenden Wortlaut:

«Der Bundesrat wird beauftragt, zu prüfen, wie in der Aviatik, im Gesundheitswesen oder in anderen hochsicherheitsrelevanten Bereichen das Prinzip der Redlichkeitskultur («Just Culture», «Fehlerkultur») im Schweizer Recht als generelles Prinzip eingeführt werden kann.»

Im Rahmen dieses Berichts wird die Redlichkeitskultur bzw. Just Culture als "Fehlerkultur" bezeichnet.

1.2 Kontext und verwandte Geschäfte

1.2.1 Zivilluftfahrt

Das Postulat 20.3463 geht zurück auf die parlamentarische Initiative Rutz 19.478 «Verbesserung der öffentlichen Sicherheit durch Verankerung der Redlichkeitskultur» (nachstehend «parlamentarische Initiative Rutz»). Die Initiative hatte zum Ziel, durch Änderungen des Strafgesetzbuches (StGB)¹ und des Bundesgesetzes vom 21. Dezember 1948² über die Luftfahrt (LFG) die Idee der Fehlerkultur im Bereich der Zivilluftfahrt verstärkt umzusetzen. Die Kommission für Rechtsfragen des Nationalrats (nachstehend «RK-N») gab der Initiative zunächst mit 22 zu 0 Stimmen bei 1 Enthaltung Folge. Die RK-S lehnte die Initiative dagegen mit 7 zu 4 Stimmen bei 2 Enthaltungen ab und beschloss, das vorliegende Postulat einzureichen. Nach der Entscheidung ihrer Schwesterkommission beschloss die RK-N, das Postulat zu unterstützen und der parlamentarischen Initiative Rutz keine Folge zu geben. Die Initiative wurde am 9. März 2021 zurückgezogen.

Die parlamentarische Initiative Rutz kann mit einem Urteil des Bundesgerichts von 2019³ in Zusammenhang gebracht werden. In diesem Urteil bestätigte das Bundesgericht die Verurteilung eines Fluglotsen wegen Störung des öffentlichen Verkehrs im Sinn von Artikel 237 StGB: Der Lotse hatte die Funksprüche zweier Flugzeuge verwechselt, was in dem von ihm überwachten Sektor zu einer gefährlichen Annäherung zweier Maschinen geführt hatte. Der Zwischenfall hatte keinen Personen- oder Sachschaden zur Folge. Das Urteil löste in Kreisen der Zivilluftfahrt heftige Kritik aus, weil solche Verurteilungen die Verwirklichung einer Fehlerkultur verhindern würden.⁴

1.2.2 Gesundheitswesen

Die Motion Humbel 18.4210 «Lernsysteme in Spitälern zur Vermeidung von Fehlern müssen geschützt werden» (nachfolgend «Motion Humbel») beauftragt den Bundesrat, einen gesetzlichen Vertraulichkeitsschutz für Berichts- und Lernsysteme in Spitälern zu schaffen. Um beur-

¹ SR 311.0

² SR 748.0

³ Urteil des Bundesgerichts 6B_1220/2018 vom 27.6.2019.

⁴ Weitere Ausführungen zu diesem Urteil finden sich unter Ziff. 6.3.1.

teilen zu können, ob in diesem Bereich Handlungsbedarf besteht, wurde im Auftrag des Bundesamtes für Gesundheit (BAG) ein externes Gutachten erstellt.⁵ Das Parlament hat die Motion Humbel in der Folge angenommen, der Nationalrat am 29. Oktober 2020, der Ständerat am 21. September 2021.

Auch die Motion Humbel kann mit einem Urteil des Bundesgerichts in Verbindung gebracht werden: Das Bundesgericht hatte 2016 entschieden, dass die Strafverfolgungsbehörden Zugang zu den in einem Berichts- und Lernsystem enthaltenen Informationen haben können, da solche Informationen nicht dem Berufsgeheimnis unterstehen.⁶

Ausserdem beauftragt die Motion 17.3974 «Schadenprävention und Umgang mit Schäden bei medizinischen Behandlungen», eingereicht von der Kommission für soziale Sicherheit und Gesundheit des Nationalrats, den Bundesrat, Massnahmen zu ergreifen mit dem Ziel der Verbesserung der Schadenprävention, etwa durch die Stärkung und flächendeckende Einführung einer konstruktiven Sicherheits- und Fehlerkultur.

1.2.3 Cybersicherheit und Datenschutz

Am 12. Januar 2022 hat der Bundesrat die Vernehmlassung zum Vorentwurf einer Änderung des Bundesgesetzes vom 18. Dezember 2020 über die Informationssicherheit beim Bund eröffnet. Mit der Änderung soll eine Meldepflicht für Cyberangriffe bei kritischen Infrastrukturen eingeführt werden. Der Vorentwurf schafft die gesetzlichen Grundlagen für die Meldepflicht und definiert die Aufgaben des Nationalen Zentrums für Cybersicherheit (NCSC), welches als zentrale Meldestelle für Cyberangriffe vorgesehen ist.

Die Vorlage steht nur in einem entfernten Zusammenhang mit dem Postulat RK-S, namentlich in Fällen, in denen ein Cybervorfall (teilweise) durch das Fehlverhalten des Betreibers der kritischen Infrastruktur oder von Mitarbeitenden ermöglicht wurde. Grundsätzlich steht bei der Vorlage nicht das mögliche Fehlverhalten des Meldenden bzw. Meldepflichtigen im Zentrum. Vielmehr geht es um die Vorgehensweise derjenigen, die den Cyberangriff ausgeführt haben sowie um die Auswirkungen des Cyberangriffs auf die Cybersicherheit von kritischen Infrastrukturen. Bei der Cybersicherheit sind im Übrigen nur in einigen wenigen, spezifischen Bereichen verbindliche technische oder organisatorische Normen bekannt. Es gibt m. a. W. kaum objektiv feststellbares Fehlverhalten.

Schliesslich ist darauf hinzuweisen, dass das neue Datenschutzgesetz vom 25. September 2020 (nDSG)⁷ eine Verpflichtung vorsieht, Verletzungen der Datensicherheit dem Eidgenössischen Datenschutz- und Öffentlichkeitsbeauftragten (EDÖB) zu melden (vgl. Art. 24 nDSG).

1.3 Organisation der Arbeiten

1.3.1 Einsetzung einer Arbeitsgruppe

Der Bundesrat beauftragte das Eidgenössische Justiz- und Polizeidepartement (EJPD) mit der Ausführung der Arbeiten. Das EJPD erteilte seinerseits dem Bundesamt für Justiz (BJ) den Auftrag, in Zusammenarbeit mit einer Arbeitsgruppe bestehend aus Vertreterinnen und Vertretern des BJ, der Schweizer Armee, des BAG, von Swissmedic, des Bundesamtes für Energie (BFE), des Bundesamtes für Verkehr (BAV), des Bundesamtes für Zivilluftfahrt

⁵ Thomas Gächter / Kerstin Noëlle Vokinger, Berichtssysteme in Spitälern – Rechtsfragen rund um den Schutz von Berichts- und Lernsystemen in Spitälern vor gerichtlichem Zugriff vom 26. Mai 2020. Das Gutachten kann abgerufen werden unter www.bag.admin.ch > Versicherungen > Krankenversicherung > Qualitätsentwicklung > Rechtsgutachten – Berichtssysteme in Spitälern.

⁶ Urteil des Bundesgerichts 1B_289/2016 vom 8.12.2016.

⁷ BBl 2020 7639

(BAZL), der Schweizerischen Sicherheitsuntersuchungsstelle (SUST) und des Eidgenössischen Nuklearsicherheitsinspektorats (ENSI) den vorliegenden Bericht auszuarbeiten. Um die Perspektive der Strafverfolgungsbehörden mit einzubeziehen, nahm auch die Schweizerische Staatsanwälte-Konferenz (SSK) an den Arbeiten teil.

1.3.2 Externer Auftrag

Für die Ausarbeitung des vorliegenden Berichts erteilte das BJ der *Foundation for Aviation Competence* (FFAC) den Auftrag, einige der durch das Postulat RK-S aufgeworfenen Fragen aus rechtsvergleichender Sicht zu untersuchen sowie eine Analyse aus Sicht der betroffenen Kreise vorzunehmen.

Die FFAC hat ihren Schlussbericht «Forschungsstudie zur Just Culture» (nachstehend «externe Studie») am 18. Januar 2022 vorgelegt.⁸ Die Ergebnisse der Studie werden unter den Ziffern 4 und 5 vorgestellt.

2 Die Idee der Fehlerkultur

2.1 Fehlerkultur aus einer Safety-Science-Perspektive

2.1.1 Begriff

Das Konzept der «Fehlerkultur» stammt aus der «Safety Science», die sich aus einer multidisziplinären Perspektive mit der Frage auseinandersetzt, wie Sicherheit⁹ in unterschiedlichsten Bereichen gewährleistet werden kann.¹⁰ Eine Fehlerkultur – auch «Redlichkeitskultur» oder auf Englisch «Just Culture» genannt – beschreibt dabei eine Kultur des Vertrauens, im Rahmen derer Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter einer Organisation sicherheitsrelevantes Fehlverhalten melden können, ohne dass sie deshalb in jedem Fall negative Konsequenzen fürchten müssen. Solche negativen Konsequenzen können etwa eine Strafverfolgung oder eine Kündigung sein.

Eine Fehlerkultur bedingt die Einrichtung eines Meldesystems für Mitarbeitende, in welches sie sicherheitsrelevantes Fehlverhalten einspeisen können. Es kann dabei auch eine Pflicht zur Meldung vorgesehen werden. Aufgabe des Meldesystems ist es, die Informationen zu sicherheitsrelevantem Fehlverhalten zu sammeln, damit sie analysiert und künftig gleiche oder ähnliche Fehler verhindert werden können. Die Idee der Fehlerkultur ist es, Fehler nicht individuell zu sanktionieren, sondern als Chancen für die ganze Organisation zu nutzen, um aus ihnen zu lernen und die Sicherheit präventiv zu verbessern. Eine «Just Culture» bildet damit das Gegenstück zu einer «Blame Culture», in welcher auf Fehler mit individuellen Vorwürfen an ihren Urheber und mit Sanktionen reagiert wird.¹¹ Die Implementierung einer Fehlerkultur bedingt deshalb, dass Personen, welche sicherheitsrelevantes Fehlverhalten melden, vor negativen Konsequenzen ihrer Meldung geschützt werden.

Zentral für die Idee der Fehlerkultur ist aber auch, dass sie trotzdem keine Anreize setzen will, unsorgfältig zu handeln. Mitarbeitende, die vorsätzliche oder schwerwiegende Sorgfaltpflichtverletzungen begehen, können und sollen weiterhin juristisch zur Verantwortung gezo-

⁸ Die externe Studie ist unter folgender Adresse abrufbar: www.bj.admin.ch > Publikationen und Service > Externe Berichte und Gutachten > Forschungsstudie zur Just Culture.

⁹ Dem Begriff der Sicherheit können unterschiedliche Bedeutungen zukommen. In diesem Bericht wird er in einem betrieblich-technischen Sinne verstanden. Sicherheit ist dann gewährleistet, wenn die Wahrscheinlichkeit, dass Betriebsabläufe einer Organisation zu einem Sach- oder Personenschaden führen, unterhalb eines akzeptablen Masses liegt. Siehe dazu Raphael Widmer-Kaufmann, Die Flugunfalluntersuchung nach schweizerischem Recht, St. Gallen 2021, S. 125 ff.

¹⁰ Näher zum Forschungsfeld «Safety Science»: Terje Aven, What is Safety Science, *Safety Science* 67 (2014), S. 15 ff.

¹¹ Naresh Khatri / Gordon D. Brown / Lanis L. Hicks, From a blame culture to a just culture in health care, *Health Care Manage Rev*, 2009, 34(4), S. 314 f.

gen und sanktioniert werden. Der juristische Schutz von meldenden Personen soll deshalb auf ihre vertretbaren Fehler («honest mistakes») beschränkt bleiben, wobei dieser Schutz aber je nach Verständnis von Fehlerkultur entfallen kann, wenn der vertretbare Fehler zu einem Personen- oder Sachschaden geführt hat beziehungsweise wenn eine vorsätzliche oder schwerwiegende Sorgfaltspflichtverletzung vorliegt. Ob ein vertretbarer Fehler vorliegt, hängt von der Ausbildung, der Erfahrung, den Fähigkeiten der fehlerhaften Person und den konkreten Umständen des Vorfalls ab.¹² In jedem Fall bleiben Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter aber auch bei vertretbaren Fehlern für ihr Handeln insofern verantwortlich, als sie aus ihren Fehlern lernen müssen und sie aktiv dazu beitragen sollen, die Sicherheit in ihrem Verantwortungsbereich zu verbessern.

Damit eine Verbesserung der Sicherheit tatsächlich erzielt werden kann, muss die Fehlerkultur innerhalb einer Organisation in eine umfassende Sicherheitskultur eingebettet sein. Dies bedingt u. a., dass sich Mitarbeitende über ihre sicherheitsrelevanten Tätigkeiten im Klaren sind und die Gewissheit haben, dass innerhalb der Organisation insbesondere das Management der Sicherheit einen hohen Wert beimisst (es darf und soll über Sicherheit bzw. Sicherheitsprobleme gesprochen werden). Es braucht sowohl top-down wie auch bottom-up eine allgemeine Bereitschaft, Informationen über sicherheitsrelevante Zustände und Ereignisse weiter zu geben, entgegenzunehmen sowie daraus lernen zu wollen und entsprechend zu handeln. Eine sanktionsfreie Meldung sicherheitsrelevanter Ereignisse ist dabei nur ein Aspekt, der die Bereitschaft, Informationen weiterzugeben, positiv beeinflussen kann.

2.1.2 Hochsicherheitsrelevante Bereiche

Es gibt keine abschliessende, allgemeingültige Definition des Begriffs «Hochsicherheitsbereich». Hochsicherheitsrelevante Bereiche sind grundsätzlich dadurch gekennzeichnet, dass sie eine Gefahr für hochrangige Rechtsgüter bergen (Leib und Leben), sie eine potentiell grosse Anzahl von Personen gefährden und in ihnen ein komplexes Zusammenspiel von Mensch und Technik stattfindet. Oft sind hochsicherheitsrelevante Bereiche dadurch gekennzeichnet, dass in ihnen sogenannte «High Reliability Organizations» operieren. Das sind Organisationen, die, obwohl sie in komplexen und hochrisikoreichen Bereichen tätig sind, verhältnismässig wenig Unfälle oder Schadensereignisse erfahren. Typische Beispiele bilden etwa Fluggesellschaften, die Flugsicherung, Kernkraftwerke oder auch Spitäler.¹³ Ein Merkmal solcher «High Reliability Organizations» ist, dass sie über eine «Just Culture» verfügen, um kontinuierlich aus Fehlern zu lernen.¹⁴

2.1.3 Zur Wirksamkeit einer Fehlerkultur

Exakte quantitative Aussagen über die Wirksamkeit einer Fehlerkultur zu treffen, erweist sich als schwierig, weil sich nicht einfach ermitteln lässt, wie viele Unfälle oder andere sicherheitsrelevante Ereignisse durch eine proaktive Meldung von Fehlern verhindert werden können. Eine Umfrage bei Aufsichtsbehörden des Bundes, die Organisationen in hochsicherheitsrelevanten Bereichen beaufsichtigen (so bspw. beim BAZL, BAV und ENSI) hat jedoch ergeben, dass diese Fachbehörden überzeugt davon sind, dass die Etablierung einer Fehlerkultur zu mehr Sicherheit führt. Diese Einschätzung ergibt sich auch aus der Befragung der betroffenen Kreise im Rahmen der externen Studie (vgl. Ziff. 5).¹⁵ Es kann somit davon ausgegangen werden, dass sich eine Fehlerkultur im vorstehend beschriebenen Sinn positiv auf die

¹² Weitergehend zum Konzept von Just Culture siehe die externe Studie, S. 34 ff. sowie grundlegend Sidney Dekker, Just Culture: Balancing Safety and Accountability, 3. Aufl., CRC Press 2017.

¹³ Siehe dazu etwa Karlene H. Roberts, Some Characteristics of One Type of High Reliability Organization, Organization Science, 2 (1990), S. 160 ff.

¹⁴ Allan S. Frankel / Michael W. Leonard / Charles R. Denham, Fair and Just Culture, Team Behavior, and Leadership Engagement: The Tools to Achieve High Reliability, Health Service Research Volume 41 2006, S. 1690 ff.

¹⁵ Externe Studie, S. 97 ff. Siehe namentlich die jeweiligen Antworten auf die materielle Interviewfrage 6.

Meldebereitschaft auswirkt und damit vergleichsweise mehr sicherheitsrelevante Ereignisse bekannt werden. Damit eröffnet sich die Möglichkeit, aus Fehlern zu lernen. Dieser potentielle Gewinn an Sicherheit kann aber in einem Spannungsfeld zu einem allfälligen staatlichen Strafverfolgungsanspruch sowie den Interessen von Opfern an einem Schadensausgleich stehen (vgl. Ziff. 2.3).

2.2 Fehlerkultur aus einer rechtlichen Perspektive

2.2.1 Einführung

Das Recht kann die Entstehung einer Fehlerkultur fördern, indem es dafür günstige rechtliche Rahmenbedingungen setzt. Namentlich kann die Rechtsordnung die folgenden beiden Elemente implementieren: ein Meldesystem und einen Schutzmechanismus für die Person, welche dieses Meldesystem benutzt. Unter Umständen sollte der Schutzmechanismus auch zu Gunsten anderer von der Meldung betroffener Personen wirken.

2.2.2 Meldesystem

Die Regelung des Meldeverfahrens hat festzulegen, ob ein Melderecht oder eine (sanktionierte) Meldepflicht für (eigenes) sicherheitsrelevantes Fehlverhalten besteht und welche Art von sicherheitsrelevantem Fehlverhalten dem Melderecht oder der Meldepflicht untersteht. Ferner sind die zuständige Meldestelle und ihre Organisation festzulegen. Namentlich ist dabei auch zu klären, ob die Meldestelle organisatorisch innerhalb und/oder ausserhalb der die Meldung betreffenden Organisation angesiedelt ist und ob die Meldestelle eine staatliche Behörde oder eine private Organisation ist. Schliesslich muss auch klar umschrieben werden, zu welchem Zweck die Informationen gesammelt, wie diese Informationen bearbeitet und wie die erlangten Kenntnisse nach aussen kommuniziert werden.

2.2.3 Schutzmechanismus

Ein Meldeverfahren für sicherheitsrelevantes Fehlverhalten wird in der Praxis bevorzugt dann in Anspruch genommen werden, wenn die meldende Person weiss, dass sie oder weitere von der Meldung betroffene Personen aufgrund ihrer Meldung keine negativen Konsequenzen fürchten müssen. Als solche kommen typischerweise in Frage:

- Arbeitsrechtliche Konsequenzen wie die Kündigung wegen Fehlverhaltens durch den Arbeitgeber sowie vertrags- oder haftungsrechtliche Folgen im Fall von Personen- oder Sachschäden.
- Aufsichtsrechtliche Konsequenzen wie namentlich der Lizenz- bzw. Bewilligungsentzug durch die Aufsichtsbehörde.
- Strafrechtliche Konsequenzen, abhängig vom jeweiligen Tätigkeitsgebiet (z. B. Gefährdung des öffentlichen Verkehrs [Art. 237 StGB] in der Zivilluftfahrt, Körperverletzungsdelikte im Gesundheitsbereich).

Entsprechend vielgestaltig zeigen sich die möglichen Ansatzpunkte für einen Schutzmechanismus im Sinn der Fehlerkultur. Die Ausgestaltung des Schutzmechanismus hängt wesentlich ab vom jeweiligen Melderegime. Wie noch zu zeigen ist, bestehen bereichsweise grosse Unterschiede (Ziff. 3). Beispielsweise kennt der Aviatikbereich ein ausdifferenziertes Meldeverfahren sowie verschiedene Schutzmechanismen.¹⁶ Andere hochsicherheitsrelevante Bereiche kennen dagegen keine oder jedenfalls weniger weitgehende Schutzmechanismen.

¹⁶ Hingegen gibt es keinen Schutzmechanismus, der es den Strafverfolgungsbehörden erlauben würde, von einer Verfolgung der für das Fehlverhalten verantwortlichen Person abzusehen.

Solche Mechanismen können im Übrigen in verschiedenen Phasen des Prozesses in Betracht kommen: bereits auf Stufe des Unternehmens, im Verhältnis zur Aufsichtsbehörde oder später im Rahmen eines allfälligen Straf- oder Zivilverfahrens.

Die parlamentarische Initiative Rutz und die Motion Humbel wie auch die Fachliteratur¹⁷ unterbreiten diverse Vorschläge, wie der Schutz der meldepflichtigen Personen bzw. der gemeldeten Daten im Sinn der Fehlerkultur verbessert werden könnte. Dazu gehören beispielsweise die partielle Strafbefreiung, die Anpassung der einschlägigen Strafdelikte (insbesondere der Fahrlässigkeitsdelikte), die Trennung von Verwaltungs- und Strafverfahren oder die Einführung von Beweisverwertungsverböten. Die verschiedenen in Betracht fallenden Optionen werden unter Ziffer 6 ausführlich dargelegt.

2.2.4 Zur Unterscheidung von Fehlerkultur und «Whistleblowing»

Fehlerkultur und «Whistleblowing» verfügen über gewisse Gemeinsamkeiten, sie sind aber in grundsätzlicher Weise zu unterscheiden.¹⁸

Beiden Fällen gemeinsam ist, dass es um die Meldung von Fehlverhalten in einer Organisation geht und die meldende Person ein Schutzbedürfnis gegenüber negativen Konsequenzen aufgrund dieser Meldung hat. In beiden Fällen kann diese Meldung an eine organisationsinterne und/oder organisationsexterne Stelle erfolgen.

Die Unterschiede betreffen die Urheberinnen oder Urheber, den Schweregrad und die Art des gemeldeten Fehlverhaltens sowie den Zweck der Meldung. Bei der Fehlerkultur geht es darum, dass im Grundsatz das eigene Fehlverhalten gemeldet wird, beim «Whistleblowing» steht demgegenüber die Meldung fremden Fehlverhaltens im Vordergrund. Bei der Fehlerkultur besteht in der Regel die Verpflichtung, ein sicherheitsrelevantes Ereignis zu melden, was beim «Whistleblowing» nicht der Fall ist. Der Anwendungsbereich der Fehlerkultur ist auf die Meldung von Fehlern beschränkt, welche die Sicherheit eines Systems gefährden.¹⁹ Demgegenüber betrifft «Whistleblowing» gerade auch die Meldung von Fehlverhalten, welches nicht zwangsläufig sicherheitsrelevant sein muss.²⁰ Bei der Fehlerkultur bezweckt die Meldung, dass die Organisationen aus dem gemeldeten Fehler für die Zukunft lernen und ihre Sicherheitsdispositive verbessern können. Beim «Whistleblowing» bezweckt die Meldung hingegen, (bestehendes) Fehlverhalten zu unterbinden und juristisch aufzuarbeiten, was insbesondere auch die Sanktionierung der fehlbaren Personen einschliessen kann.

2.3 Fehlerkultur im Spannungsfeld zum staatlichen Strafverfolgungsanspruch und zu Geschädigteninteressen

Die Fehlerkultur erhebt den Anspruch, dass Personen, welche sicherheitsrelevantes Fehlverhalten melden, in einem gewissen Rahmen vor persönlichen negativen Konsequenzen ihrer

¹⁷ Vgl. unter anderem Raphael Widmer-Kaufmann, Die Flugunfalluntersuchung nach schweizerischem Recht, St. Gallen 2021, S. 611 ff.; Peter Müller, Just Culture, in: AJP 2020, S. 761–766; Corinna Bleienheuft / Peter Wysk, Strafverfolgung von Lotsen und Verwertung von Erkenntnissen der Unfalluntersuchungsstellen, Zeitschrift für Luft- und Weltraumrecht 2019, S. 543 ff., 561.

¹⁸ Der Nationalrat hatte es im Jahr 2020 abgelehnt, das «Whistleblowing» im Arbeitsvertragsrecht gesetzlich zu regeln. Zur arbeitsrechtlichen Problematik des «Whistleblowings» siehe die entsprechende Botschaft über die Teilrevision des Obligationenrechts (Schutz bei Meldung von Unregelmässigkeiten am Arbeitsplatz) vom 20. November 2013 (BBl 2013 9513) sowie die Zusatzbotschaft zur Teilrevision des Obligationenrechts (Schutz bei Meldung von Unregelmässigkeiten am Arbeitsplatz) vom 21. September 2018 (BBl 2019 1409). Auf Ebene des EU-Rechts ist die Richtlinie (EU) 2019/1937 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 23. Okt. 2019 zum Schutz von Personen, die Verstösse gegen das Unionsrecht melden, zu erwähnen, ABl. L 305 vom 26.11.2019, S. 17. Erwägungsgrund 9 weist darauf hin, dass der Schutz von «Whistleblowern» bereits in sektoriellen Rechtsakten der EU anerkannt ist (z. B. im Bereich der Zivilluftfahrt, siehe auch Ziff. 3.2.1), und dass diese Rechtsakte auch den Schutz vor Repressalien von Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern einbeziehen, die eigene Fehler melden.

¹⁹ Siehe dazu oben bei Ziff. 2.1.1 und 2.2.2.

²⁰ Gegenstand der Meldung können beim «Whistleblowing» bspw. Korruption oder Vermögensdelikte sein. Solches Fehlverhalten betrifft nicht die betrieblich-technische Sicherheit und ist im Sinne dieses Berichts deshalb nicht als sicherheitsrelevant einzustufen (siehe dazu oben in Fn. 10).

Meldung geschützt sind. Ein solcher Schutz kann in einem Spannungsfeld zum staatlichen Strafverfolgungsanspruch und zu Opferinteressen stehen.

2.3.1 Funktion des Rechts

Wenn Menschen zusammenleben, sind der Freiheit des Einzelnen naturgemäss Grenzen gesetzt. Das Recht zieht diese Grenzen in verbindlicher und durchsetzbarer Weise und gewährleistet damit auch die Freiheit jedes Einzelnen. In jeder Gesellschaft gibt es Menschen mit unterschiedlichen Interessen und Bedürfnissen, was unausweichlich zu Konflikten führt. Das Recht sorgt dafür, dass diese friedlich und in geregelten Verfahren gelöst werden können.

Dieser Rechtsfrieden wird in elementarer Weise durch das verfassungsmässige Legalitätsprinzip garantiert: Nur wenn staatliches Handeln auf klaren und verständlichen Gesetzen beruht, können sich die Menschen an die Gesetze halten. Indem der Staat diese Gesetze rechtsgleich durchsetzt, schafft er Rechtssicherheit und bestätigt die Geltung der Rechtsordnung bzw. des Funktionierens des Staates.²¹ Wenn Rechtsnormen verbindlich und durchsetzbar sein sollen, muss das Zuwiderhandeln eine staatliche (gesellschaftliche) Reaktion auslösen. Dazu gehören neben dem Wiederherstellen des rechtmässigen Zustandes oder dem Zuspreehen von Schadenersatz auch das Sanktionieren von bestimmten Rechtsbrüchen. Solche Sanktionen können verwaltungsrechtlicher oder strafrechtlicher Natur sein.

2.3.2 Strafrecht und systemische Risiken

Strafrecht ist das letzte und schärfste Mittel des Staates, um die Rechtsordnung zwangsweise durchzusetzen (Akzessorietät des Strafrechts, «Ultima Ratio»). Es soll nur die elementarsten Grundregeln absichern. Strafrecht hat gesellschaftliche und erzieherische Funktionen: Es soll sicherstellen, dass die elementaren Regeln der Gesellschaft von allen Personen befolgt werden. Durch die Bestrafung der Täterin oder des Täters zeigt der Staat, dass die Rechtsordnung gilt und durchgesetzt wird (Generalprävention). Mit der Verbüssung der Strafe sühnt die Täterin oder der Täter das begangene Unrecht und ihre bzw. seine Resozialisierung soll zukünftige Normverletzungen verhindern (Spezialprävention).²² Strafrecht ist deshalb ein wichtiges Mittel zur Sozialkontrolle und hat auch präventive und symbolische Funktionen.²³

Wenn der Gesetzgeber ein Verhalten pönalisiert hat, liegt die Durchsetzung des staatlichen Strafanspruchs zur Ahndung dieses Verhaltens somit im öffentlichen Interesse.

Der Staat bestraft nicht, um dem Opfer Genugtuung zu verschaffen; diesem Zweck dient das Zivilrecht. Aber auch dabei hat das Strafrecht eine Funktion: Der Staat ermittelt im Strafverfahren den für die Zivilklage massgeblichen Sachverhalt umfassend von Amtes wegen und auf Kosten des Gemeinwesens. Das Opfer muss daher bspw. teure technische Gutachten nicht selber bezahlen. Wenn die Zivilansprüche im Strafverfahren adhäsionsweise geltend gemacht werden (Art. 122 ff. StPO), muss das Opfer auch keinen Kostenvorschuss leisten, trägt ein viel geringeres Prozessrisiko und gewinnt erheblich Zeit.

²¹ Zum Ganzen Reinhold Zippelius, *Das Wesen des Rechts: Eine Einführung in die Rechtsphilosophie*, München 1997, S. 20 f., 31 ff., 103 f.

²² Zu den Strafzwecken siehe den Bericht des Bundesrates vom 25. November 2020 in Erfüllung der Postulate 18.3530 Caroni Andrea und 18.3531 Rickli Natalie (Schwander Pirmin) «Reform der «lebenslangen» Freiheitsstrafe für besonders schwere Straftaten», Ziff. 2.2.1.

²³ Winfried Hassemer, *Das Symbolische am symbolischen Strafrecht*, in: Bernd Schünemann et al. (Hrsg.), *Festschrift für Claus Roxin zum 70. Geburtstag*, Berlin/New York 2001, S. 1001 ff., 1010 ff.

Im Bereich von grossen, systemischen Risiken hat das Recht besondere Bedeutung. Es stellt Kautelen auf, indem es Massnahmen, Zuständigkeiten und Verantwortlichkeiten in verbindlicher und allgemein gültiger Weise festlegt.

Individuelle strafrechtliche Verantwortung lässt sich auch in komplexen Systemen differenziert zurechnen. Die Schweiz kennt – anders als etwa Österreich – kein Einheitstätermodell.²⁴ Das schweizerische System erlaubt eine differenzierte Betrachtung und Bewertung von Tatbeiträgen. Sie werden nach ihrer individuell-konkreten Qualität in allgemeiner Weise unterschieden. So spielt es hinsichtlich der Rechtsfolgen eine Rolle, ob jemand als Haupttäter, Mitäter, Nebentäter, Anstifter oder Gehilfe bei einem Delikt mitgewirkt hat. Auf der Ebene der Strafzumessung findet eine weitere Differenzierung statt.

Eine andere Frage ist, ob man individuelles Verhalten in hochgradig arbeitsteiligen, komplexen Systemen so nachweisen kann, dass eine strafrechtliche Schuld zugemessen werden kann. In solchen Fällen sind technische Gutachten notwendig, damit das Gericht entscheiden kann (Art. 182 ff. StPO). Bestehen unüberwindliche Zweifel an der Erfüllung der tatsächlichen Voraussetzungen einer Tat, so geht das Gericht von der für die beschuldigte Person günstigeren Sachlage aus (Art. 10 Abs. 3 StPO). Dies kann auch zu einem Freispruch führen.

Die Fehlerkultur verfolgt den Ansatz, fehlbare Personen zur Mitwirkung zu motivieren, indem ihre Aussagen z. B. einem strafprozessualen Beweisverwertungsverbot unterliegen²⁵ oder indem die technische Untersuchung von Justizbehörden abgeschottet wird.²⁶ So sollen Fehler ohne Angst vor Nachteilen gemeldet werden können (und in der Sicherheitsuntersuchung offen zugegeben werden) und soll ein Hochrisikobereich sicherer werden. Dies kann jedoch Opferinteressen tangieren, wenn die Urheber einer Schädigung deswegen nicht belangt werden können. Im Gesundheitsbereich ist dieses Problem erkannt.²⁷

Das Recht und seine Durchsetzung sind essenziell zur Gewährleistung der Sicherheit für die Allgemeinheit bei grossen, systemischen Risiken. Es ist deshalb nicht zielführend, Fehlerkultur und (Straf-)Recht als Gegensätze aufzufassen. Beide verfolgen denselben Zweck und müssen so austariert werden, dass sie ihre spezifische Funktion wahrnehmen können.

2.3.3 Privatrechtliche Aspekte

Das Privatrecht regelt Beziehungen zwischen Privatpersonen. Für diese Beziehungen ist das Prinzip der Privatautonomie von grundlegender Bedeutung. Der Staat stellt in diesem Bereich jedoch zahlreiche zwingende Regeln auf (Familienrecht, Sachenrecht, allgemeine Beschränkungen der Vertragsfreiheit, Miet- und Arbeitsverträge usw.).

Die Fehlerkultur kann verschiedene Bezugspunkte zum Privatrecht haben, aus denen sich, wenn konfliktrichtig, Handlungsbedarf ergeben könnte. In dieser Hinsicht weist das Privatrecht ähnliche Reibungsflächen mit der Fehlerkultur auf wie andere Rechtsbereiche: Der Fehler kann in der Verletzung einer gesetzlichen Verpflichtung bestehen – einer Verletzung, die sanktioniert wird und eine Entschädigung nach sich ziehen kann. Allerdings ist auf zwei Besonderheiten des Privatrechts hinzuweisen: Einerseits lässt es die Privatautonomie den Par-

²⁴ Dazu grundlegend Claus Roxin, Strafrecht Allgemeiner Teil Band II, München 2003, § 25 N 1 ff.

²⁵ Dazu eingehend Ziff. 6.4.

²⁶ Dazu Ziff. 6.5.

²⁷ Siehe dazu die Voten von Kommissionsprecherin Ständerätin Häberli-Koller («Im Schadensfall darf aber dadurch der Haftpflichtanspruch der Betroffenen nicht gefährdet werden.») und von Bundesrat Alain Berset («la motion va [...] trop loin, en garantissant pour tous les cas que l'on pourrait qualifier d'apprentissage, une immunité totale aux professionnels de la santé») bei der Beratung der Motion Humbel im Ständerat am 20.9.2021 (AB 2021 S 886).

teien unbenommen, auf freiwilliger Basis eine Fehlerkultur in ihre Rechtsbeziehungen einfließen zu lassen. Andererseits bringt es diese Autonomie mit sich, dass es Sache der beteiligten Personen ist, ihre Ansprüche geltend zu machen, was auch heisst, dass sie darauf verzichten können, um die mit der Fehlerkultur verfolgten Ziele zu erreichen.

Auf Stufe der Unternehmen sind zwei Regelungsebenen zu berücksichtigen: Einerseits die Bestimmungen, die das ordnungsgemässe Funktionieren des Unternehmens festlegen, andererseits die, welche die individuellen Rechte und Pflichten regeln (typischerweise Bestimmungen vertragsrechtlicher Natur). Damit stellt sich die Frage, wie mit Fehlern umgegangen wird und wie sie sanktioniert werden: Zu prüfen ist, welchen Spielraum das Privatrecht bereits heute den Unternehmen lässt, um eine Fehlerkultur zu realisieren, und ob sich eine Intervention des Gesetzgebers aufdrängt. Steht es einer Organisation, die beispielsweise Partei eines Arbeitsvertrags ist, frei, eine Arbeitnehmerin oder einen Arbeitnehmer, die oder der sich selbst angezeigt hat, nicht zu sanktionieren? Das Privatrecht lässt *a priori* grösseren Spielraum als das Straf- oder das Verwaltungsrecht, denn die anspruchsberechtigten Personen können freier auf die Geltendmachung ihrer Ansprüche verzichten.

Was die Rechtsbeziehungen zwischen einer geschädigten Drittperson und der für den Schaden verantwortlichen natürlichen Person betrifft, muss die Fehlerkultur eine ausgewogene Lösung finden, welche die verantwortliche Person dazu bewegen kann, ihren Fehler zuzugeben und zu melden.²⁸ Hier sind die jeweiligen Interessen tatsächlich völlig gegensätzlich: Auf der einen Seite hat das Opfer ein Interesse, die verantwortliche Person und den Fehler zu kennen, damit es einen allfällig entstandenen Schaden ersetzt bekommt. Auf der anderen Seite hat die fehlerbare Person ein Interesse daran, ihren Fehler zu verheimlichen, um nicht zur Verantwortung gezogen zu werden. Hier ist, wie im vorangehenden Kapitel ausgeführt, darauf zu achten, dass das Interesse des Opfers am Ersatz des erlittenen Schadens gewahrt wird.

3 Fehlerkultur im schweizerischen Recht

3.1 Einleitung

Das vorliegende Kapitel gibt einen Überblick über die einzelnen rechtlichen Grundlagen, mit denen der Gedanke der Fehlerkultur in der Schweiz heute umgesetzt wird. Wie die Arbeiten zeigen, wird die Fehlerkultur hauptsächlich im Bereich der Zivilluftfahrt verwirklicht. Das geltende Luftrecht sieht ein Meldesystem für sicherheitsrelevante Ereignisse sowie Schutzmechanismen für die meldenden Personen vor. Wie nachstehend (Ziff. 3.2.1) näher ausgeführt wird, existiert hingegen kein Schutzmechanismus, der den Strafverfolgungsbehörden die Möglichkeit geben würde, auf eine Verfolgung der für das Fehlverhalten verantwortlichen Person zu verzichten.

Ein gewisser Schutzmechanismus, der die Einhaltung des Grundsatzes garantiert, wonach niemand sich selbst belasten muss, ist im Übrigen im Lebensmittelrecht verankert. Auch der Bereich des öffentlichen Verkehrs (und der Seeschifffahrt) kennt einen solchen Mechanismus, weil hier, wie im Bereich der Luftfahrt, eine Meldepflicht gegenüber der Schweizerischen Sicherheitsuntersuchungsstelle (SUST) besteht. Auch auf diesen Bereich ist kurz zurückzukommen (Ziff. 3.2.2).

Andere Hochsicherheitsbereiche sehen Meldesysteme vor, aber keine Schutzmechanismen. Das gilt beispielsweise für die Bereiche Heilmittel, Energie und Kernenergie. Das Militärflug-

²⁸ Zumindest in den Fällen, in denen das Unternehmen, in dem die verantwortliche Person angestellt ist, gegenüber dem Opfer nicht kausal (verschuldensunabhängig) haftet. Denn in diesem Fall könnte das Opfer seinen Schaden direkt vom Unternehmen ersetzt bekommen.

wesen kennt ebenfalls ein Meldesystem, das aber nicht gesetzlich verankert ist. Von besonderem Interesse ist der Bereich der medizinischen Pflegeleistungen, denn hier existiert keine staatliche Meldestelle, sondern verschiedene unternehmensinterne Stellen (Ziff. 3.3.1).

3.2 Bereiche mit Meldesystem und Schutzmechanismus

3.2.1 Zivilluftfahrt

3.2.1.1 Einleitung

Die Schweiz untersteht der Verordnung (EU) Nr. 376/2014²⁹ und der Verordnung (EU) Nr. 996/2010³⁰, EU-Rechtsakte, die in den Anhang des Abkommens zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und der Europäischen Gemeinschaft über den Luftverkehr (nachstehend Luftverkehrsabkommen)³¹ aufgenommen wurden. Dieses wird als Teilintegrationsabkommen angesehen, mit der Folge, dass die beiden Verordnungen in der Schweiz innerstaatliches Recht und, was ihren Inhalt betrifft, grundsätzlich direkt anwendbar sind, ohne dass es eines Umsetzungsaktes im nationalen Recht bedürfte.³²

Die Verordnung (EU) Nr. 376/2014 dient der Verbesserung der Flugsicherheit, indem gewährleistet wird, dass für die Sicherheit der Zivilluftfahrt relevante Informationen gemeldet, erfasst, gespeichert, geschützt, ausgetauscht, verbreitet und analysiert werden. Als Mittel zur Erreichung dieses Ziels verwendet die Verordnung an mehreren Stellen den Begriff der «Redlichkeitskultur»³³, definiert als «eine Kultur, bei der operative Mitarbeiter oder andere Personen nicht für ihre Handlungen, Unterlassungen oder Entscheidungen, die ihrer Erfahrung und Ausbildung entsprechen, bestraft werden, aber grobe Fahrlässigkeit, vorsätzliche Verstösse und destruktives Handeln nicht toleriert werden» (Art. 2 Ziff. 12 der Verordnung [EU] Nr. 376/2014). Die in der Verordnung vorgesehenen Schutzmechanismen gelten dabei unabhängig davon, ob ein Personen- oder Sachschaden entstanden ist, denn das entscheidende Kriterium ist das Verschuldens (s. Ziff. 3.2.1.3).

Im Einklang mit der Verordnung (EU) Nr. 376/2014 hat das schweizerische Recht ein System der Meldepflicht eingeführt. Die Meldestelle ist beim BAZL angesiedelt. Dem Amt kommt insbesondere die Aufgabe zu, allfällige Präventiv- oder Gegenmassnahmen zu ergreifen, um die Flugsicherheit zu erhöhen. Zudem hat die Schweiz, auf der Grundlage der Verordnung (EU) 996/2010, ein Verfahren zur Sicherheitsüberprüfung eingerichtet, das bei Unfällen oder gravierenden Zwischenfällen zum Tragen kommt. Für die Untersuchung zuständig ist die SUST. Ziel der Untersuchung ist es, Erkenntnisse zu gewinnen, dank derer künftige Unfälle und Gefahrensituationen verhütet werden können und die eine Erhöhung der Sicherheit zur Folge haben.

²⁹ Verordnung (EU) Nr. 376/2014 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 3. April 2014 über die Meldung, Analyse und Weiterverfolgung von Ereignissen in der Zivilluftfahrt, zur Änderung der Verordnung (EU) Nr. 996/2010 des Europäischen Parlaments und des Rates und zur Aufhebung der Richtlinie 2003/42/EG des Europäischen Parlaments und des Rates und der Verordnungen (EG) Nr. 1321/2007 und (EG) Nr. 1330/2007 der Kommission, ABl. L 122 vom 24.4.2014, S. 18. Zu dieser Verordnung vgl. auch S. 41 ff. der externen Studie.

³⁰ Verordnung (EU) Nr. 996/2010 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 20. Oktober 2010 über die Untersuchung und Verhütung von Unfällen und Störungen in der Zivilluftfahrt und zur Aufhebung der Richtlinie 94/56/EG, ABl. L 295 vom 12.11.2010, S. 35.

³¹ SR 0.748.127.192.68

³² Aus der Rechtsprechung des Bundesgerichts zum Luftverkehrsabkommen ergibt sich, dass die in dessen Anhang enthaltenen EU-Rechtsakte in der Schweiz direkt anwendbar sind, soweit die Bestimmungen hinreichend bestimmt und klar sind (Urteil 2C_854/2016 vom 31. Juli 2018 E. 9.4.1). Bei anderer Gelegenheit hat das Bundesgericht zudem festgehalten, dass EU-Verordnungen, im Gegensatz zu den Richtlinien, verbindliche, in jedem Mitgliedstaat unmittelbar geltende Regelungen aufstellen, weshalb es in aller Regel für einen Mitgliedstaat der EU weder nötig noch zulässig ist, sie in einem Erlass des innerstaatlichen Rechts umzusetzen (BGE 138 II 42 E. 3.1).

³³ Vgl. die Präambel (Erwägungsgründe 34, 36, 37, 40 und 44) sowie Art. 2, 6 und 16 der Verordnung (EU) Nr. 376/2014.

Auf völkerrechtlicher Ebene hat die Schweiz das Übereinkommen vom 7. Dezember 1944³⁴ über die internationale Zivilluftfahrt ratifiziert. Die Anhänge 13 und 19 des Übereinkommens enthalten ebenfalls Bestimmungen, die einen Bezug zur Fehlerkultur aufweisen.³⁵

3.2.1.2 Meldesysteme

Innerhalb einer Organisation und gegenüber dem BAZL

Die Verordnung (EU) Nr. 376/2014 schreibt die Einrichtung eines Systems der Meldepflicht³⁶ vor für Ereignisse, die ein erhebliches Risiko für die Flugsicherheit darstellen können (Art. 4 Abs. 1 der Verordnung [EU] Nr. 376/2014), wie beispielsweise Ereignisse im Zusammenhang mit dem Betrieb des Luftfahrzeugs (Kollision, Start, Landung) oder mit technischen Zuständen (strukturelles Versagen von Bauteilen, Fehlfunktion von Systemen usw.). Zur Meldung verpflichtet sind die Pilotinnen und Piloten, die Fluglotsinnen und Fluglotsen, die Mitarbeitenden des Flughafens und die anderen in der Zivilluftfahrt tätigen Personen, wobei auch die nicht gewerbsmässige Luftfahrt eingeschlossen ist (Art. 4 Abs. 6 der Verordnung).

Das in der Verordnung (EU) Nr. 376/2014 vorgesehene Meldepflichtsystem betrifft zwei unterschiedliche Ebenen: zum einen die Ebene der Organisation (Art. 4 Abs. 2 der Verordnung)³⁷, zum anderen die staatliche Ebene (Art. 4 Abs. 3 der Verordnung). Jede Organisation und jeder Staat entwickelt auf nationaler Ebene ein Verfahren zur Analyse der erfassten Ereignisse, um die mit diesen Ereignissen verbundenen Sicherheitsgefahren zu ermitteln (Art. 13 Abs. 1 und 6 der Verordnung). Auf der Grundlage dieser Analyse bestimmen Organisation und Mitgliedstaat die Gegen- oder Präventivmassnahmen, die zur Erhöhung der Flugsicherheit notwendig sind.

Gemäss ihren Verpflichtungen aus dem Luftverkehrsabkommen trägt die Schweiz den Anforderungen des EU-Rechts Rechnung, indem sie in ihrer Gesetzgebung ein Meldeverfahren für besondere Ereignisse vorsieht (Art. 20 LFG). Anonyme Meldungen sind möglich. Die Meldestelle ist im BAZL angesiedelt, das gleichzeitig als Aufsichtsbehörde fungiert und mit der Verfolgung gewisser Straftaten betraut ist. Die Meldestelle erfasst und analysiert die Meldungen und ergreift Massnahmen auf der Grundlage der festgestellten Sicherheitsrisiken. Darüber hinaus werden die aus den Meldungen gezogenen Erkenntnisse auf der Website des BAZL veröffentlicht.

Nach Artikel 77 Absatz 1 der Verordnung vom 14. November 1973³⁸ über die Luftfahrt (Luftfahrtverordnung, LFV) richtet sich das Meldesystem nach der Verordnung (EU) Nr. 376/2014. Die Durchführungsverordnung (EU) 2015/1018³⁹, die kraft Luftverkehrsabkommen auch für die Schweiz verbindlich ist, enthält eine Liste mit einer Klassifizierung der meldepflichtigen Ereignisse (Art. 77 Abs. 4 LFV).

³⁴ SR 0.748.0

³⁵ Für weitere Hinweise vgl. S. 38 ff. der externen Studie.

³⁶ Die Verordnung (EU) Nr. 376/2014 sieht auch die Einrichtung eines Systems freiwilliger Meldungen vor (vgl. Art. 5 der Verordnung).

³⁷ Vgl. Art. 2 Ziff. 8 der Verordnung: Unter «Organisation» ist jede Art von Organisation zu verstehen, die Luftfahrterzeugnisse bereitstellt und/oder Personen beschäftigt oder unter Vertrag nimmt, die gemäss Art. 4 Abs. 6 zur Meldung von Ereignissen verpflichtet sind, oder Leistungen solcher Personen in Anspruch nimmt.

³⁸ SR 748.01

³⁹ Vgl. Art. 2 Ziff. 1 und 16 der Verordnung (EU) Nr. 996/2010 sowie die Durchführungsverordnung (EU) 2015/1018 der Kommission vom 29. Juni 2015 zur Festlegung einer Liste zur Einstufung von Ereignissen in der Zivilluftfahrt, die gemäss der Verordnung (EU) Nr. 376/2014 des Europäischen Parlaments und des Rates meldepflichtig sind, ABl. L 163 vom 30.6.2015, S. 1.

Nach Artikel 77d Absatz 1 LFV bestimmt das BAZL eine interne Meldestelle, welche die ihr übermittelten Ereignisse erfasst und auswertet. Die Meldestelle ist von den mit der Aufsichtstätigkeit betrauten Einheiten des BAZL organisatorisch unabhängig (Abs. 2).

Artikel 21 der Verordnung (EU) Nr. 376/2014 verpflichtet die Staaten, Regeln festzulegen für Sanktionen, die bei Verstössen gegen die Verordnung zur Anwendung kommen. In Umsetzung dieser Verpflichtung sieht das schweizerische Recht bei Verletzung der Meldepflicht eine Sanktion vor: Mit Busse bis zu 20 000 Franken wird bestraft, wer vorsätzlich oder fahrlässig Artikel 4 Absatz 1 der Verordnung (EU) Nr. 376/2014 verletzt (Art. 91 Abs. 1 Bst. i LFG i. V. m. Art. 141a Bst. d LFV). Verfolgung und Beurteilung dieser Fälle ist Sache des BAZL (Art. 98 Abs. 2 LFG).

Gegenüber der SUST

Die Verordnung (EU) Nr. 996/2010 verpflichtet die Mitgliedstaaten, bei einem Unfall oder einer schweren Störung eine Sicherheitsuntersuchung durchzuführen (Art. 5 Abs. 1 der Verordnung [EU] Nr. 996/2010).⁴⁰ Die Untersuchung muss von einer ständigen, unabhängigen Behörde geführt werden (Art. 4 Abs. 1 der Verordnung). Die Sicherheitsuntersuchungen zielen in keinem Fall darauf ab, die Schuld- oder Haftungsfrage zu klären. Sie sind unabhängig und getrennt von Justiz- oder Verwaltungsverfahren und ohne Präjudizierung solcher Verfahren zur Feststellung des Verschuldens oder der Haftung durchzuführen (Art. 5 Abs. 5 der Verordnung). Artikel 9 Absatz 1 der Verordnung verpflichtet jede beteiligte Person, die Kenntnis vom Eintreten eines Unfalls oder einer schweren Störung⁴¹ hat, den Vorfall zu melden.

Jede Sicherheitsuntersuchung ist mit einem Bericht abzuschliessen, der veröffentlicht wird (Art. 16 Abs. 1 und 6 der Verordnung [EU] Nr. 996/2010). Der Bericht wahrt die Anonymität aller an dem Unfall oder der schweren Störung beteiligten Personen (Art. 16 Abs. 2 der Verordnung).

Das schweizerische Recht regelt die Meldepflichten gegenüber der SUST in Artikel 17 der Verordnung vom 17. Dezember 2014⁴² über die Sicherheitsuntersuchung von Zwischenfällen im Verkehrswesen (VSZV; vgl. auch Art. 23 Abs. 1 LFG). Danach sind Zwischenfälle in der Zivilluftfahrt der Meldestelle unverzüglich durch die beteiligten Personen oder Stellen zu melden, insbesondere durch die Eigentümerinnen oder Eigentümer des Luftfahrzeugs, dessen Halterin oder Halter, durch das Flugbetriebsunternehmen, das Luftfahrtpersonal, die Organe der Flugsicherung, die Flugplatzhalterin oder den Flugplatzhalter, die Polizeidienststellen, die Zollorgane und durch das BAZL. Als «Zwischenfall» gelten jeder Unfall und jede Störung im Sinn von Artikel 2 der Verordnung (EU) Nr. 996/2010 (Art. 3 Bst. b VSZV). Bei einer Verletzung der Meldepflicht informiert die SUST das BAZL, das für die Verhängung einer Sanktion zuständig ist.

Zwischenfälle im Sinn der VSZV sind der REGA anzuzeigen. Die REGA übermittelt die Meldungen der SUST. Diese holt bei Bedarf zusätzliche Informationen ein, nimmt erste Ermittlungen am Unfallort auf und entscheidet auf dieser Grundlage, ob der gemeldete Zwischenfall mit Blick auf das allgemeine Ziel der Unfallverhütung näher untersucht werden sollte. Ist das der Fall, bilden die Ursachen sowie die technischen, betrieblichen, menschlichen, organisatorischen und systemischen Ursachen und Umstände des Zwischenfalls Gegenstand der Untersuchung. Der Umfang der Untersuchung hängt in erster Linie von der Bedeutung des

⁴⁰ Vgl. auch S. 46 ff. der externen Studie. Ergänzend ist darauf hinzuweisen, dass die Verpflichtung, eine Sicherheitsuntersuchung einzuleiten, bereits gestützt auf das Übereinkommen über die internationale Zivilluftfahrt (insbesondere auf dessen Anhang 13) bestand.

⁴¹ Die Begriffe «Unfall» und «schwere Störung» werden in Art. 2 der Verordnung (EU) Nr. 996/2010 definiert.

⁴² SR 742.161

Vorfalls für die Sicherheit des Systems und vom Präventionspotenzial der Untersuchungsergebnisse ab.

Die Untersuchungsergebnisse werden in einem Bericht zusammengefasst. Der Bericht wird direkt den Verfahrensbeteiligten und den anderen betroffenen Personen zugestellt; er wird auf der Website der SUST publiziert.

3.2.1.3 Schutzmechanismen

Innerhalb einer Organisation

Nach Artikel 16 Absatz 9 i. V. m. Artikel 16 Absatz 10 der Verordnung (EU) Nr. 376/2014 dürfen Angestellte und Vertragspersonal, die ein Ereignis melden oder in Ereignismeldungen genannt sind, aufgrund der vom Meldenden übermittelten Informationen keine Nachteile seitens ihres Arbeitgebers oder der Organisation, für die die Dienstleistungen erbracht werden, erfahren; vorbehalten bleiben vorsätzliche und grob fahrlässige Verfehlungen. Verletzt ein Arbeitgeber oder eine Organisation die Schutzbestimmungen, so kann dies bei der Ombudsstelle im Meldewesen – in der Schweiz bei der Reporting Office for Just Culture in Civil Aviation (ROJCA) – gerügt werden (Artikel 16 Absatz 12 UAbs. 2 Verordnung [EU] Nr. 376/2014).

Das schweizerische Recht (insbesondere das Luftrecht und das Arbeitsrecht) kennt keinen spezifischen zusätzlichen Schutz der Arbeitnehmenden vor einer Sanktion, welche der Arbeitgeber als Folge der Meldung eines Fehlverhaltens verhängen könnte. Je nach Art der Verletzung könnte sich die betroffene Person jedoch beispielsweise mittels Klage wegen Persönlichkeitsverletzung gemäss Artikel 28 des Zivilgesetzbuches (ZGB)⁴³ zur Wehr setzen, eine Kündigung wegen Missbräuchlichkeit im Sinn von Artikel 336 des Obligationenrechts (OR)⁴⁴ anfechten oder Beweismittel im Zivilprozess wegen rechtswidriger Beschaffung nach Artikel 152 Absatz 2 der Zivilprozessordnung (ZPO)⁴⁵ ablehnen.⁴⁶ Gleichwohl wird ein Fehlverhalten – das in der Regel eine Pflichtverletzung darstellt – grundsätzlich Anlass für eine Sanktion des Arbeitgebers geben können.

Gegenüber dem BAZL und anderen innerstaatlichen Behörden

Die Verordnung (EU) Nr. 376/2014 sieht eine Reihe von Schutzmechanismen vor⁴⁷, die die Behörden (insbesondere Luftfahrtbehörden und andere Verwaltungsstellen wie die Sicherheitsuntersuchungsstelle) adressieren. In der Schweiz sind damit die Meldestelle des BAZL, das BAZL als Administrativ- und Verwaltungsstrafbehörde sowie die Schweizerische Sicherheitsuntersuchungsstelle (SUST) angesprochen.⁴⁸

So ergreifen die Organisationen und die Mitgliedstaaten nach Artikel 15 Absatz 2 der Verordnung (EU) Nr. 376/2014 im Einklang mit dem nationalen Recht die erforderlichen Massnahmen, um die Vertraulichkeit der ihnen übermittelten Ereignismeldungen sicherzustellen. Diese Meldungen dürfen nur für den Zweck verwendet werden, für den sie erfasst wurden und können nicht Dritten zur Verfügung gestellt oder für die Klärung von Schuld- und Haftungsfragen

⁴³ SR 210

⁴⁴ SR 220

⁴⁵ SR 272

⁴⁶ Raphael Widmer-Kaufmann, Die Flugunfalluntersuchung nach schweizerischem Recht, St. Gallen 2021, S. 235 f.

⁴⁷ Für nähere Hinweise vgl. S. 43 ff. der externen Studie.

⁴⁸ Raphael Widmer-Kaufmann, Die Flugunfalluntersuchung nach schweizerischem Recht, St. Gallen 2021, S. 236.

oder für andere Zwecke als die Aufrechterhaltung oder Verbesserung der Flugsicherheit verwendet werden.

Weiter sieht Artikel 16 Absatz 6 der Verordnung (EU) Nr. 376/2014 vor, dass die Mitgliedstaaten darauf verzichten, Verfahren einzuleiten in Fällen eines nicht vorsätzlichen oder eines versehentlichen Regelverstosses, von denen sie lediglich aufgrund einer Meldung Kenntnis erlangt haben.

Sofern sie nicht vorsätzlich oder grob fahrlässig gehandelt haben und der Staat vom Vorfall nur aufgrund der Meldung Kenntnis erlangt hat, schützt die Verordnung (EU) Nr. 376/2014 somit die Personen, die Ereignisse melden, und die in den Meldungen genannten Personen vor strafrechtlicher Verfolgung. Die Verordnung behält jedoch ausdrücklich das nationale Strafrecht vor, sie verpflichtet m. a. W. die Mitgliedstaaten nicht dazu, Straflosigkeit vorzusehen.

Schliesslich bestimmt Artikel 16 Absatz 7 der Verordnung (EU) Nr. 376/2014, dass im Fall von Disziplinar- oder Verwaltungsverfahren nach nationalem Recht die in Ereignismeldungen enthaltenen Informationen weder gegen die Meldenden noch gegen die in der Ereignismeldung genannten Personen verwendet werden können (Verbot der Verwertung bestimmter Beweismittel in einem Verwaltungsverfahren). Ausserdem können die Mitgliedstaaten Massnahmen aufrechterhalten oder erlassen, die dazu dienen, den Schutz von Meldenden oder von Personen, die in einer Ereignismeldung genannt sind, zu verstärken.

Wie bereits erwähnt, gelten die Schutzbestimmungen nicht ausnahmslos. Der Schutz entfällt, wenn sich eine Person unakzeptabel verhalten hat. Gemäss Artikel 16 Absatz 10 der Verordnung (EU) Nr. 376/2014 ist vorsätzliches Verhalten ebenso ausgeschlossen, wie wenn es zu einer «offenkundigen, schwerwiegenden und ernsten Missachtung eines offensichtlichen Risikos gekommen ist und ein gravierender Mangel an beruflicher Verantwortlichkeit hinsichtlich der Wahrnehmung der unter den Umständen ersichtlichen erforderlichen Sorgfalt vorliegt, wodurch eine Person oder Sache vorhersehbar geschädigt oder die Flugsicherheit ernsthaft beeinträchtigt wird». Diese Formulierung entspricht dem, was auch als Grobfahrlässigkeit bezeichnet werden kann. Anzumerken ist, dass dieser Begriff dem Zivilrecht entstammt, im schweizerischen Straf- wie auch im Verwaltungsrecht jedoch nicht verwendet wird.⁴⁹

Gestützt auf Artikel 16 Absatz 5 der Verordnung (EU) Nr. 376/2014 bleibt es zudem den Mitgliedstaaten und der Agentur unbenommen, notwendige Massnahmen zur Aufrechterhaltung oder Verbesserung der Flugsicherheit zu ergreifen.

Diese verschiedenen Schutzmechanismen wurden im schweizerischen Recht wie folgt umgesetzt:

- Nach Artikel 20 Absatz 3 LFG kann der Bundesrat vorsehen, dass auf die Einleitung eines Strafverfahrens gegenüber den Urhebern der Meldung verzichtet wird. Diese Möglichkeit betrifft die vom BAZL geführten Verwaltungsstrafverfahren.
- Nach Artikel 77d Absatz 4 LFV sind Angehörige der Meldestelle, die mit der Erfassung und Auswertung von Ereignismeldungen betraut sind, im Rahmen dieser Tätigkeiten von ihrer Anzeigepflicht entbunden, wie sie in Artikel 22 des Bundespersonalgesetzes vom 24. März

⁴⁹ Vgl. Raphael Widmer-Kaufmann, Die Flugunfalluntersuchung nach schweizerischem Recht, St. Gallen 2021, S. 228 m. H. auf Naudet/Michel/Baumgartner, Just Culture Regulation, S. 7. Gemäss diesen Autoren ist die schweizerische Begriffsverwendung im Anwendungsbe- reich der Verordnung (EU) Nr. 376/2014 ohne Bedeutung, da alleine die Definition nach Art. 16 Abs. 10 zu beachten sei.

2000⁵⁰ (BPG) und Artikel 19 des Bundesgesetzes vom 22. März 1974⁵¹ über das Verwaltungsstrafrecht (VStrR) statuiert ist. Die Meldestelle des BAZL ist also nicht verpflichtet, bei der Strafverfolgungsbehörde Straftaten anzuzeigen, von denen sie im Rahmen des Meldeverfahrens Kenntnis erlangt hat.

- Die interne Meldestelle hat die Ereignismeldungen vertraulich zu behandeln (Art. 77d Abs. 3 LFV).
- Die Angehörigen der Meldestelle, die mit der Erfassung und Auswertung von Ereignismeldungen betraut sind, sind im Rahmen dieser Tätigkeiten auch von ihrer Verfolgungspflicht entbunden (Art. 77d Abs. 4 LFV).

Hingegen gibt es keine gesetzliche Grundlage, die es dem BAZL erlauben würde, in Fällen leichter Fahrlässigkeit auf die Einleitung eines Verwaltungsstrafverfahrens zu verzichten oder andere Massnahmen zu treffen, die in solchen Fällen den Schutz der Meldenden oder der in den Meldungen erwähnten Personen in einem Verwaltungsverfahren verstärken könnten.

Gegenüber der SUST

Die Verordnung (EU) Nr. 996/2010 regelt die Frage des Schutzes sensibler Sicherheitsinformationen. Sie sieht namentlich vor, dass gewisse Beweisstücke nicht für andere Zwecke als die Sicherheitsuntersuchung verfügbar gemacht oder genutzt werden dürfen (Art. 14 Abs. 1 der Verordnung [EU] Nr. 996/2010). Dabei handelt es sich beispielsweise um alle Aussagen von Personen, welche die Sicherheitsuntersuchungsstelle während der Sicherheitsuntersuchung erhalten hat, oder um Stimmen- und Bildaufzeichnungen aus dem Cockpit und deren Abschriften. Auch die Ereignismeldungen im Sinne der Verordnung (EU) Nr. 376/2014 dürfen nicht für andere Zwecke als eine Sicherheitsuntersuchung oder die Verbesserung der Flugsicherheit verfügbar gemacht oder genutzt werden (Art. 14 Abs. 2 der Verordnung [EU] Nr. 996/2010).

Ungeachtet dieser Schutzmechanismen kann die Justizverwaltung oder die Behörde, die für die Entscheidung über die Offenlegung der Aufzeichnungen zuständig ist, gemäss Artikel 14 Absatz 3 der Verordnung (EU) Nr. 996/2010 entscheiden, dass der Nutzen einer Weitergabe für andere rechtlich zulässige Zwecke die nachteiligen Auswirkungen überwiegt, die eine solche Offenlegung für die laufende oder eine künftige Sicherheitsuntersuchung haben kann. Die Mitgliedstaaten können entscheiden, die Fälle, in denen eine derartige Offenlegungsentcheidung getroffen werden kann, zu begrenzen. Es dürfen nur die Daten weitergegeben werden, die für die in Absatz 3 genannten Zwecke unbedingt nötig sind. Die von Artikel 14 erfassten Informationen werden nur dann in den Untersuchungsbericht aufgenommen, wenn sie für die Analyse des Unfalls oder der schweren Störung von Belang sind (Art. 16 Abs. 5 der Verordnung [EU] Nr. 996/2010).

Die Schweiz hat das EU-Recht wie folgt umgesetzt:

- Die Meldestelle der SUST (REGA) ist nicht meldepflichtig⁵², wohl aber die Mitarbeitenden der SUST (Art. 22a BPG). Die Informationen über eine Meldung werden von der SUST vertraulich behandelt. Die Akteneinsicht ist in Artikel 51 VSZV geregelt: Einsicht verlangen können insbesondere die von der Untersuchung direkt betroffenen Personen und die Strafbehörden (Abs. 1). Die Einsicht darf beschränkt, verweigert oder aufgeschoben werden, solange das Interesse der Untersuchung nach der VSZV oder einer laufenden anderen

⁵⁰ SR 172.220.1

⁵¹ SR 313.0

⁵² Das Verhältnis zwischen der Meldestelle (Auftragnehmerin) und der SUST (Auftraggeberin) wird im Rahmen eines Vertrages geregelt.

Untersuchung es erfordert (Abs. 2). Sobald die Untersuchung abgeschlossen ist, stellt der Untersuchungsdienst die Akten auf Verlangen den zuständigen Untersuchungs-, Gerichts- und Verwaltungsbehörden für deren Verfahren zur Verfügung (Abs. 3).

- Nach Artikel 24 Absatz 2 LFG und Artikel 2 VSZV dient die Untersuchung dazu, ähnliche Unfälle zu vermeiden und die technischen, betrieblichen, menschlichen, organisatorischen und systemischen Ursachen und Umstände zu ermitteln, die zum Zwischenfall geführt haben. Schuld und Haftung sind nicht Gegenstand der Untersuchung. Die Untersuchung erfolgt unabhängig von einem Straf- oder einem Administrativverfahren (Art. 23 Abs. 1 VSZV). Die Strafverfolgungs- und die Administrativbehörden sowie die SUST müssen jedoch ihre Tätigkeiten koordinieren und sich gegenseitig Untersuchungsunterlagen wie Auswertungen und Aufzeichnungen unentgeltlich zur Verfügung stellen (Art. 23 Abs. 2 und 3 VSZV).
- Nach Artikel 24 VSZV dürfen Auskünfte, die eine Person im Rahmen einer Sicherheitsüberprüfung erteilt hat, nur mit ihrem Einverständnis in einem Strafverfahren verwendet werden. Die im Rahmen einer Sicherheitsüberprüfung befragten Personen werden daher von den Mitarbeitenden der SUST systematisch über ihre Rechte belehrt. Entscheidet die befragte Person, dass ihre Aussagen nicht in einem anderen Verfahren verwendet werden dürfen, werden sie unter Verschluss gehalten. Beantragt eine andere Behörde Akteneinsicht, werden die entsprechenden Aufzeichnungen nicht zur Verfügung gestellt.
- Bei der Redaktion ihrer Berichte achtet die SUST darauf, dass die Feststellungen und Analysen so formuliert werden, dass daraus keine direkte oder indirekte Verantwortlichkeit abgeleitet werden kann. Vor der Veröffentlichung haben die am Zwischenfall beteiligten und die von ihm betroffenen Personen Gelegenheit, zum Bericht Stellung zu nehmen.

Die Schweiz hat hingegen keine spezifische Behörde benannt, die über die Offenlegung von Aufzeichnungen gemäss Artikel 14 Absatz 3 der Verordnung (EU) Nr. 996/2010 entscheiden könnte. Diese Zuständigkeit ist damit grundsätzlich der Strafverfolgungsbehörde sowie den Gerichten überlassen, die schweizerisches Recht anwenden (vgl. insbesondere Art. 194 Abs. 1 der Strafprozessordnung [StPO]⁵³, wo geregelt ist, dass im Rahmen eines Strafverfahrens Akten anderer Verfahren beigezogen werden können, wenn dies für den Nachweis des Sachverhalts oder die Beurteilung der beschuldigten Person erforderlich ist).

Auf völkerrechtlicher Ebene ist ein Mechanismus zum Schutz von Beweismitteln und Handlungen im Zusammenhang mit der Sicherheitsuntersuchung auch in Ziffer 5.12 des Anhangs 13 zum Übereinkommen über die Internationale Zivilluftfahrt vorgesehen. Danach kann die Aufhebung des Schutzes nur bewilligt werden, wenn die zuständige Behörde zum Schluss kommt, dass das Interesse an der Offenlegung dieser Informationen höher zu gewichten ist als die mutmasslichen negativen Folgen, die eine solche Offenlegung für die laufende oder für jede künftige Ermittlung haben kann. Der Bundesrat hat zu Ziffer 5.12 des Anhang 13 einen Vorbehalt angebracht. Er wollte damit namentlich sicherstellen, dass den gerichtlichen Behörden und den Luftfahrtbehörden sämtliche Dokumente zur Verfügung gestellt werden.

Der Vorbehalt der Schweiz beruht auf der Feststellung, dass die Unfalluntersuchung zwar in erster Linie der Unfallverhütung dient, dass es aber auch erhebliche öffentliche und private Interessen daran gibt, dass die Erkenntnisse der Unfalluntersuchung in anderen Verfahren verwendet werden können.⁵⁴ Können die Erkenntnisse und Beweismittel der Unfalluntersuchung in anderen Verfahren nicht verwertet werden, müssen die Straf- und Administrativbehörden eigenständige Untersuchungen durchführen. Dies führte im Ausland dazu, dass sich

⁵³ SR 312.0

⁵⁴ Siehe dazu die Ausführungen in der Botschaft des Bundesrates an die Bundesversammlung über die Änderung des Bundesgesetzes über die Luftfahrt (Flugunfalluntersuchungen) vom 15. Mai 1959 (BBl 1959 1369, 1371).

die verschiedenen Behörden um Beweismittel am Unfallort stritten und erst nach langwierigen Rechtsmittelverfahren feststand, welche Beschlagnahmeanordnung vorgeht. In dieser Zeit können die beschlagnahmten Gegenstände nicht untersucht werden und es besteht die Gefahr, dass Spuren schwächer werden, verschwinden oder zerstört werden. Damit ist nicht nur die Untersuchung als solche nachteilig betroffen, sondern es wird verhindert, dass zeitnah gestützt auf erste Erkenntnisse Informationen oder Sicherheitsempfehlungen kommuniziert werden können.

3.2.2 Öffentlicher Verkehr

Auch im öffentlichen Verkehr spielt das Meldewesen, ähnlich wie in der Aviatik (vgl. Ziffer 3.2.1), eine bedeutende Rolle. Die Melde- und Mitwirkungspflicht der Eisenbahnunternehmen ist geregelt in Artikel 14a des Eisenbahngesetzes vom 20. Dezember 1957 (EBG)⁵⁵ und für Seilbahnunternehmen in Artikel 24 des Bundesgesetzes vom 23. Juni 2006 über Seilbahnen zur Personenbeförderung (SebG)⁵⁶. Gemäss Artikel 11a Absatz 1 Buchstabe b des Bundesgesetzes vom 29. März 1950 über die Trolleybusunternehmen (TrG)⁵⁷ besteht die gleiche Pflicht wie für Eisenbahnen auch für Trolleybusunternehmen. Auch das Bundesgesetz vom 3. Oktober 1975 über die Binnenschifffahrt (BSG)⁵⁸ enthält mehrere Bestimmungen über die Meldepflicht. Die Meldepflicht gemäss Artikel 62 des Bundesgesetzes vom 20. März 2009 über die Personenbeförderung (PBG)⁵⁹ betrifft nicht direkt die Unternehmen, jedoch sind diesen im Rahmen ihrer Konzessionen zahlreiche Pflichten auferlegt, über deren allfällige Nichteinhaltung sie ebenfalls Bericht erstatten müssen.

Die Verordnung über die Sicherheitsuntersuchung von Zwischenfällen im Verkehrswesen (VSZV) sieht in ihren Artikeln 15 und 16 für den öffentlichen Verkehr verschiedene meldepflichtige Ereignisse vor, die je nachdem der SUST oder dem BAV zu melden sind.

Die SUST ist auch zuständig für die Untersuchung von Zwischenfällen im Bereich des öffentlichen Verkehrs. Deshalb kommt der in Artikel 24 VSZV geregelte Schutzmechanismus, der die Einhaltung des Grundsatzes garantiert, sich nicht selbst belasten zu müssen, auch hier zur Anwendung. Zudem sehen die Artikel 14a Absatz 2 EBG, 24e Absatz 2 SebG, 52a Absatz 2 PBG sowie 15b Absatz 2 BSG vor, dass das Öffentlichkeitsgesetz vom 17. Dezember 2004 (BGÖ)⁶⁰ nicht für Berichte betreffend Audits, Betriebskontrollen und Inspektionen des BAV sowie für andere amtliche Dokumente gilt, soweit sie Personendaten enthalten, welche die technische oder betriebliche Sicherheit betreffen. Darüber hinaus, insbesondere im Falle eines aufgrund anderer Informationen eröffneten Strafverfahrens, ist kein weiterer Schutzmechanismus für die meldende Person vorgesehen; es gibt mithin keinen Schutz vor Strafverfolgung und keine spezifische Privilegierung im eröffneten Strafverfahren.

3.2.3 Andere hochsicherheitsrelevante Bereiche

Wie bereits erwähnt (oben Ziff. 3.1), ist auch im Lebensmittelbereich ein Schutzmechanismus für Personen vorgesehen, die ein sicherheitsrelevantes Ereignis melden. So kann nach Artikel 63 Absatz 4 des Lebensmittelgesetzes vom 20. Juni 2014⁶¹ (LMG) die Erfüllung der Meldepflicht nach Artikel 27 Absatz 2 LMG als Strafmilderungsgrund berücksichtigt werden.

⁵⁵ SR 742.101

⁵⁶ SR 743.01

⁵⁷ SR 744.21

⁵⁸ SR 747.201

⁵⁹ SR 745.1

⁶⁰ SR 152.3

⁶¹ SR 817.0

Ausserdem können Auskünfte, welche die Vollzugsbehörden aufgrund der in Artikel 29 Absatz 1 LMG statuierten Unterstützungs- und Auskunftspflicht erhalten haben, in einem Strafverfahren nur dann verwertet werden, wenn die betroffene Person ihr Einverständnis gegeben hat oder wenn davon auszugehen ist, dass die fraglichen Informationen auch ohne die Auskunftspflicht hätten beschafft werden können.

3.3 Bereiche mit Meldesystem ohne Schutzmechanismus

3.3.1 Gesundheitswesen (Heilbehandlungen und Pflegeleistungen)

Das Bundesrecht sieht im Bereich der Erbringung von Heilbehandlungen und Pflegeleistungen gegenwärtig keine allgemeine Pflicht zur Einrichtung eines Meldeverfahrens auf Bundesebene vor.⁶²

Eine Pflicht zur Einrichtung eines Meldeverfahrens gilt aber seit Anfang 2022 für ambulante und stationäre Leistungserbringer im Rahmen der Grundversorgung nach dem Bundesgesetz vom 18. März 1994 über die Krankenversicherung (KVG).⁶³ Diese sind nach Artikel 58g Buchstabe c der Verordnung vom 27. Juni 1995 über die Krankenversicherung (KVV)⁶⁴ bzw. Artikel 58d Absatz 2 Buchstabe c KVV verpflichtet, ein geeignetes internes Berichts- und Lernsystem (*Critical Incident Reporting System; CIRS*) einzurichten und sich, wo ein solches besteht, einem gesamtschweizerisch einheitlichen Netzwerk zur Meldung von unerwünschten Ereignissen anzuschliessen. Für den Spitalbereich ist das *CIRRNET* als Beispiel für ein solches ausbaufähiges Netzwerk zu nennen. Im Rahmen von Qualitätsverträgen zwischen den Verbänden der Leistungserbringer und den Verbänden der Versicherer (Art. 58a Abs. 1 KVG) können die Anforderungen an das Meldesystem konkretisiert werden. Diese Meldesysteme sollen eine fortlaufende Bewertung und Behebung von Sicherheitsrisiken ermöglichen.⁶⁵ Ein Schutzmechanismus für meldende Personen ist im KVG nicht vorgesehen.

Neben den neuen Regelungen im KVG bestehen verschiedene kantonale Regelungen von Meldeverfahren. Ein erheblicher Anteil von Spitälern und Kliniken betreibt ein CIRS auf freiwilliger Basis. Es gibt aber auch Kantone, welche Spitäler rechtlich zum Betrieb eines CIRS verpflichten, so etwa der Kanton Zürich im Rahmen der Spitalplanung seine Listenspitäler.⁶⁶ Gemeldet werden sollen regelmässig nur solche Zwischenfälle, bei welchen keine Patientinnen und Patienten zu Schaden gekommen sind.⁶⁷ Eine Pflicht zur Meldung an eine spitalexterne Stelle oder Behörde und einen Schutzmechanismus für die meldenden Personen sehen diese kantonalen Regelungen in der Regel nicht vor.⁶⁸ Eine Ausnahme bildet der Kanton Wallis. Hier besteht für Mitarbeitende einer Krankenanstalt eine Meldepflicht, wobei die disziplinarische Immunität der meldenden Person eines einfachen Zwischenfalls und der darin verwickelten Mitarbeitenden garantiert wird.⁶⁹ Als einfacher Zwischenfall gelten dabei Vorfälle, bei

⁶² Meldepflichten statuiert im Gesundheitsbereich aber etwa das Bundesgesetz über Arzneimittel und Medizinprodukte vom 15. Dezember 2000 (HMG; SR 812.21). Nach Art. 59 HMG müssen Hersteller und Vertreiber von Heilmitteln unerwünschte Wirkungen und Vorkommnisse im Zusammenhang mit Heilmitteln melden. Weitere Meldepflichten bestehen im Epidemien- und Transplantationsrecht. Ausführlich dazu das Gutachten von Thomas Gächter / Kerstin Noëlle Vokinger, Berichtssysteme in Spitälern – Rechtsfragen rund um den Schutz von Berichts- und Lernsystemen in Spitälern vor gerichtlichem Zugriff vom 26. Mai 2020 (vgl. Fn. 5).

⁶³ SR 832.10

⁶⁴ SR 832.102

⁶⁵ Erläuternder Bericht zur Änderung der KVV vom 23. Juni 2021, S. 18 (abrufbar unter www.bag.admin.ch > Versicherungen > Krankenversicherung > Laufende Revisionsprojekte > KVG-Revision: Zulassung von Leistungserbringern).

⁶⁶ Anhang zu den Zürcher Spitallisten 2012 Akutsomatik, Rehabilitation und Psychiatrie: Generelle Anforderungen (Version 2022.1; gültig ab 1. Januar 2022), Ziff. 17 (abrufbar unter www.zh.ch > Gesundheit > Spitäler & Kliniken > Spitalplanung). Auch die Kantone St. Gallen, Aarau, Basel-Landschaft und Solothurn verpflichten die Spitäler zum Betrieb eines CIRS.

⁶⁷ Siehe dazu externe Studie, S. 64.

⁶⁸ Demgegenüber kann die Nutzung des CIRS spitalintern obligatorisch sein.

⁶⁹ Siehe dazu Art. 44 Abs. 4 des Gesundheitsgesetzes des Kantons Wallis (SGS 800.1).

denen niemand zu Schaden gekommen ist.⁷⁰ Bei schweren Zwischenfällen bleibt die disziplinarische Verantwortlichkeit der meldenden Person bestehen. Die kantonale beratende Kommission für Patientensicherheit und Versorgungsqualität (KPSVQ) kann die Daten des CIRS unter Wahrung des Datenschutzes und der Vertraulichkeit herausverlangen.⁷¹

Im Gesundheitsbereich wird seit einem Bundesgerichtsurteil aus dem Jahr 2016 die Notwendigkeit eines Schutzmechanismus für Personen, die Meldungen in ein CIRS einspeisen, diskutiert.⁷² In diesem Zusammenhang steht auch die Motion Humbel.⁷³ Wohl besteht bei CIRS regelmässig die Möglichkeit einer anonymen Meldung. Eine Re-Identifikation der meldenden Person kann aber jeweils nicht mit Sicherheit ausgeschlossen werden.⁷⁴ Das BAG hat in diesem Zusammenhang die Rechtsfragen rund um den Schutz von Berichts- und Lernsystemen in Spitälern vor Zugriff der Justizbehörden in einem Gutachten abklären lassen.⁷⁵

Wichtig zu erwähnen ist, dass Patientenorganisationen den Schutz von meldenden Personen auf solche Fälle beschränken wollen, in welchen niemand zu Schaden gekommen ist.⁷⁶ Die Motion Humbel hält ihrerseits fest, dass die in den Spitälern verwendeten Berichts- und Lernsysteme wie etwa Fehlermeldesysteme (CIRS) von den Krankenakten sowie allfälligen Schadenfallregistern, in denen schwerwiegende Zwischenfälle erfasst werden, zu trennen sind.

3.3.2 Andere hochsicherheitsrelevante Bereiche

Wie oben erwähnt (Ziff. 3.1), wurden auch in den Bereichen Heilmittel, Energie und Kernenergie Meldesysteme eingeführt.⁷⁷ Gleiches gilt für das Militärflugwesen, wo das Meldesystem allerdings nicht gesetzlich verankert ist, sondern auf freiwilliger Basis eingerichtet wurde. In keinem der genannten Bereiche bestehen Schutzmechanismen. Die für die Entgegennahme der Meldungen zuständigen Behörden sind im Gegenteil unter anderem verpflichtet, Anzeige zu erstatten (das Personal der Bundesverwaltung namentlich gestützt auf Art. 22a BPG und Art. 19 VStrR).

3.4 Zwischenfazit

Gestützt auf die Analyse der gesetzlichen Grundlagen, die heute im schweizerischen Recht in hochsicherheitsrelevanten Bereichen gelten, lassen sich vier Modelle unterscheiden, mit denen Systeme eingerichtet werden können, dank derer aus Fehlern gelernt und die Sicherheit erhöht werden kann. Wie die Analyse auch zeigt, existiert in der Schweiz keine umfassende und bereichsübergreifende Regelung der Fehlerkultur.

Beim ersten Modell wird ein gesetzlich verankertes Meldesystem geschaffen, mit Meldepflichten und einer zentralen staatlichen Meldestelle, welche die Meldungen entgegennimmt und

⁷⁰ Siehe dazu externe Studie, S. 67.

⁷¹ Siehe Art. 44 Abs. 2 Gesundheitsgesetz Kanton Wallis.

⁷² Im Urteil 1B_289/2016 vom 8. Dezember 2016 hat das Bundesgericht den Zugriff von Strafverfolgungsbehörden auf Meldungen in einem CIRS und deren Verwertbarkeit im Strafverfahren geschützt.

⁷³ Siehe zu dieser bereits oben bei 1.2.2.

⁷⁴ Thomas Gächter / Kerstin Noëlle Vokinger, Berichtssysteme in Spitälern – Rechtsfragen rund um den Schutz von Berichts- und Lernsystemen in Spitälern vor gerichtlichem Zugriff vom 26. Mai 2020, S. 12 f. (vgl. Fn. 5).

⁷⁵ Thomas Gächter / Kerstin Noëlle Vokinger, Berichtssysteme in Spitälern – Rechtsfragen rund um den Schutz von Berichts- und Lernsystemen in Spitälern vor gerichtlichem Zugriff vom 26. Mai 2020 (vgl. Fn. 5).

⁷⁶ Helmut Paula, Fehlermeldesysteme – Bewertung der juristischen Situation aus Perspektive der Patientensicherheit, Pflegerecht 2022, S. 41.

⁷⁷ Für den Heilmittelbereich vgl. insbesondere Art. 59 Abs. 4 und 7 HMG. Für den Energiebereich vgl. insbesondere Art. 26 des Bundesgesetzes vom 1. Oktober 2010 über die Stauanlagen (Stauanlagengesetz, StAG, SR 721.101) und Art. 32 des Bundesgesetzes vom 4. Oktober 1963 über Rohrleitungsanlagen zur Beförderung flüssiger oder gasförmiger Brenn- oder Treibstoffe (Rohrleitungsgesetz, RLG, SR 746.1). In der Kernenergiegesetzgebung siehe insbesondere Art. 11 und 22 Abs. 2 Bst. f des Kernenergiegesetzes vom 21. März 2003 (KEG; SR 732.1), Art. 21, 38, 39, 49 und 57 der Kernenergieverordnung vom 10. Dezember 2004 (KEV; 732.11) sowie die Richtlinie ENSI-B03. Anzumerken ist, dass im Bereich der Kernenergie (im Unterschied zur Zivilluftfahrt) die Meldestelle nicht von der Aufsichtsbehörde getrennt ist.

verarbeitet. Das Modell sieht zudem die Schaffung von Schutzmechanismen vor für die Personen, welche die Meldungen machen. Ein solches Modell ist in der Zivilluftfahrt (s. Ziff. 3.2.1) und, wenn auch in viel beschränkterem Umfang, in den Bereichen Lebensmittel, öffentlicher Verkehr und Seeschifffahrt verwirklicht (s. Ziff. 3.2.2 und 3.2.3). Der für dieses Modell geltende rechtliche Rahmen ist heute in der Schweiz am besten geeignet, um eine Fehlerkultur umzusetzen. Allerdings existiert in diesem Modell kein Schutzmechanismus, der es den Strafverfolgungsbehörden ermöglichen würde, auf die Verfolgung der mutmasslich fehlbaren Person zu verzichten.

Auch im zweiten Modell wird ein Meldesystem eingerichtet, das gesetzlich verankert ist. Vom ersten Modell unterscheidet es sich dadurch, dass es keine Schutzmechanismen vorsieht. Ein solches Modell ist beispielsweise im Heilmittel-, im Energie- und im Kernenergiebereich verwirklicht. (s. Ziff. 3.3.2). In diesem Modell ist nur eine der Voraussetzungen erfüllt, die notwendig sind, um eine Fehlerkultur einzuführen (s. Ziff. 2.2.2), sodass nicht gesagt werden kann, dass hier eine solche Kultur umfassend verwirklicht wäre. Zwar macht es ein Meldesystem möglich, besondere Ereignisse zu analysieren und Massnahmen zu ergreifen, welche die Sicherheit erhöhen; der Umstand, dass Schutzmechanismen fehlen, kann sich aber auf die Zahl der Meldungen auswirken. Derselbe Umstand verhindert auch, dass sich ein vertrauensbasiertes Umfeld bilden kann, in dem die verschiedenen Akteurinnen und Akteure sicherheitsrelevante Vorkommnisse melden können, ohne Konsequenzen befürchten zu müssen.

Wie beim zweiten wird auch beim dritten Modell ein Meldesystem eingerichtet, das zumindest teilweise gesetzlich verankert ist.⁷⁸ Vom zweiten Modell unterscheidet es sich dadurch, dass eine zentrale staatliche Meldestelle fehlt. Die Meldesysteme sind vielmehr innerhalb der verschiedenen Organisationen angesiedelt. Sicherheitsrelevante Ereignismeldungen sind teilweise obligatorisch (von Gesetzes wegen oder gemäss den internen Vorschriften der Organisation), teilweise freiwillig. Ein solches Modell ist beispielsweise im Gesundheitswesen verwirklicht (Heilbehandlungen und Pflegeleistungen; s. Ziff. 3.3.1). Wie beim zweiten Modell ist wiederum nur eine der für eine Fehlerkultur erforderlichen Voraussetzungen erfüllt, sodass auch hier nicht gesagt werden kann, eine solche Kultur sei vollständig realisiert.

Im vierten Modell schliesslich ist ein Meldesystem eingerichtet, das nicht gesetzlich verankert ist. Wie beim zweiten und dritten Modell ist auch hier nur eine der für eine Fehlerkultur erforderlichen Voraussetzungen erfüllt. Ein solches Modell ist beispielsweise im Militärflugwesen verwirklicht (s. Ziff. 3.3.2).

4 Fehlerkultur im ausländischen Recht

4.1 Im Allgemeinen

Die externe Studie hat untersucht, welche gesetzlichen Lösungen andere Staaten (insbesondere Österreich, Deutschland und Schweden) getroffen haben, um den Gedanken der Fehlerkultur in der Luftfahrt, im Gesundheitswesen sowie in anderen hochsicherheitsrelevanten Bereichen umzusetzen. Besondere Aufmerksamkeit gilt dabei der Frage, ob die anderen Staaten Mechanismen zum Schutz von Personen, die sicherheitsrelevante Ereignisse melden, vor möglichen Sanktionen eingerichtet haben.

Die externe Studie zeigt, dass die Fehlerkultur im Bereich der Zivilluftfahrt am weitesten entwickelt ist. In Übereinstimmung mit dem EU-Recht sehen alle untersuchten EU-Mitgliedstaaten

⁷⁸ Der Beitritt zu einem nationalen Meldesystem ist nur für Leistungen vorgeschrieben, für die ein solches System existiert (z. B. CIRNET im Spitalwesen). Ausserdem sind die gesetzlichen Anforderungen für interne Meldesysteme vergleichsweise niedrig, um der Tatsache Rechnung zu tragen, dass es solche Systeme in einigen Bereichen, z. B. im ambulanten Bereich, noch nicht gibt.

ten ein Meldeverfahren vor mit der Pflicht, sicherheitsrelevante Ereignisse an eine zentrale Stelle zu melden, welche die Meldungen verarbeitet. In gewissen Staaten sind zudem gesetzgeberische Entwicklungen im Gesundheitsbereich zu verzeichnen.

In Anbetracht des Vorstehenden beziehen sich die folgenden Ausführungen, sofern nicht anders vermerkt, auf den Bereich der Luftfahrt.

4.2 Schutzmechanismen für die meldenden Personen

4.2.1 Vertraulichkeit der an die Meldestelle übermittelten Informationen

Hier ist zu unterscheiden zwischen der Vertraulichkeit von Informationen gegenüber einer Strafverfolgungsbehörde, einer mit der Verfolgung von Widerhandlungen betrauten Verwaltungsbehörde (die in einigen Ländern auch strafrechtliche Sanktionen verhängen kann) oder aber einer Aufsichtsbehörde (die Verwaltungsmassnahmen ergreifen kann).

Vertraulichkeit gegenüber den Strafverfolgungsbehörden

Weder Österreich noch Deutschland haben Schutzmechanismen eingeführt, welche die Vertraulichkeit der gemeldeten Informationen gegenüber den Strafverfolgungsbehörden garantieren. Die Meldestelle ist also verpflichtet, Meldungen, die den Verdacht einer Straftat begründen können, an die Strafverfolgungsbehörden weiterzuleiten. Österreich beschränkt die Weiterleitung allerdings auf Fälle, in denen der Verdacht besteht, dass die Tat vorsätzlich oder grob fahrlässig begangen wurde.⁷⁹

Das schwedische Recht sieht insbesondere vor, dass die Meldestelle den Inhalt einer Meldung nur dann an die Strafverfolgungsbehörden weiterleiten darf, wenn das strafbare Verhalten mit einer Freiheitsstrafe bedroht ist und im konkreten Fall voraussichtlich eine andere Strafe als eine Geldstrafe ausgesprochen werden wird. Die Meldestelle hat einen Leitfaden entwickelt, wie bei Anzeigen an die Strafverfolgungsbehörde vorzugehen ist.

Das holländische Recht sieht vor, dass die Mitarbeitenden der Meldestelle von der Anzeigepflicht befreit sind, wenn kein vorsätzliches oder grob fahrlässiges Verhalten im Spiel ist. Überdies finden regelmässig Koordinationssitzungen mit der speziell für die Luftfahrt zuständigen Staatsanwaltschaft statt. Schliesslich darf die Strafverfolgungsbehörde, wenn sie eine Ereignismeldung erhält, diese nicht als Beweis gegen die Person verwerten, die die Meldung gemacht hat.

In Slowenien haben die Meldestellen und die Strafverfolgungsbehörden eine Vereinbarung geschlossen. Darin wird geregelt, wie die Fehlerkultur in der Praxis umgesetzt werden soll, namentlich die Zusammenarbeit zwischen den beiden genannten Stellen.

Wie bereits erwähnt, gibt es in einigen Staaten (Deutschland, Dänemark und Schweden) auch im Gesundheitswesen gesetzliche Entwicklungen. Gemäss dem deutschen Gesetz sind Leistungserbringer wie Spitäler oder Arztpraxen insbesondere verpflichtet, ein internes Qualitätsmanagement zu betreiben, zu dem auch die Meldung sicherheitsrelevanter Ereignisse gehört. Ausserdem verbietet es das Gesetz, die gemeldeten Informationen in einem Strafverfahren zu verwenden. Eine Ausnahme gilt nur, wenn die Verwendung zur Verfolgung einer Straftat erforderlich ist, die im Höchstmass mit mehr als fünf Jahren Freiheitsstrafe bedroht ist und auch im Einzelfall besonders schwer wiegt und die Feststellung des Sachverhalts oder die

⁷⁹ Wobei grobe Fahrlässigkeit genauer umschrieben wird als eine offenkundige, schwerwiegende und ernste Missachtung eines offensichtlichen Risikos und als eine sehr schwere Missachtung der Berufspflicht, die unter den gegebenen Umständen offensichtlich erforderlichen Massnahmen zu ergreifen, wodurch eine Person oder Sache vorhersehbar geschädigt oder die Flugsicherheit ernsthaft beeinträchtigt wird.

Ermittlung des Aufenthaltsorts der beschuldigten Person auf andere Weise aussichtslos oder wesentlich erschwert wäre.

Vertraulichkeit gegenüber den Verwaltungsstrafbehörden

Österreich kennt keine Anzeigepflicht der Meldestellen an die Verwaltungsstrafbehörden. Diese erfahren damit nicht automatisch von den über das Meldesystem angezeigten sicherheitsrelevanten Ereignissen. Kommen ihnen solche Ereignisse auf anderem Weg zur Kenntnis, können sie allerdings die Herausgabe der Informationen beantragen. Das österreichische Luftfahrtgesetz verpflichtet in diesen Fällen die Behörde, auf die Einleitung eines Verfahrens zu verzichten, wenn kein Verdacht auf Vorsatz oder grobe Fahrlässigkeit besteht und der Verdacht nur aufgrund einer Meldung der in den Fall involvierten Person bekannt geworden ist.

In Deutschland ist die Meldestelle dagegen oft auch die Verwaltungsbehörde, die für die Verfolgung bestimmter Straftaten zuständig ist. Sie kann deshalb gestützt auf die Meldungen ein Verfahren eröffnen und die Informationen als Beweismittel verwerten.

Vertraulichkeit gegenüber den Aufsichtsbehörden

Weder Österreich noch Deutschland haben einen Schutzmechanismus eingerichtet, der die Vertraulichkeit der Informationen, die den Aufsichtsbehörden übermittelt werden, garantieren würde. Die Meldestelle ist also verpflichtet, die Meldungen weiterzuleiten, die Aufsichtsbehörde kann auf dieser Grundlage Verwaltungsmassnahmen ergreifen. In Deutschland gilt dagegen, dass Meldungen nicht dazu verwendet werden dürfen, um beispielsweise den Entzug des Pilotenausweises zu rechtfertigen; vorbehalten bleiben vorsätzliches und grob fahrlässiges Verhalten.

In Schweden ist es nicht möglich, Verwaltungsmassnahmen zu ergreifen, wenn die Behörde nur aufgrund einer Meldepflicht Kenntnis von den Tatsachen erlangt hat und kein vorsätzliches oder grob fahrlässiges Verhalten vorliegt.

4.2.2 Vertraulichkeit der an die Sicherheitsuntersuchungsstelle übermittelten Informationen

Das österreichische Recht sieht für Personen, die Sicherheitsuntersuchungen durchführen, eine generelle Verschwiegenheitsverpflichtung vor. Darüber hinaus enthält es für gewisse Beweismittel ein Verwertungsverbot im Rahmen eines Straf- oder Verwaltungsverfahrens. Verschwiegenheitspflicht und Verwertungsverbot gelten jedoch nicht absolut. Das deutsche Recht kennt dagegen keinen solchen Schutzmechanismus. In Schweden gibt es verschiedene allgemeine Bestimmungen, die die Frage der Vertraulichkeit regeln; ein spezieller, auf die Fehlerkultur ausgerichteter Schutzmechanismus existiert jedoch nicht.

In Anbetracht dessen konzentrieren sich die nachfolgenden Ausführungen auf die Lösungen, die das österreichische Recht getroffen hat.

Vertraulichkeit gegenüber den Strafverfolgungsbehörden

Stellt die Strafverfolgungsbehörde ein Gesuch um Akteneinsicht, muss nach österreichischem Recht die Leitung der Sicherheitsuntersuchungsstelle eine Interessenabwägung vornehmen: Dem Gesuch kann nur insoweit entsprochen werden, als aufgrund der Bedeutung der aufzuklärenden Tat, des Umfangs des verursachten Schadens und der Zahl der Opfer

das Interesse an der Einsichtnahme in die Beweismittel und deren Verwendung für Zwecke der Strafverfolgung das Interesse an der ausschliesslichen Verfügbarkeit für Zwecke einer unabhängigen Sicherheitsuntersuchung überwiegt. Wird Einsicht in die Akten und die Beweismittel gewährt, werden die mit der Untersuchung betrauten Personen sowie die Mitarbeitenden der Untersuchungsstelle von ihrer Verschwiegenheitspflicht entbunden.

Um die Einhaltung des Grundsatzes zu gewährleisten, wonach niemand sich selbst belasten muss, sieht das österreichische Recht ein Beweisverwertungsverbot vor. Personen, die sich durch ihre Aussage einer strafrechtlichen Verfolgung aussetzen oder Gefahr laufen würden, sich in einem gegen sie geführten Strafverfahren selbst zu belasten, müssen über ihr Recht belehrt werden, das Zeugnis zu verweigern. Haben sie nicht ausdrücklich auf dieses Recht verzichtet, dürfen ihre Aussagen im Strafverfahren nicht als Beweismittel zu ihren Ungunsten verwendet werden.

Vertraulichkeit gegenüber den Aufsichts- und Verwaltungsstrafbehörden

Wird eine Mitarbeiterin oder ein Mitarbeiter von der für die Strafverfolgung zuständigen Aufsichtsbehörde oder Verwaltungsstrafbehörde vorgeladen, muss nach österreichischem Recht die Leitung der Sicherheitsuntersuchungsstelle entscheiden, ob sie die vorgeladene Person von ihrer Verschwiegenheitspflicht entbindet. Für diese Entscheidung ist eine Abwägung vorzunehmen zwischen dem Interesse an der Geheimhaltung, insbesondere am Schutz der Daten und der Personen, die zur Untersuchung beitragen, einerseits und dem Interesse an der Zeugenaussage andererseits, immer unter Berücksichtigung des mit dem Verfahren verfolgten Zwecks.

4.2.3 Andere Schutzmechanismen

Über die vorstehenden Hinweise hinaus kennen die untersuchten Staaten keine weiteren Schutzmechanismen.

4.3 Zwischenfazit

Gestützt auf die Untersuchung der Rechtslage im Ausland ist Folgendes festzuhalten:

- Fehlerkultur ist auch in den anderen untersuchten Staaten ein Thema. Keiner dieser Staaten hat jedoch einen allgemeinen und bereichsübergreifenden Schutzmechanismus eingerichtet, der die Möglichkeit vorsehen würde, auf eine Strafverfolgung oder eine Bestrafung von Personen zu verzichten, die sicherheitsrelevante Ereignisse gemeldet haben.
- Die ausländischen Lösungen sind im Wesentlichen bereichsbezogen. Keiner der untersuchten Staaten hat den Gedanken der Fehlerkultur umfassend und bereichsübergreifend verwirklicht.
- Am weitesten ist das Konzept der Fehlerkultur auf dem Gebiet der Luftfahrt entwickelt, was vor allem mit dem EU-Recht zusammenhängt. In einigen Staaten sind auch im Gesundheitswesen Entwicklungen auf gesetzgeberischer Ebene zu verzeichnen. Eine Kodifizierung der Fehlerkultur im Sinn eines Meldesystems und ergänzend eines Schutzmechanismus scheint demgegenüber in den anderen hochsicherheitsrelevanten Bereichen nicht stattgefunden zu haben.
- Die im Ausland getroffenen Lösungen regeln im Wesentlichen die Frage der Vertraulichkeit der gemeldeten Informationen, den Informationsaustausch unter den Behörden sowie die Frage der Beachtung des Grundsatzes, wonach sich niemand selbst belasten muss.

5 Fehlerkultur aus Sicht der betroffenen Kreise

5.1 Einleitung

Der zweite Teil der externen Studie ist einer Analyse der Perspektive der betroffenen Kreise gewidmet. Erstes Ziel war die Klärung der Frage, welche Akteurinnen und Akteure in der Schweiz von der Fehlerkultur betroffen sind, und welches ihre Sicht der Dinge ist. Weiter soll die Analyse Aufschluss darüber geben, welche unterschiedlichen Interessen im Spiel sind, und von welcher Seite hauptsächlich das Anliegen geäußert wird, die Fehlerkultur in der Schweiz zu verwirklichen. Die Analyse soll ausserdem die Fragen eruieren, die sich aus der Einführung des Konzepts in der Praxis ergeben, und aufzeigen, wie diese Fragen von den verschiedenen Akteurinnen und Akteuren beantwortet werden. Schliesslich soll sie die Frage klären, wie die Fehlerkultur innerhalb eines Unternehmens umgesetzt wird.

Die Analyse konzentriert sich zur Hauptsache auf nicht staatliche Kreise. Es wurden verschiedene Interviews geführt mit Vertreterinnen und Vertretern aus den Bereichen Zivilluftfahrt (einschliesslich Flughäfen), Militärluftfahrt, Gesundheit, Eisenbahnen, Seilbahnen und Kernenergie.

5.2 Handlungsfelder aus Sicht der betroffenen Kreise

5.2.1 Abhängigkeit externer Meldestellen

Die Frage der Unabhängigkeit der externen Meldestelle⁸⁰ wird in den einzelnen hochsicherheitsrelevanten Bereichen unterschiedlich beurteilt. Aus Sicht der betroffenen Kreise der Zivilluftfahrt ist die Frage einer klaren Trennung zwischen Aufsichtsbehörde und Meldestelle von zentraler Bedeutung. Für die Bereiche der Kernenergie, der Eisenbahnen und der Seilbahnen sind die Meinungen nicht einheitlich. Statt auf eine klare Trennung zwischen Meldestelle und Aufsichtsbehörde zu setzen, legen die betroffenen Kreise den Akzent vor allem darauf, dass der Aufsichtsbehörde ein Ermessensspielraum eingeräumt wird, der es ihr erlaubt, in leichten Fällen von einer Anzeige oder Bestrafung abzusehen.

Nach Ansicht der befragten Kreise sollte die externe Meldestelle auch sicherstellen, dass auf eingegangene Meldungen eine Rückmeldung erfolgt, oder dass die Ergebnisse ihrer Untersuchungen regelmässig in einer Form publiziert werden, die die Vertraulichkeit der übermittelten Informationen wahrt.

Nach Ansicht der interessierten Kreise der Zivilluftfahrt sollte die externe Meldestelle überdies folgende Anforderungen erfüllen: Sie sollte unabhängig sein, über die notwendigen Fachkenntnisse verfügen und Garant sein für ein Verhältnis absoluten Vertrauens. Deshalb sollte sie, wie oben erwähnt, von der Aufsichtsbehörde strikt getrennt sein oder zumindest intern eine klare Trennung zwischen Meldeverfahren und Aufsichtstätigkeit sicherstellen. Anonyme Meldungen sollten möglich sein; der Prozess sollte transparent geführt werden, mit der Möglichkeit, die Entscheide anzufechten. Schliesslich sollte die Meldestelle sich zum Ziel setzen, gewonnene Erkenntnisse zusammenzustellen und zu verbreiten, um so den eigenen Sinn und Nutzen sichtbar zu machen.

5.2.2 Abgrenzung der Fehlerkultur im Strafrecht

Aus der externen Studie geht hervor, dass die Angst vor verwaltungs-, disziplinar- oder strafrechtlichen Folgen einer Meldung für die befragten betroffenen Kreise ein zentrales Thema ist. Nach Auffassung insbesondere von Kreisen der Zivilluftfahrt müsste ein Mechanismus zum Schutz der in den (internen und externen) Meldesystemen enthaltenen Informationen

⁸⁰ Die externe Studie verwendet diesen Begriff, um die vom Unternehmen eingerichtete unternehmensinterne Meldestelle von der unternehmensexternen Meldestelle abzugrenzen, die in den meisten der im vorliegenden Bericht untersuchten Bereiche ein staatliches Organ ist.

vorgesehen werden, um zu verhindern, dass diese in einem Verwaltungs-, Disziplinar- oder Strafverfahren verwendet werden. Die Vertraulichkeit dieser Informationen sollte gewährleistet sein, weil sich ein mangelnder Schutz negativ auf die Meldesysteme auswirkt.

Eine grosse Mehrheit der betroffenen Kreise schlägt denn auch vor, eine gesetzliche Grundlage zu schaffen, die solche Schutzmechanismen vorsieht. Die Regelung würde nur Verhaltensweisen schützen, die als akzeptabel angesehen werden, aber nicht vorsätzliches oder grob fahrlässiges Verhalten. Bei akzeptablen Verhaltensweisen sei, so die Ansicht der betroffenen Kreise, ein potenzieller Sicherheitsgewinn für die Allgemeinheit der Verfolgung der Personen, die den Fehler gemeldet haben, vorzuziehen.

5.2.3 Einordnung von Tatbeständen in Bezug zu den Grenzen der Fehlerkultur

Wie erwähnt (s. Ziff. 5.2.2), toleriert die Fehlerkultur kein vorsätzliches oder grob fahrlässiges Verhalten. In solchen Fällen will das Konzept auch sicherstellen, dass die jeweiligen Täterinnen und Täter für ihre Handlungen zur Verantwortung gezogen werden. Die Untersuchung bei den betroffenen Kreisen zeigt allerdings, dass die Abgrenzung zwischen noch akzeptablen und nicht mehr akzeptablen Fehlern Schwierigkeiten bereitet. Das gilt insbesondere in Fällen wiederholter leichter Fahrlässigkeit und bei der Qualifikation eines Verhaltens als leicht oder grob fahrlässig. Laut der externen Studie ergibt sich daraus ein implizites Bedürfnis nach entsprechenden Handlungsrichtlinien. Die Schweizer Luftwaffe hat beispielsweise einen Leitfaden ausgearbeitet, der Abgrenzungskriterien enthält. Nach Ansicht verschiedener betroffener Kreise sollten solche Kriterien durch eine unabhängige, von der Aufsichtsbehörde getrennte (vgl. Ziff. 5.2.1 zur externen Meldestelle) und nicht dem Disziplinarweg unterstellte Meldestelle definiert werden.

5.2.4 Finanzierung von Meldesystemen

Die bei den betroffenen Kreisen durchgeführte Analyse zeigt schliesslich, dass die Einrichtung eines internen Meldesystems namentlich aus Sicht der Vertreterinnen und Vertreter der Flughäfen, aber auch der Bereiche Zivilluftfahrt, Kernenergie und Eisenbahnen, einen gewissen administrativen Aufwand verursacht, v. a. für kleinere Unternehmen. Damit stellt sich die Frage nach der Finanzierung solcher Systeme.

5.3 Zwischenfazit

Aus der Analyse ergibt sich insbesondere Folgendes:

- Den befragten Kreisen zufolge besteht ein Bedürfnis, das Konzept der Fehlerkultur im schweizerischen Recht verstärkt umzusetzen, insbesondere was die Vertraulichkeit der in einem Meldeverfahren übermittelten Informationen, deren Schutz vor Verwendung in einem Gerichtsverfahren und den Schutz vor den rechtlichen Konsequenzen einer Meldung betrifft.
- Diese verschiedenen Schutzmechanismen dürfen bei inakzeptablen Verhaltensweisen, insbesondere bei vorsätzlichem oder grob fahrlässigem Verhalten, nicht zur Anwendung kommen; die Abgrenzung ist in der Praxis allerdings schwierig.
- Bei der Umsetzung der Fehlerkultur spielt die Meldestelle eine wesentliche Rolle. Es ist von grundlegender Bedeutung, dass die übermittelten Informationen analysiert und die Ergebnisse dieser Analyse nach aussen kommuniziert werden, in einer Form, welche die Vertraulichkeit der Informationen wahrt.
- Für die Zivilluftfahrt ist die Frage einer klaren Trennung zwischen externer Meldestelle und Aufsichtsbehörde von zentraler Bedeutung; in den anderen Bereichen liegt der Akzent hauptsächlich darauf, dass der Aufsichtsbehörde ein Ermessensspielraum eingeräumt

wird, der es ihr erlaubt, in leichten Fällen von einer Anzeige oder Bestrafung abzusehen.

- Die Einrichtung eines internen Meldesystems kann mit beträchtlichem Aufwand verbunden sein, gerade in kleineren Unternehmen.

6 Beurteilung des Bundesrates

6.1 Im Allgemeinen

Fehler in hochsicherheitsrelevanten Bereichen zu vermeiden, ist für den Bundesrat ein wichtiges Ziel. Aus Fehlern zu lernen ermöglicht, die Qualität der Systeme laufend zu verbessern und die Sicherheit effizient und präventiv zu erhöhen. Es ist deshalb von grundlegender Bedeutung, dass bestimmte Ereignisse, die sich auf die Sicherheit auswirken können, an die zuständigen Stellen gemeldet und von diesen analysiert werden, um die erforderlichen Präventivmassnahmen zu ergreifen. Es besteht demnach ein öffentliches Interesse an einem gut funktionierenden Meldesystem. Hier kann die Einführung einer Fehlerkultur dazu beitragen, die Sicherheit zu verbessern.

Nach Ansicht des Bundesrates darf die Fehlerkultur jedoch nicht in einen Gegensatz zu straf-, zivil oder verwaltungsrechtlichen Verfahren gestellt werden. Wurden elementare Regeln verletzt und bestand eine ernsthafte Bedrohung für bedeutende Rechtsgüter, kann die Wiederherstellung des rechtskonformen Zustands oder ein angemessener Ersatz des Schadens traditionellerweise nicht ohne Gerichtsverfahren bewerkstelligt werden. Verantwortlichkeiten zuzuweisen und Rechtsnormen rechtsgleich anzuwenden (z. B. eine gleichmässige Durchsetzung des staatlichen Strafanspruchs) sind mit anderen Worten wesentliche Voraussetzungen für das Funktionieren von Staat und Gesellschaft. Darüber hinaus ist darauf zu achten, dass das Rechtssystem, das auf gesetzlichen oder vertraglichen Rechten und Pflichten beruht, nicht geschwächt wird, unabhängig davon, um welches Rechtsgebiet es sich handelt (Straf-, Zivil- oder Verwaltungsrecht). Diese Rechte und Pflichten und die mit ihnen verbundenen Sanktionen dienen dazu, dass jeder seine Verantwortung kennt und sich ihrer bewusst ist und sich auf diese Weise auch bemüht, Fehler so weit wie möglich zu vermeiden. Das Recht hat damit auch eine präventive Funktion.

In diesem Zusammenhang ist daran zu erinnern, dass Strafbestimmungen gemäss dem Ultima-Ratio-Gedanken das letzte Mittel sind, um den Schutz hochwertiger Rechtsgüter abzusichern. Die Pönalisierung von fahrlässigen Pflichtverletzungen sollte deshalb bei Gesetzgebungsvorhaben hinsichtlich ihrer Auswirkungen auf eine positive Fehlerkultur genau geprüft werden. Durch einen Verzicht auf Pönalisierung kann sich ein grösserer Anreiz für das Melden von Fehlern ergeben, als durch das (oft fragwürdige) Absichern von Pflichten durch Strafrecht.

Nach Ansicht des Bundesrates ist es wichtig, angemessene und ausgewogene Lösungen zu finden, die diesen Aspekten Rechnung tragen. Es muss sichergestellt werden, dass die zuständigen Behörden möglichst viele Meldungen erhalten und diese dann bearbeiten. Auf diese Weise kann das Ziel, die Sicherheit wirksam und vorbeugend zu erhöhen, erreicht werden. Gleichzeitig ist das Interesse der Geschädigten, Ersatz für den erlittenen Schaden zu erhalten, im Auge zu behalten.

Wie unter Ziffer 2.2 erwähnt, setzt die Umsetzung der Fehlerkultur in den hochsicherheitsrelevanten Bereichen zunächst voraus, dass sicherheitsrelevante Ereignisse von den verschiedenen Akteurinnen und Akteuren an eine bestimmte (interne oder externe) Stelle gemeldet und von dieser ausgewertet werden, um so die Grundvoraussetzung zu schaffen, aus vergangenen Fehlern Lehren für die Zukunft ziehen zu können. Der Gesetzgeber kann also dazu bei-

tragen, eine Fehlerkultur zu verwirklichen, indem er ein Meldesystem für sicherheitsrelevante Ereignisse vorsieht und, parallel dazu, angemessene und ausgewogene Schutzmechanismen schafft für die Personen, die ihre Fehler melden oder die von einer Meldung betroffen sind. Die Prüfung der Rechtslage in der Schweiz zeigt, dass solche Regelungen in gewissen Bereichen bereits bestehen, namentlich in der Zivilluftfahrt und im Lebensmittelbereich (s. Ziff. 3.2). Der Bundesrat nimmt zur Kenntnis, dass in den betroffenen Kreisen ein Bedürfnis besteht, den Gedanken der Fehlerkultur in den verschiedenen hochsicherheitsrelevanten Bereichen in grösserem Umfang als bisher umzusetzen.

Aufgrund der Analyse der Rechtslage in der Schweiz lässt sich weiter feststellen, dass im Allgemeinen sachgerechte Lösungen gefunden wurden, um die systematische Meldung sicherheitsrelevanter Ereignisse zu gewährleisten. Die Analyse zeigt aber auch, dass die Meldesysteme in den verschiedenen Bereichen nicht einheitlich geregelt sind (s. Ziff. 3.4). Während der Bereich der Zivilluftfahrt eine detaillierte Regelung kennt (Modell 1), gibt es in anderen Bereichen nur partielle oder gar keine gesetzliche Regelung (Modelle 3 und 4). Die Unterschiede betreffen namentlich die Art der Meldung (anonym oder persönlich), die meldepflichtigen Ereignisse (alle Ereignisse oder nur kleinere Zwischenfälle) sowie die Adressaten der Meldungen (z. B. organisationsinterne Meldestelle im Gesundheitswesen, unabhängige Meldestelle bei der Aufsichtsbehörde in der Zivilluftfahrt usw.). Diesen bereichsspezifischen Merkmalen sollte Rechnung getragen werden, wenn es darum geht, allfällige Schutzmechanismen einzurichten.

Nach Ansicht des Bundesrates haben diese Unterschiede zur Folge, dass die Idee der Fehlerkultur nicht, wie es das Postulat verlangt, als generelles und bereichsübergreifendes Prinzip in das Rechtssystem eingeführt werden kann. Das Meldesystem sollte, wo nötig, sektoriell geregelt werden, zusammen mit einem angemessenen, ausgewogenen und an die Besonderheiten des jeweiligen Bereichs angepassten Schutzmechanismus.

Für den Bundesrat ist von zentraler Bedeutung, dass neben den gesetzlichen Grundlagen, welche die Einführung einer Fehlerkultur regeln, eine solche Kultur auch in den Unternehmen praktiziert wird. Fehlerkultur zu verwirklichen, liegt auch in ihrer Verantwortung, denn sie sind es, die in erster Linie für die Behandlung und Vermeidung von Fehlern verantwortlich sind.

Was die Rechtslage im Ausland betrifft, hält der Bundesrat fest, dass die Fehlerkultur auch in den Staaten, die im Rahmen der externen Studie untersucht wurden, thematisiert wird. Wie in der Schweiz ist das Konzept in der Zivilluftfahrt am weitesten entwickelt, was vor allem auf das EU-Recht zurückzuführen ist. Auch im Gesundheitsbereich sind in verschiedenen Staaten Entwicklungen der Gesetzgebung zu verzeichnen. In anderen hochsicherheitsrelevanten Bereichen scheint eine Kodifizierung der Fehlerkultur dagegen nicht stattgefunden zu haben.

Die ausländischen Lösungen sind im Wesentlichen bereichsspezifisch. Sie betreffen hauptsächlich die Frage der Vertraulichkeit der gemeldeten Informationen, den Informationsaustausch zwischen den Behörden sowie die Beachtung des Grundsatzes, sich nicht selbst zu belasten zu müssen. Diese Herangehensweise zeigt Analogien zu dem in der Schweiz verfolgten Ansatz.

Schliesslich stellt der Bundesrat fest, dass keiner der untersuchten Staaten die Idee der Fehlerkultur generell und bereichsübergreifend verwirklicht hat. Die gleiche Einschränkung gilt in Bezug auf einen Schutzmechanismus, der die Möglichkeit vorsehen würde, auf eine Strafverfolgung oder Bestrafung von Personen zu verzichten, die sicherheitsrelevante Ereignisse gemeldet haben.

Vor diesem Hintergrund werden in den folgenden Kapiteln die Optionen analysiert, mit denen die Fehlerkultur im schweizerischen Recht verstärkt umgesetzt werden kann. Für jede Option wird zunächst geprüft, ob und inwieweit die bestehenden Rechtsgrundlagen geeignet sind, die Umsetzung zu begünstigen. Wo das geltende Recht keinen Schutzmechanismus vorsieht, werden die möglichen Alternativen für den Gesetzgeber aufgezeigt und bewertet. Die Analyse bezieht auch die wesentlichen Gesichtspunkte mit ein, die von den betroffenen Kreisen vorgebracht wurden (vgl. Ziff. 5.3).

6.2 Strafrechtliches Legalitätsprinzip und Verfolgungszwang

Der Gesetzgeber setzt oft auf das Strafrecht, um gesellschaftliche Probleme zu lösen (s. auch oben Ziff. 2.3.2).⁸¹ Dies gilt auch für das öffentliche Recht: Verwaltungsrechtliche Pflichten werden zuweilen nicht nur mit aufsichtsrechtlichen Instrumenten (z. B. Entzug von Bewilligungen), sondern auch mit Strafrecht abgesichert (bzw. indirekt durchgesetzt). Die Verletzung von verwaltungsrechtlichen Pflichten ist regelmässig nicht nur bei Vorsatz, sondern auch bei Fahrlässigkeit strafbar.⁸²

Fehler gibt niemand gerne zu. Muss die fehlbare Person zudem mit Bestrafung rechnen, ist der Anreiz klein, eigenes Fehlverhalten zu melden.⁸³ Strafbestimmungen können deshalb dem Anliegen der Fehlerkultur im Weg stehen.

Artikel 7 der StPO verpflichtet die Strafbehörden, ein Verfahren einzuleiten und durchzuführen, wenn ihnen Straftaten oder auf Straftaten hinweisende Verdachtsgründe bekannt werden.

Dieses sog. strafprozessuale Legalitätsprinzip ist das rechtsstaatliche Kernelement für die verfassungsmässige (insb. nicht willkürliche) Ausübung staatlicher Strafgewalt.⁸⁴ Es bezweckt die rechtsgleiche Durchsetzung des materiellen Strafrechts: Mit Strafe bedrohtes Verhalten soll für alle Personen gleichermassen Strafverfolgung und Sanktion zur Folge haben. Ausnahmen vom Verfolgungszwang müssen sich auf eine besondere gesetzliche Grundlage stützen (Art. 8 StPO). Das Legalitätsprinzip gilt auch im Verwaltungsstrafrecht.⁸⁵

Obwohl das Legalitätsprinzip eine grundlegende Prämisse des Strafverfahrens bildet, gilt es nicht uneingeschränkt. Es kann gemäss Artikel 8 StPO ausnahmsweise durchbrochen werden. Bei den Ausnahmen vom Legalitätsprinzip geht es klassischerweise darum, bei Bagatelldelikten die Ressourcen der notorisch überlasteten Strafbehörden zu schonen.⁸⁶ Im Kontext der Fehlerkultur kann noch ein anderer Aspekt ins Spiel kommen: die Gewährleistung eines funktionierenden Meldesystems.

⁸¹ Siehe aktuell den Entwurf vom 12. Oktober 2022 zu einem Bundesgesetz über das Verbot der Verhüllung des Gesichts (in Umsetzung von Art. 10a BV).

⁸² Statt vieler siehe Botschaft und Entwurf vom 24. August 2022 zum Bundesgesetz über den Allgemeinen Teil der Abgabenerhebung und die Kontrolle des grenzüberschreitenden Waren- und Personenverkehrs durch das Bundesamt für Zoll und Grenzsicherheit (BAZG-Vollzugsaufgaben-gesetz, BAZG-VG) sowie zur Totalrevision des Zollgesetzes (ZG) und zum neuen Zollabgabengesetz (ZoG).

⁸³ Das Strafrecht anerkennt die Unzumutbarkeit, sich dem Staat zwecks Bestrafung selber auszuliefern und dabei mitwirken zu müssen. Aus diesem Grund ist die Selbstbegünstigung grundsätzlich straflos (vgl. Art. 305 StGB, der nur die Fremdbegünstigung unter Strafe stellt), und die Mitwirkungsfreiheit (*nemo tenetur se ipsum accusare vel prodere*) ist ein zentraler strafprozessualer Grundsatz (Art. 113 Abs. 1 StPO).

⁸⁴ Jonas Achermann / Friedrich Frank, in: Friedrich Frank et al. (Hrsg.), Basler Kommentar Verwaltungsstrafrecht, Basel 2020, Art. 2 N 5.

⁸⁵ Jonas Achermann / Friedrich Frank, in: Friedrich Frank et al. (Hrsg.), Basler Kommentar Verwaltungsstrafrecht, Basel 2020, Art. 2 N 9 ff.

⁸⁶ Siehe BSK StPO-Fiolka/Riedo, Art. 8 StPO N 61 und BSK StGB-Riklin, Vor Art. 52–55 N 23 und BSK StGB-Riklin, Art. 52 N 13a.

Näher zu beleuchten sind im Folgenden die gesetzlich vorgesehenen Ausnahmen vom strafprozessualen Legalitätsprinzip in den Artikeln 52 und 53 StGB sowie in einzelnen Spezialergänzungen (Art. 20 Abs. 2 LFG i. V. m. Art. 77d Abs. 4 LFV).

6.2.1 Fehlendes Strafbedürfnis nach Artikel 52 StGB

Schon vor 50 Jahren herrschte Unbehagen über die zunehmende Kriminalisierung fahrlässiger Verhaltensweisen, damals insb. im Strassenverkehr.⁸⁷ Bei Bagatellen sollte deshalb eine Ausnahme vom strengen Strafverfolgungszwang⁸⁸ gelten. Bei fahrlässigem Verhalten ist es oft eine Frage des Zufalls und nicht des Verschuldens, ob ein Schaden eintritt bzw. ob dieser gross oder klein ist. Für die ausnahmsweise Strafbefreiung wegen des Bagatelldeliktcharakters eines Delikts stellte der Vorentwurf von 1993⁸⁹ zur Änderung des StGB deshalb nicht auf die Tatfolgen, sondern auf das Unrecht der Tat bzw. die Schuld der Täterin oder des Täters ab. Dieser Vorschlag stiess im Vernehmlassungsverfahren auf Widerstand: Es wurde kritisiert, dass damit die Interessen des Opfers nicht ausreichend berücksichtigt würden.⁹⁰ Artikel 52 StGB sieht nun vor, dass die zuständige Behörde von einer Strafverfolgung, einer Überweisung an das Gericht oder einer Bestrafung absehen kann, wenn Schuld *und* Tatfolgen geringfügig sind. Das schränkt den Anwendungsbereich erheblich ein. Diese Regelung gilt auch für das Nebenstrafrecht (Art. 333 Abs. 1 StGB).

Artikel 52 StGB dient nicht dazu, bestimmte Bagatelldelikte generell von der Strafverfolgung auszunehmen. Der Massstab ist vielmehr relativ: Es ist ein Quervergleich zu typischen, unter dieselbe Gesetzesbestimmung fallenden strafbaren Handlungen insgesamt anzustellen – vom Verschulden wie den Tatfolgen her. Artikel 52 StGB darf nur dann angewendet werden, wenn Verschulden und Tatfolgen unerheblich erscheinen oder deutlich weniger schwer wiegen.⁹¹ Schwerwiegende Folgen wie der Tod eines Menschen oder eine schwere Körperverletzung schliessen die Anwendung von Artikel 52 StGB aus.⁹² In der Lehre wird zudem teilweise gefordert, die Strafbefreiung sei auf Delikte zu beschränken, an deren Ahndung mit Blick auf mögliche Strafzwecke keinerlei öffentliches Interesse bestehe.⁹³

Das Nachtatverhalten ist auch bei Strafbefreiung nach Artikel 52 StGB zu berücksichtigen: Meldet eine Täterin oder ein Täter freiwillig eine Widerhandlung und kooperiert sie bzw. er mit den Behörden, kommt ihr bzw. ihm dies bei der Bemessung des Verschuldens zu Gute.⁹⁴ Anders liegt der Fall, wenn eine Meldepflicht besteht.

Die Strafbefreiung ist in jeder Phase des Verfahrens möglich: Bereits bei Vorliegen eines Verdachts kann (aus Opportunität) die Nichtanhandnahme oder nach Eröffnung der Untersuchung die Einstellung verfügt werden. Das Gericht kann weiter im Hauptverfahren zwar einen Schuldspruch erlassen, aber nach Artikel 52 StGB von einer Bestrafung absehen.⁹⁵ Bei einer

⁸⁷ Allgemein zur tendenziellen Überdehnung des Strafschutzes im Nebenstrafrecht BSK StGB-Niggli / Maeder, Art. 12 N 20 f. m. w. N.

⁸⁸ Dazu Ziff. 6.2.

⁸⁹ Bericht und Vorentwürfe der Expertenkommission zum Allgemeinen Teil und zum Dritten Buch des StGB und zu einem Bundesgesetz über die Jugendstrafrechtspflege, Bern 1993.

⁹⁰ Zum Ganzen BSK StGB-Riklin, Art. 52 N 6 und 19 m. w. H.

⁹¹ Siehe Botschaft zur Änderung des Schweizerischen Strafgesetzbuches (Allgemeine Bestimmungen, Einführung und Anwendung des Gesetzes) und des Militärstrafgesetzes sowie zu einem Bundesgesetz über das Jugendstrafrecht vom 21. September 1998, BBl 1999 II 2066, 2064; BGE 138 IV 13 E. 9 (Nacktwanderer); BSK StGB-Riklin, Art. 52 N 21 f.

⁹² BSK StGB-Riklin, Art. 52 N 19.

⁹³ Siehe BSK StGB-Riklin, Art. 52 N 26 m. w. H.

⁹⁴ BSK StGB-Riklin, Art. 52 N 15.

⁹⁵ BSK StGB-Riklin, vor Art. 52–55 N 26 f und 30 f.

Verfahrenseinstellung oder Nichtanhandnahme können Geschädigte ein Rechtsmittel einlegen.⁹⁶ Wenn über die Anwendung von Artikel 52 StGB zu entscheiden ist, erhalten die Staatsanwaltschaft oder das Gericht notwendigerweise Kenntnis von einer möglicherweise strafbaren Handlung. Die Eröffnung mindestens eines Vorverfahrens (Art. 299 ff. StPO) ist also die Regel.⁹⁷ Verfolgt man den Ansatz, dass bereits die Einleitung eines Strafverfahrens die Fehlerkultur beeinträchtigt, genügt die Regelung von Artikel 52 StGB den Anforderungen an die Fehlerkultur nicht.

Vereinzelte wird aus der Fachliteratur vorgeschlagen, im StGB eine allgemeine Bestimmung zur Förderung einer positiven Fehlerkultur zu schaffen.⁹⁸ Eine solche neue Bestimmung könnte beispielsweise vorsehen, dass auf jegliche Strafsanktion verzichtet wird, wenn der Staat nur im Rahmen eines obligatorischen Meldeverfahrens von einem Fall Kenntnis erlangt hat, das Verschulden leicht ist (z. B. bei Fahrlässigkeit) und die Folgen der Tat geringfügig sind (insbesondere, wenn kein Personenschaden entstanden ist).

Die Einführung einer solchen Bestimmung erscheint aus folgenden Gründen problematisch:

- Die Bestimmung steht in einem Spannungsverhältnis mit der gleichmässigen Durchsetzung des staatlichen Strafanspruchs und dem Gebot der rechtsgleichen Behandlung in der Strafverfolgung. In risikoträchtigen Bereichen wie z. B. im Strassenverkehr, in denen keine Meldepflichten bestehen wie etwa in der Aviatik, würde dies dazu führen, dass z. B. Buschauffeurinnen und Buschauffeure strafrechtlich schlechter gestellt wären als Pilotinnen und Piloten. Eine solche Ungleichbehandlung wäre kaum zu rechtfertigen.
- Es scheint auch nicht gerechtfertigt, eine weitere Ausnahme vom strafprozessualen Legalitätsprinzip und der Verfolgungspflicht zu schaffen: Strafrechtlich relevante Verhaltensweisen müssen für alle Personen gleichermassen zur Verfolgung und Bestrafung führen, unabhängig davon, welcher Bereich betroffen ist. Zudem erlaubt bereits das geltende Recht (Art. 52 StGB) den Verzicht auf eine Strafverfolgung, wenn Schuld und Tatfolgen geringfügig sind.
- Weiter stellt sich die Frage, ob die Anwendung einer solchen Bestimmung auf die Hochsicherheitsbereiche beschränkt werden sollte (oder auf alle Bereiche auszudehnen wäre, die Meldepflichten vorsehen, z. B. den Finanzsektor). Es könnte sich als schwierig erweisen, eine entsprechende Einschränkung zu rechtfertigen.
- Schliesslich ist darauf hinzuweisen, dass keiner der im Rahmen der externen Studie untersuchten Staaten einen allgemeinen Schutzmechanismus eingeführt hat, der die Möglichkeit vorsehen würde, auf eine Strafverfolgung oder Bestrafung von Personen zu verzichten, die sicherheitsrelevante Ereignisse gemeldet haben.

Aus diesen Gründen scheint die Ergänzung oder Änderung der allgemeinen Regel zur Strafbefreiung im StGB für die partikulären Zwecke der Fehlerkultur insgesamt nicht angemessen.

⁹⁶ Art. 322 Abs. 2, Art. 382 und 393 ff. StPO.

⁹⁷ BSK StGB-Riklin, vor Art. 52–55 N 24.

⁹⁸ Siehe etwa Corinna Bleienheuft / Peter Wysk, Strafverfolgung von Lotsen und Verwertung von Erkenntnissen der Unfalluntersuchungsstellen, Zeitschrift für Luft- und Weltraumrecht 2019, S. 543 ff., 561; so auch Peter Müller, Just Culture, S. 764; ablehnend Raphael Widmer-Kaufmann, Die Flugunfalluntersuchung nach schweizerischem Recht, St. Gallen 2021, S. 612.

6.2.2 Wiedergutmachung nach Artikel 53 StGB

Bei Artikel 53 StGB handelt es sich teilweise um eine Opportunitätsregelung, teilweise aber auch um einen Strafmilderungs- bzw. Strafaufhebungsgrund.⁹⁹ Das Ziel ist, dass der Rechtsfrieden als wiederhergestellt erscheint.¹⁰⁰ Die Anwendung von Artikel 53 StGB ist im medizinischen Bereich ohne weiteres denkbar, wenn die behandelnde Person einen Patienten oder eine Patientin durch eine Sorgfaltswidrigkeit geschädigt hat und sie diesen Schaden ersetzt hat.

Will man Artikel 53 StGB auf die Verletzung oder Gefährdung von Kollektivrechtsgütern anwenden, ist bei der Beurteilung der öffentlichen Strafverfolgungsinteressen unter anderem die Tätergleichbehandlung zu beachten und nach dem geschützten Rechtsgut zu unterscheiden. Daraus wird eine rechtsgutspezifische Wiedergutmachung abgeleitet. Bei Delikten gegen die Allgemeinheit ist daher nur bei besonderen Fallgruppen eine Wiedergutmachung denkbar.¹⁰¹

Die Meldung der Täterin oder des Täters als einen Beitrag zu einem zukünftig (eventuell) sichereren Umgang mit ähnlichen Situationen scheint als Wiedergutmachung nicht ausreichend, insbesondere, wenn die Täterin oder der Täter zur Meldung verpflichtet ist.¹⁰² Auch die Verbesserung des Fehlermanagements als solchem kann der Täterin oder dem Täter nicht als Wiedergutmachung angerechnet werden: Solche Verbesserungen werden selten von der Täterin oder vom Täter selber implementiert, sondern vom Management. Sie oder er erbringt dabei somit keine angemessene Wiedergutmachungsleistung.¹⁰³

Die Anwendung von Artikel 53 StGB ist in der Fehlerkultur nicht zielführend und unpassend:

- Diese Bestimmung bietet keine Gewähr dafür, dass strafrechtliche Konsequenzen für die meldende Person ausbleiben. Geht man davon aus, dass bereits die Einleitung eines Strafverfahrens eine positive Fehlerkultur beeinträchtigt, genügt die Regelung von Artikel 53 StGB solchen Anforderungen nicht. Die Wiedergutmachung nach Artikel 53 StGB setzt zudem ein Geständnis voraus.¹⁰⁴
- Unter dem Titel «Wiedergutmachung» Leistungen zu honorieren, die das Verhindern von strafbaren Zwischenfällen in der Zukunft zum Ziel haben, vermögen aus einer grammatikalischen und teleologischen Sicht nicht zu überzeugen. Wiedergutmachung will an einem Opfer begangenes Unrecht wiedergutmachen und nicht Fehler in der Zukunft zu Gunsten der Allgemeinheit verhindern.

Gesamthaft betrachtet erscheint aus den gleichen Gründen eine Anpassung von Artikel 53 StGB weder opportun noch zweckmässig, um das Anliegen der Fehlerkultur zu fördern.

⁹⁹ BGE 135 IV 27, E. 2.3.

¹⁰⁰ Dazu Botschaft zur Änderung des Schweizerischen Strafgesetzbuches (Allgemeine Bestimmungen, Einführung und Anwendung des Gesetzes) und des Militärstrafgesetzes sowie zu einem Bundesgesetz über das Jugendstrafrecht vom 21. September 1998, BBl 1999 II 2066, 2064.

¹⁰¹ Vgl. zum Ganzen Felix Bommer, Bemerkungen zur Wiedergutmachung, *forumpoenale* 2008, S. 174; Rainer Angst / Hans Maurer, «Das Interesse der Öffentlichkeit» gemäss Art. 53 lit. b StGB – Versuch einer Konkretisierung, *forumpoenale* 2008, S. 374 f.; BSK StGB-Riklin, Art. 53 N 29; BGE 135 IV 12 E. 3.4.3.

¹⁰² Das Dilemma, einen strafbaren Fehler unter Strafandrohung zu melden, wird prozessual durch die Gewährleistung der Mitwirkungsfreiheit aufgelöst, dazu Ziff. 6.4.

¹⁰³ Dazu Jürg-Beat Ackermann / Reto Weilenmann, Wiedergutmachung (Art. 53 StGB) – „Freikauf“ oder Anreiz zum Fehlermanagement? in: Ackermann/Hilf (Hrsg.), *Kurzer Prozess, zu kurzer Prozess im Wirtschaftsstrafverfahren*, Zürich 2019, S. 29 ff., 48 und BSK StGB-Riklin, Art. 53 N 18.

¹⁰⁴ BSK StGB-Riklin, Art. 53 N 32.

6.2.3 Spezialgesetzliche Aufhebung des Verfolgungszwangs

Einige Behörden, wie zum Beispiel das BAZL im Bereich der Zivilluftfahrt und das ENSI im Bereich der Kernenergie, sind gleichzeitig Meldestelle, Aufsichtsbehörde und Verwaltungsbehörde, die für die Verfolgung bestimmter Straftaten zuständig ist. Das bedeutet auch, dass sie verpflichtet sind, ein Verwaltungsstrafverfahren zu eröffnen, wenn sie eine Meldung über sicherheitsrelevante Ereignisse erhalten. Aus diesem Grund hatte eine die Zivilluftfahrt betreffende parlamentarische Initiative vorgeschlagen, dass die Behörde unter bestimmten Voraussetzungen auf eine Strafverfolgung verzichtet.¹⁰⁵

Wie oben dargelegt (s. Ziff. 6.2), ist das Legalitätsprinzip ein rechtsstaatliches Kernelement bei der Strafverfolgung. Es darf nur in besonderen, gesetzlich definierten Fällen durchbrochen werden.

Die einzige Ausnahme, die das schweizerische Recht in hochsicherheitsrelevanten Bereichen vorsieht, findet sich in der Gesetzgebung über die Zivilluftfahrt. Hier sind die Angehörigen der internen Meldestelle von der Verfolgungspflicht i. S. von Artikel 7 StPO entbunden (vgl. Art. 20 Abs. 2 LFG i. V. m. Art. 77d Abs. 4 LFV)¹⁰⁶. Anzumerken ist, dass das nationale Recht keinen Vorbehalt für vorsätzliches oder grobfahrlässiges Verhalten macht und insofern über den Minimalstandard von Artikel 16 Absatz 10 der Verordnung (EU) Nr. 376/2014 hinausgeht.

Bei der Regelung in der Aviatik handelt es sich um einen Sonderfall, der der Umsetzung der europarechtlichen Verpflichtung aus Artikel 16 der Verordnung Nr. 376/2014 bzw. mit Blick auf die Besonderheiten der Luftfahrt geschuldet ist. Diese Regelung ist auch vor dem Hintergrund zu sehen, dass im Zuge der Umsetzung des EU-Rechts¹⁰⁷ sehr viele Strafbestimmungen eingeführt worden sind.¹⁰⁸

Die Frage, ob eine Ausnahme von der Strafverfolgungspflicht vorgesehen werden kann, die spezifisch im Verwaltungsstrafrecht (und somit, unter anderem, in gewissen hochsicherheitsrelevanten Bereichen) Anwendung finden würde, wird derzeit vom BJ im Rahmen der Umsetzung der Motion Caroni 14.4122 «Für ein modernes Verwaltungsstrafrecht» geprüft. Entgegen der Argumentation unter Ziffer 6.2.1 ist eine solche Prüfung insbesondere deshalb gerechtfertigt, weil Artikel 52 StGB nicht wirklich an das Verwaltungsstrafrecht angepasst ist. Verwaltungsstrafsachen, beispielsweise Straftaten im Steuerbereich, im Bereich des Finanzmarktrechts oder im Zollbereich, kennen nämlich keine Opfer im eigentlichen Sinn. Daraus ergibt sich, dass eine Ausnahme von der Strafverfolgungspflicht dem möglichen Interesse eines Opfers an einer Strafverfolgung nicht Rechnung tragen müsste.

6.3 Fahrlässige Begehung von Gefährdungsdelikten

Insbesondere in der Aviatik wird kritisiert, dass die vorsätzliche *und* fahrlässige Störung des öffentlichen Verkehrs mit Strafe bedroht ist (Art. 237 StGB) und einer Fehlerkultur im Wege

¹⁰⁵ 19.478 Pa.Iv. Rutz Gregor, Verbesserung der öffentlichen Sicherheit durch Verankerung der Redlichkeitskultur (Ziff. 2).

¹⁰⁶ Nach Art. 77d Abs. 4 LFV sind die Angehörigen der Meldestelle zudem von ihrer Anzeigepflicht i. S. von Art. 22a BPG und Art. 19 VStrR entbunden. Dieser Aspekt wird unter Ziff. 6.6. behandelt.

¹⁰⁷ Vgl. die Verordnung (EG) des Europäischen Parlaments und des Rates Nr. 300/2008 vom 11. März 2008 über gemeinsame Vorschriften für die Sicherheit in der Zivilluftfahrt und zur Aufhebung der Verordnung (EG) Nr. 2320/2002, ABl. L 97 vom 9.4.2008, S. 72, sowie die Durchführungsverordnung (EU) 2015/1998 der Kommission vom 5. Nov. 2015 zur Festlegung detaillierter Massnahmen für die Durchführung der gemeinsamen Grundstandards für die Luftsicherheit, ABl. L 299 vom 14.11.2015, S. 1, die sich unter Ziffer 4 (Luftsicherheit) des Anhangs zum Luftverkehrsabkommen finden.

¹⁰⁸ Siehe etwa Art. 13a der Verordnung des UVEK über Sicherheitsmassnahmen im Luftverkehr [VSL], SR 748.122.

stehe. In einer parlamentarischen Initiative wurde deshalb unter anderem gefordert, die Fahrlässigkeitsstrafbarkeit einzuschränken.¹⁰⁹

Die Strafbarkeit wegen fahrlässigen Pflichtverletzungen ist die Ausnahme von der gesetzlichen generellen Vermutung, dass nur strafbar ist, wer eine Widerhandlung vorsätzlich begeht: fahrlässige Tatbegehungen müssen im Gesetz ausdrücklich geregelt werden (Art. 12 Abs. 1 und Art. 104 StGB). Gemäss Artikel 333 Absatz 7 StGB wird dieser Grundsatz für Übertretungen im Nebenstrafrecht freilich gerade umgedreht. Die damit einhergehende Ausdehnung der Strafbarkeit wird teilweise kritisch beurteilt.¹¹⁰

6.3.1 Störung des öffentlichen Verkehrs nach Artikel 237 f. StGB

Nach Artikel 237 StGB wird bestraft, wer vorsätzlich oder fahrlässig den öffentlichen Verkehr hindert, stört oder gefährdet und dadurch wesentlich Leib und Leben von Menschen in Gefahr bringt. Erfasst ist der Verkehr auf der Strasse¹¹¹, auf dem Wasser oder in der Luft, aber auch auf Skipisten. Für den Eisenbahnverkehr besteht mit Artikel 238 StGB eine analoge Vorschrift, die anders als Artikel 237 StGB auch die Gefahr für fremdes Eigentum erfasst. Beide Bestimmungen setzen die Schaffung einer ernstesten, konkreten Gefahr voraus.¹¹²

Artikel 238 StGB wird mit dem Inkrafttreten¹¹³ der Vorlage 1 des Bundesgesetzes vom 17. Dezember 2021 über die Harmonisierung der Strafraumen¹¹⁴ aufgehoben und in Artikel 237 StGB integriert. Die Alternative «Gefahr für fremdes Eigentum» gilt dann auch für die Störung des Luftverkehrs.

Vorliegend interessiert insbesondere die fahrlässige Störung des Luftverkehrs durch Personen, die eine luftfahrtrechtliche Meldepflicht zu erfüllen haben. Das Bundesgericht hatte in der jüngeren Zeit zwei Fälle zur fahrlässigen Störung des öffentlichen Verkehrs (Art. 237 Abs. 2 StGB) zu beurteilen, in denen jeweils Fluglotsen beschuldigt waren.¹¹⁵ Im ersten Fall wies das Bundesgericht die Beschwerde ab und stützte die Verurteilung zu einer bedingten Geldstrafe von 60 Tagessätzen zu 300 Franken. Im zweiten Fall wurde der Beschuldigte freigesprochen. Aus den Sachverhaltsschilderungen der beiden Urteile ist zu schliessen, dass die betreffenden Fluglotsen offenbar in keinem der beiden Fälle eine Meldung erstattet haben, die strafprozessual die Frage der Verwertbarkeit hätte aufwerfen können.¹¹⁶

Die beiden Fälle wurden medial intensiv begleitet, weil die Luftfahrtbranche die Fehlerkultur durch die Anklage bedroht sah und weitgehende Straffreiheit forderte.¹¹⁷ Beide Urteile wurden insbesondere in der Aviatik kritisiert. Vereinzelt wurde argumentiert, die schweizerischen Jus-

¹⁰⁹ 19.478 Pa.IV. Rutz Gregor, Verbesserung der öffentlichen Sicherheit durch Verankerung der Redlichkeitskultur (Ziff. 1).

¹¹⁰ BSK StGB-Niggli/Maeder, Art. 12 N 20 f. m. w. N. Siehe dazu auch die Medienmitteilung der RK-S vom 22. April 2016 zur Botschaft des BR zum Geldspielgesetz (abrufbar unter www.parlament.ch > Services > News > Die Rechtskommission des Ständerats folgt weitgehend den Vorschlägen des Bundesrats zu einem neuen Geldspielgesetz).

¹¹¹ Der Strassenverkehr ist für den Fahrlässigkeitstatbestand von Art. 237 StGB praktisch irrelevant, weil Art. 90 SVG (SR 741.01) die hier erfassten Gefährdungen weitgehend abdeckt und Art. 237 StGB vorgeht, dazu BSK StGB-Fiolka, Art. 237 N 4.

¹¹² BGE 71 IV 100 und BSK StGB-Fiolka, Art. 237 N 17.

¹¹³ Der Zeitpunkt des Inkrafttretens ist noch nicht bestimmt.

¹¹⁴ BBl 2021 2997

¹¹⁵ Urteil 6B_1220/2018 vom 27. Juni 2019 und Urteil 6B_332/2019 vom 29. Oktober 2019.

¹¹⁶ So auch Heinrich Hempel, Strafbarkeit von Fluglotsen wegen Störung des öffentlichen Verkehrs nach schweizerischem Recht, Zeitschrift für Luft- und Weltraumrecht 1/2020, S. 29 ff., 46.

¹¹⁷ Siehe etwa NZZ vom 5.9.2018, Weshalb ein Zürcher Fluglotse vor Gericht steht, obwohl niemand zu Schaden kam, und NZZ vom 12.7.2019, Die Forderung der Lotsen nach Straffreiheit geht zu weit, beide abrufbar unter www.nzz.ch.

tizbehörden dürften innerstaatliche Regeln, die den EU-Regeln zur Vertraulichkeit der technischen Untersuchung widersprechen, gar nicht anwenden.¹¹⁸ Auch die kriminalpolitische Notwendigkeit von Artikel 237 StGB wurde zur Diskussion gestellt.¹¹⁹

Die Delikte gegen die öffentliche Gesundheit (Achter Titel, Art. 230^{bis} ff. StGB) und die Delikte gegen den öffentlichen Verkehr (Neunter Titel, Art. 237 ff. StGB) stehen in einem inneren Zusammenhang und folgen einer gemeinsamen Systematik: Sie schützen Leib und Leben der Allgemeinheit, und die Fahrlässigkeit ist hier (als Ausnahme im StGB) regelmässig mit Strafe bedroht. Zahlreiche Strafbestimmungen im Nebenstrafrecht des Bundes verfolgen zudem ähnliche Zwecke (vgl. Ziff. 6.3.2). In systematischer Hinsicht sollte sich eine Prüfung nicht nur auf Artikel 237 StGB beschränken, da sonst die Gefahr der Schaffung von Inkohärenzen besteht.

Die Frage, ob bei Delikten gegen Kollektivinteressen die Bestrafung wegen Fahrlässigkeit überhaupt noch zeitgemäss sei oder ob im Strafrecht neue Fahrlässigkeitskategorien sinnvoll wären, sind von paradigmatischer Bedeutung und sprengen den Rahmen des vorliegenden Berichtes. Zu der Frage, ob anstelle von Fahrlässigkeitsdelikten die Einführung von pekuniären Verwaltungsanktionsbestimmungen geprüft werden soll, wird auf Ziffer 6.3.3 verwiesen.

Hinzu kommt, dass die Aufhebung der Strafbarkeit der fahrlässigen Störung des öffentlichen Verkehrs nicht automatisch verhindern würde, dass ein Strafverfahren eingeleitet würde. Ob nämlich Vorsatz oder Fahrlässigkeit vorliegt, kann erst nach Abschluss des Strafverfahrens beurteilt werden. Die am meldepflichtigen Vorkommnis beteiligten Personen müssten somit nach wie vor damit rechnen, dass ein Strafverfahren eingeleitet wird. Geht man davon aus, dass bereits die Einleitung eines Strafverfahrens eine Fehlerkultur beeinträchtigt, würde eine derartige Anpassung somit nicht genügen.¹²⁰

Weiter ist zu bedenken: Das öffentliche Interesse an Sicherheit in Hochrisikobereichen ist gross. Der Gesetzgeber sieht dort deshalb eine staatliche Aufsicht vor, verlangt eine erhöhte Sorgfalt der Akteure und sichert deren Pflichten mit Strafrecht ab, weil er sich davon einen präventiven Nutzen verspricht. Wenn man in Hochrisikobereichen gewisse Bagatellfälle nicht, in den übrigen Bereichen aber ausnahmslos strafrechtlich verfolgen würde, wäre darin ein gewisser Wertungswiderspruch zu sehen: Weshalb ist der Staat dort, wo ein geringeres öffentliches Interesse besteht, strenger als im Hochrisikobereich? Der Widerspruch liesse sich möglicherweise begründen, wenn sich durch die Ausnahme von der Strafverfolgung in Bagatellfällen ein evidenter Zugewinn an Sicherheit einstellen würde. Dann müsste man sich jedoch die Frage stellen, ob das Strafrecht hier überhaupt die erwünschte Verhaltenssteuerung bewirken kann.

Mit Blick auf die vorstehenden Ausführungen ist der Bundesrat der Ansicht, dass bei künftigen Gesetzgebungsprojekten jeweils sorgfältig geprüft werden sollte, ob es angebracht wäre, auf die Fahrlässigkeitsstrafbarkeit zu verzichten. Der Verzicht könnte in gewissen Fällen die Fehlerkultur aufwerten und sich positiv auf die Bereitschaft auswirken, sicherheitsrelevante Ereignisse zu melden. Es ist zu berücksichtigen, dass mit der Strafbarkeit der fahrlässigen Begehung von Gefährdungsdelikten im Allgemeinen auch das Strafrecht dazu beiträgt, dass

¹¹⁸ Corinna Bleienheuft / Peter Wysk, Strafverfolgung von Lotsen und Verwertung von Erkenntnissen der Unfalluntersuchungsstellen, Zeitschrift für Luft- und Weltraumrecht 2019, S. 543 ff., 554.

¹¹⁹ Hempel, a. a. O., S. 51. Hempel bemängelt insbesondere, die Gutachten der SUST würden die Anforderungen der StPO an ein Gutachten nicht erfüllen. Die Argumentation wirft zahlreiche Fragen auf, zumal das Bundesgericht die Berichte der SUST nicht als Gutachten behandelt.

¹²⁰ Vgl. Raphael Widmer-Kaufmann, Die Flugunfalluntersuchung nach schweizerischem Recht, St. Gallen 2021, S. 614.

die Sicherheitsregeln in hochsicherheitsrelevanten Bereichen ernst genommen und befolgt werden. Das Strafrecht verfolgt mit seiner generalpräventiven Funktion auch dieses Ziel.

6.3.2 Weitere fahrlässige Gefährdungsdelikte im Nebenstrafrecht

Es gibt auch im Nebenstrafrecht fahrlässige Gefährdungsdelikte, die der Umsetzung einer Fehlerkultur im Wege stehen können. Im Folgenden wird eine Auswahl von Strafbestimmungen aus den Bereichen Aviatik, Bahnen, Energie und Heilmittel aufgelistet, welche die fahrlässige Gefährdung unter Strafe stellen:

- *Luftfahrtbereich*: Im LFG wird die durch diverse fahrlässige Verhaltensweisen bewirkte Gefährdung in den Artikeln 90, 90^{bis} und 91 Absatz 1 Buchstaben a, b, e–g und i pönalisiert.
- *Verkehr*: Ähnliche Gefährdungsdelikte finden sich auch in den Artikeln 86 Absatz 2 und 87b des EBG sowie in Artikel 25a des SebG.
- *Kernenergiebereich*: Im KEG werden fahrlässige Gefährdungen in den Artikeln 88–90 und 92–93 unter Strafe gestellt.¹²¹
- *Heilmittelbereich*: Im Bereich der Heilmittel finden sich fahrlässige Gefährdungsdelikte im HMG, namentlich in Artikel 86 Absatz 1 Buchstaben a–i.

Auch im Bereich des Nebenstrafrechts kann der vorliegende Bericht keine Antwort auf die Frage geben, ob fahrlässige Gefährdungsdelikte kriminalpolitisch zeitgemäss sind oder nicht. Die Schlussfolgerungen zu Artikel 237 f. StGB gelten sinngemäss. Der Bundesrat unterstreicht jedoch noch einmal, dass im Rahmen künftiger Gesetzgebungsprojekte jeweils sorgfältig geprüft werden sollte, ob es opportun wäre, auf die Bestrafung fahrlässiger Tatbegehung zu verzichten.

6.3.3 Weitere Optionen, die im Rahmen künftiger sektorspezifischer Gesetzgebungsvorhaben zu prüfen sind

Um die Fehlerkultur zu fördern, wäre es denkbar, im Rahmen künftiger sektorspezifischer Gesetzgebungsprojekte die Abschaffung bestimmter Gefährdungstatbestände zu prüfen, die im Kernstrafrecht, im Nebenstrafrecht oder im Verwaltungsstrafrecht vorgesehen sind. Eine solche Prüfung wäre insbesondere im Bereich der Zivilluftfahrt denkbar. In diesem Sektor unterliegt die Schweiz nämlich Bestimmungen des EU-Rechts, die das Ziel verfolgen, die Sicherheit im Luftverkehr zu verbessern, insbesondere durch die Einführung einer Fehlerkultur. Dabei wäre auch zu prüfen, ob die Strafbarkeit von natürlichen Personen in Unternehmen des öffentlichen Verkehrs für Sorgfaltspflichtverletzungen in einem «tiefen Bereich» (z.B. leichte folgenlose Fahrlässigkeit) allenfalls durch eine verwaltungsrechtliche Verantwortlichkeit des Unternehmens ersetzt werden könnte.¹²² Dies, um den Druck von den einzelnen Mitarbeitenden zu nehmen und dem Unternehmen diese Verantwortung zu übergeben. Wenn die meldende Person dann nicht nur vor strafrechtlicher Verfolgung, sondern auch anderweitig vor Nachteilen geschützt wäre, liessen sich die Ziele einer positiven Fehlerkultur womöglich nachhaltig fördern.

Es ist jedoch zu bedenken, dass in einem Rechtsstaat eine gerichtliche Behörde feststellen müsste, ob die Fahrlässigkeit wirklich so tief gewesen ist. Eine weitergehende Rechtssicherheit im Sinne eines absoluten Schutzes vor strafrechtlicher Verfolgung ist kaum vorstellbar.

¹²¹ Art. 93 KEG verweist auf weitere fahrlässige Gefährdungsdelikte in der Kernenergieverordnung vom 10. Dezember 2004 (KEV, SR 732.11), in der Safeguardsverordnung vom 4. Juni 2021 (SaV, SR 732.12) und in der Verordnung über die Anforderungen an das Personal von Kernanlagen vom 9. Juni 2006 (VAPK, SR 732.143.1).

¹²² Zur möglichen Ausgestaltung von pekuniären Verwaltungsanktionen vgl. Bericht des Bundesrates in Erfüllung des Postulats 18.4100 vom 13. Februar 2022; BBl 2022 776.

Auch dies gehört zu den Risiken einer Gesellschaft in einem gut funktionierenden Rechtsstaat.

6.4 Strafprozessualer Schutz vor Zwang zur Selbstbelastung

Meldet jemand eigenes Fehlverhalten an eine Aufsichtsbehörde oder an eine Meldestelle, ist es möglich, dass die Akten an die Strafverfolgungsbehörden herausgegeben werden müssen und die meldende Person sich damit strafrechtlich selbst belastet.

Die Mitwirkungspflicht im Verwaltungsverfahren (Art. 13 VwVG) kollidiert jedoch mit dem Schweigerecht im Strafverfahren (Art. 113 Abs. 1 StPO). Artikel 113 Absatz 1 StPO bestimmt, dass sich die beschuldigte Person nicht selbst belasten muss. Sie hat namentlich das Recht, die Aussage und ihre Mitwirkung im Strafverfahren zu verweigern. Das Verbot des Selbstbelastungszwangs bedeutet, dass die beschuldigte Person nicht mit Mitteln, welche sie in ihrer Freiheit der Willensbildung oder Willensbetätigung beeinträchtigen, zur Aussage oder einem Geständnis und damit zur aktiven Mitwirkung an der Beschaffung von Beweisen gezwungen werden darf.¹²³ Gesetzlich vorgesehene Zwangsmassnahmen hat sie jedoch zu dulden. Der Staat darf die entsprechenden Informationen deshalb ohne erzwungene aktive Mitwirkung der beschuldigten Person auf anderem Weg beschaffen (z. B. durch Beschlagnahme).¹²⁴ Die Mitwirkungsfreiheit hat Verfassungsrang und wird auch von der EMRK garantiert.¹²⁵

Beweismittel, die unter Verletzung des Verbots erzwungener Selbstbelastung erhoben worden sind, unterliegen den Regeln von Artikel 139 ff. StPO. Zwar handelt es sich bei Artikel 113 StPO um eine einfache Gültigkeitsvorschrift gemäss Artikel 141 Absatz 2 StPO. Dies hätte zur Folge, dass ein in Verletzung der Mitwirkungsfreiheit erhobenes Beweismittel zulässig ist, wenn es zur Aufklärung einer schweren Straftat unerlässlich ist. In der Lehre wird jedoch unter Hinweis auf die Rechtsprechung des EGMR die Meinung vertreten, dass von einem absoluten Verwertungsverbot gemäss Artikel 141 Absatz 1 StPO auszugehen ist, somit wäre eine Interessenabwägung nicht zulässig.¹²⁶

Im Verwaltungsrecht gibt es eine Fülle von Mitwirkungspflichten, so klassischerweise im Steuer- und Abgaberecht, aber auch in hochsicherheitsrelevanten Bereichen wie z. B. in der Aviatik oder im Energierecht.¹²⁷ Oft sind diese Mitwirkungspflichten durch Strafbestimmungen abgesichert.¹²⁸ Das Bundesgericht hat sich bis heute nicht zu den strafprozessualen Folgen von strafbewehrten verwaltungsrechtlichen Melde- oder Mitwirkungspflichten geäussert.¹²⁹ Soweit es um nicht strafbewehrte Mitwirkungspflichten geht und Sanktionsverfahren gegen juristische Personen geführt werden, ist der Nemo-tenetur-Grundsatz nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts differenziert zu umschreiben.¹³⁰

¹²³ SK-StPO Lieber, Art. 113 N 37 ff.

¹²⁴ Siehe Wolfgang Wohlers / Gunhild Godenzi, Strafbewehrte Verhaltenspflichten nach Verkehrsunfällen – unzulässiger Zwang zur Selbstbelastung?, AJP 2005, S. 1045 ff., 1058 und BGE 142 IV 207 E. 8.3.2.

¹²⁵ BSK StPO-Engler, Art. 113 StPO N 3 m. w. H.

¹²⁶ SK-Kommentar Lieber, Art. 113 N 54c; Laura Macula, Verwaltungs(aufsichts)rechtliche Mitwirkungspflichten und strafprozessuale Selbstbelastungsfreiheit, Impulse zur praxisorientierten Rechtswissenschaft Nr. 12 (2016), S. 11 ff., 31 ff.; Andreas Noll, Fernwirkung des strafprozessualen Nemo-tenetur-Satzes in andere Rechtsgebiete, forumpoenale 2020, S. 177 ff., 183.

¹²⁷ Dazu Ziff. 3.

¹²⁸ Siehe z. B. Art. 93 Abs. 1 Bst. b KEG.

¹²⁹ BGE 142 IV 207 E. 8.3.1 und 8.18.2. Siehe auch BSK-StPO Gless, Art. 139 N 47a, die anscheinend auch bei nicht strafbewehrten Mitwirkungspflichten ein Verwertungsverbot annimmt. Zum Steuerrecht siehe EGMR-Urteil No. 31827/96 vom 3. Mai 2001 (J. B. gegen Schweiz).

¹³⁰ BGE 140 II 384 E. 3.3.4 und 142 IV 207 E. 8.3.2.

Melderechte sind unter Nemo-tenetur-Gesichtspunkten unproblematisch,¹³¹ ebenso wie eine strafbewehrte Meldepflicht, soweit damit nicht eigenes, sondern Fehlverhalten Dritter gemeldet wird (unter Vorbehalt von prozessualen Zeugnisverweigerungsrechten, siehe Art. 168 ff. StPO).

Um den Konflikt zwischen strafbewehrten Melde- oder Mitwirkungspflichten im Verwaltungsrecht und Schweigerecht im Strafverfahren zu entschärfen, ist z. B. in Artikel 24 VSZV vorgesehen, dass die von einer Person im Rahmen einer Sicherheitsuntersuchung erteilten Auskünfte in einem Strafverfahren nur mit deren Einverständnis verwendet werden dürfen.¹³² Das bedeutet unter anderem, dass die Akten und Schlussberichte der SUST zwar von der Strafverfolgungsbehörde eingesehen werden können, aber nur soweit gegen die betroffene Person verwertet werden dürfen, wie diese eingewilligt hat. Das neue Datenschutzgesetz enthält de lege ferenda eine ähnliche Regelung.¹³³

Eine Person, die einer strafbewehrten Meldepflicht mit einer solchen Spezialregelung nachkommt, muss somit nicht befürchten, dass sie aufgrund ihrer Meldung wegen des fehlbaren Verhaltens bestraft werden kann. Freilich kann die Strafverfolgungsbehörde auf andere Weise von der Tat Kenntnis erhalten und gestützt darauf ein Verfahren eröffnen und Beweise erheben.¹³⁴

Festzustellen bleibt, dass der Gesetzgeber in einzelnen Bereichen bereits Lösungen gefunden hat, um das Spannungsverhältnis zwischen den Meldepflichten und dem Grundsatz, wonach sich niemand selbst belasten muss, aufzulösen (z. B. für die SUST und im Lebensmittelbereich). Von daher könnte es sich als zweckmässig erweisen zu prüfen, ob solche Lösungen auch in anderen hochsicherheitsrelevanten Bereichen in Betracht kommen könnten.

6.5 Beizug von Akten anderer Behörden im Strafverfahren

Gemäss Artikel 194 StPO bzw. Artikel 30 VStrR ziehen die Strafverfolgungsbehörden die Akten anderer Verfahren bei, wenn dies für den Nachweis des Sachverhalts oder die Beurteilung der beschuldigten Person erforderlich ist. Geht es um Akten aus einem Meldeverfahren oder einer technischen Untersuchung, kann ein solches Vorgehen den Anliegen einer Fehlerkultur im Wege stehen.

Die Verwaltungs- und Gerichtsbehörden sind zur Herausgabe der verlangten Akten verpflichtet. Sie dürfen die Herausgabe nach Artikel 194 Absatz 2 StPO nur verweigern, wenn überwiegende öffentliche oder private Geheimhaltungsinteressen entgegenstehen. Dabei ist massgebend, ob eine strafrechtlich geschützte Information im Sinne von Artikel 320 StGB herausgegeben werden soll. Anwendbar ist der materielle Geheimnisbegriff des StGB. Als höherwertig gelten damit u. a. Geheimhaltungsinteressen aus dem Bereich der (inneren und äusseren) Sicherheit. Ausnahmen erscheinen gemäss Doktrin auch dort denkbar, wo es um den Schutz von Zeugen, Auskunftspersonen oder verdeckten Ermittlern geht.¹³⁵

Die Interessen der Fehlerkultur als solcher sind von allgemeiner Art und erscheinen grundsätzlich nicht höherwertig im Vergleich zu denjenigen der Strafverfolgung. Allein aus dem Umstand, dass die Mitwirkungspflicht im Verwaltungsverfahren (Art. 13 VwVG) unter Umständen das Schweigerecht im Strafverfahren (Art. 113 Abs. 1 StPO) verletzt, kann die nach

¹³¹ BGE 142 IV 207 E. 8.3.2, so wohl auch BSK-StPO-Gless, Art. 139 N 47a.

¹³² Illustrativ dazu Urteil CA.2021.5 des BStrGer vom 17. September 2021.

¹³³ Art. 24 Abs. 6 nDSG, BBl 2020 7639.

¹³⁴ Dazu exemplarisch der Sachverhalt zu BGE 142 IV 207, Ziff. C. und E. 8.3.2.

¹³⁵ Zum Ganzen BSK StPO-Bürgisser, Art. 194 StPO N 9 ff.

Artikel 194 StPO mitwirkungspflichtige Behörde nichts für sich ableiten. Ähnliches gilt für die Rechtshilfe nach Artikel 30 VStrR.¹³⁶

Interessen, die von einer Fehlerkultur gewahrt werden, sind deshalb nicht vom Vorbehalt nach Artikel 194 Absatz 2 StPO bzw. Artikel 30 Absatz 2 VStrR erfasst. Die beiden Bestimmungen können somit nicht in Anschlag gebracht werden, um den Anliegen der Fehlerkultur im Strafverfahren Vorrang einzuräumen. Wenn man eine Behörde von ihrer Herausgabepflicht nach Artikel 194 StPO entbinden will, ist eine spezifische gesetzliche Grundlage nötig.

Würde im Rahmen einer solchen spezifischen Gesetzesgrundlage eine neue Ausnahme von der Herausgabepflicht nach Artikel 194 StPO eingeführt, hätte das nach Auffassung des Bundesrates verschiedene grundlegende Nachteile:

- Die Lösung erscheint zunächst mit Blick auf den Grundsatz der gleichmässigen Durchsetzung des staatlichen Strafanspruchs und auf das Gebot der rechtsgleichen Behandlung in der Strafverfolgung problematisch. Den Zugang zu bestimmten in den Meldesystemen enthaltenen Informationen zu beschränken, hätte nämlich zur Folge, dass gewisse Strafverfahren in hochsicherheitsrelevanten Bereichen mit einem Freispruch enden würden, weil hinreichende Beweise für eine Verurteilung fehlen.
- Es würde ein Wertungswiderspruch entstehen, wenn bei vergleichbaren Straftaten in Nicht-Hochrisikobereichen keine Einschränkungen für den Beizug von Akten anderer Behörden und damit für die Strafverfolgung bestünden.¹³⁷
- Es ist zudem darauf hinzuweisen, dass im Bereich der Aviatik der Bundesrat bei der Unterzeichnung des ICAO-Abkommens einen Vorbehalt angebracht hat in Bezug auf Ziffer 5.12 des Anhangs 13, die eine solche Lösung vorsieht. Mit diesem Vorbehalt wollte er namentlich sicherstellen, dass den gerichtlichen Behörden und den Luftfahrtbehörden sämtliche Dokumente zur Verfügung gestellt werden. Wie bereits erwähnt (vgl. Ziff. 3.2.1.3), basiert der von der Schweiz notifizierte Vorbehalt zu Ziffer 5.12 des Anhangs 13 auf der Anerkennung des faktischen Umstands, dass die Unfalluntersuchung zwar primär der Unfallprävention dient, aber auch erhebliche öffentliche und private Interessen bestehen, so dass die Erkenntnisse der Untersuchung in anderen Verfahren verwendet werden können.¹³⁸ Können die Erkenntnisse und Beweismittel der Unfalluntersuchung in anderen Verfahren nicht verwertet werden, führt dies zu Nachteilen und Verzögerung bei der Untersuchung und kann verhindern, dass Informationen oder Sicherheitsempfehlungen zeitnah kommuniziert werden können.

In Anbetracht der vorstehenden Ausführungen, insbesondere der gewichtigen Nachteile dieser Option, hält es der Bundesrat nicht für angezeigt, Ausnahmen von der Herausgabe von Akten einer anderen Behörde im Rahmen eines Strafverfahrens vorzusehen.

6.6 Anzeigepflichten der Meldestelle

Mit Ausnahme des Gesundheitsbereichs (Heilbehandlungen und Pflegeleistungen) und der Militärluftfahrt sehen die im Rahmen des vorliegenden Berichts untersuchten hochsicherheitsrelevanten Bereiche eine Meldebehörde vor, die im Bundesrecht statuierten Anzeigepflichten unterliegt.

¹³⁶ Christophe Klein, in: Friedrich Frank et al. (Hrsg.), Basler Kommentar Verwaltungsstrafrecht, Basel 2020, Art. 30 N 2, 12 und 24 ff.

¹³⁷ Dazu eingehend oben Ziff. 6.2.1 (a. E.).

¹³⁸ Siehe dazu die Ausführungen in der Botschaft des Bundesrates an die Bundesversammlung über die Änderung des Bundesgesetzes über die Luftfahrt (Flugunfalluntersuchungen) vom 15. Mai 1959 (BBl 1959 1369, 1371).

Artikel 22a Absatz 1 BPG verpflichtet z. B. die Angestellten des Bundes, alle von Amtes wegen zu verfolgenden Verbrechen oder Vergehen, die sie bei ihrer amtlichen Tätigkeit festgestellt haben oder die ihnen gemeldet worden sind, den Strafverfolgungsbehörden, ihren Vorgesetzten oder der Eidgenössischen Finanzkontrolle (EFK) anzuzeigen. Es handelt sich im Kern um eine Whistleblower-Regelung: Es geht vor allem um strafbares Verhalten innerhalb der Verwaltung, hier insbesondere (aber nicht nur) um Korruption.¹³⁹ Die Mitarbeitenden der Bundesverwaltung, die in ihrer dienstlichen Tätigkeit eine Widerhandlung wahrnehmen oder von einer solchen Kenntnis erhalten, sind auch nach Artikel 19 Absatz 2 VStrR verpflichtet, sie der zuständigen Verwaltungseinheit anzuzeigen. Diese Anzeigepflicht geht einerseits sachlich weiter als diejenige des BPG, weil sie auch für Übertretungen gilt, andererseits aber ist sie enger, weil sie keine Delikte des StGB umfasst.¹⁴⁰ Sie hat zudem einen weiteren persönlichen Anwendungsbereich als die Anzeigepflicht nach Artikel 302 StPO, die nur die Strafbehörden und nicht die gesamte Verwaltung betrifft. Im Bereich der Kernenergie verpflichtet Artikel 100 Absatz 3 KEG seinerseits die Bewilligungs- und Aufsichtsbehörden, die Polizeiorgane der Kantone und Gemeinden sowie die Zollorgane, Widerhandlungen gegen das KEG, die sie in ihrer dienstlichen Tätigkeit wahrgenommen haben oder ihnen zur Kenntnis gelangt sind, der Bundesanwaltschaft anzuzeigen.

Solche Anzeigepflichten können mit Meldepflichten oder -rechten von Privaten (beaufsichtigte Personen und Unternehmen) kollidieren. Bei einer strafbewehrten Meldepflicht geraten die Privaten in ein Dilemma: Entweder sie melden und werden angezeigt wegen des gemeldeten Fehlverhaltens, oder sie melden nicht (wegen des Strafbarkeitsrisikos) und sind strafbar wegen des Nichtmeldens. Das entspricht für die beaufsichtigten Personen und Unternehmen einer Selbstbelastungszwangslage. Die Folge wäre, dass die Meldung im Strafverfahren nicht verwertet werden darf.¹⁴¹

Je mehr Melderechte und -pflichten der Staat Privaten auferlegt, desto praktisch bedeutsamer wird dieses Spannungsverhältnis. Soweit es um die Meldung von Verhalten an staatliche Stellen geht, mit dem man sich möglicherweise selber belastet, setzen Anzeigepflichten mit einem weiten Anwendungsbereich jedenfalls keine Anreize im Sinne der Fehlerkultur. Im Luftverkehrsbereich besteht mit der Entbindung der Angehörigen der Meldestelle des BAZL von der Anzeigepflicht eine Regelung mit dem Ziel, die vertrauliche Behandlung der gemeldeten Fälle sicherzustellen (Art. 77d Abs. 4 LFV). Allerdings geht sie insofern weiter, als kein Anzeigerecht besteht für schwere Verfehlungen.

In Anbetracht der vorstehenden Ausführungen könnte es angezeigt sein zu prüfen, ob Lösungen, welche die Anzeigepflicht punktuell einschränken, auch in anderen hochsicherheitsrelevanten Bereichen in Betracht gezogen werden könnten.

6.7 Aufsichtsrechtliche Massnahmen

Erhält die zuständige Aufsichtsbehörde aufgrund einer Meldung Kenntnis von einem aufsichtsrechtlich relevanten Ereignis, so ist sie in Wahrnehmung ihrer gesetzlichen Aufgabe grundsätzlich befugt, die geeigneten und zumutbaren Massnahmen zu ergreifen. Konkret kann dies die Einleitung eines Verwaltungsverfahrens gegen die verantwortlichen Personen beinhalten und mit dem Widerruf bzw. dem Entzug einer Bewilligung enden.

¹³⁹ Botschaft zum Bundesgesetz über die Organisation der Strafbehörden des Bundes (Strafbehördenorganisationsgesetz, StBOG), BBl 2008 8125, 8180 ff.

¹⁴⁰ Siehe Hans Vest, in: Friedrich Frank et al. (Hrsg.), Basler Kommentar Verwaltungsstrafrecht, Basel 2020, Art. 19 N 18.

¹⁴¹ Dazu oben Ziff. 6.4; in diesem Zusammenhang gilt es zu erwähnen, dass dieses Dilemma sich für die Angestellten der Bundesverwaltung nicht stellt. Art. 22a Abs. 3 BPG sieht zwar vor, dass die Angestellten von der Anzeigepflicht gemäss Art. 22a Abs. 1 BPG befreit sind, sofern sie nach Art. 113 Abs. 1, 168 und 169 StPO zur Aussage- oder Zeugnisverweigerung berechtigt sind. Daraus folgt, dass die Angestellten die Delikte nach Abs. 1 nicht melden müssen, sofern sie sich dadurch einem Strafbarkeitsrisiko aussetzen.

Von der Befugnis zur Verfahrenseinleitung ist die Frage zu unterscheiden, ob die Aufsichtsbehörde hierzu verpflichtet ist. Das Verwaltungsrecht kennt keinen generellen Verfolgungszwang, wie dies hiervor für das Strafprozessrecht beschrieben wurde (vgl. Ziff. 6.2). Der Aufsichtsbehörde kommt im Allgemeinen ein gewisses Ermessen zu, ob und wenn ja welche Verwaltungsmassnahmen bzw. -sanktionen sie ergreift oder aus Opportunitätsgründen darauf verzichtet.¹⁴² Dabei sind das Gleichbehandlungs-, Gesetzmässigkeits- und Verhältnismässigkeitsprinzip wegleitend. Sind Tatsachen bekannt geworden, welche ein behördliches Einschreiten erfordern, muss ein Verfahren eingeleitet werden. Demgegenüber kann etwa bei geringfügigen und einmaligen Regelverstössen auf ein Verfahren verzichtet werden. Der Bundesrat ist der Ansicht, dass der diesbezügliche Ermessensspielraum der Verwaltungsbehörden mit Blick auf die Verschiedenartigkeit der betroffenen Bereiche nicht durch zusätzliche gesetzliche Vorschriften über die Einleitung von Aufsichtsverfahren eingeschränkt werden sollte.

Eine andere Frage betrifft die Verwendung von Ereignismeldungen und vergleichbaren Akten im Aufsichtsverfahren gegen die meldepflichtige Person. Im Luftfahrtbereich werden z. B. die Akten der Sicherheitsuntersuchung der SUST vertraulich behandelt und somit grundsätzlich nicht an die mit Aufsichtsaufgaben betrauten Stellen des BAZL weitergeleitet.¹⁴³ In den anderen hochsicherheitsrelevanten Bereichen fehlt eine ausdrückliche Regelung über die Verwendung von Ereignismeldungen in Aufsichtsverfahren gegen die meldepflichtige Person. Nach Ansicht des Bundesrates erscheint es zweckmässig, die Verwendung von Ereignismeldungen sektoriell zu regeln mit dem Ziel, die Meldebereitschaft zu erhöhen. Zu berücksichtigen ist jedoch, dass der Schutz der meldenden Personen auf vertretbare Fehler («honest mistakes») beschränkt bleibt (vgl. auch Ziff. 2.1.1). Mit Blick auf die Verschiedenartigkeit der betroffenen Bereiche erscheint dagegen eine allgemeine Regelung im VwVG nicht angezeigt.

6.8 Arbeitsrechtliche Aspekte

Die Frage nach der Einführung eines Meldesystems stellt sich nicht nur ausserhalb, sondern auch innerhalb der betroffenen Unternehmen. Die heute geltenden arbeitsvertragsrechtlichen Bestimmungen des Obligationenrechts (Art. 319 ff. OR) enthalten keine besondere Verpflichtung, ein internes Meldesystem einzurichten. Das ist auch nicht Zweck dieser Bestimmungen, die sich nicht allgemein mit den Funktionsabläufen im Unternehmen befassen, sondern das Verhältnis zwischen dem Unternehmen und seinen Mitarbeitenden regeln. Deren Recht oder Pflicht, eigene Fehler zu melden, ergibt sich nicht aus einer speziellen Norm, sondern aus allgemeinen Regeln, insbesondere aus der Treuepflicht, die in Artikel 321a Absatz 1 OR verankert ist (wonach die Arbeitnehmerin oder der Arbeitnehmer «die berechtigten Interessen des Arbeitgebers in guten Treuen zu wahren [hat]»), und auf der verschiedene Nebenpflichten beruhen. Die gleichen Erwägungen gelten auch für selbstständige Leistungserbringer, die mit dem Unternehmen durch Auftrag (Art. 394 ff. OR) oder Werkvertrag (Art. 363 ff. OR) verbunden sind.

Weil spezifische gesetzliche Regeln fehlen, wird ein Meldesystem nur auf Initiative des Unternehmens eingeführt werden können, unter Beachtung der allgemeinen arbeitsvertraglichen Vorschriften. So sollte das interne Meldeverfahren in einer Weise geregelt werden, dass der Schutz der Persönlichkeit und der Gesundheit der Arbeitnehmenden (Art. 320 OR, Art. 6

¹⁴² Vgl. Bericht Po. Pekuniäre Verwaltungssanktionen (18.4100), BBl 2022 776, Ziff. 5.1.2.

¹⁴³ Vgl. u. a. Art. 14 Abs. 1 und 2 der Verordnung (EU) Nr. 996/2010. Unklarheiten bestehen im Luftfahrtbereich hinsichtlich der Behandlung von Ereignismeldungen innerhalb des BAZL: Zwar sieht Art. 77d Abs. 3 LFV die vertrauliche Behandlung der Meldungen durch die Meldestelle vor. Diese Bestimmung wurde aber im Rahmen der Schaffung des früheren nationalen *non-punitive reporting systems* in die LFV aufgenommen. Aufgrund des späteren Inkrafttretens der Verordnung (EU) Nr. 376/2014 ist unklar, ob bzw. inwieweit Art. 77d LFV noch eigenständige Bedeutung zukommt resp. wie weit der Kreis der «Vertraulichkeit» zu verstehen ist.

des Arbeitsgesetzes vom 13. März 1964¹⁴⁴ [ArG] und Art. 2 der Verordnung 3 vom 18. August 1993¹⁴⁵ zum Arbeitsgesetz [ArGV 3]) und der Schutz ihrer Daten (Art. 328b OR) beachtet werden.

Nach Ansicht des Bundesrates ist das Vertragsrecht nicht der geeignete Ort für eine Bestimmung, welche die Verpflichtung zur Einrichtung eines Meldesystems regeln würde. Gleiches gilt für die Frage der Meldepflicht oder des Melderechts. Um solche Fragen sachgerecht zu regeln, scheint die Betriebsordnung des Unternehmens das einfachste und geeignetste Instrument zu sein. Zudem können die Verträge immer noch besondere Abmachungen enthalten, denn die Bestimmung über die Treue- und Sorgfaltspflicht gehört nicht zum zwingenden Recht. Die externe Studie hat gezeigt, dass unternehmensinterne Meldesysteme nicht nur in der Zivilluftfahrt – hier besteht bereichsspezifisch eine gesetzliche Verpflichtung¹⁴⁶ –, sondern auch in den Bereichen Eisenbahnen, Kernenergie und weitgehend auch im Gesundheitswesen (Heilbehandlungen und Pflegeleistungen) eingerichtet wurden, alles Bereiche, die keine solche Verpflichtung kennen.

Analog zum Strafrecht (s. Ziff. 6.2) stellt sich auch im Arbeitsrecht die Frage, inwieweit eine Person, die einen Fehler begangen hat und/oder eine Meldung macht, in ihrem Arbeitsverhältnis mit ihrem Arbeitgeber vor möglichen negativen Auswirkungen geschützt werden muss. Die gleiche Problematik besteht in Bezug auf andere Vertragspartner, z. B. Auftragnehmer.

Die Bestimmungen des Obligationenrechts über den Arbeitsvertrag (Art. 319 ff. OR) sehen, wie auch die für andere Verträge geltenden Regeln, keinen besonderen Schutz der Arbeitnehmenden vor Sanktionen vor, die der Arbeitgeber als Folge einer Fehlermeldung gegen sie aussprechen könnte. Kann der Fehler einer bestimmten Arbeitnehmerin oder einem bestimmten Arbeitnehmer zugewiesen werden, liegt eine mehr oder weniger schwere Vertragsverletzung vor. Wer einen selbst begangenen Fehler meldet, kann sich deshalb Sanktionen aussetzen. Je nach Schwere des Fehlers hat sie oder er rechtlich zulässige Sanktionen zu gewärtigen, wie eine Verwarnung, die Kürzung oder Streichung einer Gratifikation oder eine Kündigung. Sie oder er kann aber auch Opfer von unzulässigen Retorsionsmassnahmen sein, etwa in Form einer missbräuchlichen – ordentlichen oder fristlosen – Kündigung¹⁴⁷ oder in Form anderer ungerechtfertigter Nachteile wie zum Beispiel einer Versetzung oder einer Ausgrenzung. Der Unterschied zum Strafrecht oder zum öffentlichen Recht besteht darin, dass die Sanktion für das Unternehmen, das Vertragspartei ist, eine Option ist, für die sie sich entscheiden kann, aber nicht muss. Das Unternehmen kann also von sich aus auf jede Sanktion verzichten und sich zugunsten der Fehlerkultur entscheiden. Wenn also die allgemeinen Normen des Obligationenrechts nicht vor möglichen Sanktionen schützen, verfügen die Vertragsparteien rechtlich über einen Spielraum, um Regeln aufzustellen, welche die Fehlerkultur fördern.

Allerdings bestehen bereits einschlägige Spezialbestimmungen, zum Beispiel in der Luftfahrt. So bestimmt Artikel 16 Absatz 9 i. V. m. Artikel 16 Absatz 10 der Verordnung (EU) Nr. 376/2014, dass Angestellte und Vertragspersonal, die ein Ereignis melden oder in Ereignismeldungen genannt sind, aufgrund der von den Meldenden übermittelten Informationen keine Nachteile seitens ihres Arbeitgebers oder des Unternehmens, für das die Dienstleistungen

¹⁴⁴ SR 822.11

¹⁴⁵ SR 822.113

¹⁴⁶ Vgl. Art. 4 Abs. 2 der Verordnung (EU) Nr. 376/2014.

¹⁴⁷ Ein wahrscheinlicher Fall einer missbräuchlichen Kündigung wäre es, wenn ein Unternehmen, das zu Fehlermeldungen ermutigt, dann aber systematisch die Personen entlässt, die es machen. Eine fristlose Kündigung bei wenig schweren Fehlern, die keinen oder nur geringfügigen Schaden angerichtet haben, wäre von vornherein ungerechtfertigt.

erbracht werden, erfahren dürfen; vorbehalten bleiben vorsätzliche und grob fahrlässige Verstösse, die einen voraussehbaren Schaden verursacht haben.

Um die Arbeitnehmenden (oder andere Vertragspartner) dazu zu bewegen, zur Fehlerkultur beizutragen, könnte, dem Beispiel der erwähnten Regelung in der Luftfahrt folgend, erwogen werden, sie auf möglichst ausgewogene Art und Weise vor allfälligen Sanktionen ihrer Arbeitgeber zu schützen. Dabei sind verschiedene Aspekte zu berücksichtigen: Notwendigkeit allgemeiner oder nur für bestimmte Bereiche geltender Regeln, Unterscheidung zwischen zulässigen Sanktionen für Fehlverhalten und unzulässigen Vergeltungsmassnahmen, Abwägung des Interesses an der Aufdeckung von Fehlern und des Interesses, die Fehler zu sanktionieren und zu korrigieren, Koordination mit anderen Rechtsgebieten, insbesondere dem Strafrecht. Nicht zu vergessen ist die Frage, ob der im Privatrecht bestehende Spielraum für freiwillige Lösungen hinreichend genutzt wird, um eine gesetzliche Regelung überflüssig zu machen.

Der beschriebene Schutz könnte, für den Arbeitsvertrag wie für andere Vertragsarten, theoretisch im Obligationenrecht geregelt werden. Es stellt sich jedoch die Frage, ob es sachgerecht ist, im OR Sonderregeln für bestimmte Bereiche aufzustellen. Ausserdem besteht wohl keine Notwendigkeit, hier mit zwingenden Normen zu legislieren. Wie oben ausgeführt, verfügen die Unternehmen über einen ausreichend grossen Handlungsspielraum (Privatautonomie), der es ihnen erlaubt, die Problematik zu regeln. Die Option ist aus diesen Gründen zu verwerfen. Sollten sich in bestimmten Bereichen zwingende Schutzbestimmungen als notwendig erweisen, so könnten sie ihren Platz gegebenenfalls direkt und gezielt in der jeweils betroffenen Spezialgesetzgebung finden, wie es für die Zivilluftfahrt der Fall ist.

6.9 Zivilrechtliche Haftung

Wer anderen widerrechtlich Schaden zufügt, ist zum Ersatz verpflichtet (Art. 41 OR). Das gilt allgemein und stellt die Grundregel der zivilrechtlichen Haftung dar.¹⁴⁸ Besteht zwischen der für den Schaden verantwortlichen und der geschädigten Person ein Vertrag, haftet die erstgenannte zudem aus Vertrag, wenn der Schaden aus der Verletzung vertraglicher Pflichten resultiert (zum Beispiel bei Schäden, die durch einen Helikopterunfall verursacht wurden, wenn die Passagierinnen und Passagiere mit der Pilotin oder dem Piloten einen Vertrag über die Personenbeförderung im Luftverkehr abgeschlossen haben).¹⁴⁹ Auch das Unternehmen, bei dem die verantwortliche Person angestellt ist, kann für den Schaden haftbar gemacht werden, sei es aus unerlaubter Handlung oder aus Vertrag (die Fluggesellschaft haftet gegenüber den Passagierinnen und Passagieren für den Fehler der Pilotin oder des Piloten).

Im Zusammenhang mit der Fehlerkultur stellt sich somit auch die Frage, ob und gegebenenfalls in welchen Fällen die zivilrechtliche oder vertragliche Haftung der Person, die einen Fehler begangen und diesen gemeldet hat, teilweise oder ganz ausgeschlossen werden muss. Das OR sieht heute keinen entsprechenden Haftungsausschluss vor.

Die Möglichkeit, eine solche Regel im OR einzuführen, wirft eine Reihe von Fragen auf. Wie beim Arbeitsvertrag legt das OR die allgemeinen Regeln der zivilrechtlichen Haftung fest und ist nicht dazu bestimmt, Einzelfälle aus spezifischen Bereichen zu behandeln. Ausserdem wäre eine solche Regelung, gleich wie in der Strafverfolgung, nur schwer mit dem Gebot der rechtsgleichen Behandlung zu vereinbaren. Überdies ist zu beachten, dass sich die Situation unterschiedlich präsentiert, je nachdem in welchem Verhältnis die Person, die einen Fehler

¹⁴⁸ CR-CO I-Werro/Perritaz, Intro. Art. 41–61 N 1.

¹⁴⁹ CR-CO I-Werro/Perritaz, Art. 41 N 2.

begangen hat, und die geschädigte Drittperson zueinander stehen. Bei privaten Drittpersonen (z. B. Patientinnen oder Fluggästen), scheint ein Haftungsausschluss im OR noch weniger gerechtfertigt zu sein als im Verhältnis zwischen dem Unternehmen und der verantwortlichen Person. Nach Ansicht des Bundesrates muss das Interesse der Geschädigten, den erlittenen Schaden ersetzt zu bekommen, gewahrt werden. Aus diesen Erwägungen ist auch die Möglichkeit abzulehnen, bereichsspezifisch Regelungen vorzusehen, welche die Haftung beschränken würden.

6.10 Zugang zu Informationen für die Zivilgerichte

Wo das Gesetz es nicht anders bestimmt, hat im Zivilrecht diejenige Person das Vorhandensein einer behaupteten Tatsache zu beweisen, die aus ihr Rechte ableitet (Art. 8 ZGB). In einem allfälligen Rechtsstreit zwischen der geschädigten Person und der fehlbaren Person bzw. dem Unternehmen wird deshalb der Frage des Zugangs zu den Daten, die in einem Meldesystem enthalten sind, grosse Bedeutung zukommen. Mithilfe der Daten können vor Gericht schadensverursachende Tatsachen oder der (ganz oder teilweise) Ausschluss eines Schadens bewiesen werden. Dabei wird im Übrigen die Regelung, wie sie das Strafverfahren für den Datenzugang vorsieht, auch für das Zivilverfahren von grundlegender Bedeutung sein: Weil hier die Verfahrenskosten von den Parteien getragen werden und die klagende Partei in der Regel einen Vorschuss leisten muss (Art. 98 ZPO), kann sich diese die Beweise, die in einem konnexen Strafverfahren, also auf Kosten des Staates, erhoben wurden, in einem Zivilverfahren zunutze machen.

Nach geltendem Recht sind Fehlermeldungen – unabhängig davon, ob sie anonymisiert sind oder nicht – als Urkunden gemäss Artikel 177 i. V. m. 168 Buchstabe b ZPO zu qualifizieren. Somit kann die beweisführende Partei ihre Edition als Ausfluss ihres Rechts auf Beweis verlangen (Art. 152 ZPO). Die Edition von Fehlermeldungen kann grundsätzlich weder von den Parteien noch von Dritten verweigert werden, es sei denn, eine der einschränkenden Bedingungen gemäss Artikel 163 und 165 f. ZPO sei erfüllt. Für die Bereiche, die eine anonyme Meldung zulassen (z. B. Medizinbereich), ist festzuhalten, dass dies einen Einfluss auf den Beweiswert (und mithin die Bedeutsamkeit) der Urkunde hat. Anonymisierte Urkunden haben nur minimalen Beweiswert, während nicht anonymisierte oder re-identifizierbare Fehlermeldungen einen hohen Beweiswert haben können.¹⁵⁰

Wie oben ausgeführt, müssen die Interessen der geschädigten Personen an der Wiedergutmachung des Schadens gewahrt werden. Wer einen Schaden erlitten hat, muss sein Recht auf Beweis geltend machen können. Aus diesen Gründen ist es nicht angezeigt, in der ZPO (oder in den Spezialgesetzen) eine Bestimmung vorzusehen, die den Zugang zu den in den Meldesystemen enthaltenen Informationen einschränken würde.

6.11 Zugang zu amtlichen Dokumenten gemäss BGÖ

Seit dem 1. Juli 2006 gilt in der Bundesverwaltung das Öffentlichkeitsprinzip. Mit dem Inkrafttreten des Öffentlichkeitsgesetzes (BGÖ)¹⁵¹ hat der Gesetzgeber einen Paradigmenwechsel vollzogen und den Grundsatz der Geheimhaltung der Verwaltungstätigkeit zu Gunsten des Öffentlichkeitsprinzips mit Ausnahmen umgekehrt. Jede Person, die amtliche Dokumente einsehen möchte, hat im persönlichen und sachlichen Geltungsbereich des BGÖ einen subjektiven, individuellen Anspruch darauf (Art. 6 BGÖ). Das Öffentlichkeitsprinzip dient der Transparenz der Verwaltung und soll das Vertrauen der Bürgerinnen und Bürger in die staatlichen Institutionen und ihr Funktionieren fördern. Es bildet zudem eine wesentliche Voraussetzung

¹⁵⁰ Thomas Gächter / Kerstin Vokinger, Berichtssysteme in Spitälern, Rechtsfragen rund um den Schutz von Berichts- und Lernsystemen in Spitälern vor gerichtlichem Zugriff, vom 26. Mai 2020, S. 28 (vgl. Fn. 5).

¹⁵¹ SR 152.3

für eine sinnvolle demokratische Mitwirkung am politischen Entscheidungsprozess und für eine wirksame Kontrolle der staatlichen Behörden.¹⁵²

Zu diesem Zweck garantiert das BGÖ jeder Person – ungeachtet ihrer Nationalität oder ihres Wohnsitzes – das Recht, amtliche Dokumente einzusehen und von den Behörden Auskünfte über den Inhalt amtlicher Dokumente zu erhalten (Art. 6 Abs. 1 BGÖ). Die gesuchstellende Person muss weder ihre Identität bekannt geben noch ihre Beweggründe bzw. ein schutzwürdiges Interesse darlegen.

Vor diesem Hintergrund wird folgend insbesondere dargestellt, wie dem Schutz schützenswerter privater Interessen (vor allem der Privatsphäre der meldenden Person) bereits mit den im BGÖ statuierten Ausnahmebestimmungen Rechnung getragen werden kann.

Das Recht auf Zugang zu amtlichen Dokumenten gilt nicht absolut. Soweit konkrete überwiegende öffentliche oder private Interessen einem unbeschränkten Zugang entgegenstehen, sieht das BGÖ sachgerechte Ausnahmen vor (Art. 7–9 BGÖ). Im vorliegenden Zusammenhang sind insbesondere der Schutz der freien Meinungs- und Willensbildung der Behörde (Art. 7 Abs. 1 Bst. a und Art. 8 Abs. 2 BGÖ), der Schutz von Berufs-, Geschäfts- oder Fabrikationsgeheimnissen (Art. 7 Abs. 1 Bst. g BGÖ) sowie der Schutz der Privatsphäre und von Personendaten (Art. 7 Abs. 2 und Art. 9 BGÖ) relevant.

Auf eine Teilrevision des BGÖ, in welcher auch der Schutz von privaten Interessen – wie die Geheimhaltungsbedürfnisse im Kontext von Sicherheitskontrollen – überprüft werden sollte, hat der Bundesrat im Mai 2019 vorerst verzichtet. Er hat dabei unter anderem auf die Möglichkeit von spezialgesetzlichen Lösungen verwiesen (vgl. Art. 4 BGÖ).¹⁵³

Um zu verhindern, dass das Öffentlichkeitsprinzip ausgehöhlt wird, sollten spezialgesetzliche Abweichungen vom BGÖ die Ausnahme bleiben und nur vorgesehen werden, soweit überzeugende sachliche Motive dies rechtfertigen und es absolut notwendig ist.

Es besteht zwar ein grosses öffentliches Interesse an der Nachvollziehbarkeit und an der Überprüfung der Tätigkeit der Aufsichtsbehörden im Sicherheitsbereich (insb. Informationen über [nicht] ergriffene Massnahmen). Nicht im Fokus stehen hingegen Angaben zu derjenigen Person, welche sich allenfalls fehlerhaft verhalten resp. sicherheitsrelevante Vorkommnisse gemeldet hat.

Das Öffentlichkeitsgesetz bietet auch im Bereich der Aufsichtstätigkeit mit seinen Ausnahmebestimmungen ausreichend Möglichkeiten, um dem Schutz schützenswerter öffentlicher und privater Interessen und insbesondere auch dem Schutz der Privatsphäre betroffener Mitarbeitender hinreichend Rechnung zu tragen. Insbesondere müssen nach Artikel 9 Absatz 1 BGÖ amtliche Dokumente, die Personendaten enthalten, nach Möglichkeit vor der Einsichtnahme anonymisiert werden.

Schliesslich ist darauf hinzuweisen, dass die Veröffentlichung sicherheitsrelevanter Ereignisse durch die Unternehmen auch Teil einer Kultur der Transparenz sein kann, welche das Vertrauen der Öffentlichkeit stärkt, dass die Aufsichtssysteme funktionieren und die fehlbaren Personen in verantwortungsvoller Weise für ihre Fehler geradestehen.

¹⁵² Vgl. dazu die Rechtsprechung des Bundesgerichts, z. B. in BGE 142 II 313 E. 3.1. Ebenso die Botschaft des Bundesrates vom 12. Februar 2003 zum Öffentlichkeitsgesetz in BBl 2003 1963, 1973.

¹⁵³ Siehe dazu die Medienmitteilung des EJPD vom 15. Mai 2019 «Keine Revision des Öffentlichkeitsgesetzes» (abrufbar unter www.ejpd.admin.ch > Aktuell > Medienmitteilungen); die einzige vom Gesetzgeber zugelassene Ausnahme findet sich im Bereich des öffentlichen Verkehrs (vgl. Art. 14a Abs. 2 EBG, Art. 24e Abs. 2 SebG, Art. 52a Abs. 2 PBG sowie Art. 15b Abs. 2 BSG).

6.12 Zwischenfazit

Die Prüfung der Optionen, wie die Fehlerkultur im schweizerischen Recht besser verwirklicht werden kann, lässt die folgenden Schlussfolgerungen zu:

- Es gibt verschiedene Schutzmechanismen, die in verschiedenen Phasen des Prozesses in Betracht kommen können, um die von einer Meldung betroffenen Personen zu schützen: bereits innerhalb des Unternehmens, in der Beziehung zur Aufsichtsbehörde oder später in einem möglichen Straf- oder Zivilverfahren.
- Einige der geprüften Optionen stehen in einem Spannungsverhältnis mit grundlegenden Prinzipien des schweizerischen Rechtssystems. Nach Ansicht des Bundesrates ist es beispielsweise nicht angebracht, zusätzliche Ausnahmen von der Strafverfolgungspflicht bei Verstössen gegen das StGB vorzusehen (s. Ziff. 6.2) oder den Zugang der Strafverfolgungsbehörden zu Informationen in staatlichen Meldesystemen zu beschränken (s. Ziff. 6.5). Damit der Anspruch der geschädigten Person auf Ersatz des erlittenen Schadens gewährleistet bleibt, sollten zudem weder die zivilrechtliche Haftung der fehlbaren Person (s. Ziff. 6.9) noch das Beweisrecht der geschädigten Person eingeschränkt werden (s. Ziff. 6.10). Von daher sind Änderungen in allgemeinen Gesetzen, wie dem StGB, der StPO, dem OR, der ZPO oder dem VwVG, ebenso wenig angebracht wie Ausnahmen zu den genannten Aspekten in der Spezialgesetzgebung. Das BJ prüft hingegen im Rahmen der Umsetzung der Motion Caroni 14.4122 «Für ein modernes Verwaltungsstrafrecht», ob eine Ausnahme von der Strafverfolgungspflicht vorgesehen werden kann, die spezifisch im Verwaltungsstrafrecht Anwendung finden würde.
- Denkbar ist, der Fehlerkultur punktuell und bereichsweise grösseres Gewicht zu verleihen. Dies mit Bestimmungen, welche die Einhaltung des Grundsatzes, sich in einem Strafverfahren nicht selbst belasten zu müssen, sicherstellen (s. Ziff. 6.4). In Frage kommen auch punktuelle Einschränkungen der Anzeigepflicht der Aufsichtsbehörden (s. Ziff. 6.6) sowie Bestimmungen, welche die Verwendung von Informationen aus Meldesystemen in einem Verwaltungsverfahren vor der Aufsichtsbehörde regeln (s. Ziff. 6.7). Im Übrigen sieht bereits das geltende Recht in gewissen hochsicherheitsrelevanten Bereichen einschlägige Lösungen vor.
- In künftigen sektoriellen Gesetzgebungsprojekten könnte die Abschaffung von bestimmten Gefährdungstatbeständen geprüft werden, die im Kernstrafrecht, im Nebenstrafrecht oder im Verwaltungsstrafrecht vorgesehen sind. Dabei wäre unter anderem auch zu prüfen, ob die Strafbarkeit von natürlichen Personen durch eine Verwaltungssanktion gegen Unternehmen ersetzt werden könnte (s. Ziff. 6.3).
- Schliesslich sollte bei künftigen Gesetzgebungsprojekten geprüft werden, ob in gewissen Fällen auf die Bestrafung von Fahrlässigkeit zu verzichten ist (s. Ziff. 6.3).

7 Fazit

Das Postulat RK-S beauftragt den Bundesrat zu prüfen, wie in der Aviatik, im Gesundheitswesen und in anderen hochsicherheitsrelevanten Bereichen das Prinzip der Redlichkeitskultur oder der positiven Fehlerkultur im schweizerischen Recht als generelles Prinzip eingeführt werden kann. Der vorliegende Bericht hat vor allem gezeigt, dass die Einführung einer Fehlerkultur massgeblich dazu beitragen kann, die Sicherheit von Systemen in Hochsicherheitsbereichen zu erhöhen, indem aus Fehlern gelernt wird. Aus den Arbeiten geht zudem hervor, dass die Fehlerkultur für die betroffenen Kreise ein zentrales Anliegen ist. Insbesondere besteht das Bedürfnis, den Gedanken in den verschiedenen hochsicherheitsrelevanten Bereichen verstärkt umzusetzen; dies gilt vor allem für die Umsetzung auf gesetzlicher Ebene. Der Bundesrat teilt diese Ansicht, unter Vorbehalt der folgenden Ausführungen:

Aufgrund der bereichsspezifischen Besonderheiten und der unterschiedlichen Regelwerke kann die Idee der Fehlerkultur nicht, wie es das Postulat verlangt, als allgemeines, bereichsübergreifendes Prinzip in das Rechtssystem eingeführt werden. Die Ergebnisse der externen Studie bestärken diesen Befund. Tatsächlich hat keiner der untersuchten Staaten den Gedanken der Fehlerkultur allgemein und bereichsübergreifend verwirklicht. Vielmehr sollte ein bereichsspezifischer Ansatz verfolgt werden. In Bereichen, in denen ein gesetzgeberischer Handlungsbedarf besteht, muss die Regelung nach Ansicht des Bundesrates den folgenden Leitsätzen Rechnung tragen:

- Es muss ein Meldeverfahren eingeführt und eine Stelle mit der Entgegennahme und Bearbeitung der Meldungen beauftragt werden.
- Die Art der meldepflichtigen Ereignisse muss festgelegt werden.
- Der Verzicht auf die Strafbarkeit der fahrlässigen Tatbegehung ist im Einzelfall vertieft zu prüfen (s. Ziff. 6.3).
- Der Grundsatz, wonach sich in einem Strafverfahren niemand selbst belasten muss, ist zu beachten (s. Ziff. 6.4).
- Punktueller Einschränkungen der Anzeigepflichten der Aufsichtsbehörden sind zu erwägen (s. Ziff. 6.6).
- Es ist zu regeln, wie Informationen, die in Meldesystemen enthalten sind, in einem Verwaltungsverfahren vor der Aufsichtsbehörde verwendet werden können (s. Ziff. 6.7).

So wichtig es ist, ausgewogene Lösungen zu finden, um sicherzustellen, dass möglichst viele Informationen gemeldet werden, so müssen auch gewisse grundlegende Prinzipien des schweizerischen Rechtssystems respektiert werden. Dazu gehört insbesondere, die Interessen der Personen zu wahren, die durch ein Fehlverhalten geschädigt wurden, die gleichmässige Durchsetzung des staatlichen Strafanspruchs zu garantieren und die Gleichbehandlung in der Strafverfolgung sicherzustellen.

Die Arbeiten haben insbesondere gezeigt, dass es nicht angebracht ist, neue allgemeine Ausnahmen von der Strafverfolgungspflicht bei Verstössen gegen das StGB vorzusehen (s. Ziff. 6.2) oder den Zugang der Strafverfolgungsbehörden zu Informationen in staatlichen Meldesystemen zu beschränken (s. Ziff. 6.5). Solche Lösungen stehen in einem Spannungsverhältnis mit grundlegenden Prinzipien des schweizerischen Rechtssystems. In künftigen sektoriellen Gesetzgebungsprojekten könnte jedoch die Abschaffung bestimmter Gefährdungstatbestände geprüft werden, die im Kernstrafrecht, im Nebenstrafrecht oder im Verwaltungsstrafrecht vorgesehen sind (s. Ziff. 6.3). Wie bereits erwähnt (s. Ziff. 6.2.3), prüft das BJ zudem die Möglichkeit, eine Ausnahme von der Strafverfolgungspflicht speziell für das Verwaltungsstrafrecht vorzusehen.

Nach Auffassung des Bundesrates besteht auch ein Handlungsbedarf bei der praktischen Umsetzung der Fehlerkultur: Sie muss in den Unternehmen tatsächlich und umfassend gelebt werden. Deshalb ist es wichtig, bestehende Strukturen zu erhalten und der Fehlerkultur durch die folgenden Massnahmen grösseres Gewicht zu verleihen:

- Die Fehlerkultur muss Teil eines Gesamtkonzepts einer Sicherheitskultur werden. Zudem müssen die Unternehmen dafür sorgen, dass ein Vertrauensklima geschaffen wird. Das bedingt, dass sich die Mitarbeitenden bewusst sind, sicherheitsrelevante Tätigkeiten auszuüben, und sie die Gewissheit haben, dass das Unternehmen, insbesondere dessen Leitung, der Sicherheit einen hohen Stellenwert beimisst. Sowohl die Hierarchie als auch die Mitarbeitenden müssen eine generelle Bereitschaft zeigen, Informationen über sicherheitsrelevante Ereignisse weiterzugeben und zu erhalten und aus diesen Ereignissen zu lernen. Wie in Ziffer 6.8 ausgeführt, verfügen die Unternehmen über einen ausreichenden

Handlungsspielraum (Privatautonomie), um die Frage zu regeln, wie Fehler geahndet werden sollen. So können sie von sich aus entscheiden, die Fehlerkultur zu fördern. Schliesslich trägt ein transparenter Umgang mit Fehlern, auch gegenüber der Öffentlichkeit, zu einem Klima des Vertrauens bei, das sowohl den Unternehmen als auch dem Staat nützt.

- Die gemeldeten Informationen müssen unbedingt analysiert werden, damit daraus Lehren gezogen werden können. Es ist daher von grundlegender Bedeutung, dass die zuständigen Behörden die übermittelten Daten verarbeiten, die notwendigen präventiven Massnahmen ergreifen und die gewonnenen Erkenntnisse an die Beteiligten weitergeben, damit die Qualität des gesamten Systems verbessert werden kann.



9 décembre 2022

Culture de l'erreur : possibilités et limites de son ancrage juridique

Rapport du Conseil fédéral
donnant suite au postulat 20.3463 (CAJ-E)
du 25.05.2020



Table des matières

1	Point de départ.....	6
1.1	Mandat	6
1.2	Contexte et affaires connexes	6
1.2.1	Dans le domaine de l'aviation civile	6
1.2.2	Dans le domaine de la santé	6
1.2.3	Dans le domaine de la cybersécurité et de la protection des données.....	7
1.3	Organisation des travaux.....	7
1.3.1	Création d'un groupe de travail.....	7
1.3.2	Mandat externe	8
2	L'idée de culture de l'erreur	8
2.1	La culture de l'erreur du point de vue de la science de la sécurité.....	8
2.1.1	Notion.....	8
2.1.2	Domaines relevant de la haute sécurité.....	9
2.1.3	Efficacité d'une culture de l'erreur	9
2.2	La culture de l'erreur du point de vue du droit.....	10
2.2.1	Introduction	10
2.2.2	Système de comptes rendus	10
2.2.3	Mécanisme de protection	10
2.2.4	Distinction entre culture de l'erreur et « <i>whistleblowing</i> ».....	11
2.3	La culture de l'erreur entre la compétence en matière de poursuite pénale de l'État et les intérêts des parties lésées.....	12
2.3.1	Fonction du droit.....	12
2.3.2	Droit pénal et risques systémiques	12
2.3.3	Aspects de droit privé	14
3	Culture de l'erreur en droit suisse.....	14
3.1	Introduction	14
3.2	Domaines ayant mis en place un système de comptes rendus et un mécanisme de protection	15
3.2.1	Aviation civile	15
3.2.1.1	Introduction	15
3.2.1.2	Système de comptes rendus	16
3.2.1.3	Mécanisme de protection.....	18
3.2.2	Transports publics	22
3.2.3	Autres domaines relevant de la haute sécurité	23
3.3	Domaines ayant mis en place un système de comptes rendus sans mécanisme de protection	23
3.3.1	Système de santé publique (traitements médicaux et prestations de santé).....	23
3.3.2	Autres domaines relevant de la haute sécurité	25
3.4	Conclusions intermédiaires	25
4	Culture de l'erreur dans le droit étranger.....	26
4.1	En général.....	26
4.2	Mécanismes de protection pour les personnes qui déclarent	26
4.2.1	Confidentialité des informations notifiées au centre de traitement	26
4.2.2	Confidentialité des informations notifiées à l'organe chargé de mener les enquêtes de sécurité	28

4.2.3	Autres mécanismes de protection	29
4.3	Conclusions intermédiaires	29
5	Culture de l'erreur du point de vue des milieux concernés.....	29
5.1	Introduction	29
5.2	Champs d'action du point de vue des milieux concernés.....	30
5.2.1	Dépendance des centres de traitement externes.....	30
5.2.2	Délimitation entre la culture de l'erreur et le droit pénal	30
5.2.3	Qualification des infractions en relation avec les limites de la culture de l'erreur	31
5.2.4	Financement des systèmes de comptes rendus	31
5.3	Conclusions intermédiaires	31
6	Appréciation du Conseil fédéral	31
6.1	Généralités.....	31
6.2	Principe de légalité en droit pénal et obligation de poursuite	34
6.2.1	Absence d'intérêt à punir selon l'art. 52 CP	34
6.2.2	Réparation selon l'art. 53 CP.....	37
6.2.3	Abrogation du caractère impératif de la poursuite dans les lois spéciales	38
6.3	Commission d'infractions de mise en danger par négligence	39
6.3.1	Entraves à la circulation publique selon les art. 237 s. CP.....	39
6.3.2	Autres infractions de mise en danger par négligence dans le droit pénal accessoire	41
6.3.3	Autres options à examiner dans le cadre de futurs projets législatifs sectoriels	41
6.4	Protection contre l'auto-incrimination dans le droit de la procédure pénale.....	42
6.5	Production de dossiers d'autres autorités dans la procédure pénale	43
6.6	Obligation de dénoncer de l'autorité chargée de recevoir les comptes rendus	45
6.7	Mesures relevant du droit de la surveillance	46
6.8	Aspects relevant du droit du travail.....	47
6.9	Responsabilité civile	48
6.10	Accès aux informations par les tribunaux civils.....	49
6.11	Accès à des documents officiels selon la LTrans.....	50
6.12	Conclusions intermédiaires	51
7	Conclusion	52

Résumé

Le 25 mai 2020, la Commission des affaires juridiques du Conseil des États (ci-après « CAJ-E ») a déposé le postulat 20.3463 « Introduire la culture juste dans le droit suisse » (ci-après « postulat CAJ-E »). Le Conseil fédéral est chargé de déterminer comment introduire la culture juste ou la culture positive de l'erreur comme principe général dans le droit suisse s'appliquant à l'aviation, à la santé et à d'autres domaines relevant de la haute sécurité.

Aux fins de l'élaboration du présent rapport, l'Office fédéral de la justice (OFJ) a confié à la Foundation for Aviation Competence (FFAC) le mandat d'examiner certaines questions soulevées par le postulat CAJ-E concernant la situation juridique à l'étranger et l'analyse du point de vue des milieux concernés (voir ch. 1.3.2, ch. 3 et ch. 5).

L'idée de culture de l'erreur est issue de la science de la sécurité (voir ch. 2.1). Il s'agit d'une culture de la confiance dans le cadre de laquelle les collaborateurs d'une entreprise peuvent signaler un comportement fautif en lien avec la sécurité sans avoir à craindre des conséquences négatives telles qu'une poursuite pénale ou un licenciement. L'idée de culture de l'erreur ne vise toutefois pas à inciter les collaborateurs à agir de manière négligente: quiconque viole intentionnellement ou gravement son devoir de diligence peut et doit continuer à être tenu pour responsable sur le plan juridique.

La mise en œuvre de la culture de l'erreur présuppose que les événements en lien avec la sécurité soient notifiés à un service déterminé et soient évalués par celui-ci afin de créer les bases d'un apprentissage préventif fondé sur les erreurs passées. Le législateur peut contribuer à la réalisation d'une culture de l'erreur en prévoyant la mise en place d'un système de déclaration avec, en parallèle, la création de mécanismes de protection adéquats et équilibrés pour les personnes qui déclarent leurs erreurs ou qui sont concernées par une déclaration (voir ch. 2.2). Il y a lieu en particulier de tenir compte qu'un tel mécanisme de protection peut se trouver dans un rapport de tension avec la compétence en matière de poursuite pénale de l'État et les intérêts des victimes (voir ch. 2.3).

L'examen de la situation juridique en Suisse (voir ch. 3.) a permis de démontrer que des dispositions ancrant au niveau législatif l'idée de culture de l'erreur existent déjà, notamment dans le domaine de l'aviation civile. Il en ressort en outre que des solutions adaptées pour assurer la déclaration systématique d'événements en lien avec la sécurité ont été trouvées. Il ressort toutefois également que les systèmes de comptes rendus ne sont pas réglés de manière uniforme dans les différents secteurs.

L'étude externe (voir ch. 5) a permis de montrer qu'il existe pour les milieux concernés un besoin de réaliser davantage l'idée de culture de l'erreur dans les différents domaines relevant de la haute sécurité, notamment au niveau législatif. Le Conseil fédéral partage cet avis, sous réserve des considérations suivantes (voir aussi ch. 7).

En raison des spécificités sectorielles et des régimes différents mis en place, l'idée de culture de l'erreur ne peut pas être introduite dans le système juridique en tant que principe général et transversal comme le demande le postulat. Les résultats de l'étude externe renforcent ces conclusions (voir ch. 4). En effet, aucun des États examinés n'a réalisé l'idée de culture de l'erreur de manière générale et transversale. Il y a lieu de privilégier plutôt une approche sectorielle. Dans les domaines où il existe un besoin de légiférer, le Conseil

fédéral considère que la réglementation doit tenir compte notamment des principes directeurs suivants :

- La mise en place d'une procédure de comptes rendus et la désignation d'un organe chargé de recevoir et de traiter les annonces.
- La définition du type d'événements à déclarer.
- L'examen approfondi de l'opportunité de renoncer dans certains cas à punir la négligence (voir ch. 6.3).
- Le respect du principe de ne pas s'auto-incriminer dans le cadre d'une procédure pénale (voir ch. 6.4).
- Des limitations ponctuelles des obligations de dénoncer des autorités de surveillance (voir ch. 6.6).
- Une réglementation de l'utilisation des informations contenues dans les systèmes de comptes rendus dans le cadre d'une procédure administrative devant l'autorité de surveillance (voir ch. 6.7).

S'il est primordial de trouver des solutions équilibrées afin de garantir que le plus grand nombre d'informations soient notifiées, il y a lieu de respecter, en parallèle, certains principes fondamentaux du système juridique suisse. Il s'agit en particulier de veiller aux intérêts des personnes qui ont subi un dommage à cause d'un comportement fautif, de garantir l'exercice uniforme de l'action publique ainsi que d'assurer l'égalité de traitement dans le cadre de la poursuite pénale.

Les travaux ont ainsi montré qu'il n'est pas opportun de prévoir de nouvelles exceptions générales à l'obligation de poursuivre pénalement (voir ch. 6.2) ou de limiter l'accès des autorités de poursuite pénale aux informations contenues dans les systèmes de comptes rendus étatiques (voir ch. 6.5). De telles solutions se trouvent en effet dans un rapport de tension avec des principes fondamentaux du système juridique suisse. Il serait toutefois envisageable d'examiner dans le cadre de futurs projets législatifs sectoriels la possibilité d'abolir certaines infractions de mise en danger (voir ch. 6.3).

De l'avis du Conseil fédéral, il existe également un besoin d'agir au niveau de la mise en œuvre de la culture de l'erreur, en ce sens qu'il est essentiel que celle-ci soit vécue pleinement au sein des entreprises concernées. Il est ainsi primordial d'entretenir les structures existantes et de renforcer cette culture en l'intégrant dans un concept de culture de la sécurité global et en s'assurant que les informations notifiées fassent impérativement l'objet d'une analyse afin que des enseignements puissent en être tirés.

1 Point de départ

1.1 Mandat

Le 25 mai 2020, la Commission des affaires juridiques du Conseil des États (ci-après « CAJ-E ») a déposé le postulat 20.3463 « Introduire la culture juste dans le droit suisse » (ci-après « postulat CAJ-E »). Le 19 août 2020, le Conseil fédéral a proposé son acceptation. Le postulat a été adopté le 23 septembre 2020 par le Conseil des États.

Le texte déposé est le suivant :

« Le Conseil fédéral est chargé de déterminer comment introduire la culture juste ou la culture positive de l'erreur comme principe général dans le droit suisse s'appliquant à l'aviation, à la santé et à d'autres domaines relevant de la haute sécurité. »

Dans le cadre du présent rapport, la culture juste ou la culture positive de l'erreur est désignée par le terme « culture de l'erreur ».

1.2 Contexte et affaires connexes

1.2.1 Dans le domaine de l'aviation civile

Le postulat 20.3463 découle de l'initiative parlementaire Rutz 19.478 « Instaurer la culture de l'aveu pour améliorer la sécurité collective » (ci-après initiative parlementaire Rutz) qui visait à réaliser davantage l'idée de culture de l'erreur dans le domaine de l'aviation civile à travers des modifications du code pénal (CP)¹ et de la loi fédérale du 21 décembre 1948 sur l'aviation (LA)². La Commission des affaires juridiques du Conseil national (ci-après « CAJ-N ») a, dans un premier temps, donné suite à l'initiative par 22 voix contre 0 et 1 abstention. La CAJ-E a par contre rejeté l'initiative par 7 voix contre 4 et 2 abstentions et a décidé de déposer le présent postulat. Suite à la décision de sa commission sœur, la CAJ-N a décidé de soutenir ce postulat et de ne pas donner suite à l'initiative parlementaire Rutz. Le 9 mars 2021, l'initiative a été retirée.

L'initiative parlementaire Rutz peut être mise en lien avec un arrêt du Tribunal fédéral datant de 2019³. Dans cet arrêt, le Tribunal fédéral a condamné un contrôleur aérien pour entrave à la circulation publique au sens de l'art. 237 CP. Ledit contrôleur avait confondu les messages radio de deux avions, ce qui a entraîné un rapprochement dangereux de deux appareils dans son secteur. L'incident n'a entraîné aucun dommage matériel ou corporel. Cet arrêt a suscité de fortes critiques dans le domaine de l'aviation civile du fait que de telles condamnations empêcheraient la réalisation de la culture de l'erreur⁴.

1.2.2 Dans le domaine de la santé

La motion Humbel 18.4210 « Systèmes d'apprentissage mis en place dans les hôpitaux pour éviter des erreurs. Protéger la confidentialité » (ci-après « motion Humbel ») charge le Conseil fédéral de créer une base légale protégeant la confidentialité des systèmes de rapport et d'apprentissage utilisés dans les hôpitaux. Pour déterminer s'il existe un besoin d'agir dans

¹ RS 311.0

² RS 748.0

³ Arrêt du Tribunal fédéral 6B_1220/2018 du 27 juin 2019.

⁴ Des informations supplémentaires concernant cet arrêt se trouvent au ch. 6.3.1.

ce domaine, une expertise externe portant sur ce thème a été effectuée sur mandat de l'Office fédéral de la santé publique (OFSP)⁵. La motion a par la suite été adoptée par le Parlement, le 29 octobre 2020 par le Conseil national et le 21 septembre 2021 par le Conseil des États.

La motion Humbel peut aussi être mise en lien avec un arrêt du Tribunal fédéral. En 2016, ce dernier a en effet décidé que les autorités de poursuite pénale pouvaient avoir accès aux informations contenues dans un système de rapport et d'apprentissage, ces informations n'étant pas soumises au secret professionnel⁶.

La motion 17.3974 « Prévention et gestion des dommages lors de traitements médicaux », déposée par la Commission de la sécurité sociale et de la santé publique du Conseil national, charge en outre le Conseil fédéral de prendre des mesures visant à renforcer la protection des dommages, telles que le renforcement et l'introduction à large échelle d'une culture constructive en matière de sécurité et de traitement des erreurs.

1.2.3 Dans le domaine de la cybersécurité et de la protection des données

Le 12 janvier 2022, le Conseil fédéral a ouvert la procédure de consultation sur l'avant-projet de modification de la loi du 18 décembre 2020 sur la sécurité de l'information relatif à l'introduction d'une obligation de signaler les cyberattaques contre les infrastructures critiques. Cet avant-projet crée les bases légales nécessaires à l'introduction de l'obligation de signalement et définit les tâches du Centre national pour la cybersécurité (NCSC), qu'il institue comme guichet de signalement des cyberattaques.

Ce projet présente uniquement un lien éloigné avec le postulat CAJ-E, en particulier lorsqu'un cyberincident a été (en partie) rendu possible par un comportement fautif de l'exploitant de l'infrastructure critique ou d'un de ses collaborateurs. Dans ce projet, l'accent n'est en effet pas mis sur le comportement fautif éventuel des auteurs du signalement ou des assujettis à l'obligation de signaler. Il se concentre plutôt sur le mode opératoire des cyberattaquants ainsi que les effets de la cyberattaque sur la cybersécurité des infrastructures critiques. Par ailleurs, dans le domaine de la cybersécurité, des normes techniques ou organisationnelles contraignantes ne sont connues que dans quelques domaines spécifiques. Il n'existe ainsi guère de comportements fautifs objectivement constatables.

Il est enfin à relever que la nouvelle loi du 25 septembre 2020 sur la protection des données (nLPD)⁷ prévoit pour sa part une obligation d'annoncer des violations de la sécurité des données au Préposé fédéral à la protection des données et à la transparence (PFPDT; voir art. 24 nLPD).

1.3 Organisation des travaux

1.3.1 Création d'un groupe de travail

Le Conseil fédéral a chargé le Département fédéral de justice et police (DFJP) de l'exécution des travaux. Ce dernier a donné le mandat à l'Office fédéral de la justice (OFJ) de préparer le

⁵ Thomas Gächter/Kerstin Noëlle Vokinger, Berichtssysteme in Spitälern – Rechtsfragen rund um den Schutz von Berichts- und Lernsystemen in Spitälern vor gerichtlichem Zugriff du 26 mai 2020. L'expertise peut être consultée à l'adresse suivante: www.bag.admin.ch > Assurances > Assurance-maladie > Développement de la qualité en Suisse > Expertise – Systèmes de rapport et d'apprentissage dans les hôpitaux (en allemand).

⁶ Arrêt du Tribunal fédéral 1B_289/2016 du 8 décembre 2016.

⁷ FF 2020 7397

présent rapport, en collaboration avec un groupe de travail composé de membres représentant l'OFJ, l'Armée suisse, l'OFSP, Swissmedic, l'Office fédéral de l'énergie (OFEN), l'Office fédéral des transports (OFT), l'Office fédéral de l'aviation civile (OFAC), le Service suisse d'enquête de sécurité (SESE) et l'Inspection fédérale de la sécurité nucléaire (IFSN). Afin de tenir compte de la perspective des autorités de poursuite pénale, la Conférence des procureurs de Suisse (CPS) a également pris part au groupe de travail.

1.3.2 Mandat externe

Aux fins de l'élaboration du présent rapport, l'OFJ a confié à la Foundation for Aviation Competence (FFAC) le mandat d'examiner certaines questions soulevées par le postulat CAJ-E concernant la situation juridique à l'étranger et l'analyse du point de vue des milieux concernés.

Le 18 janvier 2022, la FFAC a remis son rapport final intitulé « Forschungsstudie zur Just Culture » (ci-après « étude externe »)⁸. Les résultats de l'étude externe sont exposés sous ch. 4 et 5.

2 L'idée de culture de l'erreur

2.1 La culture de l'erreur du point de vue de la science de la sécurité

2.1.1 Notion

La notion de « culture de l'erreur » est issue de la « science de la sécurité » (« *safety science* »), qui étudie, dans une perspective multidisciplinaire, la manière dont la sécurité⁹ peut être garantie dans les domaines les plus divers¹⁰. La culture de l'erreur, également appelée « culture juste » ou, en anglais, « *just culture* », décrit une culture de la confiance dans le cadre de laquelle les collaborateurs d'une organisation peuvent signaler un comportement fautif relevant de la sécurité sans avoir à craindre dans tous les cas des conséquences négatives telles que de possibles poursuites pénales ou un éventuel licenciement.

Une culture de l'erreur implique la mise en place d'un système de comptes rendus dans lequel les collaborateurs peuvent signaler les comportements fautifs relevant de la sécurité. Il est également possible de prévoir une obligation de signaler. Le système de comptes rendus sert à collecter les informations sur les comportements fautifs relevant de la sécurité afin de les analyser et d'éviter à l'avenir des erreurs identiques ou similaires. L'idée de la culture de l'erreur n'est pas de sanctionner les erreurs individuellement, mais de les utiliser comme des opportunités pour l'ensemble de l'organisation de tirer des enseignements et d'améliorer la sécurité à titre préventif. Une « culture juste » s'oppose ainsi à une « culture du blâme » (« *blame culture* »), dans laquelle on réagit aux erreurs par des reproches individuels à leur auteur et par des sanctions¹¹. La mise en œuvre d'une culture de l'erreur implique donc que les personnes qui signalent un comportement fautif relevant de la sécurité soient protégées contre les conséquences négatives de leur signalement.

⁸ L'étude externe est disponible à l'adresse suivante: www.ofj.admin.ch > Publications & services > Rapports et avis de droit externes > Forschungsstudie zur Just Culture.

⁹ Le terme de sécurité peut revêtir différentes significations. Dans le présent document, il est à comprendre dans un sens technique et opérationnel. La sécurité est garantie dans le cas suivant : la probabilité que les processus opérationnels d'une organisation entraînent un dommage matériel ou corporel se situe en dessous d'un niveau acceptable. Voir à ce sujet Raphael Widmer-Kaufmann, Die Flugunfalluntersuchung nach Schweizerischem Recht, Saint-Gall 2021, p. 125 ss.

¹⁰ Pour en apprendre davantage sur le champ d'étude de la « *safety science* » : Terje Aven, What is Safety Science, Safety Science 67 (2014), p. 15 ss.

¹¹ Naresh Khatri/Gordon D. Brown/Lanis L. Hicks, From a blame culture to a just culture in health care, Health Care Manage Rev, 2009, 34(4), p. 314 s.

Mais l'idée de la culture de l'erreur a également pour dimension centrale de ne pas inciter à agir sans précaution. Les collaborateurs qui commettent des violations intentionnelles ou graves de leur devoir de diligence peuvent et doivent continuer à être tenus légalement responsables et sanctionnés. La protection juridique des personnes qui signalent des erreurs doit donc rester limitée aux erreurs commises de bonne foi (« *honest mistakes* »), mais cette protection peut, selon la conception de la culture de l'erreur, ne pas s'appliquer si l'erreur commise de bonne foi a entraîné des dommages corporels ou matériels ou s'il y a eu une violation intentionnelle ou grave du devoir de diligence. Pour déterminer si une erreur a été commise de bonne foi ou non, on tiendra compte de la formation, de l'expérience, des capacités de la personne fautive et des circonstances concrètes de l'incident¹². Dans tous les cas, même en cas d'erreurs commises de bonne foi, les collaborateurs restent responsables de leurs actes dans la mesure où ils doivent apprendre de leurs erreurs et contribuer activement à l'amélioration de la sécurité dans leur domaine de responsabilité.

Pour qu'il soit effectivement possible de parvenir à une amélioration de la sécurité, la culture de l'erreur au sein d'une organisation doit être incorporée dans une culture de la sécurité globale. Cela implique notamment que les collaborateurs soient conscients de leurs activités relevant de la sécurité et qu'ils aient la certitude qu'au sein de l'organisation, la direction en particulier accorde une grande importance à la sécurité (il est possible et souhaitable de parler de la sécurité et des problèmes de sécurité). Il faut, tant du haut vers le bas que du bas vers le haut de la chaîne hiérarchique, que tous soient de manière générale disposés à transmettre et à recevoir des informations sur les situations et les événements relevant de la sécurité, à en tirer des enseignements et à agir en conséquence. Un signalement non sanctionné d'événements relevant de la sécurité n'est qu'un aspect qui peut influencer positivement la volonté de transmettre des informations.

2.1.2 Domaines relevant de la haute sécurité

Il n'existe pas de définition absolue de la notion de « domaine relevant de la haute sécurité ». Les domaines relevant de la haute sécurité se caractérisent par le fait qu'ils représentent un danger pour des biens juridiques de grande valeur (vie et intégrité corporelle), qu'ils mettent en danger un nombre potentiellement élevé de personnes et qu'ils impliquent une interaction complexe entre l'être humain et la technique. Souvent, les domaines relevant de la haute sécurité se caractérisent encore par le fait que des organisations à haute fiabilité (« *high reliability organizations* ») y opèrent. Il s'agit d'organisations qui, bien que travaillant dans des domaines complexes et à haut risque, connaissent relativement peu d'accidents ou d'incidents. Les compagnies aériennes, le contrôle aérien, les centrales nucléaires ou encore les hôpitaux en sont des exemples typiques¹³. Une caractéristique de ces organisations à haute fiabilité est qu'elles disposent d'une culture leur permettant d'apprendre continuellement de leurs erreurs¹⁴.

2.1.3 Efficacité d'une culture de l'erreur

Il est difficile d'avancer des chiffres exacts quant à l'efficacité d'une culture de l'erreur, car il n'est pas facile de déterminer combien d'accidents ou d'autres événements relevant de la sécurité peuvent être évités grâce à une notification proactive des erreurs. Une enquête menée

¹² Pour approfondir la notion de « *just culture* », voir l'étude externe, p. 34 ss, ainsi que l'ouvrage fondamental Sidney Dekker, *Just Culture : Balancing Safety and Accountability*, 3^e édition, CRC Press 2017.

¹³ À ce sujet, voir p. ex. Karlene H. Roberts, *Some Characteristics of One Type of High Reliability Organization*, *Organization Science*, 2 (1990), p. 160 ss.

¹⁴ Allan S. Frankel/Michael W. Leonard/Charles R. Denham, *Fair and Just Culture, Team Behavior, and Leadership Engagement : The Tools to Achieve High Reliability*, *Health Service Research* Volume 41 2006, p. 1690 ss.

auprès des autorités de surveillance de la Confédération qui supervisent des organisations actives dans des domaines relevant de la haute sécurité (p. ex. l'OFAC, l'OFT et l'IFSN) a toutefois révélé que ces autorités spécialisées sont convaincues que l'instauration d'une culture de l'erreur conduit à une sécurité accrue. Cette appréciation ressort également d'une analyse réalisée par une équipe d'experts externes portant sur l'avis des milieux concernés (cf. ch. 5)¹⁵. On peut donc partir du principe qu'une culture de l'erreur telle que décrite ci-dessus aura un effet positif sur la volonté de notifier les incidents et que, comparativement, davantage d'événements relevant de la sécurité seront connus. Il est ainsi possible de tirer des enseignements des erreurs commises. Ce gain potentiel de sécurité peut toutefois entrer en conflit avec une éventuelle compétence en matière de poursuite pénale de l'État et avec les intérêts des victimes à la réparation du dommage (voir ch. 2.3).

2.2 La culture de l'erreur du point de vue du droit

2.2.1 Introduction

Le droit peut favoriser l'émergence d'une culture de l'erreur en créant un cadre juridique favorable. En particulier, il peut mettre en place les deux éléments suivants : un système de comptes rendus et un mécanisme de protection pour la personne qui utilise ce système de comptes rendus. Le cas échéant, le mécanisme de protection devrait également jouer en faveur d'autres personnes concernées par un compte rendu.

2.2.2 Système de comptes rendus

La réglementation de la procédure de comptes rendus doit déterminer s'il existe un droit ou une obligation (sanctionnée) de signaler des comportements fautifs relevant de la sécurité et quel type de comportement fautif relevant de la sécurité est soumis au droit ou à l'obligation de signaler. En outre, il convient de désigner l'autorité chargée de recevoir les comptes rendus et de définir son organisation. Il convient notamment de préciser si cette autorité se trouve au sein et/ou en dehors de l'organisation concernée par le compte rendu et s'il s'agit d'une autorité publique ou d'une organisation privée. Enfin, il y a également lieu de définir la finalité pour laquelle les informations sont collectées, de quelle manière elles sont traitées et comment les connaissances acquises sont communiquées vers l'extérieur.

2.2.3 Mécanisme de protection

Dans la pratique, il est préférable de recourir à une procédure de comptes rendus des comportements fautifs relevant de la sécurité lorsque le notifiant sait que lui-même ou d'autres personnes concernées par le compte rendu ne doivent pas craindre de conséquences négatives en raison de leur compte rendu. Entrent typiquement en ligne de compte :

- des conséquences relevant du droit du travail, telles que le licenciement par l'employeur pour comportement fautif, ainsi que les conséquences de droit des contrats ou de responsabilité en cas de dommages corporels ou matériels ;
- des conséquences relevant du droit de la surveillance, notamment le retrait de la licence ou de l'autorisation par l'autorité de surveillance ;
- des conséquences relevant du droit pénal, en fonction du domaine d'activité concerné (p. ex. mise en danger de la circulation publique [art. 237 CP] dans l'aviation civile, lésions corporelles dans le domaine de la santé).

¹⁵ Étude externe, p. 97 ss. Voir notamment les réponses à la question matérielle 6 posée lors des entretiens.

Les approches possibles pour un mécanisme de protection au sens de la culture de l'erreur sont par conséquent très variées. La conception du mécanisme de protection dépend essentiellement du régime de comptes rendus mis en place. Comme nous le verrons plus loin, il existe de grandes différences entre les domaines (ch. 3). Le domaine de l'aviation, par exemple, connaît une procédure de comptes rendus différenciée ainsi que divers mécanismes de protection¹⁶. En revanche, d'autres domaines relevant de la haute sécurité ne connaissent pas de mécanismes de protection ou, du moins, ces mécanismes y sont moins étendus. De tels mécanismes peuvent en outre entrer en ligne de compte à différents stades du processus : au sein de l'entreprise déjà, au niveau de la relation avec l'autorité de surveillance ou, subséquemment, dans le cadre d'une éventuelle procédure pénale ou civile.

L'initiative parlementaire Rutz et la motion Humbel, de même que la littérature spécialisée¹⁷ avancent diverses propositions visant à améliorer la protection des personnes soumises à l'obligation de signaler ou celle des données signalées dans le sens de la culture de l'erreur. Il s'agit par exemple de l'exemption partielle de peine, de l'adaptation des infractions pénales concernées (en particulier des infractions commises par négligence), de la séparation des procédures administratives et pénales ou de l'introduction de l'interdiction d'utiliser les preuves. Les différentes options envisageables seront examinées de manière approfondie sous ch. 6.

2.2.4 Distinction entre culture de l'erreur et « *whistleblowing* »

Si la culture de l'erreur et le signalement de faits répréhensibles sur le lieu de travail (« *whistleblowing* ») ont certains points communs, ils sont néanmoins fondamentalement différents¹⁸.

Ils ont pour points communs qu'il s'agit dans les deux cas de notifier un comportement fautif au sein d'une organisation et que le notifiant a dans les deux cas besoin de protection contre les conséquences négatives de cette notification. Dans les deux cas, cette notification peut être effectuée auprès d'un service interne et/ou externe à l'organisation.

Les différences concernent l'auteur, le degré de gravité et le type de comportement fautif signalé ainsi que le but du signalement. Dans la culture de l'erreur, il s'agit en principe de signaler son propre comportement fautif, alors que dans le contexte du *whistleblowing*, c'est le signalement du comportement fautif d'autrui qui est au premier plan. Dans le domaine de la culture de l'erreur, il y a normalement une obligation de déclarer un événement en lien avec la sécurité, ce qui n'est pas le cas pour le lanceur d'alerte (« *whistleblower* »). Le champ d'ap-

¹⁶ Il n'existe toutefois pas de mécanisme de protection prévoyant la possibilité pour les autorités de poursuite pénale de renoncer à poursuivre la personne responsable du comportement fautif.

¹⁷ Voir entre autres Raphael Widmer-Kaufmann, Die Flugunfalluntersuchung nach schweizerischem Recht, Saint-Gall 2021, p. 611 ss ; Peter Müller, Just Culture, in : PJA 2020, p. 761-766 ; Corinna Bleienheuft/Peter Wysk, Strafverfolgung von Lotsen und Verwertung von Erkenntnissen der Unfalluntersuchungsstellen, Zeitschrift für Luft- und Weltraumrecht 2019, p. 543 ss, 561.

¹⁸ En 2020, le Conseil national avait refusé de régler le *whistleblowing* dans le droit des contrats de travail. Concernant la problématique du *whistleblowing* en droit du travail, voir le message correspondant sur la révision partielle du code des obligations (protection en cas de signalement d'irrégularités par le travailleur) du 20 novembre 2013 (FF **2013** 8547) ainsi que le message additionnel sur la révision partielle du code des obligations (protection en cas de signalement d'irrégularités par le travailleur) du 21 septembre 2018 (FF **2019** 1403). Au niveau du droit de l'UE, il y a lieu de mentionner la directive (UE) 2019/1937 du Parlement européen et du Conseil du 23 octobre 2019 sur la protection des personnes qui signalent des violations du droit de l'Union, JO L 305 du 26.11.2019, p. 17. À noter que le considérant 9 indique que la protection des lanceurs d'alerte est déjà reconnue dans des actes sectoriels de l'UE (p.ex. dans le domaine de l'aviation civile, voir également ch. 3.2.1) et que lesdits actes tiennent également compte de la protection contre les représailles des travailleurs signalant leurs propres erreurs.

plication de la culture de l'erreur est limité au signalement des erreurs qui menacent la sécurité d'un système¹⁹. En revanche, le *whistleblowing* concerne aussi le signalement de comportements fautifs ne relevant pas nécessairement de la sécurité²⁰. Dans le cas de la culture de l'erreur, le signalement a pour but de permettre à l'organisation de tirer des enseignements de l'erreur signalée pour l'avenir et d'améliorer ses dispositifs de sécurité. Dans le cas du *whistleblowing*, le signalement a pour but d'empêcher un comportement fautif (existant) et de le soumettre au droit, ce qui peut notamment inclure la sanction des personnes fautives.

2.3 La culture de l'erreur entre la compétence en matière de poursuite pénale de l'État et les intérêts des parties lésées

La culture de l'erreur exige que les personnes qui signalent un comportement fautif relevant de la sécurité soient protégées, dans une certaine mesure, des conséquences négatives de leur signalement. Une telle protection peut se trouver dans un rapport de tension avec la compétence en matière de poursuite pénale de l'État et les intérêts des victimes.

2.3.1 Fonction du droit

Lorsque des gens vivent ensemble, la liberté de chacun est par nature limitée. Le droit fixe ces limites de manière contraignante et applicable et garantit ainsi la liberté de chacun. Dans toute société, il y a des gens aux intérêts et aux besoins divergents, ce qui conduit inévitablement à des conflits. Le droit veille à ce que ces conflits soient résolus de manière pacifique et dans le cadre de procédures réglementées.

Cette paix juridique est garantie de manière élémentaire par le principe constitutionnel de la légalité : ce n'est que si l'action de l'État repose sur des lois claires et compréhensibles que les gens peuvent s'y conformer. En appliquant ces lois de manière égale, l'État crée la sécurité juridique et confirme la validité de l'ordre juridique et du fonctionnement de l'État²¹. Pour que les normes juridiques puissent être contraignantes et applicables, leur non-respect doit déclencher une réaction de l'État (de la société). Cette réaction comprend, outre le rétablissement de l'état conforme au droit ou l'octroi de dommages et intérêts, la sanction de certaines violations du droit. Ces sanctions peuvent être de nature administrative ou pénale.

2.3.2 Droit pénal et risques systémiques

Le droit pénal est l'outil le plus coercitif – et ultime – dont dispose l'État pour faire respecter l'ordre juridique (accessorité du droit pénal, « *ultima ratio* »). Il ne doit punir que les violations du droit les plus élémentaires. Le droit pénal a des fonctions sociales et éducatives : il doit garantir que les règles élémentaires de la société sont respectées par tous. En punissant le délinquant, l'État montre qu'il existe un ordre juridique et qu'il doit être respecté (prévention générale). En purgeant sa peine, le délinquant expie le tort qu'il a commis et sa resocialisation doit empêcher de futures violations des normes (prévention spéciale)²². Le droit pénal est

¹⁹ À ce sujet, voir supra ch. 2.1.1 et 2.2.2.

²⁰ Dans le cas du « *whistleblowing* », l'objet du signalement peut être p.ex. un cas de corruption ou un délit contre le patrimoine. De tels comportements fautifs ne concernent pas la sécurité technique et opérationnelle et ne doivent donc pas être considérés comme relevant de la sécurité au sens du présent rapport (à ce sujet, voir supra note 10).

²¹ Pour une vue d'ensemble, voir : Reinhold Zippelius, *Das Wesen des Rechts : Eine Einführung in die Rechtsphilosophie*, Munich 1997, p. 20 s., 31 ss, 103 s.

²² Concernant les buts de la répression pénale, voir le rapport du Conseil fédéral en réponse aux postulats 18.3530 Caroni Andrea et 18.3531 Rickli Natalie (Schwander Pirmin), Réforme de la peine privative de liberté à vie pour les infractions particulièrement graves, ch. 2.2.1.

donc un moyen important de contrôle social et il a également des fonctions préventives et symboliques²³.

Lorsque le législateur a pénalisé un comportement, il est dans l'intérêt public de mettre en œuvre la compétence pénale de l'État pour punir ce comportement.

L'État ne punit pas pour donner satisfaction à la victime ; ceci est la fonction du droit civil. Mais le droit pénal a également une fonction à cet égard : au cours de la procédure pénale, l'État établit d'office et de manière exhaustive les faits déterminants pour l'action civile, aux frais de la collectivité. La victime ne doit pas payer elle-même des expertises techniques coûteuses. Si elle fait valoir les conclusions civiles par adhésion à la procédure pénale (art. 122 ss CPP), la victime n'a pas non plus à verser d'avance de frais, elle supporte un risque de procès beaucoup plus faible et elle gagne beaucoup de temps.

Dans le domaine des risques systémiques majeurs, le droit revêt une importance particulière. Il pose des cautions en définissant les mesures, les compétences et les responsabilités de manière contraignante et valable pour tous.

La responsabilité pénale individuelle peut être imputée de manière différenciée, même dans des systèmes complexes. Contrairement à l'Autriche par exemple, la Suisse ne connaît pas de modèle de perpétration unitaire (*Einheitstätermodell*)²⁴. Le système suisse permet de considérer et d'évaluer les contributions à l'infraction de manière différenciée. On distingue ces contributions, de manière générale, en fonction de leur qualité individuelle et concrète. Ainsi, le fait qu'une personne ait participé à un acte punissable en tant qu'auteur principal, coauteur, auteur direct juxtaposé (*Nebentäter*), instigateur ou complice joue un rôle dans les conséquences juridiques. Une autre différenciation a lieu au niveau de la fixation de la peine.

Une autre question est de savoir si l'on peut prouver un comportement individuel dans des systèmes complexes à forte division du travail de telle sorte qu'une culpabilité pénale puisse être attribuée. Dans de tels cas, des expertises techniques sont nécessaires pour permettre au tribunal de statuer (art. 182 ss CPP). Lorsque subsistent des doutes insurmontables quant aux éléments factuels d'un acte, le tribunal se fonde sur l'état de fait le plus favorable au prévenu (art. 10, al. 3, CPP). Cela peut également conduire à un acquittement.

La culture de l'erreur a pour objectif de motiver les personnes fautives à coopérer, par exemple en interdisant l'utilisation de leurs déclarations dans le cadre de la procédure pénale²⁵ ou en cloisonnant l'enquête technique des autorités judiciaires²⁶. Ainsi, les erreurs peuvent être notifiées sans crainte de représailles (et être ouvertement reconnues lors de l'enquête de sécurité) et le domaine de haute sécurité concerné peut être rendu plus sûr. Cette façon de faire peut toutefois porter atteinte aux intérêts des victimes si, pour cette raison, les auteurs d'un dommage ne peuvent pas être poursuivis. Ce problème est connu dans le domaine de la santé²⁷.

²³ Winfried Hassemer, Das Symbolische am symbolischen Strafrecht, in : Bernd Schünemann et al. (éd.), Festschrift für Claus Roxin zum 70. Geburtstag, Berlin/New York 2001, p. 1001 ss, 1010 ss.

²⁴ À ce sujet, voir Claus Roxin, Strafrecht Allgemeiner Teil Band II, Munich 2003, ad par. 25, n°1 ss.

²⁵ Pour davantage d'informations sur ce point, voir ch. 6.4.

²⁶ À ce sujet, voir ch. 6.5.

²⁷ À ce sujet, voir les interventions de la députée au Conseil des États Brigitte Häberli-Koller (« Im Schadensfall darf aber dadurch der Haftpflichtanspruch der Betroffenen nicht gefährdet werden. ») et du conseiller fédéral Alain Berset (« la motion va [...] trop loin, en garantissant pour tous les cas que l'on pourrait qualifier d'apprentissage, une immunité totale aux professionnels de la santé ») lors des débats relatifs à la motion Humbel au Conseil des États, le 20 septembre 2021 (BO 2021, p. 886).

Le droit et son application sont essentiels pour garantir la sécurité de la collectivité en cas de risques systémiques importants. Il n'est donc pas judicieux de considérer la culture de l'erreur et le droit (pénal) comme antagonistes. Ils poursuivent le même but et doivent être équilibrés de manière à pouvoir remplir leur fonction spécifique.

2.3.3 Aspects de droit privé

Le droit privé règle les relations entre les particuliers. Un principe fondamental applicable à ces relations est l'autonomie privée. L'État fixe cependant de nombreuses règles impératives dans ce domaine (droit de la famille, droits réels, limites générales à la liberté contractuelle, contrats de bail, de travail, etc.).

La culture de l'erreur peut avoir plusieurs points d'interaction avec le droit privé, qui peuvent éventuellement déboucher sur un besoin d'agir si cette interaction est conflictuelle. A cet égard, le droit privé présente des points de friction avec la culture de l'erreur qui sont similaires aux autres domaines du droit : l'erreur peut constituer une violation d'une obligation légale qui est sanctionnée et peut donner lieu à réparation. On peut toutefois relever deux particularités du droit privé. L'autonomie privée permet d'une part aux acteurs privés d'introduire de manière volontaire la culture de l'erreur dans leurs relations juridiques. D'autre part, elle implique que les personnes concernées exercent leurs droits de leur propre initiative, de sorte qu'elles peuvent y renoncer pour réaliser les objectifs visés par cette conception.

Au niveau des entreprises, il faut tenir compte de deux niveaux de réglementation : d'une part les règles qui fixent le bon fonctionnement de l'entreprise, d'autre part celles qui prévoient des droits et devoirs individuels (typiquement des règles contractuelles). Il se pose ainsi la question du traitement des erreurs et de la manière de les sanctionner. Il convient dès lors d'étudier quelle marge de manœuvre le droit privé laisse déjà aujourd'hui aux entreprises pour réaliser la culture de l'erreur et si une intervention législative s'impose. Une entreprise qui est par exemple partie à un contrat de travail dispose-t-elle d'une marge de manœuvre pour ne pas sanctionner le travailleur qui se dénonce ? A priori, le droit privé offre plus de possibilités que le droit pénal ou administratif, vu que les titulaires des droits peuvent plus librement renoncer à les faire valoir.

Au niveau de la relation juridique entre une personne tierce lésée et la personne physique responsable, la culture de l'erreur doit trouver une solution équilibrée incitant cette dernière à admettre et déclarer son erreur²⁸. Les intérêts en présence sont ici en effet en totale contradiction : d'un côté la victime a intérêt à ce que le responsable et l'erreur soient connus pour obtenir réparation de son éventuel dommage. De l'autre côté, le responsable fautif a, à défaut de règle le protégeant, intérêt à cacher son erreur pour éviter de se voir imputer une responsabilité. Comme évoqué dans le chapitre précédent, il convient dans ce cas de veiller aux intérêts de la victime à obtenir la réparation du dommage subi.

3 Culture de l'erreur en droit suisse

3.1 Introduction

Le présent chapitre présente une vue d'ensemble des bases légales sectorielles qui permettent à ce jour de réaliser l'idée de culture de l'erreur en Suisse. Il ressort des travaux que la culture de l'erreur est principalement réalisée dans le domaine de l'aviation civile. Le droit aé-

²⁸ Du moins dans les cas où l'entreprise employant celle-ci n'aurait pas une responsabilité causale (sans faute) à l'égard de la victime. Dans ce dernier cas de figure, la victime pourrait en effet obtenir la réparation du dommage directement auprès de l'entreprise concernée.

rien en vigueur prévoit un système de comptes rendus d'événements en lien avec la sécurité ainsi que des mécanismes de protection pour les personnes procédant à une déclaration. Il n'existe toutefois pas de mécanisme de protection prévoyant la possibilité pour les autorités de poursuite pénale de renoncer à poursuivre la personne responsable du comportement fautif (voir ci-après ch. 3.2.1).

Un certain mécanisme de protection garantissant le respect du principe de ne pas s'auto-incriminer est par ailleurs inscrit dans la législation relative aux denrées alimentaires. Le domaine des transports publics (et de la navigation maritime) connaît aussi un tel mécanisme du fait qu'il existe, comme dans le secteur de l'aviation civile, une obligation de déclarer au Service suisse d'enquête de sécurité (SESE). Celui-ci fera aussi l'objet d'une courte présentation (voir ch. 3.2.2).

D'autres domaines relevant de la haute sécurité connaissent des systèmes de comptes rendus mais aucun mécanisme de protection. Il s'agit par exemple du domaine des produits thérapeutiques, de l'énergie et de l'énergie nucléaire. Le domaine de l'aviation militaire dispose également d'un système de comptes rendus mais celui-ci n'est pas inscrit dans la loi. Le domaine des prestations de soins présente un intérêt particulier du fait que, contrairement à l'aviation civile et aux autres secteurs mentionnés, il ne connaît pas de centre de traitement étatique mais différents centres internes à l'entreprise (voir ci-après ch. 3.3.1).

3.2 Domaines ayant mis en place un système de comptes rendus et un mécanisme de protection

3.2.1 Aviation civile

3.2.1.1 Introduction

La Suisse est soumise au règlement (UE) n° 376/2014²⁹ et au règlement (UE) n° 996/2010³⁰ en raison de leur incorporation au sein de l'annexe de l'accord entre la Confédération suisse et la Communauté européenne sur le transport aérien (ci-après accord sur le transport aérien³¹) qui est considéré comme un accord d'intégration partielle. Par conséquent, ces deux règlements de l'UE sont applicables en Suisse en tant que droit national et, au regard de leur contenu, sont en principe directement applicables sans qu'il ne soit nécessaire de transposer leur dispositif dans un acte législatif national³².

Le règlement (UE) n° 376/2014 a pour objectif d'améliorer la sécurité aérienne en garantissant que les informations pertinentes concernant l'aviation civile en matière de sécurité soient notifiées, collectées, stockées, protégées, échangées, diffusées et analysées. La notion de « culture juste » comme moyen pour atteindre cet objectif est mentionnée à plusieurs reprises dans le règlement (UE) n° 376/2014³³. Plus particulièrement, cette notion est définie comme une « culture dans laquelle les agents de première ligne ou d'autres personnes ne sont

²⁹ Règlement (UE) n° 376/2014 du Parlement européen et du Conseil du 3 avril 2014 concernant les comptes rendus, l'analyse et le suivi d'événements dans l'aviation civile, modifiant le règlement (UE) n° 996/2010 du Parlement européen et du Conseil et abrogeant la directive 2003/42/CE du Parlement européen et du Conseil et les règlements de la Commission (CE) n° 1321/2007 et (CE) n° 1330/2007, JO L 122 du 24.4.2014, p. 18. Au sujet de cet acte, voir aussi p. 41 ss. de l'étude externe.

³⁰ Règlement (UE) n° 996/2010 du Parlement européen et du Conseil du 20 octobre 2010 sur les enquêtes et la prévention des accidents et des incidents dans l'aviation civile et abrogeant la directive 94/56/CE, JO L 295 du 12.11.2010, p. 35.

³¹ RS 0.748.127.192.68

³² Il ressort de la jurisprudence du Tribunal fédéral relative à l'accord sur le transport aérien que les actes de l'UE inscrits à son annexe sont directement applicables en Suisse dès lors qu'ils contiennent des dispositions suffisamment précises et claires (arrêt du TF 2C_854/2016 du 31 juillet 2018, consid. 9.4.1). Par ailleurs, le Tribunal fédéral a eu l'occasion de souligner que les règlements de l'UE, contrairement aux directives, introduisent des règles contraignantes directement applicables dans chaque État membre de l'UE de sorte que, en règle générale, il n'est ni nécessaire ni admissible, pour un État membre de l'UE, de les transposer dans un acte législatif national (ATF 138 II 42, consid. 3.1).

³³ Voir le préambule (considéranrs 34, 36, 37, 40 et 44) ainsi que les art. 2, 6 et 16 du règlement (UE) n° 376/2014.

pas punis pour leurs actions, omissions ou décisions qui sont proportionnées à leur expérience et à leur formation, mais dans laquelle les négligences graves, les manquements délibérés et les dégradations ne sont pas tolérés » (art. 2, point 12, du règlement (UE) n° 376/2014). Il y a lieu de relever que les mécanismes de protection prévus par ledit règlement s'appliquent indépendamment de la question de savoir s'il y a eu des dommages personnels ou matériels, le critère déterminant étant celui de la culpabilité (voir ch. 3.2.1.3).

Conformément au règlement (UE) n° 376/2014, le droit suisse a mis en place un système de comptes rendus obligatoires. Le centre de traitement se situe au sein de l'OFAC. Ce dernier est notamment chargé d'adopter les éventuelles mesures préventives ou correctives pour améliorer la sécurité aérienne. Sur la base du règlement (UE) n° 996/2010, la Suisse a également mis en place une procédure d'enquête de sécurité en cas d'accident ou d'incident grave. Le SESE est compétent pour mener les enquêtes afin d'acquérir des connaissances en vue de prévenir des accidents futurs ainsi que des situations de danger et pour améliorer la sécurité.

Au niveau du droit international public, la Suisse a ratifié la convention du 7 décembre 1944 relative à l'aviation civile internationale³⁴. Les annexes 13 et 19 de ladite convention contiennent des dispositions présentant un lien avec la culture de l'erreur³⁵.

3.2.1.2 Système de comptes rendus

À l'intérieur d'une organisation et devant l'OFAC

Le règlement (UE) n° 376/2014 postule la mise en place d'un système de comptes rendus obligatoires³⁶ pour les événements susceptibles de présenter un risque important pour la sécurité aérienne (art. 4, par. 1, du règlement (UE) n° 376/2014), comme par exemple des événements liés à l'exploitation de l'aéronef (collisions, décollage, atterrissage, etc) ou à des conditions techniques (défauts structurels, dysfonctionnements du système, etc.). Sont soumis à l'obligation de notification les pilotes, les contrôleurs aériens, les collaborateurs d'un aéroport et les autres personnes travaillant dans le domaine de l'aviation civile, les acteurs de l'aviation non commerciale étant également concernés (art. 4, par. 6, du règlement (UE) n° 376/2014).

Le système de comptes rendus obligatoires prévu par le règlement (UE) n° 376/2014 se situe à deux niveaux : d'une part au sein de l'organisation³⁷ (art. 4, par. 2, du règlement (UE) n° 376/2014), d'autre part au sein de l'État (art. 4, par. 3, du règlement (UE) n° 376/2014). Au niveau national, chaque organisation et chaque État élaborent une procédure pour l'analyse des événements collectés en vue d'identifier les dangers pour la sécurité associés à ces événements (art. 13, par. 1 et 6, du règlement (UE) n° 376/2014). Sur la base de cette analyse, ils déterminent les mesures préventives ou correctives devant être adoptées pour améliorer la sécurité aérienne.

Conformément à ses obligations résultant de l'accord sur le transport aérien, la Suisse tient compte des exigences du droit de l'UE en prévoyant dans sa législation une procédure de

³⁴ RS 0.748.0

³⁵ Pour plus d'informations voir p. 38 ss. de l'étude externe.

³⁶ Le règlement (UE) n° 376/2014 prévoit également la mise en place d'un système de comptes rendus volontaires (voir art. 5 du règlement (UE) n° 376/2014).

³⁷ Voir art. 2, ch. 8, du règlement (UE) n° 376/2014 : on entend par « organisation », toute organisation fournissant des produits dans le domaine de l'aviation et/ou qui emploie, soustrait ou utilise les services des personnes qui sont tenues de notifier les événements conformément à l'art. 4, par. 6.

comptes rendus d'événements particuliers (art. 20 LA). Un compte rendu anonyme est possible. Le centre de traitement se situe au sein de l'OFAC, qui est en même temps l'autorité de surveillance et l'autorité chargée de poursuivre certaines infractions. Le centre de traitement est chargé de saisir et analyser les comptes rendus et de prendre des mesures sur la base des risques de sécurité identifiés. De plus, les leçons tirées de ces notifications sont publiées sur le site Internet de l'OFAC.

Aux termes de l'art. 77, al. 1, de l'ordonnance du 14 novembre 1973 sur l'aviation (OSAv)³⁸, le système de comptes rendus d'événements se fonde sur le règlement (UE) n° 376/2014. Le règlement d'exécution (UE) 2015/1018³⁹, qui lie également la Suisse en vertu de l'accord sur le transport aérien, établit une liste classant les événements devant être obligatoirement déclarés (art. 77, al. 4, OSAv).

Selon l'art. 77d, al. 1, OSAv, l'OFAC désigne un centre interne de traitement qui collecte et évalue les comptes rendus d'événements qui lui sont communiqués. Sur le plan organisationnel, le centre de traitement est indépendant des unités de l'OFAC chargées d'activités de surveillance (al. 2).

Conformément à l'art. 21 du règlement (UE) n° 376/2014, qui exige des États qu'ils fixent un régime de sanctions applicables aux violations de ce règlement, le droit suisse prévoit une sanction en cas de violation de l'obligation de notifier. Est ainsi puni d'une amende de 20'000 francs au plus quiconque, intentionnellement ou par négligence, enfreint l'art. 4, par. 1, du règlement (UE) n° 376/2014 (art. 91, al. 1, let. i, LA en lien avec l'art. 141a, let. d, OSAv). L'OFAC est compétent pour poursuivre et juger ces cas (art. 98, al. 2, LA).

Devant le SESE

Aux termes du règlement (UE) n° 996/2010⁴⁰, les États membres ont l'obligation d'ouvrir une enquête de sécurité en cas d'accident ou d'incident grave (art. 5, par. 1, du règlement (UE) n° 996/2010). L'enquête doit être menée par une autorité nationale permanente indépendante (art. 4, par. 1, du règlement (UE) n° 996/2010). Les enquêtes de sécurité ne visent nullement la détermination des fautes ou des responsabilités (art. 5, par. 5, du règlement (UE) n° 996/2010). Elles sont indépendantes, distinctes et sans préjudice de toute action judiciaire ou administrative visant à déterminer des fautes ou des responsabilités. L'art. 9, par. 1, du règlement (UE) n° 996/2010 prévoit une obligation de notifier les accidents et les incidents graves⁴¹ pour toute personne impliquée qui en est informée.

Chaque enquête de sécurité se conclut par un rapport d'enquête qui est rendu public (art. 16, par. 1 et 6, du règlement (UE) n° 996/2010). Le rapport protège l'anonymat de tout individu impliqué dans l'accident ou l'incident grave (art. 16, par. 2, du règlement (UE) n° 996/2010).

Le droit suisse règle les obligations de déclarer au SESE à l'art. 17 de l'ordonnance sur les enquêtes de sécurité en cas d'incident dans le domaine des transports (OEIT ; voir aussi l'art.

³⁸ RS 748.01

³⁹ Voir art. 2, ch. 1 et 16, du règlement (UE) n° 996/2010 ainsi que le règlement d'exécution (UE) 2015/1018 de la Commission du 29 juin 2015 établissant une liste classant les événements dans l'aviation civile devant être obligatoirement notifiés conformément au règlement (UE) n° 376/2014 du Parlement européen et du Conseil, JO L 163 du 30.6.2015, p. 1.

⁴⁰ Voir aussi p. 46 ss. de l'étude externe. Il y a lieu de préciser que l'obligation d'ouvrir une enquête de sécurité subsistait déjà en vertu de la convention relative à l'aviation civile internationale, notamment de son annexe 13.

⁴¹ Les notions d'« accidents » et d'« incidents graves » sont plus particulièrement définies à l'art. 2 du règlement (UE) n° 996/2010.

23, al. 1, LA)⁴². Les incidents concernant l'aviation civile doivent être déclarés immédiatement par les personnes ou services impliqués dans l'incident, en particulier le propriétaire de l'aéronef, le détenteur de l'aéronef, l'entreprise de transport aérien, le personnel aéronautique, les organes du service de la navigation aérienne, les exploitants d'aérodromes, les services de police, les services douaniers et l'OFAC. On entend par « incident » tout accident ou incident au sens de l'art. 2 du règlement (UE) n° 996/2010 (art. 3, let. b, OEIT). En cas de violation de l'obligation de déclarer, le SESE informe l'OFAC qui est compétent pour infliger une sanction.

Les incidents au sens de l'OEIT doivent être déclarés auprès de la Rega. Cette dernière se charge ensuite de transférer les déclarations au SESE. Celui-ci recueille, si nécessaire, des informations supplémentaires, effectue les premières enquêtes sur les lieux de l'accident et décide, sur cette base, si l'incident signalé mérite d'être étudié au regard de l'objectif général de prévention. Si tel est le cas, les causes et les circonstances techniques, opérationnelles, humaines, organisationnelles et systémiques qui ont conduit à l'incident font l'objet d'une enquête. L'étendue de l'enquête dépend en premier lieu de l'importance de l'incident pour la sécurité du système ou du potentiel de prévention des résultats de l'enquête.

Les résultats de l'enquête sont résumés dans un rapport. Celui-ci est envoyé directement aux parties à la procédure et aux personnes concernées et est publié sur le site Internet du SESE.

3.2.1.3 Mécanisme de protection

À l'intérieur d'une organisation

L'art. 16, par. 9, en lien avec l'art. 16, par. 10, du règlement (UE) n° 376/2014 prévoit que, sous réserve d'un manquement délibéré ou de négligence grave, les membres du personnel et le personnel sous contrat qui notifient un événement ou qui sont mentionnés dans les comptes rendus d'événements ne subissent aucun préjudice de la part de leur employeur ou de l'organisation pour laquelle les services sont fournis sur la base des informations communiquées par le notifiant. Si un employeur ou une organisation viole les dispositions en matière de protection, il est possible de notifier l'infraction à l'organe de médiation du système de comptes rendus – en Suisse au Reporting Office for Just Culture in Civil Aviation (ROJCA) – (art. 16, par. 12, sous-par. 2, du règlement (UE) n° 376/2014).

Le droit suisse (en particulier, le droit aérien et le droit du travail) ne connaît pas de protection spécifique supplémentaire du travailleur contre une sanction que son employeur pourrait prononcer à son encontre suite à l'annonce d'une faute commise. Selon la nature de la violation, la personne concernée pourrait toutefois se défendre par exemple en intentant une action pour atteinte à la personnalité au sens de l'art. 28 du code civil⁴³ (CC), contester un licenciement en raison de son caractère abusif selon l'art. 336 du code des obligations⁴⁴ (CO) ou refuser des moyens de preuve dans le cadre d'un procès civil pour cause d'obtention illicite de

⁴² RS 742.161

⁴³ RS 210

⁴⁴ RS 220

ceux-ci aux termes de l'art. 152, al. 2, du code de procédure civile⁴⁵ (CPC)⁴⁶. Toutefois, l'erreur pourra en principe donner lieu à une sanction de la part de l'employeur, puisqu'elle constitue en général la violation d'une obligation.

Devant l'OFAC et autres autorités nationales

Le règlement (UE) n° 376/2014 prévoit un certain nombre de mécanismes de protection⁴⁷ qui s'adressent aux autorités (en particulier aux autorités de l'aviation et à d'autres organes administratifs tels que l'autorité responsable des enquêtes de sécurité). En Suisse, il s'agit du centre de traitement de l'OFAC, de l'OFAC en tant qu'autorité administrative et pénale administrative ainsi que du Service suisse d'enquête de sécurité (SESE)⁴⁸.

En particulier, aux termes de l'art. 15, par. 2, du règlement (UE) n° 376/2014, les organisations et les États membres, conformément à leur droit national, prennent les mesures nécessaires pour garantir la confidentialité des renseignements sur les événements qu'ils reçoivent. Ces informations ne doivent être utilisées qu'aux fins pour lesquelles elles ont été collectées et ne peuvent pas être mises à disposition ou utilisées en vue de l'imputation de fautes ou de responsabilités ou pour toute autre finalité que le maintien ou l'amélioration de la sécurité aérienne.

L'art. 16, par. 6, du règlement (UE) n° 376/2014 prévoit en outre que les États membres s'abstiennent d'intenter des actions en ce qui concerne des infractions à la loi non préméditées ou commises par inadvertance, qu'ils viendraient à connaître uniquement parce qu'elles ont été notifiées.

Pour autant qu'elles n'aient pas agi intentionnellement ou par négligence grave et que l'État ait eu connaissance de l'incident uniquement parce qu'il a été notifié, le règlement (UE) n° 376/2014 protège ainsi les personnes qui notifient des événements et les personnes mentionnées dans les comptes rendus contre une poursuite pénale à leur encontre. Le règlement (UE) n° 376/2014 réserve toutefois explicitement le droit pénal national, de sorte qu'il ne peut pas obliger les États membres à prévoir une telle impunité.

L'art. 16, par. 7, du règlement (UE) n° 376/2014 prévoit enfin qu'en cas d'éventuelle procédure disciplinaire ou administrative instituée en vertu du droit national, les informations contenues dans les comptes rendus d'événements ne sont pas utilisées contre les notifiants ou les personnes mentionnées dans les comptes rendus d'événements (interdiction d'utiliser certains éléments de preuve dans le cadre d'une procédure administrative). Les États membres peuvent en outre maintenir ou adopter des mesures visant à renforcer la protection des notifiants ou des personnes mentionnées dans les comptes rendus d'événements.

Comme indiqué plus haut, la protection connaît des exceptions. Elle ne s'applique pas lorsqu'une personne a eu un comportement inacceptable. Selon l'art. 16, par. 10, du règlement (UE) n° 376/2014, elle ne s'applique pas en cas de manquement délibéré aux règles, de même qu'« en cas de méconnaissance caractérisée, sérieuse et grave d'un risque évident et de manquement très grave à l'obligation professionnelle de prendre des mesures manifestement requises dans ces circonstances, causant un dommage qui était prévisible à une

⁴⁵ RS 272

⁴⁶ Raphael Widmer-Kaufmann, Die Flugunfalluntersuchung nach Schweizerischem Recht, Saint-Gall 2021, p. 235 s.

⁴⁷ Pour plus d'informations voir p. 43 ss. de l'étude externe.

⁴⁸ Raphael Widmer-Kaufmann, Die Flugunfalluntersuchung nach Schweizerischem Recht, Saint-Gall 2021, p. 236.

personne ou à un bien ou ayant pour effet de compromettre sérieusement le niveau de la sécurité aérienne ». Cette formulation correspond à ce que l'on peut également qualifier de négligence grave. Notons que cette notion est issue du droit civil, mais qu'elle n'est pas utilisée dans le droit pénal ou administratif suisse⁴⁹.

En vertu de l'art. 16, par. 5, du règlement (UE) n° 376/2014, il n'est pas fait obstacle à l'adoption, par les États membres et l'Agence, de toute mesure nécessaire au maintien ou à l'amélioration de la sécurité aérienne.

Le droit suisse a mis en œuvre ces différents mécanismes de protection de la manière suivante :

- Selon l'art. 20, al 3, LA, le Conseil fédéral peut prévoir de renoncer à l'ouverture d'une procédure pénale à l'encontre des auteurs des comptes rendus. Cette possibilité concerne les procédures de droit pénal administratif menées par l'OFAC.
- Ainsi, conformément à l'art. 77d, al. 4, OSAv, les collaborateurs du centre de traitement chargés de réceptionner et d'évaluer les comptes rendus d'événements sont déliés, durant l'exercice de ces activités, de leurs obligations de dénonciation au sens de l'art. 22 de la loi du 24 mars 2000 sur le personnel de la Confédération (LPers)⁵⁰ et de l'art. 19 de la loi fédérale du 22 mars 1974 sur le droit pénal administratif (DPA)⁵¹. Le centre de traitement de l'OFAC n'est ainsi pas tenu de dénoncer à l'autorité de poursuite pénale les infractions dont il aurait eu connaissance dans le cadre de la procédure de comptes rendus.
- Le centre interne de traitement est en outre tenu de traiter les comptes rendus d'événements de manière confidentielle (art. 77d, al. 3, OSAv).
- Les collaborateurs du centre de traitement chargés de réceptionner et d'évaluer les comptes rendus d'événements sont également déliés, durant l'exercice de ces activités, de leurs obligations de poursuite (art. 77d, al. 4, OSAv).

Il n'existe en revanche pas de base légale prévoyant la possibilité pour l'OFAC de renoncer à l'ouverture d'une procédure de droit pénal administratif ou d'autres mesures visant à renforcer la protection des notifiants ou des personnes mentionnées dans les comptes rendus dans le cadre d'une procédure administrative en cas de négligence légère.

Devant le SESE

Le règlement (UE) n° 996/2010 règle la question de la protection des informations sensibles en matière de sécurité. Il prévoit notamment que certains éléments de preuve ne sont pas mis à disposition ou utilisés à d'autres fins que l'enquête de sécurité (art. 14, par. 1, du règlement (UE) n° 996/2010). Il s'agit par exemple de toutes les déclarations recueillies auprès de personnes par l'autorité responsable des enquêtes de sécurité au cours de l'enquête ou des enregistrements audio et vidéo du poste de pilotage et de leurs transcriptions. Les comptes rendus d'événements au sens du règlement (UE) n° 376/2014 ne doivent pour leur part pas être mis à disposition ou utilisés à d'autres fins qu'une enquête de sécurité ou l'amélioration de la sécurité aérienne (art. 14, par. 2, du règlement (UE) n° 996/2010).

⁴⁹ Voir Raphael Widmer-Kaufmann, Die Flugunfalluntersuchung nach Schweizerischem Recht, Saint-Gall 2021, p. 228 avec renvoi à Naudet/Michel/Baumgartner, Just Culture Regulation, p. 7. Pour ces auteurs, l'utilisation suisse du terme est sans importance dans le champ d'application du règlement (UE) n° 376/2014, car seule la définition selon l'art. 16, par. 10, doit être prise en compte.

⁵⁰ RS 172.220.1

⁵¹ RS 313.0

Malgré ces mécanismes de protection, le règlement (UE) n° 996/2010 prévoit à son art. 14, par. 3 que l'administration de la justice ou l'autorité compétente peut décider que la divulgation des enregistrements à toutes autres fins autorisées par la loi l'emporte sur les incidences négatives que cette mesure risque d'avoir sur l'enquête ou sur une enquête ultérieure. Les États membres peuvent décider de limiter les cas dans lesquels une telle décision de divulgation peut être prise. Seules peuvent être divulguées les données strictement nécessaires aux fins visées par le par. 3. Les informations visées à l'art. 14 ne sont consignées dans le rapport d'enquête que si elles sont utiles à l'analyse de l'accident ou de l'incident grave (art. 16, par. 5, du règlement (UE) n° 996/2010).

En Suisse, le droit de l'UE a été mis en œuvre de la manière suivante :

- L'organe d'alerte du SESE (Rega) n'est pas soumis à une obligation de dénoncer⁵², les collaborateurs du SESE en revanche le sont (art. 22a LPers). Les informations relatives à une déclaration sont traitées par le SESE de manière confidentielle. La consultation du dossier est régie à l'art. 51 OEIT. Peuvent notamment demander à consulter le dossier les personnes directement concernées par l'enquête et les autorités pénales (al. 1). La consultation du dossier peut être restreinte, refusée ou différée aussi longtemps que l'exigent les besoins de l'enquête en vertu de l'OEIT ou d'une autre enquête en cours (al. 2). Dès que l'enquête est close, le bureau d'enquête met les dossiers à la disposition des autorités d'instruction, judiciaires et administratives qui en font la demande pour leurs propres procédures (al. 3).
- Aux termes de l'art. 24, al. 2 LA et de l'art. 2 OEIT, l'enquête vise à prévenir les accidents analogues et à établir les causes techniques, d'exploitation, humaines, organisationnelles et systémiques ainsi que les circonstances à l'origine de l'incident. Elle n'a pas pour but d'établir une faute ou une responsabilité. Elle est menée indépendamment des procédures pénales ou administratives (art. 23, al. 1 OEIT). Cependant, le SESE, les autorités de poursuite pénale et les autorités administratives doivent coordonner leurs activités et se transmettre réciproquement et gratuitement les documents d'enquête tels que les analyses et les enregistrements (art. 23, al. 2 et art. 3 OEIT).
- Aux termes de l'art. 24 OEIT, les renseignements fournis par une personne dans le cadre d'une enquête de sécurité ne peuvent être utilisés dans une procédure pénale qu'avec son accord. Les personnes interrogées dans le cadre d'une telle enquête sont ainsi systématiquement rendues attentives à leurs droits par les collaborateurs du SESE. Si la personne interrogée décide que ses déclarations ne peuvent pas être utilisées dans le cadre d'une autre procédure, celles-ci sont gardées sous clé. Les enregistrements correspondants ne sont pas mis à disposition si d'autres autorités demandent à consulter le dossier.
- Lors de l'élaboration de ses rapports, la SESE veille à ce que les constatations et les analyses soient formulées de manière à ce qu'aucune responsabilité directe ou indirecte ne puisse en être déduite. Avant la publication d'un rapport, les personnes impliquées ou concernées par l'incident ont la possibilité de s'exprimer à son sujet.

La Suisse n'a en revanche pas désigné d'autorité compétente spécifique pour se prononcer sur la divulgation des enregistrements conformément à l'art. 14, par. 3, du règlement (UE) n° 996/2010. Cette compétence est ainsi en principe laissée à l'autorité de poursuite pénale et

⁵² Les rapports entre le centre de traitement (mandataire) et le SESE (mandant) sont réglés contractuellement.

aux tribunaux qui appliquent le droit suisse (voir notamment l'art. 194, al. 1, du code de procédure pénale suisse [CPP]⁵³ qui règle la production de dossiers d'autres procédures dans le cadre d'une procédure pénale lorsque cela est nécessaire pour établir les faits ou pour juger le prévenu).

Au niveau du droit international public, un mécanisme de protection des éléments de preuve et des actes relatifs à l'enquête de sécurité est également prévu au ch. 5.12 de l'annexe 13 à la convention relative à l'aviation civile internationale. Selon celui-ci, la levée de cette protection est autorisée uniquement si l'autorité compétente conclut que l'intérêt à la divulgation de ces informations l'emporte sur l'impact négatif probable qu'une telle action peut avoir sur l'enquête en cours ou sur toute enquête future. Il est à relever que le Conseil fédéral a formulé une réserve concernant le ch. 5.12 de l'annexe 13. Il voulait notamment s'assurer que tous les documents soient mis à la disposition des autorités judiciaires et des autorités compétentes en matière d'aviation.

La réserve de la Suisse repose sur le constat que si l'enquête sur les accidents sert en premier lieu à la prévention des accidents, il existe également des intérêts publics et privés notables à ce que les conclusions de l'enquête puissent être utilisées dans d'autres procédures⁵⁴. Si les constatations et les moyens de preuve de l'enquête sur l'accident ne peuvent pas être utilisés dans d'autres procédures, les autorités pénales et administratives doivent mener leurs propres enquêtes. À l'étranger, cela a conduit à ce que les différentes autorités se disputent les moyens de preuve sur le lieu de l'accident et que seule une longue procédure de recours permet de déterminer l'ordre de saisie qui prévaut. Pendant ce temps, les objets saisis ne peuvent pas être examinés et les traces risquent de s'affaiblir, de disparaître ou d'être détruites. Cela ne porte pas seulement préjudice à l'enquête en tant que telle, mais empêche également de communiquer rapidement des informations ou des recommandations en matière de sécurité basées sur les premières constatations.

3.2.2 Transports publics

Comme dans l'aviation (cf. ch. 3.2.1), le système de comptes rendus joue un rôle important dans les transports publics. L'obligation d'annoncer et de collaborer des entreprises est régie à l'art. 14a de la loi fédérale du 20 décembre 1957 sur les chemins de fer (LCdF)⁵⁵ et à l'art. 24 de la loi du 23 juin 2006 sur les installations à câbles (LICa)⁵⁶ pour les domaines y relatifs. Conformément à l'art. 11a, al. 1, let. b, de la loi du 29 mars 1950 sur les trolleybus (LTro)⁵⁷, les entreprises de trolleybus sont soumises à la même obligation que les chemins de fer. La loi fédérale du 3 octobre 1975 sur la navigation intérieure (LNI)⁵⁸ contient également plusieurs dispositions relatives à l'obligation d'annoncer. L'obligation de signaler prévue à l'art. 62 de la loi du 20 mars 2009 sur le transport de voyageurs (LTV)⁵⁹ ne concerne pas directement les entreprises, mais celles-ci sont soumises à de nombreuses obligations dans le cadre de leurs concessions, dont le non-respect éventuel doit faire l'objet d'un compte rendu.

⁵³ RS 312.0

⁵⁴ À ce sujet, voir les explications figurant dans le message du Conseil fédéral du 15 mai 1959 à l'Assemblée fédérale concernant la modification de la loi fédérale sur la navigation aérienne (enquêtes sur les accidents d'aéronefs) (FF 1959 1372, 1374).

⁵⁵ RS 742.101

⁵⁶ RS 743.01

⁵⁷ RS 744.21

⁵⁸ RS 747.201

⁵⁹ RS 745.1

Les art. 15 et 16 OEIT prévoient différents événements à déclarer pour les transports publics, au SESE ou à l'OFT selon le cas.

Du fait que le SESE est aussi compétent pour les enquêtes sur les incidents dans le domaine des transports publics, le mécanisme de protection prévu par l'art. 24 OEIT garantissant le respect du principe de ne pas s'auto-incriminer s'applique également à ce domaine. En outre, l'art. 14a, al. 2, LCdF, l'art. 24e, al. 2, LICa, l'art. 52a, al. 2, LTV et l'art. 15b, al. 2, LNI prévoient que la loi du 17 décembre 2004 sur la transparence (LTrans)⁶⁰ ne s'applique pas aux rapports concernant des audits, des contrôles d'exploitation et des inspections de l'OFT ni aux autres documents officiels qui contiennent des données personnelles concernant la sécurité technique ou d'exploitation. En outre, notamment dans le cas d'une procédure pénale ouverte sur la base d'autres informations, aucun autre mécanisme de protection n'est prévu pour le notifiant ; il n'y a donc pas de protection contre les poursuites pénales ni de privilège spécifique dans la procédure pénale ouverte.

3.2.3 Autres domaines relevant de la haute sécurité

Comme évoqué précédemment (voir ch. 3.1), le domaine des denrées alimentaires prévoit lui aussi un mécanisme de protection pour les personnes notifiant un événement en lien avec la sécurité. En premier lieu, conformément à l'art. 63, al. 4, de la loi du 20 juin 2014 sur les denrées alimentaires (LDAI)⁶¹, le respect de l'obligation de notifier selon l'art. 27, al. 2, LDAI peut constituer un motif de réduction de peine. En outre, si les autorités d'exécution ont obtenu des informations en vertu du devoir d'assistance et de l'obligation de renseigner fixés à l'art. 29, al. 1, LDAI, ces dernières ne peuvent être utilisées dans le cadre d'une procédure pénale que si la personne concernée a donné son accord ou s'il apparaît que les informations auraient pu être obtenues sans cette obligation de renseigner.

3.3 Domaines ayant mis en place un système de comptes rendus sans mécanisme de protection

3.3.1 Système de santé publique (traitements médicaux et prestations de santé)

Le droit fédéral ne prévoit actuellement aucune obligation générale de mise en place d'une procédure de comptes rendus au niveau fédéral dans le domaine de la fourniture de traitements médicaux et de prestations de soins⁶².

Toutefois, une obligation de mettre en place une procédure de comptes rendus s'applique depuis début 2022 aux fournisseurs de prestations ambulatoires et hospitaliers dans le cadre des soins de base selon la loi fédérale du 18 mars 1994 sur l'assurance-maladie (LAMal)⁶³. Ceux-ci sont tenus, en vertu de l'art. 58g, let. c, ou de l'art. 58d, al. 2, let. c, de l'ordonnance du 27 juin 1995 sur l'assurance-maladie (OAMal)⁶⁴, de mettre en place un système interne de rapport et d'apprentissage approprié (*Critical Incident Reporting System* ; CIRS) et, lorsqu'un tel système existe, d'adhérer à un réseau de déclaration des événements indésirables uniforme pour l'ensemble de la Suisse. Dans le domaine hospitalier, le réseau *CIRNET* est un

⁶⁰ RS 152.3

⁶¹ RS 817.0

⁶² Dans le domaine de la santé, la loi fédérale du 15 décembre 2000 sur les médicaments et les dispositifs médicaux (LPTh ; RS 812.21) prévoit toutefois une obligation de déclarer. Selon l'art. 59 LPTh, les fabricants et les distributeurs de produits thérapeutiques doivent déclarer les effets indésirables de produits thérapeutiques et les incidents qui leur sont imputables. D'autres obligations de déclarer existent dans le droit des épidémies et de la transplantation. Pour plus de détails, voir l'expertise de Thomas Gächter/Kerstin Noëlle Vokinger, Berichtssysteme in Spitälern - Rechtsfragen rund um den Schutz von Berichts- und Lernsystemen in Spitälern vor gerichtlichem Zugriff, 26 mai 2020 (voir note 5).

⁶³ RS 832.10

⁶⁴ RS 832.102

exemple de réseau susceptible d'être développé. Les exigences relatives au système de comptes rendus peuvent être concrétisées dans le cadre de conventions de qualité conclues entre les fédérations des fournisseurs de prestations et des assureurs (art. 58a, al. 1, LAMal). Ces systèmes de comptes rendus doivent permettre d'évaluer et d'éliminer en permanence les risques pour la sécurité⁶⁵. La LAMal ne prévoit pas de mécanisme de protection pour les notifiants.

Outre les nouvelles dispositions de la LAMal, il existe différentes réglementations cantonales sur les procédures de comptes rendus. Un nombre considérable d'hôpitaux et de cliniques exploitent un CIRS sur une base volontaire. Mais il existe également des cantons qui obligent légalement les hôpitaux à exploiter un CIRS, comme le canton de Zurich dans le cadre de la planification hospitalière de ses hôpitaux répertoriés⁶⁶. Seuls les incidents n'ayant pas entraîné de dommages pour les patients doivent être régulièrement déclarés⁶⁷. Ces réglementations cantonales ne prévoient en principe pas d'obligation de déclaration à un service ou à une autorité externe à l'hôpital ni de mécanisme de protection pour les notifiants⁶⁸. Le canton du Valais constitue une exception. Dans ce canton, les collaborateurs d'un établissement hospitalier sont tenus de déclarer les incidents, mais l'immunité disciplinaire du notifiant d'un incident simple et des collaborateurs impliqués est garantie⁶⁹. Est considéré comme un incident simple tout incident qui n'a pas fait de victimes⁷⁰. En cas d'incident grave, la responsabilité disciplinaire du notifiant est maintenue. La Commission cantonale pour la sécurité des patients et la qualité des soins (CSPQS) peut exiger la remise des données du CIRS dans le respect de la protection des données et de la confidentialité⁷¹.

Dans le domaine de la santé publique, la nécessité d'un mécanisme de protection pour les personnes qui saisissent des comptes rendus dans un CIRS est discutée depuis un arrêt rendu par le Tribunal fédéral en 2016⁷². La motion Humbel s'inscrit dans ce contexte⁷³. Certes, les CIRS offrent régulièrement la possibilité d'un compte rendu anonyme. Mais une ré-identification du notifiant ne peut pas être exclue avec certitude⁷⁴. Dans ce contexte, l'OFSP a fait examiner dans une expertise les questions juridiques relatives à la protection des systèmes de rapport et d'apprentissage dans les hôpitaux contre l'accès des autorités judiciaires⁷⁵.

Il est important de mentionner que les organisations de patients veulent limiter la protection des notifiants aux cas dans lesquels personne n'a subi de dommages⁷⁶. Le texte de la

⁶⁵ Rapport explicatif de la modification de l'OAMal du 23 juin 2021, p. 18 (en ligne à l'adresse : www.ofsp.admin.ch > Assurances > Assurance-maladie > Projets de révision en cours > Révision LAMal : admission des fournisseurs de prestations).

⁶⁶ Annexe aux Zürcher Spitalisten 2012 Akutsomatik, Rehabilitation und Psychiatrie: Generelle Anforderungen (listes hospitalières zuricoises 2012 pour les soins somatiques aigus, la réadaptation et la psychiatrie : exigences générales) (version 2022.1 ; valable à partir du 1^{er} janvier 2022), ch. 17 (en ligne à l'adresse : www.zh.ch > Gesundheit > Spitälern & Kliniken > Spitalplanung). Les cantons de Saint-Gall, d'Argovie, de Bâle-Campagne et de Soleure obligent aussi les hôpitaux à exploiter un CIRS.

⁶⁷ Voir à ce propos l'étude externe, p. 64.

⁶⁸ L'utilisation du CIRS peut en revanche être obligatoire à l'intérieur de l'hôpital.

⁶⁹ À ce sujet, voir art. 44, al. 4, de la loi sur la santé du canton du Valais (RS 800.1).

⁷⁰ À ce sujet, voir l'étude externe, p. 67.

⁷¹ Voir art. 44, al. 2, de la loi sur la santé du canton du Valais.

⁷² Dans l'arrêt 1B_289/2016 du 8 décembre 2016, le Tribunal fédéral a protégé l'accès des autorités de poursuite pénale aux notifications faites dans un CIRS et leur utilisation en procédure pénale.

⁷³ À ce sujet, voir supra ch. 1.2.2.

⁷⁴ Thomas Gächter/Kerstin Noëlle Vokinger, Berichtssysteme in Spitälern - Rechtsfragen rund um den Schutz von Berichts- und Lernsystemen in Spitälern vor gerichtlichem Zugriff, 26 mai 2020, p. 12 s. (voir note 5).

⁷⁵ Thomas Gächter/Kerstin Noëlle Vokinger, Berichtssysteme in Spitälern - Rechtsfragen rund um den Schutz von Berichts- und Lernsystemen in Spitälern vor gerichtlichem Zugriff, 26 mai 2020, (voir note 5).

⁷⁶ Helmut Paula, Fehlermeldesysteme – Bewertung der juristischen Situation aus Perspektive der Patientensicherheit, Pflegerecht 2022, p. 41.

motion Humbel relève pour sa part que les systèmes de rapport et d'apprentissage utilisés dans les hôpitaux, tels que les systèmes de déclaration des erreurs (CIRS), doivent être séparés des dossiers médicaux et d'éventuels registres dans lesquels les incidents graves sont répertoriés.

3.3.2 Autres domaines relevant de la haute sécurité

Comme évoqué plus haut (voir ch. 3.1), des systèmes de comptes rendus ont été mis en place dans le domaine des produits thérapeutiques, de l'énergie et de l'énergie nucléaire⁷⁷. L'aviation militaire connaît également un système de comptes rendus : celui-ci n'est toutefois pas inscrit dans la loi mais institué sur une base volontaire. Dans tous ces domaines, il n'existe pas de mécanisme de protection. Au contraire, les autorités chargées de recevoir les comptes rendus sont par exemple soumises à une obligation de dénoncer (notamment en vertu de l'art. 22a LPers et de l'art. 19 DPA pour le personnel de l'administration fédérale).

3.4 Conclusions intermédiaires

L'analyse des bases légales suisses dans les domaines relevant de la haute sécurité permet à ce jour d'identifier quatre modèles pour réglementer la mise en place de systèmes permettant d'apprendre des erreurs et d'augmenter la sécurité. Il en ressort également qu'il n'existe pas en Suisse de réglementation globale et transversale de la culture de l'erreur.

Le premier modèle consiste en la création d'un système de comptes rendus inscrit dans la loi avec des obligations de déclarer et un centre de traitement étatique centralisé chargé de recevoir les comptes rendus et de les traiter. Il prévoit également la création de mécanismes de protection pour les personnes qui procèdent aux comptes rendus. Un tel modèle est réalisé par exemple dans le domaine de l'aviation civile (voir ch. 3.2.1) et, dans une mesure toutefois beaucoup plus limitée, dans le domaine des denrées alimentaires, des transports publics et de la navigation maritime (voir ch. 3.2.2 et 3.2.3). Le cadre légal applicable à ce modèle est celui qui est, pour l'instant en Suisse, le plus favorable à la réalisation d'une culture de l'erreur. Il n'existe toutefois pas dans ce modèle de mécanisme de protection prévoyant la possibilité pour les autorités de poursuite pénale de renoncer à poursuivre la personne responsable du comportement fautif.

Le deuxième modèle consiste en la mise en place d'un système de comptes rendus inscrit dans la loi. Il se différencie du modèle 1 par le fait qu'il ne prévoit aucun mécanisme de protection. Un tel modèle est réalisé par exemple dans le domaine des produits thérapeutiques, de l'énergie et de l'énergie nucléaire (voir ch. 3.3.2). Dans ce modèle, une seule des conditions nécessaires pour mettre en place une culture de l'erreur est remplie (voir ch. 2.2.2), de sorte qu'on ne peut pas considérer que celle-ci soit entièrement réalisée. Si la mise en place d'un système de comptes rendus permet d'analyser les événements particuliers et de prendre des mesures pour améliorer la sécurité du système, le fait qu'il n'existe pas de mécanisme de protection peut avoir un impact sur le nombre de déclarations. Ceci empêche en outre la création d'un environnement basé sur la confiance, dans lequel les différents acteurs peuvent communiquer des événements relevant de la sécurité sans avoir à craindre des conséquences de leur compte rendu.

⁷⁷ Dans le domaine des produits thérapeutiques, voir notamment l'art. 59, al. 4 et 7, LPTh. Dans le domaine de l'énergie, voir notamment l'art. 26 de la loi fédérale du 1^{er} octobre 2010 sur les ouvrages d'accumulation (LOA; RS 721.101) et l'art. 32 de la loi du 4 octobre 1963 sur les installations de transport par conduites de combustibles ou carburants liquides ou gazeux (LITC; RS 746.1). Dans le domaine de l'énergie nucléaire, voir en particulier les art. 11 et 22, al. 2, let. f, de la loi du 21 mars 2003 sur l'énergie nucléaire (LENu; RS 732.1), les art. 21, 38, 39, 49 et 57 de l'ordonnance du 10 décembre 2004 sur l'énergie nucléaire (OENu; RS 732.11) et la directive ENSI-B03. Il est à relever que dans le domaine de l'énergie nucléaire, le centre de traitement n'est pas séparé de l'autorité de surveillance (contrairement au domaine de l'aviation civile).

Le troisième modèle, tout comme le deuxième, consiste en la mise en place d'un système de comptes rendus, au moins partiellement inscrit dans la loi⁷⁸. Il se différencie du modèle 2 du fait qu'il n'existe pas de centre de traitement étatique centralisé. Les systèmes de comptes rendus sont mis en place au sein des différentes organisations. La déclaration d'événements en lien avec la sécurité est parfois obligatoire (selon la loi ou selon les normes internes à l'organisation), parfois volontaire. Un tel modèle est réalisé par exemple dans le domaine de la santé (traitements médicaux et prestations de soins; voir ch. 3.3.1). Comme dans le modèle 2, une seule des conditions nécessaires pour mettre en place une culture de l'erreur est remplie, de sorte que cette dernière ne saurait être considérée comme entièrement réalisée.

Le quatrième modèle prévoit enfin la mise en place d'un système de comptes rendus qui n'est pas inscrit dans la loi. Comme dans les modèles 2 et 3, une seule des conditions nécessaires pour réaliser la culture de l'erreur est remplie. Un tel modèle est réalisé par exemple dans le domaine de l'aviation militaire (voir ch. 3.3.2).

4 Culture de l'erreur dans le droit étranger

4.1 En général

L'étude externe a examiné les solutions législatives adoptées par d'autres États (en particulier l'Autriche, l'Allemagne et la Suède) pour réaliser l'idée de culture de l'erreur dans les secteurs de l'aviation, de la santé et dans d'autres domaines relevant de la haute sécurité. Elle consacre une attention particulière à la question de savoir si les autres États ont mis en place des mécanismes de protection pour les personnes qui déclarent des événements en lien avec la sécurité contre d'éventuelles sanctions.

Il ressort de l'étude externe que c'est dans le domaine de l'aviation civile que la culture de l'erreur est la plus développée. Conformément au droit de l'UE, tous les États membres de l'UE examinés connaissent une procédure de comptes rendus avec des obligations de déclarer les événements en lien avec la sécurité à un organe central chargé de les traiter. Certains États connaissent en outre des développements législatifs dans le secteur de la santé.

Au vu de ce qui précède, les informations suivantes se réfèrent, sauf indication contraire, à l'aviation.

4.2 Mécanismes de protection pour les personnes qui déclarent

4.2.1 Confidentialité des informations notifiées au centre de traitement

Il y a lieu de distinguer la confidentialité des informations vis-à-vis de l'autorité de poursuite pénale, de l'autorité administrative chargée de poursuivre des infractions (pouvant aussi, dans certains pays, infliger des sanctions pénales) ainsi que vis-à-vis de l'autorité de surveillance (habilitée à prendre des mesures administratives).

Vis-à-vis de l'autorité de poursuite pénale

Ni l'Autriche ni l'Allemagne n'ont mis en place des mécanismes de protection garantissant la confidentialité des informations notifiées vis-à-vis des autorités de poursuite pénale. Le centre de traitement est ainsi tenu de transmettre les comptes rendus pouvant fonder le soupçon d'une infraction pénale aux autorités de poursuite pénale. L'Autriche limite toutefois la

⁷⁸ L'adhésion à un système de comptes rendus national est prescrit uniquement pour les prestations pour lesquelles un tel système existe (p.ex. le CIRNET dans le domaine hospitalier). De plus, les exigences posées par la loi pour les systèmes de comptes rendus internes sont relativement peu élevées afin de tenir compte du fait que dans certains domaines, p.ex. dans le domaine ambulatoire, de tels systèmes ne sont pas encore établis.

transmission aux cas dans lesquels il subsiste un soupçon d'intention ou de négligence grave⁷⁹.

Le droit suédois prévoit en particulier que le centre de traitement ne peut transmettre le contenu d'un compte rendu aux autorités de poursuite pénale que si les faits incriminés sont punissables d'une peine privative de liberté et si, dans le cas concret, une autre sanction qu'une peine pécuniaire serait probablement infligée. Le centre de traitement a développé un guide portant sur la manière de procéder en cas de dénonciation à l'autorité de poursuite pénale.

Le droit hollandais prévoit pour sa part que les collaborateurs du centre de traitement sont déliés de leur obligation de dénoncer pour les cas qui ne constituent pas un comportement intentionnel ou une négligence grave. Des séances de coordination ont en outre régulièrement lieu avec le ministère public spécifiquement compétent en matière d'aviation. Enfin, lorsque l'autorité de poursuite pénale reçoit un compte rendu d'événement, il lui est interdit de l'utiliser comme preuve contre la personne ayant procédé au compte rendu.

En Slovénie, un accord a été conclu entre les organes chargés de recevoir les comptes rendus et les autorités de poursuite pénale. Cet accord règle la manière de mettre en œuvre la culture de l'erreur, notamment la collaboration entre les signataires dans un cas concret.

Comme indiqué, certains États (Allemagne, Danemark et Suède) connaissent aussi des développements législatifs dans le domaine de la santé. La loi allemande prévoit en particulier une obligation pour les fournisseurs de prestations (par exemple les hôpitaux ou les cabinets médicaux) d'exploiter un système interne de gestion de la qualité comprenant également les comptes rendus d'événements en lien avec la sécurité. De plus, elle interdit d'exploiter les informations notifiées dans le cadre d'une procédure pénale, sauf si certaines conditions sont remplies. D'une part, l'exploitation des informations est nécessaire à la poursuite d'une infraction particulièrement grave et passible d'une peine privative de liberté maximale de plus de cinq ans. D'autre part, les faits ou le lieu de séjour du prévenu ne pourraient pas être établis ou ne pourraient l'être qu'avec de grandes difficultés.

Vis-à-vis de l'autorité administrative chargée de poursuivre des infractions

L'Autriche ne connaît pas d'obligation de dénoncer pour le centre de traitement. Les autorités administratives chargées de poursuivre des infractions ne sont ainsi pas informées automatiquement des événements en lien avec la sécurité qui ont fait l'objet d'un compte rendu. Toutefois, si elles ont connaissance de ces événements par un autre biais, elles peuvent requérir la transmission des informations. La loi sur l'aviation autrichienne prévoit dans ces cas une obligation de renoncer à une procédure lorsqu'il ne subsiste pas de soupçon d'intention ou de négligence grave et que le soupçon a été connu uniquement sur la base d'un compte rendu effectué par la personne concernée par les faits.

En revanche, en Allemagne, le centre de traitement est souvent l'autorité administrative chargée de poursuivre certaines infractions. Cette dernière peut ainsi, sur la base des comptes rendus, ouvrir une procédure et exploiter les informations en tant que moyen de preuve.

Vis-à-vis de l'autorité de surveillance

⁷⁹ Plus précisément de méconnaissance caractérisée, sérieuse et grave d'un risque évident et de manquement très grave à l'obligation professionnelle de prendre des mesures manifestement requises dans ces circonstances, causant un dommage qui était prévisible à une personne ou à un bien ou ayant pour effet de compromettre sérieusement le niveau de la sécurité aérienne.

L'Autriche et l'Allemagne n'ont pas mis en place de mécanisme de protection garantissant la confidentialité des informations notifiées. Le centre de traitement est ainsi tenu de transmettre les comptes rendus à l'autorité de surveillance, qui peut prendre, sur cette base, des mesures administratives. L'Allemagne prévoit toutefois que les comptes rendus ne peuvent pas être utilisés pour justifier un retrait de la licence de pilote par exemple, sous réserve d'un comportement commis intentionnellement ou par négligence grave.

En Suède, il n'est pas possible de prendre des mesures administratives si l'autorité a eu connaissance des faits uniquement via une déclaration obligatoire et qu'il n'y a pas de comportement intentionnel ni de négligence grave.

4.2.2 Confidentialité des informations notifiées à l'organe chargé de mener les enquêtes de sécurité

Le droit autrichien prévoit un devoir de confidentialité général pour les personnes chargées de mener les enquêtes de sécurité. De plus, il prévoit une interdiction d'exploiter certains éléments de preuve dans le cadre d'une procédure pénale ou administrative. Le devoir de confidentialité et l'interdiction d'exploiter certains éléments de preuve ne sont néanmoins pas absolus. Le droit allemand ne prévoit en revanche aucun mécanisme de protection. En Suède, il existe différentes dispositions générales réglant la question de la confidentialité ; un mécanisme de protection spécifique à la culture de l'erreur n'existe toutefois pas.

Au vu de ce qui précède, les paragraphes suivants se focaliseront sur les solutions prévues par le droit autrichien.

Vis-à-vis de l'autorité de poursuite pénale

Le droit autrichien prévoit qu'en cas de demande d'accès au dossier de la part de l'autorité de poursuite pénale, le chef de l'autorité chargée de mener les enquêtes de sécurité doit procéder à une pesée des intérêts. L'accès au dossier peut être octroyé uniquement dans la mesure où l'intérêt à la consultation des éléments de preuve et à leur utilisation à des fins de poursuite pénale l'emporte sur l'intérêt à leur disponibilité exclusive aux fins d'une enquête de sécurité indépendante. Ceci en fonction de l'importance des faits à élucider, de l'ampleur du préjudice causé et du nombre de victimes. Si l'accès au dossier et aux moyens de preuves est octroyé, les personnes chargées de mener l'enquête et les collaborateurs de l'autorité sont libérés de leur devoir de confidentialité.

Afin de garantir le respect du droit de ne pas s'auto-incriminer, le droit autrichien prévoit une interdiction d'exploiter des éléments de preuve. Les personnes qui, par leur témoignage, s'exposent à des poursuites pénales ou qui risquent de s'incriminer elles-mêmes dans le cadre d'une procédure pénale engagée contre elles, doivent être informées de leur droit de refuser de témoigner. Si elles n'ont pas expressément renoncé à ce droit, leurs déclarations ne peuvent pas être utilisées comme moyen de preuve à leur détriment au cours de la procédure pénale.

Vis-à-vis de l'autorité de surveillance et de l'autorité administrative chargée de poursuivre des infractions

En cas de citation à comparaître d'un collaborateur devant l'autorité de surveillance ou devant l'autorité administrative compétente en matière de poursuite pénale, le droit autrichien prévoit que le chef de l'autorité chargée de mener les enquêtes doit décider s'il y a lieu de délier la personne de son devoir de confidentialité. Pour ce faire, il doit procéder à une pesée entre l'intérêt au secret, notamment à la protection des données et des personnes qui

contribuent à l'enquête, et l'intérêt au témoignage, tout en tenant compte de l'objectif de la procédure.

4.2.3 Autres mécanismes de protection

En sus des indications fournies ci-dessus, il n'existe pas d'autres mécanismes de protection spécifique dans les États examinés.

4.3 Conclusions intermédiaires

Sur la base de l'examen de la situation juridique à l'étranger, force est de constater ce qui suit :

- La culture de l'erreur est également un sujet de discussion dans les États étrangers examinés. Cependant, aucun d'entre eux n'a mis en place de mécanisme de protection générale et transversale prévoyant la possibilité de renoncer à une poursuite pénale ou à punir les personnes ayant déclaré des événements en lien avec la sécurité.
- Les solutions trouvées à l'étranger sont pour l'essentiel sectorielles. Aucun des États examinés n'a réalisé l'idée de culture de l'erreur de manière globale et transversale.
- C'est dans le domaine de l'aviation que la culture de l'erreur est la plus développée, en raison notamment du droit de l'UE. Dans certains États, le secteur de la santé a aussi connu des développements législatifs. Dans les autres domaines relevant de la haute sécurité, une codification de la culture de l'erreur au sens d'un système de comptes rendus complété par un mécanisme de protection ne semble pas avoir eu lieu.
- Les solutions trouvées à l'étranger portent essentiellement sur la question de la confidentialité des informations notifiées, sur l'échange d'informations entre autorités ainsi que sur la question du respect du principe de ne pas s'auto-incriminer.

5 Culture de l'erreur du point de vue des milieux concernés

5.1 Introduction

La deuxième partie de l'étude externe est consacrée à une analyse de la perspective des milieux concernés. Cette analyse a comme premier objectif de déterminer quels sont les acteurs touchés par la culture de l'erreur en Suisse et de connaître leur point de vue. Elle doit également permettre de comprendre quels sont les différents intérêts en cause et d'où provient principalement la demande de réaliser la culture de l'erreur en Suisse. En outre, elle vise à déterminer quelles sont les questions que soulève l'introduction de ladite culture dans la pratique et à comprendre comment elles sont résolues par les différents acteurs. Enfin, l'analyse des milieux concernés a comme objectif de mettre en lumière de quelle manière la culture de l'erreur est réalisée au sein d'une entreprise.

L'analyse se concentre principalement sur les milieux concernés non étatiques. Différentes interviews ont été menées avec des représentants du domaine de l'aviation civile (y compris des aéroports), de l'aviation militaire, de la santé, des chemins de fer, des installations à câble et de l'énergie nucléaire.

5.2 Champs d'action du point de vue des milieux concernés

5.2.1 Dépendance des centres de traitement externes

La question de l'indépendance du centre de traitement externe⁸⁰ fait l'objet d'une appréciation différente au sein des différents domaines relevant de la haute sécurité. Du point de vue des milieux concernés du secteur de l'aviation civile, la question d'une séparation claire entre l'autorité de surveillance et le centre de traitement externe est centrale. Dans le domaine de l'énergie nucléaire, des chemins de fer et des installations à câble, les avis sont hétérogènes. Toutefois, plutôt que de tabler sur une séparation claire entre centre de traitement et autorité de surveillance, les milieux concernés interrogés mettent principalement l'accent sur la possibilité pour l'autorité de surveillance de disposer d'une marge d'appréciation lui permettant de ne pas dénoncer ou punir dans les cas de peu de gravité.

Selon les milieux concernés interrogés, il est également important que le centre de traitement externe assure un retour sur les comptes rendus ou publie régulièrement les résultats des analyses effectuées, sous une forme veillant à garantir la confidentialité des informations transmises.

Du point de vue des milieux concernés représentant le domaine de l'aviation civile, le centre de traitement externe devrait en outre remplir les exigences suivantes : être indépendant, disposer des compétences spécialisées nécessaires et garantir un rapport de confiance absolu. Ainsi, comme évoqué ci-dessus, le centre de traitement externe devrait être strictement séparé de l'autorité de surveillance ou, du moins, garantir une séparation claire à l'interne entre procédure de comptes rendus et activité de surveillance. Il devrait être possible de procéder à des déclarations anonymes ; le processus devrait être mené de manière transparente, avec des possibilités de contester les décisions. Afin de rendre visible son utilité, le centre de traitement externe devrait enfin avoir comme objectif l'élaboration et la diffusion des connaissances.

5.2.2 Délimitation entre la culture de l'erreur et le droit pénal

Il ressort de l'étude externe que la peur des conséquences administratives, disciplinaires ou pénales d'un compte rendu est un thème central pour les milieux concernés interrogés. De l'avis de ces derniers, en particulier des milieux concernés du secteur de l'aviation civile, il faudrait prévoir un mécanisme de protection des informations contenues dans les systèmes de comptes rendus (internes et externes) afin d'éviter leur utilisation dans le cadre d'une procédure administrative, disciplinaire ou pénale. La confidentialité de ces informations devrait être garantie, le manque de protection ayant un impact négatif sur les systèmes de comptes rendus.

Une large majorité des milieux concernés propose ainsi la création d'une base légale prévoyant de tels mécanismes de protection. Cette base légale protégerait uniquement les comportements considérés comme acceptables et non pas les comportements intentionnels ou les négligences graves. En cas de comportement acceptable, il y aurait lieu, du point de vue des milieux concernés, de privilégier l'augmentation potentielle de la sécurité pour la population plutôt que la poursuite des personnes ayant déclaré une erreur.

⁸⁰ Cette notion est utilisée par l'étude externe pour différencier le centre de traitement mis en place par l'entreprise au sein de celle-ci de celui extérieur à l'entreprise qui est, dans la plupart des domaines examinés dans le cadre du présent rapport, un organe étatique.

5.2.3 Qualification des infractions en relation avec les limites de la culture de l'erreur

Comme mentionné précédemment (voir ch. 5.2.2), l'idée de culture de l'erreur ne tolère pas les comportements commis intentionnellement ou par négligence grave. Dans ces cas, elle vise aussi à garantir que les acteurs concernés soient tenus pour responsables de leurs actes. L'analyse des milieux concernés montre toutefois qu'il existe des difficultés dans la délimitation entre erreurs acceptables et non-acceptables. C'est en particulier le cas lors de comportements de négligence légère répétés ou lors de la détermination du degré de négligence. Selon l'étude externe, il en ressort un besoin implicite de directives à ce sujet. Dans le domaine de l'aviation militaire par exemple, un guide prévoyant des critères de délimitation a été élaboré. Du point de vue de plusieurs milieux concernés, cette délimitation devrait être effectuée par un centre de traitement indépendant, séparé de l'autorité de surveillance (voir ch. 5.2.1 en ce qui concerne le centre de traitement externe) et de la voie disciplinaire.

5.2.4 Financement des systèmes de comptes rendus

Il ressort enfin de l'analyse des milieux concernés, notamment des représentants des aéroports mais aussi de l'aviation civile, de l'énergie nucléaire et des chemins de fer, que la mise en place d'un système de comptes rendus interne cause une certaine charge au niveau administratif, surtout pour les petites entreprises. Ainsi, la question du financement de tels systèmes se pose.

5.3 Conclusions intermédiaires

Il ressort notamment de l'analyse que :

- Selon les milieux concernés interrogés, il existe un besoin de réaliser davantage la culture de l'erreur en droit suisse, en particulier en ce qui concerne la confidentialité des informations transmises dans le cadre d'une procédure de comptes rendus, la protection de ces dernières contre une utilisation dans le cadre d'une procédure judiciaire ainsi que la protection contre les conséquences juridiques d'un compte rendu.
- Ces différents mécanismes de protection ne doivent pas s'appliquer en cas de comportement inacceptable, notamment en cas de comportement intentionnel ou de négligence grave; il est toutefois difficile dans la pratique de procéder à une telle délimitation.
- Le rôle du centre de traitement est essentiel dans la réalisation de la culture de l'erreur. Il est ainsi fondamental que les informations notifiées soient analysées et que les résultats de l'analyse soient communiqués vers l'extérieur, sous une forme permettant de respecter la confidentialité de ces informations.
- Dans le domaine de l'aviation civile, la question d'une séparation claire entre centre de traitement externe et autorité de surveillance est centrale; dans les autres secteurs, l'accent est principalement mis sur la possibilité pour l'autorité de surveillance de disposer d'une marge d'appréciation lui permettant de ne pas dénoncer ou de prononcer une sanction dans les cas de peu de gravité.
- La mise en place d'un système de comptes rendus interne peut représenter une charge importante, surtout pour les petites entreprises.

6 Appréciation du Conseil fédéral

6.1 Généralités

Eviter les erreurs dans les domaines relevant de la haute sécurité est un objectif important pour le Conseil fédéral. En tirer des enseignements permet en outre d'améliorer en perma-

nence la qualité des systèmes et d'en augmenter la sécurité de manière efficace et préventive. Il est ainsi fondamental que les événements particuliers pouvant avoir un impact sur la sécurité soient communiqués et analysés par les organes compétents et que les mesures préventives nécessaires soient prises. Il en ressort qu'il existe un intérêt public à disposer d'un système de comptes rendus qui fonctionne bien. Dans ce contexte, la mise en place d'une culture de l'erreur peut contribuer à l'amélioration de la sécurité.

De l'avis du Conseil fédéral, la culture de l'erreur ne doit toutefois pas être mise en opposition avec le déroulement de procédures pénales, civiles et administratives. Lorsque des règles élémentaires ont été violées et qu'il y a eu une menace sérieuse pour des biens juridiques essentiels, le rétablissement de la situation conforme aux dispositions légales ou la compensation adéquate du dommage ne peut traditionnellement pas faire abstraction du déroulement de procédures judiciaires. L'attribution des responsabilités et l'application conforme à l'égalité de traitement des règles de droit (p. ex. par rapport à l'exercice uniforme de l'action publique) sont donc essentielles au bon fonctionnement de la société et de l'État. De plus, il y a lieu de veiller à ce que le système juridique, quel que soit le domaine juridique visé (pénal, civil ou administratif), fondé sur des droits et devoirs légaux ou contractuels, ne soit pas affaibli. Ces droits et devoirs, et les sanctions qui y sont associées, servent à ce que chacun connaisse ses responsabilités et en soit conscient, et qu'il s'efforce ainsi d'éviter au maximum de commettre des erreurs. Le système juridique a donc également une fonction préventive.

Dans ce contexte, il convient de rappeler que les dispositions pénales sont l'ultime moyen de garantir la protection de biens juridiques essentiels. La pénalisation de la violation des obligations par négligence devrait donc être examinée de près dans le cadre de projets législatifs quant à ses effets sur une culture positive de l'erreur. Renoncer à la pénalisation peut davantage inciter à notifier les erreurs que le fait de garantir (souvent avec des résultats incertains) le respect des obligations au moyen de normes de droit pénal.

De l'avis du Conseil fédéral, il est important de trouver des solutions appropriées et équilibrées qui tiennent compte de ces aspects. Il s'agit de garantir que le plus grand nombre de déclarations possibles soient notifiées aux autorités compétentes et traitées par ces dernières. C'est de cette manière que l'objectif d'augmenter la sécurité de manière efficace et préventive peut être atteint. En parallèle, il y a lieu de veiller aux intérêts des personnes lésées à obtenir la réparation du dommage subi.

Comme évoqué sous ch. 2.2, la mise en œuvre de la culture de l'erreur dans les domaines relevant de la haute sécurité présuppose tout d'abord que les événements en lien avec la sécurité soient signalés par les différents acteurs à un service déterminé (interne ou externe) et soient évalués par celui-ci afin de créer les bases d'un apprentissage préventif fondé sur les erreurs passées. Le législateur peut contribuer à la réalisation d'une culture de l'erreur en prévoyant la mise en place d'un système de déclarations d'événements liés à la sécurité avec, en parallèle, la création de mécanismes de protection adéquats et équilibrés pour les personnes qui signalent leurs erreurs ou qui sont concernées par une déclaration. L'examen de la situation juridique en Suisse a permis de démontrer que de telles règles existent déjà dans un certain nombre de domaines, notamment dans ceux de l'aviation civile et des denrées alimentaires (voir ch. 3.2). Le Conseil fédéral prend acte du fait qu'il existe chez les milieux concernés un besoin de réaliser davantage l'idée de culture de l'erreur dans les différents domaines relevant de la haute sécurité.

L'analyse de la situation juridique en Suisse a permis de constater que, de manière générale, des solutions adaptées pour assurer la déclaration systématique d'événements en lien avec la sécurité ont été trouvées. Il en ressort toutefois également que les systèmes de

comptes rendus ne sont pas réglés de manière uniforme dans les différents secteurs (voir ch. 3.4). Alors que, dans le domaine de l'aviation civile, il existe par exemple une réglementation détaillée (modèle 1), d'autres secteurs ne sont soumis qu'à une réglementation partielle, voire à aucune réglementation législative (modèles 3 et 4). Les différences concernent notamment le caractère de la déclaration (anonyme ou personnelle), les événements à déclarer (tous les événements ou seulement les incidents mineurs) ainsi que le destinataire des déclarations (p. ex. : centre de traitement interne à l'organisation dans le domaine de la santé, centre de traitement indépendant au sein de l'autorité de surveillance dans le domaine de l'aviation civile, etc.). La mise en place d'un éventuel mécanisme de protection devrait ainsi tenir compte de ces spécificités sectorielles.

De l'avis du Conseil fédéral, ces différences ont pour conséquence que l'idée de culture de l'erreur ne peut pas être introduite dans le système juridique en tant que principe général et transversal comme le demande le postulat. Il y a ainsi lieu d'opter, si nécessaire, pour une réglementation sectorielle du système de comptes rendus et d'y intégrer un mécanisme de protection adéquat, équilibré et adapté aux spécificités du secteur.

Parallèlement à l'existence de bases légales permettant la mise en place d'une culture de l'erreur, le Conseil fédéral relève qu'il est essentiel qu'une telle culture soit aussi pratiquée au sein des entreprises. Réaliser la culture de l'erreur est aussi une responsabilité des entreprises concernées, celles-ci étant en première ligne responsables du traitement et de la prévention des erreurs.

En ce qui concerne la situation juridique à l'étranger, le Conseil fédéral constate que la culture de l'erreur est également un sujet de discussion dans les États examinés dans le cadre de l'étude externe. Comme en Suisse, c'est dans le domaine de l'aviation civile que la culture de l'erreur est la plus développée, grâce notamment au droit de l'UE. Le secteur de la santé a aussi connu dans certains États des développements législatifs. Une codification de la culture de l'erreur dans d'autres domaines relevant de la haute sécurité ne semble pas avoir eu lieu.

Les solutions trouvées à l'étranger sont essentiellement sectorielles. Elles portent principalement sur la question de la confidentialité des informations notifiées, sur l'échange d'informations entre autorités ainsi que sur la question du respect du principe de ne pas s'auto-incriminer. Cette approche présente des analogies avec celle adoptée en Suisse.

Le Conseil fédéral constate enfin qu'aucun des États examinés n'a, de manière générale et transversale, réalisé l'idée de culture de l'erreur ni mis en place un mécanisme de protection prévoyant la possibilité de renoncer à une poursuite pénale ou de punir les personnes ayant déclaré des événements en lien avec la sécurité.

Au vu de ce qui précède, une analyse des options permettant de réaliser davantage la culture de l'erreur en droit suisse sera présentée dans les chapitres suivants. Pour chaque option, il sera en premier lieu examiné si et dans quelle mesure les bases légales existantes permettent de favoriser la mise en place d'une culture de l'erreur. Dans le cas où le droit actuel ne prévoit pas de mécanisme de protection, les alternatives possibles pour le législateur seront présentées et feront l'objet d'une appréciation. Cette analyse intégrera également les aspects principaux évoqués par les milieux concernés interrogés (voir ch. 5.3).

6.2 Principe de légalité en droit pénal et obligation de poursuite

Le législateur mise souvent sur le droit pénal pour résoudre des problèmes de société (voir également le ch. 2.3.2 supra)⁸¹. Cela vaut aussi pour le droit public : les obligations de droit administratif sont parfois garanties (ou imposées indirectement) non seulement au moyen d'instruments relevant du droit de la surveillance (p. ex. retrait d'autorisations), mais aussi au moyen de normes pénales. La violation d'obligations de droit administratif est généralement punissable non seulement en cas de faute intentionnelle, mais aussi en cas de négligence⁸².

Personne n'aime reconnaître ses erreurs. Si la personne fautive doit en outre s'attendre à une sanction, l'incitation à signaler son propre comportement fautif est faible⁸³. Des dispositions pénales peuvent pour cette raison faire obstacle à la culture de l'erreur.

En vertu de l'art. 7 CPP, les autorités pénales sont tenues d'ouvrir et de conduire une procédure lorsqu'elles ont connaissance d'infractions ou d'indices permettant de présumer l'existence d'infractions.

Au regard des principes de l'Etat de droit, ce principe de légalité en procédure pénale est central pour que la puissance publique en matière pénale s'exerce dans le respect de la Constitution (et en particulier de l'interdiction de l'arbitraire)⁸⁴. Il vise l'application uniforme du droit pénal matériel : un comportement passible d'une peine doit entraîner une poursuite et une sanction identiques pour tous. Les exceptions à l'obligation de poursuite doivent se fonder sur une base légale particulière (art. 8 CPP). Le principe de légalité vaut aussi en droit pénal administratif⁸⁵.

Bien que le principe de légalité constitue une prémisse fondamentale de la procédure pénale, il ne s'applique pas sans restriction. Il peut y être exceptionnellement dérogé conformément à l'art. 8 CPP. Les exceptions au principe de légalité visent classiquement à ménager les ressources des autorités pénales, notoirement surchargées, en cas d'infractions mineures⁸⁶. Dans le contexte de la culture de l'erreur, un autre aspect peut entrer en jeu : garantir un système de comptes rendus qui fonctionne.

Il convient d'examiner de plus près les exceptions au principe de légalité en procédure pénale prévues par les art. 52 et 53 CP ainsi que dans certains actes législatifs spéciaux (art. 20, al. 2, LA en relation avec l'art. 77d, al. 4, OSAv).

6.2.1 Absence d'intérêt à punir selon l'art. 52 CP

Il y a cinquante ans déjà, la criminalisation croissante des comportements négligents, notamment dans le domaine de la circulation routière, suscitait un certain malaise⁸⁷. C'est pourquoi

⁸¹ Voir actuellement le projet de loi fédérale du 12 octobre 2022 sur l'interdiction de se dissimuler le visage (en application de l'art. 10a Cst.).

⁸² Pour une vue d'ensemble de la question, voir le message et le projet du 24 août 2022 relatifs à la loi fédérale fixant le cadre général de la perception des redevances et concernant le contrôle de la circulation transfrontalière des marchandises et des personnes par l'Office fédéral des douanes et de la sécurité frontalière (loi définissant les tâches d'exécution de l'OFDF, LE-OFDF) ainsi que ceux relatifs à la révision totale de la loi sur les douanes (LD) et à la nouvelle loi sur les droits de douane (LDD).

⁸³ Le droit pénal reconnaît qu'il n'est pas raisonnablement exigible de se livrer soi-même à l'État pour être puni et de devoir ce faisant collaborer. C'est pourquoi le fait de se favoriser soi-même n'est en principe pas punissable (voir l'art. 305 CP, qui ne punit que le fait de favoriser autrui), et la liberté de collaborer (*nemo tenetur se ipsum accusare vel prodere*) est un principe central du droit de procédure pénale (art. 113, al. 1, CPP).

⁸⁴ Jonas Achermann/Friedrich Frank, in : Friedrich Frank et al. (éd.), Basler Kommentar Verwaltungsstrafrecht, Bâle 2020, ad art. 2 n° 5.

⁸⁵ Jonas Achermann/Friedrich Frank, in : Friedrich Frank et al. (éd.), Basler Kommentar Verwaltungsstrafrecht, Bâle 2020, ad art. 2 n° 9 ss.

⁸⁶ Voir BSK StPO-Fiolka/Riedo, ad art. 8 CPP n° 6 et BSK StGB-Riklin, avant ad art. 52-55 n° 23 et BSK StGB-Riklin, ad art. 52 n° 13a.

⁸⁷ Généralités sur la tendance à l'extension excessive de la protection pénale dans le droit pénal accessoire : BSK StGB-Niggli/Maeder, ad art. 12 n° 20 s. et les références citées.

on a voulu appliquer aux infractions mineures une exception à l'obligation stricte de poursuite pénale⁸⁸. En cas de comportement négligent, la survenance d'un dommage, important ou non, est souvent une question de hasard et non de faute. Pour l'exemption exceptionnelle de peine en raison du caractère mineur d'une infraction, l'avant-projet de 1993 de modification du CP⁸⁹ ne se basait donc pas sur les conséquences de l'acte, mais sur l'injustice de l'acte ou la culpabilité de l'auteur. Cette proposition s'est heurtée à une certaine résistance lors de la procédure de consultation : on a critiqué le fait que les intérêts de la victime n'étaient pas suffisamment pris en compte⁹⁰. L'art. 52 CP prévoit désormais que si la culpabilité de l'auteur et les conséquences de son acte sont peu importantes, l'autorité compétente renonce à le poursuivre, à le renvoyer devant le juge ou à lui infliger une peine. Cela limite considérablement le champ d'application. Cette règle s'applique également au droit pénal accessoire (art. 333, al. 1, CP).

L'art. 52 CP n'a pas pour but d'exclure de manière générale certaines infractions mineures de la poursuite pénale. Le critère est au contraire relatif : il convient d'établir une comparaison transversale avec l'ensemble des infractions typiques tombant sous le coup de la même disposition légale – du point de vue de la faute et des conséquences de l'acte. L'art. 52 CP ne peut être appliqué que si la faute et les conséquences de l'acte semblent insignifiantes ou nettement moins graves⁹¹. Des conséquences graves telles que la mort d'une personne ou des lésions corporelles graves excluent l'application de l'art. 52 CP⁹². Une partie de la doctrine exige en outre que l'exemption de peine soit limitée aux infractions qui ne présentent aucun intérêt public au regard des objectifs pénaux possibles⁹³.

Le comportement de l'auteur après l'acte doit également être pris en compte en cas d'exemption de peine selon l'art. 52 CP : lorsqu'un auteur signale volontairement une infraction et coopère avec les autorités, il en bénéficie lors de la détermination de la faute⁹⁴. La situation est différente lorsqu'il existe une obligation de signaler.

L'exemption de peine est possible à n'importe quel stade de la procédure : dès l'existence d'un soupçon, il est possible d'ordonner la non-entrée en matière ou, après l'ouverture de l'enquête, le classement de la procédure (principe de l'opportunité de la poursuite pénale). Au cours de la procédure principale, le tribunal peut prononcer un verdict de culpabilité tout en renonçant à une peine, en vertu de l'art. 52 CP⁹⁵. En cas de classement de la procédure ou de non-entrée en matière, les victimes peuvent faire recours⁹⁶. Lorsqu'il s'agit de décider de l'application de l'art. 52 CP, le ministère public ou le tribunal ont nécessairement connais-

⁸⁸ Voir à ce propos ch. 6.2.

⁸⁹ Rapport et avants-projets de la Commission d'experts concernant la Partie générale et le Troisième livre du Code pénal et concernant une Loi fédérale régissant la condition pénale des mineurs, Berne 1993.

⁹⁰ Sur l'ensemble, voir BSK StGB-Riklin, ad art. 52 n° 6 et 19, et les références citées.

⁹¹ Voir message du 21 septembre 1998 concernant la modification du code pénal suisse (dispositions générales, entrée en vigueur et application du code pénal) et du code pénal militaire ainsi qu'une loi fédérale régissant la condition pénale des mineurs (FF 1999 II 1787, 2064) ; ATF 138 IV 13, consid. 9 (randonneurs nudistes); BSK StGB-Riklin, ad art. 52 n° 21 s.

⁹² BSK StGB-Riklin, ad art. 52 n° 19.

⁹³ Voir BSK StGB-Riklin, ad art. 52 n° 26, et les références citées.

⁹⁴ BSK StGB-Riklin, ad art. 52 n° 15.

⁹⁵ BSK StGB-Riklin, introduction aux art. 52 à 55 n° 26 s. et 30 s.

⁹⁶ Art. 322, al. 2, art. 382 et 393 ss CPP.

sance d'un acte potentiellement punissable. L'ouverture d'au moins une procédure préliminaire (art. 299 ss CPP) est donc la règle⁹⁷. Si l'on part du principe que l'ouverture d'une procédure pénale nuit déjà à la culture de l'erreur, la réglementation de l'art. 52 CP ne satisfait pas aux exigences de cette culture.

Quelques ouvrages spécialisés proposent de créer dans le code pénal une disposition générale visant à promouvoir une culture positive de l'erreur⁹⁸. Cette nouvelle disposition pourrait par exemple prévoir que l'on renonce à toute sanction pénale dans l'hypothèse où l'État a eu connaissance d'un cas uniquement dans le cadre d'une procédure de comptes rendus obligatoire, que la culpabilité est légère (p.ex. en cas de négligence) et que les conséquences de l'acte sont peu importantes (en particulier, lorsqu'il n'y a pas de dommages corporels).

L'introduction d'une telle disposition paraît problématique pour les raisons suivantes :

- Elle se trouve dans un rapport de tension avec le principe de l'exercice uniforme de l'action publique et de l'égalité de traitement dans le cadre de la poursuite pénale. Dans les domaines à risque, notamment la circulation routière, où il n'existe pas d'obligation de comptes rendus comme dans l'aviation, cela aurait pour conséquence que les chauffeurs de bus, par exemple, seraient moins bien traités que les pilotes sur le plan pénal. Une telle inégalité de traitement serait difficilement justifiable.
- Il ne paraît pas non plus justifié de créer une exception supplémentaire au principe de légalité en procédure pénale et à l'obligation de poursuivre : les comportements passibles de sanctions pénales doivent entraîner des poursuites et des sanctions pour toutes les personnes de la même manière, indépendamment du domaine concerné. Le droit en vigueur (art. 52 CP) permet en outre déjà de renoncer à une poursuite pénale lorsque les conséquences de l'acte et la faute sont légères.
- La question de savoir s'il y aurait lieu de limiter l'application d'une telle norme aux domaines relevant de la haute sécurité (ou de l'élargir à tous les domaines prévoyant des obligations de déclarer, p.ex. le secteur financier) se poserait. Une telle limitation pourrait difficilement se justifier.
- Il y a enfin lieu de relever qu'aucun des États examinés dans le cadre de l'étude externe n'a mis en place de mécanisme de protection général prévoyant la possibilité de renoncer à une poursuite pénale ou à punir les personnes ayant déclaré des événements en lien avec la sécurité.

Pour toutes ces raisons, il ne semble pas approprié, dans l'ensemble, de compléter ou modifier la règle générale d'exemption de peine dans le CP au vu des objectifs particuliers de la culture de l'erreur.

⁹⁷ BSK StGB-Riklin, introduction aux art. 52 à 55 n° 24.

⁹⁸ Voir p. ex. Corinna Bleienheuft et Peter Wysk, *Strafverfolgung von Lotsen und Verwertung von Erkenntnissen der Unfalluntersuchungsstellen*, *Zeitschrift für Luft- und Weltraumrecht* 2019, p. 543 ss, 561 ; de même, Peter Müller, *Just Culture*, p. 764 ; opposé : Raphael Widmer-Kaufmann, *Die Flugunfalluntersuchung nach Schweizerischem Recht*, Saint-Gall 2021, p. 612.

6.2.2 Réparation selon l'art. 53 CP

L'art. 53 CP règle une part l'opportunité de la poursuite et prévoit d'autre part un motif d'atténuation ou d'annulation de la peine⁹⁹. L'objectif est que la paix juridique soit rétablie¹⁰⁰. L'application de l'art. 53 CP est sans autre concevable dans le domaine médical, lorsque la personne qui prodigue des soins a causé un dommage à un patient par une infraction au devoir de diligence et qu'elle a réparé ce dommage.

Si l'on veut appliquer l'art. 53 CP à la violation ou à la mise en danger de biens juridiques collectifs, il faut notamment, lors de l'évaluation de l'intérêt public à la poursuite pénale, tenir compte entre autres de l'égalité de traitement des auteurs et faire une distinction en fonction du bien juridique protégé. On en déduit une réparation spécifique au bien juridique protégé. Dans le cas d'infractions contre la collectivité, une réparation n'est donc envisageable que dans des catégories de cas particuliers¹⁰¹.

Le compte rendu de l'auteur de l'infraction en tant que contribution à une gestion (éventuellement) plus sûre de situations similaires à l'avenir ne semble pas être une réparation suffisante, surtout si l'auteur de l'infraction est tenu de notifier les faits¹⁰². L'amélioration de la gestion des erreurs en tant que telle ne peut pas non plus être imputée à l'auteur en tant que réparation : de telles améliorations sont rarement mises en place par l'auteur lui-même, mais par la direction de l'organisme auquel il appartient. L'auteur ne fournit dans ce cas donc pas de prestation de réparation adéquate¹⁰³.

Appliquer l'art. 53 CP est inopportun et inapproprié dans la culture de l'erreur :

- Cette disposition ne garantit pas l'absence de conséquences pénales pour le notifiant. Si l'on part du principe que l'ouverture d'une procédure pénale nuit déjà à une culture positive de l'erreur, la réglementation de l'art. 53 CP ne satisfait pas à de telles exigences. La réparation au sens de l'art. 53 CP présuppose en outre des aveux¹⁰⁴.
- Récompenser au titre de « réparation » des prestations qui ont pour but d'empêcher des incidents punissables à l'avenir n'apparaît pas convaincant d'un point de grammatical et téléologique. La réparation a pour but de réparer le tort causé à une victime et non d'empêcher des erreurs futures en faveur de la collectivité.

D'un point de vue global et pour les mêmes raisons, une adaptation de l'art. 53 CP ne semble ni opportune ni appropriée pour promouvoir la culture de l'erreur.

⁹⁹ ATF 135 IV 27, consid. 2.3.

¹⁰⁰ À ce sujet, voir le message du 21 septembre 1998 concernant la modification du code pénal suisse (dispositions générales, entrée en vigueur et application du code pénal) et du code pénal militaire ainsi qu'une loi fédérale régissant la condition pénale des mineurs (FF 1999 II 1787, 1872).

¹⁰¹ Pour une vue d'ensemble sur la question, voir : Felix Bommer, Bemerkungen zur Wiedergutmachung, *forumpoenale* 2008, p. 174; Rainer Angst/Hans Maurer, « Das Interesse der Öffentlichkeit » gemäss Art. 53 lit. b StGB – Versuch einer Konkretisierung, *forumpoenale* 2008, p. 374 s. ; BSK StGB-Riklin, ad art. 53 n° 29 ; ATF 135 IV 12, consid. 3.4.3.

¹⁰² Le dilemme consistant à signaler une faute punissable sous peine de sanction est résolu sur le plan procédural par la garantie de la liberté de collaborer ; voir à ce sujet le ch. 6.4.

¹⁰³ Voir à ce propos Jürg-Beat Ackermann/Reto Weilenmann, Wiedergutmachung (Art. 53 StGB) – „Freikauf“ oder Anreiz zum Fehlermanagement?, in : Ackermann/Hilf (éd.), *Kurzer Prozess, zu kurzer Prozess - im Wirtschaftsstrafverfahren*, Zurich 2019, p. 29 ss, 48, et BSK StGB-Riklin, ad art. 53 n° 18.

¹⁰⁴ BSK StGB-Riklin, ad art. 53 n° 32.

6.2.3 Abrogation du caractère impératif de la poursuite dans les lois spéciales

Certaines autorités, comme par exemple l'OFAC dans le domaine de l'aviation civile et l'IFSN dans le domaine de l'énergie nucléaire, sont en même temps centre de traitement, autorité de surveillance et autorité administrative compétente pour poursuivre certaines infractions pénales. Cela implique que lorsqu'elles reçoivent un compte rendu d'événements en lien avec la sécurité, elles ont l'obligation d'ouvrir une procédure de droit pénal administratif. Pour cette raison, une initiative parlementaire dans le domaine de l'aviation civile proposait que l'autorité renonce à la poursuite pénale à certaines conditions¹⁰⁵.

Comme nous l'avons expliqué plus haut (voir ch. 6.2), le principe de légalité est un élément essentiel de l'État de droit en rapport avec la poursuite pénale. Il ne peut être enfreint que dans des cas particuliers, définis par la loi.

La seule exception prévue par le droit suisse dans les domaines relevant de la haute sécurité se trouve dans la législation sur l'aviation civile. Dans ce secteur, les collaborateurs du centre de traitement interne sont en effet déliés de l'obligation de poursuivre au sens de l'art. 7 CPP¹⁰⁶ (voir art. 20, al. 2 LA en lien avec l'art. 77d, al. 4, OSAv). Il convient de noter que le droit national n'émet aucune réserve quant au comportement intentionnel ou à la négligence grave et qu'il va donc au-delà de la norme minimale de l'art. 16, par. 10, du règlement (UE) n° 376/2014.

La réglementation dans le domaine de l'aviation est un cas particulier qui résulte de la mise en œuvre de l'obligation européenne découlant de l'art. 16 du règlement n° 376/2014 et des particularités de l'aviation. Cette réglementation doit également être considérée dans le contexte de l'introduction¹⁰⁷ de nombreuses dispositions pénales à l'occasion de la mise en œuvre du droit européen¹⁰⁸.

Quant à la possibilité de prévoir une exception à l'obligation de poursuivre s'appliquant de manière spécifique au droit pénal administratif (et ainsi, entre autres, à certains domaines relevant de la haute sécurité), l'OFJ examine actuellement la question dans le cadre de la mise en œuvre de la motion Caroni 14.4122 « Pour un droit pénal administratif moderne ». Contrairement aux arguments évoqués sous ch. 6.2.1, un tel examen se justifie notamment au vu du fait que l'art. 52 CP n'est pas adapté au droit pénal administratif. En effet, les infractions tombant sous le coup de ce droit, par exemple dans les domaines fiscal, douanier et du droit des marchés financiers, ne connaissent pas à proprement parler de victime. Il s'ensuit qu'une exception à l'obligation de poursuivre n'aurait donc pas à tenir compte des intérêts potentiels de cette dernière à la poursuite d'une infraction.

¹⁰⁵ Initiative parlementaire Rutz Gregor 19.478, Instaurer la culture de l'aveu pour améliorer la sécurité collective (ch. 2).

¹⁰⁶ Aux termes de l'art. 77d, al. 4, LA, les collaborateurs du centre de traitement sont en outre déliés de leur obligation de dénoncer au sens de l'art. 22a LPers et de l'art. 19 DPA. Cet aspect sera thématiqué sous ch. 6.6.

¹⁰⁷ Voir p. ex. l'art. 13a de l'ordonnance du DETEC du 20 juillet 2009 sur les mesures de sécurité dans l'aviation (OMSA), RS 748.122.

¹⁰⁸ Voir p. ex. le règlement (CE) n° 300/2008 du Parlement européen et du Conseil du 11 mars 2008 relatif à l'instauration de règles communes dans le domaine de la sûreté de l'aviation civile et abrogeant le règlement (CE) n° 2320/2002 (JO L 97 du 9.4.2008, p. 72) et le règlement d'exécution (UE) 2015/1998 de la Commission du 5 novembre 2015 fixant des mesures détaillées pour la mise en œuvre des normes de base communes dans le domaine de la sûreté de l'aviation civile (JO L 299 du 14.11.2015, p. 1) qui se trouvent au chiffre 4 (sûreté aérienne) de l'annexe de l'accord sur le transport aérien.

6.3 Commission d'infractions de mise en danger par négligence

Le secteur de l'aviation, en particulier, critique le fait que troubler intentionnellement *ou* par négligence la circulation publique soit punissable (art. 237 CP) et que cela constitue un obstacle à la mise en place d'une culture de l'erreur. Une initiative parlementaire a donc demandé, entre autres, que l'on limite la punissabilité de la négligence¹⁰⁹.

La punissabilité de la violation d'obligations par négligence est l'exception à la présomption générale du code pénal, selon laquelle seul est punissable l'auteur d'une infraction qui agit intentionnellement : les infractions par négligence doivent être expressément réglées dans la loi (art. 12, al. 1, et art. 104 CP). En vertu de l'art. 333, al. 7, CP, ce principe est inversé pour les contraventions du droit pénal accessoire. L'extension de la punissabilité qui en résulte est parfois critiquée¹¹⁰.

6.3.1 Entraves à la circulation publique selon les art. 237 s. CP

L'art. 237 CP punit celui qui, intentionnellement ou par négligence, aura empêché, troublé ou mis en danger la circulation publique, notamment la circulation sur la voie publique, par eau ou dans les airs, et aura par-là sciemment mis en danger la vie ou l'intégrité corporelle des personnes. Est concernée la circulation sur la voie publique¹¹¹, par eau ou dans les airs, mais aussi sur les pistes de ski. Pour le service des chemins de fer, il existe une disposition analogue, l'art. 238 CP, qui, contrairement à l'art. 237 CP, couvre également la mise en danger de la propriété d'autrui. Les deux dispositions supposent la création d'un danger grave et concret¹¹².

L'art. 238 CP sera abrogé à l'entrée en vigueur¹¹³ du projet 1 de la loi fédérale du 17 décembre 2021 sur l'harmonisation des peines¹¹⁴ et intégré à l'art. 237 CP. L'alternative « danger pour la propriété d'autrui » s'appliquera alors également aux entraves au transport aérien.

En l'occurrence, on s'intéresse en particulier à l'entrave par négligence au transport aérien par des personnes qui doivent remplir une obligation de signaler prévue par la législation sur l'aviation. Récemment, le Tribunal fédéral a eu à juger deux cas d'entrave par négligence à la circulation publique (art. 237, ch. 2, CP), dans lesquels des contrôleurs aériens étaient inculpés¹¹⁵. Dans le premier cas, le Tribunal fédéral a rejeté le recours et soutenu la condamnation à une peine pécuniaire avec sursis de 60 jours-amende à 300 francs. Dans le second cas, le prévenu a été acquitté. On peut conclure de l'exposé des faits des deux jugements que les contrôleurs aériens concernés ont apparemment manqué de faire un compte rendu dans les deux cas, ce qui aurait pu soulever la question de la recevabilité du point de vue de la procédure pénale¹¹⁶.

¹⁰⁹ Initiative parlementaire Rutz Gregor 19.478, Instaurer la culture de l'aveu pour améliorer la sécurité collective (ch. 1).

¹¹⁰ BSK StGB-Niggli/Maeder, ad art. 12 n° 20 s., et les références citées. Voir aussi le communiqué de presse de la CAJ-E du 22 avril 2016 sur le message du Conseil fédéral relatif à la loi sur les jeux d'argent (en ligne sous www.parlament.ch > Services > Actualités > La commission se rallie à la plupart des propositions du Conseil fédéral concernant la nouvelle loi sur les jeux d'argent).

¹¹¹ Dans le cadre de l'art. 237 CP, la circulation routière n'est pratiquement pas pertinente pour la négligence, car l'art. 90 de la loi fédérale du 19 décembre 1958 sur la circulation routière (RS 741.01) couvre en grande partie les mises en danger dont il est ici question et prime l'art. 237 CP. À ce sujet, voir BSK StGB-Fiolka, ad art. 237 n° 4.

¹¹² ATF 71 IV 100 et BSK StGB-Fiolka, ad art. 237 n° 17.

¹¹³ La date de l'entrée en vigueur n'est pas encore définie.

¹¹⁴ FF 2021 2997.

¹¹⁵ Arrêt 6B_1220/2018 du 27 juin 2019 et arrêt 6B_332/2019 du 29 octobre 2019.

¹¹⁶ De même, Heinrich Hempel, *Strafbarkeit von Fluglotsen wegen Störung des öffentlichen Verkehrs nach schweizerischem Recht*, Zeitschrift für Luft- und Weltraumrecht 1/2020, p. 29 ss, 46.

Les deux cas ont fait l'objet d'une couverture médiatique importante, car le secteur de l'aviation a estimé que la culture de l'erreur était menacée par l'accusation et il a exigé une large impunité¹¹⁷. Les deux jugements ont été critiqués, notamment par les milieux de l'aviation. Certains ont avancé que les autorités judiciaires suisses ne pouvaient pas appliquer des règles nationales contraires aux règles de l'UE sur la confidentialité des investigations techniques¹¹⁸. La nécessité de l'art. 237 CP du point de vue de la politique criminelle a également été discutée¹¹⁹.

Les infractions contre la santé publique (titre huitième, art. 230^{bis} ss CP) et les infractions contre la circulation publique (titre neuvième, art. 237 ss CP) sont intrinsèquement liées et suivent une systématique commune : elles protègent la vie et l'intégrité corporelle de la collectivité et la négligence y est (à titre d'exception dans le CP) régulièrement sanctionnée. De nombreuses dispositions du droit pénal accessoire de la Confédération poursuivent en outre des buts similaires (voir ch. 6.3.2). Sur le plan systématique, un examen ne devrait pas se limiter au seul art. 237 CP, au risque d'être incohérent.

Les questions de savoir s'il est encore d'actualité de sanctionner la négligence en cas d'infraction contre des intérêts collectifs ou s'il serait judicieux de créer de nouvelles catégories de négligence dans le droit pénal sont d'une importance paradigmatique et dépassent le cadre du présent rapport. Quant à la question de savoir s'il convient d'examiner l'introduction de dispositions relatives à des sanctions administratives pécuniaires en lieu et place de normes pénales réprimant la négligence, il y a lieu de se référer au ch. 6.3.3.

De plus, la suppression de la punissabilité de l'entrave à la circulation publique par négligence n'empêcherait pas automatiquement l'ouverture d'une procédure pénale. En effet, ce n'est qu'à l'issue de la procédure pénale que l'on peut déterminer si l'on est en présence d'une intention ou d'une négligence. Les personnes impliquées dans l'incident à signaler devraient donc toujours s'attendre à ce qu'une procédure pénale soit engagée. Si l'on part du principe que l'ouverture d'une procédure pénale nuit déjà à la culture de l'erreur, une telle adaptation ne suffirait donc pas¹²⁰.

Un autre point de vue doit être pris en considération : l'intérêt public à la sécurité dans les domaines à haut risque est grand. C'est la raison pour laquelle le législateur y prévoit une surveillance étatique, exige une diligence accrue des acteurs et assure qu'ils respectent leurs obligations par des normes de droit pénal, car il en attend un bénéfice en termes de prévention. Si certains cas de peu de gravité n'étaient pas poursuivis dans les domaines à haut risque, mais qu'ils l'étaient sans exception dans les autres domaines, il y aurait là une certaine incohérence dans l'appréciation : pourquoi l'État serait-il plus strict dans les domaines où l'intérêt public est moindre que dans les domaines à haut risque ? Cette incohérence pourrait éventuellement se justifier si la dérogation à la poursuite pénale dans les cas de peu de gravité apportait un gain évident en termes de sécurité. Il faudrait alors toutefois se demander si le droit pénal est en mesure d'influencer les comportements de la manière souhaitée.

¹¹⁷ Voir p. ex. NZZ du 5.9.2018, Weshalb ein Zürcher Fluglotse vor Gericht steht, obwohl niemand zu Schaden kam, et NZZ du 12.7.2019, Die Forderung der Lotsen nach Straffreiheit geht zu weit, consultables tous les deux sous www.nzz.ch.

¹¹⁸ Corinna Bleienheuft / Peter Wysk, Strafverfolgung von Lotsen und Verwertung von Erkenntnissen der Unfalluntersuchungsstellen, Zeitschrift für Luft- und Weltraumrecht 2019, p. 543 ss, 554.

¹¹⁹ Hempel, op. cit., p. 51. Hempel critique en particulier le fait que les rapports du SESE ne satisfont pas aux exigences du CPP en matière d'expertise. Cette argumentation soulève de nombreuses questions, d'autant plus que le Tribunal fédéral ne traite pas les rapports du SESE comme des expertises.

¹²⁰ Voir Raphael Widmer-Kaufmann, Die Flugunfalluntersuchung nach Schweizerischem Recht, Saint-Gall 2021, p. 614.

Au vu de ce qui précède, le Conseil fédéral est de l'avis qu'il y a lieu, dans le cadre de futurs projets législatifs, d'examiner attentivement à chaque fois l'opportunité de renoncer à la punissabilité de la négligence. Le fait d'y renoncer, dans certains cas, pourrait renforcer la culture de l'erreur et avoir un impact positif pour encourager la déclaration d'événements en lien avec la sécurité. Il y a lieu de tenir compte que le droit pénal, en punissant de manière générale les infractions de mise en danger commises par négligence, contribue aussi à ce que les règles de sécurité soient prises au sérieux et respectées dans les domaines à haut risque. Par sa fonction de prévention générale, le droit pénal vise également ce but.

6.3.2 Autres infractions de mise en danger par négligence dans le droit pénal accessoire

Il existe également dans le droit pénal accessoire des infractions de mise en danger par négligence qui peuvent faire obstacle à la mise en place d'une culture de l'erreur. Ci-après, une sélection de dispositions pénales dans les domaines de l'aviation, des chemins de fer, de l'énergie et des produits thérapeutiques, qui sanctionnent la mise en danger par négligence :

- *Aviation* : dans la LA, la mise en danger causée par divers comportements négligents est sanctionnée par les art. 90, 90^{bis} et 91, al. 1, let. a, b, e à g et i.
- *Transports* : des infractions de mise en danger similaires sont également réprimées par les art. 86, al. 2, et 87b LCdF, ainsi que par l'art. 25a LICa.
- *Energie nucléaire* : dans la LENu, les mises en danger par négligence sont punies par les art. 88 à 90 et 92 à 93¹²¹.
- *Produits thérapeutiques* : dans ce domaine, la LPT^h sanctionne les infractions de mise en danger par négligence notamment à l'art. 86, al. 1, let. a à i.

Dans le domaine du droit pénal accessoire non plus, le présent rapport ne peut pas apporter de réponse à la question de savoir si les infractions de mise en danger par négligence sont pertinentes ou non du point de vue de la politique pénale. Les conclusions relatives aux art. 237 s. CP s'appliquent par analogie. Le Conseil fédéral souligne néanmoins encore une fois l'importance d'examiner attentivement à chaque fois, dans le cadre de futurs projets législatifs, l'opportunité de renoncer à la punissabilité de la négligence.

6.3.3 Autres options à examiner dans le cadre de futurs projets législatifs sectoriels

Afin de favoriser la culture de l'erreur, il serait envisageable d'examiner, dans le cadre de futurs projets législatifs sectoriels, la possibilité d'abolir certaines infractions de mise en danger prévues par le noyau dur du droit pénal, le droit pénal accessoire ou le droit pénal administratif. Un tel examen serait en particulier envisageable dans le domaine de l'aviation civile. Dans ce secteur, la Suisse est en effet soumise à des dispositions du droit de l'UE poursuivant l'objectif d'améliorer la sécurité aérienne, en particulier à travers la mise en place d'une culture de l'erreur. En outre, il y aurait lieu d'analyser s'il serait possible de remplacer la punissabilité des personnes physiques travaillant dans des entreprises de transports publics par une responsabilité de droit administratif de ces dernières lorsque le devoir de diligence a été violé dans des cas de peu de gravité (par exemple lors d'une négligence légère sans conséquences)¹²². Le but étant d'enlever la pression sur les collaborateurs et de transférer la res-

¹²¹ L'art. 93 LENu renvoie à d'autres infractions de mise en danger par négligence visées par l'ordonnance du 10 décembre 2004 sur l'énergie nucléaire (OENu, RS 732.11), dans l'ordonnance du 4 juin 2021 sur l'application de garanties (OAGa, RS 732.12) et dans l'ordonnance du 9 juin 2006 sur les qualifications du personnel des installations nucléaires (OQPN, RS 732.143.1).

¹²² Concernant la forme possible de sanctions administratives pécuniaires, voir le rapport du Conseil fédéral du 13 février 2022 donnant suite au postulat 18.4100 ; FF 2022 776.

ponsabilité à l'entreprise. Si le notifiant était protégé non seulement contre une poursuite pénale mais aussi d'autres inconvénients, les objectifs d'une culture positive de l'erreur pourraient être encouragés durablement.

Il faut toutefois garder à l'esprit que dans un État de droit une autorité judiciaire devrait déterminer si une négligence peut vraiment être qualifiée de peu de gravité. Une sécurité juridique plus étendue au sens d'une protection absolue contre les poursuites pénales n'est guère concevable. Cela fait également partie des risques d'une société dans un État de droit qui fonctionne bien.

6.4 Protection contre l'auto-incrimination dans le droit de la procédure pénale

Si une personne notifie son propre comportement fautif à une autorité de surveillance ou à une autorité chargée de recevoir les comptes rendus, il est possible que le dossier doive être remis aux autorités de poursuite pénale et que le notifiant s'incrimine ainsi lui-même sur le plan pénal.

L'obligation de collaborer dans la procédure administrative (art. 13 PA) entre toutefois en conflit avec le droit de garder le silence dans la procédure pénale (art. 113, al. 1, CPP).

L'art. 113, al. 1, CPP énonce que le prévenu n'a pas l'obligation de déposer contre lui-même. Il a notamment le droit de refuser de déposer et de refuser de collaborer à la procédure. Le droit de ne pas s'auto-incriminer (principe *nemo tenetur*) signifie que le prévenu ne peut pas être contraint à faire des déclarations ou des aveux, et donc à collaborer activement à l'obtention de preuves, par des moyens qui portent atteinte à sa liberté de former ou d'exercer sa volonté¹²³. Il doit toutefois tolérer les mesures de contrainte prévues par la loi. L'État peut donc se procurer les informations en question par d'autres moyens (p. ex. par la saisie) sans la participation active forcée du prévenu¹²⁴. Le droit de ne pas s'auto-incriminer est de rang constitutionnel et est garanti par la CEDH¹²⁵.

Les preuves recueillies en violation de ce droit sont soumises aux règles des art. 139 ss CPP. Certes, selon l'art. 141, al. 2, CPP, l'art. 113 CPP est une simple règle de validité des preuves. De ce fait, un moyen de preuve recueilli en violation du droit de collaborer ou non est admissible s'il est indispensable à l'élucidation d'une infraction grave. Toutefois, la doctrine, se référant à la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, est d'avis qu'il faut partir d'une interdiction absolue d'exploiter ces preuves selon l'art. 141, al. 1, CPP et que toute pesée des intérêts est par conséquent exclue¹²⁶.

En droit administratif, il existe une multitude d'obligations de collaborer, comme c'est le cas classiquement en droit fiscal, mais aussi dans des domaines relevant de la haute sécurité comme l'aviation ou le droit de l'énergie¹²⁷. Souvent, ces obligations de collaborer sont garanties par des dispositions pénales¹²⁸. Jusqu'à présent, le Tribunal fédéral ne s'est pas prononcé sur les conséquences en matière de procédure pénale des obligations de signaler ou

¹²³ SK-StPO Lieber, ad art. 113 n° 37 ss.

¹²⁴ Voir Wolfgang Wohlers/Gunhild Godenzi, Strafbewehrte Verhaltenspflichten nach Verkehrsunfällen – unzulässiger Zwang zur Selbstbelastung?, PJA 2005, p. 1045 ss, 1058 et ATF 142 IV 207, consid. 8.3.2.

¹²⁵ BSK StPO-Engler, ad art. 113 CPP n° 3, et les références citées.

¹²⁶ SK-Kommentar Lieber, ad art. 113 n° 54c ; Laura Macula, Verwaltungs(aufsichts)rechtliche Mitwirkungspflichten und strafprozessuale Selbstbelastungsfreiheit, Impulse zur praxisorientierten Rechtswissenschaft Nr. 12 (2016), p. 11 ss, 31 ss ; Andreas Noll, Fernwirkung des strafprozessualen Nemo-tenetur-Satzes in andere Rechtsgebiete, forumpoenale 2020, p. 177 ss, 183.

¹²⁷ À ce sujet, voir ch. 3.

¹²⁸ Voir p. ex. art. 93, al. 1, let. B, LENu.

de collaborer prévues par le droit administratif et assorties de sanctions pénales¹²⁹. Dans la mesure où il s'agit d'obligations de collaborer non assorties de sanctions pénales et où des personnes morales peuvent faire l'objet d'une procédure, le principe *nemo tenetur* doit être défini de manière différenciée, selon la jurisprudence du Tribunal fédéral¹³⁰.

Les *droits* de signaler ne posent pas de problème du point de vue du principe *nemo tenetur*¹³¹, non plus que les obligations de signaler assorties de sanctions pénales, lorsque le signalement ne concerne pas un comportement fautif personnel, mais le comportement fautif d'un tiers (sous réserve des droits de refuser de témoigner prévus par la procédure, voir art. 168 ss CPP).

Afin de désamorcer le conflit entre les obligations de déclarer ou de collaborer assorties de peines en droit administratif et le droit de garder le silence dans la procédure pénale, l'art. 24 OEIT prévoit que les renseignements fournis par une personne dans le cadre d'une enquête de sécurité ne peuvent être utilisés dans une procédure pénale qu'avec son accord¹³². Cela signifie notamment que les dossiers et les rapports finaux du SESE peuvent certes être consultés par l'autorité de poursuite pénale, mais qu'ils ne peuvent être utilisés contre la personne concernée que dans la mesure où celle-ci a donné son accord. La nouvelle loi sur la protection des données contient une réglementation similaire¹³³.

Avec une telle réglementation spéciale, une personne qui s'acquitte d'une obligation de signaler assortie de sanctions pénales ne doit pas craindre d'être punie pour son comportement fautif sur la base de sa notification. L'autorité de poursuite pénale peut toutefois prendre connaissance de l'infraction d'une autre manière, ouvrir une procédure sur cette base et recueillir des preuves¹³⁴.

Il y a lieu de constater que le législateur a déjà trouvé des solutions sectorielles permettant de résoudre le rapport de tension existant entre les obligations de déclarer et le droit de ne pas s'auto-incriminer (p.ex. pour le SESE et dans le secteur des denrées alimentaires). Il pourrait ainsi s'avérer opportun d'examiner si de telles solutions pourraient également entrer en ligne de compte dans d'autres domaines relevant de la haute sécurité.

6.5 Production de dossiers d'autres autorités dans la procédure pénale

Conformément à l'art. 194 CPP et à l'art. 30 DPA, les autorités de poursuite pénale requièrent les dossiers d'autres procédures lorsque cela est nécessaire pour établir les faits ou pour juger le prévenu. S'il s'agit de dossiers issus d'une procédure de comptes rendus ou d'une enquête technique, une telle façon de procéder peut faire obstacle à une culture de l'erreur.

Les autorités administratives et judiciaires sont tenues de produire les dossiers demandés. Conformément à l'art. 194, al. 2, CPP, elles ne peuvent refuser de les produire que si des intérêts publics ou privés prépondérants au maintien du secret s'y opposent. Est alors déterminante la question de savoir si une information protégée par le droit pénal au sens de l'art. 320 CP doit être communiquée. C'est la notion matérielle de secret du CP qui est applicable.

¹²⁹ ATF 142 IV 207, consid. 8.3.1 et 8.18.2. Voir aussi BSK-StPO Gless, ad art. 139 n° 47a, qui semble admettre une interdiction d'utilisation même en cas d'obligation de collaborer non assortie d'une peine. En ce qui concerne le droit fiscal, voir l'arrêt de la CEDH n° 31827/96 du 3 mai 2001 (J.B. contre Suisse).

¹³⁰ ATF 140 II 384, consid. 3.3.4, et 142 IV 207, consid. 8.3.2.

¹³¹ ATF 142 IV 207, consid. 8.3.2, ainsi que BSK-StPO-Gless, ad art. 139 n° 47a.

¹³² À titre d'illustration, voir l'arrêt CA.2021.5 du Tribunal pénal fédéral du 17 septembre 2021.

¹³³ Art. 24, al. 6, nLPD, FF 2020 7397.

¹³⁴ À titre d'exemple, voir les faits dans ATF 142 IV 207, ch. C. et consid. 8.3.2.

Sont donc considérés comme supérieurs, entre autres, les intérêts au maintien du secret dans le domaine de la sécurité (intérieure et extérieure). Selon la doctrine, des exceptions sont également envisageables lorsqu'il en va de la protection de témoins, de personnes appelées à fournir des renseignements ou d'agents infiltrés¹³⁵.

Les intérêts de la culture de l'erreur en tant que telle sont de nature générale et ne semblent en principe pas supérieurs à ceux de la poursuite pénale. L'autorité tenue de collaborer en vertu de l'art. 194 CPP ne peut se soustraire à cette obligation du seul fait que l'obligation de collaborer dans la procédure administrative (art. 13 PA) viole dans certaines circonstances le droit de refuser de déposer dans la procédure pénale (art. 113, al. 1, CPP). Il en va de même pour l'entraide judiciaire au sens de l'art. 30 DPA¹³⁶.

Les intérêts préservés par une culture de l'erreur ne sont donc pas couverts par la réserve prévue à l'art. 194, al. 2, CPP et à l'art. 30, al. 2, DPA. Ces deux dispositions ne peuvent pas être invoquées pour donner la priorité aux intérêts de la culture de l'erreur dans la procédure pénale. Si l'on veut dispenser une autorité de son obligation de produire des documents selon l'art. 194 CPP, il faut une base légale spécifique.

De l'avis du Conseil fédéral, la possibilité de créer dans le cadre d'une base légale spécifique une nouvelle exception à l'art. 194 CPP présente un certain nombre d'inconvénients fondamentaux :

- Une telle solution paraît d'abord problématique du point de vue du principe de l'exercice uniforme de l'action publique et de l'égalité de traitement dans le cadre de la poursuite pénale. En effet, limiter l'accès à certaines informations contenues dans les systèmes de comptes rendus aurait comme conséquence que certaines procédures pénales dans des domaines relevant de la haute sécurité déboucheraient sur un acquittement, faute de preuves suffisantes pour prononcer une condamnation.
- Il y aurait une incohérence dans l'appréciation s'il n'y avait pas de restrictions à la production de dossiers d'autres autorités et donc à la poursuite pénale pour des infractions comparables dans des domaines qui ne sont pas à haut risque¹³⁷.
- Signalons par ailleurs que, dans le domaine de l'aviation, le Conseil fédéral a émis une réserve lors de la signature de la Convention de l'OACI en ce qui concerne le point 5.12 de l'annexe 13, qui prévoit une telle solution. Par cette réserve, il voulait notamment s'assurer que tous les documents soient mis à la disposition des autorités judiciaires et des autorités compétentes en matière d'aviation. Comme déjà indiqué (voir ch. 3.2.1.3), la réserve notifiée par la Suisse au sujet du ch. 5.12 de l'annexe 13 se fonde sur la reconnaissance du fait que l'enquête sur les accidents sert en premier lieu à la prévention des accidents, mais qu'il existe également des intérêts publics et privés considérables à ce que les conclusions de l'enquête puissent être utilisées dans d'autres procédures¹³⁸. Si les conclusions et les moyens de preuve de l'enquête sur les accidents ne peuvent être utilisés dans d'autres procédures, cela entraîne des inconvénients et des retards et peut empêcher la communication d'informations ou de recommandations de sécurité en temps utile.

¹³⁵ Pour une vue d'ensemble : BSK StPO-Bürgisser, ad art. 194 CPP n° 9 ss.

¹³⁶ Christophe Klein, in : Friedrich Frank et al. (éd.), Basler Kommentar Verwaltungsstrafrecht, Bâle 2020, ad art. 30 n° 2, 12 et 24 ss.

¹³⁷ À ce sujet, voir supra ch. 6.2.1 (*in fine*).

¹³⁸ À ce sujet, voir les explications figurant dans le message du Conseil fédéral du 15 mai 1959 à l'Assemblée fédérale concernant la modification de la loi fédérale sur la navigation aérienne (enquêtes sur les accidents d'aéronefs) (FF 1959 1372, 1374).

Au vu de ce qui précède et notamment des inconvénients importants de cette option, le Conseil fédéral estime qu'il n'est pas opportun de prévoir des exceptions à la production de dossiers d'une autre autorité dans le cadre d'une procédure pénale.

6.6 Obligation de dénoncer de l'autorité chargée de recevoir les comptes rendus

Sous réserve de la santé (traitements médicaux et prestations de soins) et de l'aviation militaire, les domaines relevant de la haute sécurité examinés dans le cadre du présent rapport connaissent une autorité chargée de recevoir les comptes rendus, qui est soumise à des obligations de dénoncer prévues par le droit fédéral.

L'art. 22a, al. 1, LPers oblige par exemple les employés de la Confédération à dénoncer aux autorités de poursuite pénale, à leurs supérieurs ou au Contrôle fédéral des finances (CDF) tous les crimes et délits poursuivis d'office dont ils ont eu connaissance ou qui leur ont été signalés dans l'exercice de leur fonction. Il s'agit en substance d'une réglementation sur les *whistleblowers* : sont avant tout concernés des comportements punissables au sein de l'administration, en l'occurrence notamment (mais pas uniquement) la corruption¹³⁹. Les collaborateurs de l'administration fédérale qui, dans le cadre de leur activité professionnelle, constatent ou apprennent qu'une infraction a été commise sont également tenus, en vertu de l'art. 19, al. 2, DPA, de la dénoncer à l'unité administrative compétente. Cette obligation de dénoncer va d'une part plus loin que celle de la LPers sur le plan matériel, puisqu'elle englobe également les contraventions, mais elle est d'autre part plus restreinte, vu qu'elle n'englobe pas les actes réprimés par le CP¹⁴⁰. Elle a en outre un champ d'application personnel plus large que l'obligation de dénoncer de l'art. 302 CPP, qui ne concerne que les autorités pénales et non l'ensemble de l'administration. Dans le domaine de l'énergie nucléaire, l'art. 100, al. 3, LENu prévoit pour sa part que les autorités chargées d'accorder les autorisations, les autorités de surveillance, les organes de police des cantons et des communes ainsi que les organes des douanes sont tenus de dénoncer au Ministère public de la Confédération les infractions à la LENu qu'ils découvrent ou dont ils ont connaissance dans l'exercice de leurs fonctions.

De telles obligations de dénoncer peuvent entrer en conflit avec les obligations ou les droits de signaler des particuliers (personnes et entreprises soumises à la surveillance). En cas d'obligation de signaler assortie d'une sanction pénale, les particuliers se retrouvent face à un dilemme : soit ils procèdent au signalement et sont dénoncés en raison du comportement fautif signalé, soit ils ne le font pas (en raison du risque de sanction pénale) et sont punissables pour ce motif. Cela reviendrait pour les personnes et les entreprises surveillées à une obligation de s'incriminer elles-mêmes. Cette situation aurait pour conséquence que le compte rendu ne peut pas être utilisé dans la procédure pénale¹⁴¹.

Plus l'État impose de droits et d'obligations de signaler aux particuliers, plus les tensions deviennent significatives dans la pratique. Dans la mesure où il s'agit de signaler aux services de l'État des comportements au risque de s'incriminer soi-même, des obligations de dénoncer au large champ d'application n'incitent en aucun cas à pratiquer la culture de l'erreur. Dans le domaine du transport aérien, il existe une réglementation qui libère les membres du centre de traitement de l'OFAC de leur obligation de dénoncer (art. 77d, al. 4, OSAv).

¹³⁹ Message relatif à la loi fédérale sur l'organisation des autorités pénales de la Confédération (loi sur l'organisation des autorités pénales, LOAP), FF 2008 7371, 7442 s.

¹⁴⁰ Voir Hans Vest, in : Friedrich Frank et al. (éd.), Basler Kommentar Verwaltungsstrafrecht, Bâle 2020, ad art. 19 n° 18.

¹⁴¹ Voir supra ch. 6.4 ; dans ce contexte, il convient de mentionner que ce dilemme ne se pose pas pour les employés de l'administration fédérale. L'art. 22a, al. 3, LPers prévoit que ceux-ci ne sont pas soumis à l'obligation de dénoncer visée à l'art. 22a, al. 1, LPers s'ils ont le droit de refuser de déposer ou de témoigner en vertu des art. 113, al. 1, 168 et 169 CPP. Il s'ensuit que les employés de la Confédération ne sont pas tenus de dénoncer les infractions visées à l'al. 1 s'ils s'exposent ainsi à un risque de punissabilité.

Cette disposition a pour objectif de garantir le traitement confidentiel des cas signalés. Toutefois, elle va plus loin dans la mesure où il n'existe pas de droit de dénoncer les manquements graves.

Au vu de ce qui précède, il pourrait ainsi s'avérer opportun d'examiner si des solutions sectorielles limitant ponctuellement l'obligation de dénoncer pourraient entrer en ligne de compte dans d'autres domaines relevant de la haute sécurité.

6.7 Mesures relevant du droit de la surveillance

Si l'autorité de surveillance compétente a connaissance d'un événement relevant du droit de la surveillance suite à un compte rendu, elle est en principe habilitée, dans l'exercice de ses tâches légales, à prendre les mesures appropriées et raisonnablement exigibles. Concrètement, cela peut impliquer l'ouverture d'une procédure administrative contre les personnes responsables et aboutir à la révocation ou au retrait d'une autorisation.

Que l'autorité de surveillance soit habilitée à ouvrir une procédure est une chose, la question de savoir si elle y est tenue en est une autre ; cette distinction a son importance. Le droit administratif ne connaît pas d'obligation générale de poursuite, telle qu'elle a été décrite plus haut pour le droit de procédure pénale (cf. ch. 6.2). L'autorité de surveillance dispose en général d'un certain pouvoir d'appréciation pour décider si elle prend des mesures ou des sanctions administratives et, le cas échéant, lesquelles, ou si elle y renonce en application du principe d'opportunité de la poursuite¹⁴². Les principes d'égalité de traitement, de légalité et de proportionnalité sont déterminants à cet égard. Si des faits nécessitant une intervention de l'autorité sont connus, une procédure doit être ouverte. En revanche, il est possible de renoncer à une procédure en cas de violations mineures et uniques des règles. Le Conseil fédéral est d'avis que, compte tenu de la diversité des domaines concernés, la marge d'appréciation des autorités administratives ne devrait pas être restreinte par des dispositions légales supplémentaires sur l'ouverture de procédures de surveillance.

Une autre question concerne l'utilisation des comptes rendus d'événements et des dossiers comparables dans la procédure de surveillance contre la personne soumise à l'obligation de signaler. Dans le domaine de l'aviation, par exemple, les dossiers de l'enquête de sécurité du SESE sont traités de manière confidentielle et ne sont donc en principe pas transmis aux services de l'OFAC chargés des tâches de surveillance¹⁴³. Dans les autres domaines relevant de la haute sécurité, il n'existe pas de réglementation expresse sur l'utilisation des comptes rendus d'événements dans les procédures de surveillance à l'encontre des personnes soumises à l'obligation de signaler. De l'avis du Conseil fédéral, il semble opportun de réglementer l'utilisation des comptes rendus d'événements de manière sectorielle dans le but d'augmenter la volonté des gens à signaler. Il faut toutefois tenir compte du fait que la protection des personnes qui annoncent des événements se limite aux erreurs commises de bonne foi (« *honest mistakes* ») (voir ch. 2.1.1). Compte tenu de la diversité des domaines concernés, une réglementation générale dans la PA ne semble pas indiquée.

¹⁴² Voir rapport « Régime général de sanctions administratives pécuniaires » donnant suite au postulat 18.4100, FF 2022 776, ch. 5.1.2.

¹⁴³ Voir notamment art. 14, par. 1 et 2, du règlement (UE) n° 996/2010. Il existe un manque de clarté dans le domaine de l'aviation en ce qui concerne le traitement des comptes rendus d'événements au sein de l'OFAC : l'art. 77d, al. 3, OSAv prévoit certes le traitement confidentiel du compte rendu par le centre de traitement, mais cette disposition a été reprise dans l'OSAv dans le cadre de la création de l'ancien *non-punitive reporting system* national. En raison de l'entrée en vigueur ultérieure du règlement (UE) n° 376/2014, il est difficile d'affirmer si et dans quelle mesure l'art. 77d OSAv a encore une portée autonome ou quelle est l'étendue du cercle de la « confidentialité ».

6.8 Aspects relevant du droit du travail

La question de la mise en place d'un système de comptes rendus se pose non seulement vis-à-vis de l'extérieur mais également à l'intérieur des entreprises concernées. Dans ce contexte, les règles actuelles sur le contrat de travail dans le code des obligations (art. 319 ss CO) ne règlent pas spécifiquement l'obligation d'instaurer une procédure interne de comptes rendus. Ce n'est pas non plus leur but car ces règles ne s'occupent pas du fonctionnement général des entreprises mais des relations individuelles entre l'entreprise et ses collaborateurs. Le droit ou l'obligation pour le travailleur de signaler ses propres erreurs ne sont pas spécialement réglés mais découlent des règles générales, notamment l'obligation de fidélité, qui est prévue à l'art. 321a, al. 1, CO (selon lequel le travailleur doit « sauvegarder fidèlement les intérêts légitimes de l'employeur ») et fonde plusieurs obligations accessoires. A noter que ces considérations s'appliquent aussi à des prestataires indépendants, liés à l'entreprise par un contrat de mandat (art. 394 ss CO) ou d'entreprise (art. 363 ss CO).

Cela étant, l'instauration d'un système de comptes rendus, en l'absence de règles sectorielles, se fondera sur l'initiative de l'entreprise, qui devra respecter les règles générales du droit du travail. La question de la procédure de comptes rendus interne devrait ainsi être réglée dans le respect de la protection de la personnalité et de la santé du travailleur concerné (art. 328 CO, art. 6 de la loi du 13 mars 1964 sur le travail [LTr]¹⁴⁴ et art. 2 de l'ordonnance 3 du 18 août 1993 relative à la loi sur le travail [OLT 3]¹⁴⁵), ainsi que de la protection des données le concernant (art. 328b CO).

De l'avis du Conseil fédéral, le droit des contrats n'est pas le lieu opportun pour une règle sur l'obligation d'instaurer un tel système. Il en va de même de la question de l'obligation ou du droit de signalement. Le règlement interne de l'entreprise semble l'instrument le plus simple et adapté pour régler ces questions efficacement. Des règles particulières peuvent également être prévues dans les contrats, l'obligation de fidélité ou les devoirs de diligence n'étant pas de droit impératif. L'étude externe a montré que des systèmes de comptes rendus internes aux entreprises ont été implémentés non seulement dans le secteur de l'aviation civile, qui connaît une obligation légale sectorielle¹⁴⁶, mais aussi dans le domaine des chemins de fer, de l'énergie nucléaire et, dans une large mesure, dans le domaine de la santé (traitements médicaux et prestations de soins), qui ne connaissent pas en revanche une telle obligation.

Comme en droit pénal (voir ch. 6.2), se pose en droit du travail la question de savoir dans quelle mesure la personne ayant commis une erreur et/ou procédant à une déclaration doit être protégée contre d'éventuelles répercussions négatives dans le cadre de sa relation de travail avec son employeur. Il existe la même problématique par rapport à d'autres contractants, les mandataires par exemple.

Les règles sur le contrat de travail du code des obligations (art. 319 ss CO), comme celles réglant les autres contrats, ne prévoient pas de protection spécifique du travailleur contre une sanction que l'employeur pourrait prononcer à son encontre suite à l'annonce d'une faute commise. Il s'agira, si la faute lui est imputable, d'une violation plus ou moins grave du contrat. Le travailleur qui signale une erreur de sa part peut ainsi s'exposer à des sanctions. Il peut notamment, suivant la gravité de l'erreur, subir une sanction légitime comme un avertissement, la diminution ou la suppression d'une gratification ou un licenciement. Il peut aussi

¹⁴⁴ RS 822.11

¹⁴⁵ RS 822.113

¹⁴⁶ Voir l'art. 4, par. 2, du règlement (UE) n° 376/2014.

être victime de mesures de rétorsion illégitimes, qui pourront prendre la forme d'un licenciement ordinaire abusif ou d'un licenciement avec effet immédiat injustifié¹⁴⁷, ou consister en d'autres désavantages injustifiés comme une mutation ou une mise à l'écart par exemple. La différence par rapport au droit pénal ou au droit public est que la sanction est une faculté pour l'entreprise partie au contrat, qui reste libre de l'appliquer. Cette dernière pourra donc renoncer de son propre fait à toute sanction et décider volontairement d'encourager la culture de l'erreur. Ainsi, si les règles générales du CO ne protègent pas d'éventuelles sanctions, les acteurs privés disposent légalement d'une marge de manœuvre pour établir des règles visant à promouvoir cette culture.

Des règles particulières existent toutefois déjà en la matière, par exemple dans le domaine de l'aviation civile. En particulier, le règlement (UE) n° 376/2014 prévoit à son art. 16, par. 9, en lien avec l'art. 16, par. 10, que, sous réserve d'un manquement délibéré ou de sérieuse négligence ayant causé un dommage prévisible, les membres du personnel et les personnes sous contrat qui déclarent un événement ou qui sont mentionnés dans les comptes rendus d'événements ne subissent aucun préjudice de la part de leur employeur ou de l'entreprise pour laquelle les services sont fournis sur la base des informations communiquées par le déclarant.

Pour inciter le travailleur (ou d'autres contractants) à contribuer à la culture de l'erreur, on peut envisager, à l'exemple des règles susmentionnées prévalant dans l'aviation civile, de le protéger dans la mesure du possible de manière proportionnée contre d'éventuelles sanctions de son employeur. Plusieurs éléments sont à prendre en compte : nécessité de règles générales ou uniquement pour certains secteurs spécifiques, distinction entre sanctions légitimes du comportement fautif et mesures de représailles illégitimes, intérêt à la détection d'erreurs contre sanction et correction de ces erreurs, coordination avec d'autres domaines du droit, notamment le droit pénal. Il faut aussi voir si la marge qui existe en droit privé pour des solutions volontaires est suffisamment utilisée pour rendre une réglementation légale superflue.

Une telle protection pourrait théoriquement trouver sa place dans le code des obligations, pour le contrat de travail ou pour d'autres contrats. Il se pose toutefois la question de savoir s'il est opportun de prévoir des règles spécifiques à des domaines déterminés dans le CO. En outre, il ne paraît pas nécessaire de légiférer au moyen de normes impératives. En effet, comme évoqué ci-dessus, les entreprises disposent d'une marge de manœuvre suffisante (autonomie privée) leur permettant de régler la problématique. Au vu de ce qui précède, cette option doit être rejetée. S'il fallait des règles impératives pour des secteurs déterminés, une telle protection pourrait éventuellement trouver place de manière ciblée directement dans les législations spéciales concernées, comme c'est le cas en matière d'aviation civile.

6.9 Responsabilité civile

De manière générale, celui qui, d'une manière illicite, cause un dommage à autrui, est tenu de le réparer (art. 41 CO). Il s'agit de la règle de base de la responsabilité civile¹⁴⁸. Lorsqu'il existe un contrat entre le responsable du dommage et la victime, la responsabilité contrac-

¹⁴⁷ Un cas probable de licenciement abusif serait celui d'une entreprise qui encourage l'annonce des erreurs mais qui licencie systématiquement les personnes qui le font. Un licenciement avec effet immédiat pour des erreurs peu graves qui n'ont pas ou peu causé de dégâts sera *a priori* injustifié.

¹⁴⁸ CR-CO I-Werro /Perritaz, Introduction aux art. 41 à 61 n° 1.

tuelle de l'auteur du dommage est en outre engagée si le dommage est le résultat de la violation d'obligations contractuelles¹⁴⁹ (p.ex. en cas de dommage résultant d'un accident d'hélicoptère lorsque les passagers sont liés avec le pilote par un contrat de transport aérien de personnes). A noter que l'entreprise qui emploie la personne responsable peut aussi engager sa responsabilité délictuelle ou contractuelle (la compagnie d'aviation répond de l'erreur d'un pilote envers les passagers).

En lien avec la culture de l'erreur, se pose donc également la question de savoir si la responsabilité civile ou contractuelle de la personne ayant commis une erreur et procédant à une déclaration doit être exclue, partiellement ou totalement, et si oui dans quels cas. Le CO ne prévoit actuellement pas d'exclusion de responsabilité en la matière.

La possibilité de prévoir une telle règle dans le CO soulève un certain nombre de questions. En effet, comme pour le contrat de travail, le CO fixe les règles générales de la responsabilité civile et n'a pas vocation à traiter des cas particuliers relatifs à des domaines spécifiques. En outre, comme dans le cadre de la poursuite pénale, une telle règle serait difficilement compatible avec l'égalité de traitement. De plus, il y a lieu de relever que la situation est différente selon le rapport qui lie la personne ayant commis une erreur et la personne tierce lésée. Dans le cas où il s'agit d'un tiers (par exemple patients ou passagers d'un avion), prévoir une exclusion de responsabilité dans le CO semble encore moins justifié que dans le rapport entre l'entreprise et la personne responsable. En effet, de l'avis du Conseil fédéral, il y a lieu de veiller aux intérêts des personnes lésées d'obtenir la réparation du dommage subi. Au vu de ce qui précède, la possibilité de prévoir des règles sectorielles limitant la responsabilité civile doit aussi être rejetée.

6.10 Accès aux informations par les tribunaux civils

En droit civil, chaque partie doit, si la loi ne prescrit le contraire, prouver les faits qu'elle allègue pour en déduire son droit (art. 8 CC). La question de l'accès aux données contenues dans un système de comptes rendus, afin de pouvoir prouver en justice des faits ayant conduit à un dommage, ou son exclusion (totale ou partielle), aura ainsi une grande importance dans le cadre d'un éventuel litige entre un lésé et l'entreprise ou l'employé responsable. Le règlement de la question de l'accès aux données dans le cadre de la procédure pénale aura par ailleurs également une importance fondamentale en matière de procédure civile. En effet, les frais de la procédure étant à la charge des parties et le demandeur devant en règle générale en faire l'avance (art. 98 CPC), ce dernier profite le cas échéant des preuves récoltées, à charge de l'État, dans le cadre d'une procédure pénale connexe, pour les utiliser en procédure civile.

D'après le droit en vigueur, les comptes rendus d'erreurs sont – indépendamment de la question de savoir s'ils sont anonymisés ou non – à qualifier de titres conformément à l'art. 177 en lien avec l'art. 168, let. b, CPC. Ainsi, la partie chargée de la preuve peut exiger son édition en tant qu'émanation de son droit à la preuve (art. 152 CPC). L'édition des comptes rendus d'erreurs ne peut en principe pas être refusée par les parties ou par des tiers, à moins que l'une des conditions restrictives prévues par les art. 163 et 165 s. CPC soit remplie. Pour les domaines qui autorisent des comptes rendus anonymes (p. ex. le domaine médical), il convient de noter que cela a une influence sur la valeur probante (et donc la signification) du

¹⁴⁹ CR-CO I-Werro /Perritaz, ad art. 41 n° 2.

titre. Les titres anonymisés n'ont qu'une valeur probante minimale, alors que les comptes rendus d'erreurs non anonymisés ou ré-identifiables (c'est-à-dire qui peuvent être désanonymisés) peuvent avoir une grande valeur probante¹⁵⁰.

Comme évoqué ci-dessus, il y a lieu de veiller aux intérêts des personnes lésées à obtenir la réparation du dommage subi. Une personne ayant subi un dommage doit pouvoir faire valoir son droit à la preuve. Pour ces raisons, il n'est pas opportun de prévoir une disposition dans le CPC (ou dans des lois sectorielles) limitant l'accès aux informations contenues dans les systèmes de comptes rendus.

6.11 Accès à des documents officiels selon la LTrans

Depuis le 1^{er} juillet 2006, le principe de transparence s'applique à l'administration fédérale. Avec l'entrée en vigueur de la loi du 17 décembre 2004 sur la transparence (LTrans)¹⁵¹, le législateur a opéré un changement de paradigme en renversant le principe du secret de l'activité administrative au profit du principe de transparence avec des exceptions. Toute personne, qui souhaite consulter des documents officiels tombant dans le champ d'application personnel et matériel de la LTrans, dispose d'un droit subjectif et individuel à le faire (art. 6 LTrans). Le principe de transparence vise à favoriser la confiance des citoyens dans les institutions étatiques et leur fonctionnement. Il constitue en outre une condition essentielle pour une participation démocratique judicieuse au processus de décision politique et pour un contrôle efficace des autorités étatiques¹⁵².

La LTrans garantit ainsi à toute personne – indépendamment de sa nationalité ou de son domicile – le droit de consulter des documents officiels et d'obtenir des renseignements sur leur contenu de la part des autorités (art. 6, al. 1, LTrans). Le demandeur n'est pas tenu de déclarer son identité ni d'exposer ses motifs ou un intérêt digne de protection.

Dans ce contexte, les paragraphes qui suivent expliquent en particulier comment il est possible de tenir compte de la protection des intérêts privés légitimes (notamment la sphère privée du notifiant), grâce aux exceptions prévues dans la LTrans.

Le droit d'accès aux documents officiels n'est pas absolu. La LTrans prévoit des exceptions appropriées lorsque des intérêts publics ou privés prépondérants concrets s'opposent à un accès illimité (art. 7 à 9 LTrans). Dans le présent contexte, sont notamment pertinentes la protection de la libre formation de l'opinion et de la volonté d'une autorité (art. 7, al. 1, let. a, et art. 8, al. 2, LTrans), la protection du secret professionnel, du secret d'affaires ou du secret de fabrication (art. 7, al. 1, let. g, LTrans) ainsi que la protection de la sphère privée et des données personnelles (art. 7, al. 2, et art. 9 LTrans).

En mai 2019, le Conseil fédéral a renoncé dans un premier temps à une révision partielle de la LTrans, dans laquelle la protection d'intérêts privés, comme les besoins de confidentialité

¹⁵⁰ Thomas Gächter/Kerstin Vokinger, Berichtssysteme in Spitälern, Rechtsfragen rund um den Schutz von Berichts- und Lernsystemen in Spitälern vor gerichtlichem Zugriff, 26 mai 2020, p. 28 (voir note 5).

¹⁵¹ RS 152.3

¹⁵² Voir à ce propos la jurisprudence du Tribunal fédéral, p. ex. dans ATF 142 II 313, consid. 3.1. De même, le message du Conseil fédéral du 12 février 2003 relatif à la loi fédérale sur la transparence de l'administration, in : FF 2003 1807, 1816.

dans le contexte des contrôles de sécurité, devait être examinée. Il a notamment renvoyé à la possibilité de définir des solutions dans des lois spéciales (voir art. 4 LTrans)¹⁵³.

Afin d'éviter que le principe de transparence ne soit vidé de sa substance, les dérogations à la LTrans prévues par des lois spéciales devraient rester l'exception et n'être prévues que dans la mesure où des motifs objectifs convaincants le justifient et où elles sont absolument nécessaires.

Il existe certes un grand intérêt public à la traçabilité et à l'examen de l'activité des autorités de surveillance dans le domaine de la sécurité (en particulier aux informations sur les mesures prises ou non). En revanche, les informations relatives à la personne qui s'est éventuellement comportée de manière fautive ou qui a signalé des incidents relevant de la sécurité ne sont pas visées. La loi sur la transparence offre également, dans le domaine de l'activité de surveillance, avec ses exceptions, suffisamment de possibilités pour tenir compte de la protection des intérêts publics et privés dignes de protection et en particulier de la protection de la sphère privée des collaborateurs concernés. En particulier, aux termes de l'art. 9, al. 1, LTrans, les documents officiels contenant des données personnelles doivent être si possible rendus anonymes avant qu'ils soient consultés.

Il y a enfin lieu de relever que la publication d'informations relatives aux événements en lien avec la sécurité, de la part des entreprises, peut aussi participer d'une culture de la transparence qui renforce le capital de confiance du public dans le fonctionnement des systèmes de surveillance et dans le fait que les acteurs concernés assument leurs erreurs de manière responsable.

6.12 Conclusions intermédiaires

L'examen des options permettant de réaliser davantage la culture de l'erreur dans le droit suisse permet de tirer les conclusions suivantes :

- Différents mécanismes de protection peuvent entrer en ligne de compte à différents stades du processus pour protéger les personnes concernées par une déclaration : au sein de l'entreprise déjà, au niveau de la relation avec l'autorité de surveillance ou le centre de traitement, ou, subséquemment, dans le cadre d'une éventuelle procédure pénale ou civile.
- Certaines des options examinées se trouvent dans un rapport de tension avec des principes fondamentaux du système juridique suisse. De l'avis du Conseil fédéral, il n'est par exemple pas opportun de prévoir des exceptions additionnelles à l'obligation de poursuivre pénalement les infractions du CP (voir ch. 6.2) ni de limiter l'accès des autorités de poursuite pénale aux informations contenues dans les systèmes de comptes rendus étatiques (voir ch. 6.5). Afin de garantir le droit de la personne lésée à une réparation du dommage subi, il n'y a pas non plus lieu de limiter la responsabilité civile de la personne ayant commis une erreur (voir ch. 6.9) ni de limiter le droit à la preuve de la personne lésée (voir ch. 6.10). Des modifications des lois générales telles que le CP, le CPP, le CO, le CPC ou la PA ne sont ainsi pas opportunes pas plus que la création d'exceptions portant sur ces aspects dans les lois sectorielles. Dans le cadre des travaux en exécution de la motion Caroni 14.4122 « Pour un droit pénal administratif moderne », l'OFJ examine en revanche la

¹⁵³ Voir à ce propos le communiqué de presse du DFJP du 15 mai 2019 « La loi sur la transparence ne sera pas révisée » (en ligne sous www.dfjp.admin.ch > Actualité > Communiqués de presse) ; la seule exception admise par le législateur se trouve dans le domaine des transports publics (voir art. 14a, al. 2, LCdF, art. 24e, al. 2, LICa, art. 52a, al. 2, LTV et art. 15b, al. 2, LNI).

possibilité de prévoir une exception à l'obligation de poursuivre qui s'appliquerait spécifiquement au droit pénal administratif.

- Des renforcements ponctuels et sectoriels de la culture de l'erreur peuvent entrer en ligne de compte sous la forme de dispositions visant à garantir le respect du principe de ne pas s'auto-incriminer dans le cadre d'une procédure pénale (voir ch. 6.4), de limitations ponctuelles des obligations de dénoncer des autorités de surveillance (voir ch. 6.6) ainsi que d'une réglementation de l'utilisation des informations contenues dans les systèmes de comptes rendus dans le cadre d'une procédure administrative devant l'autorité de surveillance (voir ch. 6.7). Le droit en vigueur prévoit par ailleurs déjà des solutions dans certains domaines relevant de la haute sécurité.
- Il serait envisageable d'examiner dans le cadre de futurs projets législatifs sectoriels la possibilité d'abolir certaines infractions de mise en danger prévues par le noyau dur du droit pénal, le droit pénal accessoire ou le droit pénal administratif. Il y aurait en outre lieu de déterminer si la punissabilité des personnes physiques pourrait être remplacée par l'instauration d'une sanction administrative contre les entreprises (voir ch. 6.3.).
- Il y a enfin lieu de procéder également à un examen approfondi de l'opportunité de renoncer dans certains cas à punir la négligence lors de futurs projets législatifs (voir ch. 6.3).

7 Conclusion

Le postulat CAJ-E charge le Conseil fédéral de déterminer comment introduire la culture juste ou la culture positive de l'erreur comme principe général dans le droit suisse applicable à l'aviation, à la santé et à d'autres domaines relevant de la haute sécurité. Le présent rapport a permis avant tout de montrer que la mise en place d'une culture de l'erreur représente une contribution importante à l'amélioration de la sécurité des systèmes dans ces domaines. Elle permet en effet d'apprendre des erreurs passées. Il ressort également des travaux que la culture de l'erreur constitue une préoccupation centrale pour les milieux concernés. En particulier, il existe pour ces derniers un besoin de réaliser davantage cette idée dans les différents domaines relevant de la haute sécurité, notamment au niveau législatif. Le Conseil fédéral partage cet avis, sous réserve des considérations suivantes.

En raison des spécificités sectorielles et des régimes différents mis en place, l'idée de culture de l'erreur ne peut pas être introduite dans le système juridique en tant que principe général et transversal comme le demande le postulat. Les résultats de l'étude externe renforcent ces conclusions. En effet, aucun des États examinés n'a réalisé l'idée de culture de l'erreur de manière générale et transversale. Il y a lieu de privilégier plutôt une approche sectorielle. Dans les domaines où il existe un besoin de légiférer, le Conseil fédéral considère que la réglementation doit tenir compte notamment des principes directeurs suivants :

- La mise en place d'une procédure de comptes rendus et la désignation d'un organe chargé de recevoir et de traiter les annonces.
- La définition du type d'événements à déclarer.
- L'examen approfondi de l'opportunité de renoncer dans certains cas à punir la négligence (voir ch. 6.3).
- Le respect du principe de ne pas s'auto-incriminer dans le cadre d'une procédure pénale (voir ch. 6.4).
- Des limitations ponctuelles des obligations de dénoncer des autorités de surveillance (voir ch. 6.6).
- Une réglementation de l'utilisation des informations contenues dans les systèmes de comptes rendus dans le cadre d'une procédure administrative devant l'autorité de surveillance (voir ch. 6.7).

S'il est primordial de trouver des solutions équilibrées afin de garantir que le plus grand nombre d'informations soient notifiées, il y a lieu également de respecter certains principes fondamentaux du système juridique suisse. Il s'agit en particulier de veiller aux intérêts des personnes qui ont subi un dommage à cause d'un comportement fautif, de garantir l'exercice uniforme de l'action publique ainsi que d'assurer l'égalité de traitement dans le cadre de la poursuite pénale.

Les travaux ont notamment montré qu'il n'est pas opportun de prévoir de nouvelles exceptions générales à l'obligation de poursuivre pénalement les infractions du CP (voir ch. 6.2) ou de limiter l'accès des autorités de poursuite pénale aux informations contenues dans les systèmes de comptes rendus étatiques (voir ch. 6.5). De telles solutions se trouvent en effet dans un rapport de tension avec des principes fondamentaux du système juridique suisse. Dans le cadre de futurs projets législatifs sectoriels, il serait toutefois envisageable d'examiner la possibilité d'abolir certaines infractions de mise en danger prévues par le noyau dur du droit pénal, le droit pénal accessoire ou le droit pénal administratif (voir ch. 6.3). Comme indiqué ci-dessus (voir ch. 6.2.3), l'OFJ examine en outre la possibilité de prévoir une exception à l'obligation de poursuivre qui s'appliquerait spécifiquement au droit pénal administratif.

De l'avis du Conseil fédéral, il existe également un besoin d'agir au niveau de la mise en œuvre de la culture de l'erreur, en ce sens qu'il est essentiel que celle-ci soit vécue pleinement au sein des entreprises concernées. Il est ainsi primordial d'entretenir les structures existantes et de renforcer cette culture par les mesures suivantes :

- La culture de l'erreur doit être intégrée dans un concept de culture de la sécurité global. Les entreprises doivent en outre veiller à la création d'un climat de confiance. Cela implique que les collaborateurs soient conscients qu'ils exercent des activités liées à la sécurité et qu'ils aient la certitude qu'au sein de l'entreprise, et de la direction en particulier, une grande importance y est accordée. Tant la hiérarchie que les collaborateurs doivent démontrer une volonté générale de transmettre et de recevoir des informations sur les événements relatifs à la sécurité et d'apprendre de ces dernières. Comme évoqué sous ch. 6.8, les entreprises disposent d'une marge de manœuvre suffisante (autonomie privée) leur permettant de régler la manière de sanctionner les erreurs. Elles peuvent ainsi décider volontairement d'encourager la culture de l'erreur. Enfin, une gestion transparente des erreurs, y compris vis-à-vis du public, contribue à un climat de confiance qui profite aux entreprises comme à l'Etat.
- Les informations déclarées doivent impérativement faire l'objet d'une analyse afin que des enseignements puissent en être tirés. Il est ainsi fondamental que les autorités compétentes traitent les données reçues, prennent les mesures préventives nécessaires et transmettent les connaissances acquises aux acteurs concernés pour que la qualité du système dans son entier puisse être améliorée.