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

Herausgeber: Schweizerischer Juristenverein

Band: 112 (1993)

Artikel: Le juge suisse face au droit européen

Autor: Jacot-Guillarmod, Olivier

DOI: https://doi.org/10.5169/seals-896129

Nutzungsbedingungen

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

Conditions d'utilisation

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

Terms of use

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

Download PDF: 29.03.2026

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

Le juge suisse face au droit européen

OLIVIER JACOT-GUILLARMOD

Professeur associé à l'Université de Neuchâtel; Sous-directeur à l'Office fédéral de la justice; Agent du Conseil fédéral pour la représentation de la Suisse devant la Commission et la Cour européennes des droits de l'homme*

En mars 1993, le Comité de la Société suisse des juristes a reçu de l'auteur, comme rapport, les chapitres 1, 2, 4 et 7 d'une étude plus vaste destinée à paraître, chez le même éditeur, dans la collection des «Dossiers de droit européen». L'absence de toute publication générale, en Suisse, sur le rôle du juge national face au droit européen a incité le Comité de la SSJ à proposer à l'auteur de publier, comme rapport à la SSJ, l'intégralité de son texte qui paraîtra parallèlement, avec des notes marginales et un index, dans ladite collection.

Le Comité de la SSJ

* Les opinions exprimées dans ce rapport n'engagent que leur auteur.

Remerciements

Toute recherche en droit européen passe par une ingrate collecte documentaire. La dimension pluriculturelle de ce droit rend la recherche passionnante mais exigeante. Je dois beaucoup à la sagacité de mon collègue, M. FABRICE FILLIEZ, spécialiste de droit communautaire, de la Division des affaires internationales de l'Office fédéral de la justice, qui m'a non seulement été d'un appui aussi fidèle que compétent lors de la rédaction de mon rapport, mais un rabatteur infatigable des documents les plus récents. Ma reconnaissance va également à M. PHILIPPE BOILAT, mon suppléant, qui a subi personnellement le contrecoup le plus direct d'une occupation «annexe» qui s'est étendue sur six mois, ainsi qu'à plusieurs autres collègues de l'Office fédéral de la justice et interlocuteurs externes, qui sont remerciés en marge du texte; enfin au premier lecteur de ce texte, mon ami le professeur PIERRE MERCIER, Européen de la première heure, qui sait ne pas céder aux modes.

Les victimes immédiates de ce travail sont, curieusement, six dames: trois secrétaires et une ancienne secrétaire, Mmes FRANZISKA BAUMGARTNER, MARIANNE CERIANI, PIERRETTE FREI et JACQUELINE JACCOUD, qui garderont hélas de ce texte le souvenir vivace d'un traitement inhumain au sens de l'art. 3 CEDH; ainsi que Mmes MARIE LUCE DUMAS et VERONIQUE BOEHRINGER, qui ont composé et relu les épreuves avec une compétence, une gentillesse et une bonne humeur ... à toute épreuve.

A Loïc, Tom et Anaïs

Avant-propos

Trop long, parfois impertinent, souvent imprudent: tels sont notamment trois défauts de ce rapport. Il eût été relativement aisé de supprimer les deux derniers – l'impertinence et l'imprudence – qui, à la différence du premier, sont plutôt rares dans les écrits juridiques. On y a finalement renoncé pour une raison assez simple. Davantage sans doute que bien des secteurs du droit, le droit européen s'inscrit en effet entièrement dans un projet politique: la patiente construction du Continent, dans une société fondée sur la diversité culturelle, le pluralisme politique, la défense des droits de l'homme et la démocratie.

Ce projet politique influence dans une large mesure les travaux juridiques menés dans le domaine du droit européen. Les projets *Eurolex et Swisslex*, qui ont occupé le devant de la scène en Suisse en 1992 et 1993, ont largement contribué à une prise de conscience du phénomène *dans sa dimension législative*. Par contraste, on ne fait qu'entrevoir pour l'instant, en Suisse, les conséquences du droit européen *au niveau de l'application du droit*. Là, le débat vient à peine de commencer. Le manque d'information est patent, la dimension psychologique des problèmes souvent mésestimée.

Le report momentané, pour la Suisse, de son grand rendez-vous européen nous donne l'occasion de nous préparer sereinement aux échéances futures. Le *juge* – autour duquel gravitent les avocats, les praticiens, les étudiants – se trouve au coeur du débat. Si ce rapport pouvait ouvrir quelques-uns d'entre eux à ce monde nouveau du droit européen, s'il pouvait aussi, pourquoi pas, leur faire partager une passion, il aurait rempli son objectif immédiat: mettre résolument une pierre sur le difficile – mais prometteur – chantier de «*l'après 6 décembre*».

O. J.-G.

Berne, le 1er juillet 1993

Table des matières

Remerciements 229
Avant-propos 233
Principales abréviations 243

CHAPITRE 1
Introduction

1. Le juge suisse à l'heure de l'intégration européenne 247
2. Le juge national, acteur méconnu du processus d'intégration européenne 249
3. Rôle complémentaire capital de l'avocat 251
4. Orientations, contenu et fil conducteur du rapport 254
   a) Orientations 254
   b) Contenu du rapport 255
   c) Fil conducteur 256

CHAPITRE 2
Le droit européen: un nouvel environnement pour le juge suisse

A. Terminologie 258
5. Notion de droit européen 258
6. Notion de juge 261
   a) CEDH 261
   b) Droit communautaire 263
   c) Appréciation 264

B. Un nouvel environnement normatif et jurisprudentiel 265
7. Le droit de l'intégration européenne 265
8. Le droit communautaire comme ordre juridique propre, intégré aux systèmes juridiques des Etats membres 267
9. Le droit communautaire comme droit uniforme, composé de «règles communes» 269
   a) Règles communes 269
   b) Un droit uniforme 270
   c) Règles prévisibles 270
   d) Règles justiciables 271
10. Un système de protection juridictionnelle composite et cohérent 273
11. Aspects normatifs, constitutionnels, institutionnels et judiciaires de l'acquis communautaire 274

12. Un droit d'application décentralisée, capillarisée 276
13. Unité du droit européen et diversité des contextes nationaux 278

C. Un nouvel environnement institutionnel 282
14. L'émergence d'un «pouvoir judiciaire européen» 282
15. Le juge suisse face aux juridictions européennes 284
16. La Cour européenne des droits de l'homme 287
17. La Cour de justice des Communautés européennes et le Tribunal de première instance 290
18. La Cour des Etats de l'AELE 294
19. Vers une Cour constitutionnelle européenne unique? . . . 296

D. Un nouvel environnement psychologique 297
20. Le juge suisse bientôt «saisi» par le droit européen 297
21. Les inquiétudes, les esquives et les défis 299
a) Les inquiétudes 299
b) Les esquives 301
c) Les défis 304
22. De quelques enseignements à tirer de l'expérience d'autres juges nationaux 306
23. «Chance du droit et des juges en Europe» 313

CHAPITRE 3

Le passé: premiers contacts du juge suisse avec le droit européen

24. Une jurisprudence pointilliste: accents principaux, aspects quantitatifs, synthèses doctrinales 317
a) Accents principaux 317
b) Aspects quantitatifs 319
c) Tableau synoptique 321
d) Appréciation 328
e) Synthèses doctrinales 329
25. Les accords bilatéraux d'établissement face à la «Lex» (von Moos, Furgler, Friedrich) (1973 - 1993): deux décennies d'inconséquences de Berne et de Lausanne 332
26. La Convention européenne des droits de l'homme (1974 - 1993): une discrète et constructive symbiose entre Strasbourg, Lausanne et Lucerne 344

27. L'Accord de libre-échange Suisse-CEE (1972 - 1993): la responsabilité de Lausanne dans un dialogue manqué avec Luxembourg 352
28. Arbitrage international en Suisse et droit communautaire: un avertissement récent et utile (1992) 364
29. Introversion et esprit d'ouverture de la jurisprudence européenne du Tribunal fédéral 367
a) Attitudes d'introversion et d'esquive 367
b) Esprit d'ouverture 369
c) Appréciation 372
30. Utilité et limites de ces expériences pour l'avenir 376

CHAPITRE 4

L'avenir: fonctions et responsabilités générales du juge suisse dans la mise en oeuvre du droit communautaire

A. Les futures fonctions européennes du juge suisse 379
31. Le juge suisse bientôt promu «juge communautaire» . . . 379
32. Fonctions judiciaires liées à un droit uniforme, multiforme, d'application quotidienne et décentralisée 381
33. Vue cursive de droit comparé sur les principales étapes jurisprudentielles nationales 382

B. Les obligations de droit communautaire pesant sur le juge suisse 385
34. Considérer le droit européen comme faisant partie intégrante de l'ordre juridique suisse 385
35. Assurer l'application uniforme du droit communautaire . . 387
36. Assurer l'effet utile du droit européen 388
37. Garantir l'effet direct du droit communautaire 390
38. Assurer la primauté de la règle commune sur la règle nationale contraire 395
39. Préserver l'effet utile d'autres obligations internationales (droits de l'homme; GATT) 399
a) CEDH 399
b) GATT 401

C. La dimension institutionnelle: la coopération juridictionnelle européenne 402
40. Mesures de coordination volontaire des jurisprudences nationales: possibilités et limites 402

41. Participation du juge suisse au dialogue juridictionnel avec la Cour de justice des Communautés européennes (art. 177 CEE) 405
a) Un dialogue privilégié entre le juge national et le juge communautaire 405
b) Interprétation préjudicielle du droit communautaire primaire et dérivé 408
c) Contrôle préjudiciel de la validité du droit communautaire dérivé 409
d) Questions de procédure 410
e) Synthèse 412
42. Procédure d'avis consultatif devant la Cour AELE 414

D. Autres aspects institutionnels 415
43. Soutien logistique du juge national par la Commission . . 415
44. Contrôle politique du juge national par le Parlement européen 416

CHAPITRE 5

Incidences du droit communautaire sur l'organisation et l'exercice de la fonction juridictionnelle en Suisse

A. Le principe 418
45. Autonomie des Etats membres en matière d'organisation judiciaire et de droit procédural 418

B. Les limites du principe 420
46. Effet utile du droit communautaire 420
47. Non-discrimination procédurale 423
48. Respect d'exigences ou de règles procédurales communautaires 425

C. La responsabilité du législateur national 428
49. Transparence du droit procédural 428
50. Garantir la protection judiciaire efficace des droits individuels conférés par le droit communautaire 431

D. Les responsabilités du juge national 433
51. Obligation de coopération loyale avec la Communauté (art. 5 CEE) 433
52. Interprétation conforme au droit européen du droit procédural national 434

53. Inapplication de la règle procédurale nationale contraire au droit communautaire 435
54. Faciliter l'accès de l'individu aux droits garantis par le droit communautaire 436
55. Autres obligations découlant pour le juge de l'effet utile du droit communautaire 437
56. Conclusions 439

CHAPITRE 6
En attendant l'EEE ou l'adhésion à la Communauté européenne

A. De l'urgence d'une euro-compatibilité jurisprudentielle 443
57. Pour une jurisprudence suisse ouverte sur l'Europe et sur le monde 443
58. Potentialités inexploitées de l'Accord de libre-échange de 1972 445
a) Sortir de l'ornière de l'absence d'effet direct pour ne pas tomber dans celle de l'effet direct 445
b) Préambule 447
c) Intérêt de la notion de libre-échange 448
d) Obligation de respecter loyalement l'Accord (art. 22 ALE) 450
e) Interdiction des taxes d'effet équivalent (art. 6 ALE) . 451
f) Interdiction des mesures d'effet équivalent (art. 13 et 20 ALE: jurisprudences *Dassonville* et *Cassis de Dijon*) 453
1. La filière jurisprudentielle *Dassonville* (1974) . . . 454
2. La filière jurisprudentielle *Cassis de Dijon* (1979) . 458
g) Concurrence (art. 23 ALE) 459
h) Interprétation conforme au GATT 464
i) Interprétation conforme à la CEDH 466
59. Potentialités offertes par un éclairage jurisprudentiel européen du droit constitutionnel suisse 467
60. Les limites de la création jurisprudentielle: rôle du législateur, du Constituant et du négociateur 470

B. Quelques jalons pour une euro-compatibilité normative 473
61. Droit européen et revision totale de l'organisation judiciaire 474
a) Le droit européen comme incitation à l'aménagement du droit de procédure fédéral 474
b) Suggestions d'aménagements du droit de procédure fédéral 475

1. Amélioration du statut procédural du droit européen 475
2. Unification des moyens de recours dans les voies de recours ordinaires 478
3. Valorisation des voies de recours ordinaires, afin de faire «prendre» le droit européen dans toute la largeur de ce type de contentieux fédéral 478
4. Elimination systématique des discriminations procédurales nationales menaçant l'effet utile du droit européen 479
5. Objectivation du contentieux de droit européen . . 481
6. Principe de publicité: nécessité d'une réflexion d'ensemble 483

c) Appréciation 485

62. Droit européen et juridiction constitutionnelle suisse. . . 486
a) Le droit européen exige-t-il, lui-même, l'institution d'un contrôle de la constitutionnalité des lois fédérales en Suisse? 488
b) Inconvénients majeurs liés au maintien de l'art. 113 al. 3 Cst. en cas d'adhésion de la Suisse à la Communauté 489
c) Faudrait-il créer un contrôle judiciaire concentré (par le seul Tribunal fédéral) ou maintenir un contrôle diffus (par toutes les autorités d'application du droit)? . 490
d) Comment «essentialiser» la juridiction constitutionnelle suisse? 491

63. Droit européen et revision totale de la Constitution. . . . 498

CHAPITRE 7

Essai de synthèse

64. L'accès du particulier au juge et au droit européen, partie intégrante de l'Etat démocratique moderne 504
a) L'accès au juge 504
b) Accès au droit européen 506

65. Le droit européen, enrichissement pour le juge suisse . . 508

66. La crainte infondée d'un «gouvernement des juges» en Europe 511

67. Le droit européen, moyen d'équilibrer les pouvoirs . . . 515

68. Le droit européen, «épée» ou «bouclier» à disposition des avocats 519

69. Les particuliers, grands gagnants d'un droit européen protégé par le juge 521

70. Catalogue de quelques droits procéduraux reconnus au justiciable par le droit communautaire 524

71. Le juge national, rouage essentiel dans la construction d'une «communauté de droit» en Europe 529
72. La métamorphose européenne du juge national 531
73. Le lente émergence d'une fonction juridictionnelle constitutionnelle en Europe 534
74. L'ordre public européen des droits de l'homme protégé par le juge: clé de voûte d'une construction européenne voulue démocratique 539

Liste des arrêts cités

A. Tribunal fédéral 545
B. Cour européenne des droits de l'homme 547
C. Cour de justice des Communautés européennes 549
D. Tribunal de 1re instance des Communautés européennes . 554

Bibliographie 555

Principales abréviations

AELE	Association européenne de libre-échange
AFDI	Annuaire français de droit international
aff.	affaire
aff. jtes	affaires jointes
AJP	Aktuelle juristische Praxis (PJA)
ALE	Accord(s) de libre-échange (FHA)
AöR	Archiv für öffentliches Recht
ASDI	Annuaire suisse de droit international (SJIR)
ATF	Recueil des arrêts du Tribunal fédéral suisse
AVS	Assurance-vieillesse et survivants
BAWI	Bundesamt für Aussenwirtschaft (OFAEE)
BRADOC	Banque de données interne du TF et du TFA
BV	Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft
CBE	Convention sur le brevet européen
CCS	Code civil suisse
CDE	Cahiers de droit européen
CE	Communauté(s) européenne(s)
CECA	Communauté européenne du charbon et de l'acier (Montanunion)
CEDH	Convention européenne des droits de l'homme (EMRK)
CEEJ	Convention européenne d'entraide judiciaire
CEextr.	Convention européenne d'extradition
CESS	Code européen de sécurité sociale
CJCE	Cour de justice des Communautés européennes (EuGH)
CMLRev	Common Market Law Review
CO	Code des obligations
CPS	Code pénal suisse
CSCE	Conférence sur la sécurité et la coopération en Europe (KSZE)
Cst.	Constitution fédérale de la Confédération suisse
CV	Convention de Vienne sur le droit des traités
DFAE	Département fédéral des affaires étrangères
DFEP	Département fédéral de l'économie publique
DFI	Département fédéral de l'intérieur
DFJP	Département fédéral de justice et police
DPA	Loi fédérale sur le droit pénal administratif
DT Cst.	Dispositions transitoires de la Constitution fédérale
EC	European Community
ECJ	European Court of Justice (Court of Justice of the European Communities)
EEA	European Economic Area
EEC	European Economic Community
EEE	Espace économique européen (EWR)
EJIL	European Journal of International Law (JEDI)
EFTA	European Free Trade Association
ELR	European Law Review
EMRK	Europäische Menschenrechtskonvention (CEDH)
EuGH	Europäischer Gerichtshof (Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften)
EuGRZ	Europäische Grundrechte Zeitschrift

EuR	Europarecht
EuZW	Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
EWG	Europäische Wirtschaftsgemeinschaft
EWR	Europäischer Wirtschaftsraum (EEE)
EWR-A	EWR-Abkommen
FF	Feuille fédérale
FHA	Freihandelsabkommen (ALE)
FIDE	Fédération internationale pour le droit européen
GATT	General Agreement on Tariffs and Trade
GRUR	Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht (Internationaler Teil)
ISDC	Institut suisse de droit comparé
JAAC	Jurisprudence des autorités administratives de la Confédération (VPB)
JDI	Journal de droit international privé (Clunet)
JEDI	Journal européen de droit international (EJIL)
JT	Journal des Tribunaux
JOCE	Journal officiel des Communautés européennes
JOCE no C	JOCE, partie Communications et informations
JOCE no L	JOCE, partie Législation
JöR	Jahrbuch für öffentliches Recht
KSE	Kölner Schriften zum Europarecht
KSZE	Konferenz über die Sicherheit und Zusammenarbeit in Europa (CSCE)
LCart.	Loi fédérale sur les cartels et organisations analogues
LDIP	Loi fédérale sur le droit international privé
LFAIE	Loi fédérale sur l'acquisition d'immeubles par des personnes à l'étranger
LM	Loi fédérale sur les marques
LP	Loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
OCDE	Organisation de coopération et de développement économiques
OFAEE	Office fédéral des affaires économiques extérieures (BAWI)
OFAS	Office fédéral des assurances sociales
OFJ	Office fédéral de la justice
OFP	Office fédéral de la police
OG	Bundesgesetz über die Organisation der Bundesrechtspflege
OJ	Loi fédérale sur l'organisation judiciaire fédérale
PJA	Pratique juridique actuelle (AJP)
RCC	Revue à l'intention des caisses de compensation.
RCDIP	Revue critique de droit international privé
RDIDC	Revue de droit international et de droit comparé
RDP	Revue de droit public et de la science politique en France et à l'étranger
RDS	Revue de droit suisse (ZSR)
Rec.	Recueil des arrêts de la Cour de justice des CE
RFDA	Revue française de droit administratif
RIDC	Revue internationale de droit comparé
RIW	Recht der internationalen Wirtschaft
RMC	Revue du Marché Commun et de l'Union européenne
RMUE	Revue du Marché unique européen

RPS	Revue pénale suisse (ZStrR)
RS	Recueil systématique du droit fédéral
RSDIE	Revue suisse de droit international et de droit européen (SZIER)
RSJ	Revue suisse de jurisprudence (SJZ)
RTDE	Revue trimestrielle de droit européen
RTDH	Revue trimestrielle des droits de l'homme
RUDH	Revue universelle des droits de l'homme
SJ	Semaine judiciaire
SJIR	Schweizerisches Jahrbuch für internationales Recht (ASDI)
SJZ	Schweizerische Juristen-Zeitung (RSJ)
SZIER	Schweizerische Zeitschrift für internationales und europäisches Recht (RSDIE)
TF	Tribunal fédéral
TFA	Tribunal fédéral des assurances
TPI	Tribunal de 1re instance des Communautés européennes
TRIPs	Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights (GATT)
UEM	Union économique et monétaire
VPB	Verwaltungspraxis der Bundesbehörden (JAAC)
WuW	Wirtschaft und Wettbewerb
ZaöRV	Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht
ZBl.	Zentralblatt für Staats- und Verwaltungsrecht
ZSR	Zeitschrift für schweizerisches Recht (RDS)
ZStrR	Zeitschrift für Strafrecht (RPS)

CHAPITRE 1

Introduction

1. Le juge suisse à l'heure de l'intégration européenne

«Les Suisses se lèvent tôt,
mais se réveillent tard.»

DENIS DE ROUGEMONT

Décidément, ce pays n'a pas fini d'étonner. Pendant des décennies, le peuple suisse n'a marqué qu'un enthousiasme discret à l'égard de la construction européenne. Une construction européenne qui se faisait pourtant à ses portes et dont la Suisse était – et reste – une bénéficiaire directe par la dynamique de paix que l'intégration a engendrée en Europe. Puis, à partir du 2 mai 1992, date de la signature à Porto de l'Accord EEE entre la Communauté, ses Etats membres et les Etats de l'AELE, on a assisté en Suisse à un formidable élan en faveur de la cause européenne de la part du Conseil fédéral, des gouvernements cantonaux, du Parlement fédéral, des administrations fédérale et cantonales. Cela n'a pas suffi. Le changement de rythme a été trop brutal. Le fil s'est provisoirement cassé. Il faudra remettre l'ouvrage sur le métier. Pour renouer au plus vite avec un destin européen dont une courte majorité de Suisses a provisoirement perdu conscience.

La plaie du 6 décembre 1992 était encore ouverte que déjà, certains juristes suisses se mobilisaient pour contribuer à faire oublier ce «mauvais rêve»: les uns pour ajuster quelques salves contre ceux qui se seraient laissés aller à un internationalisme «exagérément doctrinaire» et pour préconiser une lecture de l'article 113 al. 3 Cst. plus conforme aux vertus incontestées du patriotisme juridique[1]; les autres pour expliquer aux Européens, dans un grand quotidien allemand, les raisons pour lesquelles la Suisse avait bien fait de rejeter un traité indigne d'elle[2]; d'autres encore, s'adressant le 18 décembre à la Fédération suisse des avocats au nom de tel ordre cantonal des avocats, pour souligner que désormais, il convenait de ranger au placard (nos amis alémaniques diraient: «*schubladisieren*») les projets de reconnaissance intercantonale et internationale de diplômes

---

1 HANSJÖRG SEILER, *Das völkerrechtswidrige Bundesgesetz: Artikel 113 Absatz 3 BV im Verhältnis zu Völkerrecht, EG und EWR,* SJZ/RSJ 1992, p. 377-387, spéc. p. 379.

2 RAINER J. SCHWEIZER, *Einen Hegemonialvertrag abgelehnt,* Frankfurter Allgemeine Zeitung, 10 décembre 1992, no 287, p. 9.

d'avocats, auxquels on avait eu l'audace de songer dans un moment d'égarement.[3]

La Suisse pouvait respirer, s'assoupir même. Et dormir encore longtemps de ce «sommeil du juste» érigé en vertu suprême par tel ancien conseiller fédéral.

Pour le juge suisse, fédéral ou cantonal, l'alerte aura été chaude. En effet, il n'est pas exagéré de dire que *le juge a été le grand absent du débat sur l'EEE*. Ce qui, dans une certaine mesure, s'explique aisément: le juge n'est ni négociateur, ni parlementaire, ni politicien. Alors que les autres organes de l'Etat, eux, avaient fait «leurs gammes»: l'exécutif en négociant à Bruxelles et en se préparant aux échéances législatives[4]; le Parlement en accomplissant au pas de charge les travaux d'Hercule d'*Eurolex*[5]. Même le Constituant eut, par le biais des débats parlementaires relatifs au projet d'arrêté fédéral d'approbation de l'EEE (art. 19-21 DT Cst.), un débat approfondi sur trois questions: celle des modalités d'adaptation du droit fédéral à l'occasion et après l'entrée en vigueur de l'Accord EEE (art. 20 DT)[6]; celle de la participation des cantons au processus d'intégration européenne (art. 21 DT); et celle de l'éventuelle insertion, dans l'arrêté fédéral d'approbation, d'une disposition relative à la primauté du droit EEE (projet d'art. 19bis DT).

---

3 Le mérite de ce type de prises de position est d'en susciter d'autres, remarquables d'ouverture. Voir Ulrich Zimmerli, *Das Nein des Schweizervolks zum EWR und die Folgen für die Schweizer Anwälte,* Der Schweizer Anwalt, no 144, 5/1993, p. 18, qui écrivait récemment: «Auf dem Gebiet der Anwaltsausbildung gilt es m.E. mehr denn je, die in Art. 33 Abs. 2 BV enthaltenen Rechtsetzungskompetenzen des Bundes auszuschöpfen und möglichst rasch ein Bundesrahmengesetz über die interkantonale und internationale Anerkennung der Anwaltspatente zu erlassen und auf diese Weise sinngemäss der Richtlinie Nr. 89/48 Rechnung zu tragen»; voir également, sur un plan plus général, Daniel Thürer, *Das schweizerische Nein zum Europäischen Wirtschaftsraum: Versuch einer «konstruktiven» Interpretation*, Zentrum für europäisches Wirtschaftsrecht, Rheinische Friedrich-Wilhelms-Universität Bonn, Vorträge und Berichte, no 26, 23 p., spéc. p. 9 ss.

4 Pour une appréciation de quelques étapes des négociations, voir Bruno Spinner, *Der europäische Wirtschaftsraum: Ist das Völkerrecht der Herausforderung gewachsen?,* SJZ/RSJ/ 1990, p. 409-420; RSJ/SJZ 1991, p. 99-102 et p. 237-243; sur la préparation au sein de l'administration, voir notre article *L'administration fédérale face au droit communautaire: défis actuels,* ZBl. 1990, p. 425-440.

5 Voir Heinrich Koller, *Die Umsetzung des EWR-Abkommens in das schweizerische Recht: Grundsätze und Methoden,* in: «EWR-Abkommen (Erste Analysen)», Zurich (Schulthess), 1992, p. 819-842; et Luzius Mader, *Eurolex: ein Versuch, das schweizerische Recht dem Recht des europäischen Wirtschaftsraum anzupassen,* AJP/PJA 10/92, p. 1319-1329.

6 Voir Jean-François Aubert, *L'EEE et la démocratie suisse,* in: «Accord EEE (Commentaires et réflexions)», Zurich, 1992, p. 791-817; et Aldo Lombardi, *Die Gestaltung des künftigen EWR-Rechts: Grundzüge des Verfahrens im EWR- und im schweizerischen Recht,* AJP/PJA, 10/92, p. 1330-1344.

Quant au juge suisse, il n'est pas exagéré de dire qu'il n'était guère préparé à l'échéance de l'entrée en vigueur de l'Accord EEE. Si l'on fait exception des réflexions menées aux avant-postes chez nos plus hauts magistrats[7], le juge n'était peut-être pas toujours conscient de ce qui l'attendait.

Le 6 décembre 1992 a simplement reporté l'échéance. Il est donc grand temps de dresser une première esquisse de ce qui attend le juge lors de la prochaine échéance européenne de la Suisse. Disons au plus tard le 1er janvier de l'an 2000. C'est-à-dire dans moins de sept ans. Donc demain.

2. Le juge national, acteur méconnu du processus d'intégration européenne

«En Suisse, la mise en oeuvre progressive de la politique d'intégration économique européenne est principalement, sinon exclusivement, l'affaire des autorités politiques et administratives, non des juges.»

ROBERT PATRY[8]

Lorsque le juriste suisse songe au rôle du juge dans le contexte du droit européen, ses pensées vont sans doute, dans un premier temps, vers la Cour européenne des droits de l'homme de Strasbourg. Et pour peu qu'on lui parle du juge dans le contexte communautaire, il imagine aussitôt Luxembourg, siège de la Cour de justice des Communautés européennes[9]. Il est vrai que ces deux juridictions (auxquelles s'adjoindra bientôt la Cour AELE dans le cadre de l'EEE) jouent un rôle capital dans le développement du droit européen, en particulier pour assurer l'interprétation ultime de la Convention européenne des droits de l'homme et pour garantir

---

7 Voir tout spécialement JEAN-FRANÇOIS EGLI, *Le Tribunal fédéral face à l'Espace économique européen*, in: «Accord EEE (Commentaires et réflexions)», Zurich (Schulthess), 1992, p. 617-623; et RAYMOND SPIRA, *Le Tribunal fédéral des assurances face à l'EEE, ibidem*, 1992, p. 625-637; voir encore, dans une perspective finlandaise et européenne, LEIF SEVON, *The EEA judicial system and the Supreme courts of the EFTA States, ibidem*, 1992, p. 603-615. A noter que les tribunaux fédéraux avaient été consultés à deux reprises dans le cadre de la procédure législative *Eurolex* et que le TFA avait constitué un groupe de travail qui s'était activement préparé à l'échéance supposée du 1er janvier 1993.

8 ROBERT PATRY, *Le juge face au libre échange européen,* in: «L'avenir du libre-échange en Europe», Zurich, 1990, p. 232-240, p. 240, no 637 (voir aussi p. 238, no 631).

9 Dans ce sens, HELMUT HENRICHS, *Gemeinschaftsrecht und nationale Verfassungen: Organisations- und verfahrensrechtliche Aspekte einer Konfliktlage*, EuGRZ 1990, p. 413-423, p. 419.

l'uniformité d'interprétation du droit communautaire[10]. Mais au firmament du droit européen, l'étoile de ces juridictions pâlirait rapidement si elles n'étaient assurées des relais efficaces que sont les *juges nationaux*, répercutant et affinant dans une multitude de cas d'espèce les principes dégagés dans la jurisprudence européenne.

Qu'un ancien président du Tribunal fédéral le souligne à propos de la Convention européenne des droits de l'homme, cela n'est que légitime et compréhensible[11]. Mais que l'on retrouve la même réflexion sous la plume du président en exercice de la Cour européenne des droits de l'homme et sous celle d'un ancien président de la Cour de justice des Communautés européennes, voilà qui est sans doute extrêmement révélateur. Le premier d'entre eux, le Norvégien RYSSDAL, déclarait en effet récemment à Strasbourg:

> «Par leur intervention, les organes de la Convention ne sauraient qu'assister le juge interne dans ses fonctions de garant des libertés publiques. Dans l'esprit de la Convention, l'appel aux institutions de Strasbourg n'est que l'ultime recours, le dernier moyen d'empêcher ou de réparer une atteinte aux droits de l'individu.»[12]

Pour sa part, le Français ROBERT LECOURT, qui a présidé aux destinées de la Cour de Luxembourg pendant une décennie après avoir exercé les fonctions de Garde des Sceaux et qui siège aujourd'hui au Conseil constitutionnel, écrivait il y a une dizaine d'années:

> «Si le Marché commun a pu s'implanter dans les faits, et en grande partie réussi (...) c'est, sans doute, en grande partie aux juridictions de tous les Etats membres qu'il le doit.»[13]

---

10 Sur ces différentes fonctions, voir notamment §§ 16, 17 et 41.

11 ARTHUR HAEFLIGER, *Die Europäische Menschenrechtskonvention und die Schweiz (Die Bedeutung der Konvention für die schweizerische Rechtspraxis)*, Berne (Stämpfli), 1993, 396 p., p. 361: «Im ganzen gesehen zeigt sich heute das Bild einer recht gefestigten EMRK-Praxis, die das Bundesgericht im Rahmen der Rechtsprechung der Strassburger Behörden weiter entwickelt und verfeinert».

12 ROLV RYSSDAL, allocution prononcée à Strasbourg le 27 janvier 1993 (texte ronéotypé), p. 4-5.

13 ROBERT LECOURT, *Le rôle unificateur du juge dans la Communauté*, Mélanges Teitgen, Paris (Pedone), 1984, p. 223-237, p. 237.

3. Rôle complémentaire capital de l'avocat

> *«Au cours des 30 dernières années, dans la construction de l'Europe, la part des avocats communautaires et celle de leurs organisations professionnelles a été considérable. C'est souvent par leur canal que les grands principes du droit européen ont peu à peu fait leur chemin auprès des entreprises comme dans le coeur des citoyens. S'inspirant de leur exemple, c'est aujourd'hui le rôle des avocats suisses et l'honneur de la profession que de s'atteler à la tâche.»*
>
> OLIVIER MACH[14]

Le juge national est tributaire des affaires portées devant lui par les plaideurs; et les avocats sont les interprètes des préoccupations de leurs clients. C'est dire le rôle charnière que joue l'avocat dans le processus d'intégration européenne. Le problème, c'est qu'il n'y a encore que très peu de spécialistes du droit européen en Suisse, si l'on met à part la poignée d'avocats, alémaniques et romands, qui se sont spécialisés dans le droit communautaire de la concurrence ou qui ont mené jusqu'à leur terme des procédures devant les organes de la Convention européenne des droits de l'homme.

Pour le droit économique européen, le tableau est assez sombre. L'un des meilleurs spécialistes de ces matières, Me MACH, relevait en 1988 (il est probable que la situation n'a pas notablement changé depuis lors):

> «Les praticiens suisses se sentent en général à l'aise dans les domaines touchant à l'application du droit national. On les trouve par contre curieusement ignorants des nouvelles réglementations européennes et de leurs conséquences pour leurs clients. Dans ce domaine, il n'est pas rare aujourd'hui que le chef d'entreprise, grâce notamment aux efforts des associations professionnelles, en sache autant si ce n'est davantage que son avocat.»[15]

En face de lui, l'avocat «communautaire» se trouve déjà aux avant-postes. Mais au fait, qu'est-ce qu'un avocat communautaire? Donnons à l'un d'entre-eux, formé en Suisse mais pratiquant à Bruxelles, le soin de répondre: «L'avocat communautaire est, en fait, un juriste rattaché à un système juridique de l'un des Etats membres et rompu aux nombreuses disciplines ou sous-disciplines du droit communautaire»[16]. Me RUSSOTTO définit comme suit le rôle complémentaire de l'avocat par rapport au juge:

---

[14] OLIVIER MACH, *L'avenir du libre-échange européen: le rôle de l'avocat suisse,* in: «L'avenir du libre-échange en Europe», Zurich (Schulthess), 1990, p. 207-226, p. 226, no 582.

[15] MACH (note 14), 1990, p. 224, no 578.

[16] JEAN RUSSOTTO, *L'avenir du libre-échange européen: le rôle de l'avocat communautaire,* in: «L'avenir du libre-échange en Europe», Zurich (Schulthess), 1990, p. 201-206; spéc. p. 424, no 1072 (présentation orale dudit rapport).

> «De même que les juridictions nationales, qui sont à plusieurs égards gardiennes de l'application du droit européen, l'avocat communautaire a fréquemment un rôle comparable. Il peut non seulement participer au contentieux communautaire, en lui-même source de développement du droit, mais encore agir dans une capacité qui est aussi et surtout son domaine d'élection, à savoir celui de conseil. (...)
>
> Mieux que tout autre, l'avocat communautaire est à même de faire participer d'autres personnes à l'évolution et à la compréhension de la réglementation européenne. Le rôle d'observateur privilégié et de conseil est devenu essentiel. Les progrès de l'intégration européenne, l'échéance de l'achèvement du marché intérieur font de l'avocat communautaire un rouage important dans la famille de ceux qui participent au grand dessein de l'Europe.»[17]

Entre la situation de l'avocat suisse et celle de l'avocat communautaire, le contraste semble saisissant. Me MACH explique par le phénomène suivant la différence du rôle de l'avocat suisse par rapport à celui de son confrère établi dans la Communauté:

> «Le praticien communautaire, à côté de son droit national, traite un droit européen déjà considérable, de par son volume et sa durée. Mais surtout, ce droit s'adresse tout autant aux individus et entreprises – la clientèle de l'avocat – qu'aux Etats membres. En Suisse comme dans les autres pays de l'AELE, *le défaut pour l'instant d'effet direct des ALE* [Accords de libre-échange] *explique dans une large mesure la part encore négligeable jouée par les avocats dans la mise en oeuvre de ce nouveau droit.*»[18]

Cette circonstance explique en partie sans doute le fait qu'en Suisse, l'avocat, tributaire comme tout avocat des mandats qui lui sont confiés[19], n'a jusqu'ici guère pu jouer qu'un rôle marginal, alors que son confrère communautaire a joué un rôle capital dans la construction même de l'ordre juridique communautaire. Quel hommage plus flatteur pouvait-on concevoir que les propos récemment tenus à Bruxelles par le Danois DUE, président en exercice de la Cour de justice des Communautés européennes. L'éminent magistrat soulignait en effet:

> «Tous les grands principes du droit communautaire qui nous semblent aujourd'hui si évidents, l'effet direct, la primauté du droit communautaire, le respect des droits fondamentaux, les droits de la défense ont été consacrés à l'occasion d'affaires dans lesquelles un avocat a vu le problème et a su convaincre le juge de la nécessité de le résoudre en formulant un principe général applicable non seulement à l'affaire en cause, mais à bien d'autres qui suivront.»[20]

---

17 RUSSOTTO (note 16), 1990, p. 206, nos 528 et 530.

18 MACH (note 14), 1990, p. 209, no 534.

19 MACH (note 14), 1990, p. 425, no 1076 (présentation orale de son rapport).

20 OLE DUE, *L'accès au juge*, allocution prononcée le 1er avril 1993 à Bruxelles, dans le cadre de la Deuxième Conférence européenne des avocats, Bruxelles, 16 p. (ronéotypées).

Demain, l'avocat suisse sera avocat communautaire: dans cette perspective, il est intéressant de relever qu'un avocat du barreau britannique, à la veille de l'entrée du Royaume-Uni dans la Communauté, se montrait confiant en relevant que l'existence d'avocats imaginatifs, «*seems to me to be in the highest traditions of those who practise the law in our country*»[21]. N'en irait-t-il pas de même chez nous?

Car s'il est vrai que la plupart des affaires portées devant la Cour de Luxembourg l'ont été par des avocats imaginatifs (qu'on se remémore simplement, en guise d'illustration, l'influence qu'ont exercée deux d'entre eux sur le développement du droit communautaire, Me COSTA à Milan en 1964[22], Me REYNERS à Bruxelles dix ans plus tard[23]), tous n'étaient pas des spécialistes du droit communautaire: ils sont en réalité des milliers à avoir participé à cette entreprise commune. Le président DUE ne les oublie pas lorsqu'il dit:

> «Nous devons beaucoup à ces avocats pionniers qui n'étaient pas toujours des experts en droit communautaire. Mais nous devons également beaucoup à ceux qui ont repris le flambeau. Les avocats qui, dans des centaines de nouvelles affaires, se sont appliqués à développer et à peaufiner ces principes. Le droit communautaire, tel que nous le connaissons, n'aurait pas vu le jour sans l'initiative, le travail, la diligence et le talent de tous ces avocats.»[24]

On voit donc que l'avocat est en mesure d'apporter une contribution originale et essentielle à la construction européenne: «comme conseiller et défenseur, l'avocat constitue ce lien essentiel entre deux mondes qui souvent se comprennent mal: d'une part, celui des fonctionnaires et magistrats, nationaux ou communautaires, ignorant souvent les contraintes pesantes qu'entraînent pour les entreprises les nouvelles réglementations européennes. D'autre part, les entreprises qui ne saisissent que de manière diffuse le profit à tirer d'un approfondissement du libre-échange dont elles ne perçoivent d'abord qu'un surcroît de tâches administratives»[25]. C'est dire l'actualité que conservent les propos roboratifs que tenait en 1988 à Neuchâtel, à l'adresse des avocats des Etats de l'AELE, le Luxembourgeois PESCATORE, ancien juge à la Cour de justice des Communautés européennes, rapporteur général du colloque:

> «Eh bien, je dirais aux avocats suisses, aux avocats des autres pays du réseau de libre-échange: réveillez-vous donc! Si vous trouvez les intérêts de vos

---

21 LEONARD BROMLEY, *The Perspectives of Community Law in the United Kingdom*, in: «Vingt ans de jurisprudence ...» (ouvrage collectif), KSE 24, 1976, p. 35-37, p. 36.

22 CJCE, arrêt *Costa-ENEL* du 15 juillet 1964, aff. 6/64, Rec. 1964, p. 1141.

23 CJCE, arrêt *Reyners* du 21 juin 1974, aff. 2/74, Rec. 1974, p. 631.

24 DUE (note 20), 1993, p. 4.

25 MACH (note 14), 1990, p. 226, no 582.

clients lésés, portez des affaires devant vos juridictions nationales et vous verrez où vous arriverez.»[26]

4. Orientations, contenu et fil conducteur du rapport

a) Orientations

Depuis la création de la Communauté européenne, il y a 40 ans, des milliers de juges nationaux ont été confrontés aux problèmes qui vont nous retenir ici dans la perspective suisse. S'agissant de la Convention européenne des droits de l'homme, le cercle des juges nationaux interpellés est encore plus vaste, puisqu'il ne s'agit pas seulement de douze Etats, mais aujourd'hui de 26, et bientôt de plus de 30 Etats parties à cet instrument. Dans ce dernier cas, les contextes varient toutefois fortement et sont tributaires des conceptions qui ordonnent, dans chaque Etat, la relation du droit international et du droit européen (les fameuses «structures d'accueil»)[27]. Pour sa part, l'ordre juridique communautaire détermine largement le statut du juge national face au droit issu des traités institutifs. Il n'empêche que l'acclimatation du juge national aux réalités communautaires s'est faite plus ou moins facilement selon les Etats membres. Il incombe donc de s'interroger sur les raisons de ces différences en faisant appel au *droit comparé*[28]. Il y a une dizaine d'années, dans une étude consacrée à l'application judiciaire des traités internationaux dans les 12 Etats membres de la Communauté, M. PESCATORE, juge à la Cour de justice des Communautés européennes de 1968 à 1985, a passé en revue les contraintes constitutionnelles, politiques et psychologiques qui, dans ces Etats, déterminent la conception qu'a le juge interne de son rôle dans l'interprétation des traités internationaux. Il concluait sur cette vue saisissante, que nous devrons garder en mémoire au fil des développements qui vont suivre:

---

26 PESCATORE (*intervention orale*), in: «L'avenir du libre-échange en Europe», Zurich (Schulthess), 1990, p. 439, no 1101.

27 Pour un récent aperçu de droit comparé, richement documenté, voir JÖRG POLAKIEWICZ, *La mise en oeuvre de la CEDH en Europe de l'Ouest: aperçu du droit et de la pratique nationaux,* RUDH 1992, p. 359-376; voir aussi DONNA GOMIEN, *La mise en oeuvre du droit international relatif aux droits de l'homme en Europe centrale et orientale*, RUDH 1992, p. 377-386.

28 Pour un aperçu récent des conséquences, sur les droits étatiques des Etats membres, de l'adhésion à la Communauté, voir l'ouvrage collectif publié en 1991 par l'Institut suisse de droit comparé intitulé *Staatsrechtliche Auswirkungen der Mitgliedschaft in den Europäischen Gemeinschaften/Conséquences institutionnelles de l'appartenance aux Communautés européennes*, sous la direction de Bertil Cottier, Zurich (Schulthess), 1991, 446 p.

> «Ainsi donc, cette étude débouche sur l'idée que l'application des traités à l'intérieur des Etats et, plus particulièrement, leur application judiciaire, doit être vue en première ligne non sous l'angle des catégories de chaque système juridique national, mais à la lumière des besoins inhérents au droit international. Il s'agirait, si cette image est permise, de mettre le soleil au milieu de notre univers juridique et d'en finir avec cette idée naïve que chacun peut faire graviter cet astre autour de sa petite planète. Cette modeste investigation de droit comparé aura montré que, dans cette évolution, les divers Etats membres de la Communauté européenne se trouvent à des points de développement très divers, que certains attendent encore Copernic et que, dans ce domaine comme dans d'autres, la jurisprudence de la Cour européenne pourrait donner d'utiles impulsions dans le sens d'une meilleure perception des nécessités de la vie internationale.»[29]

Le juge suisse étant, par définition, familier de son environnement juridique immédiat – organisationnel et procédural –, l'accent du rapport sera délibérément placé sur ce qui lui est supposé moins connu: l'*encadrement normatif et jurisprudentiel européen*, notamment *communautaire*, des fonctions du juge national.

En hommage aux juges européens, auxquels le juge national doit l'essentiel de son statut face au droit européen, le rapport puisera systématiquement, pour illustrer le propos, dans la jurisprudence de la Cour de Strasbourg et, surtout, dans celle – moins connue – de la Cour de Luxembourg. Après deux décennies d'expériences d'une grande richesse avec la CEDH[30], nous avons délibérément choisi de mettre l'accent sur le défi nouveau auquel sera confronté le juge suisse dans un proche avenir: celui de *l'ouverture au droit communautaire*. Peut-être encore dans le cadre de l'EEE. Et de toute façon dans celui de l'adhésion à la Communauté.

b) Contenu du rapport

Ces orientations définissent tout naturellement le contenu du rapport.

Le statut du juge suisse face au droit européen est largement fonction de la *nature de ce droit*. Il était donc nécessaire de camper le décor en rappelant à larges traits les caractéristiques de ce nouvel environnement normatif et jurisprudentiel, institutionnel, voire même psychologique (*Chapitre 2*, p. 258-316).

---

29 Voir Pierre Pescatore, *L'application judiciaire des traités internationaux dans la Communauté européenne et dans ses Etats membres*, Mélanges Teitgen, Paris (Pedone), 1984, p. 355-406, p. 406.

30 Sur ces expériences, voir la récente synthèse d'Arthur Haefliger (note 11), 1993, 396 p.

Dans *le passé*, le juge suisse a déjà été confronté, itérativement, au droit européen. De ces premiers contacts est issue une jurisprudence pointilliste, somme d'expériences dont il convient d'apprécier la valeur et les limites (*Chapitre 3*, p. 317-378).

S'agissant de l'*avenir* – dans l'optique du droit communautaire cette fois – il faut identifier en priorité les *fonctions et responsabilités générales qui seront celles du juge suisse dans la mise en oeuvre du droit communautaire*, en mettant notamment l'accent sur l'enrichissement institutionnel que représentera pour lui la faculté ou l'obligation de participer au dialogue judiciaire avec la Cour de justice des Communautés européennes (*Chapitre 4*, p. 379-417).

Dans un chapitre plus technique seront passées en revue les *incidences du droit communautaire sur l'organisation et l'exercice de la fonction juridictionnelle dans les Etats membres*, en distinguant les conséquences pour le législateur et le juge nationaux (*Chapitre 5*, p. 418-440).

Puisque le 6 décembre 1992 nous a donné un répit, sachons utiliser le temps qui nous sépare de la prochaine étape de notre intégration en Europe en nous demandant *quel rôle pourrait jouer le juge dans l'intervalle*. Nous nous interrogerons donc sur la question de savoir si, aujourd'hui déjà, il y a place pour une *euro-compatibilité jurisprudentielle* («*richterlicher Nachvollzug*») et si certains jalons peuvent être posés dans la recherche d'une *euro-compatibilité normative* (*Chapitre 6*, p. 441-503).

Enfin, un dernier chapitre sera l'occasion de présenter un *essai de synthèse*, conçu en même temps comme une sorte de résumé destiné au lecteur agacé par la longueur d'un rapport qui se voulait pourtant bref, mais que son auteur n'a pas eu le temps ... de raccourcir (*Chapitre 7*, p. 504-543).

c) Fil conducteur

Au terme de cette introduction, l'attention du lecteur est attirée sur le fait que le droit européen est aujourd'hui si multiforme qu'il engendre, comme d'autres branches du droit, une forte tendance à la spécialisation.

Cette situation n'est pas sans travers: ceux qui s'intéressent au droit communautaire marquent souvent peu d'intérêt – au mieux de la condescendance – pour le droit du Conseil de l'Europe et son fleuron, la Convention européenne des droits de l'homme. Mais l'inverse est aussi vrai: s'il y a une tour d'ivoire à Strasbourg, c'est bien celle de la superbe ignorance qu'on y entretient de la réalité du droit communautaire. Par ailleurs, très rares sont ceux qui ont une connaissance même approximative du droit du libre-échange européen (Convention de Stockholm de 1960, accords de libre-échange de 1972, «accords européens» signés en 1991/1992 par la CE notamment avec la Hongrie, la Pologne et la Tchécoslovaquie; accords de libre-échange de 1992/1993 entre ces pays et les pays de l'AELE). Quant à la dimension paneuropéenne de l'inté-

gration (dans le cadre de la CSCE notamment), elle est souvent totalement ignorée.[31]

Or même dans l'optique du juge, il est capital de ne pas perdre de vue ce qui devrait au fil des pages se dessiner en filigrane: soit la *profonde unité du droit européen*. Comme on l'a dit un jour, le droit européen est entièrement «pétri de téléologie»[32]. N'y voir qu'un droit économique détaché de ce que sont ses valeurs essentielles (démocratie pluraliste, droits de l'homme, prééminence du droit)[33], détaché de ce qui fait sa finalité (la lente émergence d'une unité politique du sous-continent), reviendrait à passer à côté de l'essentiel.

En définitive, les fonctions que le juge national est appelé à remplir dans la mise en oeuvre du droit européen s'inscrivent entièrement dans cette finalité politique et culturelle que représente l'intégration progressive et pacifique des pays formant le Continent, sans exclusive.

---

31 Cette situation rend d'autant plus précieuse la récente publication des actes adoptés dans le cadre de la CSCE depuis 1975: voir EMMANUEL DECAUX, *Sécurité et coopération en Europe (Les textes officiels du processus de Helsinki rassemblés et présentés par* ---), La Documentation française, collection «Retour aux textes», Paris 1992, 458 p.

32 PIERRE PESCATORE, *Les objectifs de la Communauté européenne comme principes d'interprétation dans la jurisprudence de la Cour de justice*, Mélanges Ganshof van der Meersch, Paris/Bruxelles, 1972, tome II, p. 325-363, p. 327.

33 Sur le potentiel que représente la mise en valeur du patrimoine commun des Etats membres du Conseil de l'Europe pour la coopération paneuropéenne, voir ARNOLD KOLLER, *Le patrimoine juridique du Conseil de l'Europe: son rôle dans le rapprochement avec les pays de l'Est*, RUDH, 1990, p. 385-392; publié également en allemand dans Europa-Archiv 1991, p. 358-366, et en anglais dans HRLJ 1990, p. 203-216.

CHAPITRE 2

Le droit européen: un nouvel environnement pour le juge suisse

«Qu'est-ce donc, en fin de compte, ce droit communautaire pour tenir tant de promesses? Réduit à l'essentiel: une règle et un juge».

Ainsi s'exprimait le président ROBERT LECOURT dans son allocution inaugurale prononcée il y a vingt ans, en mai 1973 à Luxembourg, à l'occasion du début des travaux du VIe Congrès international de droit européen organisé par la Fédération internationale pour le droit européen (FIDE)[1]. Il ajoutait: «C'est ce couple de forces qui a déjà décuplé l'activité économique de nos Etats et projeté dans un même ensemble producteurs industriels et agricoles, travailleurs et commerçants. C'est lui qui a amené les juges de nos Etats à coopérer en dépit des frontières».

Ces fortes paroles, applicables au droit communautaire, valent sans doute, de manière plus générale, pour le droit européen tout entier.

A. Terminologie

5. Notion de droit européen

Dans le présent rapport, nous utiliserons la notion de *droit européen* comme un concept générique recouvrant, dans un ordre de généralité croissant, plusieurs sous-ensembles:

- le *droit communautaire*, droit issu et élaboré sous l'égide des Communautés européennes, comprenant quatre grandes sources (droit primaire, droit dérivé, droit issu des relations extérieures et droit complémentaire)[2];
- le *droit issu du Conseil de l'Europe*, et tout spécialement le *droit européen des droits de l'homme*, symbolisé par la Convention de Rome

---

1 ROBERT LECOURT, *Allocution inaugurale,* in: «La jurisprudence européenne après vingt ans d'expérience communautaire/Die europäische Rechtssprechung nach zwanzig Jahren Gemeinschaftsleben» (ouvrage collectif), Cologne (Heymanns), KSE 24, 1976, 1132 p., p. 4.

2 Pour un exposé succinct des sources de l'ordre juridique communautaire, voir JEAN-VICTOR LOUIS, *L'ordre juridique communautaire*, 6e édition, Luxembourg, 1993 (cet ouvrage est publié dans les neuf langues officielles de la Communauté); voir également PIERRE PESCATORE, *Article 164 CEE*, in: «Traité instituant la CEE (Commentaire article par article)», (sous la direction de V. Constantinesco/J.-P. Jacqué/R. Kovar/D. Simon), Paris (Economica), 1992, p. 941-974, spéc. p. 945-959, et bibliographie p. 971-974.

de 1950, qui apparaît de plus en plus comme une sorte d'ordre public européen des droits de l'homme, imprégnant toutes les branches du droit européen[3];

- le *droit EEE*, qui est très proche, *dans ses effets*, du droit communautaire[4];
- enfin le *droit européen envisagé comme droit international régional*, regroupant en particulier l'ensemble des accords bilatéraux et multilatéraux conclus par la Suisse avec ses partenaires européens[5].

Historiquement, le droit européen est issu du droit international, dont il utilise une partie des moyens et continue de subir les influences. Dans certaines de ses expressions, le droit européen revêt toutefois un *caractère préfédéral* (droit communautaire), voire même, à plusieurs égards, les caractéristiques d'un *embryon de droit constitutionnel européen*. Le phénomène est frappant en droit communautaire[6]. Il l'est aussi, de manière plus ponctuelle et néanmoins perceptible, avec la CEDH[7].

---

3 JOCHEN ABRAHAM FROWEIN, *The European Convention on human rights as the public order of Europe,* in: «Collected Courses of the Academy of European Law», Florence, 1990, vol. I-2, p. 267-358; voir également ARTHUR HAEFLIGER, *Die Europäische Menschenrechtskonvention und die Schweiz (Die Bedeutung der Konvention für die schweizerische Rechtspraxis)*, Berne (Stämpfli), 1993, qui souligne (p. 373): «Als Vertragsstaat der EMRK ist die Schweiz Glied einer europäischen Rechtsgemeinschaft».

4 Sur le statut juridique des sources du droit EEE, voir notre rapport, *Préambule, objectifs et principes (art. 1er – 7 EEE)*, in: «Accord EEE (Commentaires et réflexions)», Zurich (Schulthess), 1992, p. 49-75, spéc. p. 63-73.

5 Pour une approche quantitative dans l'optique suisse, voir *infra*, § 24, b-d, p.319-329; par une heureuse coïncidence vient de paraître en Belgique, en juin 1993, un ouvrage brossant une large fresque des quelque 250 conventions négociées dans différents cadres (CEE, Conseil de l'Europe, Conférence de la Haye, Benelux, Nations Unies, etc.) qui, touchant à presque tous les domaines du droit (droits de l'homme, droit civil, droit pénal, procédure civile, procédure pénale, droit international privé et public, questions administratives, droit de l'environnement, propriété intellectuelle, etc.), matérialise déjà, d'une certaine façon, l'existence d'un «espace juridique européen»: voir SUSANNE OSCHINSKY/PAUL JENARD, *L'espace juridique et judiciaire européen (Examen de 250 conventions)*, Bruxelles (Bruylant), 1993, 860 p.

6 FEDERICO MANCINI, *The making of a constitution for Europe*, CMLRev. 1989, p. 595-614; JOHN TEMPLE LANG, *The development of European Community constitutional law*, The International Lawyer 1991, p. 455ss; *The sphere in which Member States are obliged to comply with the general principles of law and Community fundamental rights principles*, LIEI 1991/2, p. 23-35; voir également les actes (non encore publiés) du colloque de l'Institut des hautes études européennes de l'Université Robert Schuman de Strasbourg, tenu les 18 et 19 juin 1993 (RUDH 1993, p. 74), sur le thème: *Vers un droit constitutionnel européen / Quel droit constitutionnel européen?*, RUDH 1993 (à paraître).

7 MARK E. VILLIGER, *Die Schweiz und die EMRK*, in: «Neues Handbuch der schweizerischen Aussenpolitik», Berne (Haupt), 1992, p. 277-292, p. 290: «Die EMRK enthält den *Grundrechtskatalog einer künftigen europäischen Verfassung*, und schon heute lässt sich feststellen, dass ein Eintritt in die EG ohne die vorgängige Ratifizierung der EMRK und Anerkennung des Individualbeschwerderechts kaum mehr denkbar ist»; comp. HAEFLIGER (note 3), 1993, p. 369-372.

Par l'homogénéité croissante de ses effets au niveau interne, et par la parenté du patrimoine politique et culturel qu'il véhicule, le droit européen apparaît de plus en plus comme un *droit commun aux Etats européens*, préfiguration de ce que sera peut-être un jour un *droit interne européen*. Dans une vision d'avenir, le Conseil fédéral soulignait dès 1991 qu'en Europe, notre politique extérieure perd progressivement son caractère de politique «étrangère» et «*prend de plus en plus le caractère d'une politique intérieure européenne*»[8]. Une évolution semblable existe au niveau juridique. C'est ainsi que les rapports qui unissent les partenaires du libre-échange européen relèvent davantage de rapports intra-européens que d'un régime de «relations extérieures»[9].

Le droit européen se distingue à maints égards du droit international[10]. Pour rendre compte du phénomène, on rappellera que la branche la plus dense et – au plan des procédures et des effets juridiques – la plus évoluée du droit européen, le droit communautaire, repose sur une *pluralité de traits spécifiques:* transfert de certaines compétences étatiques à une Communauté composée d'Etats membres; attribution à des institutions communautaires indépendantes de pouvoirs réels au service d'objectifs communs; autonomie structurelle de ces institutions; téléonomie profondément évolutive du droit communautaire; rôle décisif des institutions communautaires dans la définition des politiques communes; articulation hiérarchique de la règle communautaire et de la règle nationale; sanction effective de la primauté de la règle communautaire sur la règle nationale en cas de conflit; possibilité de sanctionner sur le plan juridique les manquements étatiques aux obligations communautaires; rôle central joué par des institutions indépendantes dans le contrôle juridictionnel; promotion de l'individu à la qualité d'agent d'exécution du droit communautaire; rôle capital du juge national dans la mise en oeuvre de ce droit; application effective du droit communautaire dans les Etats membres par le jeu de la doctrine de l'effet direct de la règle communautaire et celle de sa primauté sur la règle nationale; instauration d'un «fédéralisme coopératif» entre la Cour de justice et les juridictions nationales par le biais du mécanisme souple et efficace du renvoi préjudiciel, qui permet une communication directe et rapide entre la base et le sommet; garantie d'interprétation et d'application uniformes du droit communautaire sur

---

8 Message du Conseil fédéral du 23 septembre 1991 concernant la poursuite de la coopération renforcée avec les Etats d'Europe centrale et orientale (octroi d'un crédit de 800 millions au titre de l'aide aux pays de l'Est), FF 1991 IV 537 ss, p. 556.

9 Cette observation prémonitoire était faite, en 1988 déjà, par le juge PESCATORE dans sa *Synthèse* présentée au colloque de Neuchâtel, «L'avenir du libre-échange en Europe», Zurich (Schulthess), 1990, p. 476, no 1154.

10 Sur quelques aspects de ce mouvement de balancier dans le cadre de l'EEE, voir notre article, *Droit international et droit communautaire dans le futur Traité instituant l'EEE*, RSDIE/SZIER 1991, p. 59-80.

tout le territoire de la Communauté, grâce à l'existence d'une juridiction commune, suprême et unique.

Ces multiples liens de solidarité communautaire, complémentaires dans leurs effets, tendent tous à renforcer le rôle du droit dans les rapports intracommunautaires. *Cette promotion décisive du droit dans les rapports interétatiques constitue, à n'en pas douter, la caractéristique la plus frappante de l'ordre juridique communautaire*[11]. Et cela même si, comme le rappelait récemment le président de la Cour internationale de justice de La Haye, Sir ROBERT JENNINGS, le droit international lui-même a depuis longtemps dépassé le stade où il ne concernait que les rapports entre Etats.

6. Notion de juge

Le concept de «*juge*» recouvre, dans chaque système juridique national, des réalités voisines[12].

En droit européen, la notion de «juge» – et les notions apparentées de «*tribunal*» et de «*juridiction*» – ont reçu, dans des contextes différents, une *portée autonome*. Celle-ci, par effet réflexe, influence à son tour les notions correspondantes de droit national. C'est ainsi qu'en Suisse, la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme relative à l'art. 6 § 1 CEDH a, sur certains points, influencé l'interprétation de l'art. 58 Cst.[13]

Comment le droit européen a-t-il été amené à définir ou à préciser le contenu de la notion de *juge* (et des notions voisines de «*tribunal*» et de «*juridiction*»)?

a) CEDH

Dans le système de la CEDH, la notion de «*tribunal*» se situe au coeur du concept de «*procès équitable*» de l'art. 6 § 1 de la Convention. La Cour

---

11 Sur cette problématique, voir notre thèse, *Droit communautaire et droit international public (Etude des sources internationales de l'ordre juridique des Communautés européennes),* Genève (Georg), 1979, spéc. p. 259.

12 En Suisse, voir notamment l'art. 58 Cst. et le commentaire d'ALFRED KÖLZ (juin 1987), 12 p., in: «Commentaire de la Constitution fédérale de la Confédération suisse», Bâle/Berne/Zurich; voir également PIERRE-HENRI BOLLE, *La notion helvétique de tribunal indépendant et impartial,* Revue de science criminelle 1990, p. 753-764, spéc. p. 758-762.

13 Voir KÖLZ (note 12), 1987, ad Art. 58 Cst., nos 38-45; voir également l'appréciation plus critique de GÉRARD PIQUEREZ, *Le droit à un juge indépendant et impartial garanti par les articles 58 Cst. et 6 chiffre 1 CEDH impose-t-il de manière absolue une séparation des fonctions judiciaires? Réflexions d'un praticien,* SJ 1989, p. 114-132.

a souligné que le bon déroulement du procès revêt une importance fondamentale pour la prééminence du droit dans une société démocratique. Dans son arrêt *Belilos c. Suisse* du 29 avril 1988, la Cour de Strasbourg a précisé:

> «un '*tribunal*', au sens de l'art. 6 § 1 CEDH, 'se caractérise au sens matériel par son rôle juridictionnel: trancher, sur la base de normes de droit et à l'issue d'une procédure organisée, toute question relevant de sa compétence (...). Il doit aussi remplir une série d'autres conditions – indépendance, notamment à l'égard de l'exécutif, impartialité, durée du mandat des membres, garanties offertes par la procédure – dont plusieurs figurent dans le texte même de l'article 6 § 1'.»[14]

A Strasbourg, la notion de «tribunal» a fait l'objet d'une abondante jurisprudence[15]. On se bornera à relever qu'il doit s'agir d'une «juridiction de type classique, intégrée aux structures judiciaires ordinaires du pays»[16], ce qui exclut en principe les tribunaux arbitraux, sauf s'ils sont institués par le gouvernement pour trancher certains types de litiges[17]. Le tribunal doit être «établi par la loi», ce qui n'exige pas nécessairement une loi au sens formel[18]. La notion d'indépendance du tribunal, qui doit d'abord exister à l'égard du pouvoir exécutif et des parties, inclut aussi l'indépendance à l'égard du Parlement[19]. Enfin – élément qui présente également un intérêt dans l'établissement de liens entre le droit communautaire et le droit de la CEDH – le fait qu'un tribunal soit lié par une réponse préjudicielle n'entame évidemment pas son indépendance[20].

---

14 Cour EDH, arrêt *Belilos c. Suisse* du 29 avril 1988, Série A no 132, p. 29, § 64. Sur ces questions, voir STEFAN TRECHSEL, *Gericht und Richter nach der EMRK, Gedächtnisschrift für Peter Noll,* Zurich, 1984, p. 385-401; JEAN-FRANÇOIS EGLI (avec la collab. d'OLIVIER KURZ), *La garantie du juge indépendant et impartial dans la jurisprudence récente du Tribunal fédéral*, Recueil de jurisprudence neuchâteloise 1990, p. 9-32; et HANS ULRICH WALDER, *Gedanken zur Verteidigung der richterlichen Unabhängigkeit im Lichte der EMRK*, in: Festschrift Franz Matscher, Vienne (Manz), 1993, p. 517-522.

15 Pour un exposé récent et synthétique, voir JACQUES VELU/RUSEN ERGEC, *La Convention européenne des droits de l'homme,* Bruxelles (Bruylant) 1990, p. 452-469, nos 533-557.

16 Cour EDH, arrêt *Sramek c. Autriche* du 22 octobre 1984, Série A no 84, p. 17, § 36.

17 Pour un de ces cas, voir Cour EDH, arrêt *Lithgow c. Royaume-Uni* du 8 juillet 1986, Série A no 102, p. 72, § 201. Sur l'applicabilité de l'art. 6 § 1 CEDH aux arbitrages privés, voir, dans la bibliographie, FLAUSS (1986); MATSCHER (1987); JACOT-GUILLARMOD (1988); et, plus récemment, PIERRE LAMBERT, *Les procédures d'arbitrage et la Convention européenne des droits de l'homme*, Mélanges Velu, Bruxelles (Bruylant), 1992, tome II, p. 1281-1291.

18 Voir Commission EDH, rapport du 12 octobre 1978, affaire *Zand c. Autriche* (requête no 7360/76), DR 15, p. 70.

19 Commission EDH, décision du 18 décembre 1980, requêtes nos 8603/79, 8722/79, 8723/79, 8729/79, *Crociani et a.,* DR 22, p. 147ss, p. 180-182.

20 Voir VELU/ERGEC (note 15), 1990, p. 455, no 539.

b) Droit communautaire

En droit communautaire, la reconnaissance au juge national de la qualité de «*juridiction*» – au sens autonome de cette notion – revêt un intérêt opérationnel direct, puisque seuls les organes rentrant sous ce concept peuvent – ou doivent, selon le cas – poser des questions préjudicielles à la Cour de justice des Communautés européennes en application de l'art. 177 CEE. La jurisprudence montre que cette notion doit être entendue *largement*[21].

Casuistique: ont qualité de *juridictions*, au sens du droit communautaire, non seulement les juridictions ordinaires, mais aussi les juridictions spécialisées en matière de sécurité sociale, de droit du travail, de droit fiscal ou de questions administratives plus spécifiques, ainsi que les juridictions constitutionnelles elles-mêmes. Principaux *critères* retenus par la Cour de Luxembourg: la base légale de la juridiction, sa permanence, sa mission de connaître de litiges en faisant application de règles de procédure contradictoires analogues à celles qui régissent le fonctionnement des tribunaux de droit commun, le fait d'être investie d'une compétence obligatoire pour les litiges en cause et de devoir statuer en application de règles de droit[22]. Pour mériter le qualificatif de «juridiction d'un Etat membre» (art. 177 al. 2 CEE) ou de «juridiction nationale» (art. 177 al. 3 CEE), il doit exister entre l'institution en question et l'Etat un lien organique. C'est ce critère qui a incité la Cour de justice à refuser à un organe arbitral privé la qualité de «juridiction d'un Etat membre»: certes, un tel organe statue-t-il en droit et rend-il des sentences exécutoires entre parties, mais le rattachement spatial avec le lieu de l'arbitrage dans un Etat membre donné est trop ténu pour que l'organe arbitral ait cette qualité[23]. Cette jurisprudence, critiquée en doctrine[24], n'a pas le caractère absolu qu'on prétend parfois: lorsque les sentences arbitrales peuvent faire l'objet d'un appel ou d'une cassation devant les juridictions nationales compétentes, ou d'une demande d'exequatur, la juridiction saisie

---

21 Pour deux exposés synthétiques de cette notion de «juridiction» au sens du droit communautaire, voir JOËL RIDEAU/JEAN-LOUP CHARRIER, *Code de procédures européennes*, Paris 1990, p. 154-159; et PIERRE PESCATORE, *Article 177*, in: «Traité instituant la CEE (Commentaire article par article)» (note 2), 1992, p. 1089-1093, § 25-31.

22 CJCE, arrêt *Vaassens-Göbbels* du 30 juin 1966, aff. 61/65, Rec. 1966, p. 377 ss, p. 394.

23 CJCE, arrêt *Nordsee* du 23 mars 1982, aff. 102/81, Rec. 1982, p. 1095; voir CDE 1983, p. 217-231, note DUMON.

24 Voir en particulier GERHARD BEBR, *Arbitration tribunals and Article 177 of the EEC Treaty*, CMLRev 1985, p. 489-504; et PIERRE BONASSIES, *Arbitrage et droit communautaire*, Mélanges Boulouis, Paris (Dalloz), 1991, p. 21-33, qui, à la lumière de la jurisprudence la plus récente, estime qu'on peut «garder l'espoir qu'un jour la Cour de justice autorise un tribunal arbitral à bénéficier des dispositions de l'article 177» (p. 28); dans la bibliographie, voir également, sur cette question: HAHN (1983); GROSSEN (1984); et GOFFIN (1990).

peut, le cas échéant, procéder à un renvoi préjudiciel en application de l'art. 177 CEE.

A la lumière de cette jurisprudence, on peut estimer qu'en Suisse, ce ne sont pas seulement les tribunaux fédéraux, cantonaux et de district qui peuvent être considérés comme des «juridictions» au sens de l'art. 177 CEE. Ont certainement cette qualité les commissions fédérales de recours et d'arbitrage définies par les art. 71a – 71c OJ[25], issues de la revision entrée en vigueur le 15 février 1992 et définies par l'ordonnance du Conseil fédéral du 3 février 1993[26]; probablement aussi les juges d'instruction[27]; certaines juridictions accomplissant des fonctions de juridictions gracieuses[28]; les juges statuant sur mesures provisoires (procédures de «référé»)[29]; et même, probablement, un «*Bezirksanwalt*» cumulant certaines fonctions d'accusation et d'instruction, du moins si l'on en croit un arrêt de la Cour de Luxembourg où un *pretore* italien, qui cumulait ce type de fonctions, a été admis à saisir la Cour[30].

c) Appréciation

Ce survol de la jurisprudence de Strasbourg et de Luxembourg sur la notion de «tribunal» et de «juridiction» n'avait pas seulement pour but de nous rappeler en quoi des notions familières de droit interne peuvent être appelées à un réexamen critique par l'effet du droit européen. Il voulait nous sensibiliser au fait que, dans la mise en oeuvre d'un droit européen qui se résume à «*une règle et un juge*» (LECOURT), la responsabilité des tribunaux est décisive. Le cadre général est celui des art. 26, 27 et 31 de la Convention de Vienne sur le droit des traités,[31] sous réserve de règles plus spécifiques du droit européen (*droit communautaire*). Le Conseil fédéral a souligné lui-même le rôle «*important*» que peuvent jouer les tribunaux à cet égard[32]. Plus récemment, le Tribunal fédéral a aussi

---

25 RO 1992, 288ss, 304-305/RS 173.11 (dispositions non encore en vigueur en juin 1993).

26 RO 1993, 879/RS 173.31.

27 CJCE, arrêt *Chatain* du 24 avril 1980, aff. 65/79, Rec. 1980, p. 1345.

28 CJCE, arrêt *Haaga* du 12 novembre 1974, aff. 32/74, Rec. 1974, p. 1201.

29 CJCE, arrêt *Hoffmann-La Roche* (interprétation de l'art. 177 CEE) du 24 mai 1972, aff. 107/76, Rec. 1977, p. 957.

30 CJCE, arrêt *Pretore di Salò* du 11 juin 1987, aff. 14/86, Rec. 1987, p. 2545. Sur le caractère problématique du cumul des fonctions d'instruction et d'accusation au regard de la CEDH, voir toutefois Cour EDH, arrêt *Huber c. Suisse* du 23 octobre 1990, Série A no 188 (cas, précisément, d'un *Bezirksanwalt* zurichois; violation de l'art. 5 § 3 CEDH).

31 RS 0.111 (la Convention de Vienne est en vigueur pour la Suisse depuis le 6 juin 1990).

32 FF 1988 III 331.

souligné le *rôle spécifique du juge*, à côté du législateur et de l'exécutif, dans l'exécution et l'application des traités internationaux[33].

B. Un nouvel environnement normatif et jurisprudentiel

7. Le droit de l'intégration européenne

De plus en plus, le juge suisse appelé à appliquer et à interpréter *le droit européen* évoqué plus haut (§ 5) sera amené à considérer que ce droit s'inscrit dans une série de finalités proches ou lointaines: une finalité économique (le libre-échange, l'union douanière, l'union économique); des finalités économiques et monétaires (l'union économique et monétaire); et des finalités politiques (l'Union européenne), elles-mêmes construites sur les valeurs les plus essentielles du patrimoine européen (pluralisme démocratique, protection des droits de l'homme, prééminence du droit).

On aurait tort d'écarter, au nom de considérations de droit «positif», ces éléments essentiels de l'environnement normatif dans lequel évoluera prochainement le juge suisse. L'art. 31 § 1 de la Convention de Vienne sur le droit des traités (CV) – règle générale en matière d'interprétation – fait non seulement mention des critères traditionnels que sont les textes, le contexte, l'objet et le but du traité – mais invite l'interprète à tenir compte des préambules au titre du contexte. Or l'on trouve dans le préambule du Traité CECA de 1951, dont le langage a gardé toute sa vigueur, l'idée qu'à la base de la décision de créer la CECA se trouve la volonté de «jeter les bases d'institutions capables d'orienter un destin désormais partagé»; la même idée imprègne le préambule du Traité de Rome de 1957, aux termes duquel les six Etats fondateurs se disent déterminés à établir «les fondements d'une union sans cesse plus étroite entre les peuples européens», langage que reprend à quelques détails près l'art. A des dispositions communes du Traité de Maastricht du 7 février 1992 instituant l'Union européenne.

Dans toute sa largeur, le *droit communautaire* apparaît donc comme un *droit d'intégration finalisé*. L'Acte unique européen de 1986 et le Traité de Maastricht de 1992 renforcent cette dimension, en conférant une valeur renforcée aux objectifs initiaux (égalité, liberté, solidarité, unité)[34]. La

---

33 ATF 117 Ib 367, 373, *Erben X.*, du 15 novembre 1991; voir également JAAC 1989 no 54, § 14ss, p. 461ss (texte allemand: p. 419ss), avis de droit auquel le Tribunal fédéral se réfère.

34 Sur l'importance de ces objectifs pour le droit de l'intégration, voir PIERRE PESCATORE, *Les objectifs de la Communauté européenne comme principes d'interprétation dans la jurisprudence de la Cour de justice*, Mélanges Ganshof van der Meersch, Paris/Bruxelles, 1972, tome II, p. 325-363.

Cour de justice le rappelait récemment, dans son *avis 1/91* du 14 décembre 1991:

> «En effet, il découle, notamment, des articles 2, 8 A et 102 A du traité CEE que celui-ci vise à atteindre une intégration économique débouchant sur l'établissement d'un marché intérieur et d'une union économique et monétaire. L'article 1er de l'Acte unique européen précise, par ailleurs, que l'ensemble des traités communautaires a pour objectif de contribuer à faire progresser concrètement l'Union européenne.»[35]

Le *droit du libre-échange européen* apparaît de son côté comme une *forme élémentaire du droit de l'intégration économique*. On ne saurait négliger cet élément: de façon presque insolite, la Commission des CE elle-même, dans son Livre blanc de 1985 sur l'achèvement du marché intérieur, déclarait qu'«une zone de libre-échange bien développée offre des avantages considérables et représente à coup sûr un grand progrès par rapport à ce qui existait avant le Traité de Rome, et même par rapport à ce qui existe aujourd'hui [dans la Communauté]»[36]. Il ne faut donc pas sous-estimer les potentialités du libre-échange européen, pour autant que ce dernier, à partir des marchandises, s'étende aux services, secteur qui représente aujourd'hui les deux tiers des échanges commerciaux de la Suisse avec la Communauté[37].

Pour sa part, le *droit de l'EEE* représente, sur cette échelle graduée, un *droit de pré-intégration*, lui aussi «fondé sur des règles communes et des conditions de concurrence égales»[38]. Au plan normatif, cette étape marque un saut qualitatif de première importance, qui permettra aux juristes des Etats de l'AELE parties à l'Accord de Porto du 2 mai 1992 d'apprivoiser de larges pans du droit communautaire et de se familiariser avec ses effets, notamment dans un Etat fédéral comme le nôtre[39].

Le juge devra aussi avoir conscience que ces différentes formes de droit de l'intégration économique européenne ne prennent leur sens que sur la toile de fond des règles de droit international économique consignées dans

---

35 CJCE, *avis 1/91* du 14 décembre 1991, Rec. 1991, p. I-6079ss, p. I-6102, § 17.

36 Commission des CE, *Livre blanc sur l'achèvement du Marché intérieur*, Bruxelles, 1985, § 220.

37 Sur toute cette problématique, voir l'ouvrage collectif *L'avenir du libre-échange en Europe: vers un Espace économique européen?*, Zurich (Schulthess), 1990, 574 p., avec une *Synthèse et note documentaire* du rapporteur général du colloque (tenu à Neuchâtel, du 13 au 15 octobre 1988), l'ancien juge PIERRE PESCATORE (p. 475-494).

38 Voir le préambule de l'Accord EEE et l'*avis 1/91*, précité (note 35), Rec. 1991, spéc. p. I-6099, § 3.

39 Sur les différents aspects de cette problématique fédéraliste, voir l'analyse pénétrante d'ALDO LOMBARDI, *Verwirklichung des EWR-Abkommens durch Bund und Kantone*, in: «EWR-Abkommen (Erste Analysen)», Zurich (Schulthess), 1992, p. 721-770; voir également DANIEL THÜRER/PHILIPPE WEBER, *Zur Durchführung von Europäischem Gemeinschaftsrecht durch die Gliedstaaten eines Bundesstaates*, ZBl. 1991, p. 429-465.

le *GATT. L'art. XXIV de l'Accord général*[40] *représente en effet la racine commune des différentes formes d'intégration régionale en Europe*, puisque cette disposition, qui définit l'union douanière et la zone de libre-échange, précise les conditions de leur admissibilité au niveau des rapports économiques internationaux. L'importance du GATT pour les rapports juridiques individuels sanctionnés par le juge est encore largement mésestimée[41].

Enfin, ce droit de l'intégration économique européenne ne prend tout son sens qu'éclairé par la *Convention européenne des droits de l'homme*, qui constitue à la fois le substrat, le facteur et la justification ultime du droit de l'intégration européenne, en liaison avec les garanties constitutionnelles des droits fondamentaux au niveau national et international (voir l'art. 60 CEDH)[42].

8. Le droit communautaire comme ordre juridique propre, intégré aux systèmes juridiques des Etats membres

Le droit communautaire fait partie intégrante des ordres juridiques des Etats membres qui adhèrent à la Communauté. Tout révolutionnaire qu'elle soit dans les rapports internationaux, cette caractéristique de l'ordre juridique communautaire ne devrait pas surprendre le juriste suisse. En effet, l'ordre juridique suisse est moniste: les règles internationales en vigueur pour la Suisse y priment les règles fédérales, qui priment à leur tour les règles intercantonales et cantonales. Dans l'ordre juridique communautaire, les accords conclus par la Communauté avec des Etats tiers font eux aussi «partie intégrante, dès leur entrée en vigueur, de l'ordre

---

40 RS 0.632.21 (Accord général); la décision du 1er avril 1966 relative à l'accession de la Suisse est publiée au RS 0.632.211.

41 Sur ces questions, voir notamment THOMAS COTTIER, *Die Bedeutung des GATT im Prozess der europäischen Integration*, ZSR/RDS, Beiheft Nr. 10, 1990, p. 139-185; voir également ERNST-ULRICH PETERSMANN, *GATT law as international legal framework of the European free trade system*, in: «L'avenir du libre-échange en Europe», Zurich, 1990, p. 111-129; et, du même auteur, *EWR-Abkommen, GATT und die Wirtschaftsfreiheit in der Schweiz*, in: «EWR-Abkommen (Erste Analysen)», Zurich (Schulthess), 1992, p. 79-99.

42 Sur ces questions, voir WALTER KÄLIN, *Die EMRK als Faktor der Europäischen Integration*, FS für Dietrich Schindler, Bâle et Francfort (Helbing & Lichtenhahn), 1989, p. 529-538; et, du même auteur, *EWR-Abkommen und Europäische Menschenrechtskonvention*, in: «EWR-Abkommen (Erste Analysen)», Zurich, 1992, p. 653-666 (également en anglais dans JEDI/EJIL 1992, p. 341-353); sur un plan plus général, voir GIORGIO MALINVERNI, *Les fonctions des droits fondamentaux dans la jurisprudence de la Commission et de la Cour européennes des droits de l'homme*, FS für Dietrich Schindler, 1989, p. 539-560; voir déjà WILDHABER, *Erfahrungen mit der EMRK*, ZSR/RDS 1979 II, p. 229-379, p. 287-289.

juridique communautaire»[43], tout comme les «actes adoptés par leurs organes»[44]. De même en Suisse, les règles du droit international (conventionnelles, coutumières ou unilatérales), font elles aussi partie intégrante, à partir de leur prise d'effets pour notre pays, de l'ordre juridique suisse[45].

Dans l'optique de la réception du droit européen, le monisme de l'ordre juridique suisse représente une «structure d'accueil» d'une importance considérable[46]. Des observateurs étrangers l'ont récemment souligné[47]. Il est significatif aussi que la Cour européenne des droits de l'homme s'en soit récemment fait l'écho en mentionnant «la conception moniste inhérente à l'ordre juridique Suisse», qui «permet aux particuliers d'invoquer les règles de droit international pour en déduire des droits et obligations en faveur ou à la charge des autorités ou des justiciables»[48].

Si l'on compare le statut du droit international dans l'ordre juridique suisse au statut du droit communautaire dans l'ordre juridique des Etats membres de la Communauté, la différence n'en est pas moins considérable: elle est quantitative, structurelle et se manifeste au niveau des conséquences juridiques. Il suffit, pour s'en convaincre, de rappeler l'acquis que représentent les deux plus célèbres arrêts rendus par la Cour de justice des Communautés européennes, le 5 février 1963 dans l'affaire *van Gend & Loos*[49] et le 15 juillet 1964 dans l'affaire *Costa-ENEL*[50]. Cet acquis, la Cour de justice l'a rappelé récemment en ces termes dans un important arrêt *Francovich* du 19 novembre 1991[51]:

> «Il y a lieu de rappeler, tout d'abord, que le traité CEE a créé un ordre juridique propre, intégré aux systèmes juridiques des Etats membres et qui

---

43 CJCE, arrêt *Haegeman* du 30 avril 1974, aff. 181/73, Rec. 1974, p. 449.

44 CJCE, *avis 1/91* du 14 décembre 1991, Rec. 1991, p. I-6079ss, p. I-6105, § 37.

45 Sur la pratique du Tribunal fédéral et du Conseil fédéral à cet égard, voir la publication commune de l'Office fédéral de la justice et de la Direction du droit international public – que le Conseil fédéral a fait «sienne» (voir FF 1992 III 1125ss, p. 1275 et FF 1992 IV 1ss, p. 83) intitulée *Rapports entre le droit international et le droit interne au sein de l'ordre juridique suisse*, du 26 avril 1989, JAAC 1989, no 54 , p. 393-436 (en allemand) et p. 437-479 (en français). Ce document est également reproduit, dans de larges extraits, par Lucius Caflisch dans ASDI/SJIR 1990, p. 138-163.

46 A cet atout du monisme, il faut ajouter l'atout du modèle fédéral; voir sur ce point notre contribution *L'ordre juridique suisse face à l'ordre juridique communautaire: aspects normatifs et judiciaires*, in: «Le droit suisse et le droit communautaire: convergences et divergences», (Dietrich Schindler et a., éd.), Zurich (Schulthess), 1990, p. 1-20, spéc. p. 5-7.

47 Pierre Pescatore, *La constitution, son contenu, son utilité (La constitution nationale et les exigences découlant du droit international et du droit de l'intégration européenne: essai sur la légitimité des structures supra-étatiques)*, RDS/ZSR 1992 I, p. 41-72.

48 Cour EDH, arrêt *Groppera Radio AG c. Suisse* du 28 mars 1990, Série A no 173, p. 25-26, § 67.

49 CJCE, arrêt *van Gend & Loos* du 5 février 1963, aff. 26/62, Rec. 1963, p. 1.

50 CJCE, arrêt *Costa-ENEL* du 15 juillet 1964, aff. 6/64, Rec. 1964, p. 1141.

51 CJCE, arrêt *Francovich et Bonifaci* du 19 novembre 1991, aff. jtes C-6 et 9/90, Rec. 1991, p. I-5357, § 31.

> s'impose à leurs juridictions, dont les sujets sont non seulement les Etats membres, mais également leurs ressortissants et que de même qu'il crée des charges dans le chef des particuliers, le droit communautaire est aussi destiné à engendrer des droits qui entrent dans leur patrimoine juridique; ceux-ci naissent non seulement lorsqu'une attribution explicite en est faite par le traité, mais aussi en raison d'obligations que le traité impose d'une manière bien définie tant aux particuliers qu'aux Etats membres et aux institutions communautaires (voir arrêts du 5 février 1963, *van Gend & Loos*, 26/62, Rec. p. 3; et du 15 juillet 1964, *Costa-ENEL*, 6/64, Rec. p. 1141).»

Dans l'ordre juridique communautaire, il y a, en d'autres termes, *présomption d'application directe des règles communautaires*. Comme le relève l'arrêt *Simmenthal* du 9 mars 1978, les règles communautaires sont, dans cette mesure, «une source immédiate de droits et obligations pour tous ceux qu'elles concernent, qu'il s'agisse des Etats membres ou de particuliers qui sont parties à des rapports juridiques relevant du droit communautaire», ce qui revient à dire que ces dispositions et actes «font partie intégrante, *avec rang de priorité*, de l'ordre juridique applicable sur le territoire de chacun des Etats membres»[52].

9. Le droit communautaire comme droit uniforme, composé de «règles communes»

Règles communes, d'interprétation uniforme, les règles de droit communautaire sont aussi prévisibles et justiciables. Il vaut la peine de revenir brièvement sur ces caractéristiques essentielles, qui font l'originalité du droit communautaire.

a) Règles communes

Comme l'observait un jour le président LECOURT: «Le Marché Commun ne pouvait être conçu que comme un état de droit. Il devait reposer sur la prévalence d'une *règle commune contraignante, directement applicable et juridictionnellement sanctionnée par le juge chargé d'en préserver l'unité*. Sans ces garanties, il n'était pas de Marché Commun concevable»[53].

Dans son arrêt *Commission c. Italie* du 13 juillet 1972, la Cour de justice a usé d'une frappante formule pour faire comprendre que l'existence de

---

52 CJCE, arrêt *Simmenthal* du 9 mars 1978, aff. 106/77, Rec. 1978, p. 629ss, spéc. p. 643, § 15 et p. 644, § 17.

53 ROBERT LECOURT, *Le rôle unificateur du juge dans la Communauté,* Mélanges Teitgen, Paris (Pedone), 1984, p. 223-237, p. 225.

règles communes est indissociablement liée à la réalisation des *buts* de la Communauté. Selon la Cour:

> «*la réalisation des buts de la Communauté exige que les règles du droit communautaire*, établies par le traité lui-même ou en vertu des procédures qu'il a instituées, *s'appliquent de plein droit au même moment et avec des effets identiques sur toute l'étendue du territoire de la Communauté*, sans que les Etats membres puissent y opposer des obstacles quels qu'ils soient»[54].

b) Un droit uniforme

Comme l'a relevé le juge PESCATORE, les règles du droit communautaire, communes dans leur source, leur expression formelle et leur finalité, «aspirent à être réalisées dans les Etats membres avec un contenu identique et une égale efficacité»[55]. M. LECOURT le rejoint en observant: «L'uniformité d'application de la norme communautaire est aussi essentielle au Marché Commun que la norme elle-même»[56].

Pour sa part, la Cour souligne que l'unité même de l'ordre juridique communautaire et l'exigence fondamentale de sécurité justifient les compétences reconnues à la Cour de justice des Communautés européennes par l'art. 177 CEE, compétences qui ont essentiellement «*pour objet d'assurer une application uniforme du droit communautaire par les juridictions nationales*»[57]. Ailleurs, la Cour met en évidence «l'exigence fondamentale d'une application uniforme et générale du droit communautaire» pour en déduire des conséquences plus spécifiques. Ainsi a-t-elle posé par exemple «qu'il appartient à la seule Cour de justice de décider des délimitations, dans le temps, des effets de l'interprétation qu'elle donne»[58].

c) Règles prévisibles

Pendant des siècles, le commerce international a pâti du caractère aléatoire des circuits et des comportements économiques. De ce point de vue, le GATT a largement contribué à sensibiliser les Etats et les opérateurs

---

54 CJCE, arrêt *Commission c. Italie* (taxe à l'exportation d'oeuvres d'art) du 13 juillet 1972, aff. 48/71, Rec. 1972, p. 529ss, p. 534-535, § 8.

55 PIERRE PESCATORE, *L'application judiciaire des traités internationaux dans la Communauté européenne et dans ses Etats membres*, Mélanges Teitgen, Paris (Pedone), 1984, p. 355-406, p. 6-8.

56 LECOURT (note 53), Mélanges Teitgen, 1984, p. 227.

57 CJCE, arrêt *Foto-Frost* du 22 octobre 1987, aff. 314/85, Rec. 1987, p. 4199ss, spéc. p. 4231, § 15; sur les différentes fonctions du principe général de sécurité juridique dans l'ordre juridique communautaire, voir JEAN BOULOUIS, *Quelques observations à propos de la sécurité juridique*, Mélanges Pescatore, Baden-Baden (Nomos), 1987, p. 53-58.

58 CJCE, arrêt *Mireco* du 10 juillet 1980, aff. 826/79, Rec. 1980, p. 2559ss, p. 2573, § 9.

économiques à l'importance de la *prévisibilité* des politiques économiques (consolidations tarifaires; règle de la clause de la nation la plus favorisée; règle du traitement national; publication et notification des mesures commerciales; surveillance multilatérale; règlement des différends)[59].

S'agissant des *moyens de sanction* contribuant à la prévisibilité de la règle de droit, le droit communautaire a permis d'éviter que l'individu ne soit neutralisé par l'interposition du droit national. En sus de modes de sanction traditionnels, proches du droit international – qu'il connaît aussi (art. 170 CEE, actions en manquement) – le droit communautaire a «démocratisé» les modes de sanction par l'effet conjugué des principes d'*effet direct* et de *primauté* de la règle commune. Cette révolution tranquille a transformé chacun des 350 millions d'individus et d'opérateurs économiques de la Communauté en un instrument potentiel de sanction du droit communautaire. M. MERCIER a récemment montré l'intérêt que cette philosophie communautaire de l'effet direct présenterait, *au sein même de l'ordre juridique suisse*, en vue de promouvoir l'effet utile (*rechtliche Wirksamkeit*) de règles législatives parfois singulièrement émoussées par la résignation des juristes, juges[60] compris.

d) Règles justiciables

Générales et abstraites par essence, multidirectionnelles par fonction, les règles de droit sont fondamentalement aptes à sortir des effets juridiques: elles sont, dans cette mesure, «justiciables».

Aujourd'hui encore, le droit international économique souffre d'une réputation – largement fondée sur des préjugés – de mal se prêter à une application par le juge interne, généralement peu enclin à s'y frotter[61]. La jurisprudence du Tribunal fédéral n'est pas exempte de cette tendance

---

59 Voir ARTHUR DUNKEL, *Le rôle essentiel mais souvent oublié du GATT: promouvoir des politiques commerciales prévisibles et l'ajustement interne des économies*, in: «Hommage à un Européen, offert à Henri Rieben à l'occasion de son 70e anniversaire», Lausanne (Fondation Jean Monnet pour l'Europe), 1991, p. 139-147, p. 140.

60 PIERRE MERCIER, *Vigilance des particuliers et respect du droit: l'exemple communautaire*, in: «Hommage à un Européen, offert à Henri Rieben à l'occasion de son 70e anniversaire», Lausanne (Fondation Jean Monnet pour l'Europe), 1991, p. 355-373, spéc. p. 366-370.

61 Sur le phénomène en général, voir notamment GIORGIO MALINVERNI, *Le règlement des différends dans les organisations internationales économiques*, Genève, 1974, p. 89 et 197; pour deux récentes réfutations de ces préjugés, voir ROBERT E. HUDEC, *The role of judicial review in preserving liberal foreign trade policies,* in: «National Constitutions and International economic law», M. Hilf et E.-U. Petersmann (eds.), Deventer (Kluwer), 1993, p. 503-518, et ERNST-ULRICH PETERSMANN, *Limited government and unlimited trade policy powers? Why effective judicial review of foreign trade restrictions depends on individual rights,* in: «National Constitutions and International economic law», M. Hilf et E.-U. Petersmann (eds.), Deventer (Kluwer), 1993, p. 537-561.

restrictive, non seulement à propos du GATT[62], mais à propos de l'Accord de libre-échange Suisse-CEE de 1972[63].

Par un double mouvement, le droit communautaire a inversé cette tendance à voir le droit démissionner devant l'économie: d'une part en généralisant et en conférant un caractère exclusif au mode de règlement *judiciaire* des différends dans le contentieux communautaire (art. 164 et 219 CEE), conjurant du même coup le danger du «*non liquet*» qui guette toujours les juridictions internationales[64]; d'autre part en consacrant l'*effet direct* de ce droit, appelant par conséquent à la rescousse du droit les individus, moins enclins que les Etats à sacrifier les intérêts de la justice internationale sur l'autel des bonnes relations entre Etats, relations qui ne sont pas toujours exemptes de complaisances réciproques.

> Comme illustration de ce qui précède, on mesurera l'abîme qui sépare les arrêts rendus par la *Cour internationale de justice* le 20 décembre 1974 dans l'*affaire des essais nucléaires*, où la CIJ n'a pas estimé devoir statuer au vu des assurances données par la France, après le début de l'instance, de ne plus procéder à de tels essais en atmosphère dans le Pacifique Sud[65], et l'affaire *Commission c. Italie* du 7 février 1973, où la CJCE n'a pas hésité à constater le manquement d'un Etat membre, nonobstant la suppression par celui-ci, en cours d'instance, des causes du manquement communautaire qui avaient justifié l'ouverture de l'action[66].
>
> On trouve également, dans la jurisprudence de Strasbourg, quelques arrêts où la *Cour européenne des droits de l'homme* fait montre de mansuétude à l'égard de situations juridiques nationales qui – diverses opinions dissidentes l'ont montré – eussent pu être tranchées différemment.[67]

---

62 ATF 112 Ib 183, *Maison G. Sprl c. Direction générale des douanes*, du 2 septembre 1986.

63 ATF 104 IV 175, *Adams*, du 3 mai 1978; ATF 105 II 49, *Bosshard c. Sunlight* (arrêt «*Omo*»), du 25 janvier 1979; ATF 118 Ib 367, *Association pour le recyclage du PVC*, du 7 juillet 1992.

64 Sur ce danger, voir JULIUS STONE, *Non liquet and the function of law in the international community*, BYIL 1959, p. 124-161; pour une vue plus récente, guère plus encourageante, voir MICHEL VIRALLY, *Le champ opératoire du règlement judiciaire international*, RGDIP 1983, p. 281-314, spéc. p. 308.

65 CI J, arrêt *Australie c. France* du 20 décembre 1974, Rec. 1974, p. 253-272, spéc. p. 270, § 52 et 272, § 59: «La Cour est donc en présence d'une situation où l'objectif du demandeur a été effectivement atteint, du fait que la Cour constate que la France a pris l'engagement de ne plus procéder à des essais nucléaires en atmosphère dans le Pacifique Sud (...); la demande ayant manifestement perdu son objet, il n'y a rien à juger». Même langage dans l'arrêt *Nouvelle Zélande c. France* du 20 décembre 1974, CIJ, Rec. 1974, p. 457-478.

66 CJCE, arrêt *Commission c. Italie* (primes à l'abattage de vaches) du 7 février 1973, aff. 39/72, Rec. 1973, p. 101ss, p. 111, § 9.

67 Voir notamment les arrêts suivants de la Cour européenne des droits de l'homme: Cour EDH *Johnston c. Irlande*, du 18 décembre 1986, Série A no 112 (interdiction du divorce en Irlande, jugée compatible avec l'art. 12 CEDH); *Rees c. Royaume-Uni*, du 17 octobre 1986, Série A no 106 (droit des transsexuels au Royaume-Uni; caractère non excessif des ingérences étatiques fondées sur l'art. 8 § 2 CEDH). Ces deux arrêts offrent un

10. Un système de protection juridictionnelle composite et cohérent

Dans sa jurisprudence, la Cour de justice des Communautés européennes a souligné parfois «la nécessaire cohérence du système de protection juridictionnelle institué par le traité»[68]. Dans son arrêt du 23 avril 1986 rendu en l'affaire *Parti écologiste «Les Verts» c. Parlement européen*, la Cour a par ailleurs relevé que «par ses articles 173 et 184, d'une part, et par son article 177, d'autre part, le traité a établi un système complet de voies de recours et de procédures destiné à confier à la Cour de justice le contrôle de la légalité des actes des institutions»[69].

Le système de protection juridictionnelle voulu par le Traité CEE est *composite*, puisqu'il comprend non seulement des *éléments de droit communautaire* (contentieux en manquement, art. 169-170 CEE; contentieux de l'annulation, art. 173 et 184 CEE; recours en carence, art. 175 CEE; procédures de référés, sursis à exécution et mesures provisoires, art. 185-186 CEE; responsabilité extracontractuelle, art. 178 et 215 al. 2 CEE, etc.), *mais également des éléments de droit national*: ces derniers constituent d'indispensables «*relais procéduraux*» qui permettent la mise en oeuvre du droit communautaire au niveau interne.

La complémentarité de ces deux volets – communautaire et national – du système de protection juridictionnelle voulu par les Traités ressort en particulier de l'arrêt *Commission c. Italie* du 9 avril 1987, où la Cour a souligné que l'effectivité d'un tel système de protection juridictionnelle suppose que *lorsque les actes communautaires visent à créer des droits pour les particuliers, «les bénéficiaires soient mis en mesure de connaître la plénitude de leurs droits et de s'en prévaloir, le cas échéant, devant les*

---

contraste saisissant avec deux autres affaires: le premier avec l'arrêt Cour EDH, *F. c. Suisse* du 18 décembre 1987, Série A no 128 (caractère incompatible avec l'art. 12 CEDH d'une interdiction temporaire de remariage fondée sur l'art. 150 CCS); le second avec l'arrêt Cour EDH, *Cossey c. France* du 27 septembre 1990, Série A no 184, qui marque un net revirement de jurisprudence par rapport à l'arrêt *Rees*, précité, s'agissant du régime juridique national applicable aux transsexuels. On citera encore l'arrêt *Felix Müller c. Suisse*, du 24 mai 1988, Série A no 133, où la Cour de Strasbourg a montré de la compréhension à l'égard de la Suisse, tenant sans doute compte de ce que les toiles litigieuses prétendument obscènes (art. 204 CPS) avaient été restituées à l'intéressé quelques jours avant l'audience, alors que le requérant n'avait pas marqué un empressement particulier à en obtenir la restitution. Voir, sur ce dernier arrêt, les critiques de FROWEIN (note 3), 1990, p. 344.

68 CJCE, arrêt *Foto-Frost* du 22 octobre 1987, aff. 314/85, Rec. 1987, p. 4199ss, p. 4231, § 16-17; sur ce système, voir, dans la bibliographie, JOLIET (1985); et WÜRSCH (1992).

69 CJCE, arrêt *Parti écologiste «Les Verts» c. Parlement européen* du 23 avril 1986, aff. 294/83, Rec. 1986, p. 1339 ss, spéc. p. 1365, § 23.

juridictions nationales»[70]. Par ailleurs, dans un arrêt *Rewe* du 7 juillet 1981, connu comme l'affaire des «*croisières de beurre*», la Cour a souligné que «le système de protection juridique mis en oeuvre par le traité (...) implique que tout type d'action prévu par le droit national doit pouvoir être utilisé devant les juridictions nationales pour assurer le respect des règles communautaires d'effet direct dans les mêmes conditions de recevabilité et de procédure que s'il s'agissait d'assurer le respect du droit national»[71]. Et surtout, il convient de noter, avec le président de la Cour de justice, M. DUE, que «selon la jurisprudence de la Cour, *toute décision administrative propre à restreindre un droit que les traités communautaires confèrent au citoyen doit être motivée et doit pouvoir faire l'objet d'un recours juridictionnel.*»[72]

11. Aspects normatifs, constitutionnels, institutionnels et judiciaires de l'acquis communautaire

a) Pour bien comprendre son rôle d'interprète et d'organe d'application du droit communautaire, le juge suisse devra également se pénétrer de l'idée que l'«*acquis communautaire*», ce n'est pas seulement un ensemble, quantitativement très important, de *règles normatives* (règlements, directives, décisions), recommandations, avis ainsi que certains actes atypiques non mentionnés à l'art. 189 CEE, mais également un ensemble d'autres éléments qui attestent de la dimension constitutionnelle, institutionnelle et spécialement judiciaire de cet acquis.

b) La dimension *constitutionnelle* de l'acquis communautaire a été soulignée dès l'arrêt *Costa-ENEL* de 1964[73]. Elle a été relevée le 13 juillet 1972 dans l'arrêt *Commission c. République italienne* en les termes suivants:

> «l'attribution, opérée par les Etats membres, à la Communauté des droits et pouvoirs correspondant aux dispositions du traité, entraîne, en effet, une *limitation définitive de leurs droits souverains, contre laquelle ne saurait*

---

70 CJCE, arrêt *Commission c. Italie* (aliments pour animaux) du 9 avril 1987, aff. 363/85, Rec. 1987, p. 1733ss, p. 1742, § 7.

71 CJCE, arrêt *Rewe* («croisières de beurre») du 7 juillet 1981, aff. 158/80, Rec. 1981, p. 1805, p. 1841, point 7 du dispositif; voir également p. 1838 et 1839, §§ 42, 43, 44 et 46.

72 OLE DUE, *L'accès au juge*, Allocution prononcée le 1er avril 1993 à Bruxelles, texte ronéotypé, p. 7; pour la jurisprudence, voir notamment CJCE, arrêt *Heylens* (entraîneur de football belge en difficultés administratives à Lille) du 15 octobre 1987, aff. 222/86, Rec. 1987, p. 4097; et CJCE, arrêt *Johnston* (discrimination fondée sur le sexe dans les forces de police britanniques) du 15 mai 1986, aff. 222/84, Rec. 1986, p. 1651.

73 CJCE, arrêt *Costa-ENEL* du 15 juillet 1964, aff. 6/64, Rec. 1964, p. 1141.

prévaloir l'invocation de dispositions de droit interne de quelque nature qu'elles soient»[74].

Plus récemment, dans son *avis 1/91* rendu le 14 décembre 1991 sur la compatibilité du projet d'Accord EEE avec le Traité de Rome, la Cour a affiné une formule utilisée précédemment pour dire que le Traité CEE constitue la «*charte constitutionnelle d'une communauté de droit*»[75]. On observera que sous le seul aspect des voies de droit communautaire, cette dimension constitutionnelle de l'ordre juridique communautaire ressort non seulement de la procédure de contrôle préalable de la constitutionnalité communautaire des projets d'accords à conclure entre la Communauté et d'autres sujets de droit international (procédure de l'art. 228 § 1 al. 2 CEE), mais également de l'existence d'une procédure de contrôle de la «légalité» des actes de droit dérivé au regard du droit primaire (art. 173 et 184 CEE), de même que de l'existence du contrôle préjudiciel de la validité de ces mêmes actes non seulement au regard du droit communautaire primaire, mais au regard du droit des relations extérieures de la Communauté (art. 177b CEE)[76].

Comme on l'a souvent relevé, les Traités institutifs communautaires et les *principes généraux* qui les sous-tendent ont acquis une valeur quasi-constitutionnelle[77]. A, par exemple, été érigée en «principe général du droit communautaire» l'exigence d'une protection, dans tous les systèmes juridiques des Etats membres, contre «les interventions de la puissance publique dans la sphère d'activité privée de toute personne, qu'elle soit physique ou morale»; de telles interventions «doivent avoir un fondement légal et être justifiées par les raisons prévues par la loi» (interdiction de l'arbitraire; respect du principe de proportionnalité)[78]. Les principes généraux du droit constitutionnel européen entretiennent ainsi des rapports intéressants avec les valeurs constitutionnelles nationales[79].

---

74 CJCE, arrêt *Commission c. Italie* (taxe à l'exportation d'oeuvres d'art) du 13 juillet 1972, aff. 48/71, Rec. 1972, p. 529ss, p. 535, § 9.

75 CJCE, *avis 1/91* du 14 décembre 1991, Rec. 1991, p. I-6079ss, p. I-6102, § 21; voir déjà le langage voisin de CJCE, arrêt *Parti écologiste «Les Verts» c. Parlement européen* du 23 avril 1986, aff. 294/83, Rec. 1986, p. 1339ss, spéc. p. 1365, § 23 («communauté de droit»).

76 CJCE, arrêt *International Fruit Co. II* du 12 décembre 1972, aff. jtes 21-24/72, Rec. 1972, p. 1219ss, p. 1226-1227, § 4-6.

77 Sur cette dimension constitutionnelle des principes généraux du droit communautaire, voir notamment, dans la bibliographie: STEIN (1981); PESCATORE (1981); MANCINI, (1989); TEMPLE-LANG (1991); RODRIGUEZ-IGLESIAS (1992) et JACQUÉ (1993).

78 CJCE, arrêt *Hoechst* du 21 septembre 1989, aff. 46/87, Rec. 1989, p. 2859ss, p. 2924, § 19.

79 Sur ces rapports, beaucoup plus convergents qu'on ne le prétend parfois, voir BRUNO DE WITTE, *Community law and national constitutional values,* LIEI, 1991/2, p. 1-22; sur

c) Pour bien saisir les spécificités du droit communautaire, le juge suisse devra de surcroît garder constamment à l'esprit la *structure institutionnelle* de la Communauté, qui table sur des principes de représentativité originaux: le *Conseil*, sans être une conférence diplomatique, demeure l'institution représentatrice des Etats membres; la *Commission* est gardienne de l'intérêt commun; le *Parlement européen* l'expression des forces vives des peuples européens; et la *Cour de justice* la conscience juridique de la Communauté. Les multiples liens juridiques qui se tissent entre les quatre institutions permettent de prendre la mesure de l'originalité de ce «quadripartisme» institutionnel[80].

d) Quant à la dimension *judiciaire* de l'acquis communautaire, elle a été exposée dans une étude classique du juge PESCATORE, étude qui garde, une douzaine d'années plus tard, son plein intérêt[81].

12. Un droit d'application décentralisée, capillarisée

Le jacobinisme communautaire, souvent monté en épingle, ne devrait pas occulter la réalité d'un droit d'application décentralisée. Comment pouvait-il en aller différemment dans une Communauté formée de six Etats, aujourd'hui de douze, de bientôt davantage et dépourvue de tout moyen de sanction autre que ponctuel au niveau communautaire? Un tel droit était naturellement promis à une application décentralisée, par les autorités d'application du droit des Etats membres. Le juge national s'est trouvé d'un seul coup face à cette charge, particulièrement délicate à assumer.

Aujourd'hui, à la faveur de l'idée très médiatisée de «subsidiarité», le principe de l'application décentralisée du droit communautaire est à la mode. Les Conseils européens de Lisbonne de juin 1992 et d'Edimbourg de décembre 1992 ont achevé de préciser la portée de ce principe de droit primaire, inscrit dans le corps du Traité de Maastricht[82]. L'art. A du Traité

---

quelques aspects institutionnels de ces rapports, voir HENRY G. SCHERMERS, *The scales in balance: national constitutional court v. Court of justice*, CMLRev 1990, p. 97-105, spéc. p. 98-99 (avec accent mis sur la problématique «droits de l'homme»).

80 Voir l'analyse originale de PIERRE PESCATORE, *L'exécutif communautaire: justification du quadripartisme institué par les traités de Paris et de Rome*, CDE 1978, p. 387-406; à noter que dans sa version revisée par le Traité d'Union européenne, de 1992, l'art. 4 al. 1 CEE érige la *Cour des comptes* en institution. Elles seront donc cinq.

81 PIERRE PESCATORE, *Aspects judiciaires de l'«acquis communautaire»*, RTDE 1981, p. 617-651.

82 Sur ce principe de subsidiarité, voir notamment VLAD CONSTANTINESCO, *Who's afraid of subsidiarity?*, in: Yearbook of European law 1991, vol. 11, Oxford (Clarendon Press), 1992, p. 33-55; GEORGES VANDERSANDEN, *Considérations sur le principe de subsidiarité*, Mélanges Velu, Bruxelles (Bruylant), 1992, tome I, p. 193-210; et JOSSE MERTENS DE WILMARS, *Du bon usage de la subsidiarité*, Revue du Marché unique européen, 4/1992,

d'Union européenne prévoit en effet que dans la «nouvelle étape» que constitue le processus créant une union sans cesse plus étroite entre les peuples de l'Europe, «les décisions sont prises le plus près possible des citoyens».[83]

Au sein de la Communauté, l'idée fait son chemin. L'Allemand CLAUS-DIETER EHLERMANN en avait fait en 1987 le thème d'une étude souvent citée[84]. En Suisse, M. LOMBARDI a récemment exposé, dans toute leur ampleur et leur diversité, les différents moyens par lesquels la mise en oeuvre du droit européen (communautaire ou de l'EEE) pourra se faire à l'échelon de la Confédération et des cantons[85].

Il convient de souligner que le plus souvent, *le droit européen fixe des obligations de résultat, laissant les Etats destinataires libres de choisir les moyens de mettre en oeuvre leurs obligations*. Ainsi, lorsque la Cour européenne des droits de l'homme constate – comme ce fut le cas dans l'arrêt *Zimmermann et Steiner c. Suisse* du 13 juillet 1983 – qu'une procédure devant le Tribunal fédéral a eu une durée excessive (en l'espèce trois ans et demi), elle ajoute: «Il y a donc eu violation de l'art. 6 § 1. *La Cour n'a pas à préciser à quelle autorité nationale ce manquement est imputable:* seule se trouve en jeu la responsabilité internationale de l'*Etat*»[86]. De même, et sur un plan plus général, la Cour de justice des Communautés européennes souligne-t-elle que lorsque des dispositions du Traité de Rome – comme l'art. 5 CEE – «reconnaissent des pouvoirs aux Etats membres ou leur imposent des obligations aux fins de l'application du droit communautaire, *la question de savoir de quelle façon l'exercice de ces pouvoirs et l'exécution de ces obligations peuvent être confiés par les Etats à des organes internes déterminés relève uniquement du système constitutionnel de chaque Etat*»[87]. Le principe de subsidiarité

---

p. 193-201; voir également ASTRID EPINEY, *Das Subsidiaritätsprinzip, eine Kompetenzausübungsregel zur Begrenzung gemeinschaftlicher Tätigkeit,* AJP/PJA 7/93 (à paraître).

83 Par ailleurs, le nouvel art. 3 B du Traité CEE prévoit notamment que «*Dans les domaines qui ne relèvent pas de sa compétence exclusive, la Communauté n'intervient, conformément au principe de subsidiarité, que si et dans la mesure où les objectifs de l'action envisagée ne peuvent pas être réalisés de manière suffisante par les Etats membres et peuvent donc, en raison des dimensions ou des effets de l'action envisagée, être mieux réalisés au niveau communautaire.*
L'action de la Communauté n'excède pas ce qui est nécessaire pour atteindre les objectifs du présent traité.»

84 CLAUS-DIETER EHLERMANN, *Ein Plädoyer für die dezentrale Kontrolle der Anwendung des Gemeinschaftsrechts durch die Mitgliedstaaten*, Mélanges Pescatore, Baden-Baden (Nomos), 1987, p. 205-226.

85 ALDO LOMBARDI, *Verwirklichung des EWR-Abkommens durch Bund und Kantone*, in: «EWR Abkommen (Erste Analysen)», Zurich (Schulthess), 1992, p. 721-770.

86 Cour EDH, arrêt *Zimmermann et Steiner c. Suisse* du 13 juillet 1983, Série A no 66, p. 13, § 32; reproduit dans JAAC 1983, no 105 C, p. 526-529, § 32.

87 CJCE, arrêt *International Fruit Co.* du 15 décembre 1971, aff. jointes 51-54/71, Rec. 1971, p. 1107ss, p. 1116, § 4.

y trouve certes son compte, en mobilisant le cas échéant les autorités juridictionnelles: la Cour a en effet rappelé, dans un important arrêt *von Colson et Kamann* du 10 avril 1984, sur lequel nous reviendrons dans divers contextes[88], que chaque fois que les Etats membres sont tenus à une obligation de résultat, la mise en oeuvre du droit communautaire suppose la collaboration de tous les organes étatiques. Les obligations en découlant «s'imposent à toutes les autorités des Etats membres, *y compris, dans le cadre de leurs compétences, les autorités juridictionnelles*» [89].

La Commission vient de franchir récemment un pas très important dans le sens de l'application décentralisée du droit communautaire. Ce n'est peut-être pas un hasard si le Directeur général de la concurrence, M. EHLERMANN, plaidait déjà cette cause il y a quelques années[90]. En effet, le 13 février 1993, la Commission a publié une communication relative à la coopération entre la Commission et les juridictions nationales pour l'application des art. 85 et 86 du Traité CEE[91]. Dans ce texte, qui constitue une sorte de *code de procédure civile nationale annoté de droit communautaire de la concurrence à l'intention des juges nationaux*, la Commission explique comment, concrètement, elle compte contribuer à développer une coopération plus étroite avec les juridictions nationales, afin de mettre ces dernières en mesure d'appliquer, dans des litiges concrets (de droit civil ou administratif), le droit communautaire de la concurrence. Peu de mois avant l'entrée en vigueur escomptée du Traité de Maastricht du 7 février 1992 (dont on vient de voir que l'art. 3 B consacre le principe de la subsidiarité dans un texte de droit communautaire primaire), la Commission a accompli là un acte symbolique de grande portée qui renforcera d'autant, dans un domaine particulièrement sensible, le rôle des juridictions nationales.

13. Unité du droit européen et diversité des contextes nationaux

Le droit communautaire, par essence droit *commun*, perdrait sa nature si son application était conditionnée, dans les Etats membres, par le respect des particularités de chaque système juridique national. C'est dire que les règles de droit communautaire aspirent à être réalisées par les Etats membres avec un *contenu identique* et une *égale efficacité*. Telle est

---

88 Voir ci-après, §§ 48, 52 et 70.

89 CJCE, arrêt *von Colson et Kamann* du 10 avril 1984, aff. 14/83, Rec. 1984, p. 1891ss, p. 1909, § 26.

90 Voir CLAUS-DIETER EHLERMANN (note 84), 1987; l'intéressé était à l'époque Directeur général du Service juridique de la Commission.

91 JOCE du 13 février 1993, no C 39, p. 6-11.

l'essence d'un droit largement institutionnel, adopté sur la base de traités multilatéraux[92].

Cela dit, la Cour de Strasbourg et la Cour de justice de Luxembourg sont fréquemment amenées à constater, sur la base de la comparaison des systèmes nationaux, des disparités procédurales, juridiques et plus fondamentalement des différences tenant aux particularités socio-culturelles nationales ou régionales.

La jurisprudence de la *Cour européenne des droits de l'homme* reflète fréquemment ce type de préoccupations. Typique à cet égard, le passage suivant de l'arrêt rendu par la Cour le 23 juillet 1968 dans l'*affaire linguistique belge*:

> «En recherchant si, dans un cas d'espèce, il y a eu ou non distinction arbitraire, *la Cour ne saurait ignorer les données de droit et de fait caractérisant la vie de la société dans l'Etat qui, en qualité de Partie contractante, répond de la mesure contestée. Ce faisant, elle ne saurait se substituer aux autorités nationales compétentes, faute de quoi elle perdrait de vue le caractère subsidiaire du mécanisme international de garantie collective ainsi instauré par la Convention. Les autorités nationales demeurent libres de choisir les mesures qu'elles estiment appropriées dans les domaines régis par la Convention. Le contrôle de la Cour ne porte que sur la conformité de ces mesures avec les exigences de la Convention.*»[93]

Dans la jurisprudence de la *Cour de justice des Communautés européennes*, ce type de considérations apparaît également. On en donnera trois exemples: dans le domaine du droit fiscal, de la protection de l'environnement et des mesures de police économique.

Dans le domaine du *droit fiscal* d'abord, la Cour de justice, dans son arrêt *Mireco* du 10 juillet 1980, constate en premier lieu qu'«il ressort d'une comparaison des systèmes nationaux que le problème de la contestation de taxes illégalement réclamées ou la restitution de taxes indûment payées *est résolu de différentes manières dans les divers Etats membres et même à l'intérieur d'un même Etat, selon les divers types d'impôts et*

---

92 Comme le relève HELMUT HENRICHS, *Gemeinschaftsrecht und nationale Verfassungen: Organisations- und verfahrensrechtliche Aspekte einer Konfliktlage*, EuGRZ 1990, p. 413-423, p. 423: «Die unterschiedlichen Ausgangslagen und Methoden der Konfliktsbewältigung erfordern in diesem Bereich eine multi- und keine bilaterale Argumentation. Die Gemeinschaftsrechtsordnung kann nur funktionieren, wenn kein Mitgliedstaat sich ihrem Geltungs- und Vorrangsanspruch gegenüber auf Besonderheiten seiner Verfassung berufen kann»; dans le même sens PESCATORE, *L'application du droit communautaire dans les Etats membres*, in: «Cour de justice des Communautés européennes, Rencontre judiciaire et universitaire, 27-28 septembre 1976», Luxembourg, Office des publications officielles des CE, p. VI-1 à VI-42 (également en danois, allemand, anglais, italien et néerlandais), spéc. p. VI-8 à VI-10.

93 Cour EDH, arrêt *Affaire linguistique belge* du 23 juillet 1968, Série A no 5, p. 34-35, § 10 *in fine*.

de taxes en cause». La Cour de justice poursuit, dans un considérant d'intérêt général qui met en évidence la *complémentarité* qui existe souvent entre les institutions juridiques communautaires et nationales:

> «*Le système de sauvegarde qui résulte ainsi pour les justiciables de la combinaison de l'effet direct des dispositions du droit communautaire avec les particularités des législations nationales qui, dans les différents Etats membres, règlent les conditions de forme et de fond relatives à la contestation d'impositions nationales ou à la récupération de celles qui auraient été indûment acquittées, ne saurait être considéré comme incompatible ni avec les articles 9, 12, 13, 92, 93 et 95 du traité CEE*, ni, de façon plus générale, avec les principes du droit communautaire relatif à la libre circulation des marchandises, à l'établissement d'un régime assurant que la concurrence n'est pas faussée dans le marché commun et à l'interdiction de discrimination en matière fiscale. *Les dispositions visées dans l'ordonnance de renvoi ne font pas obstacle aux différences de traitement résultant des disparités entre les législations fiscales internes relatives, en particulier, à la contestation d'impositions nationales*.»[94]

Dans le domaine de la *protection de l'environnement*, la Cour de justice a été amenée à considérer dans quelle mesure les préoccupations de ce type pouvaient, à certaines conditions, moduler le principe de la *libre circulation des marchandises*. Dans un arrêt de principe rendu le 20 septembre 1988 dans l'affaire *Commission c. Danemark*, la Cour, tout en acceptant la légitimité de l'interdiction danoise des bouteilles à un seul usage, a déclaré disproportionnée et illicite la limitation des importations par ce pays aux seules bouteilles agréées par l'Agence nationale compétente. Dans certaines circonstances, le principe de la libre circulation des marchandises voulu par le droit européen peut donc devoir céder le pas devant des «exigences impératives» nationales, compatibles avec le droit communautaire, liées à la protection de l'environnement (exigences dont le fondement juridique repose sur l'*art. 30 CEE* et non sur l'art. 36 CEE). La Cour de justice souligne:

> «La protection de l'environnement a déjà été considérée par la Cour, dans son arrêt du 7 février 1985 (*Association de défense des brûleurs d'huiles usagées, 240/83, Rec. 1985, p. 531)*, comme 'un des objectifs essentiels de la Communauté', pouvant justifier, en tant que tel, certaines limitations au principe de la libre circulation des marchandises. Cette appréciation est d'ailleurs confirmée par l'Acte unique européen.»[95]

---

94 CJCE, arrêt *Mireco* du 10 juillet 1980, aff. 826/79, Rec. 1980, p. 2559ss, p. 2574-2575, § 11 et 15.

95 CJCE, arrêt *Commission c. Danemark* du 20 septembre 1988, aff. 302/86, Rec. 1988, p. 4607ss, p. 4630, § 8; voir également Astrid Epiney/ Thomas M.J. Möllers, *Freier Warenverkehr und nationaler Umweltschutz*, Cologne (Heymanns), 1992, 149 p., spéc. p. 108-109. On regrettera que ce type de raisonnement (fondé en ce cas sur l'art. 13 ALE) n'ait pas été opéré, ne fût-ce qu'à titre subsidiaire, par le Tribunal fédéral dans son arrêt ATF 118 Ib 367, *Association pour le recyclage du PVC*, du 7 juillet 1992.

Enfin, dans le domaine des *prescriptions locales de police relatives à l'horaire d'ouverture des magasins*, la Cour de justice a donné une autre expression jurisprudentielle concrète au principe de subsidiarité. Dans son arrêt du 16 décembre 1992 rendu dans l'affaire *Anders et a.*, la Cour commence par relever que dans le contexte des art. 30 et 36 CEE, «les différentes législations nationales concernant la fermeture dominicale de magasins n'ont pas pour objet de régir les échanges», puisque celle-ci affecte aussi bien la vente des produits nationaux que celle des produits importés. La Cour ajoute:

> «*les législations en cause poursuivent un but justifié au regard du droit communautaire, dans la mesure où elles constituent l'expression de certains choix, tenant aux particularités socio-culturelles nationales ou régionales. Il appartient aux Etats membres d'effectuer ces choix dans le respect des exigences découlant du droit communautaire et notamment du principe de proportionnalité*»[96].

A la lecture de cette jurisprudence, on voit que l'unité du droit européen s'accommode d'un certain pluralisme social et culturel, reconnu jurisprudentiellement. L'équilibre des intérêts est parfois difficile à trouver. Dans le contexte du droit communautaire, on ne saurait toutefois oublier, avec le président LECOURT, que

> «ce n'est pas (...) sans une absolue nécessité que, pour réaliser l'unité de marché entre six Etats indépendants, ceux-ci ont institué, au-delà des divergences entre leurs propres systèmes juridiques, *une même règle supérieure de droit s'imposant à eux-mêmes et à leurs ressortissants*»[97].

---

96 CJCE, arrêt *Anders et a.* du 16 décembre 1992, aff. C-306/88, C-304/90, C-169/91, Rec. 1992, p. I- (à paraître). Cette jurisprudence n'est pas sans rappeler celle du Tribunal fédéral qui, dans certains cas, autorise des restrictions à la liberté du commerce et de l'industrie en raison de l'existence d'un intérêt public prépondérant (exemple: interdiction, dans une commune grisonne, d'enseignes commerciales non romanches, admise par le jeu des art. 31 et 116 Cst.), ATF 116 Ia 345, *AG Bar Amici c. Commune de Disentis/Mustér* du 31 octobre 1990; voir également RENÉ RHINOW (juin 1988), *Art. 31 Cst.*, ad no 197, in: «Commentaire de la Constitution fédérale de la Confédération suisse», Berne/Bâle/Zurich.

97 LECOURT (note 53), 1984, p. 225.

C. Un nouvel environnement institutionnel

14. L'émergence d'un «pouvoir judiciaire européen»

> *«In the last several decades, there has been what I would not hesitate to call a judicial review revolution in Western Europe. It has occurred on at least three levels – national, Community, and continental – the last one caused by the growing reach and impact of the Council of Europe's Convention on Human Rights. Of course one might still raise the hard question: 'is this revolution a legitimate one?'».*
>
> MAURO CAPPELLETTI[98]

Le développement spectaculaire de l'intégration européenne depuis la Deuxième Guerre mondiale a incontestablement entraîné, *entre autres*, un renforcement de la fonction juridictionnelle. Certains s'en sont inquiétés[99]. De là à considérer cette émergence d'un nouveau «pouvoir judiciaire européen» comme une dangereuse force occulte de l'Europe, il y a un pas qu'on hésitera à franchir[100]. A moins que l'on veuille par ce moyen – généreusement utilisé dans notre pays – rallumer à bon compte le vieux démon des «juges étrangers».

Cette émergence d'«un pouvoir judiciaire européen» est-elle inquiétante? Il vaut la peine de soumettre l'argument à un examen critique.

Sur le plan juridique, M. CAPPELLETTI a livré une brillante étude qui présente l'intérêt de mettre en perspective le phénomène du pouvoir judiciaire européen par rapport à trois développements parallèles: ce qu'il appelle le nouveau *constitutionnalisme* (renforcement, dans plusieurs pays d'Europe occidentale, des formes de juridiction constitutionnelle au niveau étatique); un *nouveau transnationalisme* (renforcement de la coopération internationale, avec notamment pour effet de briser les conceptions de la légalité articulée autour de la seule *législation* nationale au profit d'un pluralisme des sources juridiques); et un *nouveau régionalisme* (notamment au sein du Conseil de l'Europe et de la Communauté), régionalisme qui augmente les risques potentiels de conflits entre normes nationales et européennes. Tous ces facteurs auraient contribué à renforcer la nécessité d'un contrôle judiciaire efficace, seul moyen de faire

---

98 MAURO CAPPELLETTI, *Balance of powers, human rights and legal integration: new challenges for European judges*, in: «Comparative and private international law: essays in honor of John Henry Merryman on his seventieth birthday», Berlin (Duncker und Humblot), 1990, p. 341-352, p. 352.

99 Voir notamment JEAN-FRANÇOIS AUBERT, *Observations d'un constitutionnaliste sur l'évolution des sources du droit international,* ASDI/SJIR 1989 (volume anniversaire), p. 13-38, spéc. p. 37-38, § 64-65.

100 Voir cependant, lors des débats parlementaires relatifs à l'approbation de l'Accord EEE, l'intervention du conseiller national STEFFEN, BO CN 1992, p. 1383-1384.

sanctionner les conflits de normes et de rétablir, au niveau national comme au niveau supranational, l'équilibre entre les pouvoirs législatif et exécutif[101].

Ces *explications*, pour stimulantes qu'elles soient, ne constituent assurément pas encore, à elles seules, une *justification* de l'expansion considérable du contrôle judiciaire en Europe occidentale, tant au niveau national qu'international.

Cette expansion est-elle légitime?

Elle pourrait l'être, si on l'envisage sous l'angle du *renforcement des garanties juridictionnelles offertes à l'individu* (*Ausweitung des gerichtlichen Schutzes*). Considéré au niveau purement national, le phénomène est même plutôt rassurant: il rétablit un équilibre qui avait été préalablement rompu aux dépens du pouvoir judiciaire. M. AUER relevait récemment: «le rapprochement de la Suisse à l'Europe nous oblige à franchir un premier pas bien timide en direction d'un système véritablement tripartite de séparation des pouvoirs, dans lequel le pouvoir judiciaire n'est ni soumis ni supérieur aux deux autres pouvoirs, mais enfin reconnu comme égal à ceux-ci»[102]. Dans le même sens, M. COTTIER observe: «*Die Gerichtbarkeit – the least dangerous branch of government (BICKEL) – wird gestärkt und damit ein Stück checks and balances gewonnen*»[103]. Mais c'est peut-être considéré dans sa dimension transnationale que le phénomène est le plus intéressant à observer. Jusqu'à la Deuxième Guerre mondiale, et même au-delà, l'Etat-nation a également eu ses travers judiciaires: dans des systèmes juridiques nationaux érigés en systèmes clos, une juridiction constitutionnelle peut contribuer à renforcer cette tendance à l'introversion étatique. D'où l'immense intérêt conceptuel de voir désormais le juge *national* mobilisé pour l'application d'un droit européen qui l'oblige à repenser de manière critique les sources de son propre ordre juridique et les bornes – réelles ou imaginaires – qu'il voit à l'exercice de son office (art. 113 al. 3 Cst.). Ce défi commun, que doit relever chaque groupe de juges nationaux en Europe, tend à rapprocher ces derniers par delà les frontières. Il favorise même une tendance remarquable – certes encore modeste dans son ampleur, mais néanmoins perceptible – à une plus grande convergence des fonctions juridictionnelles nationales par l'effet du droit européen.

Pourquoi ne pas le dire? Certaines revues juridiques de grande qualité, telles que la *Europäische Grundrechte Zeitschrift (EuGRZ)* et la *Revue universelle des droits de l'homme (RUDH)*, apportent une contribution

---

[101] CAPPELLETTI (note 98), 1990, spéc. p. 343-346.

[102] ANDREAS AUER, *L'Espace économique européen et le contrôle des lois fédérales*, in «Accord EEE (Commentaires et réflexions)», Zurich (Schulthess), 1992, p. 639-652, p. 652.

[103] THOMAS COTTIER, *Recht und Macht im Europäischen Wirtschaftsraum*, AJP/PJA 10/92, p. 1204-1216, p. 1210.

majeure à cette prise de conscience[104]; tout comme *Europarecht* (Baden-Baden/Nomos), la *Revue trimestrielle de droit européen* (Paris/Sirey), les *Cahiers de droit européen* (Bruxelles/Larcier), la *Common Market Law Review* (Leiden/Nijhoff), la *Revue du Marché unique européen* (Paris/Juglar) et la *Revue trimestrielle des droits de l'homme* (Bruxelles/Bruylant). Un réseau de correspondants hautement qualifiés, dans les centres névralgiques que sont les cours suprêmes nationales et les juridictions européennes[105], contribue de façon décisive à la publication dans les plus brefs délais, dans ces revues, de décisions judiciaires nationales bien avant leur parution dans les collections officielles nationales.

Pour les juges nationaux, un autre facteur décisif de rapprochement réside dans l'existence même de juridictions européennes: à Strasbourg, à Luxembourg et bientôt à Genève. La coopération qui s'instaure entre ces juridictions européennes et les juges nationaux réduit les risques d'effritements jurisprudentiels qui pourraient survenir dans l'interprétation du droit européen[106].

L'importance pratique de cette institutionnalisation du dialogue judiciaire en Europe mérite quelques développements.

15. Le juge suisse face aux juridictions européennes

Cour européenne des droits de l'homme (Strasbourg); *Cour de justice des Communautées européennes* et *Tribunal de première instance* (Luxembourg); *Cour AELE* (Genève): telles sont les quatre juridictions qui, dans l'optique suisse, présentent le plus grand intérêt dans la mesure où elles influencent déjà ou pourraient bientôt influencer considérablement les rapports juridiques de droit européen qui se tissent au sein de l'ordre juridique suisse.

Avant d'en dire quelques mots, qu'il soit simplement rappelé que ces quatre juridictions ne sont pas les seules.

---

[104] Ces deux revues – et la troisième de la série, anglophone celle-là, *Human Rights Law Journal (HRLJ)* – sont dues à deux éditeurs particulièrement dynamiques, M. et Mme Norbert Paul et Erika Engel (Strasbourg/Kehl).

[105] Pour la EuGRZ, M. Gerold Steinmann, greffier au Tribunal fédéral.

[106] Pour quelques exemples de tels risques liés à l'ignorance de la jurisprudence européenne, voir l'étude de droit comparé intitulée *Staatrechtliche Auswirkungen der Mitgliedschaft in den Europäischen Gemeinschaften / Conséquences institutionnelles de l'appartenance aux Communautés européennes* (sous la direction de Bertil Cottier), vol. 18 des publications de l'ISDC, Zurich, 1991, notamment p. 162-166 (premières décisions judiciaires grecques relatives à l'application du droit communautaire); pour un autre «exemple» de non-prise en considération de la jurisprudence européenne, voir plus haut, note 95 *in fine* et plus loin, §§ 27 et 29.

Historiquement, on rappellera qu'une juridiction internationale sise en Europe, la *Cour permanente de justice internationale*, a occasionnellement eu à se pencher sur des affaires intéressant directement la Suisse et un autre Etat européen[107]. On rappellera aussi que la Convention de Mannheim de 1868, modifiée par le Traité de Versailles, qui établit les compétences de la Commission centrale du Rhin, prévoit la compétence d'une *Chambre des appels*, formée d'un juge et d'un suppléant par Etat contractant, désignés par la Commission centrale[108]. Par ailleurs, la Convention européenne de 1972 sur l'immunité des Etats, ratifiée par la Suisse[109], est complétée par un Protocole additionnel qui institue une *Cour européenne de l'immunité des Etats*, composée de juges de la Cour européenne des droits de l'homme[110]. Cette juridiction n'a pas encore rendu d'arrêts. Enfin, tout récemment, sous l'égide de la Conférence sur la sécurité et la coopération en Europe, a été conclue, le 15 décembre 1992 à Stockholm, une Convention relative à la conciliation et à l'arbitrage au sein de la CSCE, dont l'art. 1er prévoit l'établissement, à Genève, d'une *Cour de conciliation et d'arbitrage* aux fins de régler, par la voie de la conciliation et, le cas échéant, de l'arbitrage, les différends qui lui seront soumis[111]. On rappellera enfin que deux juridictions qui devaient être créées par des instruments devant notamment lier la Suisse à la Communauté n'ont pas trouvé grâce devant la Cour de justice des Communautés européennes: le *Tribunal du Fonds* en 1977[112] et la *Cour EEE* en 1991[113].

Pour notre propos, l'*intérêt prioritaire des juridictions de Strasbourg et de Luxembourg* (en attendant celle de Genève) tient évidemment aux *matières dont elles traitent,* à la *largeur de leurs compétences*, au *nombre d'arrêts* qu'elles rendent aujourd'hui et au fait que les règles de droit que ces juridictions interprètent relèvent également de la compétence d'application et d'interprétation des *juridictions nationales.*

Tant il est vrai que «le langage des chiffres est rarement privé de sens»[114], il vaut la peine d'illustrer l'activité des Cours de Strasbourg et de Luxembourg par *quelques chiffres.* Si ceux-ci paraissent modestes en comparaison du volume d'affaires traité, par exemple, par le Tribunal

---

107 CPJI, arrêt du 7 juin 1932 sur les *zones franches du pays de Gex et de Haute Savoie (France c. Suisse)*, Série A/B, no 46, p. 96.

108 Voir l'art. 45 de la Convention révisée de Mannheim. Cette *Chambre des appels* peut, à certaines conditions, revoir les jugements rendus par les tribunaux nationaux sur les questions relatives à la navigation rhénane, RS 0.747.224.10.

109 RS 0.273.1.

110 RS 0.273.11 (art. 4-8).

111 Voir le message du Conseil fédéral du 19 mai 1993 (no 93047), à paraître dans FF 1993 II fin juillet 1993.

112 CJCE, *avis 1/76* du 26 avril 1977, Rec. 1977, p. 741ss, spéc. p. 760-761, § 17-22.

113 CJCE, *avis 1/91* du 14 décembre 1991, Rec. 1991, p. I-6079.

114 Lecourt (note 53), 1984, p. 223.

fédéral[115], ils n'en témoignent pas moins d'une croissance relative très importante des activités des juridictions européennes.

La Cour européenne des droits de l'homme n'avait rendu que 17 arrêts entre 1959 et 1973, soit en moyenne pas même un arrêt par année[116]. De 1974 à 1990, elle en a rendu 218 (ce qui a porté la moyenne annuelle à une douzaine); puis 72 en 1991, 81 en 1992, avec un total de 368 à fin 1992.

Pour sa part, de 1953 à septembre 1992, la Cour de justice des Communautés européennes avait rendu 3488 arrêts, le Tribunal de première instance – qui est en fonction depuis 1989 – 152 arrêts.

En 1981, la Cour de Strasbourg était saisie de 7 affaires et rendait 7 arrêts. La même année, la Cour de Luxembourg était saisie de 340 affaires, dont 109 sur renvois de juridictions nationales.

Une dixaine d'années plus tard, en 1992, la Cour de Strasbourg était saisie de 50 affaires et rendait 81 arrêts.

En 1992, la Cour de Luxembourg était saisie de 438 affaires (dont 162 renvois préjudiciels, représentant le 37% des saisines); la même année, elle liquidait 344 affaires, en rendant 210 arrêts, dont 112 (53%) sur renvois préjudiciels de juridictions nationales.

Quant à la Cour AELE, dont il est fait mention à l'art. 108 § 2 de l'Accord EEE du 2 mai 1992, elle devrait en principe entrer en fonction vers la fin de l'année 1993, avec l'entrée en vigueur de l'Accord EEE.

---

115 En 1992, le Tribunal fédéral avait liquidé 4810 affaires, le Tribunal fédéral des assurances 1337. Voir le rapport du Tribunal fédéral du 25 février 1993 sur sa gestion en 1992, et le rapport correspondant du Tribunal fédéral des assurances du 31 décembre 1992, Berne, 1993, p. 19 et 29.

116 Ces chiffres et ceux qui suivent sont tirés d'une publication intitulée *Aperçus 1959-1990,* édités par le Greffe de la Cour européenne des droits de l'homme en 1991, Strasbourg (Heymanns), 67 p.; voir également *Aperçus 1992*, Strasbourg (Heymanns), 1993, 31 p.; pour la Cour de Luxembourg, voir la publication périodique intitulée *Aperçu des travaux de la Cour de justice et du Tribunal de première instance des Communautés européennes*, Luxembourg, 1991.

16. La Cour européenne des droits de l'homme

«La CEDH (...) fait partie du paysage constitutionnel de l'Europe moderne.»

ROLV RYSSDAL[117]

«Gleich wie im gesamteuropäischen Rahmen zeigt sich auch in der Schweiz, dass der EMRK im Rechtsleben eine immer grössere Bedeutung zukommt, und man geht in der Annahme kaum fehl, die Entwicklung sei nicht am Ende. Im Laufe von bald 20 Jahren hat sich die Konvention in das schweizerische Rechtsdenken integriert.»

ARTHUR HAEFLIGER[118]

Instituée par la Convention européenne des droits de l'homme (art. 19 CEDH), la Cour de Strasbourg est, avec la Commission et le Comité des ministres du Conseil de l'Europe, l'un des trois organes du mécanisme international de contrôle de Strasbourg. Elle se compose d'un nombre de juges égal à celui des Etats membres du Conseil de l'Europe (31 le 1er juillet 1993). Les juges sont élus par l'Assemblée parlementaire pour neuf ans sur une liste de personnes présentée par les Etats membres du Conseil de l'Europe[119]. La Cour connaît de toutes les affaires «concernant l'interprétation et l'application de la Convention» qui lui sont déférées par la Commission ou un Etat et pour autant que l'Etat en question ait fait la déclaration facultative de juridiction obligatoire prévue à l'art. 46 de la Convention[120]. Ce qui, en pratique, suppose également une déclaration relative à l'art. 25 de la Convention, droit de requête individuelle devant

---

117 ROLV RYSSDAL, *Vers une Cour constitutionnelle européenne*, «Conférence Winston Churchill» donnée par le président de la Cour européenne des droits de l'homme à l'Académie de droit européen de Florence le 21 juin 1991, Conseil de l'Europe, Cour (91) 181, 12 p. (également en anglais; paraîtra fin 1993 dans le Recueil des cours).

118 ARTHUR HAEFLIGER (note 3), 1993, p. 360.

119 Au titre de la Suisse ont été élus successivement le juge fédéral ANTOINE FAVRE (1963), puis Mme DENISE BINDSCHEDLER-ROBERT (1975), et M. LUZIUS WILDHABER (1991).

120 Sur les effets juridiques des arrêts de la Cour de Strasbourg, voir DIETRICH SCHINDLER, *Die innerstaatlichen Wirkungen der Entscheidungen der Europäischen Menschenrechtsorgane*, in FS Max Guldener, Zurich (Schulthess) 1973, p. 273-290; GEORG RESS, *Effets des arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme en droit interne et pour les tribunaux nationaux*, Colloque de Heidelberg 1980, Paris (Pedone), 1982, p. 235-313 (également publié en allemand in: «Europäischer Menschenrechtsschutz. Schranken und Wirkungen», Heidelberg, 1982, p. 227ss); voir également MARK E. VILLIGER, *Die Wirkungen der Entscheide der EMRK-Organe im innerstaatlichen Recht, namentlich in der Schweiz*, ZSR/RDS 1985 I, p. 478-515; ARTHUR HAEFLIGER (note 3), 1993, p. 349-356; sur la problématique générale, voir encore GIARDINA (1979) et CONDORELLI (1987).

la Commission[121]. En vertu du Protocole no 9, qui n'est pas encore entré en vigueur, possibilité sera donnée aux individus requérants de saisir la Cour une fois leur cause examinée sur le fond par la Commission. La procédure devant la Cour de Strasbourg est généralement écrite et orale. Seuls les Etats ont formellement qualité de parties. La Commission y délègue l'un de ses membres pour présenter son point de vue, dans des fonctions qui ne sont pas sans ressembler à celles d'un avocat général devant la Cour de Luxembourg. Une pratique libérale permet de longue date au requérant et à son conseil de plaider devant la Cour. Les arrêts de la Cour se prononcent sur l'existence ou non d'une violation de la Convention[122]. Ils n'ont pas d'effet cassatoire par rapport à la décision interne, ni force exécutoire. Ils accordent le cas échéant une satisfaction équitable à l'intéressé (art. 50 CEDH). Les juges ont la possibilité de publier après l'arrêt leur opinion séparée (concordante ou dissidente), possibilité dont il est fait un large usage. Le Comité des ministres a l'importante compétence de surveiller l'exécution des arrêts de la Cour (art. 54 CEDH), compétence qui ne connaît pas de pendant dans le système de Luxembourg. De nombreux arrêts ont entraîné ou accéléré des changements jurisprudentiels ou législatifs. Souvent au-delà d'ailleurs de l'Etat directement concerné[123].

Comme on l'a souvent relevé, au fur et à mesure que progresse la procédure devant la Commission et la Cour, la dimension individuelle de la requête tend à passer à l'arrière-plan[124]. Sans doute la Cour affecte-t-elle de considérer qu'elle juge un cas d'espèce, mais c'est souvent la conformité d'une loi avec la Convention qui constitue le véritable enjeu de l'affaire[125].

---

[121] Aujourd'hui, tous les Etats parties à la Convention (26 le 1er juillet 1993) ont fait les déclarations correspondantes (art. 25 et 46 CEDH).

[122] Sur la cognition de la Cour de Strasbourg, voir GIORGIO MALINVERNI, *Le pouvoir d'examen de la Cour européenne des droits de l'homme*, Mélanges Georges Perrin, Lausanne (Payot), 1984, p. 199-211.

[123] Voir une liste de ces incidences dans la publication mentionnée en note 116, Strasbourg, 1991, p. 43-50. Sur l'importance de ce dialogue législativo-jurisprudentiel dans le domaine du droit pénal et de la procédure pénale, voir notre article *Problèmes de législation pénale révélés par la jurisprudence de Strasbourg: perspective de droit suisse et de droit comparé,* RPS/ZStrR 1989, p. 242-275.

[124] Voir dans ce sens LUZIUS WILDHABER, *Erfahrungen mit der Europäischen Menschenrechtskonvention,* ZSR/RDS 1979 II, p. 229-379, p. 315-317, spéc. p. 316: «Steht das *Individuum* zu Beginn somit im Zentrum, so rückt es *im Verlaufe des Verfahrens in den Hintergrund*».

[125] Sur cette question, voir notamment HERIBERT GOLSONG, (1988), p. 239-244; GIORGIO MALINVERNI (note 122), 1984, p. 199; et ARTHUR HAEFLIGER (note 3), 1993, p. 350: «Der Strassburger Entscheid bildet für die staatlichen Behörden ein Präjudiz, an das sie sich in ihrer künftigen Praxis halten müssen. Die Gutheissung einer Beschwerde kann ihren Grund darin haben, dass *Gesetzesvorschriften* des Vertragsstaats mit der EMRK nicht im Einklang sind (...). In solchen Fällen muss der betroffene Vertragsstaat die entsprechenden Gesetzesvorschriften aufheben oder ändern. Theoretisch würde es genügen, sie

Il y a lieu de souligner le *caractère subsidiaire de la procédure de contrôle de Strasbourg*. D'où l'importance du rôle de filtre que doit pouvoir jouer le Tribunal fédéral avant la saisine des organes de Strasbourg[126]. Et l'importance primordiale du développement d'une fructueuse coopération entre les autorités nationales et européennes pour la mise en oeuvre effective de la Convention[127]. Dans l'ensemble, le système de Strasbourg s'est révélé remarquablement efficace, même si l'on relève – notamment dans les modalités d'exécution des arrêts de la Cour – certaines zones d'ombre[128]. La doctrine suisse critique parfois le caractère quelque peu abstrait de la jurisprudence de Strasbourg[129].

Depuis une dizaine d'années, on parle sérieusement d'une réforme en profondeur du mécanisme de contrôle de la Convention. Le Conseil fédéral avait parrainé ce projet en 1985 à Vienne, lors de la première réunion ministérielle du Conseil de l'Europe en matière de droits de l'homme[130]. Cette question a depuis lors fait l'objet de débats scientifiques[131]. Depuis lors, l'idée a fait son chemin[132] et la Conférence des Chefs

---

künftig nicht mehr anzuwenden, aber es geht in einem Rechtsstaat nicht wohl an, in Kraft stehende Regeln einfach unbeachtet zu lassen»; plus restrictif, GEORG RESS (note 120), 1982, p. 243-244.

126 JAAC 1985, no 36, p. 267-269. Sur la règle de l'épuisement des voies de recours internes, voir MICHEL HOTTELIER, *L'article 26 CEDH et l'épuisement des voies de recours en droit fédéral suisse,* Bâle et Francfort (Helbing & Lichtenhahn), 1990, 57 p.

127 Dans ce sens, GIORGIO MALINVERNI, *L'art. 113 al. 3 de la Constitution fédérale et le contrôle de conformité des lois fédérales à la Convention européenne des droits de l'homme*, in: Mélanges Otto K. Kaufmann, Berne (Haupt), 1989, p. 381-397, p. 392.

128 Voir l'appréciation critique récente de CHRISTIAN TOMUSCHAT, *Quo vadis, Argentoratum? The success story of the European Convention on human rights – and a few dark stains*, HRLJ 1992, p. 401-406.

129 Voir HAEFLIGER (note 3), 1993, p. 368-374, spéc. 369ss; ainsi que les auteurs cités, en particulier DANIEL THÜRER, *Neuere Entwicklungen im Bereich der EMRK*, Zbl. 1988, p. 377-402; et CLÉMY VAUTIER, *L'application de la Convention européenne des droits de l'homme et ses conséquences pratiques,* JT 1992 IV, p. 130-151; voir encore PIQUEREZ (note 13), 1989, p. 127: «Le système de justice abstraite, formaliste, inspirée par les instances de Strasbourg, ne justifie pas, en Suisse, une modification profonde des structures judiciaires qui ont fait leurs preuves depuis des décennies».

130 Ce rapport, consacré à la fusion de la Commission et de la Cour européennes des droits de l'homme, est publié dans JAAC 1984, fasc. 48/IV, no 106, p. 553-577, et en anglais dans HRLJ 1985, p. 97-117.

131 Colloque de Neuchâtel de mars 1986, dont les actes sont publiés en français: *La fusion de la Commission et de la Cour européennes des droits de l'homme*, Kehl/Strasbourg (Engel), 1987, 245 p. (cet ouvrage contient notamment des rapports de S. TRECHSEL; J.A. FROWEIN; A. LESTER; M. KRAFFT; W.J. GANSHOF VAN DER MEERCH; G.J. WIARDA; et diverses communications écrites de H.-C. KRÜGER, L. BETTEN et J. KORTE; E.A. ALKEMA; M.E. VILLIGER; de la Direction des droits de l'homme et de G. MALINVERNI; le rapporteur général était F.G. JACOBS, aujourd'hui avocat général à la Cour de justice des Communautés européennes. Ces actes ont également été publiés en anglais dans HRLJ 1987, p. 1-244.

132 Voir sur ce point un récent document officiel du Conseil de l'Europe intitulé: *Réforme du système de contrôle de la Convention européenne des droits de l'homme*, Strasbourg,

d'Etat européens de Vienne d'octobre 1993 devrait pouvoir lancer la phase opérationnelle des réformes, dont la forme définitive reste incertaine. On peut espérer que le nouveau système pourra entrer en vigueur le 1er janvier de l'an 2000.

17. La Cour de justice des Communautés européennes et le Tribunal de première instance

> *«The judges of the European Court never seem to have doubted that it was their duty to transform the Treaty into a viable constitutional instrument.»*
>
> HJALTE RASMUSSEN[133]

Conscience juridique de la Communauté, la Cour de justice des Communautés européennes est investie de la très large mission d'assurer *«le respect du droit dans l'interprétation et l'application» du Traité CEE (art. 164 CEE)*. Davantage juridiction suprême d'un ordre juridique interne que juridiction internationale, la Cour de justice doit aussi l'importance de son rôle au caractère exclusif de ses compétences dans l'ordre juridique communautaire par rapport à d'autres modes de règlement des différends, qui sont expressément exclus dans toute la largeur du Traité (voir art. 219 CEE)[134].

La Cour de justice est formée de 13 juges et assistée de six avocats généraux (art. 165-166 CEE), nommés d'un commun accord par les Gouvernements des Etats membres[135].

---

décembre 1992, document H (92) 14, 50 p., publié dans RUDH 1992, p. 503-521; voir également, dans le même sens, la Recommandation 1194 (1992) de l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe, du 6 octobre 1992, publiée dans RUDH 1992, p. 521-522; plus récemment, WOLFGANG PEUKERT, *Vorschläge zur Reform des Europäischen Menschenrechtsschutzsystem*, EuGRZ 1993, p. 173-183.

133 HJALTE RASMUSSEN, *The Court of justice of the European Communities and the process of integration*, in: «Fédéralisme et cours suprêmes / Federalism and Supreme Courts» (Orlan, éd.), Bruxelles (Bruylant) et Montréal (Les presses de l'Université), 1992, p. 199-237, p. 204.

134 De manière significative, le préambule de la Convention de Stockholm du 15 décembre 1992, relative à la concertation et à l'arbitrage au sein de la CSCE (note 111), précise que les Etats parties à cet instrument «n'entendent en aucune manière porter atteinte à la compétence d'autres institutions ou mécanismes existants, notamment la Cour internationale de justice, la Cour européenne des droits de l'homme, *la Cour de justice des Communautés européennes* et la Cour permanente d'arbitrage», voir FF 1993 II (à paraître).

135 Les avocats généraux ont pour rôle de présenter publiquement, en toute impartialité et en toute indépendance, des conclusions motivées sur les affaires soumises à la Cour de justice, en vue d'assister celle-ci dans l'accomplissement de sa mission (art. 165 CEE).

Avant de brosser à larges traits les compétences de la Cour de justice, rappelons que la procédure devant elle comprend également une phase écrite et une phase orale, suivie par la présentation en public des conclusions de l'avocat général[136]. La Cour siège en formation plénière sur les recours formés par un Etat membre ou par une institution communautaire. Elle a largement fait usage de la possibilité, que lui ménage l'art. 165 CEE, de créer en son sein des chambres. Il en existe actuellement six, quatre comprenant trois juges et deux comprenant six juges[137]. Les arrêts sont publiés dans les neuf langues officielles de la Communauté. Les juges n'ont pas la possibilité d'exprimer leur opinion séparée, individuelle ou dissidente, ce qui renforce la perception d'un droit communautaire uniforme.

Le Traité CEE prévoit toute une palette de voies de recours devant la Cour de justice, qui, ensemble, forment un véritable «*système» de protection juridictionnelle* dont la Cour a souligné la «nécessaire cohérence»[138].

De manière significative, les compétences «internationales» de la Cour de justice sont rares et peu utilisées: la procédure en manquement d'un Etat membre contre un autre Etat membre (art. 170 CEE) n'a fait l'objet que d'un seul arrêt en 35 ans de pratique communautaire[139]. Les Etats membres dénoncent les éventuels manquements d'autres Etats membres à la Commission, qui fait usage – largement – de la procédure-soeur de l'art. 169 CEE, quitte à intervenir à l'appui du recours de la Commission[140]. Si, comme la Cour de justice l'a souligné dans son arrêt *Parti Ecologiste «Les Verts» c. Parlement Européen* du 23 avril 1986[141], l'ordre juridique institué par le Traité CEE crée une véritable «communauté de droit», c'est d'abord en raison de la circonstance que «ni ses Etats

---

136 A vrai dire, les juges prennent désormais le plus souvent connaissance de ces conclusions par voie de circulation; voir T. Koopmans, *The future of the Court of justice of the European Communities*, Yearbook of European Law 1991, vol. 11, Oxford, 1992, p. 15-32, p. 23.

137 Pour les détails, voir David Ruzie, *Article 165 CEE*, in: «Traité instituant la CE», Paris (Economica), 1992, p. 975-980, spéc. p. 977ss.

138 CJCE, arrêt *Foto-Frost c. Hauptzollamt Lübeck-Ost*, du 22 octobre 1987, aff. 314/85, Rec. 1987, p. 4199ss, p. 4231, § 16; voir, dans la bibliographie, Joliet (1985) et Würsch (1992).

139 CJCE, *France c. Royaume-Uni* du 4 octobre 1979, aff. 141/78, Rec. 1979, p. 2923 (différend en matière de pêche); une autre procédure, intentée par l'*Irlande c. France* (restrictions quantitatives en matière d'importation par la France de viande ovine) a fait l'objet d'un désistement de la part de l'Irlande.

140 Exemple: CJCE, arrêt *Commission (soutenue par Pays-Bas et Royaume-Uni) c. Allemagne* du 9 juillet 1987, aff. 205/84, Rec. 1986, p. 3793. Sur ces procédures en manquement, voir le commentaire de Denys Simon: *Article 169 CEE*, in: «Traité instituant la CEE», Paris (Economica), 1992, p. 1007-1021; *Article 170 CEE*, p. 1023-1025.

141 CJCE, arrêt *Parti Ecologiste «Les Verts» c. Parlement européen* du 23 avril 1986, aff. 294/83, Rec. 1986, p. 1339ss, p. 1365, § 23.

membres ni ses institutions n'échappent au contrôle de la conformité de leurs actes à la charte constitutionnelle de base qu'est le traité». La Cour de justice poursuit:

> «Spécialement par ses articles 183 et 184, d'une part, et par son article 177, d'autre part, le traité établit un système complet de voies de recours et de procédures destiné à confier à la Cour de justice le contrôle de la légalité des actes des institutions. Les personnes physiques et morales sont ainsi protégées contre l'application à leur égard des actes de portée générale qu'elles ne peuvent attaquer directement devant la Cour en raison des conditions particulières de recevabilité spécifiées à l'article 173, alinéa 2, du traité. Lorsque la mise en oeuvre administrative de ces actes appartient aux institutions communautaires, les personnes physiques et morales peuvent introduire un recours direct devant la Cour contre les actes d'application dont elles sont les destinataires ou qui les concernent directement et individuellement et invoquer, à l'appui de ce recours, l'illégalité de l'acte général de base. Lorsque cette mise en oeuvre incombe aux instances nationales, elles peuvent faire valoir l'invalidité des actes à portée générale devant les juridictions nationales et amener celles-ci à interroger à cet égard la Cour par la voie de questions préjudicielles.»[142]

Quelles sont les voies communautaires qui permettent le mieux de définir les exigences du droit communautaire au regard du droit national? En pratique, deux voies de droit jouent un rôle décisif: la procédure de l'art. 169 CEE, qui permet à la Commission, gardienne des traités, d'épingler les manquements étatiques de nature constitutionnelle, législative, administrative, voire judiciaire[143]; et surtout la procédure de l'art. 177 CEE (recours préjudiciel en interprétation du droit communautaire et en appréciation de la validité des actes institutionnels). Cette procédure constitue l'innovation la plus originale du Traité de Rome: elle crée une relation directe entre la Cour de justice et les juridictions nationales et permet l'accomplissement par ce biais d'une fonction juridictionnelle en commun[144]. Derrière la fonction officielle de cette procédure (notamment l'interprétation du droit communautaire) se profile de manière très nette son rôle décisif: donner à la juridiction nationale les moyens de trancher

---

[142] Arrêt précité, p. 1365, § 23. Dans sa jurisprudence ultérieure, la Cour de justice a dit pour droit, à propos des art. 184 et 177b CEE, que «*les juridictions nationales ne sont pas compétentes pour constater elles-mêmes la validité des actes des institutions communautaires*», CJCE, arrêt *Foto-Frost* du 22 octobre 1987, aff. 314/85, Rec. 1987, p. 4199ss, p. 4235, point 1 du dispositif de l'arrêt.

[143] L'intérêt que la procédure de l'art. 169 CEE présente dans la perspective de l'individu a été souligné par Jean Russotto, *L'avenir du libre-échange européen: le rôle de l'avocat communautaire,* in: «L'avenir du libre-échange en Europe», Zurich (Schulthess), 1990, p. 201-206, spéc. p. 205, no 524.

[144] Voir E. Traversa, *Les voies de recours ouvertes aux opérateurs économiques: le renvoi préjudiciel au titre de l'article 177 du traité CEE,* Revue du Marché unique européen 2/92, p. 51-80.

des conflits entre le droit communautaire et le droit national[145]. Le cas échéant en déclarant inapplicable, d'autorité, la règle nationale contraire[146].

On ne fera ici que mentionner en passant les autres compétences de la Cour de justice: recours en carence (art. 175 CEE); action en responsabilité non contractuelle (art. 178 et 215 al. 2 CEE); recours de fonctionnaires (art. 179 CEE); avis sur la compatibilité avec le Traité CEE de projets d'accords à conclure par la Communauté (art. 228 § 1 al. 2 CEE)[147]; compétence préjudicielle portant sur des conventions conclues entre Etats membres dans l'orbite communautaire (telle que la Convention de Bruxelles de 1968 sur la compétence et l'exécution des jugements en matière civile et commerciale)[148]; et certaines compétences – de faible intérêt pratique – liées aux clauses compromissoires contenues dans des contrats passés par la Communauté ou pour son compte (art. 181 CEE); ou encore compétence découlant de clauses arbitrales relatives à des conflits entre Etats membres (art. 182 CEE).

Il découle de ce qui précède que, selon le cas, la Cour de justice peut être *saisie* par les *juridictions nationales* (renvoi préjudiciel); par les *institutions* (recours en manquement à l'initiative de la *Commission*, recours en annulation à l'initiative de la *Commission*, du *Conseil* ou du *Parlement*, dont la Cour de justice a progressivement défini la qualité pour agir et pour défendre[149]); par les *Etats membres* (recours en annulation ou en carence); ou par les *particuliers* (recours en annulation et en carence, procédure en référé).

Même si, occasionnellement, la Cour de justice fait l'objet de critiques isolées – parfois acerbes[150] – elle s'est acquise une grande réputation. Elle joue un rôle majeur dans le développement du contrôle juridictionnel au sein de la Communauté, celui-ci restant, pour l'essentiel, décentralisé. En observateur avisé, M. WEILER relève que dans l'ensemble, les juridictions

---

145 Sur les expériences faites en Allemagne et aux Pays-Bas dans la mise en oeuvre de la procédure préjudicielle, voir, dans la bibliographie, SCHWARZE (1988); et KORTE (1991).

146 CJCE, arrêt *Simmenthal* du 9 mars 1978, aff. 106/77, Rec. 1978, p. 629.

147 Trois de ces avis présentaient un intérêt direct pour la Suisse: CJCE, *avis 1/76* du 26 avril 1977, Rec. 1977, p. 741; CJCE, *avis 1/91* du 14 décembre 1991, Rec. 1991, p. I-6079; CJCE, *avis 1/92* du 10 avril 1992, Rec. 1992, p. I-2821.

148 Sur la Convention de Bruxelles, et la Convention de Lugano à laquelle la Suisse est partie (RS O.275.11), voir PIERRE MERCIER et BERNARD DUTOIT, *L'Europe judiciaire: Conventions de Bruxelles et de Lugano*, Bâle (Helbing & Lichtenhahn), 1991, 249 p.

149 CJCE, arrêt *Conseil des CE c. Parlement européen* du 3 juillet 1986, aff. 34/86, Rec. 1986, p. 2155; CJCE, arrêt *Parlement européen c. Conseil* du 22 mai 1985, aff. 13/83, Rec. 1985, p. 1556; CJCE, arrêt *Parlement européen c. Conseil* du 12 juillet 1988, aff. 377/87, Rec. 1988, p. 4017; CJCE, arrêt *Parlement européen c. Conseil* du 27 septembre 1988, aff. 302/87, Rec. 1988, p. 5615; CJCE, arrêt *Parlement européen c. Conseil* du 22 mai 1990, aff. 70/88, Rec. 1990, p. I-2041.

150 Voir notamment W. DÄNZER-VANOTTI, *Unzulässige Rechtsfortbildung des Europäischen Gerichtshofs*, RIW 1992, p. 733-742.

nationales suivent fidèlement la jurisprudence de la Cour de justice[151]. La surcharge de la Cour de Luxembourg ces dernières années[152] a conduit à la création, par l'Acte unique européen de 1986, d'un *Tribunal de première instance* (art. 168 A CEE), juridiction adjointe à la Cour de justice, compétent pour connaître, sous réserve d'un pourvoi en cassation («appel») devant la Cour de justice, de certaines catégories de recours formés par des personnes physiques ou morales (recours contre les décisions de la Commission en matière de concurrence; recours de fonctionnaires; recours contre les décisions CECA). Le Tribunal de première instance comprend 12 juges qui peuvent être amenés, selon le cas, à remplir le rôle d'avocats généraux. Il est probable qu'avec le temps, cette juridiction se verra confier d'autres affaires, comme par exemple les procédures en matière d'anti-dumping, qui nécessitent, comme les autres affaires de concurrence, des investigations économiques de grande ampleur pour l'élucidation des faits[153]. Pour sa part, la Cour de justice développe peu à peu les caractéristiques d'une cour constitutionnelle[154].

18. La Cour des Etats de l'AELE

On se souvient que lors des derniers mois de la négociation EEE, la Cour de justice des Communautés européennes, saisie par la Commission, a rendu le 14 décembre 1991 un *avis 1/91* rendu au titre de l'art. 228 § 1 al. 2 CEE, avis dans lequel elle a considéré le projet de création d'une Cour EEE comme incompatible avec le Traité CEE[155].

---

151 J.H.H. Weiler, *The Court of justice on trial*, CMLRev 1987, p. 555-588, p. 584: «An overwhelming level of faithful compliance by national courts from all the Member States with the Court's jurisprudence».

152 Alors que de 1953 à 1982, la Cour de justice avait rendu 1567 arrêts, elle en a rendu 958 ces cinq dernières années (1988-1992), dont 209 en 1992; la durée moyenne des recours préjudiciels était passée de 6 mois en 1975 à 18 mois en 1987 et 18,8 mois en 1992; celle des recours directs de 9 mois en 1975 à 22,5 mois en 1987 et 25,8 mois en 1992. Voir D. Ruzie, *Article 168 A,* in: «Traité instituant la CEE», Paris (Economica), 1992, p. 995-1006, spéc., p. 996, note 1.

153 Sur les premières expériences du Tribunal de première instance, voir une contribution récente de son président, José-Luiz da Cruz Vilaça, *Le démarrage d'une nouvelle juridiction communautaire. Le Tribunal de première instance un an après*, Mélanges Boulouis, Paris (Dalloz), 1991, p. 47-74. En 1992, le TPI avait rendu 88 arrêts (dont 35 recours directs en matière de concurrence, 45 recours de fonctionnaires et 8 procédures particulières); sur l'action anti-dumping, voir, dans la bibliographie, Bourgeois (1992).

154 Voir notamment la synthèse stimulante de Gil Carlos Rodriguez-Iglesias, *Der Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften als Verfassungsgericht*, EuR 1992, p. 225-245; voir d'autres références doctrinales *infra*, note 167.

155 CJCE, *avis 1/91*, Rec. 1991, p. I-6079; cet avis est également reproduit dans RUDH 1992, p. 91-101; et dans RSDIE/SZIER 1992, p. 99-110 (avec observations Astrid Epiney, p. 275-304).

A titre de solution de rechange, l'art. 108 § 2 EEE prévoit que les Etats de l'AELE instituent une Cour de justice (la Cour AELE). Cette disposition[156] ne fait toutefois qu'énumérer, à titre exemplatif, les trois principaux chefs de compétence de la Cour AELE: actions en manquement de l'autorité de surveillance AELE contre les Etats de l'AELE (voie de droit qui correspond à l'art. 169 CEE); recours des individus et des Etats contre les décisions prises par l'autorité de surveillance AELE dans le domaine de la concurrence (contentieux de la légalité aujourd'hui assumé, dans la Communauté, par le Tribunal de première instance et en appel par la Cour de justice); enfin procédure de règlement des différends entre deux ou plusieurs Etats de l'AELE (procédure qui correspond à celle de l'art. 170 CEE).

C'est l'Accord du 2 mai 1992, conclu «entre les Etats de l'AELE relatif à l'institution d'une Autorité de surveillance et d'une Cour de justice»[157] qui permet de se faire une idée plus complète des compétences de la Cour AELE. Cette dernière est en effet également compétente pour donner des *avis consultatifs* sur l'interprétation de l'Accord EEE (cette dernière expression ne visant pas seulement les 129 articles de l'Accord EEE, mais toute la masse normative qui s'y rattache: 49 protocoles et 22 annexes, renvoyant elles-mêmes à plus de 15'000 pages du Journal Officiel des Communautés européennes)[158]. On relèvera le *rôle adjacent* mais néanmoins important que la Cour AELE devrait jouer dans le processus d'intégration européenne à côté de la Cour de justice des Communautés européennes: l'art. 6 EEE oblige en effet les Etats de l'AELE (et la Cour AELE) à considérer comme obligatoire, pour la mise en oeuvre et l'application de l'Accord EEE, la jurisprudence pertinente de la Cour de justice rendue jusqu'au 2 mai 1992 sur les règles communautaires qui trouvent leur pendant dans l'Accord EEE. Par ailleurs, l'art. 3 § 2 de l'Accord intra-AELE susmentionné prévoit l'obligation de la Cour de justice AELE de tenir compte des principes définis par la jurisprudence de la CJCE postérieure à cette date, dans la mesure où cette jurisprudence porte sur des règles communautaires reprises en substance dans l'Accord EEE.

---

156 FF 1992 IV 657ss, 696.

157 FF 1992 IV 1626.

158 Sur cette procédure, et sur les différences qu'elle entretient avec la procédure de l'art. 177 CEE, voir notre contribution, *La procédure d'avis consultatif devant la future Cour AELE*, Mélanges Jacques-Michel Grossen, Bâle et Francfort (Helbing & Lichtenhahn), 1992, p. 411-428.

19. Vers une Cour constitutionnelle européenne unique?

Il est certain que face à l'existence d'une prolifération de juridictions européennes, le risque augmente de doubles emplois et de l'apparition d'une concurrence stérile entre elles, voire d'une certaine confusion dans l'administration de la justice en Europe. L'imbrication de certaines procédures, comme le montre l'interdiction irlandaise de l'avortement, considérée tour à tour sous l'angle de l'art. 59 CEE (libre prestation de services) par la Cour de Luxembourg[159] et sous l'angle de l'art. 10 CEDH (liberté d'expression) par la Cour de Strasbourg[160], donne du crédit à cette thèse[161]. Un ancien juge à la Cour de justice des Communautés européennes, M. KOOPMANS, s'en était déjà fait l'écho à partir d'une réflexion sur la procédure préjudicielle devant la Cour de Luxembourg: il s'était demandé s'il ne fallait pas songer, à moyen terme, à créer une Cour constitutionnelle unique pour l'Europe[162].

D'autres, comme MM. SCHERMERS et HAEFLIGER, ont récemment mis en garde contre les inconvénients d'une trop grande concentration du contrôle judiciaire au niveau européen. Notamment dans le domaine des droits de l'homme[163]. Il est certainement prématuré, aujourd'hui, de songer à une juridiction unique, intégrant la Cour de Luxembourg et la Cour de Strasbourg. Les fonctions de ces deux juridictions sont très différentes, leur environnement institutionnel encore plus[164].

Il est cependant assez paradoxal de constater que le système de Luxembourg a connu une *partition* avec la création, par l'Acte unique européen, du Tribunal de première instance[165] à l'époque même où l'on parle, dans le système de Strasbourg, d'opérer la *fusion* de la Commission et de la

---

159 CJCE, arrêt *Grogan* du 4 octobre 1991, aff. 159/90, Rec. 1991, p. I-4685.

160 Cour EDH, arrêt *Open Door et Dublin Well Woman c. Irlande* du 29 octobre 1992, Série A no 246.

161 Sur cette affaire, voir l'intéressante étude de CHRISTINE LANGENFELD/ANDREAS ZIMMERMANN, *Interdependenzen zwischen nationalem Verfassungsrecht, Europäischer Menschenrechtskonvention und Europäischem Gemeinschaftsrecht (Überlegungen anlässlich der jüngsten Entscheidungen aus Dublin, Strassburg und Luxemburg zum irischen Informationsverbot für Abtreibungen)*, ZaöRV 1992, p. 259-314.

162 THIJMEN KOOPMANS, *La procédure préjudicielle – victime de son succès?*, Mélanges Pescatore, Baden-Baden (Nomos), 1987, p. 347-357, spéc. p. 350-357, § 3-5; dans un écrit plus récent, *The future of the Court of justice of the European Communities,* Yearbook of European Law 1991, vol. 11, Oxford, 1992, p. 15-32, cet auteur ne revient toutefois pas sur cette question.

163 HENRY G. SCHERMERS, *The scales in balance: national constitutional court v. Court of justice*, CMLRev 1990, p. 97-105; et HAEFLIGER (note 3), 1993, p. 371.

164 Voir ROBERT LECOURT, *Cour européenne des droits de l'homme et Cour de justice des Communautés européennes*, Mélanges Wiarda, Cologne (Heymanns), 1988, p. 335-340; et ANDREAS M. DONNER, *Transition,* Mélanges Wiarda, Cologne (Heymanns), 1988, p. 145-148.

165 Voir ci-dessus, § 17.

Cour européennes des droits de l'homme en un organe juridictionnel unique fonctionnant à plein temps[166]. Il est à souhaiter qu'un tel système voie le jour, car le mécanisme de Strasbourg est aujourd'hui gravement menacé par sa surcharge et par une organisation qui n'est plus adaptée aux besoins d'aujourd'hui.

Le système communautaire a récemment fait l'objet de vues prospectives d'un haut intérêt: alors que de nombreux témoins directs de l'institution (juges ou avocats généraux) relèvent l'importance croissante des fonctions constitutionnelles de la Cour de justice[167], d'autres songent en particulier, à l'occasion d'une future revision des traités, à flanquer la Cour de justice de Luxembourg de cours régionales avec lesquelles les juridictions nationales seraient en contact[168].

D. Un nouvel environnement psychologique

20. Le juge suisse bientôt «saisi» par le droit européen

Dans un stimulant article, M. MORAND décrivait récemment les raisons pour lesquelles le droit constitutionnel suisse serait bientôt «saisi» par l'Europe[169].

«Saisi» par le droit européen: tel sera aussi, bientôt, le sort du juge suisse.

Le choc sera d'abord *quantitatif*, compte tenu de l'énorme masse de règles européennes qui pénétreront dans l'ordre juridique suisse à l'occasion d'une entrée de notre pays dans l'EEE ou dans la Communauté. Mais le contraste sera surtout *qualitatif*. Un auteur particulièrement qualifié, M. BARAV, appréciant les efforts d'adaptation exigés des autorités nationales pour digérer le droit communautaire, souligne que «celui exigé des

---

166 Voir ci-dessus, notes 130-132. Voir également JUAN ANTONIO CARILLO SALCEDO, *Vers la réforme du système européen de protection des droits de l'homme*, Mélanges Velu, Bruxelles (Bruylant), 1992, tome II, p. 1319-1325; et WOLFGANG PEUKERT, *Vorschläge zur Reform des Europäischen Menschenrechtsschutzsystems*, EuGRZ 1993, p. 173-183, solidement documenté.

167 Voir, dans la bibliographie, les publications de JOLIET (1981), p. 3-15 et (1985); MISCHO (1990); RODRIGEZ-IGLESIAS (note 154), 1992; DUE (1992); JACOBS (1992); KOOPMANS (1992); MANCINI/KEELINGS (1992).

168 JEAN-PAUL JACQUÉ/JOSEPH H.H. WEILER, *Sur la voie de l'Union européenne, une nouvelle architecture judiciaire*, RTDE 1990, p. 441-456.

169 CHARLES-ALBERT MORAND, *La Constitution saisie par l'Europe*, in: «Mélanges offerts à la Société suisse des juristes pour son Congrès 1991 à Genève», Bâle et Francfort (Helbing & Lichtenhahn) 1991, p. 37-42.

juridictions internes est, à plusieurs égards, véritablement considérable»[170]. Pourtant, n'exagérons rien: d'un côté le juge suisse sera favorisé par l'existence, dans notre ordre juridique, de «structures d'accueil» (WAELBROECK) dans l'ensemble assez favorables (monisme, modèle fédéral, relative ouverture sur le droit international)[171], et il pourra tirer profit de premiers contacts sporadiques avec le droit européen, tout spécialement avec la Convention européenne des droits de l'homme[172]; de l'autre, il devra, du jour au lendemain, comprendre qu'il est désormais investi d'un statut communautaire de juge national. Là encore, la nouveauté conceptuelle ne sera pas si considérable. Le juge suisse se trouvera à peu près dans la situation d'un juge de district ou d'un juge cantonal appliquant le droit fédéral: c'est-à-dire d'un juge ayant non seulement la faculté, mais – depuis 1886[173] – l'obligation d'appliquer le droit supérieur. En d'autres termes, c'est le juge suisse qui sera chargé d'instrumenter au niveau national l'effet direct et la primauté de la règle communautaire dans les rapports juridiques les plus divers. Rapports qui se noueront entre les opérateurs économiques (*Marktteilnehmer*) communautaires et les autorités suisses (fédérales, cantonales et communales); entre ces autorités elles-mêmes; enfin et surtout entre les opérateurs économiques eux-mêmes. Lorsqu'on sait la diversité des domaines touchés par le droit communautaire, on n'a guère de peine à s'imaginer la variété des problèmes qui se poseront au juge national.

Mais – et voilà une raison d'espérer – le juge national ne sera pas livré à lui-même. Non seulement sa position au niveau national sera renforcée par l'effet du droit communautaire (du haut en bas de l'organisation judiciaire). Mais surtout aura-t-il la possibilité de nouer un fructueux dialogue judiciaire en vue de résoudre les problèmes qui se posent à lui quant à l'interprétation de la règle commune ou la validité du droit dérivé au regard des traités institutifs (procédure de l'art. 177 CEE)[174].

---

170 AMI BARAV, *La plénitude de compétence du juge national en sa qualité de juge communautaire*, Mélanges Boulouis, Paris (Dalloz), 1991, p. 1-20, p. 1.

171 Sur ces «structures d'accueil» dont dispose l'ordre juridique suisse pour la réception du droit communautaire, voir notre article, *L'ordre juridique suisse face à l'ordre juridique communautaire: aspects normatifs et judiciaires*, in: «Le droit suisse et le droit communautaire: convergences et divergences», Zurich (Schulthess), 1990, p. 1-20, spéc. p. 5-9. Sur la problématique générale, voir MICHEL WAELBROECK, *Traités internationaux et juridictions internes dans les pays du Marché commun*, Bruxelles (C.I.D.C.)/Paris (Pedone), 1969, p. 21-188; et ARNOLD KOLLER, *Die unmittelbare Anwendbarkeit völkerrechtlicher Verträge und des EWG-Vertrages im innerstaatlichen Bereich*, Berne (Stämpfli), 1971, p. 124ss.

172 Voir ci-dessous, § 26.

173 ATF 12, 500ss, p. 506-507, *Vaud et commune de Châtelard*, du 3 décembre 1886.

174 Ou dans le cadre, plus modeste, de la procédure d'avis consultatif en interprétation de l'Accord EEE devant la Cour AELE (art. 34 de l'Accord intra-AELE), voir *supra*, § 18, ad note 158.

En d'autres termes, au *rôle plutôt subi* qui verra le juge suisse, bon gré mal gré, devoir se soumettre au droit européen en l'étudiant, en l'appliquant et en le faisant respecter, viendra s'ajouter un *rôle plus actif* qui lui permettra d'expérimenter cet instrument souple et efficace de coopération judiciaire qu'est le renvoi préjudiciel, testé avec profit par des milliers de juges nationaux avant lui. *«Saisi» par le droit européen, le juge suisse pourra (devra) à son tour «se saisir» du droit européen pour exercer, comme juge interne, ses compétences de juge communautaire.*

Certes s'agira-t-il d'un «saut dans l'inconnu». Mais ayons la modestie d'admettre que ce saut sera sans aucune mesure avec celui qu'a effectué en solitaire ce juge néerlandais qui, en 1961, a été le premier à poser une question préjudicielle à la Cour de justice des Communautés européennes, pour obtenir quelques mois plus tard les lumières de cette dernière sur l'interprétation d'une disposition du Traité de Rome[175]. S'il y a eu un «*Winkelried*» parmi les juges nationaux de la Communauté, ce fut bien celui-là.

Gageons que le juge suisse, qui a déjà remarquablement su tirer parti de la Convention européenne des droits de l'homme, dans plus de 300 arrêts publiés[176], saura lui aussi saisir la chance que lui offre le droit communautaire ou, avant lui, le droit de l'EEE.

21. Les inquiétudes, les esquives et les défis

Mais il lui faudra pour cela surmonter certaines inquiétudes, ne pas céder à la tentation des esquives (*Umgehungen*) – qui ne font que reporter les problèmes –, et relever courageusement quelques défis.

a) Les inquiétudes

Surmonter les inquiétudes d'abord.

Inquiétudes du juge devant un monde nouveau, pour lequel l'enseignement universitaire ne l'a souvent guère préparé et où la formation permanente n'en est, en Suisse, qu'à ses balbutiements[177]. Les avocats le constatent[178]; les juges eux-mêmes admettent que la réception du droit

---

[175] CJCE, arrêt *Bosch* du 6 avril 1962, aff. 13/61, Rec. 1962, p. 89ss, p. 103-107, arrêt qui a reconnu l'effet direct de l'art. 85 CEE.

[176] Pour la seule période 1978 – fin 1991; voir les indications statistiques données par HAEFLIGER (note 3), 1993, p. 360. Pour d'autres indications statistiques, voir plus loin, § 24.

[177] L'observation est générale: nous souffrons encore, en Suisse, sinon d'un manque d'information, du moins d'un *manque de connaissances* en matière de droit européen.

[178] Voir OLIVIER MACH, *L'avenir du libre-échange européen: le rôle de l'avocat suisse*, in: «L'avenir du libre-échange en Europe», Zurich (Schulthess), 1990, p. 207-226, p. 224,

communautaire «n'ira en effet pas sans poser d'importants problèmes de formation»[179]. Qu'on se rassure: le manque d'information est également cruellement ressenti à l'intérieur de la Communauté, où les avocats ne connaissent pas encore suffisamment les ressources qu'offre le droit communautaire[180].

Inquiétudes devant l'incursion massive de ce droit nouveau – qui n'est pourtant ni du droit «étranger», ni du droit «international» classique –, mais parfois très technique et qui est, comme le relève M. SPIRA, «d'une surprenante complexité sémantique aux yeux d'un juriste suisse non encore habitué aux particularités du «langage juridique communautaire»[181]. Ce qui fait dire à M. PESCATORE:

> «Traités et lois étrangères – voilà les deux phénomènes qui ont symbolisé jusqu'ici, dans la perspective du juge national, l'irruption des influences du monde extérieur. Or, les conceptions implantées par les contacts avec le droit international, public et privé, sont peu adaptées aux besoins du droit communautaire. Les traités formant constitution de la Communauté sont tout autre chose que les traités destinés à régler des rapports interétatiques; il s'agit de traités d'intégration. Le droit dérivé, sous forme surtout de règlements communautaires, n'a pas son équivalent dans l'ordre international. Enfin, ce serait une erreur fatale que d'assimiler le droit communautaire à la loi étrangère et de l'aborder avec l'esprit de relativisme qui caractérise les méthodes applicables aux conflits de loi. C'est pour contrecarrer de telles tendances que la Cour communautaire n'a pas cessé de placer l'accent sur la *spécificité* et l'*autonomie* du droit communautaire.»[182]

Inquiétudes aussi – pourquoi le nier? – liées à l'idée d'une spécialisation inévitable, en Suisse, et – peut-être surtout – à la perspective d'une concurrence d'autres avocats européens, au moment même où nous ne

---

nos 576-577; voir également, au sujet de la nécessité d'une formation permanente, l'intervention de Me JAQUES GUYET lors du même colloque, p. 436, no 1095.

179 JEAN-FRANÇOIS EGLI, *Le Tribunal fédéral face à l'Espace économique européen*, in: «Accord EEE (Commentaires et réflexions)», Zurich (Schulthess), 1992, p. 617-623, p. 623, note 14, qui relève, à cet égard, l'utilité de la Fondation destinée à favoriser la formation continue des magistrats, créée par la Confédération et les cantons le 13 février 1992. On mentionnera aussi, dans ce contexte, l'intérêt des travaux entrepris par l'Union internationale des magistrats (UIM), dont le président actuel est le Suisse PHILIPPE ABRAVANEL. Le groupe régional de l'UIM, l'Association européenne des magistrats, a notamment élaboré un programme de formation des juges européens en droit communautaire (juin 1992, 9 p.).

180 PIERRE PESCATORE, *L'application du droit communautaire dans les Etats membres,* in: «Cour de justice des Communautés européennes, Rencontre judiciaire et universitaire», 27-28 septembre 1976, Luxembourg, Office des publications officielles des CE, p. VI-1 à VI-42 (également en danois, allemand, anglais, italien et néerlandais), p. VI-10.

181 RAYMOND SPIRA, *Le Tribunal fédéral des assurances face à l'EEE,* in: «Accord EEE (Commentaires et réflexions)», Zurich (Schulthess), 1992, p. 625-637, p. 629.

182 PESCATORE (note 180), 1976, p. VI-12.

sommes même pas pleinement acquis à une concurrence intercantonale autre que ponctuelle[183]. Inquiétudes enfin pour le juge de s'entendre dire que désormais, le déjà exigeant «nul n'est censé ignorer la loi» ne suffit plus puisque, *dans la réalité quotidienne du droit européen*, il faudra désormais dire, avec M. VOYAME: «Nul n'est censé ignorer la jurisprudence»[184]. Une jurisprudence européenne qui n'est – à Strasbourg – publiée qu'en français et en anglais (mais disponible à très bref délai en allemand dans EuGRZ et dans *Praxis*); et – à Luxembourg – dans les neuf langues officielles de la Communauté (allemand, anglais, danois, espagnol, français, grec, italien, néerlandais et portugais).

Toutes ces inquiétudes pourront être surmontées lorsque le juge suisse aura pris la pleine mesure de sa place dans la construction de l'ordre juridique communautaire, place qui l'obligera à appréhender l'«au-delà» de l'Etat. L'explication fondamentale tient dans l'idée de «*dédoublement fonctionnel*» que véhicule la pensée fédéraliste: une fois que le juge suisse aura pleinement accepté, sur le plan juridique mais aussi psychologique, qu'il est non seulement organe d'application du droit national mais *aussi* organe d'exécution, d'application et d'interprétation du droit européen, il aura définitivement coupé le «cordon ombilical» qui l'empêche aujourd'hui – avant même l'arrivée du droit communautaire – d'accéder à ce statut «immédiatisé» de juge national face au droit européen[185].

b) Les esquives

Mais le plus grand danger qui planera sur le juge suisse, encore réticent à accéder à sa condition internationale et européenne, sera peut-être de demeurer prisonnier d'une *conception étriquée de la légalité*. Trop sou-

---

183 JEAN RUSSOTTO, *L'avenir du libre-échange européen: le rôle de l'avocat communautaire*, in: «L'avenir du libre-échange en Europe», Zurich (Schulthess), 1990, p. 201-206, no 512; voir également *supra*, § 1, ad note 3, l'intervention d'un ordre cantonal des avocats auprès de la FSA, le 18 décembre 1992.

184 JOSEPH VOYAME, *Nul n'est censé ignorer la jurisprudence*, Mélanges Wiarda, Cologne (Heymanns), 1988, p. 673-677. L'auteur envisage la question dans l'optique de la CEDH, mais le principe nous semble valoir *a fortiori* pour le droit communautaire (à titre indicatif, mentionnons que le Recueil des arrêts de la CJCE – qui, il est vrai, reproduit également les rapports d'audience et les conclusions des avocats généraux – contient pour l'année 1991 6112 p., celui du TPI pour la même année 1936 p.!).

185 Selon l'expression de DENYS SIMON, *Les exigences de la primauté du droit communautaire: continuité ou métamorphoses?*, Mélanges Boulouis, Paris (Dalloz), 1991, p. 481-493, p. 492. Sur l'actualité de la philosophie du «dédoublement fonctionnel», mise en lumière par GEORGES SCELLE, voir en particulier ATHOS G. TSOUTSOS, *Le dédoublement fonctionnel dans l'ordre juridique international,* in: «Mélanges Léontin-Jean Constantinesco», Cologne (Heymanns), 1983, p. 823-839, spécialement p. 830; voir également nos observations dans le contexte des rapports entre la primauté et le fédéralisme, dans *La primauté du droit international face à quelques principes directeurs de l'Etat fédéral suisse,* RDS/ZSR 1985 I, p. 383-428, p. 408-413, p. 411.

vent, ce terme n'a d'acception que *nationale* et d'horizon qu'étroitement *législatif*. Or seule une conception ouverte de la légalité, axée sur l'idée de *prééminence du droit* (*rule of law*, intégrant le droit national et le droit international), fournit les moyens adéquats d'échapper au cercle vicieux de la prétendue primauté de la *loi* (*Gesetz*) qu'on affecte encore de vouloir imposer comme un impératif catégorique au juge, même face au droit international. La déférence du juge face au législateur, qui est jusqu'à un certain point l'une des caractéristiques les plus sympathiques de notre système de juridiction constitutionnelle (art. 113 al. 3 Cst.), n'est pas à sa place dans le rapport *loi/traité*. Ce dernier rapport est de nature fondamentalement différente et ne peut se résoudre qu'en faisant appel à deux grands principes inhérents à l'idée de prééminence du droit: le respect du principe de *cohérence* de l'ordre juridique global et celui de *hiérarchie des règles de rangs différents*, européennes et internes dans notre contexte[186].

Dans ce contexte, *l'«esquive» principale consiste dans une démission du juge face au Parlement et à l'exécutif*. Cette attitude, qui méconnaît la position fondamentalement différente du juge dans le rapport *Constitution/loi* et dans le rapport *traité/loi*, est encore largement répandue en Suisse. N'entendons-nous pas dire encore souvent que la primauté du droit international sur le droit interne doit être observée par le législateur et par l'exécutif, non par le juge[187]?

Une autre esquive classique consiste, pour le juge national, à prétendre pouvoir se dégager de sa responsabilité sur le plan national au profit d'un – très souvent hypothétique – règlement des différends au niveau international[188]. Ce faisant, on oublie que ce qui compte, c'est précisément

---

186 Dans ce sens: ANDRÉ GRISEL, *A propos de la hiérarchie des normes juridiques*, Zbl. 1987, p. 377-395, spéc. p. 390-391; ALEXANDRE BERENSTEIN, *Le droit international de la sécurité sociale dans la jurisprudence du Tribunal fédéral des assurances*, in: «Le droit des assurances sociales en mutation», Berne (Stämpfli), 1992, p. 3-18, spéc. p. 18; nous avons nous-même évoqué ces questions de rapports entre la primauté du droit international et le principe de la légalité dans l'article cité (note 185 *in fine*), RDS/ZSR 1985 I, p. 397-400; *contra*, SEILER (1992), p. 379, ad note 22.

187 ROBERT PATRY, *Le juge suisse face au libre-échange européen*, in: «L'avenir du libre-échange en Europe», Zurich (Schulthess), 1990, p. 233-240, p. 238, no 631: «c'est l'affaire du législateur – non du juge – de veiller à ce que ses lois soient compatibles avec la Constitution et le droit international», (dans le même sens: p. 237, no 626 et p. 240, no 637); voir les remarques critiques de MATHIAS C. KRAFFT (*intervention orale*), *ibidem*, 1990, p. 446, no 1113.

188 Exemple typique d'une telle esquive: ATF 105 II 49, 59 («*Omo*»), du 25 janvier 1979, où le Tribunal fédéral voit dans l'absence d'une juridiction commune capable d'imposer l'applicabilité directe des règles conventionnelles une justification à ne pas reconnaître d'effet direct à l'art. 13 ALE (alors que le même argument avait été utilisé pour tirer la conclusion opposée à propos de l'art. 16 de la Convention de Stockholm de 1960 instituant l'AELE, dans l'arrêt ATF 98 Ib 385, 388, *Banque de crédit International*, du 13 octobre 1972).

l'exécution *interne* des traités et le rôle assumé dans ce cadre par les juridictions nationales[189]. Certes, les procédures internationales de règlements des différends économiques peuvent jouer un grand rôle aujourd'hui et leur importance est souvent mésestimée. C'est le mérite de certains travaux récents de l'avoir montré[190], notamment s'agissant de l'arbitrage commercial international[191]. Mais, comme l'observait un jour M. BLANKART, le moyen par excellence de mise en oeuvre d'un traité international réside dans la reconnaissance de son effet direct[192]. Et c'est pour l'avoir oublié qu'on assiste en Suisse, depuis 20 ans, à de peu glorieux cafouillages dont il serait grand temps de tirer les conséquences: arrêt *Schubert* de 1973 et ses prolongements jusqu'en 1993 dans l'affaire *Sud-Provizel* entre l'Italie et le canton des Grisons[193]; modalités d'entrée en vigueur de la réglementation sur la vignette auto-routière et la taxe poids lourd au début de l'année 1985, en raison d'un examen peu précis de la compatibilité de la taxe avec nos engagements internationaux[194]; persistance enfin à ne voir dans l'Accord de libre-échange de 1972 qu'un simple «arrangement de nature commerciale»[195].

Ce qui nous manque encore en Suisse, c'est une perception conséquente, à la lumière des exigences du droit international, des rapports entre les organes de l'Etat face à l'exécution des traités internationaux[196].

---

189 PIERRE PESCATORE, *Synthèse et note documentaire*, in: «L'Avenir du libre-échange en Europe», Zurich (Schulthess), 1990, p. 483, no 1185.

190 Voir l'ouvrage collectif *Adjudication of international trade disputes in international and national economic law*, Ernst-Ulrich Petersmann et Gunther Jaenicke (éd.), PUPIL, vol. 7, Fribourg (Editions universitaires), 1992, 405 p., plus annexe; notamment les contributions de PETER BEHRENS, KARL-HEINZ BÖCKSTIEGEL, ERNST-ULRICH PETERSMANN, GEORG RESS et RAINER M. BIERWAGEN; voir également THOMAS COTTIER, *Constitutional trade regulation in national and international law: structure-substance pairings in the EFTA experience*, in: «National Constitutions and International economic law» (ed. by M. Hilf and E.-U. Petersmann), Deventer (Kluwer), 1993, p. 409-442.

191 Sur cette question, voir GERHARD WEGEN et THOMAS W. WELCH, *The role of international commercial arbitration, in particular of the International Chamber of Commerce*, in: «Adjudication...» (note précédente), 1992, p. 383-405.

192 FRANZ BLANKART, *Intervention orale*, in: «L'avenir du libre-échange en Europe», Zurich, 1990, p. 368, no 950: «Encore une fois, ce qui importe, c'est l'invocabilité devant le juge: c'est là que réside le véritable 'enforcement'».

193 ATF 99 Ib 39, *Schubert*, du 2 mars 1973, et ATF 115 II 401, *Sud-Provizel SA*, du 13 octobre 1989; voir les remarques critiques de LUZIUS WILDHABER en 1973, *Bemerkungen zum Fall Schubert betreffend das Verhältnis von Völkerrecht und Landesrecht*, SJIR/ASDI 1974, p. 195-201, auxquelles répondent, comme un point d'orgue, celles de WALTER KÄLIN deux décennies plus tard, *Schubert und der Rechtsstaat, oder: Sind Bundesgesetze massgeblicher als Staatsverträge?*, ZSR/RDS 1993 I, p. 73-77; voir plus loin, § 25, p. 332-344.

194 Voir nos remarques dans *La primauté du droit international face à quelques principes directeurs de l'Etat fédéral suisse*, RDS/ZSR 1985 I, p. 385.

195 ATF 118 Ib 367, 378, *Association pour le recyclage du PVC*, du 7 juillet 1992.

196 L'avis de droit précité du 29 avril 1989, JAAC 1989, no 54, que le Conseil fédéral a fait «sien» (FF 1992 III 1125ss, *1275*; FF 1992 IV 1ss, *83*), constitue un essai de dégager cette nouvelle perception (voir notamment le § 13: p. 417-419 du texte allemand;

c) Les défis

Si le droit européen représente, pour le juge suisse, un nouveau défi, c'est avant tout celui, pour le juge, de vaincre son penchant naturel à l'introversion. Pour reprendre le langage direct du juge PESCATORE:

> «A notre époque, favorable aux échanges internationaux et interculturels, le monde des juristes reste un univers encore étonnamment fermé et replié sur lui-même. Un tel milieu n'est évidemment pas favorable à l'accueil d'une nouveauté telle que le droit communautaire dont la prétention fondamentale est, précisément, de transcender l'étroitesse des frontières nationales qui, pour le commun des juristes, sont en même temps des frontières mentales.»[197]

Le véritable défi du droit européen pour le juge, c'est donc le défi de l'ouverture, celui du relativisme. Il n'y a aucune raison de penser que ce défi ne sera pas relevé en Suisse.

Sur les rapports entre le droit international et le droit interne suisse, tout a été dit par ANDRÉ GRISEL en 1987[198], dans l'une de ses dernières publications[199]. L'essentiel a également été exposé par quatre autres juges fédéraux ou anciens juges fédéraux, qui ont livré récemment des contributions majeures au débat: M. EGLI, président en exercice du Tribunal fédéral, sur le Tribunal fédéral face à l'Espace économique européen[200]; M. SPIRA, ancien président du Tribunal fédéral des assurances et M. BERENSTEIN, ancien juge fédéral, sur le rôle particulier du juge face au droit international et européen de la sécurité sociale[201]; et M. HAEFLIGER, ancien président du Tribunal fédéral, sur la place centrale de la CEDH en Suisse[202].

A ces efforts créateurs désormais entrepris en Suisse correspondent, depuis des années en Europe, des réflexions menées par d'autres hauts magistrats nationaux en vue de trouver l'articulation optimale entre une

---

p. 459-461 du texte français).

197 PIERRE PESCATORE (note 180), 1976, p. VI-11.

198 ANDRÉ GRISEL (note 186), 1987, p. 377-395.

199 Voir également la prise de position précitée (note 196) du 26 avril 1989 de l'Office fédéral de la justice du DFJP et de la Direction du droit international public, *Rapports entre le droit international et le droit interne au sein de l'ordre juridique suisse*, JAAC 1989, no 54 (en allemand et en français).

200 JEAN-FRANÇOIS EGLI, *Le Tribunal fédéral face à l'Espace économique européen,* in: «Accord EEE (Commentaires et réflexions)», Zurich (Schulthess), 1992, p. 617-623.

201 RAYMOND SPIRA, *L'application du droit international de la sécurité sociale par le juge*, Mélanges Alexandre Berenstein, Lausanne (Payot), 1989, p. 471-487; *Le Tribunal fédéral des assurances face à l'EEE*, in: «Accord EEE (Commentaires et réflexions)», Zurich (Schulthess), 1992, p. 625-637; ALEXANDRE BERENSTEIN, *Le droit international de la sécurité sociale dans la jurisprudence du Tribunal fédéral des assurances*, in: «Le droit des assurances sociales en mutation», Berne (Stämpfli), 1992, p. 3-18.

202 ARTHUR HAEFLIGER (note 3), 1993.

jurisprudence nationale (en l'espèce celle de Karlsruhe) et les jurisprudences européennes (de Strasbourg et de Luxembourg)[203], ou en vue d'explorer les rapports entre les cours suprêmes des Etats de l'AELE et la Cour AELE[204]. A ces réflexions s'ajoutent, au niveau européen, les réflexions créatrices d'autres juges, parmi lesquels on mentionnera le président en exercice de la Cour européenne des droits de l'homme, le Norvégien RYSSDAL[205] et, en ce qui concerne la Cour de justice des Communautés européennes, les travaux du président en exercice, le Danois DUE[206], des anciens présidents LECOURT[207], DONNER[208], KUTSCHER[209], MERTENS DE WILMARS[210] et MACKENZIE STUART[211], ainsi que des juges ou anciens juges EVERLING[212], GALMOT[213], GREVISSE et JOLIET[214], KOOPMANS[215], MOINTINHO DE ALMEIDA[216], RODRIGUEZ-IGLESIAS[217], des avocats géné-

---

203 Voir PETER BADURA, *Grundrechte in Europa. Zur Frage der «normativen Verklammerung» des Gemeinschaftsrechts mit den Verfassungen der Mitgliedstaaten* (BverfGE 73, 339-Solange II), in: «Neuntes deutsch-polnisches Juristen-Kolloquium. Der internationale und nationale Schutz der Menschenrechte», Baden-Baden (Nomos), 1992, p. 119-136.

204 LEIF SEVON, *The EEA judicial system and the supreme courts of the EFTA-States*, in: «EEA Agreement (Comments and reflexions)», Zurich (Schulthess), 1992, p. 603-615 (également publié dans JEDI/EJIL 1992, p. 329-340).

205 RYSSDAL, (note 117), 1991.

206 OLE DUE, *A constitutional Court for the European Communities*, Mélanges O'Higgins, Dublin (Butterworth), 1992, p. 3-10.

207 ROBERT LECOURT: voir, dans la bibliographie, ses publications de (1976); (1984); (1988); et (1991).

208 ANDREAS M. DONNER, *Miroir du juge*, Mélanges Pescatore, Baden-Baden (Nomos), 1987, p. 195-203.

209 HANS KUTSCHER, *Community law and the national judge*, Law Quarterly Review 1973, p. 487ss.

210 JOSSE MERTENS DE WILMARS, *La jurisprudence de la Cour de justice comme instrument de l'intégration communautaire*, CDE 1976, p. 135-148.

211 LORD MACKENZIE STUART, *Recent developments in English administrative law. The impact of Europe?* Mélanges Pescatore, Baden-Baden (Nomos), 1987, p. 411-419.

212 ULRICH EVERLING, *Der Beitrag des europäischen Gerichtshofs zur europäischen Grundrechtsgemeinschaft*, in: «40 Jahre Grundgesetz», Munich, 1990, p. 167ss.

213 YVES GALMOT/JEAN-CLAUDE BONICHOT, *La Cour de justice des Communautés et la transposition des directives en droit national*, RFDA 1988, p. 1-23.

214 FERNAND GREVISSE/JEAN-CLAUDE BONICHOT, *Les incidences du droit communautaire sur l'organisation et l'exercice de la fonction juridictionnelle dans les Etats membres*, Mélanges Boulouis, Paris (Dalloz), 1991, p. 297-310; RENÉ JOLIET, *Le droit institutionnel des Communautés européennes (Le contentieux)*, Liège (Faculté de droit, d'économie et de sciences sociales), 1981, 302 p.; *Le système de protection juridictionnelle dans la CEE*, Paris (Recueil Dalloz/Sirey), 21 mars 1985, no 12, p. 65-72; *Protection juridictionnelle provisoire et droit communautaire*, Rivista di diritto europeo 1992, p. 253-284.

215 KOOPMANS (note 162), 1987 et 1991.

216 JOSÉ CARLOS MOITINHO DE ALMEIDA, *Evolución jurisprudencial en materia de acceso de los particulares a la jurisdicción comunitaria*, Grenade (Universidad de Granada), 1991, 96 p.

217 GIL CARLOS RODRIGUEZ-IGLESIAS, *Der Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften als Verfassungsgericht*, EuR 1992, p. 225-245.

raux MISCHO[218], JACOBS[219] et DARMON[220], sans oublier le président en exercice du Tribunal de première instance, le Portugais DA CRUZ VILAÇA[221], et le Luxembourgeois PESCATORE, qui est sans aucun doute l'auteur qui a le plus publié sur le droit communautaire en général et sur la fonction juridictionnelle communautaire en particulier[222]. La richesse et la diversité de ces témoignages ne peuvent que rassurer, stimuler et inciter les juges suisses à participer activement à cette oeuvre collective.

Voilà le défi posé au juge par le droit européen. Un défi qu'il doit s'apprêter à relever dès aujourd'hui.

22. De quelques enseignements à tirer de l'expérience d'autres juges nationaux

«The area of the Community is enormous, the judges number tens of thousands and their ideological cohesion is zero.»

G.F. MANCINI/D.T. KEELING[223]

Il est bien connu que les expériences des uns ne profitent pas nécessairement aux autres. Devrions-nous, instruits par cette apparente fatalité, renoncer à tirer profit de l'expérience communautaire d'autres juges nationaux? Ce serait peu sage. Car si le retard pris le 6 décembre 1992 est fâcheux, efforçons-nous de mettre à profit le temps qui nous sépare de la prochaine étape de notre destin européen. Pour nous faciliter la tâche, nous avons là, sur un plateau, des ouvrages de droit comparé d'une richesse exceptionnelle. Mentionnons tout d'abord un ouvrage publié en 1976 de plus de 1100 pages, contenant les actes du 6e Congrès international de droit européen organisé en mai 1973 à Luxembourg par la Fédération internationale pour le droit européen (FIDE) sur le thème: «*La jurisprudence européenne après vingt ans d'expérience communautaire/Die europäische Rechtsprechung nach zwanzig Jahren Gemeinschaftsleben*»[224].

---

218 JEAN MISCHO, *Un rôle nouveau pour la Cour de justice?*, RMC 1990, p. 681-686.

219 FRANCIS G. JACOBS, *Is the Court of justice of the European Communities a constitutional Court?*, Mélanges O'Higgins, Dublin (Butterworth), 1992, p. 25-32.

220 MARCO DARMON, *Juridiction constitutionnelle et droit communautaire*, RTDE 1988, p. 217-251.

221 DA CRUZ VILAÇA (note 153) 1991, p. 47-74.

222 PIERRE PESCATORE: voir, dans la bibliographie, ses publications de (1965); (1974); (1976); (1981); (1983); (1988); (1990); et (1992).

223 G. FEDERICO MANCINI et DAVID T. KEELING, *From CILFIT to ERT: the constitutional challenge facing the European Court,* Yearbook of European Law 1991, vol. 11, Oxford (Clarendon Press), 1992, p. 1-13, p. 6.

224 Publié à Cologne, Berlin, Bonn et Munich chez Heymanns comme vol. 24 de la Série «Kölner Schriften zum Europarecht» (KSE 24), 1976, 1132 p.

Presque deux autres décennies nous séparent de ce premier bilan, analyse en profondeur des expériences jurisprudentielles au sein des six Etats fondateurs de la Communauté. Deux décennies pendant lesquelles d'autres travaux ont été consacrés à ces problèmes: à côté d'un nombre impressionnant d'articles, on mentionnera une étude d'envergure publiée en 1991 par l'Institut suisse de droit comparé de Lausanne intitulée (dans un titre allemand plus précis que le titre français, franchement ambigu): «*Staatsrechtliche Auswirkungen der Mitgliedschaft in den Europäischen Gemeinschaften/Conséquences institutionnelles de l'appartenance aux Communautés européennes*»[225] et une étude originale, qui restitue le climat des discussions dans les douze Etats membres de la Communauté, publiée en 1984 dans les Mélanges Teitgen par M. PESCATORE[226].

Que nous enseignent ces études?

D'abord, sans doute, le sens du relativisme. Et peut-être aussi un élan de sympathie pour le juge. Car quel que soit le cadre constitutionnel dans lequel le juge national exerce son office, il se trouve seul, à un stade ou à un autre, pour résoudre certains problèmes d'articulation entre le droit national et le droit européen. Il s'en libère parfois par un sursaut salvateur, qui lui permet de retrouver ensuite des eaux calmes. Le meilleur exemple constitue sans doute la jurisprudence de la Cour de cassation belge dans l'affaire *Fromagerie franco-suisse «Le Ski» c. Etat belge*, objet d'un arrêt du 2 mai 1971[227]. Parfois au contraire, certaines juridictions suprêmes nationales prennent quelques décennies à mettre les réalités nationales au diapason des réalités communautaires[228].

---

225 Vol. 18 des publications de l'ISDC, Zurich (Schulthess), 1991, Douze études nationales rédigées sous la direction de Bertil Cottier, 446 p. (cet ouvrage ne se limite toutefois pas aux aspects juridictionnels: l'accent est placé sur la *dimension normative* – constitutionnelle et législative – des effets du droit communautaire au niveau national); voir également STEFAN GRILLER u.a., *Fundamentale Rechtsgrundlagen einer EG-Mitgliedschaft (Verfassungsfragen der Übernahme vom EG-Recht in den bisherigen Mitgliedstaaten in vergleichender Sicht)*, Vienne (Verlag der Österreichischen Staatsdruckerei), 1991, 272 p.

226 PIERRE PESCATORE, *L'application judiciaire des traités internationaux dans la Communauté européenne et dans ses Etats membres*, Mélanges Teitgen, Paris (Pedone), 1984, p. 355-406.

227 Cette décision est reproduite dans CDE 1971, p. 561; voir également J.-P. MÜLLER/L. WILDHABER, *Praxis des Völkerrechts*, Berne (Stämpfli), 2e éd, 1982, p. 111-112.

228 Typique à cet égard est la position du Conseil d'Etat français, beaucoup plus réticent que la Cour de cassation française à la pénétration du droit européen. L'histoire à rebondissements semble approcher du dénouement, avec les étapes décisives qu'ont été l'arrêt *Nicolo* du 20 octobre 1989 (concl. P. FRYDMAN), l'arrêt *Boisdet* du 24 septembre 1990 (primauté des règlements communautaires sur la loi interne postérieure) et les arrêts *Rothmans* et *Arizona Tobaccos* du 28 février 1992. Désormais, seule la primauté des directives communautaires sur les lois internes contraires doit encore être «digérée» par le Conseil d'Etat; voir sur ce point DENYS SIMON, *Le Conseil d'Etat et les directives communautaires: du gallicanisme à l'orthodoxie?*, RTDE 1992, p. 265-283.

Entre ces deux extrêmes, on mentionnera tout particulièrement le dialogue critique entamé par la Cour constitutionnelle allemande dans un célèbre arrêt «*Solange I*» le 29 mai 1974, le jour même où nous célébrions, en Suisse, le centième anniversaire de la Constitution fédérale. Cette fronde allemande qui consistait, pour la Cour de Karlsruhe, à se réserver le droit d'apprécier la compatibilité d'un règlement communautaire avec les exigences du droit constitutionnel allemand en matière de droits fondamentaux *tant et aussi longtemps qu'*une protection juridictionnelle comparable n'existerait pas au sein de l'ordre juridique communautaire, a eu certains effets bénéfiques, de sorte que l'armistice a été déclaré dans un arrêt aussitôt intitulé «*Solange II*»[229]. Et comme les dictons ont la vie dure, on a aussitôt spéculé, dans la doctrine allemande, sur la date du troisième épisode[230].

Un autre groupe d'expériences, propres aux *Etats du Benelux*, devrait être de nature à nous encourager. Ces trois Etats partagent en effet avec la Suisse une caractéristique fondamentale de leur système juridictionnel interne: l'absence de contrôle de la constitutionnalité des lois[231]. Or ces trois pays sont certainement ceux qui ont le mieux et le plus rapidement résolu la question des rapports entre le droit européen et le droit interne.

Les *Pays-Bas* bénéficient d'un cadre constitutionnel ouvert sur le droit international (les art. 63 à 67 remontent à 1953 et 1956; les art. 90 à 95, et tout spécialement les art. 92 à 94, ont été adoptés en 1983). La Cour suprême, le *Hoge Raad*, a pu, dans un arrêt du 4 mai 1984, en déduire sans difficulté la non-application d'une règle interne même postérieure incompatible avec le droit communautaire. La juridiction suprême néerlandaise en matière sociale, le *Centrale Raad van Beroep*, en a fait de même dans un arrêt du 10 mai 1989[232].

La *Belgique* a réglé une fois pour toutes son problème d'articulation entre le droit national et le droit européen (et le droit international) par son célèbre arrêt *Fromagerie franco-suisse «Le Ski»* du 27 mai 1971, précité[233]. Quant au *Luxembourg*, doté de bases constitutionnelles ouvertes au droit international (art. 49bis, introduit en 1956), il se trouve de

---

229 Christian Tomuschat, *Les rapports entre le droit communautaire et le droit interne allemand dans la jurisprudence récente de la Cour constitutionnelle allemande*, CDE 1989, p. 163-178.

230 Ruppert Scholz, *Wie lange bis «Solange III»?*, NJW 1990, p. 941-946.

231 Sur ces régimes (et d'autres), voir Helmut Henrichs, *Gemeinschaftsrecht und nationale Verfassungen: Eine Konfliktstudie*, EuGRZ 1989, p. 237-245, spéc. p. 240-242; et *Gemeinschaftsrecht und nationale Verfassungen: Organisations- und verfahrensrechtliche Aspekte einer Konfliktlage*, EuGRZ 1990, p. 413-423, spéc. p. 419-421.

232 Anne-Sophie Rieben, *Pays-Bas*, in: «Staatsrechtliche Auswirkungen» (note 225), Zurich, 1991, p. 341-354, p. 342 et 344.

233 Voir *supra*, note (227).

surcroît au bénéfice d'un arrêt parfaitement clair sur la primauté, rendu le 14 juillet 1954 dans l'affaire *Pagani*[234].

Dans deux autres Etats de tradition dualiste, le *Danemark* et le *Royaume-Uni*, les bases constitutionnelles de la primauté sont fragiles: présomption de conformité du droit national au droit européen au *Danemark*; règles d'interprétation contenues dans un acte législatif, le *European Community Act*, au *Royaume-Uni*. Il ne semble cependant pas en être résulté de péril pour l'effet utile (*rechtliche Wirksamkeit*) du droit communautaire, notamment au *Royaume-Uni*, où la force attachée à la jurisprudence a permis un plein impact des arrêts de la Cour de justice des Communautés européennes[235].

Dans deux autres pays dualistes, l'*Allemagne* et l'*Italie*, la présence de cours constitutionnelles aux pouvoirs étendus a provoqué quelques turbulences et prolongé des dialogues au plus haut niveau pendant près de quatre décennies. Si certaines décisions allemandes avaient, dès 1967, reconnu de manière très complète les effets du droit communautaire et sa spécificité, les arrêts *Solange I* du 29 mai 1974 et *Solange II* du 22 octobre 1986, précités, ont marqué le pas sur la question des droits fondamentaux.

En *Italie*, c'est l'arrêt *Granital* de 1984 qui a reconnu au juge ordinaire italien la compétence de ne pas appliquer la loi interne – antérieure ou postérieure – contraire à la norme communautaire[236]. Mais l'arrêt *Fragd*, de 1990, prolonge le dialogue jurisprudentiel sur la question des droits fondamentaux[237].

En *France*, malgré une base constitutionnelle en principe favorable (art. 55 Cst.), l'évolution s'est faite par paliers: la *Cour de cassation* a été la première à consacrer la primauté sur la «nature spécifique originale» du droit communautaire, en intégrant par là même la jurisprudence *Costa-ENEL*; le Conseil constitutionnel a suivi, en reconnaissant la primauté de toutes règles de droit communautaire – même de droit dérivé – sur toutes règles internes contraires, y compris constitutionnelles; quant au Conseil d'Etat, le tournant décisif a été marqué par l'arrêt *Nicolo* de 1989, mais la relation des directives communautaires avec le droit national

---

234 ANNE-SOPHIE RIEBEN, *Belgique*, *ibidem* (note 225), 1991, p. 325-339, spécialement p. 325-329.

235 BERTIL COTTIER, *Danemark*, *ibidem* (note 225), 1991, p. 57-76; et MARTIN SYCHOLD, *Royaume-Uni*, (note 225), 1991, p. 375-410; et *Synthèse* de BERTIL COTTIER, *ibidem*, 1991, p. 417.

236 ALBERT M. ARONOVITZ/BERTIL COTTIER, *Italie, ibidem* (note 225), 1991, p. 287-323, spéc. p. 292.

237 GIORGIO GAJA, *New developments in a continuing story: the relationship between EEC law and italian law*, CMLRev 1990, p. 83-95; pour les développements antérieurs, voir S. NERI, *Le droit communautaire et la Cour constitutionnelle italienne: la protection des droits fondamentaux*, Rivista di diritto europeo 1989, p. 81-89.

n'est toujours pas complètement éclaircie, malgré les arrêts *Rothmans et Arizona Tobacco* du 28 février 1992[238].

En *Irlande*, on prédisait une mise en oeuvre juridictionnelle harmonieuse de la primauté du droit communautaire sur la norme nationale contraire, y compris constitutionnelle. Cet optimisme, fondé sur l'art. 29 al. 4 de la Cst., s'est révélé excessif, comme l'a montré l'affaire de l'avortement, qui a défrayé la chronique européenne en 1992 et connu la même année des prolongements à Strasbourg (arrêt *Open Door*)[239] après en avoir connu à Luxembourg en 1991 (arrêt *Grogan*)[240]. De manière assez peu orthodoxe, un protocole du Traité de Maastricht a mis un terme provisoire à ce bras-de-fer entre le droit communautaire et le droit constitutionnel irlandais[241].

En *Espagne*, où la Cour constitutionnelle estimait encore, dans un arrêt du 14 février 1991, qu'un conflit entre une règle communautaire et une règle étatique est un «conflit entre normes infra-constitutionnelles, qui doit être résolu par les tribunaux ordinaires», une étape importante a été franchie par un arrêt du *Tribunal Supremo* du 13 juin 1991, qui reconnaît désormais pleinement la primauté du droit communautaire[242].

Situation constitutionnelle de départ favorable au *Portugal*, où l'art. 8 al. 2 de la Cst. de 1982 prévoit que les normes figurant dans les conventions internationales régulièrement ratifiées ou approuvées par ce pays s'intègrent dans l'ordre interne dès leur publication officielle et restent en vigueur aussi longtemps qu'elles lient internationalement l'Etat portugais. Dans un arrêt de 1984 rendu en la cause *Letras Levranzas*, le Tribunal constitutionnel portugais a consacré sans ambiguïté la primauté du droit international sur une loi interne même postérieure. La Cour suprême a également affirmé la primauté dans un arrêt *Comercio e industria c. Carlos Serejo* du 24 juillet 1982, mais la pratique ultérieure semble moins nette[243].

Enfin, en *Grèce*, le statut du droit communautaire dans l'ordre juridique interne manque de clarté, notamment parce que les tribunaux hésitent à fonder la primauté du droit communautaire sur les principes développés

---

238 Beatrice Metraux, *France, ibidem* (note 225), 1991, p. 223-255, notamment p. 228-230; pour les développements les plus récents, voir Denys Simon (note 228), 1992.

239 Cour EDH, arrêt *Open Door et Dublin Well Woman c. Irlande,* du 29 octobre 1992, Série A no 246.

240 CJCE, arrêt *Grogan* du 4 octobre 1991, aff. C-159/90, Rec. 1991, p. I-4685.

241 Brian Walsh, *The judicial power, justice and the Constitution of Ireland*, Mélanges O'Higgins, Dublin (Butterworth), 1992, p. 145-157. Le protocole du traité de Maastricht a pour effet de mettre l'art. 40.3.3 de la Constitution irlandaise au-dessus du Traité de Rome: voir la critique du procédé par Rodriguez-Iglesias (note 154), EuR 1992, p. 243-245.

242 Roland Abele, *Der Vorrang des Gemeinschaftsrechts in der Rechtsprechung des Tribunal Supremo*, EuZW 1992, p. 305-308, spéc. p. 308.

243 Albert M. Aronovitz, *Portugal, ibidem* (note 225), 1991, p. 355-374, spécialement p. 360.

par la Cour de justice des Communautés européennes, qui souligne la nature originale du droit communautaire. Les dispositions constitutionnelles pertinentes (art. 28 al. 2 et al. 3 Cst.) n'ont pas permis de réduire jusqu'ici ces difficultés[244].

Il est certes hasardeux de tirer des conclusions péremptoires de ce rapide survol de droit comparé[245]. Il semble toutefois possible d'en dégager au moins trois enseignements pour la future confrontation des juridictions suisses avec le grand large du droit communautaire.

Premier enseignement, capital: *il est réducteur de vouloir «construire» la primauté exclusivement à l'aide du droit constitutionnel* puisque, par définition, la primauté du droit européen ou du droit international exige des Etats qu'ils aménagent leur ordre juridique en fonction des exigences du droit international ou du droit européen (art. 26-27 CV; art. 5 CEE et jurisprudence pertinente de la CJCE/art. 3 EEE/art. 22 ALE). En Suisse, où le Tribunal fédéral a d'une part confirmé en 1991 l'application directe des règles générales de droit international[246], d'autre part rappelé la nécessité de lire le droit constitutionnel (donc en particulier l'art. 113 al. 3 Cst.) à la lumière du droit international[247], l'ouverture conceptuelle a eu lieu. Il reste à en tirer les conséquences nécessaires: non seulement la légitimité de l'examen d'une règle de droit fédéral au regard d'une règle internationale[248], que préconise depuis longtemps la doctrine[249]; mais également la déclaration d'inapplicabilité, dans un cas d'espèce, de la règle interne contraire à la règle internationale ou européenne[250]. On oublie parfois que des arrêts anciens avaient franchi le pas sans inhibition[251]. Pourquoi ne redécouvrirait-on pas les vertus de cette jurisprudence?

Le deuxième enseignement se résume à l'idée qu'*il ne sert à rien d'éluder les problèmes*. Vouloir fonder trop exclusivement la primauté sur une disposition constitutionnelle plutôt que sur la nature juridique

---

244 Christophe Bernasconi/Claire Spirou, *Grèce*, *ibidem* (note 225), 1991, p. 155-187, spécialement p. 162-173.

245 La synthèse de Bertil Cottier (p. 411-431), qui couronne l'ouvrage précité (note 225), 1991, a précisément le mérite de réfuter un certain nombre d'idées reçues.

246 ATF 117 Ib 337, 340, *P. c. Office fédéral de la police*, du 14 octobre 1991.

247 ATF 117 Ib 367, 373, *Erben X,* du 15 novembre 1991.

248 L'arrêt cité à la note précédente renoue avec une jurisprudence ancienne dans ce sens (voir note 251 ci-après).

249 Voir la quinzaine d'auteurs mentionnés dans JAAC 1989, no 54, § 11, ad note 61, p. 455-456 (version allemande: p. 413, ad note 61).

250 Voir les précédents que constituent, quoi qu'on en dise, les arrêts ATF 106 Ib 16, 17, *Bozano,* du 15 janvier 1980; ATF 107 Ib 68, 69, *Dharmarajah,* du 27 mars 1981; voir plus loin, § 29, c), p. 372-376.

251 Sur cette jurisprudence ancienne et ses mérites, voir notre article, *L'effet direct du droit international en Suisse: histoire d'un détour inutile*, ASDI/SJIR 1989 (volume anniversaire), p. 129-151, spéc. p. 141-144.

propre de l'ordre juridique communautaire est invariablement source de difficultés, parce qu'une telle construction contient en germe le risque d'effritement de la règle commune auxquelles s'ajoutent, sur le plan interne, des querelles de prestige entre juridictions: le fait que tout juge national, quel que soit son rang dans la hiérarchie judiciaire, ait non seulement le *droit*, mais *l'obligation* d'invoquer et d'appliquer la jurisprudence communautaire (art. 177 CEE et, notamment, l'arrêt *Simmenthal*[252]) place un jour ou l'autre les juridictions suprêmes récalcitrantes en porte-à-faux entre la Cour de Luxembourg et les juridictions inférieures qui les rappellent à l'ordre... supérieur.

Troisième enseignement: un *usage généreux de la procédure préjudicielle*, tant par les juridictions inférieures que supérieures, ne peut être que profitable à l'éclaircissement rapide de situations juridiques conflictuelles au niveau national. Le fait que, comme l'observent MM. DARMON[253] et OLMI[254], les juridictions des Etats membres de la Communauté aient toutes fini par admettre, plus ou moins facilement, et avec quelques nuances, la primauté du droit communautaire et son corollaire, la non-application des normes législatives contraires (antérieures ou postérieures), ne devrait pas, le moment venu, inciter nos juridictions suprêmes à se hâter lentement. Le mieux sera d'aborder les problèmes de front. Ne serait-ce que pour éviter ces commentaires mitigés où, après 30 ans d'expériences communautaires, on qualifie encore de «contrasté» le bilan de la réception par telle haute juridiction nationale de la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes, tout en se résignant à observer une «tendance générale (...) à un rapprochement progressif»[255].

---

252 CJCE, arrêt *Simmenthal* du 9 mars 1978, aff. 106/77, Rec. 1978, p. 629.

253 MARCO DARMON, *Juridiction constitutionnelle et droit communautaire*, RTDE 1988, p. 217-251.

254 GIANCARLO OLMI, *Les hautes juridictions nationales, juges du droit communautaire*, Mélanges Pescatore, Baden-Baden (Nomos), 1987, p. 499-536.

255 JEAN-CLAUDE BONICHOT, *Convergences et divergences entre le Conseil d'Etat et la Cour de justice des Communautés européennes*, RFDA 1989, p. 579-604.

23. «Chance du droit et des juges en Europe»

«Il est manifeste que nous sommes engagés, tous, dans un mouvement puissant de convergence juridique au service d'une solidarité nouvelle».

PIERRE PESCATORE[256]

Point n'est besoin de se demander longtemps en quoi consiste la *chance du droit* en Europe aujourd'hui; cette chance est celle d'avoir fait passer, dans des textes juridiquement contraignants, le souffle de la *Déclaration Schuman du 9 mai 1950*, véritable acte de naissance de l'Europe contemporaine. Ce langage politique, dont la première version avait été élaborée par JEAN MONNET le 15 avril 1950[257], est repris dans le préambule du Traité CECA de 1951:

> «Résolus à substituer aux rivalités séculaires une fusion de leurs intérêts essentiels, à fonder par l'instauration d'une communauté économique les premières assises d'une communauté plus large et plus profonde entre des peuples longtemps opposés par des divisions sanglantes et à jeter les bases d'institutions capables d'orienter un destin désormais partagé,
>
> Ont décidé de créer une Communauté européenne du charbon et de l'acier».

La *chance des juges*, dans tout cela? Elle réside dans le fait que la Cour de justice des Communautés européennes a osé exprimer, dans deux arrêts de 1963 et 1964, la finalité profonde du Traité de Rome. Ces deux arrêts, connus de tous les juristes européens, sont l'arrêt *van Gend & Loos* du 5 février 1963[258] et l'arrêt *Costa-ENEL* du 13 juillet 1964[259]. Quel eût été le droit communautaire sans eux, s'interrogeait récemment M. LECOURT, qui présidait aux destinées de la Cour de justice lors de la prise de ces deux décisions fondamentales pour l'Europe[260]? *Réponse:* un droit consensuel, écartelé entre les souverainetés étatiques, détaché des préoccupations immédiates et concrètes des justiciables, tributaire des conceptions qui ordonnent, de façon disparate, les rapports de chaque ordre juridique interne avec le droit international.

En hommage à la Cour de justice, il vaut la peine de revivre avec le président LECOURT le moment de ce choix capital, qui remonte à trois décennies déjà. Le détour en vaut la peine: il ramène aussitôt à de plus justes proportions les valses-hésitations auxquelles on assiste souvent

---

256 PIERRE PESCATORE (note 180), 1976, p. VI-29.

257 JEAN MONNET, *Mémoires*, Paris (Fayard), 1976, p. 349-350.

258 CJCE, arrêt *van Gend & Loos* du 5 février 1963, aff. 26/62, Rec. 1963, p. 3.

259 CJCE, arrêt *Costa-ENEL* du 15 juillet 1964, aff. 6/64, Rec. 1964, p. 1141.

260 ROBERT LECOURT, *Quel eût été le droit des Communautés sans les arrêts de 1963 et 1964?*, Mélanges Boulouis, Paris (Dalloz), 1991, p. 349-361.

dans les Etats européens pour résorber nos petits problèmes de rapports entre le droit international et le droit interne. Ici, on préfère sacrifier la primauté du droit européen en sondant le coeur, parfois impénétrable, du Parlement[261]; là, on hésite à consacrer le principe de la primauté en raison des conséquences financières que la décision judiciaire pourrait entraîner[262]; là encore, dans un arrêt par ailleurs courageux, on utilise sans nécessité l'argument de la «*lex posterior*» pour affirmer la primauté du traité, sans paraître réaliser que, ce faisant, on revient en fait sur un acquis jurisprudentiel[263].

Laissons donc à M. LECOURT le soin de nous faire vivre l'enjeu de l'arrêt *van Gend & Loos* de 1963:

> «L'espèce qui a permis de trancher le débat posait le problème de l'effet direct des règles communautaires à son plus haut degré de difficulté. Un particulier s'armait du traité pour demander la sauvegarde de ses droits. Mais en face de lui se dressaient les stipulations contraires de la loi nationale. C'était en outre contre sa propre administration qu'il livrait ce combat. Enfin, il devait, pour vaincre, affronter les conclusions contraires de trois gouvernements et de l'avocat général.»[264]

Que répond la Cour de justice? Elle répond:

> «*que la Communauté constitue un nouvel ordre juridique (...) au profit duquel les Etats ont limité, bien que dans des domaines restreints, leurs droits souverains et dont les sujets sont non seulement les Etats membres, mais également leurs ressortissants;*
>
> *que, partant, le droit communautaire, indépendant de la législation des Etats membres, de même qu'il crée des charges dans le chef des particuliers, est aussi destiné à engendrer des droits qui entrent dans leur patrimoine juridique;*
>
> *que ceux-ci naissent non seulement lorsqu'une attribution explicite en est faite par le traité, mais aussi en raison d'obligations que le traité impose d'une manière bien définie tant aux particuliers qu'aux Etats membres et aux institutions communautaires*»[265].

---

261 ATF 99 1b 39, *Schubert*, du 2 mars 1973; ANDRÉ GRISEL (note 186), 1987, avait l'autorité pour oser commenter: «Tabler sur ce que l'Assemblée fédérale savait et voulait, c'est s'appuyer sur un élément incertain» (p. 392).

262 ATF 111 V 201, *Courtet* du 23 octobre 1985. C'est, du moins, l'une des hypothèses qui a été avancée pour expliquer la réticence du Tribunal fédéral des assurances – par ailleurs ouvert au droit international – à refuser de reconnaître l'application directe de la norme européenne en conflit avec la règle interne correspondante. Voir à ce propos les critiques autorisées de BERENSTEIN (note 186), 1992, p. 13-17. A quand le changement de jurisprudence si attendu?

263 ATF 118 II, *F. c. Conseil d'Etat de Thurgovie*, du 17 décembre 1992 (à paraître).

264 ROBERT LECOURT, *L'Europe des juges*, Bruxelles (Bruylant), 1976, p. 250.

265 CJCE, arrêt *van Gend & Loos* du 5 février 1963, aff. 26/62, Rec. 1963, p. 1ss, p. 23.

La suite est connue. Une année plus tard, cet acquis jurisprudentiel fondamental en matière d'effet direct était complété par l'arrêt *Costa-ENEL*, du 15 juillet 1964, relatif à la primauté[266], dont la Cour devait opérer la jonction conceptuelle quatorze ans plus tard, à l'occasion d'une affaire qui devrait frapper l'inconscient collectif des juristes suisses: l'arrêt *Simmenthal*, du 9 mars 1978, dont il sera question plus loin[267].

La Cour n'aurait-elle pas reconnu l'effet direct du droit communautaire que le Marché commun serait demeuré une association d'Etats, dont les membres, en cas de difficulté, auraient probablement cédé à la tentation d'exciper réciproquement de la violation de leurs obligations communautaires. Les particuliers en auraient fait les frais. Or ce sont précisément les opérateurs économiques et les particuliers qui, par la défense de leurs droits, sont venus apporter au droit communautaire sa véritable force d'entraînement. Comme le relève M. LECOURT: «C'est alors qu'on eût pu regretter de s'être privé de la vigilance de ceux-ci comme facteur d'efficacité. La crainte de voir surgir l'action directe des personnes devant le juge a souvent constitué, pour les Etats membres et les institutions, une incitation déterminante pour les aider à vaincre les résistances rencontrées dans l'exécution du traité. La crainte des recours individuels est, en somme, le commencement de la sagesse communautaire.»[268]

On voit donc qu'à l'enrichissement lié à la participation à un projet collectif européen vient s'ajouter, pour le juge, le privilège d'être le protecteur de droits individuels conférés par le droit communautaire. Cette promotion, dans des rapports transnationaux, du droit au profit des particuliers, c'est avant tout cela la «chance du droit et des juges en Europe»[269].

L'autre chance, c'est que le Traité de Rome ait institué la *procédure préjudicielle* qui, en créant un contact direct entre le juge national et le juge communautaire, a non seulement favorisé une coopération entre ces juridictions, mais surtout favorisé la pénétration du droit communautaire

---

266 CJCE, arrêt *Costa – ENEL* du 15 juillet 1964, aff. 6/64, Rec. 1964, p. 1141.

267 CJCE, arrêt *Simmenthal* du 9 mars 1978, aff. 106/77, Rec. 1978, p. 629, voir *infra*, § 37 et 38.

268 LECOURT (note 260), 1991, p. 351-352.

269 L'expression utilisée ici est une reprise du titre de l'allocution introductive prononcée par le juge PESCATORE lors de l'ouverture du Colloque de la FIDE de 1973, KSE 24, 1976, p. 9-22 (ce texte a également été publié dans RIDC 1974, p. 5-19).

dans les Etats membres, en donnant au juge «la conscience de ce qu'il est directement associé à la mise en oeuvre du droit communautaire»[270].

Enfin, le droit européen représente une chance pour les juges nationaux en ce qu'il leur donne l'occasion, en participant à un projet collectif, de repenser leurs fonctions et responsabilités face aux pouvoirs exécutif et législatif.[271]

C'est à la description de cette transformation de l'office du juge par le droit européen que nous consacrerons le *Chapitre 4* (p. 379-417) et le *Chapitre 5* (p. 418-440) de notre rapport. Mais avant cela, il convient d'opérer un retour sur le passé, pour rappeler quels ont été les premiers contacts du juge suisse avec le droit européen. Ce détour nous permettra de mieux mesurer et comprendre les étapes qu'il s'agira de franchir encore, le cas échéant avec l'aide du législateur ou du Constituant.

---

270 PESCATORE (note 180), 1976, p. VI-11.

271 Pour un premier pas dans cette direction (dans le contexte de la CEDH), voir ATF 117 Ib 367, 373, *Erben X,* du 15 novembre 1991.

CHAPITRE 3

Le passé: premiers contacts du juge suisse avec le droit européen

24. Une jurisprudence pointilliste: accents principaux, aspects quantitatifs, synthèses doctrinales

a) Accents principaux

A l'exception, notable, de la Convention européenne des droits de l'homme, le juge suisse n'a pas encore été plongé dans le *droit européen*, au sens le plus large où nous avons entendu cette notion (§ 5). Il n'en existe pas moins une assez riche jurisprudence «européenne» du Tribunal fédéral. Mais celle-ci est difficile à cerner, en raison de son caractère hétérogène. Nous avons par conséquent renoncé à nous lancer dans une analyse jurisprudentielle systématique, qu'on nous avait pourtant généreusement suggéré d'entreprendre. Le risque évident est en effet de s'épuiser dans le patient recensement d'arbres, sans être certain d'obtenir, en fin de compte, une vision ne fût-ce qu'approximative de la forêt qu'ils sont censés former.

Une raison honorable de nous donner bonne conscience nous a paru résider dans l'existence, en doctrine, de deux vastes fresques décrivant l'application des traités internationaux par le juge fédéral: celle de M. KRONAUER[1], qui remonte à 1972; et celle de M. WILHELM de 1992, qui n'est toutefois consacrée qu'en partie à la jurisprudence du Tribunal fédéral[2]. Le praticien dispose de surcroît, depuis de nombreuses années, de l'excellente *Pratique suisse en matière de droit international public,* publiée annuellement par M. CAFLISCH[3], dont une large part porte sur le droit «européen» entendu ici comme *droit international régional* (§ 5).

---

1 M. KRONAUER, *Die Auslegung von Staatsverträgen durch das Schweizerische Bundesgericht*, thèse ZH, Zurich (Schulthess), 1972, 172 p. Cette thèse table sur une analyse systématique de la jurisprudence du Tribunal fédéral jusqu'à 1971, à l'exclusion notable toutefois de la pratique du Tribunal fédéral des assurances. Entre 1875 et le 31 mars 1972, cet auteur a dénombré 740 arrêts publiés portant interprétation de traités internationaux (p. 2).

2 CHRISTOPHE WILHELM, *Introduction et force obligatoire des traités internationaux dans l'ordre juridique suisse*, Lausanne (Presses centrales), 1992, 335 p. avec, en annexe II, un index de la jurisprudence administrative de la Confédération, de la jurisprudence du Tribunal fédéral (TFA compris) et un index des arrêts non publiés au Recueil officiel des arrêts du Tribunal fédéral (p. 291-297).

3 Initialement publiée dans l'Annuaire suisse de droit international (ASDI/SJIR), et, depuis 1991 (Pratique suisse 1990), dans la Revue suisse de droit international et de droit

Il fallait donc mettre des accents. Et chercher dans le passé des perspectives qui permettent d'éclairer l'avenir. Nous avons ainsi retenu *quatre familles d'arrêts* qui nous ont paru particulièrement illustratives de l'ensemble.

Les deux premières relèvent de ce qu'on pourrait appeler, en termes médicaux, la pathologie des rapports du juge suisse avec le droit européen: celle, d'abord, des arrêts qui ont pour enjeu les *rapports entre les traités bilatéraux d'établissement et la Lex Friedrich* (§ 25); celle, ensuite, regroupant les arrêts relatifs à l'*Accord de libre-échange entre la Suisse et la Communauté de 1972* (§ 27).

Les deux autres «familles» offrent une perspective nettement plus encourageante: la première, relative à la *Convention européenne des droits de l'homme*, mérite attention en raison de sa richesse et de son caractère constructif (§ 26); la seconde – si tant est qu'il s'agit d'une famille puisqu'elle n'est composée que d'un arrêt à ce stade – présente un intérêt comme signal avertisseur sur les *prolongements de droit communautaire d'arbitrages internationaux rendus en Suisse* (§ 28).

Au risque d'un certain schématisme, nous tenterons en fin de chapitre de procéder à une appréciation plus générale, en distinguant introversion et esprit d'ouverture dans cette jurisprudence «européenne» du Tribunal fédéral (§ 29).

Mais pour rendre tant soi peu justice à d'autres familles d'arrêts du Tribunal fédéral portant sur le droit européen (en matière de droit social, d'extradition et d'entraide judiciaire, pour prendre trois exemples parmi d'autres), nous avons pensé qu'une *approche quantitative* pourrait utilement compléter le tableau. Les ressources de l'informatique rendent désormais possible ce type d'analyse. On en donnera un échantillon, dont la présentation sous forme d'un *tableau synoptique* (*infra*, lettre c) a été possible grâce à un important travail préparatoire aimablement effectué à notre intention par plusieurs interlocuteurs qualifiés des tribunaux fédéraux[4].

---

européen: dernière en date, LUCIUS CAFLISCH, *La pratique suisse en matière de droit international public* (Pratique suisse 1991), RSDIE/SZIER 1992, p. 551-597.

4 J'ai en particulier bénéficié de l'actif et compétent concours d'informaticiens du Tribunal fédéral de Lausanne (M. JACQUES THÉVOZ, informaticien) et du Tribunal fédéral des assurances (M. HENDRIK COMPEER, chef du Service de documentation du TFA). Je tiens à leur dire ici ma reconnaissance. Je suis aussi tout particulièrement redevable à M. FRANÇOIS PAYCHÈRE, greffier à la I^re^ Cour de droit public, d'avoir bien voulu – avec l'autorisation de M. TSCHÜMPERLIN, secrétaire général du Tribunal fédéral et la collaboration de Mme JULIANE ALBERINI, chef des Services de documentation du Tribunal fédéral – me prodiguer à plusieurs reprises d'utiles conseils, suggestions et critiques.

b) Aspects quantitatifs

Quelle place le droit européen – entendu ici au sens large de *droit international régional* (§ 5) – a-t-il dans la jurisprudence du Tribunal fédéral et du Tribunal fédéral des assurances? Jusqu'à récemment, la réponse à une telle question eût relevé soit de l'approximation, soit nécessité un travail de bénédictin dont on peut se faire une idée en rappelant que les tribunaux fédéraux liquident aujourd'hui plus de 6'000 affaires par année[5].

On a déjà signalé (§ 5) qu'une étude récente – la première du genre – décrit quelque 250 conventions – la plupart multilatérales – formant aujourd'hui «*l'espace juridique et judiciaire européen*»[6]. En Suisse, une approximation – effectuée sur la base de la table des matières de l'année 1992 du Recueil systématique – permet de procéder à une appréciation quantitative de la place *normative* du droit «européen» dans l'ensemble du droit international en vigueur pour la Suisse. Cette part est considérable. Elle s'élève approximativement à 56 % (1014 instruments sur 1812 instruments internationaux en vigueur pour la Suisse).

Pour se faire une idée des traces spécifiques laissées par ce droit européen dans la *jurisprudence* du Tribunal fédéral et du Tribunal fédéral des assurances, un recours à l'informatique est indispensable.

Les tribunaux fédéraux disposent en commun d'une importante banque de données jurisprudentielles, *à usage interne*. Intitulée «BRADOC», cette banque de données est *en cours de constitution*. Elle est destinée à faciliter la tâche des juges et des greffiers des tribunaux fédéraux. Elle n'a donc pas de vocation purement statistique. Il en découle que certains arrêts portant application de traités internationaux peuvent ne pas avoir été introduits dans la banque de données (notamment en cas de simple utilisation, dans ces arrêts, d'une formule standard ne présentant pas d'intérêt particulier). La décision de «documenter» (autrement dit d'introduire dans la banque de données) un arrêt – destiné ou non à la publication – est prise par les présidents de cours.

---

5 Plus précisément 6147 en 1992, dont 4810 par le TF et 1337 par le TFA. Voir le rapport de gestion du Tribunal fédéral et du Tribunal fédéral des assurances sur leur gestion en 1992 (93.019), Berne, 1993, p. 19 et 29.

6 Suzanne Oschinsky/Paul Jenard, *L'espace juridique et judiciaire européen (Examen de 250 conventions)*, Bruxelles (Bruylant), 1993, 860 p. Il est vrai que ce chiffre a quelque chose d'arbitraire, dans la mesure où certains des instruments recensés dans l'étude en question dépassent le cadre européen (Conférence de La Haye, OCDE, ONU) et que de surcroît, certains domaines ne sont pas couverts (le droit des assurances sociales, le droit des transports et le droit de la sécurité).

A ce jour, la banque de données BRADOC contient le texte intégral des arrêts «documentés» à partir de l'année 1969 (TFA)[7] et à partir de 1985 (TF). On aura compris que la notion d'arrêts «documentés» couvre un nombre d'arrêts plus grand que les arrêts publiés dans le Recueil officiel des arrêts du Tribunal fédéral (à titre indicatif, on signalera que du 1er janvier 1978 au 15 juin 1993, 6034 arrêts avaient été publiés dans le Recueil officiel des ATF, dont 4680 du TF et 1354 du TFA). Pour le Tribunal fédéral, les arrêts jusqu'ici documentés dans BRADOC ne forment cependant que le 30 % environ de l'ensemble des arrêts rendus dans la période considérée (1985-1993). Le Tribunal fédéral des assurances, plus avancé dans la saisie informatique de sa jurisprudence, avait pour sa part documenté un total de 7429 arrêts pour la période allant du 1er janvier 1969 au 8 mai 1993.

Au 12 mai 1993, la banque de données BRADOC contenait 23 309 arrêts documentés du Tribunal fédéral, dont – au 8 mai 1993 – 7429 (31,9 %) rendus par le Tribunal fédéral des assurances.

Parmi les arrêts documentés dans BRADOC qui sont en même temps *publiés* dans le Recueil officiel des ATF, 191 se réfèrent à des instruments conventionnels européens en vigueur pour la Suisse. A Lucerne, on dénombre même un total de 250 arrêts (publiés ou non) portant application de conventions européennes de sécurité sociale sur le total, déjà mentionné, de 7429 arrêts du TFA documentés au 8 mai 1993 (soit 3,37 %).

On constatera que jusqu'ici, le *nombre d'instruments européens* qui laissent à ce jour une trace dans la jurisprudence des tribunaux fédéraux documentée dans BRADOC est fort modeste. Ce nombre ne s'élève qu'à 61 (6 % du total de 1014 mentionné plus haut), dont 38 pour le seul secteur des assurances sociales (y compris l'assurance-chômage).

A défaut de présenter une photographie statistique complète de la présence du droit «européen» dans la jurisprudence du Tribunal fédéral, le tableau suivant permet de se faire une idée assez concrète des *accents matériels de la jurisprudence «européenne» des tribunaux fédéraux.* Les instruments sont mentionnés dans l'ordre approximatif de la table des matières de la partie internationale du Recueil systématique.

---

7 S'agissant du TFA, il faut entendre, par «arrêts documentés», non seulement les arrêts publiés dans le Recueil officiel des ATF, mais les arrêts parus dans d'autres publications (RCC, RAMA, DTA, etc.) et les arrêts non publiés repris dans la collection interne du TFA.

c) Tableau synoptique

Aperçu statistique de la place du droit «européen» dans la jurisprudence du TF (dès 1985) et du TFA (dès 1969)[8]

Matière	Nb. doc.[10]	Arrêts publ.	Instruments conventionnels de droit européen interprétés par le Tribunal fédéral et leTribunal fédéral des assurances	RS	Dernier arrêt publié[9] (ou date du dernier arrêt non publié)
1. Droits de l'homme	**678**	**159**	**Convention européenne des droits de l'homme de 1950 (CEDH)**	RS 0.101	ATF 118 Ib 277
2. Rapports transfrontaliers	1	1	Traité bilatéral avec la *France*, concernant la vallée des Dappes de 1862	RS 0.132.349.24	ATF 108 Ib 430
3. Traités d'établissement et d'amitié	2	1	Traité bilatéral avec l'*Empire allemand* de 1910	RS 0.142.111.363	ATF 118 Ib 178
	2	1	Traité bilatéral sur l'établissement des Français en Suisse et des Suisses en France de 1882	RS 0.142.113.491	ATF 119 IV ... (du 16.2.1993)

8 Voir *supra*, note 4.

9 Aux dates auxquelles les interrogations ont été effectuées (8 mai 1993 pour le TFA, 12 mai 1993 pour le TF), de nombreux arrêts «documentés» (jusqu'à avril 1992) étaient déjà recensés comme *destinés à la publication* dans le volume ATF 119 (1993). Au lieu de privilégier une actualité toujours éphémère, nous avons préféré mentionner, dans cette colonne, le *dernier arrêt effectivement publié* dans le Recueil officiel des ATF à fin juin 1993, sauf dans le cas où le seul arrêt concernant un instrument conventionnel donné a été rendu en 1993 (voir par exemple, dans la rubrique no 3, l'arrêt ATF 119 IV ..., du 16 février 1993, portant application du Traité bilatéral de 1882 avec la France sur l'établissement, RS 0.142.113.491).

10 La banque de données BRADOC contient davantage de «documents» que d'arrêts publiés. Cela ne tient pas seulement à la circonstance que de nombreux arrêts non publiés sont introduits dans la banque de données, mais également au fait qu'un même arrêt peut donner lieu à plusieurs «documents».

Matière	Nb. doc.	**Arrêts publ.**	**Instruments conventionnels de droit européen interprétés par le Tribunal fédéral et le Tribunal fédéral des assurances**	RS	**Dernier arrêt publié (ou date du dernier arrêt non publié)**
4 Travailleurs frontaliers	1	0	Accord bilatéral avec la *France* relatif aux travailleurs frontaliers de 1958	RS 0.142.113.498	7.7.1988
5. Emigration	6	3	Accord bilatéral avec l'*Italie* relatif à l'émigration des travailleurs italiens en Suisse de 1964	RS 0.142.114.548	ATF 116 Ib 113
6. Privilèges et immunités	1	0	Protocole sur les privilèges et immunités de l'Organisation européenne des brevets de 1973	RS 0.192.110.923.2	10.10.1986
7. Brevets	**2**	1	**Convention sur le brevet européen de 1973**	RS 0.232.142.2	ATF 117 II 480
	1	0	**Règlement d'exécution de la Convention sur le brevet européen (CBE) de 1973**	RS 0.232.142.21	5.3.1985
8. Procédure civile	1	0	Accord avec l'*Autriche* complétant la Convention de La Haye sur la procédure civile	RS 0.274.181.631	20.10.1980
	15	9	Convention bilatérale avec la *France* sur la compétence judiciaire et l'exécution des jugements en matière civile, de 1869[11]	RS 0.276.193.491[11]	ATF 119 II xxx (du 21.1.1993)
	1	1	Traité bilatéral avec l'*Espagne* sur l'exécution réciproque des jugements ou arrêts en matière civile ou commerciale, de 1896	RS 0.276.193.321	ATF 116 II 9

[11] Abrogée avec effet au 1er janvier 1992 (avec l'entrée en vigueur pour la Suisse de la Convention de Lugano, RS 0.271).

Matière	Nb. doc.	Arrêts publ.	Instruments conventionnels de droit européen interprétés par le Tribunal fédéral et le Tribunal fédéral des assurances	RS	Dernier arrêt publié (ou date du dernier arrêt non publié)
9. Entraide judiciaire en matière pénale	**88**	20	**Convention européenne d'entraide judiciaire en matière pénale (CEEJ), de 1959**	RS 0.351.1	ATF 118 Ib 448
	6	2	Accord avec l'*Allemagne* en vue de compléter la CEEJ, de 1969	RS 0.351.913.61	ATF 117 Ib 51
10. Extradition	86	**19**	**Convention européenne d'extradition (CEextr.) de 1957**	RS 0.353.1	ATF 117 Ib 337
	5	0	Accord bilatéral avec l'*Allemagne* en vue de compléter la CEextr. de 1969	RS 0.353.913.61	1.7.1991
	2	0	Accord bilatéral avec l'*Autriche* en vue de compléter la CEextr. de 1972		30.11.1988
	3	0	Traité bilatéral avec la *France* sur l'extradition réciproque des malfaiteurs, de 1869	RS 0.353.934.9	1.10.1986
	3	0	Traité bilatéral d'extradition avec la *Grande-Bretagne* de 1880[12]		21.1.1993
	2	1	Traité bilatéral d'extradition avec la *Serbie* (*Yougoslavie*), de 1887	RS 0.353.981.8	ATF 111 Ib 52
11. Terrorisme	**4**	1	Convention européenne pour la répression du terrorisme (CERT) de 1977	RS 0.353.3	ATF 117 IV 369

[12] Ici, l'expression *Grande-Bretagne,* qui reflète une situation historique, est utilisée à bon escient; mais pour des raisons vraiment incompréhensibles, la Chancellerie fédérale persiste, aujourd'hui encore, à utiliser le plus souvent la mention «*Grande-Bretagne*» – qui n'est pas un Etat – à la place de *Royaume-Uni* dans les listes indiquant le cercle des Etats parties à un instrument. Pourquoi persister dans cette inconséquence?

Matière	Nb. doc.	**Arrêts publ.**	**Instruments conventionnels de droit européen interprétés par le Tribunal fédéral et le Tribunal fédéral des assurances**	RS	**Dernier arrêt publié (ou date du dernier arrêt non publié)**
12. Libre-échange	**4**	1	Convention de Stockholm instituant l'AELE de 1960	RS 0.632.31	ATF 116 Ib 299
	–	–	Accord de libre-échange entre la Suisse et la CEE (ALE) de 1972	RS 0.632.401	–
13. Transports routiers	1	1	Accord bilatéral avec la *Belgique* relatif aux transports internationaux par route de 1975	RS 0.741.619.172	ATF 112 Ib 183
	1	0	Accord bilatéral avec l'*Italie* relatif à la circulation des véhicules automobiles et aux transports routiers de 1957	RS 0.741.619.454	14.10.1980
14. Sécurité sociale	**7**	2	**Code européen de sécurité sociale de 1964 (CESS)**	RS 0.831.104	ATF 113 V 273
	37	7	Convention bilatérale de sécurité sociale avec l'*Allemagne* de 1964	RS 0.831.109.136.1	ATF 114 V 209
	3	0	Première convention complémentaire avec l'*Allemagne* de 1975	RS 0.831.109.136.121	23.9.1991
	1	0	Deuxième convention complémentaire avec l'*Allemagne* de 1989	RS 0.831.109.136.122	23.9.1991
	12	1	Convention bilatérale de sécurité sociale avec l'*Autriche* de 1967	RS 0.831.109.163.1	ATF 114 V 209
	1	0	Arrangement administratif avec l'*Autriche* de 1968	RS 0.831.109.163.15	6.5.1988

Matière	Nb. doc.	**Arrêts publ.**	**Instruments conventionnels de droit européen interprétés par le Tribunal fédéral et le Tribunal fédéral des assurances**	RS	**Dernier arrêt publié (ou date du dernier arrêt non publié)**
	5	2	Convention de sécurité sociale avec la *Belgique* de 1975	RS 0.831.109.172.1	ATF 110 V 72
	2	0	Convention de sécurité sociale avec l'*Espagne de* 1959	RS 0.831.109.332.1	22.10.1990
	11	5	Convention de sécurité sociale avec l'*Espagne* de 1969	RS 0.831.109.332.2	ATF 109 V 185
	1	0	Arrangement administratif avec l'*Espagne* de 1990	RS 0.831.109.332.21	18.8.1986
	11	6	Convention de sécurité sociale avec la *France* de 1975	RS 0.831.109.349.1	ATF 110 V 351
	3	1	Arrangement administratif avec la *France* de 1976	RS 0.831.109.349.12	ATF 110 V 351
	8	2	Convention de sécurité sociale avec le *Royaume-Uni* de 1968	RS 0.831.109.367.1	ATF 110 V 72
	2	2	Convention de sécurité sociale avec la *Grèce* de 1973	RS 0.831.109.372.1	ATF 105 V 163
	12	7	Convention avec l'*Italie* relative aux assurances sociales de 1951	RS 0.831.109.454.1	ATF 115 V 16
	61	14	Convention avec l'*Italie* relative à la sécurité sociale de 1962	RS 0.831.109.454.2	ATF 114 V 8
	13	4	Avenant avec l'*Italie* de 1969	RS 0.831.109.454.21	ATF 114 V 8
	6	3	Protocole additionnel avec l'*Italie* de 1974	RS 0.831.109.454.211	ATF 110 V 103

Matière	Nb. doc.	**Arrêts publ.**	**Instruments conventionnels de droit européen interprétés par le Tribunal fédéral et le Tribunal fédéral des assurances**	RS	**Dernier arrêt publié (ou date du dernier arrêt non publié)**
	5	1	Arrangement administratif d'application avec l'*Italie* de 1974	RS 0.831.109.454.212	ATF 107 V 24
	3	0	Accord complémentaire avec l'*Italie* de 1963	RS 0.831.109.454.22	ATFA 1969 26
	5	0	Arrangement administratif avec l'*Italie* de 1963	RS 0.831.109.454.23	ATFA 1968 23
	2	2	Deuxième avenant avec l'*Italie* de 1980	RS 0.831.109.454.24	ATF 109 V 224
	4	0	Arrangement administratif d'application avec l'*Italie* de 1982	RS 0.831.109.454.241	17.10.1989 (CRCC 1991, 140)
	1	0	Convention de sécurité sociale avec le *Luxembourg* de 1967	RS 0.831.109.518.2	26.10.1992
	1	1	Convention de sécurité sociale avec la *Norvège* de 1979	RS 0.831.109.598.1	ATF 109 V 129
	3	0	Convention de sécurité sociale avec les *Pays-Bas* de 1970	RS 0.831.109.636.2	2.6.1992
	7	2	Convention de sécurité sociale avec le *Portugal* de 1975	RS 0.831.109.654.1	ATF 114 V 129
	1	0	Echange de lettres en matière de sécurité sociale avec *Saint Marin* de 1981	RS 0.831.109.672.1	9.7.1987
	2	0	Convention de sécurité sociale avec la *Suède* de 1978	RS 0.831.109.714.1	19.6.1989

Matière	Nb. doc.	**Arrêts publ.**	**Instruments conventionnels de droit européen interprétés par le Tribunal fédéral et le Tribunal fédéral des assurances**	RS	**Dernier arrêt publié (ou date du dernier arrêt non publié)**
	3	1	Convention de sécurité sociale avec la *Turquie* de 1969	RS 0.831.109.763.1	ATF 112 V 164
	24	3	Convention relative aux assurances sociales avec la *Yougoslavie* de 1962	RS 0.831.109.818.1	ATF 118 V 79
	2	0	Arrangement administratif avec la *Yougoslavie* de 1963	RS 0.831.109.818.12	14.8.1987
	3	1	Accord d'assurance-chômage avec l'*Allemagne* de 1982	RS 0.837.913.6	ATF 114 V 209
	1	1	Accord d'assurance-chômage avec l'*Autriche* de 1978	RS 0.837.916.3	ATF 114 V 209
	2	0	Convention de l'assurance-chômage avec la *France* de 1978	RS 0.837.934.91	3.12.1991
	1	1	Accord avec l'*Italie* sur la rétrocession financière en matière d'assurance-chômage des travailleurs frontaliers de 1978	RS 0.837.945.4	ATF 112 V 143

d) Appréciation

Ces indications statistiques font ressortir la *variété des domaines touchés* et l'*importance quantitative* des références des tribunaux fédéraux aux instruments conventionnels de droit européen considérés.

Par *matières*, occupent le devant de la scène, dans l'ordre décroissant: les *droits de l'homme* (678/159), la *sécurité sociale* (266/69), l'*entraide judiciaire en matière pénale* (88/20) et l'*extradition* (86/19). Autre information qui frappe l'observateur: l'important volume d'affaires portant sur des *instruments multilatéraux* (CEDH, CEEJ, CEextr., CESS, CERT, AELE, CBE). Enfin, on ne s'étonnera pas outre mesure de constater que les instruments européens les plus fréquemment appliqués par les tribunaux fédéraux concernent les *pays limitrophes de la Suisse*.

On aura remarqué que deux instruments bilatéraux auxquels le présent rapport se réfère abondamment (*infra*, §§ 25 et 27) ne figurent pas (encore) parmi les arrêts introduits dans la banque de données BRADOC: d'une part, l'Accord bilatéral de 1875 entre la Suisse et la Monarchie austro-hongroise[13]; d'autre part, l'Accord de libre-échange de 1972 entre la Suisse et la CEE (ALE)[14]. La première lacune s'explique aisément: l'arrêt en question remonte à 1973[15] et l'on a vu que le Tribunal fédéral n'a jusqu'ici sélectionné systématiquement, en vue de l'introduction dans BRADOC, que les arrêts rendus depuis 1985. La seconde lacune s'explique par le fait que la dizaine d'arrêts publiés ou non publiés rendus jusqu'ici en application de l'ALE[16] expriment l'un des trois cas de figure suivants: soit ils ont été rendus avant 1985 et n'ont par conséquent *pas encore* fait l'objet d'une décision (positive ou négative) de «documentation» dans BRADOC; soit ils ont été rendus après 1985 mais n'ont pas

---

13 RS 0.142.111.631.

14 RS 0.632.401 (néanmoins mentionné – *pro memoria* – sous la rubrique no 12 du tableau synoptique).

15 ATF 99 Ib 39, *Schubert*, du 2 mars 1973.

16 ATF 104 IV 175, *Adams*, du 3 mai 1978; ATF 105 II 49, *Bosshard c. Sunlight («Omo»)*, du 25 janvier 1979; ATF 111 Ib 323, *Société X c. Direction générale des douanes*, du 10 décembre 1985; ATF 112 Ib 183, *Maison G. Sprl c. Direction générale des douanes*, du 2 septembre 1986; ATF 114 Ib 168, *Medigros*, du 11 novembre 1988; ATF 118 Ib 367, *Association pour le recyclage du PVC*, du 7 juillet 1992; voir également trois arrêts non publiés: *B.*, rendu par la Chambre d'accusation le 14 juin 1991 dans une affaire de séquestre douanier (art. 46ss DPA); *H. SA c. DFI*, rendu par la II[e] Cour de droit public le 4 novembre 1991, concernant le refus d'admission de certaines substances comme denrées alimentaires; et *B.*, rendu par la II[e] Cour de droit public du 24 juillet 1992, concernant le contrôle *a posteriori* d'un certificat de circulation des marchandises EUR 1 délivré en application du Protocole no 3 à l'ALE. Ces arrêts sont décrits *infra*, § 27, p. 352-364.

fait l'objet d'une «documentation» en raison de leur *faible importance*; soit enfin ils se trouvent encore *en cours de «documentation»*[17].

Assez paradoxalement, nous allons maintenant consacrer quelques développements (§§ 25 et 27) à des arrêts qui, pour la plupart, ne figurent pas dans la banque de données BRADOC. Ces arrêts ont le mérite de nous rappeler que si l'application et l'interprétation par le Tribunal fédéral du droit européen relèvent désormais, pour une bonne part, de la *routine jurisprudentielle*, certaines questions de principe, capitales pour l'avenir, continuent en revanche de faire problème et suscitent pour le moins un malaise. Raison suffisante, pensons-nous, pour nous y pencher plus longuement.

e) Synthèses doctrinales

Pour le praticien, l'accès le plus aisé à tel secteur de la jurisprudence «européenne» du Tribunal fédéral consistera souvent dans la consultation d'ouvrages, d'articles doctrinaux ou de chroniques jurisprudentielles spécifiques. A titre purement indicatif, nous voudrions mentionner quelques sources particulièrement utiles.

S'agissant de la *Convention européenne des droits de l'homme*, désormais familière à tout juriste suisse (surtout dans le domaine des art. 5 et 6 CEDH), la production doctrinale est telle, en Suisse déjà, que la difficulté réside plutôt dans les choix à opérer. Cette richesse rend d'autant plus précieuse l'existence de deux ouvrages d'envergure: une thèse genevoise de M. HOTTELIER[18], de 1985; et l'ouvrage paru en 1993, plusieurs fois mentionné, dû à la plume de M. HAEFLIGER[19]. Dans ce domaine d'une importance pratique considérable pour l'avocat, l'excellente chronique annuelle de MM. MALINVERNI et WILDHABER (dès 1992: MALINVERNI

---

17 Exemple de ce dernier cas de figure: ATF 118 Ib 367, *Association pour le recyclage du PVC*, du 7 juillet 1992. Pour les raisons qui ressortent des développements qui suivent (§§ 27 – 29 et §§ 57 – 59), nous suggérerions qu'à l'avenir, non seulement tous les arrêts du Tribunal fédéral portant interprétation d'instruments entre la Suisse et la Communauté fassent l'objet d'une documentation systématique, mais que la banque de données BRADOC soit progressivement complétée par la jurisprudence parallèle développée, sur les mêmes dispositions (ALE) ou sur des dispositions parentes (du Traité CEE et de l'Accord EEE), par la Cour de justice des Communautés européennes et par la Cour AELE (comme c'est déjà aujourd'hui le cas des arrêts rendus par la Cour européenne des droits de l'homme).

18 MICHEL HOTTELIER, *La Convention européenne des droits de l'homme dans la jurisprudence du Tribunal fédéral*, Lausanne (Payot), 1985, 246 p., avec, en annexe, une table alphabétique et une table systématique des arrêts du Tribunal fédéral relatifs à la CEDH, dans la mesure où ils ont été publiés (p. 203-215).

19 ARTHUR HAEFLIGER, *Die Europäische Menschenrechtskonvention und die Schweiz (Die Bedeutung der Konvention für die schweizerische Rechtspraxis)*, Berne (Stämpfli), 1993, 396 p., avec une solide bibliographie (p. 375-384) et un index thématique (p. 385-396).

et HOTTELIER), publiée dans la *Revue suisse de droit international et de droit européen/Schweizerische Zeitschrift für internationales und europäisches Recht*, constitue une aide précieuse[20].

L'abondante pratique jurisprudentielle du Tribunal fédéral relative à la *Convention européenne d'extradition*[21] a récemment fait l'objet d'une description synthétique par M. SCHULTZ[22]. Cet auteur a montré l'influence de cet instrument sur le développement du droit extraditionnel suisse, également régi par la loi fédérale sur l'entraide judiciaire en matière pénale, entrée en vigueur le 1er janvier 1983[23]. L'auteur y démontre les liens étroits du droit européen et international avec le droit national, à «notre époque de transition où la souveraineté nationale perd peu à peu du poids, sans qu'une souveraineté supranationale puisse s'imposer»[24].

Autre grande famille d'arrêts: les arrêts, étudiés récemment par M. BERENSTEIN, rendus par le Tribunal fédéral des assurances à propos d'*accords européens, multilatéraux et bilatéraux, en matière de sécurité sociale*[25]. M. SPIRA nous rappelait récemment que la Suisse a conclu des conventions de sécurité sociale avec 21 Etats, parmi lesquels 11 des 12 pays de la Communauté (tous sauf l'Irlande) et 5 de nos 6 partenaires de l'AELE (tous sauf l'Islande)[26]. C'est dire que, comme le relevait dernièrement ce juge fédéral, le Tribunal fédéral des assurances applique *quotidiennement* les accords bilatéraux et multilatéraux européens dans le domaine de la sécurité sociale et qu'il a rendu, à ce titre, des centaines d'arrêts lui aussi[27].

---

20 Dernière en date: GIORGIO MALINVERNI/MICHEL HOTTELIER, *La pratique suisse relative à la CEDH/Schweizerische Praxis zur EMRK (Pratique 1991)*, publiée dans RSDIE/SZIER 1992, p. 481-521; voir également, depuis l'été 1993, la chronique semestrielle de la jurisprudence de la Cour EDH rédigée par FRANK SCHÜRMANN, AJP/PJA 1993 (à paraître); voir également l'aperçu jurisprudentiel de POLEDNA (1993), mentionné dans la bibliographie.

21 RS O.351.353.1. Instrument ouvert à la signature en 1957, ratifié par la Suisse en 1967.

22 HANS SCHULTZ, *L'application de la Convention européenne d'extradition par le Tribunal fédéral suisse*, Mélanges Georges Levasseur, Paris (Gazette du Palais, Litec), 1992, p. 345-360.

23 RS 351.1. Sur cet instrument, voir notamment ROLAND CHATELAIN, *Problèmes relatifs à l'application de l'EIMP*, RPS/ZStrR 1992, p. 170-192.

24 SCHULTZ (note 22), p. 360.

25 ALEXANDRE BERENSTEIN, *Le droit international de la sécurité sociale dans la jurisprudence du Tribunal fédéral des assurances*, in: «Le droit des assurances sociales en mutation», Berne (Stämpfli), 1992, p. 3-18.

26 RCC 1992, p. 54ss. RAYMOND SPIRA, *Le Tribunal fédéral des assurances face à l'EEE*, in: «Accord EEE (Commentaires et réflexions)», Zurich (Schulthess), 1992, p. 625-637, p. 627; voir aussi, du même auteur, *L'application du droit international de la sécurité sociale par le juge*, Mélanges Alexandre Berenstein, Lausanne (Payot), 1989, p. 471-487; ainsi que *La mise en oeuvre du droit social européen: point de vue d'un magistrat*, in: «L'Espace social européen» (Jean-Louis Duc, éd.), Lausanne (IRAL), 1993, p. 217-232.

27 Voir *supra* (tableau synoptique), les éléments statistiques donnés. M. SPIRA (note 26), 1993, p. 220, § 4, observe que, souvent, l'application de ces instruments internationaux

Il sera ainsi aisé, le moment venu, d'intégrer en Suisse les principes et méthodes d'interprétation du droit communautaire de la sécurité sociale, dont M. GREBER a récemment livré une synthèse claire et accessible[28].

La *Convention de Lugano* de 1988 *sur l'exécution des décisions en matière civile et commerciale*, entrée en vigueur pour la Suisse le 1er janvier 1992[29], fera sans doute bientôt l'objet d'une jurisprudence abondante, étant donné l'importance capitale de cet instrument pour la pratique. Depuis deux ans, M. VOLKEN nous y prépare – en anticipant quelque peu sur la réalité juridique – par une chronique de jurisprudence «relative à» la Convention de Lugano[30]. A ce jour, l'ouvrage publié en 1991 par MM. MERCIER et DUTOIT, intitulé *L'Europe judiciaire: les Conventions de Bruxelles et de Lugano*[31], constitue probablement, pour l'avocat, l'introduction la plus aisée à la pratique de ces instruments, décrits au moyen d'un recours systématique à la jurisprudence de la Cour de Luxembourg.

Il existe encore de nombreux autres domaines, qu'il n'est pas possible d'évoquer ici, tels que l'entraide internationale en matière pénale[32], civile

---

par les institutions d'assurance sociale n'est pas consciente, car chaque fois que l'accord bilatéral a pour effet d'assimiler l'étranger à un Suisse, le TFA se borne à appliquer la loi suisse à laquelle le traité renvoie, sans nécessairement mentionner ce dernier.

28 PIERRE-YVES GREBER, *Aperçu de droit communautaire de la sécurité sociale: aspects introductifs et étude des fondements*, in: «L'Espace social européen», Colloque de Lausanne 1992, publié par l'Institut de recherches sur le droit de la responsabilité civile et des assurances, sous la direction de J.-L. Duc, Lausanne (IRAL) 1993, p. 155-216.

29 RS 0.276.11. Au 1er juillet 1993, la Convention de Lugano – de même contenu que la Convention de Bruxelles de 1968 dans sa version de San Sebastian – liait déjà 10 Etats: la France, l'Italie, le Luxembourg, les Pays-Bas, le Portugal, le Royaume-Uni, la Suède, la Suisse, la Norvège et la Finlande (ce dernier Etat à partir du 1er juillet 1993).

30 PAUL VOLKEN, *Rechtsprechung zum Lugano-Übereinkommen* (dernière en date: chronique 1991), dans SZIER/RSDIE 1992, p. 223-249.

31 PIERRE MERCIER/BERNARD DUTOIT, *L'Europe judiciaire: les Conventions de Bruxelles et de Lugano,* Dossier de droit européen no 2, Bâle (Helbing & Lichtenhahn), 1991, 249 p.; sur les rapports entre la dernière version de la Convention de Bruxelles de 1968 et la Convention de Lugano de 1988, voir G.A.L. DROZ, *La Convention de San Sebastian aligne la Convention de Bruxelles sur la Convention de Lugano*, RCDIP 1990, p. 1-21; et, du même auteur, *Problèmes provoqués par l'imbrication des Conventions de Bruxelles (1978), de Lugano (1988) et de San Sebastian (1989)*, Mélanges Pierre A. Lalive, Genève, Bâle (Helbing & Lichtenhahn), 1993, p. 21-30; voir également l'ouvrage collectif édité en 1990 par IVO SCHWANDER, *Das Lugano-Übereinkommen: Europäisches Übereinkommen über die gerichtliche Zuständigkeit und die Vollstreckung gerichtlicher Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen, geschlossen in Lugano am 16. September 1988,* Saint-Gall (Dicke), 1990, 268 p.; et l'aperçu synthétique de MONIQUE JAMETTI GREINER, *Überblick zum Lugano-Übereinkommen über die gerichtliche Zuständigkeit und die Vollstreckung gerichtlicher Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen*, ZbJV/RSJB 1992, p. 102-136.

32 Sur cette question, voir l'étude précitée de CHATELAIN (note 23), 1992, avec d'autres références doctrinales.

et administrative; les traités bilatéraux européens en matière de double imposition[33]; et le secteur, si sensible dans un pays aussi cartellisé que le nôtre, du droit de la concurrence[34].

25. Les accords bilatéraux d'établissement face à la «Lex» (von Moos, Furgler, Friedrich) (1973-1993): deux décennies d'inconséquences de Berne et de Lausanne

«Le premier des principes généraux de droit qui s'impose à un Etat, c'est le respect des traités qu'il a signés.»

ATF *Mavromati c. Vaud* (non publié), du 18 février 1932[35]

La difficile coexistence de la législation suisse sur l'acquisition d'immeubles par des personnes domiciliées à l'étranger (ci-après «la *Lex*») avec les accords bilatéraux d'établissement conclus entre la Suisse et la plupart des pays qui feront demain partie de l'EEE nous donne un échantillon des difficultés juridiques et politiques auxquelles se trouvent immanquablement confrontés les organes de l'Etat (tribunaux, législateurs, exécutifs) lorsque le droit européen est, d'une façon ou d'une autre, pris à la légère.

La récente affirmation, en doctrine, qu'il n'y aurait pas de lien entre la jurisprudence *Schubert*[36] et la primauté du droit international (*«kein*

---

33 A l'égard de la jurisprudence bientôt centenaire du Tribunal fédéral (ATF 29 I 285, *Sumatra*) – selon laquelle l'exonération des immeubles sis à l'étranger ne devrait pas être fondée sur l'art. 46 al. 2 Cst.-, voir les critiques formulées par E. HÖHN, in: «Commentaire de la Constitution fédérale de la Confédération suisse», (avril 1986), ad *Art. 46 al. 2 Cst.*, notamment nos 66-72. Nous avouons ne pas comprendre les raisons d'une telle application à démontrer l'absence de portée internationale de l'art. 46 al. 2 Cst.

34 Pour un aperçu complet du droit communautaire de la concurrence et du régime de concurrence dans l'EEE, voir la dizaine de contributions publiées dans l'ouvrage collectif *Accord EEE (Commentaires et réflexions)/EWR-Abkommen (Erste Analysen)/EEA Agreement (Comments and reflexions)*, Zurich (Schulthess), 1992, p. 281-432, avec des contributions de CLAUDE ROUAM (p. 281-283 et 377-388); MARINO BALDI (p. 285-300); JEAN RUSSOTTO (p. 301-313); PIERRE TERCIER (p. 315-325); OLIVIER MACH (p. 327-375); NICOLAS MICHEL (p. 389-409) et THOMAS COTTIER (p. 411-432).

35 Cité par WILHELM (note 2), 1992, p. 7, en exergue de sa thèse (la citation est tirée de RCDIP 1938, p. 508ss, p. 517); nous voudrions dire ici notre reconnaissance à notre collègue, M. BERNARD MAÎTRE, chef de la Section acquisition d'immeubles par des personnes domiciliées à l'étranger à l'Office fédéral de la justice, de nous avoir fait l'amitié de soumettre une première version de ce § 25 à une lecture critique.

36 ATF 99 Ib 39, *Schubert*, du 2 mars 1973.

iunctim von «Schubert-Praxis» und Vorrang des Völkerrechts»[37]) nous paraît procéder, au mieux, d'une douce illusion. Car les deux choses sont manifestement liées, ainsi que l'observait déjà M. WILDHABER il y a vingt ans en critiquant cette jurisprudence[38].

Comme le faisait de son côté récemment remarquer M. KÄLIN dans un texte synthétique et percutant, le moment est plutôt venu de tirer les leçons d'une douloureuse expérience de deux décennies[39]. Pourtant, certains cherchent toujours à justifier cette jurisprudence – qui équivaut à une remise en question de nos engagements internationaux – au motif qu'elle permettrait de créer un principe correcteur à l'institution du référendum en matière de traités internationaux. Le référendum, nous dit-on, ne serait plus à même, aujourd'hui, de conférer à lui seul une légitimation démocratique suffisante à la politique étrangère du pays[40]. On invite ainsi les autorités d'application du droit à relativiser le principe de la primauté du droit international au profit de considérations de caractère politique, dont on n'exclut apparemment nullement qu'elles puissent être opérées par les tribunaux eux-mêmes[41].

La leçon de deux décennies d'inconséquences n'a donc pas été comprise. Et le cafouillage politico-juridique qui a culminé en 1992, avec la publicité donnée à l'affaire d'acquisition d'immeubles par des ressortissants italiens dans les Grisons (affaire *Sud-Provizel*), n'a apparemment pas servi. Il est donc nécessaire de revenir brièvement sur la question.

---

37 FELIX SCHÖBI, *Die «Schubert-Praxis» des Bundesgerichts im Lichte der parlamentarischen Diskussion über das Abkommen über den Europäischen Wirtschafsraum*, AJP/PJA 7/93 (à paraître).

38 LUZIUS WILDHABER, *Bemerkungen zum Fall Schubert betreffend das Verhältnis von Völkerrecht und Landesrecht,* SJIR/ASDI 1974, p. 195-201.

39 WALTER KÄLIN, *Schubert und der Rechtsstaat, oder: Sind Bundesgesetze massgeblicher als Staatsverträge?*, ZSR/RDS 1993 I, p. 73-77, p. 77.

40 SCHÖBI (note 37), 1993: «Das Staatsvertragsreferendum (Art. 89 Abs. 5 BV) [*sic*] allein vermag heute der Aussenpolitik nicht mehr die erforderliche demokratische Legitimation zu geben»; dans le même sens, voir déjà HANSJÖRG SEILER, *Das völkerrechtswidrige Bundesgesetz: Artikel 113 Absatz 3 BV im Verhältnis zu Völkerrecht, EG und EWR*, SJZ/RSJ 1992, p. 386-387, spéc. p. 387: «In diesem Sinne scheinen mir Artikel 113 Absatz 3 BV und die darauf gestützte Schubert-Praxis sehr weise zu sein: sie stellen im allgemeinen den Vorrang des Völkerrechts sicher, erlauben aber im Extremfall, landesinternen Anliegen Rechnung zu tragen, die von einer demokratischen Mehrheit als zentral betrachtet werden. Es wäre ein übertriebener Doktrinarismus, diese Regel zu ändern.»

41 SCHÖBI (note 37), 1993: «Das Parlament und das Volk wollen auch dann noch mitreden und auf ihre frühere Meinung zurückkommen können, wenn sie einem Staatsvertrag einmal zugestimmt haben. Solche Ambitionen dürfen nicht einfach mit dem Hinweis auf den «Vorrang des Völkerrechts» unterdrückt werden, sondern sind politisch auszutragen. Es gilt daher, die institutionellen Voraussetzungen dafür zu schaffen, dass dieser konstante Diskurs tatsächlich möglich wird, ohne dass deswegen gleich der Staatsvertrag als ganzes in Frage gestellt werden muss». A quelles «conditions institutionnelles» songe-t-on? On reste rêveur devant une telle méconnaissance des réalités de la vie internationale.

Toutefois, pour éviter de répéter ce que d'autres ont fort bien dit[42], et sans prétendre traiter de manière originale un sujet si rabâché, nous évoquerons l'affaire *Schubert* en empruntant, simplement, un *raccourci chronologique*. Cette approche permettra de montrer que, dans cette affaire, le Tribunal fédéral n'est pas seul responsable d'inconséquences. En amont, le Conseil fédéral – mais surtout le Parlement – portent incontestablement une part de responsabilité. Une responsabilité qui ne diminue pas pour autant celle du Tribunal fédéral.

Il est évidemment oiseux (et même incongru, pour un fonctionnaire fédéral) de vouloir, après coup, porter des jugements de valeur et émettre des critiques à l'égard des autorités politiques et judiciaires. Pourtant, lors de l'élaboration de la législation suisse en matière d'acquisition d'immeubles par des personnes domiciliées à l'étranger, des ambiguïtés ont été créées, qui ont parfois été entretenues. Elles sont sans doute, pour une part, à l'origine de cette jurisprudence mal inspirée. Pour mettre en évidence les répercussions des erreurs commises à plusieurs stades de la procédure législative sur les décisions judiciaires litigieuses, nous croyons utile de situer ces étapes, chaque fois que cela sera possible, par référence aux principes énoncés dans la *publication commune* de l'Office fédéral de la justice et de la Direction du droit international public du DFAE du 26 avril 1989, publication entérinée par le Conseil fédéral[43]. Cette publication énonce en effet de manière détaillée, dans son chapitre 6, les *conséquences pratiques, pour les autorités, de la primauté de la règle internationale sur la règle interne*[44]. L'effet de contraste obtenu permettra, espérons-nous, de mettre en lumière quelques-unes des leçons que cette affaire permet de tirer. L'heure n'est certes pas à l'auto-flagellation; mais elle n'est pas non plus à la fausse complaisance, car deux décennies d'inconséquences suffisent.

Ladite publication contient en particulier un § 13, lettre a-c, ainsi rédigé:

> «a. En *droit international*, un traité ne lie pas seulement l'exécutif ou le législateur, mais l'Etat comme tel. Le droit international général impute à l'Etat tout comportement contraire au droit international indépendamment du fait que l'organe étatique qui est à l'origine de ce comportement appar-

---

42 Voir notamment les articles de WILDHABER (note 38), 1974, et KÄLIN (note 39), 1993; voir d'autres références doctrinales dans l'avis de droit cité *infra* (note 43), 1989, p. 451 et 408, note 57.

43 La publication est intitulée *Rapports entre le droit international et le droit interne au sein de l'ordre juridique suisse/Das Verhältnis zwischen Völkerrecht und Landesrecht im Rahmen der schweizerischen Rechtsordnung*, du 26 avril 1989, JAAC/VPB 1989, no 54, p. 437-479 (texte allemand: p. 394-436). A deux reprises, le Conseil fédéral a souligné qu'il partageait les vues exprimées dans cette publication: FF 1992 III 1125 ss, p. 1275; FF 1992 IV 1ss, p. 83.

44 JAAC 1989, no 54, spéc. p. 473-478 (texte allemand: p. 431-435).

> tienne au pouvoir constituant, législatif, exécutif, judiciaire ou autre, que ses fonctions aient un caractère international ou interne, et que sa position dans le cadre de l'organisation de l'Etat soit supérieure ou subordonnée.
>
> b. Ces principes fondamentaux du droit international valent sans restriction dans l'ordre juridique moniste qu'est l'ordre juridique suisse, dans lequel les traités internationaux font «partie intégrante» de la légalité. Le Conseil fédéral a souligné lui-même récemment que lorsqu'un traité fait référence aux «parties contractantes», il vise la Suisse et ses partenaires «dans tous leurs organes pouvant concourir utilement à la réalisation de l'objectif commun» [FF 1988 III 331]. La conséquence juridique décisive est la suivante: face à l'obligation – internationale et constitutionnelle – d'exécuter les traités (art. 26 et 27 CV, en *liaison avec l'art. 113 al. 3 Cst.), tous les organes de la Confédération sont visés de manière immédiate, comme organes d'exécution internes d'une règle internationale en vigueur pour la Suisse. Dans cette tâche, le pouvoir judiciaire ne saurait se dissimuler derrière le législateur, ni le législateur derrière l'exécutif, qui assume en dernier ressort la responsabilité internationale de la Confédération.*
>
> c. Le droit constitutionnel ne permet pas de tirer des conclusions contraires.[45]»

Il est instructif de relire, sur cette toile de fond, le célèbre arrêt *Schubert* rendu par le Tribunal fédéral le 2 mars 1973. On se souvient que M. Schubert, ressortissant autrichien, revendiquait le bénéfice de l'art. 2 de l'un des traités bilatéraux d'établissement conclus par la Suisse avec d'autres Etats européens – en l'espèce l'Accord entre la Confédération suisse et la Monarchie austro-hongroise du 7 décembre 1875[46] – pour tenter de faire échec à l'arrêté fédéral de 1961/1970 concernant l'acquisition d'immeubles par des personnes domiciliées à l'étranger. Il se vit opposer le langage suivant de la part du Tribunal fédéral:

> «Le législateur, source suprême du droit interne, conserve cependant la faculté de déroger intentionnellement à ce principe [le principe de la primauté du droit international, que celui-ci soit antérieur ou postérieur à la règle de droit interne]; cela lui permet d'assouplir certaines conséquences trop rigoureuses du principe et de sauvegarder en pratique certains intérêts essentiels. Dans la mesure où il y a effectivement eu dérogation intentionnelle, celle-ci doit être respectée dans l'ordre juridique interne; elle lie le Tribunal fédéral (art. 113 al. 3 Cst.), mais ne peut pas modifier la portée des droits et obligations de l'Etat au sein de la communauté internationale.[47]»

Comment a-t-on pu en arriver là? Le Tribunal fédéral n'avait-il pas, lui-même, appliqué à plusieurs reprises la clause du traitement national

---

45 JAAC 1989, no 54, p. 460 (texte allemand: p. 417-418).

46 RS O.142.111.631.

47 ATF 99 Ib 39, 44 (en italien); traduction dans ASDI 1974, p. 110-113, spéc. p. 112-113.

dans le cadre de ces accords[48]? L'explication décisive se trouve dans les difficultés qu'ont eues les organes politiques, entre 1960 et 1969 (puis, au-delà, jusqu'en 1992) à assumer pleinement les conséquences qui découlent des engagements internationaux de la Suisse.

Il convient d'abord de reconnaître qu'à plusieurs reprises (en 1960, 1964 et 1972), le *Conseil fédéral* a tenu un *langage clair*.

Dans son message du 15 novembre 1960[49], le Conseil fédéral n'a en effet pas caché au Parlement que ces traités bilatéraux nous empêchaient de traiter les étrangers domiciliés à l'étranger de manière différente des Suisses de l'étranger (qui, eux, avaient un droit à acquérir des biens-fonds en Suisse). Le Conseil fédéral déclare notamment[50]:

> «Bien que les traités d'établissement soient généralement muets sur ce point, ils mettent aujourd'hui au bénéfice du droit d'acquérir des biens-fonds non seulement les personnes «établies» au sens de la législation sur la police des étrangers, mais aussi les personnes physiques ou morales domiciliées à l'étranger.»[51]

De manière conséquente, l'art. 1er de l'arrêté fédéral du 23 mars 1961 (*Lex von Moos*[52]) *prévoyait, sans distinguer selon que les personnes domiciliées à l'étranger étaient de nationalité étrangère ou suisse*:

> «L'acquisition d'immeubles en Suisse *par des personnes ayant leur domicile ou leur siège à l'étranger* est subordonnée à l'assentiment de l'autorité cantonale compétente.»

Clarté toujours de la part du Conseil fédéral lorsqu'il examine, en 1964, une pétition des Suisses de l'étranger tendant à exonérer ces derniers du régime de l'autorisation. Le Conseil fédéral relève que cette proposition «aboutirait, sinon formellement du moins en fait, à traiter différemment les étrangers, puisque seuls des Suisses de l'étranger pourraient pratiquement remplir les conditions prévues». Il ajoute: *«Ainsi serait violée l'obligation résultant des traités internationaux conclus par la Suisse de faire bénéficier les étrangers du même traitement que les nationaux»*[53].

Clarté enfin en 1972, lorsque le conseiller fédéral FURGLER réitéra les doutes que le Conseil fédéral avait sur la compatibilité avec le droit

---

48 ATF 60 I 220, *Instant Index Corporation,* du 12 juillet 1934; 74 I 97, *Malatesta,* du 13 mai 1948; 76 I 111, *Wolfe*, du 7 juin 1950.

49 Message du Conseil fédéral à l'Assemblée fédérale du 15 novembre 1960 concernant l'institution du régime de l'approbation pour le transfert de biens-fonds à des personnes à l'étranger, FF 1960 II 1181ss, p. 1263-1265.

50 FF 1960 II 1265.

51 Le Conseil fédéral cite, à l'appui de cette affirmation, son message du 17 juin 1929 à l'appui de la loi sur le séjour et l'établissement des étrangers, FF 1929 I 929.

52 RO 1961, p. 209.

53 FF 1964 II 1293ss, p. 1300.

international de la version revisée, du 30 septembre 1965, de la *Lex von Moos* du 23 mars 1961. Répondant le 28 avril 1972 au conseiller national JAEGER, M. FURGLER exprima des doutes sur la compatibilité de l'art. 5a de l'arrêté fédéral avec les traités en vigueur. Selon lui, cette disposition:

> *«nur schwer mit den staatsvertraglichen Verpflichtungen zur Gleichbehandlung vereinbar scheint (...); es stellt sich deshalb die Frage, ob nicht streng rechtlich eine staatsvertragswidrige faktische Diskriminierung bereits vorliegt»*[54].

Dans d'autres circonstances en revanche (en 1965, 1969 et 1981), force est d'admettre que ce même *Conseil fédéral* a *manqué de clarté.*

Ainsi, en 1965, devant l'Assemblée fédérale, il n'a pas osé s'opposer, au nom du droit international, à la volonté politique manifestée au sein du Parlement de favoriser les Suisses domiciliés à l'étranger par rapport aux étrangers domiciliés à l'étranger[55]. Pour reprendre les explications laborieuses données à l'époque par le Conseil fédéral: «*Bien que nous ne nous soyons pas opposés à cette formulation, nous ne lui avons cependant pas donné notre aval*»[56].

Langage quelque peu contradictoire aussi quatre ans plus tard, lorsque le Conseil fédéral, dans son message du 19 novembre 1969 prorogeant l'arrêté fédéral, exprime l'avis que l'exemption du régime d'autorisation en faveur des Suisses de l'étranger demeure «*encore compatible avec le droit international*»[57].

Résignation enfin, en 1981, devant l'éventualité d'une violation du droit international, lorsque le Conseil fédéral s'adresse à l'Assemblée fédérale en ces termes:

> «Nous restons pleinement conscients des problèmes qui se posent au regard des traités d'établissement conclus avec certains pays. Toutefois, compte tenu des intérêts légitimes des Suisses de l'étranger, nous renonçons à revenir sur la solution adoptée par les Chambres fédérales en 1965.»[58]

Pour sa part, le *Parlement* a, à plusieurs reprises, *discuté* les problèmes éventuels qui pourraient se poser compte tenu de l'incompatibilité de l'arrêté fédéral avec les traités bilatéraux existants. Il a cependant préféré ne pas trancher non plus. Les débats parlementaires n'ont pas la clarté que le Tribunal fédéral leur a prêtée.[59] *Le Parlement a plutôt pris consciem-*

---

54 BS CN 1972, p. 668; reproduit dans ASDI 1973, p. 356.

55 BO CE 1965, p. 129 (intervention du conseiller fédéral VON MOOS).

56 BO CE 1965, p. 129; cité d'après le message du Conseil fédéral du 16 septembre 1981 relatif à une loi fédérale sur l'acquisition d'immeubles par des personnes à l'étranger et à l'initiative populaire «contre le bradage du sol national», FF 1981 III 553ss, 615.

57 FF 1969 II 1393ss (voir FF 1981 III 616).

58 FF 1981 III 553ss, *616.*

59 Sur le caractère peu concluant des débats parlementaires, voir WILDHABER (note 38),

ment le risque et la responsabilité de difficultés ultérieures lors de l'application de la nouvelle législation et sa contestation éventuelle par des personnes domiciliées à l'étranger. Ce «flou artistique» pouvait certes faire illusion quelques années, mais il était inévitable qu'il exprime un jour sa vraie nature, qu'on a pu décrire comme étant celle d'un «*eigentlicher rechtsstaatlicher Sündenfall*» (SCHINDLER)[60]. Cette prédiction devait hélas se vérifier. A la rigueur, l'affaire *Schubert*, en 1973, pouvait encore faire figure de «raté»; une vingtaine d'années plus tard, l'affaire des Grisons devait révéler le caractère singulièrement explosif du mélange politico-jurisprudentiel ainsi créé.

Est-il sévère de dire que, dans l'intervalle, l'Administration fédérale a insuffisamment réagi? Nous serions tenté de penser que non. Car en 1975, l'affaire *Schubert* entraîna des conséquences normatives spécifiques qui auraient mérité un examen d'ensemble: l'année même du centenaire de l'Accord d'établissement de 1875 entre la Suisse et la Monarchie austro-hongroise[61] fut signé un échange de notes des 28 avril et 9 mai 1975 entre la Suisse et l'Autriche. Cet échange de notes consacrait la suspension de l'application de l'art. 2 de l'Accord de 1875. Il ressort de ce texte[62] que les autorités compétentes de la République d'Autriche étaient arrivées à la conclusion «que la réciprocité formelle pour le traitement des ressortissants des deux parties contractantes, établie par cet article [l'art. 2 du Traité de 1875] *n'est plus assurée*». Le Gouvernement autrichien indique «*qu'il n'appliquera donc plus l'article 2 dudit Traité, tant que la Confédération suisse ne sera pas de nouveau en mesure de pourvoir à l'application conforme de cette disposition du Traité*». Appelons les choses par leur nom: cet échange de notes est l'expression de la mise en cause, par l'Autriche, de la responsabilité internationale de la Suisse, par suite du non-respect de l'Accord par les autorités suisses. En signant cet échange de notes, le DFAE a certes colmaté une brèche au nom du Conseil fédéral (art. 102 ch. 8 Cst.), mais une brèche seulement: on sait qu'il existe 14 traités bilatéraux de ce type avec nos partenaires européens[63], avec toutefois des différences matérielles sur lesquelles il n'est guère possible d'entrer en matière ici.

Il est sans doute facile de le suggérer aujourd'hui: mais n'eût-il pas été opportun de se demander sérieusement, à cette époque-là, s'il n'était pas

---

1974, p. 195-201, spéc. p. 200-201; dans le même sens, ANDRÉ GRISEL, *A propos de la hiérarchie des normes juridiques*, ZBl. 1987, p. 377-395, spéc. p. 391-392, qui relève que les opinions émises par quelques députés «ne peuvent pas être tenues pour décisives par l'autorité appelée à trancher le problème de la primauté» (p. 392).

60 Cité par KÄLIN (note 39), 1993, p. 74.

61 RS 0.142.111.631.

62 RS O.142.111.631.2.

63 VALENTIN ZELLWEGER, *Welches integrationspolitische Potential bergen die Niederlassungsverträge?*, AJP/PJA 7/93 (à paraître).

possible de clarifier la situation au niveau normatif? Soit par la modification partielle des autres traités d'établissement pour les aligner sur le régime concédé à l'Autriche; soit pour vérifier – ce que M. MACHERET suggérait de faire en 1974 déjà[64] – si l'écoulement du temps ne justifiait pas la prise en considération d'un «changement fondamental de circonstances» pouvant justifier, en droit international, la suspension de tout ou partie de l'application du Traité (voir l'art. 62 CV).

De son côté le Tribunal fédéral, indifférent ou en tout cas muet face à la vigueur des débats doctrinaux qu'avait entraînés sa jurisprudence *Schubert* de 1973, confirme celle-ci en 1985, 1986, 1990 et 1991[65]. Le silence du Tribunal fédéral sur ces débats doctrinaux est d'autant plus pesant que – comme c'est le cas s'agissant de l'ALE[66] – pratiquement chaque cour a apporté sa contribution à la confirmation expresse ou tacite de cette jurisprudence de la Cour de droit public de 1973: II[e] Cour civile en 1986[67]; Cour de cassation pénale en 1990 et 1991[68]; II[e] Cour de droit public en 1984[69]; Cour des assurances sociales en 1985[70]; II[e] Cour civile à nouveau en 1989[71].

Pourquoi les choses se sont-elles soudain envenimées en 1992, révélant au grand jour les inconséquences passées? L'explication est assez simple: après la dissolution de la société *Sud-Provizel SA* (que le Tribunal fédéral avait déclarée illicite parce que constituée pour détourner la législation suisse en vue de permettre à des ressortissants italiens d'acquérir des immeubles dans le canton des Grisons), le ton monta en Italie, qui réclama l'application à la lettre de la Convention d'établissement et consulaire du 22 juillet 1868 entre la Suisse et l'Italie[72], autrement dit le droit des Italiens domiciliés en Italie d'acquérir, comme les Suisses domiciliés en Italie, des immeubles en Suisse. Pour faire pression sur les autorités suisses, le Ministère des affaires étrangères italien ordonna en outre des mesures de rétorsion à l'encontre des citoyens suisses désirant acquérir des immeu-

---

64 AUGUSTIN MACHERET, *Les traités d'établissement et les législations nationales de police des étrangers,* CDE 1974, p. 201-210, spéc. p. 205-206.

65 Voir notamment l'arrêt ATF 112 II 1, *Wohnbau AG Giswil*, du 9 mars 1986; voir également *infra*, notes 68-71 (sur les prises de position doctrinales, voir JAAC 1989, no 54, p. 451 et 408, note 57).

66 Voir ci-après, § 27.

67 ATF 112 II 1, *13, Wohnbau AG Giswil,* du 9 mars 1986.

68 ATF 116 IV 262, *268, X,* du 14 juin 1990; ATF 117 IV 124, *128, Staatsanwaltschaft des Kantons Zürich,* du 7 juin 1991.

69 ATF 110 Ib 105, *X et Sud-Provizel SA*, du 7 juin 1984 (dans cet arrêt, la problématique internationale est toutefois à l'arrière-plan et n'est pas discutée).

70 ATF 111 V 201, *203, Courtet*, du 23 octobre 1985 (où le refus de la primauté est toutefois construit comme un problème de non-reconnaissance de l'effet direct du droit européen pertinent).

71 ATF 115 II 401, *Sud-Provizel SA*, du 13 octobre 1989 (là aussi, la problématique internationale n'apparaît pas directement).

72 RS 0. 142.114.541.

bles de vacances en Italie. Par circulaire du Ministère des affaires étrangères italien, les notaires de la Péninsule se virent en effet signifier l'interdiction d'instrumenter des actes de vente de résidences secondaires à des Suisses. L'étau se resserrait sur la Suisse, car un autre traité avec l'Italie était applicable: le Traité de conciliation et de règlement judiciaire du 20 septembre 1924[73]. Ce traité prévoit une procédure de conciliation pour les différends nés entre Parties, qui n'auraient pas pu être réglés par voie diplomatique dans un délai raisonnable. Les Parties peuvent ensuite s'adresser à une commission permanente mixte de conciliation et, en cas d'échec (prévisible dans le cas particulier), chacune des Parties peut demander unilatéralement la soumission du différend à la Cour permanente de justice internationale (art. 15), soit, par succession, à la Cour internationale de justice par le biais de l'art. 37 du Statut de cette juridiction. L'issue d'une telle procédure devant la Cour de La Haye ne faisait guère de doute[74].

Le Conseil fédéral se résolut alors à assumer lui-même, à titre préventif – si l'on peut dire – la responsabilité internationale de la Confédération en vertu de sa compétence constitutionnelle (art. 102 ch. 8 Cst.): il se prêta donc à la recherche d'un règlement amiable, car la dissolution de la cinquantaine de sociétés grisonnes se trouvant dans la même situation était pour le moins embarrassante.

La mauvaise humeur italienne, exprimée par note diplomatique du 7 février 1992, incita ainsi les autorités suisses à donner à chaque actionnaire l'autorisation d'acquérir en son nom propre le nombre d'actions correspondant à un seul logement de vacances, les autres actions devant être vendues à des personnes ne tombant pas sous le coup de la *Lex Friedrich*; ces autorisations devaient en outre être imputées sur le contingent cantonal portant sur l'acquisition de logements de vacances.

Pour compléter le tout, en avril 1992, le Conseil fédéral adressa même au canton des Grisons une recommandation de ne pas exécuter l'arrêt du Tribunal fédéral du 13 octobre 1989[75]. C'est alors que le débat fut porté dans les médias, notamment dans une série d'articles publiés, à partir du 2 avril 1992, dans la *NZZ*, la *Weltwoche et la Basler Zeitung*[76]. Il y eut également des interventions parlementaires et le Conseil fédéral dut, le 20 mai 1992, dresser un rapport à l'intention de la Commission de gestion des Chambres. En juin 1992, M. DELAMURAZ répondit à l'intervention de M. GADIENT et de plusieurs autres parlementaires en expliquant devant les Chambres pourquoi, en l'espèce, le principe du respect des obligations

---

73 RS O.193.414.514.

74 KÄLIN (note 39), 1993, p. 76, la tenait pour certaine.

75 ATF 115 II 401, *Sud-Provizel SA,* du 13 octobre 1989.

76 Voir quelques références chez KÄLIN (note 39), 1993, p. 74 (articles de MARTIN BUNDI, DIETRICH SCHINDLER, PAUL ZWEIFEL, MATHIAS KRAFFT, PIERRE WIDMER, etc.).

internationales ne devait pas s'effacer devant le principe de la séparation des pouvoirs[77].

Assez curieusement, après le vote du 6 décembre 1992, les traités bilatéraux d'établissement revinrent à l'actualité. Certains journalistes s'interrogèrent sur les possibilités qu'aurait la Suisse de réactiver ces textes qui, selon eux, présentaient d'insoupçonnées qualités de concision[78].

On peut, certes, s'interroger sur le potentiel d'intégration que recèlent encore ces traités bilatéraux. Mais il ne faut pas se faire trop d'illusions[79]. Après avoir martelé pendant des décennies, dans la pratique administrative[80] et dans la jurisprudence du Tribunal fédéral[81], que ces instruments n'ont qu'une portée limitée, prétendre «redécouvrir» la valeur première d'instruments internationaux qu'il faudrait soudain prendre à la lettre

---

77 BO CN 1992, p. 1088-1089: «Le Conseil fédéral ne méconnaît pas le moins du monde le principe de la séparation des pouvoirs, ni les règles démocratiques de cet Etat de droit. Mais l'ordre juridique suisse repose également sur un autre principe que celui de la séparation des pouvoirs et il m'est décidément difficile de vouloir déclasser cet autre principe afin d'assurer une priorité absolue – dont on se demanderait quelle est la légitimité – au principe de la séparation des pouvoirs. Ce second principe est bel et bien celui du respect des obligations internationales (...). Ceux d'entre vous qui ont un âge presque canonique pour avoir encore en tête les débats que le Conseil national a eus en 1965 – nous étions peu nombreux de cette cuvée – à propos de la révision de la lex von Moos, se rappellent clairement qu'à ce moment-là déjà le représentant distingué du Conseil fédéral – ils le sont tous mais il l'était particulièrement – avait signalé au Conseil national le risque d'un conflit entre l'application d'une loi imparfaite sur ce point et les engagements internationaux contractés par la Suisse, pas seulement à l'égard de l'Italie, mais d'autres pays voisins et amis. *On s'est accommodé de l'existence de cette source de conflit en espérant qu'il ne se déclencherait pas. En effet, il ne s'est pas déclenché pendant de longues années, mais il a tout de même fini par éclater dans cette malheureuse affaire Sud-Provizel (...). Le Conseil fédéral avait bel et bien pour tâche, dans l'exercice de ses compétences en matière de politique étrangère, de trouver pour les quelque 50 cas en suspens dans le canton des Grisons une solution qui tienne compte, dans toute la mesure du possible – et cette mesure était large – de notre législation, tout en étant propre à écarter la menace d'une procédure internationale».*

78 ERICH REYHL, «Basler Zeitung» du 9 janvier 1993, dans un article intitulé *Von EWR-Vorteilen profitieren mit dem Umweg über alte Verträge?,* écrivit en particulier: «Vor 100 Jahren konnte man noch Verträge schreiben die auf 2 oder 3 Textseiten alles enthielten, was heute auf 10'000 Seiten fixiert wird». Les négociateurs suisses de l'Accord EEE apprécieront le compliment. Voir également FELIX E. MÜLLER, «Die Weltwoche» Nr. 5, du 4 février 1993, *Führt der Weg aus der Sackgasse über Archive?* (avec diverses appréciations des professeurs LUCIUS CAFLISCH, DIETRICH SCHINDLER et WALTER A. STOFFEL, auteur d'une thèse fribourgeoise de 1979 sur le sujet).

79 Dans ce sens: VALENTIN ZELLWEGER (note 63), 1993, *passim.*

80 JAAC 1977 no 56, p. 124-132, du 27 janvier 1977.

81 Voir notamment ATF 98 Ib 385, *Banque de crédit international*, du 13 octobre 1972 (cet arrêt, très libéral en ce qui concerne l'art. 16 de la Convention de Stockholm de 1960 instituant l'AELE, contient un autre passage – non publié – où il est dit notamment: «c'est par accord tacite des Parties contractantes que les traités d'établissement n'ont plus qu'une portée restreinte».

paraît assez saugrenu. Ne cherchons pas, aujourd'hui, à reporter les responsabilités de nos inconséquences passées[82].

A vrai dire, deux autres obstacles au moins s'opposent, en fait et en droit, à une revitalisation substantielle de ces instruments à court ou moyen terme: d'une part, le caractère incomplet et peu homogène du réseau de ces accords bilatéraux, qui ne couvrent pas tous nos partenaires de l'EEE; d'autre part, la probable impossibilité d'engager sinon politiquement (ce qui serait un défi en soi), mais *juridiquement* des négociations bilatérales à cet effet, puisque certaines matières couvertes par ces accords sont aujourd'hui de la compétence communautaire[83]. Bref, il n'y a pas de miracle en vue.

Quelles leçons tirer de ce chapitre à vrai dire peu glorieux de l'application du droit européen en Suisse entre 1973 et 1993? Deux leçons peut-être.

La première, de caractère *normatif*, avait déjà été tirée avec éloquence il y a vingt ans par M. MACHERET:

> «Survivance purement formelle de clauses conférant à l'immigrant un droit à l'admission et à l'installation; développement d'une législation et d'une jurisprudence internes d'exception les rendant inopérantes; conclusion en forme simplifiée et parfois confidentielle d'accords dits interprétatifs ou d'exécution des conventions originaires qu'en réalité ils remplacent: voilà bien un ensemble normatif qui n'aura pas été échafaudé à la gloire de la géométrie kelsénienne. Fruit des vicissitudes de l'histoire, il n'est pas pour mettre à la fête l'internationaliste pour lequel la règle de l'acte contraire serait restée au centre de la théorie des traités.»[84]

Et cet auteur d'ajouter:

> «S'agissant d'instruments propres à faire naître des droits dans le chef des particuliers, il nous paraît à tout le moins souhaitable que de tels changements s'opèrent suivant des procédures présentant un minimum de solennité.»[85]

La deuxième leçon à tirer concerne plus directement le *juge national face au droit européen*. Dans un langage peu diplomatique, nous résumerions la situation en disant qu'en 1973, au lieu de chercher à se «couvrir» en se réfugiant derrière la volonté présumée du législateur (art. 71 Cst.), le Tribunal fédéral aurait mieux fait d'interpréter l'Accord de 1875 au

---

82 WALTER STOFFEL déclarait récemment (*Die Weltwoche*, 4 février 1993): «Wir haben unsere Position zum Teil selbst ausgehöhlt, indem wir zahlreiche einseitige Restriktionen, z.B. beim Grundstückerwerb oder bei der Niederlassung von Ausländern, einführten, die dem Geist dieser Verträge widersprechen».

83 Selon les principes fixés par la Cour de justice de Luxembourg dans sa jurisprudence dite «AETR», CJCE, arrêt *Commission c. Conseil* du 31 mars 1971, aff. 22/70, Rec. 1971, p. 263.

84 MACHERET (note 64), 1974, p. 206.

85 MACHERET (note 64), 1974, p. 206.

travers des seuls principes généraux d'interprétation définis par les art. 26, 27 et 31 à 33 de la Convention de Vienne sur le droit des traités (CV)[86].

Fondamentalement, deux attitudes étaient possibles pour le Tribunal fédéral. Soit admettre, comme il l'avait fait une année auparavant dans son arrêt *Banque de crédit international* du 13 octobre 1972, que «c'est par un accord tacite des Etats contractants que les traités d'établissement n'ont plus qu'une portée restreinte»[87]. C'eût été tenir compte – procédé éminemment ambigu et dangereux – de «toute pratique ultérieurement suivie dans l'application du traité par laquelle est établi l'accord des parties à l'égard de l'interprétation du traité» (art. 31 § 3, lettre b CV).

Seconde attitude possible de la part du Tribunal fédéral: constater le conflit entre l'arrêté fédéral et l'Accord de 1875 et, se fondant sur la lettre de l'instrument international et sur le principe de la primauté du traité sur la loi même postérieure, refuser d'appliquer l'arrêté fédéral dans le cas d'espèce. M. Schubert aurait certes été admis à acquérir un bien immobilier en Suisse, mais ce coup de semonce jurisprudentiel eût immédiatement secoué les organes politiques en les incitant (un peu dans le sens d'un «*Appellentscheid*» à l'allemande) à prendre leurs responsabilités. Nous avons tendance à penser que c'eût été là la bonne solution. Sans doute la renégociation d'accords bilatéraux aussi anciens, avec plus d'une dizaine de partenaires européens, eût-elle été laborieuse. Mais on ne voit pas que l'engagement de procédures appropriées de modification du traité eût été voué à l'échec: nos partenaires européens n'avaient-ils pas en fait déjà admis, tacitement, la portée réduite des droits individuels que ces traités d'établissement semblaient contenir?

On peut assurément épiloguer à perte de vue sur l'affaire *Schubert* et ses prolongements. Ce n'est pas le lieu de le faire ici. Nous nous bornerons à dire que, certains observateurs ont, à l'occasion de l'affaire grisonne, un peu vite crié à la violation du principe de la séparation des pouvoirs[88]. A notre avis, dès 1992 le Conseil fédéral a tiré correctement – mais un peu tard, et seulement dans un cas d'espèce – les conséquences du principe du respect des traités internationaux et de la responsabilité internationale dont il a la charge.

En *résumé*, et pour reprendre le langage de la communication précitée du 29 avril 1989[89], bon nombre de difficultés eussent été évitées s'il y avait eu de la part du Tribunal fédéral, en 1973, dans l'affaire *Schubert*:

---

86 RS 0.111 (à l'époque non ratifiée par la Suisse, mais déjà valable comme règles générales d'interprétation universellement reconnues des traités internationaux).

87 ATF 98 Ib 385 (précité, note 81). Dans ce cas, n'est-ce pas l'individu qui fait les frais de l'accord tacite des Etats?

88 PAUL ZWEIFEL, NZZ du 8 mai 1992, no 106, p. 23.

89 Voir *supra*, notes 43 et 44.

a) *constat de l'incompatibilité de la règle interne avec la règle internationale;*
b) *inapplication, dans le cas d'espèce, de la règle interne contraire à la règle internationale;*
c) *le cas échéant, renvoi du Tribunal fédéral à la responsabilité politique du Conseil fédéral et du Parlement («Appellentscheid»)*[90].

26. La Convention européenne des droits de l'homme (1974-1993): une discrète et constructive symbiose entre Strasbourg, Lausanne et Lucerne

Depuis sa ratification par la Suisse le 28 novembre 1974, la Convention européenne des droits de l'homme (CEDH) s'est bien acclimatée dans notre ordre juridique. Ce n'est pas le lieu de procéder ici à un examen d'ensemble de la pratique jurisprudentielle relative à un instrument si connu: la synthèse publiée récemment par M. HAEFLIGER sur la portée de la CEDH pour la pratique suisse nous dispense de cette vaste entreprise[91].

Dans la perspective de notre recherche, il est toutefois utile de nous interroger sur les *raisons de cette bonne acclimatation*: *pourquoi* y a-t-il eu, ici, osmose entre le droit européen et le droit suisse? *Osmose quantitative,* ressortant de plusieurs centaines d'arrêts publiés du Tribunal fédéral, sans compter de nombreuses décisions cantonales; et *osmose qualitative*, qui fait apparaître de manière frappante l'impact de cet instrument dans notre ordre juridique.

Les causes du succès de la CEDH *dans notre ordre juridique sont multiples*. On mentionnera, en vrac: l'absence de catalogue cohérent et explicite des droits fondamentaux dans notre Constitution; l'intérêt corrélatif des plaideurs de pouvoir se fonder sur des textes plus précis et plus accessibles que sur des monuments jurisprudentiels certes d'une extraordinaire richesse (art. 4 Cst., liberté personnelle, etc.), mais qui ont acquis une telle complexité que le praticien pressé y trouve difficilement – sans l'ouvrage de synthèse qui en fait le tour – la réponse précise à la question qu'il se pose[92]; la largeur du spectre des droits couverts par la CEDH et

---

90 JAAC 1989, no 54, § 17.2, lettre a, b et c (texte français: p. 474-475; texte allemand: p. 431-432). La jurisprudence la plus récente semble ménager d'intéressantes ouvertures: ATF 117 Ib 367, *372-373, Erben X,* du 15 novembre 1991 et ATF 118 Ia 341, *353, M.*, du 9 novembre 1992, cités *infra*, notes 258 et 261); voir également GRISEL (note 59) 1987, p. 392-393.

91 HAEFLIGER (note 19), 1993.

92 Sur les deux exemples cités, on trouve précisément plusieurs ouvrages qui opèrent la synthèse entre la dimension européenne et nationale des droits fondamentaux: ARTHUR HAEFLIGER, *Alle Schweizer sind vor dem Gesetze gleich: zur Tragweite des Art. 4 BV,* Berne (Stämpfli), 1985, 228 p.; STEFAN TRECHSEL, *Die EMRK, ihr Schutz der persön-*

ses protocoles, qui ont progressivement amené justiciables et avocats à s'intéresser à la Convention non seulement dans le domaine du droit pénal et des garanties procédurales (art. 5 et 6 CEDH), mais dans des domaines de plus en plus pointus sur les questions les plus diverses[93]; l'attitude très constructive du Tribunal fédéral, qui prend désormais de manière systématique en considération la jurisprudence de Strasbourg[94]; les efforts de la doctrine, qui a non seulement livré d'impressionnantes synthèses[95] et d'innombrables études ponctuelles[96], mais de précieuses chroniques, déjà mentionnées[97]; l'enrichissement que représente l'ouverture, pour les juristes suisses, à d'autres pratiques jurisprudentielles nationales et européennes obéissant toutes au même but, à savoir le renforcement de la protection des droits fondamentaux en Europe à l'aide d'un instrument normatif commun[98]; la valeur que représente, pour les juges du Tribunal

---

lichen Freiheit und die schweizerischen Strafprozessrechte, Berne (Stämpfli), 1974, 391 p.; voir également, du même auteur, *Die Garantie der persönlichen Freiheit (Art. 5 EMRK) in der Strassburger Rechtsprechung*, EuGRZ 1980, p. 514-532.

93 Voir la bibliographie contenue dans l'ouvrage de HAEFLIGER (note 19), 1993, p. 375-384.

94 MARK E. VILLIGER, *Die Schweiz und die europäische Menschenrechtskonvention (EMRK)*, in: «Neues Handbuch der Schweizerischen Aussenpolitik» (A. Riklin/H. Haug/R. Probst, éd.), Berne (Haupt), 1992, p. 277-292, p. 288, relevait récemment: «Das Bundesgericht nimmt im europäischen Vergleich in der Berücksichtigung der EMRK eine Spitzenstellung ein». Réfutant la critique selon laquelle la jurisprudence du Tribunal fédéral relative à la CEDH serait souvent statique et conformiste, HAEFLIGER observe pour sa part, avec une allusion critique sur la jurisprudence strasbourgeoise (note 19), 1993, p. 361: «Das Gericht trägt aber die Rechtsprechung der Strassburger Behörden loyal Rechnung, und vor allem in den letzten Jahren hat es in manchen Urteilen Konventionsregeln grosszügig und mit einer Sorgfalt ausgelegt, die sich nicht stets in allen die EMRK betreffenden Urteilen finden».

95 Voir en particulier, outre les ouvrages mentionnés en notes 18-19, le caractère de pionnier de l'ouvrage de DOMINIQUE PONCET, *La protection de l'accusé par la CEDH*, Genève (Georg), 1977; et l'intérêt particulier de deux récentes thèses: STEPHAN BREITENMOSER, *Der Schutz der Privatssphäre gemäss Art. 8 EMRK*, Bâle, 1986, 399 p. et THOMAS SCHMUCKLI, *Die Fairness in der Verwaltungsrechtspflege: Art. 6 Ziff. 1 EMRK und die Anwendung auf die Verwaltungsrechtspflege des Bundes*, Fribourg (Ed. universitaires), 1990, 172 p.

96 Voir note 93.

97 Voir *supra*, note 20; voir aussi les extraits jurisprudentiels publiés dans la JAAC/VPB (dernier fascicule de chaque année, dès 1983); voir également, dès l'été 1993, la chronique semestrielle de la jurisprudence de la Cour EDH présentée par FRANK SCHÜRMANN dans AJP/PJA (les arrêts eux-mêmes sont publiés en français dans la Série A et dans RUDH; en allemand dans EuGRZ et dans la *Praxis*).

98 Pour une vue synthétique récente de l'état de mise en oeuvre interne de la CEDH en Europe de l'Est et de l'Ouest, voir le numéro spécial de la RUDH 1992 (p. 354-460), reproduisant les actes du Séminaire de Leiden des 24-26 octobre 1991; voir tout particulièrement les contributions de JÖRG POLAKIEWICZ, *La mise en oeuvre de la CEDH en Europe de l'Ouest/Aperçu du droit et de la pratique nationaux*, RUDH 1992, p. 359-376; JÖRG POLAKIEWICZ, *La mise en oeuvre de la CEDH et des décisions de la Cour de Strasbourg en Europe de l'Ouest: une évaluation*, RUDH 1992, p. 418-429; DONNA GOMIEN, *La mise en oeuvre du droit international relatif aux droits de l'homme en Europe centrale et orientale*, RUDH 1992, p. 377-386.

fédéral, le développement de contacts internationaux avec leurs collègues étrangers et les membres de la Cour européenne des droits de l'homme; le fait que de très nombreux juristes aient été impliqués dans les travaux de revision législative fédérale provoqués par la CEDH[99] ou dans les travaux de revision des droits de procédure cantonaux, revisions au cours desquelles la prise en considération de la dimension européenne est désormais devenue un réflexe systématique[100]; apparition en Suisse de quelques avocats spécialisés sur les questions relatives à la CEDH[101]; le fait aussi, remarquable en lui-même, que plusieurs juges fédéraux et cantonaux aient été étroitement associés à la présentation écrite et orale du point de vue du Conseil fédéral dans des affaires portées à Strasbourg contre la Suisse[102].

Pour ces multiples raisons, la CEDH est désormais, en Suisse, une composante à la fois connue et bien assimilée du droit européen. Il faut s'en féliciter, puisque la Convention européenne des droits de l'homme représente sans doute ce qu'il y a de plus fondamental dans le droit européen. L'oeuvre d'intégration européenne n'aurait en effet pas de sens si elle ne ménageait, dans les sociétés démocratiques pluralistes qui forment le Continent, un standard élevé de protection des droits fondamentaux, facteur de paix[103]. Le risque de nivellement par le bas, craint par

---

99 Droit de procédure pénale militaire; écoutes téléphoniques; extradition; statut du procureur général de la Confédération; privation de liberté à des fins d'assistance; revision de l'OJ; protection des données; base légale en vue de l'engagement d'agents infiltrés pour lutter contre le trafic de drogue, etc.

100 En matière de procédure pénale, le professeur ROBERT HAUSER – qui a rempli les fonctions de conseil dans plusieurs procédures devant la Cour européenne des droits de l'homme engagées contre la Suisse – a joué un rôle majeur lors de plusieurs revisions cantonales; voir également, dans la même optique, les publications et travaux recensés par HAEFLIGER (note 19), 1993, p. 375-384, émanant des auteurs suivants: STEFAN TRECHSEL, FRANZ RIKLIN, ROBERT LEVI, GÉRARD PIQUEREZ, OLIVIER FASSBIND, DANIEL THÜRER, MARTIN SCHUBARTH, GERHARD WALTER, CARL-HANS BRUNSCHWILER, GIORGIO MALINVERNI, ALFRED KUTTLER, etc.

101 On mentionnera notamment, parmi ceux qui ont porté plusieurs affaires devant la Commission, puis jusque devant la Cour: M[es] MINELLI, LOB, PONCET et GARBADE.

102 Parmi les juges cantonaux qui ont assisté l'agent du Conseil fédéral durant les procédures à Strasbourg, on mentionnera MM. CLÉMY VAUTIER (VD) (aff. *Weber et Quaranta*); PIERRE ZAPPELLI (FR) (aff. *Felix Müller*); THOMAS MAURER (BE) (aff. *Lüdi* et *W.*) et BEAT SCHNELL (BE) (aff. *W.*); parmi les hauts magistrats qui ont accepté de prêter leur concours dans ce cadre inhabituel, on mentionnera les juges et anciens juges fédéraux GEORG MESSMER (aff. *Sutter*); ROLANDO FORNI (aff. *F.*); PETER-ALEXANDER MÜLLER (aff. *Zimmermann et Steiner*) – à l'époque où ce dernier était encore directeur de la Chancellerie du Tribunal fédéral –; ROBERT LEVI (aff. *Schönenberger et Durmaz* et aff. *Huber*); CARL-HANS BRUNSCHWILER (aff. *Kraska)*; RAYMOND SPIRA et ALEXANDER LUSTENBERGER (aff. *Schuler-Zgraggen*).

103 Dans le même sens, WALTER KÄLIN, *Die Europäische Menschenrechtskonvention als Faktor der europäischen Integration*, FS für Dietrich Schindler, Bâle et Francfort (Helbing & Lichtenhahn), 1989, p. 529-538.

certains, n'existe pas: la CEDH ne crée certes qu'un *standard minimum* – dont la fréquence des constats de violation par la Cour de Strasbourg atteste qu'il n'est pas négligeable[104] –, mais il n'occulte nullement les règles, internationales ou nationales, qui offrent une protection plus grande, selon le système de hiérarchie matérielle exprimé à l'art. 60 CEDH (*Günstigkeitsprinzip*).

En 1979, année en laquelle la Société suisse des juristes avait consacré ses travaux aux cinq premières années d'expériences de la Suisse avec la CEDH, M. RAYMOND, à l'époque secrétaire-adjoint de la Commission européenne des droits de l'homme, estimait pouvoir affirmer, «avec un faible risque d'erreur», que «l'entrée en vigueur de la Convention à l'égard de la Suisse n'a pas provoqué et ne provoquera pas de bouleversement des institutions»[105]. Les développements intervenus depuis lors semblent accréditer son affirmation. Pour sa part, M. WILDHABER décrivait à la même occasion l'interaction entre la dimension européenne et nationale de la protection des droits de l'homme dans des mots qui ont, eux aussi, conservé leur actualité une quinzaine d'années plus tard:

> «Die Europäische Menschenrechtskonvention bewirkt so gewissermassen eine «*indirekte Europäisierung*» der Grundrechtsprechung. Sie bringt weniger ein eigentliches Stück Verfassungsgerichtsbarkeit als ein Messen an einem gesamteuropäischen Mindeststandard, der nicht unbedingt auf konstant niedriger Höhe bleiben muss, sondern der Aktualisierungen in anderen Bereichen als den vom Bundesgericht akzentuierten bringen kann.»[106]

L'effet le plus remarquable de cette osmose jurisprudentielle entre Strasbourg, Lausanne et Lucerne nous paraît résider dans *l'anticipation jurisprudentielle* dont a fait preuve à plusieurs reprises le Tribunal fédéral. Sans doute, juridiquement, les Etats parties à la Convention ne sont-ils liés que par les arrêts rendus par la Cour dans les affaires auxquelles ils sont parties (art. 53 CEDH). De longue date cependant, la progressive émergence d'une sorte de *noyau de droit constitutionnel européen des*

---

104 Au 1er juillet 1993, la Cour de Strasbourg avait rendu 416 arrêts (y compris ceux rendus au titre de l'art. 50 CEDH, octroi d'une satisfaction équitable). Dans 231 des 302 premiers arrêts rendus «au principal» jusqu'à fin 1992 (soit dans plus de 76% des arrêts), la Cour avait constaté une ou plusieurs violations de la Convention ou de l'un de ses protocoles additionnels. Du 28 novembre 1974 au 30 juin 1993, la Cour avait rendu 19 arrêts dans des affaires introduites contre la Suisse et, dans 13 cas (68%), constaté une violation de la Convention: voir, dans la liste en fin d'ouvrage (p. 547-548), les arrêts *Minelli* (1983); *Zimmermann et Steiner* (1983); *Sanchez-Reisse* (1986); *F.* (1987); *Belilos* (1988); *Schönenberger et Durmaz* (1988); *Autronic* (1990); *Weber* (1990); *Huber* (1990); *Quaranta* (1991); *S.* (1991); *Lüdi* (1992); et *Schuler-Zgraggen* (1993).

105 JEAN RAYMOND, *La Convention européenne des droits de l'homme et la Suisse*, RDS/ZSR 1979 II, p. 1-108, p. 88.

106 LUZIUS WILDHABER, *Erfahrungen mit der Europäischen Menschenrechtskonvention*, ZSR/RDS 1979 II, p. 229-379, p. 343.

droits de l'homme[107] favorise l'interaction des jurisprudences constitutionnelles nationales et de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme[108], transcendant les frontières nationales ainsi que les différences politiques, juridiques et même, à certains égards, culturelles.

Des recherches récentes ont mis en évidence cette *progressive constitutionnalisation, à l'échelle du continent, des valeurs fondamentales de la protection des droits de l'homme*[109]. De toute évidence, les arrêts rendus par la Cour européenne des droits de l'homme dépassent largement le cadre de l'affaire spécifique qui y donne lieu[110].

Ceci explique sans doute les exemples de jurisprudence «anticipative» du Tribunal fédéral relative à la CEDH.

L'exemple le plus frappant réside sans doute dans les conséquences énergiquement tirées par le Tribunal fédéral de l'arrêt *De Cubber c. Belgique*, rendu le 26 octobre 1984 par la Cour européenne des droits de l'homme[111]. Le Tribunal fédéral désamorça lui-même les risques de difficultés ultérieures qu'aurait immanquablement rencontrées la Suisse à Strasbourg en raison de l'existence de codes de procédure pénale cantonaux consacrant une union personnelle entre le juge d'instruction et le juge[112]. En dépit de certaines critiques[113] – et, il faut le dire, d'aménagements des organisations judiciaires cantonales aux conséquences finan-

---

[107] Dans ce sens, VILLIGER (note 94), 1992, p. 290, pour qui la CEDH contient un «*Grundrechtskatalog einer künftigen Europäischen Verfassung*».

[108] MARC-ANDRÉ EISSEN, *L'interaction des jurisprudences constitutionnelles nationales et de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme*, in: «Conseil constitutionnel et Cour européenne des droits de l'homme», (D. Rousseau/F. Sudré, éd.), Strasbourg/Kehl (Engel), 1990, p. 137ss.

[109] KLAUS W. WEIDMANN, *Der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte auf dem Weg zu einem europäischen Verfassungsgerichtshof*, Berne (Lang), 1985, 327 p.; JOCHEN ABRAHAM FROWEIN, *The European Convention on human rights as the public order of Europe*, in: «Collected Courses of the Academy of European Law», Florence, 1990, vol. I-2, p. 267-358; voir également JEAN-FRANÇOIS FLAUSS, *La contribution de la jurisprudence des organes de la CEDH à la formation d'un droit constitutionnel européen*, (manuscrit), 19 juin 1993, 42 p. (à paraître dans RUDH 1993).

[110] Voir déjà GEORG RESS, *Effets des arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme en droit interne et pour les tribunaux nationaux*, Colloque de Heidelberg 1980, Paris (Pedone), 1982, p. 235-313 (également publié en allemand, in: «Europäischer Menschenrechtsschutz. Schranken und Wirkungen», Heidelberg, 1982, p. 227 ss); dans un sens voisin, WILDHABER (note 106), 1979, p. 316, qui relève, à propos de la procédure devant les organes de Strasbourg: «Steht das *Individuum zu Beginn* somit im Zentrum, so rückt es *im Verlaufe des Verfahrens in den Hintergrund*».

[111] Cour EDH, arrêt *De Cubber* du 26 octobre 1984, Série A no 86.

[112] ATF 112 Ia 290 (Valais); ATF 113 Ia 72 (Fribourg); ATF 114 Ia 275 (Grisons).

[113] Voir notamment JÜRG AESCHLIMANN, *Bemerkungen zu neuen Entwicklungen und Tendenzen in der Strafjustiz*, SJZ/RSJ 1988, p. 316-319; GÉRARD PIQUEREZ, *Le droit à un juge indépendant et impartial garanti par les art. 58 Cst. et 6 ch. 1 CEDH impose-t-il de manière absolue une séparation des fonctions judiciaires?*, SJ 1989, p. 114-132.

cières non négligeables – cette jurisprudence a été, dans l'ensemble, bien acceptée en Suisse.

Un autre exemple, plus récent, est celui de l'arrêt rendu par la II^e^ Cour civile du Tribunal fédéral le 17 décembre 1992 dans l'affaire *F. c. Conseil d'Etat du canton de Thurgovie*[114]. Dans cet arrêt, le Tribunal fédéral a tiré, par anticipation, les conclusions qu'il fallait en ce qui concerne la validité, au regard de l'art. 64 CEDH, de la précision de la déclaration interprétative faite par le Conseil fédéral après le prononcé, par la Cour européenne des droits de l'homme, le 29 avril 1988, de l'arrêt *Belilos c. Suisse*[115].

A la suite de l'arrêt du 17 décembre 1992, on a parfois entendu dire que le Tribunal fédéral avait outrepassé ses compétences et qu'il aurait dû attendre que la Cour de Strasbourg ait examiné l'affaire avant de se plier, le cas échéant, à cette jurisprudence. Nous ne partageons nullement cet avis, qui nous paraît reposer sur une conception étriquée de la responsabilité internationale de la Suisse. Il faut rappeler que celle-ci n'est *qu'une ultima ratio* ne devant entrer en ligne de compte «que si, sur le plan interne, les organes de l'Etat n'ont, malgré leur détermination à agir dans ce sens, pas été en mesure de respecter le droit international en vigueur pour la Suisse»[116]. Ainsi le veut le *principe de subsidiarité*, qui fait aujourd'hui fortune en droit européen par la publicité que lui donne l'art. 3B du Traité de Maastricht (à tel point qu'on en oublie parfois ses expressions antérieures, telles que les art. 25-27 et 50 CEDH). La légitimité du contrôle par le Tribunal fédéral d'un acte du Conseil fédéral portant lui-même précision d'un texte adopté par l'Assemblée fédérale est manifeste. Si ladite «précision» – qui s'expliquait avant tout par des raisons politiques et fédéralistes – était contraire au droit, il était juste que le Tribunal fédéral en tirât la conséquence. Face au droit international non plus, il n'y a pas, entre organes fédéraux, d'égalité dans l'illégalité.

Dernière remarque: comme l'a montré récemment une instructive synthèse de Mme GERBER, l'influence du droit étranger dans la jurisprudence du Tribunal fédéral offre un bilan assez contrasté, dont les causes sont multiples[117]. C'est en considérant ce bilan qu'on se rend compte de l'intérêt que représente le large accueil fait par la jurisprudence du Tribunal fédéral à la jurisprudence de Strasbourg. Car en effet, ce dialogue jurisprudentiel n'existe pas seulement entre Strasbourg, Lausanne et

---

114 ATF 118 II (à paraître); EuGRZ 1993, p. 72-78.

115 Cour EDH, arrêt *Belilos c. Suisse* du 29 avril 1988, Série A no 132.

116 Voir, dans ce sens, l'avis de droit précité du 29 avril 1989 (note 43), JAAC 1989 no 54, § 5 *in fine* (p. 444 du texte français; p. 401 du texte allemand).

117 ALEXANDRA GERBER, *Der Einfluss des ausländischen Rechts in der Rechtsprechung des Bundesgerichts*, in: «Perméabilité des ordres juridiques/Osmose zwischen Rechtsordnungen/The responsiveness of legal systems to foreign influences», Publications de l'Institut suisse de droit comparé, vol. 20, Zurich (Schulthess), 1992, p. 141-163.

Lucerne[118], mais également – de manière indirecte – entre toutes les juridictions nationales confrontées aux mêmes problèmes[119]. N'y a-t-il pas là, pour tous les juristes, un enrichissement considérable[120]?

Un autre intérêt majeur de cette osmose jurisprudentielle tient au fait qu'*elle suscite un très original et fructueux dialogue législativo-jurisprudentiel*[121]. En effet, le législateur – fédéral ou cantonal – est parfois incité à agir pour remédier aux éventuelles causes législatives d'une violation constatée par le juge européen. On retrouve donc, à propos de la CEDH, un aspect bien connu de ce rôle de signal avertisseur que peut jouer le juge en cas de carence du législateur[122]. La liste des changements législatifs intervenus en Europe à la suite d'arrêts de la Cour de Strasbourg est déjà impressionnante[123], même si le tableau est loin d'être idyllique, comme le rappelait récemment M. TOMUSCHAT[124].

Enfin, *au plan de l'application du droit,* pourquoi ne serait-on pas sensible au fait que la Convention européenne des droits de l'homme a permis, pour la première fois de manière aussi frappante et claire, de faire comprendre aux organes de l'Etat (et d'abord aux juges et à leurs gref-

---

118 S'agissant du Tribunal fédéral des assurances, le baptême du feu a eu lieu avec le prononcé, le 24 juin 1993, de l'arrêt *Schuler-Zgraggen*, relatif à l'application de l'art. 6 § 1 CEDH à une procédure de recours de droit administratif devant le TFA (avec peut-être, à moyen terme, des conséquences législatives sur les art. 17 et 132 OJ).

119 Sur les aspects généraux, voir EISSEN (note 108), 1990; sur la problématique allemande, voir THOMAS GIEGERICH, *Luxemburg, Karlsruhe, Strassburg. Dreistufiger Grundrechtsschutz in Europa*, ZaöRV 1990, p. 836-863; PETER BADURA, *Grundrechte in Europa. Zur Frage der «normativen Verklammerung» des Gemeinschaftsrechts mit den Verfassungen der Mitgliedstaaten, (BverfGE 73,339-Solange II)*, in: «Neuntes deutsch-polnisches Juristen-Kolloquium. Der internationale und nationale Schutz der Menschen- rechte», Baden-Baden (Nomos), 1992, p. 119-136; CHRISTINE LANGENFELD/ ANDREAS ZIMMERMANN, *Interdependenzen zwischen nationalem Verfassungsrecht, Europäischer Menschenrechtskonvention und Europäischem Gemeinschaftsrecht (Überlegungen anlässlich der jüngsten Entscheidungen aus Dublin, Strassburg und Luxemburg zum irischen Informationsverbot für Abtreibungen)*, ZaöRV 1992, p. 259-314; sur la pratique suisse, voir notre étude citée *infra*, note 197.

120 Même pour ceux, sans doute, qui nous invitaient à admettre en 1985, de manière un peu trop absolue, que «les garanties d'origine suisse représentent, aujourd'hui encore, le *nec plus ultra* en matière de droits de l'homme»: voir HOTTELIER (note 18), 1985, p. 199.

121 Sur ce dialogue en matière pénale, voir notre article *Problèmes de législation pénale révélés par la jurisprudence de Strasbourg: perspective de droit suisse et de droit comparé*, RPS/ZStrR 1989, p. 242-275.

122 Sur la problématique communautaire, voir PIERRE PESCATORE, *La carence du législateur communautaire et le devoir du juge*, in: Mélanges Léontin-Jean Constantinesco, Cologne (Heymanns), 1983, p. 559-580; sur la problématique suisse, voir GRISEL (note 59), 1987, p. 392-393.

123 Cour européenne des droits de l'homme, *Aperçus 1959-1990*, Strasbourg, 1991, p. 43-50; voir également *Aperçus 1992*, Strasbourg, 1993, p. 18; voir également POLAKIEWICZ (note 98), RUDH 1992, p. 424-428; pour une investigation dans le domaine du droit pénal, voir *supra*, note 121.

124 CHRISTIAN TOMUSCHAT, *Quo vadis, Argentoratum? The success story of the European Convention on human rights – and a few dark stains*, HRLJ 1992, p. 401-406.

fiers), que les actes les plus courants qu'ils accomplissent peuvent être, le cas échéant, soumis à un contrôle européen? Tous les acteurs directs ou auxiliaires de la justice peuvent, dans leurs faits et gestes quotidiens, se trouver dans la situation d'engager potentiellement la responsabilité internationale de l'Etat. Il faut démythifier l'idée répandue selon laquelle celle-ci est cette lointaine abstraction à laquelle nous avaient habitués d'anciens et moins anciens ouvrages de droit international. La responsabilité internationale vient se greffer sur des faits juridiques en apparence anodins: une maladresse de rédaction d'un greffier rédigeant un jugement[125]; l'action d'un *Bezirksanwalt* pourtant effectuée dans le cadre légal cantonal[126]; une déclaration d'un juge fédéral lors du délibéré public d'un jugement[127]; voire même une déclaration télévisée un peu abrupte d'un conseiller fédéral, dans une langue autre que sa langue maternelle[128].

Ces quelques exemples font comprendre que c'est d'abord le juge national, qu'il soit irlandais, danois, grec ou suisse, qui est le dépositaire primaire ou l'interprète privilégié de la responsabilité internationale de l'Etat. Non seulement au niveau des cours suprêmes, mais au niveau des tribunaux inférieurs.

En conclusion, c'est le rôle du juge interne, en poursuivant ce dialogue, de favoriser le rapprochement de l'ordre juridique suisse et de l'ordre juridique européen. Une opération qui n'est par définition pas à sens unique, mais qui doit s'accompagner d'interrogations et de critiques, dans l'intérêt de tous[129]. Au terme de son appréciation des effets de la CEDH sur la Suisse depuis 1974, M. HAEFLIGER estime qu'en dépit de quelques réserves, l'examen de cette pratique offre dans l'ensemble, en 1993, une image positive[130]. Nous partageons cette appréciation. Nous nous réjouissons en même temps de constater que c'est aussi bien à l'*attitude d'ou-*

---

125 Cour EDH, arrêt *Minelli c. Suisse* du 25 mars 1983, Série A no 62 (violation de la présomption d'innocence, art. 6 § 2 CEDH, en raison des motifs d'une décision sur frais de justice prise à la suite de la prescription d'une action pour atteinte à l'honneur).

126 Cour EDH, arrêt *Huber c. Suisse* du 23 octobre 1990, Série A no 188 (violation de l'art. 5 § 3 CEDH).

127 Cour EDH, arrêt *Kraska c. Suisse* du 19 avril 1993, Série A no 255-B (absence de violation de l'art. 6 § 1 CEDH, par 5 voix contre 4).

128 Voir une curieuse affaire *Petra Krause c. Suisse*, requête no 7986/77, Décisions et Rapports no 13, mars 1979, p. 73-80, objet d'une décision d'*irrecevabilité* de la Commission EDH du 3 octobre 1978 (en raison des termes dans lesquels M. FURGLER, conseiller fédéral, avait commenté à la TV Suisse romande l'arrestation de Petra Krause qui, disait-il, devait être poursuivie «pour les crimes qu'*elle a commis*»; discussion sous l'angle de la présomption d'innocence, art. 6 § 2 CEDH).

129 Pour quelques appréciations récentes, parfois critiques, tout spécialement dans le domaine du droit administratif et du droit de procédure pénale, voir, dans la bibliographie, les études de DANIEL THÜRER (1986); JÜRG AESCHLIMANN (1988); CARL-HANS BRUNSCHWILER, (1988); ALFRED KUTTLER (1988); GÉRARD PIQUEREZ (1989); CLÉMY VAUTIER, (1992); et ARTHUR HAEFLIGER (1993).

130 Voir HAEFLIGER (note 19), 1993, p. 368-374, p. 373.

verture du juge suisse à la CEDH qu'à la *jurisprudence européenne* que nous devons cette discrète et constructive symbiose entre Strasbourg, Lausanne et Lucerne.

27. L'Accord de libre-échange Suisse-CEE (1972-1993): la responsabilité de Lausanne dans un dialogue manqué avec Luxembourg

> *«As all lawyers know, it is too frequent that one invokes legal obstacles as a pretext when there is in reality a lack of political will. We all have to do our utmost to prevent that this happens.»*
>
> SVEN NORBERG[131]

Des vues beaucoup plus critiques doivent être développées en ce qui concerne la réception judiciaire en Suisse, depuis deux décennies, de l'Accord de libre-échange du 22 juillet 1972 conclu entre la CEE et la Suisse (ci-après: ALE), en vigueur depuis le 1er janvier 1973[132].

Pourtant, le parcours semblait bien jalonné. L'ALE avait été accepté largement par le peuple et les cantons à la fin de l'année 1972[133]. Des études doctrinales fouillées, largement inspirées du droit communautaire, avaient jalonné le parcours[134]. Mais deux arrêts du Tribunal fédéral, rendus en 1978 et 1979 déjà, ont porté deux coups presque mortels à l'effet judiciaire de l'ALE en droit suisse. Pour compléter le tableau, un coup supplémentaire devait être assené en 1992, en dépit de plusieurs ren-

---

131 SVEN NORBERG, *The creation of a European Economic Space. Legal challenges seen from an EFTA point of view,* in: «L'avenir du libre-échange en Europe», Zurich (Schulthess), 1990, p. 159-171; *présentation orale* du rapport, p. 388-391, p. 391, no 1006.

132 RS 0.632.401.

133 La procédure adoptée deux ans plus tard pour la CEDH, approuvée par un arrêté simple non soumis à un référendum, marque à cet égard un contraste frappant, souvent relevé. Néanmoins, on ne soulignera jamais assez que, contrairement à une idée reçue – voir par exemple HOTTELIER (note 18), 1985, p. 168 *in initio* – la forme plus ou moins solennelle de l'acte d'approbation d'un traité est sans pertinence pour apprécier les effets dudit traité en droit suisse; voir sur ce point l'avis de droit précité (note 43), JAAC 1989 no 54, § 15, lettre e (p. 464 du texte français; p. 421 du texte allemand).

134 ARNOLD KOLLER, *Die unmittelbare Anwendbarkeit völkerrechtlicher Verträge und des EWG-Vertrages im innerstaatlichen Bereich,* Berne (Stämpfli), 1971, 216 p.; MICHEL WAELBROECK, *L'effet direct de l'accord relatif aux échanges commerciaux, du 22 juillet 1972, entre la CEE et la Confédération suisse*, ASDI/SJIR 1973, p. 113-132; ALAIN HIRSCH, *L'Accord entre la Suisse et la CEE confère-t-il des droits aux particuliers?*, CDE 1974, p. 194-200; BLAISE KNAPP, *Les particuliers et les traités internationaux devant le Tribunal fédéral suisse*, CDE 1974, p. 187-193.

contres entre le Tribunal fédéral et la Cour de justice des Communautés européennes et d'efforts scientifiques déployés dans l'intervalle en vue de mieux faire «passer le courant» entre Lausanne et Luxembourg[135].

On se plaisait pourtant à prédire, à l'époque de l'entrée en vigueur de l'ALE – sur la base de la jurisprudence très libérale du Tribunal fédéral développée à propos de l'art. 16 de la Convention de Stockholm instituant l'AELE[136] – que la jurisprudence du Tribunal fédéral serait probablement encore plus libérale, à propos des ALE, que ne l'était celle de la Cour de Luxembourg à propos des dispositions des traités institutifs de la Communauté. Un observateur belge particulièrement qualifié, M. WAELBROECK, considérait même comme «sérieux» le risque de divergences de jurisprudence entre la Cour de Luxembourg (supposée plus restrictive) et le Tribunal fédéral (supposé plus libéral)[137]. M. HIRSCH, se livrant en 1974 à propos du même accord à une analyse comparable, ne partageait pas ces craintes de divergences de jurisprudence[138]. Peu après, M. CHOFFAT, auteur d'une thèse lausannoise de 1977 sur la question, semblait plutôt rejoindre l'opinion de ce dernier auteur[139]. Nous estimions nous-même pouvoir suggérer en 1979, sur la foi de la jurisprudence rendue par la Cour de Luxembourg dans l'intervalle[140], que ces deux derniers auteurs auraient sans doute raison[141]. D'autant plus d'ailleurs que les trois auteurs cités se rejoignaient sur un point: la jurisprudence du Tribunal fédéral, qu'elle soit identique ou plus libérale que celle de la Cour de Luxembourg, n'irait en tout cas *pas moins loin* que celle de cette dernière.

La prédiction jurisprudentielle est apparemment un art périlleux: en effet, c'est exactement le contraire de ce qu'on croyait deviner qui s'est produit: l'arrêt *Adams* du 3 mai 1978[142], l'arrêt *Omo* du 25 janvier 1979[143],

---

135 Voir l'ouvrage collectif intitulé *L'avenir du libre-échange en Europe: vers un Espace économique européen,* Zurich (Schulthess), 1990, 574 p.; voir en particulier les rapports de GIL CARLOS RODRIGUEZ-IGLESIAS, *Le juge communautaire face au libre-échange européen* (p. 227-232); ROBERT PATRY, *Le juge suisse face au libre-échange européen* (p. 233-240); PETER GILSDORF, *Les divergences de jurisprudence vues de Bruxelles: moyens d'y remédier* (p. 277-290); notre rapport, *Les divergences de jurisprudence entre la Cour de justice des Communautés européennes et les juridictions suprêmes des Etats membres de l'AELE vues de Berne: moyens d'y remédier* (p. 291-306); et le rapport général de PIERRE PESCATORE, intitulé *Synthèse et note documentaire* (p. 475-494).

136 ATF 98 Ib 385, *Banque de crédit international*, du 13 octobre 1972.

137 Dans ce sens, WAELBROECK (note 134), ASDI/SJIR 1973, p. 132.

138 HIRSCH (note 134), CDE 1974, p. 195 et 199.

139 PAUL JEAN CHOFFAT, *L'application directe de l'Accord de libre-échange du 22 juillet 1972 entre la CEE et la Confédération suisse*, thèse, Lausanne (Université de Lausanne), 1977, (239 p.), p. 131-132 et 136.

140 CJCE, arrêt *Bresciani* du 5 février 1976, aff. 87/75, Rec. 1976, p. 129ss, p. 142, § 23.

141 *Droit communautaire et droit international public (Etude des sources internationales de l'ordre juridique des Communautés européennes),* Genève (Georg), 1979, p. 109-120, p. 119.

142 ATF 104 IV 175, *Adams,* du 3 mai 1978; JT 1980 I 10.

143 ATF 105 II 49, *Bosshard c. Sunlight («Omo»)*, du 25 janvier 1979; JT 1979 I 261.

l'arrêt *Maison G. Sprl* du 2 septembre 1986[144] et l'arrêt *PVC* du 7 juillet 1992[145] devaient gravement décevoir les espoirs qu'avait fait naître l'arrêt *Banque de crédit international* le 13 octobre 1972[146], rendu pourtant trois mois *après* la signature de l'ALE (22 juillet 1972). Les quatre arrêts en question – il paraît utile de le relever – émanent de *quatre cours différentes* (Cour de cassation pénale, 1978; I^re^ Cour civile, 1979; II^e^ Cour de droit public, 1986; et enfin I^re^ Cour de droit public, 1992).

On l'a dit, mais il faut le redire: l'effet négatif de ces quatre arrêts sur le potentiel d'intégration que revêt l'ALE de 1972 tient moins aux *décisions judiciaires concrètes* considérées qu'aux *considérations générales* qui – sans que cela fût nécessaire pour résoudre les questions posées au fond – y ont été développées par le Tribunal fédéral. Cette *dévalorisation jurisprudentielle de l'ALE* résulte de cinq affirmations:

- que l'ALE est un «*simple accord commercial*»[147] ou n'est «*qu'un arrangement de nature commerciale* qui n'emporte pas, comme le Traité de Rome, une réglementation supranationale obligeant les Parties contractantes à adapter leur propre droit interne»[148];
- que l'ALE n'institue aucun organe judiciaire commun, comparable à la Cour de justice des Communautés européennes qui, comme institution de la Communauté, puisse reconnaître l'applicabilité directe de dispositions de l'ALE pour les Parties contractantes[149];
- que les dispositions de l'art. 13 ALE s'adressent ainsi au *législateur suisse* et à l'*administration*[150];
- que l'on ne saurait en déduire qu'elles créeraient des droits et obligations dont le juge suisse aurait à tenir compte dans une décision sur des contestations civiles[151];
- qu'enfin – et peut-être même surtout –, que «les *objectifs généraux* énoncés dans le *préambule* ou à l'*art. 1er* de l'Accord (...) constituent *de simples déclarations à caractère de programme et ne contiennent*

144 ATF 112 Ib 183, *Maison G. Sprl,* du 2 septembre 1986.

145 ATF 118 Ib 367, *Association pour le recyclage du PVC,* du 7 juillet 1992.

146 ATF 98 Ib 385, *Banque de crédit international,* du 13 octobre 1972.

147 ATF 104 IV 175, *179*; ATF 105 II 49, *59*: «ein reines Handelsabkommen, das nicht wie der EWG-Vertrag einen einheitlichen Binnenmarkt mit überstaatlicher Wettbewerbsordnung, sondern bloss eine Freihandelszone schaffen will».

148 ATF 118 Ib 367, *378.*

149 ATF 105 II 49, *59*: «Das Abkommen *sieht auch kein Organ vor,* das wie der Europäische Gerichtshof als Institution der EWG die unmittelbare Anwendbarkeit einzelner Normen für die Vertragsparteien verbindlich festlegen könnte».

150 ATF 105 II 49, *60*: «Die Vorschriften des Art. 13 richten sich zudem an den schweizerischen Gesetzgeber und an die Verwaltung».

151 ATF 105 II 49, *60*: «Dass sie Rechte und Pflichten begründen würden, welche der schweizerische Richter in einem Entscheid über eine zivilrechtliche Streitigkeit zu beachten hätte, ist ihnen nicht zu entnehmen».

aucune obligation juridique que le juge administratif se doit d'appliquer» de sorte que, «(s)'adressant exclusivement à l'autorité politique, elles ne présentent en l'espèce aucune utilité pour [l'individu]»[152].

Il est impertinent de le dire, mais ces passages, pour l'essentiel repris de l'arrêt *Omo*, contiennent presque autant d'inexactitudes que d'affirmations: en premier lieu, l'ALE, bien au-delà du «simple accord commercial», constitue une forme élémentaire d'intégration économique de première importance, qui partage plusieurs éléments essentiels avec le marché intérieur communautaire[153]; ensuite, l'absence d'organes juridictionnels communs ne constitue nullement un obstacle à la reconnaissance, *par une juridiction nationale*, de l'effet direct d'un accord international[154]; enfin et surtout, ne lire, dans l'art. 13 ALE, sous le concept de «Parties», que le législateur et l'administration, à l'exclusion du juge, revient à *priver l'individu de l'accès au droit européen et de la protection juridique qu'il est en droit d'en tirer;* tout comme l'affirmation, destructrice, que le préambule et l'art. 1er ALE définissent des objectifs s'adressant «*exclusivement à l'autorité politique*» mais non au *juge*[155], *pourtant au premier chef lié par l'art. 31 CV.*

Or, en Suisse, prévaut la conception moniste selon laquelle le droit international fait partie intégrante de l'ordre juridique suisse. Cette conception postule le caractère effectif et multidirectionnel de la règle internationale. A partir de l'entrée en vigueur de la règle internationale pour la Suisse, *tous les organes de l'Etat* (autorités politiques, administratives *et judiciaires*) doivent la respecter et l'appliquer. Ce qui suppose – du moins pour les particuliers – une publication préalable[156]. Ces

---

152 ATF 112 Ib 183, *189*, *Maison G. Sprl,* du 2 septembre 1986. On mesurera l'abîme qui sépare cette ligne de pensée avec le raisonnement tenu par la Cour de justice des Communautés européennes dans son arrêt *Legros* du 16 juillet 1992, aff. C-163/90, Rec. 1992, p. I-4625ss, spéc. p. I-4667-4669, § 19-27; voir sur ce point *infra*, § 58, b) p. 447-448.

153 Voir PIERRE PESCATORE, *Synthèse et note documentaire,* in: «L'avenir du libre-échange en Europe», Zurich, 1990, p. 475 ss, p. 477-479, nos 1160-1166.

154 Dans l'arrêt *Banque de crédit international* (ATF 98 1b 385), le Tribunal fédéral avait, à juste titre, utilisé l'argument tiré de l'*absence* d'organes juridictionnels communs comme un argument *a fortiori* justifiant la reconnaissance de l'effet direct de la Convention de Stockholm; voir également, CJCE, arrêt *Kupferberg* du 26 octobre 1982, aff. 104/81, Rec. 1982, p. 3641ss, p. 3663, § 17.

155 ATF 112 Ib 183, *189*; dans le même sens, ROBERT PATRY, *Le juge suisse face au libre-échange européen*, in: «L'avenir du libre-échange en Europe», Zurich (Schulthess), 1990, p. 233-240, p. 240, no 637; voir la question critique posée dans ce contexte à M. PATRY par MATHIAS KRAFFT *(ibidem*, p. 446, no 1113); et les *conclusions*, critiques elles aussi, du rapporteur général, PESCATORE (*ibidem*, p. 484, no 1188); «Demander [en matière de contrôle judiciaire des ALE] la plus élémentaire réciprocité de la part de nos partenaires ne paraît pas (...) une exigence exorbitante».

156 C'est un mauvais procès que fait SEILER, (note 40), 1992, spéc. p. 380-381, ad note 33, de prétendre que l'ordre juridique suisse ne serait, en ce qui concerne les rapports entre le droit international et le droit interne, pas vraiment «moniste», au motif que le droit

derniers peuvent invoquer ces règles pour en déduire des droits en leur faveur ou des obligations à charge des autorités ou d'autres particuliers[157]. Le Conseil fédéral a souligné pour sa part que lorsqu'un traité fait référence aux «Parties contractantes», il vise la Suisse et ses partenaires «*dans tous leurs organes pouvant concourir utilement à la réalisation de l'objectif commun*»[158]. Cette affirmation correspond pleinement à la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes[159].

Pour sa part, l'arrêt *Adams* – en s'appuyant sur une prise de position du DFJP – ajoute que, lors de la négociation de l'ALE, les Parties contractantes auraient sciemment exclu toute obligation d'harmonisation des normes communautaires et des normes suisses et qu'elles auraient, au contraire, reconnu réciproquement les ordres juridiques existants et la pleine autonomie de leur mise en œuvre[160].

Cette approche minimaliste de l'ALE n'est assurément pas faite pour encourager les plaideurs à chercher à tirer parti du droit européen; ni à rechercher un juste équilibre entre le libre-échange et la protection des droits de propriété intellectuelle[161]; ou entre le libre-échange et la protection de l'environnement au niveau national[162], domaines dans lesquels la Cour de justice a, précisément, développé une jurisprudence d'un grand intérêt pour la pesée des intérêts contradictoires en présence *et pour le libre-échange européen en général*[163].

---

suisse requiert la publication préalable de la règle internationale (art. 10 de la loi fédérale sur les publications officielles de 1986, RS 170.512): l'exigence de publication est inhérente à l'idée de démocratie et de droits fondamentaux (voir, sur la notion de «*loi*» contenue au § 2 des art. 8, 9, 10 et 11 CEDH, la jurisprudence de la Cour EDH: arrêt *Sunday Times* du 26 avril 1979, Série A no 30, p. 30-31, § 46-49).

157 Dans ce sens, l'avis de droit précité du 29 avril 1989 (note 43), JAAC 1989 no 54, § 8, ad notes 20 et 21 et plus particulièrement § 13, lettres a et b (p. 446 et 460 du texte français; p. 403-404 et p. 417-418 du texte allemand).

158 Rapport du Conseil fédéral du 24 août 1988 sur la position de la Suisse dans le processus d'intégration européenne, FF 1988 III 233-445, p. 331.

159 CJCE, arrêt *Defrenne II* du 8 avril 1976, aff. 43/75, Rec. 1976, p. 455 ss, p. 476, § 35: «qu'enfin, en faisant référence aux *Etats membres*, l'article 119 (CEE) *vise ces Etats dans l'exercice de toutes celles parmi leurs fonctions qui peuvent concourir utilement à la mise en oeuvre du principe d'égalité de rémunération*».

160 ATF 104 IV 175, *179*: «sondern es wurden vielmehr die bestehenden Rechtsordnungen gegenseitig anerkannt und deren uneingeschränkte autonome Durchsetzung gutgeheissen (Amtsbericht des Eidg. Justiz- und Polizeidepartements (EJPD), act. 415a).»

161 Dominique Graz, *Propriété intellectuelle et libre circulation des marchandises (Etude de l'épuisement des droits de propriété intellectuelle en droit suisse, en droit communautaire et selon l'Accord de libre-échange Suisse-CEE)*, thèse Lausanne (Imprimerie Chabloz, Tolochenaz), 1988, 215 p.

162 Astrid Epiney/Thomas M.J. Möllers, *Freier Warenverkehr und nationaler Umweltschutz*, Cologne (Heymanns), 1992, 149 p.

163 CJCE, arrêt *Hag II* du 17 octobre 1990, aff. C-10/89, Rec. 1990, p. I-3711 (droit des marques; important revirement de jurisprudence); voir l'étude de Joliet (1992), citée dans la bibliographie; voir aussi CJCE, arrêt *Commission c. Danemark* (emballages de bières) du 20 septembre 1988, aff. 302/86, Rec. 1988, p. 4607 (protection de l'environ-

Avec Me MACH, on osait espérer jusqu'à récemment que la déception engendrée dans les premières années de mise en oeuvre de l'ALE se dissiperait et qu'une évolution était en cours[164]. Cela d'autant plus que la situation du droit suisse avait évolué depuis 1988 et que, s'agissant du droit des marques, la nouvelle loi de 1992, entrée en vigueur le 1er avril 1993[165], réserve expressément les traités internationaux (art. 20 LPM). Il n'est hélas pas certain que ces éléments constitueront des structures d'accueil suffisantes pour permettre la réception, en Suisse, du corps de jurisprudence développé par la Cour de justice des Communautés européennes sur les rapports entre la libre circulation des marchandises et la protection de la propriété intellectuelle[166].

De toute façon, ce ne sont là que des éléments d'un ensemble.

Comme on essaiera de le montrer plus loin (§ 58), un large parti pourrait être tiré dès aujourd'hui d'une interprétation fondée sur l'«effet utile» (*rechtliche Wirksamkeit)* de l'ALE (préambule et art. 1er compris), notamment des filières jurisprudentielles «*Dassonville*» et «*Cassis de Dijon*» et d'un usage plus courageux d'autres règles de l'Accord (art. 22 et 23 ALE).

Pour tempérer quelque peu cette description assez sombre de l'impact judiciaire de l'ALE en Suisse depuis 1972, il convient maintenant de mentionner une demi-douzaine d'autres arrêts rendus par le Tribunal fédéral. Certains d'entre eux, qui portent notamment sur l'interprétation du Protocole no 3 à l'ALE (définition de l'origine des marchandises) présentent souvent, au-delà de leur caractère technique, des traits créatifs et originaux. Mais ils ne parviennent pas à refermer la blessure ouverte en 1978/1979, ravivée en 1986 et 1992.

---

nement). Ce dernier arrêt apportait, sur un plat, le raisonnement qui eût pu être opéré par le Tribunal fédéral dans son arrêt *PVC* du 7 juillet 1992 (ATF 118 Ib 367). Pour autant, toutefois, que l'on ne considérât pas à titre liminaire que selon qu'elles sont ou non remplies d'eau minérale, les bouteilles en PVC sont des produits agricoles ou des produits industriels (!). Cette astuce juridique, suggérée par l'Administration fédérale (OFAEE/ Bureau de l'intégration), a permis au Tribunal fédéral d'esquiver la question fondamentale sous l'angle du droit européen. Cette question – qui assurément mériterait un débat – peut être formulée comme suit: *l'interdiction suisse d'importation de bouteilles françaises en PVC* – pleines ou vides, peu importe – *peut-elle être considérée, sous l'angle de l'art. 13 ALE (et non 20 ALE), comme une «exigence impérative» justifiant, au titre de la protection de l'environnement nationale, une dérogation compatible avec le droit du libre-échange européen au principe fondamental de la libre circulation des marchandises?*

164 OLIVIER MACH, *L'avenir du libre-échange européen: le rôle de l'avocat suisse*, in: «L'avenir du libre-échange en Europe», Zurich (Schulthess), 1990, p. 207-226, spéc. p. 213-215, nos 547-554.

165 RS 232.11/RO 1993, 274.

166 Voir notamment CJCE, arrêt *Grundig* du 13 juillet 1966, aff. jtes 56 et 58/64, Rec. 1966, p. 430; et surtout CJCE, arrêt *Hag II*, précité (note 163), du 17 octobre 1990.

Dans l'arrêt *Société X c. Direction générale des douanes,* du 10 décembre 1985[167], une société d'importation genevoise se plaignait de ce que la Direction générale des douanes et la Commission fédérale de recours compétente avaient violé son droit d'être entendue en refusant de prendre en considération et de faire examiner par les douanes belges certains documents destinés à prouver l'origine de marchandises qu'elle avait importées de Belgique. Les autorités douanières suisses se prévalaient des art. 16 et 17 du Protocole no 3 à l'ALE, relatifs au devoir d'assistance mutuelle entre autorités douanières du pays d'exportation (en l'occurrence la Belgique) et du pays d'importation (en l'occurrence la Suisse).

Le Tribunal fédéral rappelle à l'ordre les autorités douanières suisses, qui se prévalaient d'un «*échange d'écritures*» (non publié) intervenu entre les deux directions des douanes belges et suisses dont le but était, par commodité administrative, d'éviter de demander dans de tels cas un second rapport pour obtenir des renseignements complémentaires. Le Tribunal fédéral estime que les autorités douanières suisses «ont violé le droit d'être entendu de la recourante en refusant de remettre ses offres de preuve aux autorités belges pour examen», et que les décisions attaquées «doivent alors être annulées pour violation du droit fédéral et constatation incomplète de faits pertinents (art. 104, lettres a et b OJ)»[168]. Le Tribunal fédéral ajoute, soucieux de garantir les droits fondamentaux de la société genevoise d'importation:

> «C'est en effet le droit interne applicable (art. 4 Cst., art. 12 et 29 PA), et non les règles du Protocole no 3, qui détermine la façon dont les autorités douanières suisses doivent procéder pour établir l'état de fait, en particulier l'origine véritable de la marchandise. *Suivant les circonstances, les autorités suisses ne pourront donc éviter de demander l'assistance officielle de l'Etat d'exportation, afin de sauvegarder les garanties de procédure que le droit public fédéral accorde à l'importateur.*»[169]

Dans l'arrêt *Maison G. Sprl,* du 2 septembre 1986[170], une société belge propriétaire de camions refusa de s'acquitter de la redevance sur le trafic des poids lourds réclamée par l'Inspectorat de douane de Chiasso, au motif que la taxe était un impôt, qu'elle était discriminatoire et qu'elle violait de surcroît une dizaine d'accords internationaux conclus par la Suisse. L'arrêt est décevant. On sent le Tribunal fédéral sur la défensive, tant sur la question de la qualification de la taxe que sur la question de l'effet direct, ou encore sur celle de la détermination des effets juridiques respectifs des différents instruments internationaux invoqués (accord

---

167 ATF 111 Ib 327, *Société X*, du 10 décembre 1985.

168 *Ibidem*, p. 328-329.

169 *Ibidem*, p. 327 (consid. 3c).

170 ATF 112 Ib 183, *Maison G. Sprl,* du 2 septembre 1986.

bilatéral avec la Belgique relatif aux transports internationaux par route[171]; accord de double imposition entre la Suisse et la Belgique du 28 août 1978[172]; ALE de 1972[173]; GATT[174]; Convention de Stockholm instituant l'AELE[175]; conventions conclues avec les Etats limitrophes de la Suisse sur la création de «bureaux à contrôles nationaux juxtaposés»[176], etc.). S'agissant d'une *taxe* (ou d'un impôt), il ne pouvait s'agir, au regard de l'ALE, que d'examiner si celle-ci pouvait être interdite *comme taxe d'effet équivalant à un droit de douane au sens de l'art. 18 ALE* (art. 12 CEE), et non comme une «mesure d'effet équivalant» à une restriction quantitative (art. 13 ALE/art. 30 CEE). Le Tribunal fédéral écarte pourtant l'argumentation, au motif que «la redevance critiquée n'est pas discriminatoire»[177]. Or, selon la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes relative à l'art. 12 CEE, le fait qu'une taxe d'effet équivalent exerce ou non un effet discriminatoire est *sans pertinence*, le seul critère décisif étant que la charge pécuniaire soit imposée, comme ici, par le seul fait du «*franchissement de la frontière*»[178].

Il nous semble raisonnable d'admettre que cette jurisprudence devrait être applicable, *mutatis mutandis*, aux ALE conclus entre la Communauté et les Etats de l'AELE[179]. A tout le moins les problèmes posés mériteraient-ils un nouvel examen, d'autant plus que le Tribunal fédéral lui-même admet qu'«*il n'est pas insoutenable de prétendre que la redevance peut ne pas s'harmoniser avec les objectifs généraux énoncés dans le préambule ou à l'art. 1er de l'Accord*»[180].

L'intérêt de l'arrêt *Medigros c. Direction générale des douanes* du 11 novembre 1988[181] réside dans le fait que le Tribunal fédéral ne fait plus de l'applicabilité directe une condition préalable. Il s'attaque d'emblée au fond du problème (comme dans l'arrêt *Société X*, précité[182]), en l'espèce un problème de contrôle *a posteriori* de documents d'origine, examiné au regard des art. 16 et 17 du Protocole no 3 à l'ALE. Il ne discute même pas

---

171 RS 0.741.619.172 («documentés» dans BRADOC; cf. *supra*, tableau synoptique, sous rubrique no 13).

172 RS 0.672.917.21 (non documenté dans BRADOC sous cet arrêt).

173 RS 0.632.401 (*idem*).

174 RS 0. 632.21 (*idem*).

175 RS 0.632.31 (*idem*).

176 RS 0.631.252.913.690 (*idem*).

177 ATF 112 Ib 183, *189.*

178 CJCE, arrêt *Diamantarbeiters* du 1er juillet 1969, aff. jtes 2et 3/69, Rec. 1969, p. 211ss, p. 222, § 18.

179 CJCE, arrêt *Legros* du 16 juillet 1992, aff. C-163/90, Rec. 1992, p. I-4625ss, p. I-4668-4669, § 26-27; voir *infra* § 58, lettre e), p. 451-453.

180 ATF 112 Ib 183, *189.* Sur l'*art. 12 CEE*, voir le commentaire de Robert Kovar, in: «Traité instituant la CEE. (Commentaire article par article)», V. Constantinesco/J.-P. Jacqué/R. Kovar/D. Simon), Paris (Economica), 1992, p. 99-105, spéc. p. 100-101, no 4.

181 ATF 114 Ib 168, *Medigros,* du 11 novembre 1988.

182 Voir *supra*, note 167.

la question de l'applicabilité directe de la règle internationale (renouant ainsi avec la pratique antérieure à 1962, date à laquelle le Tribunal fédéral a, nous semble-t-il, commencé à examiner la question de l'applicabilité directe des traités internationaux[183]). De surcroît, le Tribunal fédéral prend soin de relever que sa jurisprudence correspond à celle de la Cour de justice: il cite même expressément l'arrêt rendu par la Cour de Luxembourg le 12 juillet 1974 dans l'affaire des *Rapides Savoyards*[184].

C'est la première fois, à notre connaissance, que le Tribunal fédéral cite dans l'un de ses arrêts la jurisprudence de la Cour de Luxembourg. Le fait est d'importance, car, dans son arrêt de 1984 (qui posait un délicat problème d'origine d'un lot de stylos à bille dont les pièces provenaient de plusieurs pays), la Cour de Luxembourg avait posé le principe que les relations de confiance existant entre les partenaires à l'ALE exigeaient que l'on accordât plein crédit au point de vue exprimé par les douanes suisses, qui avaient en l'espèce accompli la formalité essentielle. La politesse est en quelque sorte rendue à la Cour de Luxembourg par le Tribunal fédéral, sur le triple plan de l'application directe «banalisée» (dont il n'est plus fait, ici, une question préalable [185]), de la recherche d'une interprétation uniforme dans l'intérêt des opérateurs économiques, et enfin de la prise en considération de la philosophie de base des contrôles douaniers institués par le Protocole no 3, philosophie qui table sur le principe de confiance.

L'intérêt de l'arrêt non publié *B. SA c. Direction générale des douanes*, du 14 juin 1991, tient au fait qu'il a été rendu par la Chambre d'accusation du Tribunal fédéral, compétente notamment pour connaître des recours interjetés contre des mesures de contrainte ordonnées en vertu des art. 46ss de la loi fédérale sur le droit pénal administratif (DPA). *B.*, entreprise danoise spécialisée dans la production d'articles de *design* en verre, en plastic et en aluminium, fut soupçonnée d'avoir introduit en Suisse, sous le couvert de certificats attestant l'origine régulière des articles, des marchandises non originaires du Danemark (notamment de

---

183 ATF 88 I 86, 90-91, *Rossier*, du 23 mai 1962; pour sa part, WILHELM (note 2), 1992, p. 136, note 428, ne fait remonter cette jurisprudence qu'à l'arrêt ATF 98 Ib 385, *Banque de crédit international,* du 13 octobre 1972.

184 ATF 114 Ib 168, *171*; CJCE, arrêt *Les Rapides Savoyards* du 12 juillet 1974, aff. 218/83, Rec. 1974, p. 3105; la démarche est d'autant plus remarquable que dans ses arrêts *Omo* (ATF 105 II 49, *59*) et *PVC* (ATF 118 Ib 367, *378*), le Tribunal fédéral a dénié *a priori* toute pertinence à la jurisprudence de Luxembourg, compte tenu de la différence d'objectifs entre l'ALE et le Traité CEE. Selon le langage de l'arrêt *PVC*, p. 378: «le juge suisse interprète ses dispositions de manière autonome, selon les principes généraux du droit international public *et non selon les règles du droit communautaire*».

185 Pour une discussion un peu polémique du problème de l'application directe des traités internationaux en Suisse, voir notre contribution au volume anniversaire 1989 de l'ASDI, *L'applicabilité directe des traités internationaux en Suisse: histoire d'un détour inutile*, ASDI/SJIR 1989 (vol. anniv.), p. 129-151.

la verrerie en provenance de l'ex-DDR). Le Tribunal fédéral rejette le grief tiré de la prétendue insuffisance de motivation de l'ordonnance de séquestre et juge cette mesure de contrainte appropriée. La mention par le Tribunal fédéral de l'ALE est peu explicite[186]. Pourtant, ici aussi, l'arrêt suggère certaines analogies. Ainsi l'arrêt *Chatain*, rendu le 24 avril 1980 par la Cour de justice des Communautés européennes, représente une illustration de la façon dont une entreprise suisse (*via* sa filiale française) a pu, en invoquant l'effet direct de l'ALE implicitement reconnu par la Cour de justice, se tirer d'un mauvais pas dans une procédure de droit pénal administratif intentée par les douanes françaises à son encontre[187].

Dans un autre arrêt non publié rendu le 4 novembre 1991 dans l'affaire *H. SA c. Département fédéral de l'intérieur*, une firme se plaignait du refus de l'Office fédéral de la santé publique d'admettre deux types de granulés comme denrées alimentaires. L'Office fédéral prétendait qu'il s'agissait de médicaments, non de denrées alimentaires. Le Tribunal fédéral rejette le recours non sans avoir, ici aussi, discuté la pertinence dans ce contexte d'un arrêt rendu huit mois auparavant par la Cour de justice des Communautés européennes, le 21 mars 1991, dans l'affaire *Delattre*[188].

Enfin, dans un arrêt non publié *B. c. Direction générale des douanes*, du 24 juillet 1992, le Tribunal fédéral avait à nouveau à examiner une question de contrôle *a posteriori* d'un certificat de circulation de marchandises EUR 1. Un lot de sacs de couchage, vêtements et sacs en cuir, fourni par une société française, avait été importé en Suisse sous régime préférentiel applicable aux produits originaires de la CE. A la suite d'une enquête provoquée par les doutes quant à l'origine réelle des marchandises, la Direction générale des douanes de Franche-Comté, à Besançon, demanda de vérifier la régularité du certificat litigieux. La société en question ayant fait l'objet d'une procédure de liquidation judiciaire, la question ne put guère être éclaircie. Le Tribunal fédéral, appliquant les

---

[186] Consid. 3a).

[187] CJCE, arrêt *Chatain* du 24 avril 1980, aff. 65/79, Rec. 1980, p. 1345 (qualification de «mesures d'effet équivalent» de sanctions douanières excessives appliquées par suite d'une prétendue sous-évaluation de marchandises par Sandoz, qui bénéficiait des avantages du libre-échange).

[188] CJCE, arrêt *Delattre* du 21 mars 1991, aff. C-369/88, Rec. 1991, p. I-1487 (interprétation des art. 30 et 36 CEE; notions de «maladie» et de «médicament»; monopole de vente de certains produits au profit des seuls pharmaciens): «Es erscheint bereits als sehr fraglich, ob die heute für die Abgrenzung von Heil- und Lebensmitteln in der Schweiz verwendeten Gesichtspunkte vor dem Recht der Europäischen Gemeinschaften und damit auch des Europäischen Wirtschaftsraumes nicht standhielten (Vgl. Urteil des Gerichtshofes der Europäischen Gemeinschaften vom 21. März 1991 in Sachen *Delattre*). Dies kann jedoch offen bleiben; denn abgesehen davon, dass im jetzigen Zeitpunkt ungewiss ist, ob die Schweiz dem Europäischen Wirtschaftsraum oder den Europäischen Gemeinschaften überhaupt beitreten wird, vermögen die entsprechenden Abkommen jedenfalls noch keine Rechtswirkungen zu entfalten, die im vorliegenden Verfahren zu berücksichtigen wären. Der Einwand der Beschwerdeführerin geht somit fehl» (consid. 5 c).

art. 16 et 17 du Protocole no 3 à l'ALE, rappelle sa jurisprudence antérieure selon laquelle les résultats du contrôle effectué *a posteriori* par l'Etat d'exportation lient les autorités de l'Etat d'importation[189]. Après avoir souligné l'existence de garanties de procédure dont bénéficie l'importateur – quant à la façon de déterminer l'état de fait, en particulier l'origine véritable de la marchandise (art. 4 Cst., art. 12 et 29 de la loi sur la procédure administrative) –, le Tribunal fédéral constate, en se référant au «système du Protocole no 3», que lorsque l'origine réelle de marchandises ne peut pas être démontrée par l'exportateur ou par l'importateur, l'Etat de l'importateur – en l'occurrence la Suisse – peut alors assujettir ce dernier aux droits de douane. Le Tribunal fédéral déboute ainsi le recourant qui doit «en supporter les conséquences» (c'est-à-dire s'acquitter du montant des droits de douane litigieux), résultat que le Tribunal fédéral ne manque pas de relever comme apparaissant «sévère», puisque l'importateur «se voit pénalisé pour des actes imputables à l'exportateur».

L'intérêt de cet arrêt est de montrer que la question de l'application directe de l'ALE ne se pose pas seulement en termes de *droits* pour l'individu, mais également, dans un cas de ce type, en terme d'*obligations* pouvant peser sur lui. L'arrêt mérite en outre également mention par le fait qu'il ne fait pas de l'application directe une question préalable à son examen.

Quels enseignements tirer du bref survol de cette jurisprudence, à vrai dire maigre puisqu'elle ne porte que sur une dizaine d'arrêts, les plus constructifs posant de surcroît des questions relativement techniques de droit douanier?

Le premier enseignement, c'est que *l'attitude restrictive adoptée par le Tribunal fédéral dans les premiers arrêts n'est pas passée inaperçue en Europe*. Elle a inspiré négativement un arrêt autrichien rendu peu après, dans l'affaire *Austro-Mechana* du 10 juillet 1979, qui tranche dans le même sens que l'arrêt *Omo*, sans toutefois opérer des considérations de principe[190]. La Cour de justice a «répondu» à ces signaux négatifs dans son arrêt *Polydor* du 9 février 1982[191]. C'est donc bien le Tribunal fédéral qui est à l'origine de ce qu'on a pu appeler un «blocage sur le plan judiciaire»[192]. M. PESCATORE ajoutait (c'était en 1988): «Il est grand temps que viennent des messages positifs de la part de nos partenaires».

Le deuxième enseignement réside dans le constat de l'*influence excessive, que semblent avoir, pour l'interprétation des traités internationaux, certaines prises de position de l'Administration fédérale dans ces affaires*.

---

189 ATF 114 I b 168, 171, *Medigros*, du 11 novembre 1988; ATF 111 I b 323, 327, *Société X*, du 10 décembre 1985.

190 *Österreichische Blätter für gewerblichen Rechtschutz* 1980, p. 25.

191 CJCE, arrêt *Polydor* du 9 février 1982, aff. 270/80, Rec. 1982, p. 329.

192 PIERRE PESCATORE (note 153), 1990, *Synthèse*, p. 479, nos 1165-1166.

On s'étonnera sans doute de voir un fonctionnaire s'exprimer de la sorte. Pourtant, le fait est là: dans l'arrêt *Adams*, qui portait sur une procédure pénale (on se souvient que M. Adams avait été condamné par une juridiction bâloise pour violation d'un secret économique, au sens des art. 162 et 273 CPS, pour avoir livré, comme employé d'Hoffmann-La Roche, des informations confidentielles à la Commission de Bruxelles), le Tribunal fédéral s'est notamment appuyé sur un préavis (*Amtsbericht)* du DFJP en ce qui concerne la portée des dispositions de l'ALE[193]. Bien entendu, il est loisible au Tribunal fédéral de demander ce type d'informations à l'Administration (art. 93 et 110 OJ). Mais puisqu'il s'agit d'un accord bilatéral, ne devrait-on pas demander (ou donner l'occasion) à l'*autre* Partie contractante de se déterminer (en l'espèce, par exemple, par le Service juridique de la Commission des CE ou celui du Conseil)? Sinon, le risque est bien réel que dans ce type de cas, l'office compétent, qui a souvent été au front de la négociation, ne donne qu'un son de cloche partisan. C'est d'ailleurs notamment sur ce point précis que l'on voit, par contraste, l'avantage considérable que représente le système de coopération judiciaire institué par la procédure préjudicielle de l'art. 177 CEE[194]: le débat judiciaire y prend un caractère objectif, compte tenu de la pluralité des intervenants au titre *d'amici curiae* (juge de renvoi, Commission, Etats membres, parties au principal). Devant le Tribunal fédéral la pratique suivie actuellement lors de la consultation *«d'autres intéressés éventuels»* (art. 93 OJ) paraît privilégier fortement l'administration *nationale* de *l'une* des Parties contractantes à l'instrument international[195]. Nous nous demanderons, plus loin, s'il ne faudrait pas en tirer quelques conséquences normatives à l'occasion de la revision de l'OJ (§ 61, b), ch. 5).

Troisième enseignement: en matière d'interprétation des traités internationaux, le Tribunal fédéral aurait avantage à se fonder désormais exclusivement sur la règle de l'art. 31 (et, en amont, sur les art. 26 et 27

---

193 Voir l'extrait de l'arrêt *Adams* cité *supra*, note 160.

194 Sur cette procédure, voir *infra*, § 41; sur l'opportunité de tenir compte de l'avis des partenaires de la Suisse dans les procédures devant le Tribunal fédéral, voir notamment GRISEL (note 59), 1987, p. 391-392 (voir *infra*, note 198).

195 Autre exemple frappant, ATF 111 V 201, *Courtet*, notamment p. 204, consid. 3; le Tribunal fédéral des assurances donne grand poids à un préavis complémentaire de l'OFAS, aux termes duquel les deux traités en question ne seraient que «des instruments normatifs qui ne comportent, pour les Etats signataires, que l'engagement de maintenir la législation à un niveau prescrit ou leur recommande de les élever à ce niveau»; voir à ce propos les observations critiques d'ALEXANDRE BERENSTEIN, *Le droit international de la sécurité sociale dans la jurisprudence du Tribunal fédéral des assurances*, in: «Le droit des assurances sociales en mutation», Berne (Stämpfli), 1992, p. 3-18, p. 15-16; voir aussi ASDI 1989, (vol. anniv.), p. 138-139. Dans sa thèse sur l'interprétation des traités internationaux par le Tribunal fédéral, M. KRONAUER (note 1), 1972, relève déjà le danger que comporte la prise en considération, dans l'interprétation d'un traité international, du point de vue inévitablement subjectif d'un service administratif technique (p. 27).

CV), qui veut qu'un traité soit interprété «*de bonne foi, suivant le sens ordinaire attribué aux termes du traité dans leur contexte et à la lumière de son objet et de son but*»[196]. Les travaux préparatoires, qui jouent traditionnellement un grand rôle dans l'interprétation de la législation interne, ne sont admis à jouer qu'un rôle très subsidiaire dans le système des art. 31 à 33 CV, puisqu'ils n'entrent en considération que lorsque l'interprétation donnée conformément à l'art. 31 CV «laisse le sens ambigu ou obscur», ou «conduit à un résultat qui est manifestement absurde ou déraisonnable» (art. 32 CV)[197]. Dans certains arrêts, le Tribunal fédéral a pris une saine distance vis-à-vis d'un message du Conseil fédéral, en considérant que le point de vue de l'Etat contractant comptait également[198].

28. Arbitrage international en Suisse et droit communautaire: un avertissement récent et utile (1992)

Un point de contact inattendu entre le droit suisse et le droit communautaire a été établi récemment par le Tribunal fédéral, de manière très constructive, dans un arrêt *G. SA c. W. SpA* du 28 avril 1992[199]. Il s'agissait d'un recours de droit public formé par ces deux sociétés contre une sentence rendue en 1990 par un tribunal arbitral siégeant à Genève, présidé par un Suisse et composé d'un Italien et d'un Belge. Les sociétés en question, qui étaient liées par un contrat destiné à mettre à profit leur complémentarité dans le secteur de l'automobile et celui de la miroiterie – en s'accordant réciproquement le leadership dans chacun de ces deux domaines – avaient recouru à la clause arbitrale contenue dans le contrat. Celle-ci prévoyait la constitution d'un tribunal ad hoc après tentative de conciliation, le collège arbitral devant statuer «en dernier ressort». Recours au Tribunal fédéral fut interjeté contre la sentence arbitrale en

---

196 Dans ce sens, avec raison: SPIRA (note 26), 1993, p. 219, § 1.

197 Pour une comparaison entre les critères d'interprétation de la règle internationale conventionnelle par les tribunaux fédéraux et les juridictions européennes, voir notre article, *Strasbourg, Luxembourg, Lausanne et Lucerne: méthodes d'interprétation comparées de la règle internationale conventionnelle*, in: «Les règles d'interprétation» (J.-F. Perrin, éd.), Enseignement de 3e cycle de droit 1988, Fribourg (Ed. universitaires), 1989, p. 109-125.

198 ATF 112 V 145, *150, Mondragon,* du 24 septembre 1986: *un message «ne saurait à lui seul exprimer la volonté des parties contractantes puisqu'il émane du gouvernement d'une seule de ces parties»;* ATF 117 V 268, *B.*, du 8 novembre 1991; voir également, dans le même sens, ANDRÉ GRISEL (note 59), 1987, p. 391-392: «En réalité, lorsque la loi et le traité sont en désaccord, l'avis du partenaire étranger n'importe pas moins que celui du législateur national.»

199 ATF 118 II 193.

application de l'art. 190 al. 2 LDIP[200]. La recourante alléguait que le tribunal arbitral avait statué *ultra petita* en violation de l'art. 190 al. 2, lettre c LDIP.

Le Tribunal fédéral admit le recours sur cette base, mais il l'admit également pour un second motif qui nous intéresse plus directement. Selon la recourante, le tribunal arbitral avait violé l'art. 190 al. 2 lettre b LDIP *en niant sa compétence pour connaître de l'application de l'art. 85 CEE, autrement dit en renonçant délibérément à se prononcer sur la validité du contrat litigieux au regard de cette disposition du Traité de Rome*. Dans des considérants très circonstanciés, d'un grand intérêt pour notre sujet, le Tribunal fédéral, se référant à la doctrine[201], reprend à son compte ces opinions doctrinales, qu'il juge «convaincantes» lorsqu'elles estiment qu'*une sentence arbitrale violerait l'ordre public de la Communauté si elle n'appréciait pas la compatibilité de telles clauses contractuelles avec l'art. 85 CEE. Il appartient aux tribunaux nationaux d'exécution de veiller au respect de ce principe*. Le Tribunal fédéral ajoute:

> «Ni l'art. 85 du Traité, ni son règlement d'application no 17 n'interdisent au juge national ou à l'arbitre saisis d'une cause ayant pour objet le règlement de comptes qui doit intervenir entre parties en relation avec l'exécution ou l'inexécution d'une convention d'en examiner la validité. (...) *L'examen par les arbitres de la conformité des conventions qui leur sont soumises à la réglementation communautaire s'impose si l'on veut éviter des décisions qui y seraient contraires. Aussi le Tribunal arbitral ne pouvait-il rendre sa sentence sans avoir examiné au préalable s'il devait le faire en fonction d'une convention valable ou non.*»

Par ces motifs notamment, le Tribunal fédéral admit le recours, annula la sentence arbitrale attaquée et déclara le Tribunal arbitral compétent pour connaître de la question de la validité ou de la nullité, au regard du droit communautaire, du contrat de spécialisation et de participation litigieux.

L'intérêt conceptuel de cet arrêt est appréciable. Il montre, dans un cas concret, ce que signifie l'osmose des systèmes juridiques[202]. Il rappelle aussi qu'aujourd'hui déjà, certaines relations juridiques qui se nouent en Suisse tombent sous le coup du droit européen de la concurrence. Il y a longtemps que les institutions communautaires l'avaient fait savoir aux

---

[200] Loi fédérale du 18 décembre 1987 sur le droit international privé (LDIP); RS 291.

[201] KOCH, in: GRABITZ, *Kommentar zum EWR-Vertrag;* DOMINIQUE HAHN, *L'arbitrage commercial international en Suisse face aux règles de concurrence de la CEE*, thèse Lausanne, 1983, p. 50-51 et 134; et LÉON GOFFIN, *L'arbitrage et le droit européen*, RDIDC 1990, p. 301-338.

[202] Voir sur ce thème le volume 20 des Publications de l'Institut suisse de droit comparé, Zurich (Schulthess), 1992, intitulé *Perméabilité des ordres juridiques/Osmose zwischen Rechtsordnungen/The responsiveness of legal systems to foreign influences*.

maisons mères suisses de filiales communautaires[203]. La nouveauté de cet arrêt tient au fait qu'une juridiction *suisse* fasse application d'un droit communautaire considéré comme revêtant, pour lui, un caractère d'ordre public. Il ne s'agit nullement d'une prétendue application «*extraterritoriale*» du droit communautaire, comme on l'entend parfois, mais tout simplement de la sanction de comportements économiques pouvant avoir des effets *dans* la Communauté, quel que soit le lieu de conclusion du contrat[204].

L'arrêt discuté par le Tribunal fédéral du 28 avril 1992 est aussi intéressant en ce qu'il nous rappelle que l'institution de l'arbitrage entretient des rapports complexes avec le droit européen: d'une part, en raison de l'impossibilité des organes arbitraux, faute de liens organiques suffisants avec l'Etat, de revendiquer la qualité de «juridictions» d'un Etat membre pour poser des questions préjudicielles à la Cour de justice des Communautés européennes en application de l'art. 177 CEE[205]; d'autre part, en raison des problèmes spécifiques que pose l'arbitrage privé au regard de la Convention européenne des droits de l'homme[206].

En conclusion, cet arrêt représente un avertissement récent particulièrement bienvenu, au moment même où la Commission des Communautés européennes, dans une communication de première importance parue le 13 février 1993, s'efforce d'encourager une application décentralisée, par les juridictions nationales, du droit communautaire de la concurrence[207].

---

[203] Le cas d'école à cet égard reste «l'affaire des colorants», objet d'arrêts de la CJCE du 14 juillet 1972 qui touchèrent plusieurs entreprises chimiques suisses. Voir en particulier CJCE, arrêt *Geigy* du 14 juillet 1972, aff. 52/69, Rec. 1972, p. 787.

[204] Cas particulièrement frappant: CJCE, arrêt *Ahlström* (pâtes de bois) du 27 septembre 1988, aff. 89/85, Rec. 1988, p. 5193, où toutes les entreprises étaient situées hors de la Communauté; cet arrêt mentionne, en passant, le rapport des règles de concurrence de l'ALE CEE-Finlande et avec les règles de concurrence de la Communauté; voir également PESCATORE, in: «L'avenir du libre-échange en Europe», Zurich, 1990, p. 494, no 1217.

[205] CJCE, arrêt *Nordsee* du 23 mars 1982, aff. 102/81, Rec. 1982, p. 1095; parmi une abondante littérature, voir en particulier, en sus des trois publications mentionnées en note 201: JACQUES-MICHEL GROSSEN, *Arbitrage et droit de la concurrence*, in: «Recueil de travaux suisses sur l'arbitrage international» (ouvrage collectif), Zurich (Schulthess), 1984, p. 35-44; GERHARD BEBR, *Arbitration tribunals and Article 177 of the EEC Treaty*, CMLRev 1985, p. 489-504; PIERRE BONASSIES *Arbitrage et droit communautaire*, Mélanges Boulouis, Paris (Dalloz), 1991, p. 21-33.

[206] Sur cette question, voir JEAN-FRANÇOIS FLAUSS, *L'application de l'art. 6 (1) de la Convention européenne des droits de l'homme aux procédures arbitrales*, Gazette du Palais, Paris, 2-3 juillet 1986, p. 2-4; PIERRE LAMBERT, *Les procédures d'arbitrage et la Convention européenne des droits de l'homme*, Mélanges Velu, Bruxelles (Bruylant), 1992, tome II, p. 1281-1291; et notre contribution *L'arbitrage privé face à l'article 6 § 1 de la Convention européenne des droits de l'homme*, Mélanges Wiarda, Cologne (Heymanns), 1988, p. 281-294.

[207] JOCE du 13 février 1993, no C 39, p. 6-11.

29. Introversion et esprit d'ouverture dans la jurisprudence européenne du Tribunal fédéral

> *«Il est utile d'avoir des idées d'ensemble, même fausses, car une vue d'ensemble ressemblera toujours plus à une vérité d'ensemble qu'à une vision de détail.»* PAUL CLAUDEL[208]
>
> *«Kein Richter und keine Verwaltungsbehörde [werden] die Frage aufwerfen, ob wohl das Gesetz den Vertrag bestehen lassen* wolle *oder ob der Grundsatz: lex posterior generalis non derogat legi anteriori speciali zutreffe, sondern er wird erklären, dass Verträge durch Gesetze nicht aufgehoben werden können und deshalb das Vertragsrecht weiter gilt.»*
>
> WALTHER BURCKHARDT (1915)[209]

Après ce survol thématique de la jurisprudence «européenne» du Tribunal fédéral, il est nécessaire de dégager quelques considérations d'ensemble. La réflexion de BURCKHARDT, citée en exergue, nous incite à parler un langage clair, quitte à forcer un peu le trait pour tenter de démontrer qu'en matière de relations entre le droit européen et le droit suisse: l'acceptation des conflits de règles vaut mieux que l'esquive; l'esprit d'anticipation que le report des problèmes; l'esprit d'ouverture que l'attitude d'introversion.

a) Attitudes d'introversion et d'esquive

Pour les juristes suisses ouverts sur l'Europe, il est amer de songer qu'un des plus subtils musiciens européens, SCHUBERT, ait donné son nom au moins européen des arrêts du Tribunal fédéral suisse. Ironie d'autant plus cruelle que deux des percées jurisprudentielles décisives de l'histoire du droit européen – un arrêt de la Cour de cassation de Belgique et un arrêt de la Cour de justice des Communautés européennes – s'intitulent l'une *Etat belge c. Fromagerie Franco-Suisse*, *«Le Ski»*, rendu le 27 mai

---

[208] Cité par PAUL REUTER (et autres), *Le juge français et le droit international public*, Paris, 1972, p. 20.

[209] Cité par KÄLIN (note 39), ZSR/RDS 1993 I, p. 77, note 24.

1971[210]; l'autre *Simmenthal*, rendu le 9 mars 1978, du nom d'une firme italienne (!) importatrice de viande bovine en provenance de France[211].

Pourtant, le fait est là: l'arrêt *Schubert* a été, depuis son prononcé il y a vingt ans, le 2 mars 1973[212], la bête noire des internationalistes et des Européens en Suisse. Confiant dans l'écho qu'avaient connu dans l'intervalle les critiques unanimes adressées à cet arrêt, M. WILDHABER croyait pouvoir le considérer, six ans après son prononcé, «*als verunglückter Einzelfall*»[213]. Confirmé plusieurs fois par la suite, expressément[214] ou tacitement[215], cet arrêt symbolise le blocage psychologique qui existe encore dans le chef du juge suisse face au droit européen: hiatus inquiétant entre les affirmations de principe et les déductions concrètes; démission occasionnelle du juge devant le législateur; méconnaissance de la différence de nature qui existe entre un traité et un acte législatif; déductions hâtivement tirées de la volonté d'un législateur tout sauf explicite[216].

Les confirmations ultérieures de cette jurisprudence[217] pèchent de surcroît par leur silence sur les objections doctrinales de deux décennies. Si cette jurisprudence devait perdurer, elle se heurterait de surcroît aux vues les plus récentes du Parlement lui-même[218].

Même attitude d'esquive du juge dans l'arrêt *Courtet*, du 23 octobre 1985[219]. Probablement inhibé par les conséquences possibles de son arrêt, le Tribunal fédéral des assurances «refuse l'obstacle» en se lançant dans un débat préalable significatif sur l'application directe des instruments considérés. Les hésitations des juges fédéraux culminent dans la phrase où il est dit que l'application du droit européen risquerait de heurter un

---

210 CDE 1971, p. 561 (avec note de PIERRE PESCATORE); également publié dans MÜLLER/WILDHABER, *Praxis des Völkerrechts*, 2e éd., Berne (Stämpfli), 1982, p. 111-112.

211 CJCE, arrêt *Simmenthal* du 9 mars 1978, aff. 106/77, Rec. 1978, p. 629.

212 ATF 99 1b 39, *Schubert*, du 2 mars 1973.

213 LUZIUS WILDHABER, *Erfahrungen mit der EMRK*, ZSR/RDS 1979 II, p. 229-379, p. 330; voir également, du même auteur, *Bemerkungen zum Fall Schubert betreffend das Verhältnis von Völkerrecht und Landesrecht*, SJIR/ASDI 1974, p. 195-201.

214 ATF 112 II 1, *13*, *Wohnbau Giswil*, du 9 mars 1986; ATF 111 V 201, *203*, *Courtet*, du 23 octobre 1985; ATF 116 IV 262, *269*, *X*, du 14 juin 1990; ATF 117 IV 124, *128*, *Staatsanwaltschaft des Kantons Zürich*, du 7 juin 1991.

215 ATF 110 Ib 115, *X et Sud-Provizel SA*, du 7 juin 1984; et ATF 115 II 401, *Sud-Provizel SA*, du 13 octobre 1989.

216 Sur ces questions, voir déjà RSJB/ZbJV 1984, p. 227-244.

217 Voir *supra*, notes 67 à 71 et 214 à 215.

218 En effet, à l'occasion des débats d'août et septembre 1992 relatifs à l'approbation de l'Accord EEE, *les trois rapporteurs* (MM. ZBINDEN et CLAUDE FREY, conseillers nationaux; M. RHINOW, conseiller aux Etats), ont clairement dit, *uni sono*, que la jurisprudence *Schubert* n'était plus admissible. On mentionnera les termes particulièrement nets dans lesquels s'est exprimé dans ce débat M. CLAUDE FREY rapporteur de la Commission de politique extérieure du Conseil national (propos cités *infra*, chapitre 4, p. 398, note 103).

219 ATF 111 V 201, *205*, *Courtet*, du 23 octobre 1985; voir également les critiques de BERENSTEIN (note 25), 1992, p. 13-16.

«principe fondamental du droit interne suisse». A quand un revirement de jurisprudence animé d'un souffle européen?

Face à des questions elles aussi délicates, on retrouve une attitude de fuite dans les arrêts *Adams* de 1978 et *Omo* de 1979, décrits plus haut[220]. Par un discours général, le Tribunal fédéral évacue les problèmes en portant, de surcroît, comme dans l'affaire *Courtet*, un crédit démesuré aux avis de services de l'Administration fédérale.

Ces deux arrêts véhiculent une *conception nationale de la légalité*, qui discrimine manifestement la règle de droit européen (en l'espèce l'ALE de 1972) au profit quasi exclusif des sources internes classiques de cette même légalité (les art. 162 et 273 du CPS dans l'affaire *Adams*; l'ancienne loi sur les marques de 1890 dans l'affaire *Omo*). Cette conception introvertie du respect du droit constitue le symbole d'un refus d'ouverture. Symbole aussi d'une esquive mentale: pour évacuer le problème manifestement inconfortable d'une éventuelle primauté, on a recours à des considérations préalables sur l'effet direct, qui permettent de «noyer le poisson»[221].

b) Esprit d'ouverture

Fort heureusement, à cette jurisprudence peu européenne peut être opposé tout un courant novateur qui se manifeste dans d'autres arrêts.

Comme symbole de cette jurisprudence ouverte, on citera d'abord l'arrêt *Mondragon*, où le Tribunal fédéral des assurances relativise l'importance qu'il convient d'apporter à un message du Conseil fédéral pour l'interprétation d'un traité qui lie la Suisse à un ou plusieurs autres partenaires[222].

Pour les *méthodes d'interprétation* – qu'il conviendrait toujours de fonder sur le texte, le contexte, l'objet et le but du traité (art. 31 § 1 CV) au lieu de se lancer dans le difficile sondage des intentions des Parties contractantes ou des états d'âme du Parlement – on citera l'arrêt *B.*, du 8 novembre 1991, où le Tribunal fédéral condamne le recours aux concepts nationaux pour combler des lacunes dans l'interprétation d'un

---

220 ATF 104 IV 175, *Adams*, du 3 mai 1978; ATF 105 II 49, *Omo*, du 25 janvier 1979, *supra*, § 27, ad notes 142-151; sur cette dernière affaire, voir nos observations critiques dans CMLRev. 1979, p. 427-435.

221 WILDHABER (note 38), 1974, utilise une métaphore guère plus amène tirée, elle, du mode «végétarien»: «Man hat den Eindruck, dass das Bundesgericht die Kartoffel als allzu heiss ansah und sie so rasch wie möglich weit von sich wegwarf» (p. 201); attitude identique dans l'affaire *Courtet*, ATF 105 II 49. Pour un essai d'explication de ces mécanismes, inconnus de 1874 à 1962 dans la jurisprudence du Tribunal fédéral, voir notre article (note 185), 1989.

222 ATF 112 V 145, *150*, *Mondragon*, du 24 septembre 1986 (le passage pertinent est cité *supra*, note 198).

traité qui, par définition, se fonde sur des notions «autonomes»[223]. Cet arrêt pose des principes qui ne sont pas sans rappeler ceux que la Cour de justice a développés en matière d'interprétation à l'intention des juridictions nationales[224].

L'arrêt *Medigros,* du 11 novembre 1988[225], marque un autre signe d'ouverture. A l'égard de la jurisprudence européenne cette fois. Ayant à interpréter les art. 16 et 17 du Protocole no 3 de l'Accord de libre-échange de 1972 avec la Communauté, le Tribunal fédéral étaye ses propres conclusions par une référence à l'arrêt *Les Rapides Savoyards*, rendu par la Cour de justice des Communautés européennes le 12 juillet 1984[226]. Il aura ainsi fallu 15 ans – à compter de l'entrée en vigueur de l'ALE (1973-1988) – pour que le Tribunal fédéral cite pour la première fois un arrêt de la Cour de justice de Luxembourg, ce qu'il vient de faire à nouveau en 1991[227] et en 1993[228], alors qu'il aura fallu deux ans à peine à partir de l'entrée en vigueur de la CEDH pour la Suisse (1974-1976) pour que le Tribunal fédéral souligne la nécessité de prendre en considération, à l'occasion de l'appréciation concrète des droits fondamentaux garantis par la Constitution, «la jurisprudence de la Commission et de la Cour européennes des droits de l'homme» relative aux droits garantis par la Convention[229]. Aujourd'hui, la jurisprudence du Tribunal fédéral cite fréquemment les arrêts les plus récents de la Cour de Strasbourg[230]. Dans sa thèse consacrée à l'interprétation des traités internationaux par le

---

223 ATF 117 V 268, *269-270, B.* (consid. 3 b), également publié dans RSDIE/SZIER 1992, p. 564-565. Moins net: ATF 110 Ib 85, cité par SCHULTZ (note 22), 1992, p. 349.

224 CJCE, arrêt *Kupferberg* du 26 octobre 1982, aff. 104/81, Rec. 1982, p. 3641ss, p. 3663-3665, § 17-23; et en ce qui concerne l'interprétation en cas de divergence entre les différentes versions linguistiques, CJCE, arrêt *Commission c. Royaume-Uni* du 29 mars 1985, aff. 100/84, Rec. 1985, p. 1169ss, p. 1182, § 17; voir également HELMUT HENRICHS, *Gemeinschaftsrecht und nationale Verfassungen: Organisations- und verfahrensrechtliche Aspekte einer Konfliktlage,* EuGRZ 1990, p. 413-423, p. 420, ad note 109; et notre article (note 197), p. 115.

225 ATF 114 Ib 168, *171, Medigros,* du 11 novembre 1988.

226 CJCE, arrêt *Les Rapides Savoyards* du 12 juillet 1984, aff. 218/83, Rec. 1984, p. 3105.

227 ATF (non publié) du 4 novembre 1991 dans l'aff. *H c. Département fédéral de l'intérieur* (*supra,* note 188), qui fait, à titre de confirmation d'argumentation, une référence à CJCE, arrêt *Delattre* du 21 mars 1991, aff. C-369/88, Rec. 1991, p. I-1487.

228 Arrêt *B.* du TFA du 28 janvier 1993, ATF 119 V ..., consid. 2 a), sur les critères à retenir pour décider quelle est la nationalité déterminante d'un travailleur migrant au regard de la sécurité sociale, CJCE, arrêt *Belbouab* du 12 octobre 1978, aff. 10/78, Rec. 1978, p. 1915ss, p. 1924, § 7.

229 ATF 102 Ia 279, *284, Minelli* du 30 juin 1976; ATF 102 Ia 302, *308, Petra Krause,* du 17 août 1976; voir encore ATF 106 Ia 299, *303, Brunner,* du 25 avril 1980; mention par le Tribunal fédéral de l'arrêt Cour EDH, *affaire linguistique belge*, du 23 juillet 1968, Série A no 8, à l'appui du principe de la territorialité de la langue. Voir HOTTELIER (note 18), 1985, p. 98.

230 Exemple le plus récent publié à ce jour: ATF 118 Ia 341, *M.*, du 9 novembre 1992.

Tribunal fédéral, thèse qui table sur un dépouillement systématique des 740 arrêts publiés rendus par le Tribunal fédéral entre 1875 et le 31 mars 1972 et portant interprétation de traités internationaux (à l'exception regrettable des arrêts du TFA), M. KRONAUER relève qu'il a fallu presque un siècle (96 ans) pour que l'on trouve, dans la jurisprudence du Tribunal fédéral, la première référence à un arrêt d'une juridiction internationale, en l'espèce une décision de la Cour permanente de justice internationale[231]. De telles références restent rarissimes aujourd'hui[232].

Comme autres expressions d'attitude d'ouverture, on citera:

- cet arrêt qui suggère que non seulement l'interprétation de la loi, mais l'interprétation de la Constitution se fasse de manière conforme à la CEDH[233];
- cet arrêt où le Tribunal fédéral décrit l'art. 4 Cst. comme «une règle générale qui garantit aux parties à une procédure étatique un standard minimum, conforme à celui que garantissent les procédures en vigueur dans les Etats démocratiques de l'Europe occidentale», de sorte que son contenu «*n'est par conséquent pas figé*»[234];
- cet arrêt relatif à la Convention sur le brevet européen du 5 octobre 1973[235], dans lequel le Tribunal fédéral relève l'importance particulière qui revient, dans le processus d'interprétation, «à la doctrine et à la jurisprudence étrangères, ainsi qu'à l'intention des Parties de procéder à une unification multilatérale du droit, lorsqu'il s'agit, comme c'est le cas de la CBE, d'un traité destiné à accomplir une telle unification»[236].

Une mention toute particulière doit être faite du remarquable *esprit d'anticipation* dont, comme déjà relevé, le Tribunal fédéral a fait preuve en tirant la leçon de l'arrêt *De Cubber c. Belgique* rendu par la Cour européenne des droits de l'homme le 26 octobre 1984[237]. Le Tribunal fédéral a ainsi évité de probables constats de violation par la Suisse à Strasbourg sur la question de l'union personnelle du juge d'instruction et du juge dans cinq cantons (BE, JU, FR, VS et GR[238]).

---

231 ATF 97 I 359, p. 364, *République fédérale d'Allemagne c./Canton de Schaffhouse* du 17 février 1971; voir M. KRONAUER, thèse précitée (note 1),1972, p. 2 et 126.

232 Pour un exemple récent, voir toutefois ATF 118 Ia 137, *142*, *B.*: référence à l'arrêt de la CPJI rendu dans l'*affaire du «Lotus»*, CPJI, Série A, vol. 10, p. 18.

233 ATF 106 Ia 33, *X*, du 25 juin 1980 (JT 1982 I 575).

234 ATF 114 Ia 179, *181*, *V. c. Vaud*, du 27 mai 1988.

235 RS 0.232.142.2.

236 ATF 117 II 480, 486-487, *S. Sàrl c. B. SA*, du 19 août 1991; on regrettera cependant que dans cet arrêt, comme dans d'autres, le Tribunal fédéral ne se réfère pas plus directement, en matière d'interprétation, à la règle désormais universellement admise de l'art. 31 CV (RS 0. 111). Voir la jurisprudence citée *supra*, ad note 223.

237 Cour EDH, arrêt *De Cubber c. Belgique*, du 26 octobre 1984, Série A no 86.

238 ATF 112 Ia 290, *S. c. Tribunal de district de Monthey*, du 4 juin 1986; ATF 113 Ia 72, *N. c. Staatsanwaltschaft und Strafkassationsgericht des Kantons Freiburg*, du 4 février

Un compliment analogue peut être adressé à l'arrêt du Tribunal fédéral du 17 décembre 1992 invalidant la précision apportée en 1988 par le Conseil fédéral à la déclaration interprétative de la Suisse à la suite de l'arrêt *Belilos c. Suisse* rendu par la Cour de Strasbourg le 29 avril 1988[239]. Les motifs relatifs à l'annulation de la précision de la déclaration interprétative relative à l'art. 6 § 1 CEDH[240] sont convaincants. On peut seulement regretter que le Tribunal fédéral ait assorti un considérant de l'arrêt (sur les rapports entre les art. 6 § 1 CEDH et 113 al. 3 Cst.) d'un passage peu concluant fondé sur une argumentation *a posteriori*[241], argumentation que le Tribunal fédéral lui-même avait à l'époque jugée «discutable» *(fraglich)* en présence de règles de rangs différents.

c) Appréciation

Au terme d'un chapitre où les critiques n'ont pas manqué, nous voudrions rendre un juste hommage au *modernisme* de certains arrêts particulièrement attachants du Tribunal fédéral.

En matière d'*effet direct*, la palme revient à première vue incontestablement à l'arrêt *Banque de crédit international* du 13 octobre 1972, si justement célébré, qui a exprimé une attitude particulièrement constructive dans la reconnaissance de l'effet direct de l'art. 16 de la Convention de Stockholm instituant l'AELE, en dépit d'une situation de départ objectivement difficile.[242] En matière d'effet direct, nous pensons toutefois, pour des raisons exprimées ailleurs[243], que le mérite principal revient à cette majorité silencieuse d'arrêts où le Tribunal fédéral applique le traité sans faire de l'effet direct une question préalable, souvent inutile. Parmi une multitude de cas, citons six arrêts rendus en 1992 par la Ire Cour de droit public, qui en constituent de bons exemples[244].

Comme consécration la plus spectaculaire de l'application du principe de l'*effet utile* du droit européen en droit suisse, nous citerons d'abord les

---

1987; ATF 114 Ia 275, *G. c. S. et Commissione del Tribunale cantonale dei Grigioni*, du 28 août 1988; voir les critiques de AESCHLIMANN (1988) et PIQUEREZ (1989), cités *supra*, note 113.

239 Cour EDH, arrêt *Belilos c. Suisse* du 29 avril 1988, Série A no 132.

240 ATF 118 II (à paraître), *F. c. Regierungsrat des Kantons Thurgau*, du 17 décembre 1992.

241 ATF 118 II (à paraître), *F.*, du 17 décembre 1992, consid. 5 b: «Als späteres Recht ginge der Staatsvertrag dem früheren Gesetzrecht ohne weiteres vor (...). Ob ein Staatsvertrag nicht schon aufgrund der Normenhierarchie dem Gesetz vorgeht, müsste somit bei dieser Betrachtungsweise nicht geklärt werden /vgl. BGE 111 Ib 71».

242 ATF 98 Ib 385, *Banque de crédit international*, du 13 octobre 1972.

243 Voir notre article cité *supra*, note 185.

244 ATF 118 Ia 327, *B.*, du 7 août 1992; ATF 118 Ia 331, *Ehegatten S.*, du 10 septembre 1992; ATF 118 Ia 336, *S.*, du 17 septembre 1992; ATF 118 Ia 341, *M.*, du 9 novembre 1992; ATF 118 Ia 353, *Commune d'Etagnières*, du 22 septembre 1992; ATF 118 Ia 360, *N.*, du 22 septembre 1992.

arrêts *Bozano* du 15 janvier 1980[245] et *Dharmaradja* du 27 mars 1981[246]. Ces arrêts, sans même mentionner la problématique de l'art. 113 al. 3 Cst., n'en consacrent pas moins, sans inhibition, la *non-application d'une loi fédérale contraire au droit européen* (l'art. 23 de l'ancienne loi sur l'extradition du 22 janvier 1892), dans le seul but de ménager l'*effet utile de l'art. 5 § 3 CEDH*. Cette jurisprudence fait suite à un *échange de lettres* entre le Tribunal fédéral et le Conseil fédéral visant à trouver – sans inhibition stérile sur la question de la séparation des pouvoirs – un *modus vivendi* conforme au droit européen, dans l'attente de l'entrée en vigueur (intervenue le 1er janvier 1983) de la loi – euro-compatible sur ce point – sur l'entraide internationale en matière pénale[247].

Approche identique, plus spectaculaire encore puisque déclenchée *proprio motu* par le Tribunal fédéral: l'admission *contra legem* (équivalant ici aussi à la non-application d'une loi pour respecter un instrument européen), dans les arrêts *Reneja* du 9 décembre 1983[248] et *N.* du 15 mars 1985[249], à propos de la recevabilité d'un recours de droit administratif. Malgré la lettre de l'art. 100, let. b ch. 3 OJ, le Tribunal fédéral a en effet préféré entrer en matière sur ces recours pour éviter que le non-renouvellement d'une autorisation de séjour accordée à un étranger ne consacre, dans ces cas, une violation de l'effet utile de l'art. 8 CEDH (protection de la vie privée et familiale)[250].

Parmi les arrêts du Tribunal fédéral des assurances, souvent remarquables de créativité sur les questions internationales, une mention toute particulière doit être adressée à deux arrêts rendus le 28 janvier 1993 dans des affaires *F. et B. c. Caisse suisse de compensation*[251]. Dans ces deux affaires, *F.* (double national anglais et argentin, né en 1923) et *B.* (double nationale anglaise et canadienne vivant à Montréal, née en 1927) demandaient, l'un, le remboursement de cotisations AVS portant sur une durée de cotisations inférieure à 2 ans, l'autre, une demande de rente fondée sur l'exercice d'une activité lucrative en Suisse de 1951 à 1953, alors que la recourante avait encore la nationalité anglaise. Le Tribunal fédéral se demande «selon quel critère il y a lieu de déterminer la nationalité effective de celui qui possède plusieurs nationalités étrangères et revendique une prestation d'une assurance sociale suisse en vertu d'une conven-

---

245 ATF 106 Ib 16, 17, *Bozano,* du 15 janvier 1980.

246 ATF 107 Ib 68, 69, *Dharmarajah,* du 27 mars 1981.

247 EIMP/IRSG, RS 351.1.

248 ATF 109 Ib 185, *Reneja*, du 9 décembre 1983 (voir *infra*, note 250).

249 ATF 111 Ib 1, *N.*, du 15 mars 1985.

250 Voir ALFRED KOLLER, *Die Reneja-Praxis des Bundesgerichts*, ZBl. 1985, p. 513-522; voir également LUZIUS WILDHABER, *Art. 8 EMRK*, in: «Internationaler Kommentar zur EMRK», Cologne (Heymanns), 1992, p. 153-155, nos 424-430; et les remarques critiques de PETER MOCK, *Mesures de police des étrangers et respect de la vie privée et familiale*, RDS/ZSR 1993, p. 95-111, spéc. p. 100-101 (à paraître)

251 ATF 119 V ..., *F. et B.*, du 28 janvier 1993.

tion bilatérale liant la Suisse à l'un des Etats dont le requérant est le ressortissant»[252]. Sans se laisser impressionner par le critère de la nationalité prépondérante (critère appliqué par l'OFAS dans l'affaire *B.*, avec l'effet d'exclure le droit à une rente de la part de cette Canadienne double nationale vivant à Montréal[253]), le Tribunal fédéral pose le principe suivant:

> «En définitive, pour répondre à l'exigence de la sécurité du droit autant qu'aux besoins de la pratique, *il convient de déterminer la nationalité de l'assuré de manière alternative*; *lors du payement des cotisations à l'AVS ou lors de l'ouverture du droit à la rente. Autrement dit, il suffit qu'un assuré possède ou ait possédé la nationalité suisse ou celle d'un Etat ayant conclu une convention de sécurité sociale avec la Suisse [ce qui était, dans les deux cas, le cas du Royaume-Uni] à l'une de ces deux époques, pour qu'il ait droit à une rente ordinaire de vieillesse, à condition d'avoir cotisé durant une année au moins (art. 29 al. 1 LAVS). La même règle vaut pour les rentes de survivant.*
> *Cette manière de procéder simplifie la détermination du droit applicable et rend pratiquement inutile la distinction fondée sur le principe de la nationalité effective, au moins pour l'AVS.*»[254]

Ces arrêts, qui vivifient l'idée de la recherche de l'*«effet utile» (rechtliche Wirksamkeit)* de la règle conventionnelle européenne, respectent de surcroît la règle d'or en matière de protection des droits de l'homme: celle de la priorité donnée à la règle qui confère la protection optimale (art. 60 CEDH, *Günstigkeitsprinzip*). Sur le plan humain, cette jurisprudence symbolise le fait que dans les rapports internationaux de l'Europe d'aujourd'hui, le ressortissant d'un autre Etat n'est plus tout à fait un «étranger», mais bien davantage un autre «Européen» (comme nous disons aujourd'hui, dans les rapports intercantonaux, un «Confédéré»). Il est hautement symbolique à cet égard que, moins de deux mois après le rejet de l'EEE le 6 décembre 1992, le Tribunal fédéral des assurances ait tiré argument, dans l'un de ces arrêts, d'une solution retenue par la Cour de justice des Communautés européennes pour déterminer quelle est la nationalité déterminante d'un travailleur au sens de l'art. 2 § 1 du célèbre règlement no 1408/71[255].

Last but not least, deux arrêts rendus en 1991.

---

252 Consid. 3 a) de l'arrêt *F.* précité (note 251).

253 Voir aussi, dans ce sens, la solution donnée par l'art. 23 al. 2 LDIP (principe de la nationalité dite effective).

254 Arrêt *B.*, précité (note 251), consid. 2, c).

255 Arrêt *B.*, précité (note 251), consid. 2 a), qui cite CJCE, arrêt *Belbouab* du 12 octobre 1978, aff. 10/78, Rec. 1978, p. 1915ss, p. 1924, § 7. Un juste hommage a été rendu récemment à la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes en matière sociale par PIERRE-YVES GREBER (note 28), 1993, p. 180-183.

Dans son arrêt *P. c. Office fédéral de la police*, du 14 octobre 1991, le Tribunal fédéral affirme, en termes généraux, ce qui suit:

> «selon les conceptions en vigueur en Suisse, *les principes généraux du droit des gens y sont directement applicables comme droit interne.* Lorsqu'ils sont d'ordre public (*jus cogens*), ils l'emportent sur le droit positif conventionnel dont l'application serait, *in concreto*, en contradiction avec eux (*cf.* art. 53 de la Convention de Vienne sur le droit des traités (...).»[256]

Sans doute cette jurisprudence remonte-t-elle aux arrêts bien connus *Bufano* de 1982 et *Bufano, Bosch et Martinez* de 1986, que le Tribunal fédéral cite d'ailleurs[257]. Il n'en demeure pas moins que par la généralité de sa formulation, cet arrêt pourrait être une «plaque tournante» d'une construction plus générale qui permettrait une interprétation de l'art. 113 al. 3 Cst. conforme aux exigences du droit international général (art. 31, 26 et 27 CV). Il nous semble y avoir là la clé d'une conception cohérente des rapports entre le droit européen et le droit suisse, qui permettrait de surmonter et de transcender les nombreux tâtonnements passés.

Enfin, dans son arrêt *Erben X* du 15 novembre 1991[258], le Tribunal fédéral tire un utile parti des art. 26 et 27 CV, pour en déduire les conclusions suivantes, très proches de l'avis de droit précité du 29 avril 1989[259]:

- en Suisse, la primauté du droit international conventionnel exige de tous les organes d'application du droit une interprétation du droit interne – donc du droit constitutionnel, et en particulier de l'art. 114 bis al. 3 Cst. (l'équivalent de l'art. 113 al. 3 Cst.) – conforme au droit international;
- les autorités politiques ne sauraient être considérées comme seules garantes des rapports entre le droit interne et les traités internationaux conclus par la Suisse;
- le principe de la séparation des pouvoirs n'est pas violé par le fait que sur le plan juridique, chaque autorité est tenue, *dans le cadre de ses compétences*[260], de respecter et d'appliquer le droit international en

---

256 ATF 117 Ib 337, *340*, *P. c. Office fédéral de la police;* également publié dans RSDIE/SZIER 1992, p. 569-570.

257 ATF 108 Ib 408, *410-413*, *Bufano,* du 3 novembre 1982; ATF 112 Ib 215, *222*, *Bufano, Bosch et Martinez*, du 21 mai 1986.

258 ATF 117 Ib 367, 369-374, spéc. *372-373*, consid. 2, *Erben X*, du 15 novembre 1991.

259 Voir *supra* (note 43), JAAC 1989 no 54, p. 437ss (version française) et 393 ss (version allemande).

260 Sur ce point, voir *infra*, ad note 264; ainsi que IVO HANGARTNER AJP/PJA 1993, p. 195-199, spéc. 196-199, § 9-14; également sur ce point: STEFAN TRECHSEL, *recht* 1993, p. 16 ss, p. 17 et 19-20.

vigueur pour la Suisse. Rien ne s'oppose par conséquent à ce que le juge *examine* la compatibilité d'une loi fédérale à la CEDH[261];

– en raison de l'impossibilité d'annuler une disposition législative en cas de contradiction avec le droit international, le Tribunal fédéral pourrait *au plus ne pas appliquer la règle en question dans le cas concret,* si celle-ci se révélait contraire au droit international et qu'elle pourrait conduire à une condamnation de la Suisse. Cette dernière affirmation étonne quelque peu[262]; en effet, peut-on justifier le respect du droit par la seule menace d'une sanction?

30. Utilité et limites de ces expériences pour l'avenir

Même au terme de ce survol sommaire, nous pouvons risquer le constat sans nous tromper: les premiers contacts du juge suisse avec le droit européen offrent une *image assez disparate*: d'une part, par *l'hétérogénéité des instruments appliqués*; d'autre part, par la coexistence parfois surprenante *d'affirmations constructives*, nombreuses et diverses, témoignant même d'une grande richesse, avec *quelques autres affirmations qui le sont nettement moins*.

La première leçon qu'il nous paraît légitime de tirer est qu'en cette matière, l'*esquive jurisprudentielle est un mauvais calcul.* Les arrêts *Schubert* (1973) et *Courtet* (1985) en sont deux illustrations frappantes. La faiblesse de l'arrêt *Schubert*, qui n'était que quantité négligeable quand il n'agaçait que quelques internationalistes, s'est révélée au grand jour vingt ans plus tard, dans un tintamarre politique et médiatique où chacun, au nom de ses convictions, a pu se défouler en se jetant à la tête le principe du respect des traités et celui de la séparation des pouvoirs. La faiblesse de l'arrêt *Courtet* est d'avoir reporté par commodité, la solution d'un problème qui se reposera inévitablement et qu'il faudra bien trancher en faveur du droit européen. N'a-t-on pas déjà perdu presque une décennie? Le plus tôt sera le mieux.

La deuxième leçon à tirer s'inscrit dans le prolongement de la première: tant qu'on n'aura pas admis la thèse – indispensable à la construction progressive d'un ordre juridique international juste et pacifique – de la

---

[261] Malgré les potentialités que recèle cet arrêt, HANGARTNER (1993) et TRECHSEL (1993) (note 260) l'interprètent avec grande prudence; voir pourtant une confirmation récente de cette jurisprudence dans ATF 118 Ia 341, *353*, *M.*, du 9 novembre 1992 (consid. 5): «Art. 114bis Abs. 3 BV schliesst aber jedenfalls nicht aus, dass das Bundesgericht eine Feststellung darüber trifft, ob eine vom Bundesgesetzgeber geschaffene Norm der EMRK widerspricht, wie es auch den Gesetzgeber einladen kann, eine Verfassungs- oder konventionswidrige Norm zu ändern (BGE 117 Ib 373/4 E. 2f).»

[262] ATF 117 Ib 367, *373*.. Partage cet étonnement: TRECHSEL (note 260), 1993, p. 20.

responsabilité commune des organes de l'Etat dans la mise en œuvre interne des obligations internationales[263] – on courra toujours le risque de priver les individus d'une bonne part du bénéfice des instruments internationaux en vigueur. *Et cette protection, c'est d'abord le juge national qui peut la lui donner.* Ce qui présuppose de sa part la pleine acceptation de son rôle d'organe de l'Etat agissant aussi, par *union personnelle*, comme dépositaire et agent d'exécution de l'effet utile des traités internationaux. *Or, ce rôle essentiel se situe précisément au centre du «cadre de ses compétences»*[264].

Troisième leçon, plus encourageante celle-là: *les acquis jurisprudentiels favorables au droit européen demeurent et rayonnent.* On s'étonnera de ce langage peu juridique. L'admiration que suscite à l'étranger la riche pratique du Tribunal fédéral relative à la CEDH ou en matière d'extradition devrait pourtant nous réjouir[265].

Quatrième observation: quelle que soit la façon dont il s'exprime, *l'esprit d'ouverture de la jurisprudence est utile*: il protège contre l'ignorance d'autrui et *conjure le protectionnisme judiciaire*, mal d'autant plus sournois qu'il est parfois inconscient et que nous n'en sommes pas encore immunisés[266].

Il n'en demeure pas moins que la jurisprudence «européenne» *du Tribunal fédéral* – cinquième observation – *manque encore de cohérence*. Quantitativement, il lui manque encore cette «masse critique» qui, pensons-nous, provoquera durablement des changements dans la psychologie des juges suisses et fera qu'un jour, les juristes des 40 Etats du Continent parleront du droit européen avec autant de naturel que les juristes des 26 cantons suisses parlent aujourd'hui du droit fédéral.

---

263 Les implications juridiques de cette thèse sont résumées au § 13 de l'avis de droit précité du 29 avril 1989, JAAC 1989 no 54, p. 459-461 (texte français) et p. 417-419 (texte allemand).

264 Telle est, à notre avis, la lecture qu'il faut faire de l'arrêt *Erben X*, cité en note 258. Sinon, on refuse – ce que fait M. SEILER (note 40), 1992, p. 379, ad note 22 et 380, ad note 26 – la mise en oeuvre conséquente du principe de la primauté. La justification tirée de ce que le texte constitutionnel serait «*völlig klar*» (p. 379) traduit certes un bel aplomb, qui ne compense toutefois qu'imparfaitement la faiblesse d'un raisonnement contraire à la genèse historique de l'art. 113 al. 3 Cst., ce qu'a souligné avec raison KÄLIN (note 39), 1993, p. 75, note 16.

265 Voir en particulier les arrêts ATF 108 Ib 408, *Bufano*, du 3 novembre 1982 et ATF 111 IV 12, *X*, du 16 janvier 1985, que la Commission EDH a cités à l'appui de sa propre interprétation des effets de l'art. 3 CEDH dans le contexte de l'extradition, aff. *Sœring*, avis du 19 janvier 1989, § 97, publié en annexe de Cour EDH, arrêt *Sœring c. Royaume-Uni* du 7 juillet 1989, Série A no 161, p. 53ss, p. 55-56, § 97.

266 Sur cette question, voir notre article, *Le protectionnisme judiciaire: fatalité juridique ou défi politique pour le libre-échange en Europe?*, EFTA-Bulletin 4/85, p. 8-13 (également en allemand et en anglais); et la réponse d'ULF BERNITZ, *Autres considérations sur le «protectionnisme judiciaire». Un point de vue scandinave*, EFTA-Bulletin 4/85, p. 12-13 (également en allemand et anglais).

Cette «masse critique», c'est l'arrivée du *droit communautaire* qui nous l'apportera. L'entrée en vigueur de l'Accord EEE aurait dû signifier ce jour pour la Suisse. Ce sera peut-être quand même l'Accord EEE. Et si ce n'est pas le cas, ce jour sera celui de l'adhésion de notre pays à la Communauté. *Dans l'un et l'autre cas, le juge suisse sera investi de nouvelles fonctions et responsabilités par l'effet du droit communautaire.*

C'est de ces fonctions et responsabilités qu'il est urgent de parler maintenant.

CHAPITRE 4

L'avenir: fonctions et responsabilités générales du juge suisse dans la mise en oeuvre du droit communautaire

A. Les futures fonctions européennes du juge suisse

31. Le juge suisse bientôt promu «juge communautaire»

> *«L'efficacité du droit communautaire, et en particulier du droit de l'EEE, dépend dans une large mesure de l'action des juridictions nationales.»*
>
> JEAN-FRANÇOIS EGLI[1]
>
> *«Under the Community system of decentralized control every national judge is considered to be a Community judge and is empowered to question the validity of national laws.»*
>
> DEIRDRE CURTIN[2]

Que le juge suisse soit en passe d'accéder à la dignité de «juge communautaire» (nos amis français aiment à dire: de «juge communautaire *de droit commun*»[3]), voilà qui n'étonnera pas outre mesure, du moins s'agissant du Tribunal fédéral et du Tribunal fédéral des assurances.

Mais qu'en plus de notre Cour suprême, soient sur le point d'accéder à cette dignité tous les tribunaux cantonaux et autorités judiciaires statuant en dernière instance cantonale (art. 98a OJ)[4], toutes les commissions fédérales de recours et d'arbitrage constituées selon les nouvelles dispositions de l'OJ (art. 71a – 71c OJ[5]), tous les juges de districts, les juges de

---

1 JEAN-FRANÇOIS EGLI, *Le Tribunal fédéral face à l'Espace économique européen*, in: «Accord EEE (Commentaires et réflexions)», Zurich (Schulthess), 1992, p. 617-623.

2 DEIRDRE CURTIN, *The decentralised enforcement of Community law rights. Judicial snakes and ladders*, Mélanges O'Higgins, Dublin (Butterworth), 1992, p. 33-49, p. 33.

3 L'expression est désormais consacrée par un arrêt du Tribunal de première instance: TPI, arrêt *Tetra Pak c. Commission* du 10 juillet 1990, aff. T-51/89, Rec. 1990, p. II-309ss, p. II-364, § 42.

4 RS 172.021.

5 RO 1992, 288ss, 304-305 (non encore en vigueur). Voir l'ordonnance du Conseil fédéral, du 3 février 1993 (RS 173.31/RO 1993, 879) concernant l'organisation et la procédure des commissions fédérales de recours et d'arbitrage (notamment art. 2-28).

paix – voire même, à certaines conditions, les tribunaux arbitraux – voilà qui est assurément sinon révolutionnaire, du moins digne d'attention, car bientôt réalité.

Cette promotion du juge national à la qualité de juge communautaire découle en droite ligne de cette vision de l'Europe dégagée par la Cour de justice des Communautés européennes dans son arrêt *van Gend & Loos* du 6 février 1963[6]: une Communauté qui, au-delà des gouvernements, «vise les peuples», et octroie au droit communautaire une autorité «*susceptible d'être invoquée par les ressortissants devant ces juridictions [la Cour de justice et les juridictions nationales]*». Comme le relève M. CAPPELLETTI, cet arrêt a eu, dans l'optique de l'exercice de la fonction juridictionnelle au niveau national, des «conséquences immenses»[7]. Mobilisant d'un seul coup des milliers de juges nationaux dans la tâche de faire passer le droit européen dans la réalité juridique des Etats membres, cet arrêt a reconnu au juge national la responsabilité de veiller, en coopération et sous l'autorité de la Cour de justice, au «*respect du droit*» (voir l'art. 164 CEE) *dans les Etats membres*. La Cour le souligne:

> «Il y a lieu de rappeler également que, ainsi qu'il découle d'une jurisprudence constante, *il incombe aux juridictions nationales chargées d'appliquer, dans le cadre de leurs compétences, les dispositions du droit communautaire, d'assurer le plein effet de ces normes et de protéger les droits qu'elles confèrent aux particuliers.*»[8]

Pour le juge suisse, et en particulier le juge cantonal, si habitué à pratiquer le *dédoublement fonctionnel* qu'il ne se rend même plus compte de cette situation[9], l'amorce de ce développement a peut-être déjà eu lieu le 28 avril 1992, quatre jours avant la signature de l'Accord EEE: à cette date, la I^re^ Cour civile du Tribunal fédéral a, comme on l'a vu, rappelé à l'ordre un tribunal arbitral qui avait rendu une sentence arbitrale en Suisse sans vérifier si le contrat qui était soumis à son appréciation respectait l'art. 85 CEE (interdiction des ententes cartellaires). Quelle conséquence en dé-

---

6 CJCE, arrêt *van Gend & Loos* du 5 février 1963, aff. 26/62, Rec. 1963, p. 1; voir l'extrait cité plus haut.

7 MAURO CAPPELLETTI, *Balance of powers, human rights and legal integration: new challenges for European judges*, in: «Comparative and private international law: essays in honor of John Henry Merryman on his seventieth birthday», Berlin (Duncker und Humblot), 1990, p. 341-352, p. 348: «*van Gend & Loos* (1963) had sweeping consequence: it means that all of the many thousands of member States judges are at the same time also enforcers of Community law, they are, in some way, Community judges».

8 CJCE, arrêt *Francovich* du 19 novembre 1991, aff. jtes C-6 et 9/90, Rec. 1991, p. I-5357ss, p. I-5414, § 32; voir également CJCE, arrêt *Simmenthal* du 9 mars 1978, aff. 106/77, Rec. 1978, p. 629ss, p. 643, § 16; et CJCE, arrêt *Factortame* du 19 juin 1990, aff. C-213/89, Rec. 1990, p. I-2433ss, p. I-2473, § 19.

9 Sur cette situation de dédoublement fonctionnel du juge suisse dans la perspective internationale (appelé, selon le cas, à appliquer le droit cantonal, le droit fédéral et le droit international), voir RDS 1985 I, p. 411-413.

duire, sinon qu'aujourd'hui déjà, le juge suisse est déjà occasionnellement le gardien de ce que le Tribunal fédéral appelle lui-même à juste titre «l'ordre public de la Communauté»[10].

32. Fonctions judiciaires liées à un droit uniforme, multiforme, d'application quotidienne et décentralisée

L'étendue et la nature des fonctions qui sont reconnues au juge national au sein de l'ordre juridique communautaire dépendent très directement des caractéristiques du droit communautaire. Le juge national est d'abord responsable de son application *uniforme*, dont la Cour souligne qu'elle représente «une exigence fondamentale de l'ordre juridique communautaire»[11]. M. LECOURT évoque à juste titre la «vertu unificatrice d'un ordre juridique authentiquement commun»[12], alors que son ancien collègue, M. MERTENS DE WILMARS, voit dans l'application uniforme un principe qui concerne «d'une part, la notion d'égalité des citoyens devant la loi et, d'autre part, sur le plan de la structure économique et sociale, l'unité du marché voulue par les traités»[13]. Les particuliers disposent ainsi des moyens juridiques de participer au grand marché. Ils conjurent le risque d'interprétations jurisprudentielles divergentes. Evitent l'effet déformant d'une application du droit européen envisagée à travers le «prisme du droit national». Et font pièce du même coup à la tentation de détournements de trafic se traduisant immanquablement, au plan du droit, par un jeu de «saute-mouton juridique»[14].

Mais la variété des fonctions européennes que le juge suisse sera appelé à exercer découlera tout autant du *caractère multiforme* du droit communautaire. Multiforme de par la variété des relations juridiques en cause (rapports entre particuliers; entre particuliers et organismes publics). Multiforme, surtout, par la variété des domaines couverts par le droit communautaire, s'étendant du droit commercial au droit de la concurrence, du droit civil au droit administratif, du droit fiscal au droit douanier,

---

10 ATF 118 II 193, 198, *G. S.A. (Belgique) c. W. SpA. (Italie)*, du 28 avril 1992; voir également l'art. 19 LDIP.

11 CJCE, arrêt *Zuckerfabrik Süderdithmarschen* du 21 février 1991, aff. jtes C-143/88 et C-92/89, Rec. 1991, p. I-415ss, p. I-542, § 26.

12 ROBERT LECOURT, *Quel eût été le droit des Communautés sans les arrêts de 1963 et 1964?*, Mélanges Boulouis, Paris (Dalloz), 1991, p. 349-361, p. 361.

13 JOSSE MERTENS DE WILMARS, *Réflexions sur le système d'articulation du droit communautaire et du droit des Etats membres*, Mélanges Boulouis, Paris (Dalloz), 1991, p. 391-408, p. 402.

14 LECOURT (note 12), 1991, p. 352, 354 et 356.

du droit de la sécurité sociale au droit pénal, sans oublier le droit international[15].

Concrètement, la difficulté, pour le juge national, sera d'opérer une synthèse entre les exigences du droit communautaire et les contraintes, à certains égards inhibitrices, que constituent les règles procédurales et d'organisation judiciaire nationales. C'est aux exigences générales du droit communautaire qu'il nous faut d'abord nous arrêter, non sans avoir préalablement opéré un bref détour de droit comparé.

33. Vue cursive de droit comparé sur les principales étapes jurisprudentielles nationales

Quel que soit le cadre constitutionnel et procédural dans lequel le juge national exerce ses fonctions, il doit, un jour ou l'autre, «couper le cordon ombilical» d'un rattachement par trop exclusif au droit national et dégager *lui-même, à partir du droit communautaire*, les moyens d'exercer de manière harmonieuse ses fonctions communautaires.

L'expérience des douze Etats membres actuels de la Communauté est à cet égard très instructive, comme on l'a déjà souligné[16]. On se bornera, ici, à rappeler quelles ont été, dans les Etats membres, la ou les décisions consacrant cette accession du juge national à la «majorité» communautaire. Les dates auxquelles ces étapes jurisprudentielles ont été franchies parlent d'elles-mêmes. L'enseignement essentiel de cette approche de droit comparé tient en une phrase: *tant que les juridictions nationales n'ont pas défini la position du droit communautaire dans l'ordre juridique national en fonction de la nature spécifique de ce droit, le droit communautaire n'est judiciairement pas pleinement intégré dans cet ordre juridique et son effet utile menacé*. En voulant raccrocher à tout prix ce droit à des concepts constitutionnels, les juridictions nationales ne font que reporter les difficultés.

Pour le *Luxembourg*, ce fut l'arrêt *Pagani* du 14 juillet 1954, déclarant que «le traité est une loi d'une essence supérieure ayant une origine plus haute que la volonté d'un organe interne». Aux *Pays-Bas*, la juridiction suprême, le *Hoge Raad*, écarte désormais sans hésitation l'application d'une loi interne même postérieure aux dispositions du droit européen. Le

---

15 Pour un échantillon de cette variété, voir ROBERT LECOURT, *L'Europe des juges*, Bruxelles (Bruylant), 1976, p. 258-260 (avec référence à toute une série d'arrêts topiques). Pour un aperçu représentatif des domaines concrets couverts par l'EEE, voir les quelque 54 rapports publiés dans l'ouvrage collectif: *L'Accord EEE (Commentaires et réflexions)/EWR-Abkommen (Erste Analysen)/EEA Agreement (Comments and reflexions)*, Zurich (Schulthess), 1992, 860 p.

16 Voir ci-dessus, § 22, p. 306-312.

cadre constitutionnel lui facilite la tâche (art. 94 Cst.), l'absence de contrôle de la constitutionnalité des lois (art. 120 Cst.) ne constituant nullement un obstacle, comme d'ailleurs dans les deux autres pays du Benelux. En *Belgique*, l'étape décisive a été, on le sait, l'arrêt *Etat belge c. Fromagerie franco-suisse Le Ski* du 27 mai 1971, décision historique où la Cour de cassation a posé que «lorsque le conflit existe entre une norme de droit interne et une norme de droit international qui a des effets directs dans l'ordre juridique interne, la règle établie par le traité doit prévaloir; que la prééminence de celle-ci résulte de la nature même du droit international conventionnel»[17]. En *Allemagne*, le *Bundesfinanzhof* a, dès le 10 juillet 1968, déclaré que le Traité CEE «a institué un ordre juridique propre, intégré au système juridique des Etats membres (...) et qui s'impose à leurs juridictions»[18], alors que le *Bundesverfassungsgericht*, sanctionnant la résistance du *Bundesfinanzhof*[19], *a accepté la jurisprudence de la Cour de justice sur l'effet des directives et reconnu, dans un arrêt du 8 avril 1987, que la Cour de justice est seule compétente pour déterminer de manière obligatoire l'effet du droit communautaire*[20]. *En France*, la primauté a été reconnue il y a une vingtaine d'années par la Cour de cassation dans son arrêt *Jacques Vabre*, du 24 mai 1975; le Conseil d'Etat a mis fin, pour sa part, à une longue résistance par son arrêt *Nicolo* du 20 octobre 1989[21], alors qu'une nouvelle étape vient d'être franchie en ce qui concerne la primauté du droit communautaire dérivé sur la loi française par l'arrêt *Rothmans et Philip Morris* du 28 février 1992[22]. En *Italie*, la «longue marche» de la jurisprudence n'est pas terminée: il a fallu attendre l'arrêt *Granital* du 8 juin 1984, rendu par la Cour constitutionnelle italienne (confirmé par arrêt de la même Cour du 18 avril 1991), pour intégrer la jurisprudence communautaire sur l'obligation du juge national d'écarter de sa propre autorité la loi nationale

---

17 Cette décision est reproduite dans J.P. MÜLLER/L. WILDHABER, *Praxis des Völkerrechts*, 2e éd., Berne (Stämpfli), 1982, p. 111-112.

18 Cité d'après PIERRE PESCATORE, *Le droit de l'intégration*, Genève, 1972, p. 88.

19 *Bundesfinanzhof*, arrêt du 16 juillet 1979, EuR 1979, p. 442.

20 *Bundesverfassungsgericht*, arrêt du 8 avril 1987, EuR 1987, p. 333; voir également l'arrêt du 9 juin 1971, qui reconnaissait déjà la primauté des traités communautaires sur le droit interne; CHRISTIAN TOMUSCHAT, *Les rapports entre le droit communautaire et le droit interne allemand dans la jurisprudence récente de la Cour constitutionnelle allemande*, CDE 1989, p. 163-178; RUPPERT SCHOLZ, *Wie lange bis zum «Solange III»?*, NJW 1990, p. 941-946.

21 Conseil d'Etat français, Recueil 1989, p. 190 (concl. P. FRYDMAN); JEAN-CLAUDE BONICHOT, *Convergences et divergences entre le Conseil d'Etat et la Cour de justice des Communautés européennes*, RFDA 1989, p. 579-604.

22 DENYS SIMON, *Le Conseil d'Etat, la directive, la loi, le droit: 'ad augusta per angusta'?*, Europe – Revue mensuelle, Strasbourg/Paris (Ed. techniques), 2, 1992, p. 1-4, (Europe), p. 1; *Le Conseil d'Etat et les directives communautaires: du gallicanisme à l'orthodoxie?*, RTDE 1992, p. 265-283.

contraire[23]. En *Irlande*, la Cour suprême, secouée en 1992 par le débat sur l'avortement et ses prolongements à Luxembourg et à Strasbourg[24] ne s'est pas encore affranchie des pesanteurs du cadre constitutionnel, comme l'explique un observateur particulièrement averti, à la fois membre de la Cour suprême d'Irlande et juge à la Cour européenne des droits de l'homme[25]. Au *Royaume-Uni*, la compréhension des implications juridiques de l'intégration européenne et des effets attachés à la nature propre du droit communautaire transparaît déjà dans une affaire antérieure à l'adhésion, de la bouche de Lord DENNING MR dans l'arrêt *Blackburn* du 10 mai 1971, fréquemment confirmé depuis lors.

En *Grèce*, malgré un cadre constitutionnel favorable (art. 93 § 4 Cst.) qui interdit aux tribunaux d'appliquer une loi dont le contenu viole la Constitution, on cherche encore en vain une jurisprudence absolument claire sur la primauté et l'effet direct de la règle commune, dans toutes les situations[26]. En *Espagne*, on citera un arrêt du Tribunal administratif suprême no 2747 qui déclare qu'en Espagne, «le juge ordinaire est (...) en droit d'écarter sans autre la norme interne en conflit avec le droit communautaire, car [le juge] est lié par la jurisprudence de la Cour des Communautés, laquelle a posé le principe '*pro Comunitate*'»[27]. Tous les problèmes ne semblent toutefois pas résolus, ainsi qu'il ressort de deux arrêts, des 14 février et 22 mars 1991, par lesquels le *Tribunal constitucional* a re- noncé, pour des motifs peu convaincants, à saisir la Cour de justice de Luxembourg de renvois préjudiciels[28]. Au *Portugal*, dans un cadre constitutionnel favorable, la jurisprudence est claire aussi, même si l'on note encore, ici aussi, une réticence du *Supremo Tribunal de justiça* à saisir la Cour de justice[29]. Enfin au *Danemark*, où la tradition juridictionnelle n'est pas aux décisions de principe, mais plutôt au pragmatisme,

---

23 Voir GIORGIO GAJA, *New developments in a continuing story: the relationship between EEC law and italian law*, CMLRev 1990, p. 83-95; S. NERI, *Le droit communautaire et la Cour constitutionnelle italienne: la protection des droits fondamentaux*, Rivista di diritto europeo 1989, p. 81-89.

24 Sur cette interaction, voir CHRISTINE LANGENFELD/ANDREAS ZIMMERMANN, *Interdependenzen zwischen nationalem Verfassungsrecht, Europäischer Menschenrechtskonvention und Europäischem Gemeinschaftsrecht (Überlegungen anlässlich der jüngsten Entscheidungen aus Dublin, Strassburg und Luxembourg zum irischen Informationsverbot für Abtreibungen)*, ZaöRV 1992, p. 259-314.

25 BRIAN WALSH, *The judicial power, justice and the Constitution of Ireland*, Mélanges O'Higgins, Dublin (Butterworth), 1992, p. 145-157.

26 Voir CHRISTOPHE BERNASCONI/CLAIRE SPIROU, *Grèce*, in: «Staatsrechtliche Auswirkungen der Mitgliedschaft in den Europäischen Gemeinschaften» (sous la direction de Bertil Cottier), Publications de l'Institut suisse de droit comparé de Lausanne, vol. 18, Zurich (Schulthess), 1991, p. 155-187, spéc. p. 163-173.

27 ALBERTO M. ARONOVITZ, *Espagne*, in: «Staatsrechtliche Auswirkungen» (note 26), Zurich, 1991, p. 189-221, spéc. p. 193.

28 Voir JOCE du 28 septembre 1992, no C 250, p. 1ss (annexe 11).

29 *Ibidem* (note 28).

l'application du droit communautaire ne semble jamais avoir été abordée de front, les tribunaux ne consacrant jusqu'ici la primauté qu'en s'appuyant sur la règle de l'interprétation conforme, ou sur celle de la présomption de conformité du droit national avec le droit communautaire[30].

On ne peut que souhaiter que lorsque notre ordre juridique sera intégré dans l'ordre juridique communautaire, les tribunaux fédéraux et les juridictions inférieures se fonderont d'emblée sur la nature intrinsèque du droit européen pour consacrer la primauté, le cas échéant après le détour d'un renvoi préjudiciel à la Cour de Luxembourg ou d'un avis consultatif auprès de la Cour AELE. On évitera ainsi des détours inutiles, tout en renouant avec une tradition jurisprudentielle ouverte au droit international, tradition qui remonte au siècle dernier[31].

B. Les obligations de droit communautaire pesant sur le juge suisse

Nous retrouvons ici certaines caractéristiques de l'ordre juridique communautaire qui ont déjà été évoquées (§ 8 – 12). Mais nous mettrons cette fois l'accent sur les conséquences qui en découlent pour le *juge national.*

34. Considérer le droit européen comme faisant partie intégrante de l'ordre juridique suisse

Cette première obligation du juge national n'est pas spécifique au droit communautaire. C'est tout le droit européen (et, au-delà, tout le droit international en vigueur pour la Suisse) qui, selon les conceptions reconnues chez nous, fait «partie intégrante *de l'ordre juridique suisse*». On préférera cette dernière formule à celle, que l'on trouve parfois dans la jurisprudence du Tribunal fédéral, selon laquelle le droit international fait partie «du droit fédéral». Avec cette dernière expression, on donne un peu l'impression que l'on «nationalise» le droit international. Or le droit international fait, *comme tel*, partie de l'ordre juridique suisse[32]. La

---

30 BERTIL COTTIER, *Danemark*, in: «Staatsrechtliche Auswirkungen» (note 26), Zurich, 1991, p. 57-76, p. 63.

31 Sur cette jurisprudence ancienne, voir WALTER KÄLIN, *Der Geltungsgrund des Grundsatzes «Völkerrecht bricht Landesrecht»*, ZbJV/RSJB 1988, vol. 124bis, p. 45-65, p. 57ss; voir aussi notre étude citée *infra* (note 70), ASDI/SJIR 1989 (volume anniversaire), p. 129-151, spéc. p. 141-144.

jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes s'inspire du même principe. L'arrêt de base est l'arrêt *Haegeman* du 30 avril 1974, dans lequel la Cour a dit que les dispositions des accords conclus par la Communauté (en l'espèce l'accord d'association avec la Grèce) «forment partie intégrante de l'ordre juridique communautaire à partir de l'entrée en vigueur de l'accord»[33], étant entendu que les actes adoptés par les organes institués par de tels accords font eux aussi «partie intégrante de l'ordre juridique communautaire»[34].

Le statut interne de la Convention européenne des droits de l'homme progresse régulièrement dans l'ordre juridique des Etats parties à la Convention. La plupart des Etats d'Europe occidentale ont incorporé la Convention dans leur ordre juridique interne[35]. Le Danemark a franchi cette étape en 1992, alors que la question se trouvait à l'examen en Norvège et en Islande au printemps 1993[36]. Par ailleurs, tous les Etats du Centre et de l'Est européen ont adopté ou sont sur le point d'adopter des dispositions constitutionnelles qui consacrent le principe de l'incorporation[37]. Pour un ordre juridique moniste comme l'ordre juridique suisse, le respect du principe de la légalité équivaut au principe du *respect du droit*, y compris le droit national étranger pertinent[38]. Ce principe inclut notamment le respect des règles générales du droit international public, directement applicables en Suisse[39]. Voire même, aujourd'hui déjà, le droit communautaire lui-même, lorsque ces règles revêtent un caractère d'ordre public[40].

---

32 Sur cette question, voir JAAC 1989 no 54, § 8, p. 446-447 (texte allemand: p. 403-404).

33 CJCE, arrêt *Haegeman* du 30 avril 1974, aff. 181/73, Rec. 1974, p. 449ss, p. 459, § 5.

34 CJCE, *avis 1/91* du 14 décembre 1991, Rec. 1991, p. I-6079ss, p. I-6105, § 37.

35 JÖRG POLAKIEWICZ, *La mise en oeuvre de la CEDH en Europe de l'Ouest: aperçu du droit et de la pratique nationaux*, RUDH 1992, p. 359-376. Il ressort de cette étude que la CEDH a un effet direct en Autriche, en Belgique, au Luxembourg, à Chypre, en Finlande, en France, en Allemagne, en Grèce, en Italie, au Liechtenstein, à Malte, aux Pays-Bas, au Portugal, à Saint-Marin, en Espagne, en Suisse et en Turquie (soit 17 pays, auxquels il faut, depuis fin 1992, ajouter le Danemark). La CEDH n'a en revanche pas encore d'effet direct en Irlande, au Royaume-Uni et dans les autres pays nordiques (Islande, Norvège, Suède).

36 ROLV RYSSDAL, *Allocution* prononcée le 27 janvier 1993 à Strasbourg, lors de l'ouverture solennelle de la session de la Cour européenne des droits de l'homme.

37 DONNA GOMIEN, *La mise en oeuvre du droit international relatif aux droits de l'homme en Europe centrale et orientale*, RUDH 1992, p. 377-386; (les données contenues dans cette étude sont déjà en partie dépassées). Indications complémentaires données par PETER LEUPRECHT, Directeur des droits de l'homme au Conseil de l'Europe, depuis le 14 mai 1993 Secrétaire général adjoint de l'organisation.

38 Voir les art. 19 et 190 LDIP; ALEXANDRA GERBER, *Der Einfluss des ausländischen Rechts in der Rechtsprechung des Bundesgerichts*, in: «Perméabilité des ordres juridiques/ Osmose zwischen Rechtsordnungen/The responsiveness of legal systems to foreign influences», Publications de l'Institut suisse de droit comparé, vol. 20, Zurich (Schulthess), 1992, p. 141-163.

39 ATF 117 Ib 337, 340, *P. c. Office fédéral de la police*, du 14 octobre 1991.

40 ATF 118 II 193, 198, *G. SA (Belgique) c. W. SpA (Italie)*, du 28 avril 1992 (voir *supra*, ad note 10).

35. Assurer l'application uniforme du droit communautaire

> *«Dans leur ensemble, les juges nationaux ont assumé, avec un évident souci de se conformer à l'esprit du traité, la fonction capitale qui leur était confiée de préserver l'unité de la règle commune.»*
>
> ROBERT LECOURT[41]

La Cour de justice le souligne régulièrement: c'est une «*exigence fondamentale de l'ordre juridique communautaire*»[42] que «*les règles du droit communautaire doivent déployer la plénitude de leurs effets d'une manière uniforme dans tous les Etats membres, à partir de leur entrée en vigueur et pendant toute la durée de leur validité*»[43].

Dans l'EEE, l'art. 6 de l'Accord, et les autres moyens mis en place, devraient favoriser sinon une application uniforme de l'Accord EEE au sein de la Communauté et des Etats de l'AELE, du moins une interprétation «*homogène*» qui s'en rapprochera en pratique[44].

Pour l'application uniforme du droit communautaire, la procédure d'avis préjudiciel de l'art. 177 CEE joue un rôle capital, qui sera évoqué plus loin[45].

---

41 ROBERT LECOURT, *Le rôle unificateur du juge dans la Communauté*, Mélanges Teitgen, Paris (Pedone), 1984, p. 223-237, p. 237.

42 CJCE, arrêt *Zuckerfabrik Süderdithmarschen* du 21 février 1991, aff. jtes C-143/88 et C-92/89, Rec. 1991, p. I-415, p. I-542, § 26.

43 CJCE, arrêt *Simmenthal* du 9 mars 1978, aff. 106/77, Rec. 1978, p. 629ss, p. 643, § 14; voir également CJCE, arrêt *Factortame* du 19 juin 1990, aff. C-213/89, Rec. 1990, p. I-2433ss, p. I-2473, § 18.

44 Dans son *avis 1/91* du 14 décembre 1991, Rec. 1991, p. I-6079, la Cour de justice a toutefois estimé que l'art. 6 EEE, «en tant que tel, n'est pas en mesure d'assurer l'objectif de l'homogénéité du droit dans l'ensemble de l'espace EE, ni pour le passé ni pour le futur», CJCE, Rec. 1991, p. I-6079ss, p. I-6104, § 28. Il nous paraît que le trait soit ici quelque peu forcé par la Cour de justice et que, du moins dans la version finale de l'Accord du 2 mai 1992, les principes généraux contenus dans l'Accord EEE et dans d'autres dispositions intra-AELE sont de nature à permettre une très grande convergence et une jurisprudence sinon uniforme, du moins homogène. Voir nos observations sur les art. 1er à 7 de l'Accord EEE dans l'ouvrage collectif: «Accord EEE (Commentaires et réflexions)», Zurich, 1992, p. 49-75.

45 Voir § 41, p. 405-413.

36. Assurer l'effet utile du droit européen

> «*Le rôle du juge dans un tel processus* [de réalisation d'une zone de libre-échange comprenant la Communauté européenne et les Etats membres de l'AELE] *ne peut être que de garantir l'efficacité des règles juridiques.*»
>
> GIL CARLOS RODRIGUEZ-IGLESIAS[46]

Permettre «l'effet utile» du droit communautaire constitue un véritable fil conducteur (*roter Faden*) dans la jurisprudence de la Cour de justice.

La nature du droit communautaire exige en effet qu'il s'applique dans les Etats membres avec un degré d'efficacité identique. M. PESCATORE relève dans ce contexte qu'à cet effet, «un effort constructif est demandé du juge national pour que, au milieu des complications d'une situation juridique nationale, les prérogatives du droit communautaire soient reconnues et ses objectifs pleinement réalisés»[47]. Une jurisprudence ancienne exprime déjà cet ordre de préoccupations[48].

En définitive, d'où vient l'efficacité acquise par le droit communautaire? Cette efficacité découle notamment des effets conjugués d'une variété de relais procéduraux – communautaires et nationaux – qui contribuent, de manière complémentaire, à la mise en oeuvre de ce droit: effet direct et primauté de la règle commune; procédures en manquement (surtout art. 169 CEE); contentieux de la légalité (art. 173 et 184 CEE); contrôle préjudiciel en interprétation et en contrôle de validité (art. 177 CEE); reconnaissance de l'effet direct comme sanction de la violation du droit communautaire par un Etat membre; rôle actif des avocats; *last but not least*, rôle des juges nationaux, qui occupent à cet égard une position centrale.

Les conséquences concrètes qui découlent pour le juge national de l'obligation d'assurer l'efficacité du droit communautaire ont été soulignées en termes particulièrement frappants par la Cour de justice elle-

---

46 GIL CARLOS RODRIGUEZ-IGLESIAS, *Le juge communautaire face au libre-échange européen*, in: «L'avenir du libre-échange en Europe», Zurich, 1990, p. 227-232, p. 227, no 584.

47 PIERRE PESCATORE, *L'application du droit communautaire dans les Etats membres*, in: «Cour de justice des Communautés européennes, Rencontre judiciaire et universitaire, 27-28 septembre 1976», Luxembourg, Office des publications officielles des CE, p. VI-1 à VI-42 (également en danois, en allemand, en anglais, en italien et en néerlandais), p. VI-15 à VI-16.

48 CJCE, arrêt *Fink-Frucht* du 4 avril 1968, aff. 27/67, Rec. 1968, p. 327; CJCE, arrêt *Lück* du 4 avril 1968, aff. 34/67, Rec. 1968, p. 359; CJCE, arrêt *Salgoil* du 19 décembre 1968, aff. 13/68, Rec. 1968, p. 661.

même dans son arrêt *Simmenthal* du 9 mars 1978, sorte de *charte constitutionnelle communautaire du statut du juge national*:

> «serait, dès lors, incompatible avec les exigences inhérentes à la nature même du droit communautaire toute disposition d'un ordre juridique national ou toute pratique, législative, administrative ou *judiciaire, qui aurait pour effet de diminuer l'efficacité du droit communautaire par le fait de refuser au juge compétent pour appliquer son droit, le pouvoir de faire, au moment même de cette application, tout ce qui est nécessaire pour écarter les dispositions législatives nationales formant éventuellement obstacle à la pleine efficacité des normes communautaires*».

Quelle serait la situation si, dans l'hypothèse d'une contrariété entre une disposition du droit communautaire et une loi nationale postérieure, la solution de ce conflit était réservée à une autorité (investie d'un pouvoir d'appréciation propre) autre que le juge appelé à assurer l'application du droit communautaire? La réponse de la Cour de justice est sans appel:

> *(...) le juge national chargé d'appliquer, dans le cadre de sa compétence, les dispositions du droit communautaire, a l'obligation d'assurer le plein effet de ces normes en laissant au besoin inappliquée, de sa propre autorité, toute disposition contraire de la législation nationale, même postérieure, sans qu'il ait à demander ou à attendre l'élimination préalable de celle-ci par voie législative ou par tout autre procédé constitutionnel*»[49].

S'agissant de la pratique suisse, on observera que le Conseil fédéral lui-même souligne que l'exécution conséquente des traités qui lient la Suisse «implique la mise en oeuvre, sur le plan interne, des mesures propres à donner à ces engagements un *effet optimal*»[50].

S'agissant de la pratique du Tribunal fédéral relative à la CEDH, il n'est pas certain que soit très heureuse la formule, fort générale, selon laquelle «l'entrée en vigueur de la Convention n'a pas modifié le rôle de l'art. 4 Cst.»[51]. Sans doute le contenu de la règle générale de l'art. 4 Cst. n'est-il pas «figé». Mais n'en va-t-il pas de même de l'art. 6 CEDH lui-même? On ne saurait donc, nous semble-t-il, laisser entendre que le contenu de l'art. 6 CEDH s'intègre nécessairement dans celui de l'art. 4 Cst. La constatation ne vaut que sous réserve de développements que pourrait

---

49 CJCE, arrêt *Simmenthal* du 9 mars 1978, aff. 106/77, Rec. 1978, p. 629ss, p. 644-645, § 22-24; voir également, dans un langage voisin, CJCE, arrêt *Factortame* du 19 juin 1990, aff. C-213/89, Rec. 1990, p. I-2433ss, p. I-2473-2474, § 20-21; CJCE, arrêt *Emmot* du 25 juillet 1991, aff. C-208/90, Rec. 1991, p. I-4269ss, p. I-4298, § 18; arrêt *Johnston* du 15 mai 1986, aff. 222/84, Rec. 1986, p. 1651ss, p. 1690, § 53, où la Cour indique la façon d'interpréter une directive «afin de donner à celle-ci sa pleine efficacité»; voir encore la jurisprudence plus ancienne, CJCE, arrêt *Eunomia* du 26 octobre 1971, aff. 18/71, Rec. 1971, p. 811.

50 FF 1984 I 792ss, p. 798-799.

51 ATF 114 Ia 179, 181, *V. c. Vaud*, du 27 mai 1988.

consacrer la jurisprudence de Strasbourg sur l'art. 6 CEDH lui-même. En matière de droits de l'homme, il n'y a pas subordination *a priori* d'une règle à l'autre, mais bien davantage concurrence dynamique de ces règles (internationales ou internes) en fonction de l'esprit et du système de l'art. 60 CEDH (*Günstigkeitsprinzip*)[52].

37. Garantir l'effet direct du droit communautaire

> «[Pour les Etats membres], *la crainte des recours individuels est, en somme, le commencement de la sagesse communautaire.*»
>
> ROBERT LECOURT[53]

Désignée tour à tour comme «clé de l'intégration juridique» par M. LECOURT[54], comme «clé de voûte de tout l'édifice relatif à l'efficacité du droit communautaire» par M. PESCATORE[55], la doctrine de l'effet direct est issue d'une vision de la Communauté formée non seulement d'Etats, mais également de *peuples* et de *personnes*. C'est l'arrêt *van Gend & Loos* du 6 février 1963 qui a érigé en vertu communautaire «*la vigilance des particuliers intéressés à la sauvegarde de leurs droits*», et souligné l'importance de ce «contrôle efficace qui s'ajoute à celui que les articles 169 et 170 confient à la diligence de la Commission et des Etats membres»[56]. C'est ni plus ni moins pour une «certaine vision de l'Europe» (PESCATORE) que la Cour a opté, en mobilisant ainsi ses forces vives. Décision historique la plus importante de la Cour de justice[57], l'arrêt *van Gend & Loos* fait de l'applicabilité directe, au sein de l'ordre juridique communautaire, un «état normal du droit» traduisant un monisme de base: «toute règle juridique appartenant au système de droit communautaire est faite pour être pratiquement opérante, au niveau non seulement des rapports entre Etats, mais encore des rapports entre l'Etat et les individus»[58].

---

52 Sur ce principe, voir notamment JAN DE MEYER, *Brèves réflexions à propos de l'article 60 de la Convention européenne des droits de l'homme*, Mélanges Wiarda, Cologne (Heymanns), 1988, p. 125-129.

53 LECOURT (note 12), 1991, p. 349-361, p. 352.

54 LECOURT (note 15), 1976, p. 260.

55 PESCATORE (note 47), 1976, p. VI-16.

56 Arrêt précité, p. 638; voir en particulier PIERRE MERCIER, *Vigilance des particuliers et respect du droit: l'exemple communautaire*, in: «Hommage à un Européen, offert à Henri Rieben à l'occasion de son 70e anniversaire», Lausanne (Fondation Jean Monnet pour l'Europe), 1991, p. 355-373, p. 357.

57 PESCATORE, *Aspects judiciaires de l'«acquis communautaire»*, RTDE 1981, p. 617-651.

58 PESCATORE (note 57), RTDE 1981, p. 637.

En une formule souvent citée, M. LECOURT a décrit comme suit la signification de l'effet direct:

> «Effet direct: qu'est-ce à dire? C'est le droit pour toute personne de demander à son juge de lui appliquer traités, règlements, directives ou décisions communautaires. *C'est l'obligation pour le juge de faire usage de ces textes quelle que soit la législation du pays dont il relève. C'est respecter ce droit et cette obligation non seulement dans les rapports des particuliers entre eux, mais aussi dans les relations entre les particuliers et l'Etat membre dont il relève.*»[59]

Ce principe jurisprudentiel devrait déjà valoir, en Suisse, pour la plupart des dispositions de l'Accord de libre-échange de 1972 (notamment pour ses art. 13 et 20 ALE[60]).

Dans les rapports intracommunautaires – *mais cela vaut également pour le régime du libre-échange européen, comme d'ailleurs pour le régime du marché intérieur suisse* – ce sont davantage les opérateurs économiques que les pouvoirs publics qui, par les rapports qu'ils tissent au-dessus des frontières – nationales, cantonales – jouent la cause du marché intérieur et du libre-échange.

La Cour de justice a vu dans le *principe de coopération* de l'art. 5 CEE (qui a son équivalent à l'art. 22 ALE et à l'art. 3 EEE) la source de l'obligation pour le juge d'assurer l'effet direct[61]. L'arrêt *Comet* du 16 décembre 1976 est particulièrement explicite: la Cour relève que «*par application du principe de coopération énoncé à l'article 5 du traité, c'est aux juridictions nationales qu'est confié le soin d'assurer la protection juridique découlant, pour les justiciables, de l'effet direct des dispositions du droit communautaire*»[62].

C'est le mérite du juge PESCATORE d'avoir montré qu'en dépit du rôle positif joué par l'effet direct dans la construction de l'ordre juridique communautaire, il n'en constitue pas moins, avec le recul, une sorte de «maladie d'enfance» par laquelle il a fallu passer «pour aboutir à cette évidence qu'il s'agit d'un état normal du droit»[63]. De son côté, M. MERCIER a récemment attiré l'attention sur l'apport potentiel de cette doctrine de l'effet direct pour les rapports juridiques qui se tissent au sein de l'ordre juridique suisse. Il relève en particulier qu'une conception large de l'effet

---

59 LECOURT (note 15), 1976, p. 248.

60 Sur cette question, voir plus loin, §§ 27 et 58.

61 CJCE, arrêt *Factortame* du 19 juin 1990, aff. C-213/89, Rec. 1990, p. I-2433ss, p. I-2473, § 19.

62 CJCE, arrêt *Comet* du 16 décembre 1976, aff. 45/76, Rec. 1976, p. 2043ss, p. 2052, § 10-13 et p. 2053, § 15 (voir également le dispositif, p. 2054).

63 PESCATORE (note 57), RTDE 1981, p. 637.

direct des règles de droit va, «par les moyens qu'elle offre aux particuliers, *dans le sens d'une société véritablement démocratique*»[64].

Le problème de l'effet direct du droit européen n'est-il pas un faux problème? Me RUSSOTTO – auteur d'une thèse sur un thème voisin[65] – observait en 1988 que sur le plan communautaire, le débat est «doctrinalement clos»[66]. Il n'en demeure pas moins, observait Me MACH, que la possibilité pour l'individu d'invoquer le bénéfice des droits conférés par le droit européen revêt une importance pratique certaine puisqu'elle est «tout à la fois occasion et condition de l'intervention de l'avocat»[67].

Pourquoi, dès lors, la question de l'applicabilité directe serait une question stérile? M. PESCATORE a développé à ce propos une théorie devenue célèbre. Pour lui, la question de l'applicabilité directe a joué le rôle, dans la Communauté, d'une «maladie d'enfance»[68]. L'applicabilité directe – surtout dans un système juridique moniste – jouerait en fait un rôle d'écran. En effet, dit-il, «lorsqu'un juge pose la question de l'applicabilité directe, c'est qu'il a une idée derrière la tête, généralement celle qu'il n'est pas prêt à appliquer l'accord et qu'il cherche des motifs de ne pas le faire»[69]. L'analyse de la jurisprudence du Tribunal fédéral semble en tout cas lui donner raison: l'arrêt *Courtet*, rendu par le Tribunal fédéral le 23 octobre 1985, en est l'expression la plus inquiétante[70]. La jurisprudence la plus originale du Tribunal fédéral réside à cet égard dans les arrêts

---

64 MERCIER (note 56), 1991, p. 365.

65 JEAN RUSSOTTO, *L'application des traités self-executing en droit américain*, thèse, Lausanne, 1969.

66 JEAN RUSSOTTO, *L'avenir du libre-échange européen: le rôle de l'avocat communautaire*, in: «L'avenir du libre-échange en Europe», Zurich (Schulthess) 1990, p. 201-206, p. 202, no 507.

67 OLIVIER MACH, *L'avenir du libre-échange européen: le rôle de l'avocat suisse*, in: «L'avenir du libre-échange en Europe», Zurich (Schulthess), 1990, p. 207-226, p. 210, no 539; dans un sens voisin, ROBERT KOVAR, *L'invocabilité du droit communautaire devant les juridictions nationales* (*«Le juge national, juge communautaire de droit commun»*), in: «L'avocat et l'Europe des 12 et des 21», Strasbourg (Centre de formation des avocats d'Alsace, éd.), 1988, p. 187-196: «L'invocabilité signifie tout à la fois la possibilité pour les justiciables de se prévaloir du droit communautaire devant les juridictions nationales et le devoir pour celles-ci d'en reconnaître l'existence» (p. 189).

68 PIERRE PESCATORE, *The doctrine of «direct effect": an infant disease of Community law*, ELR 1983, p. 154-177.

69 PIERRE PESCATORE, *Intervention orale* au Colloque de Neuchâtel, le 14 octobre 1988, in: «L'avenir du libre-échange en Europe», Zurich, 1990, p. 342, no 885.

70 ATF 111 V 201, *Courtet*, du 23 octobre 1985; voir les critiques d'ALEXANDRE BERENSTEIN, *Le droit international de la sécurité sociale dans la jurisprudence du Tribunal fédéral des assurances*, in: «Le droit des assurances sociales en mutation», Berne (Stämpfli), 1992, p. 3-18, spéc. p. 13-16. Pour une analyse critique de la jurisprudence du Tribunal fédéral sous cet angle, voir notre article *L'applicabilité directe des traités internationaux en Suisse: histoire d'un détour inutile*, ASDI 1989 (volume anniversaire), p. 129-151, spéc. p. 136-141.

qui expriment tacitement la *présomption d'applicabilité directe* de la règle internationale ou européenne en vigueur pour la Suisse[71].

Notre thèse sera la suivante. Manifestement, nos partenaires européens attendent des messages positifs de notre part en matière d'application directe. Pour sa part, la Cour de justice, dans son arrêt *Kupferberg* du 26 octobre 1982[72], n'a pas fait de l'absence de réciprocité de la part de ses partenaires européens un obstacle à une reconnaissance de l'effet direct des accords en question[73]. Or puisque, selon la Cour de justice, «ni la nature, ni l'économie» des accords de libre-échange liant la Communauté à ses partenaires de l'AELE ne pourraient faire obstacle à ce qu'un opérateur économique invoque une des stipulations des accords devant une juridiction de la Communauté[74], *il est indispensable que désormais, les juridictions suisses montrent l'exemple*[75].

A vrai dire, toutes les conditions sont réunies. La pratique administrative récente est très libérale[76]. La jurisprudence du Tribunal fédéral est libérale elle aussi, du moins dans sa tendance générale – la plus intéressante conceptuellement – selon laquelle l'applicabilité directe des traités internationaux à interpréter n'est précisément pas érigée en question préalable[77]. Certains arrêts où le Tribunal fédéral examine spécifiquement la question sont aussi très ouverts[78]. Enfin, le Conseil fédéral lui-même s'est dit persuadé que l'application directe de certaines dispositions de

---

71 *Ibidem*, p. 144-146, avec des références à divers arrêts du Tribunal fédéral.

72 CJCE, arrêt *Kupferberg* du 26 octobre 1982, aff. 104/81, Rec. 1982, p. 3641ss, p. 3663-3664, § 16-18; voir à ce propos les observations du juge RODRIGUEZ-IGLESIAS (note 46), 1990, p. 228-229, nos 588-595, notamment nos 593-594.

73 Sur cette question, voir GIORGIO GAJA, *Effet direct et réciprocité dans la jurisprudence concernant l'Accord entre la Communauté européenne et la Suisse*, ASDI 1984, p. 9-29.

74 Arrêt *Kupferberg* (note 72), p. 3665-3666, § 26-27 et p. 3670, point 1 du dispositif; RODRIGUEZ-IGLESIAS, (note 46), 1990, p. 229, no 595.

75 Dans ce sens PESCATORE, *Intervention orale*, in: «L'avenir du libre-échange en Europe», Zurich (Schulthess), 1990, p. 479, no 1166.

76 Voir notamment la communication de la Direction du droit international public du DFAE du 4 avril 1991 à l'Office fédéral de l'environnement des forêts et du paysage, à propos de l'effet direct de certaines dispositions de la Convention relative à l'évaluation de l'impact sur l'environnement dans un contexte transfrontalier, du 25 février 1991 (question du droit d'être entendu, du droit d'être informé et du droit de participation des particuliers intéressés), publiée par LUCIUS CAFLISCH, RSDIE 1992, p. 551ss, p. 566-568.

77 ATF 106 Ib 400, 403, *Bozano*, du 13 juin 1980; ATF 111 II 62 *X c. Y* du 22 mai 1985; ATF 109 Ib 185, *Reneja*, du 9 décembre 1983; ATF 110 V 72, 76, *Lehmann*, du 9 avril 1984; ATF 112 V 145, *Mondragon*, du 24 septembre 1986; ATF 111 Ib 323, *Société X*, du 10 décembre 1985; ATF 114 Ib 168, *Medigros*, du 11 novembre 1988.

78 ATF 98 Ib 385, *Banque de crédit international*; voir également ATF 108 Ib 261, consid. 4a sous b, d), *Radio 24*, du 12 juillet 1982; reproduit par LUCIUS CAFLISCH dans ASDI 1983, p. 177ss, p. 190-191 (reconnaissance de l'effet direct du ch. 423 du Règlement international des radios communications, auquel le RO se borne à faire référence). Cette pratique de publication n'a pas été jugée critiquable par la Cour européenne des droits de l'homme: voir Cour EDH, arrêt du 28 mars 1990, *Groppera Radio AG c. Suisse*, Série A no 173, p. 25-26, § 67-68.

l'Accord de libre-échange CEE de 1972 «est de nature à renforcer la perception qu'a le citoyen de la signification concrète du libre-échange et peut contribuer à la réalisation de l'effet utile de l'Accord. *La vigilance que les particuliers intéressés sont portés à attacher à la défense de leurs droits représente un moyen supplémentaire efficace de promouvoir le libre-échange inscrit dans l'accord*»[79].

En conclusion, les juridictions suisses seraient – peut-être après une affirmation de principe inspirée de la jurisprudence communautaire – avisées de ne pas «problématiser» davantage la question de l'effet direct (comme elles l'ont fait dans ATF 104 IV 175; ATF 105 II 49; ATF 112 Ib 283), mais d'entrer d'emblée en matière sur le contenu des dispositions invoquées, en présumant leur application directe (comme elles l'ont fait dans ATF 111 Ib 323; ATF 114 Ib 168).

Nous serions tentés de compléter le conseil par une suggestion.

Dans une récente étude, M. OLIVER relève que si le principe de l'effet direct a été reconnu par la Cour de justice des Communautés européennes *dès 1963* (arrêt *van Gend & Loos*), il a fallu attendre *1976* pour qu'elle se détermine sur l'*incidence de ce principe sur le droit procédural national*[80]. Or, en envisageant d'emblée cette problématique dans ses prolongements procéduraux en droit national, nous aurions la chance, en développant à titre autonome des concepts correspondants, de rattraper d'un seul coup le retard pris par les occasions manquées depuis 1972, avant tout par l'arrêt «*Omo*» de 1979[81] et par l'arrêt «*PVC*» de 1992[82]. Voilà une ouverture possible vers ce que nous qualifierons plus loin de champ d'action potentiel d'une *revitalisation jurisprudentielle européenne* (§ 57-60).

Résumons: la question de l'effet direct, c'est beaucoup plus que le seul droit du particulier d'invoquer devant son juge la règle de droit européen qui s'y prête. C'est, surtout, rappeler que la règle de droit européen – comme toute règle de droit[83] – est une règle «multidirectionnelle», apte à

---

79 FF 1988 III 332; langage repris en substance par le conseiller fédéral RENÉ FELBER dans son allocution au Colloque de Neuchâtel le 14 octobre 1988, in: *L'avenir du libre-échange en Europe*, Zurich, 1990, p. 98, § 233. Il précisait: «Ce que traduit cette affirmation, c'est que le processus de libre-échange qui est en cours *s'inscrit dans une finalité profondément humaine et politique*».

80 Cette jurisprudence est analysée en détail plus loin, § 51-55 p. 433-439; voir notamment arrêts *Comet* du 16 décembre 1976, aff. 45/76, Rec. 1976, p. 2043; *Factortame* du 19 juin 1990, aff. C-213/89, Rec. 1990, p. I-2433; *Zuckerfabrik Süderdithmarschen* du 21 février 1991, aff. jtes C-143/88 et C-92/89, Rec. 1991, p. I-415; et *Francovich* du 19 novembre 1991, aff. jtes C-6 et 9/90, Rec. 1991, p. I-5357.

81 ATF 105 II 49, *Bosshard c. Sunlight* («*Omo*»), du 25 janvier 1979.

82 ATF 118 Ib 367, *Association pour le recyclage du PVC c. Conseil d'Etat du Canton de Fribourg*, du 7 juillet 1992.

83 C'est le mérite de PIERRE MERCIER d'avoir montré récemment le profit qui pourrait être tiré, dans l'ordre juridique suisse, de la transposition de la doctrine communautaire de l'effet direct dans les rapports juridiques de droit interne, *Vigilance des particuliers et*

déployer des effets dans les contextes les plus divers. Le phénomène est courant pour la *règle conventionnelle*; mais il concerne aussi la *règle unilatérale*, en Suisse[84] comme dans la Communauté[85]. Sans parler des *règles générales* (telles que celles qui sont codifiées par la Convention de Vienne sur le droit des traités de 1969), qui sont applicables tant dans les rapports externes de la Communauté[86] que lors de l'interprétation des traités internationaux liant la Suisse, où elles sont d'application directe[87]. Il est urgent de développer en Suisse une conception ouverte de la légalité, qui transcende la légalité «nationale» en l'englobant dans un concept plus vaste, où le droit international et le droit européen sont dûment reconnus *comme tels*: voilà le meilleur passeport conceptuel d'une prochaine *intégration juridique harmonieuse de la Suisse en Europe*.

38. Assurer la primauté de la règle commune sur la règle nationale contraire

> «*Selon les conceptions du droit suisse et la jurisprudence constante relatives à la hiérarchie des normes, le droit international conventionnel prime le droit interne en matière d'extradition comme dans les autres domaines (...). Un Etat qui s'engage par traité doit en respecter les clauses, quelles que soient ses propres normes internes.*»
>
> Arrêt *Lanusse* du 14 juillet 1976[88]

On sait que dans notre pays, la question de la primauté est – pour le moins – émotivement chargée. Il n'y a pas trop lieu de s'en étonner: c'est tout

---

respect du droit: l'exemple communautaire, dans: «Hommage à un Européen, offert à Henri Rieben à l'occasion de son 70e anniversaire», Lausanne (Fondation Jean Monnet pour l'Europe), 1991, p. 355-373.

84 ATF 100 Ib 230, *Wessely*, du 12 juillet 1974.

85 CJCE, arrêt *Sevince* du 20 septembre 1990, aff. C-192/89, Rec. 1990, p. I-3461, p. I-3501-3504, § 7-26 et point 2 du sommaire de l'arrêt, p. I-3462; voir aussi CJCE, arrêt *Deutsche Shell AG* du 21 janvier 1993, aff. C-188/91, Rec. 1993, p. I- (à paraître), § 13-19.

86 CJCE, arrêt *Kupferberg* du 26 octobre 1982, aff. 104/81, Rec. 1982, p. 3641; voir également *avis 1/91* du 14 décembre 1991, Rec. 1991, p. I-6079ss, p. I-6101, § 14.

87 ATF 117 Ib 337, consid. 5a, p. 340, *P. c. Office fédéral de la police*, 14 octobre 1991; ATF 117 V 268, *B.*, du 8 novembre 1991.

88 ATF 100 Ia 407, 410, *Lanusse*, du 14 juillet 1976; ATF 103 Ia 624, 626-627, *Donadoni*, du 21 décembre 1977; ATF 105 Ib 294, 296, *König*, du 21 décembre 1979; voir également ATF 21/1895, p. 705, 710-711; voir ATF 7/1881, p. 774, 782-785; ATF 35/1909 I, p. 596; et les autres arrêts cités dans JAAC 1989, no 54, § 10, notes 33-43, p. 449-450; (texte allemand: p. 406-407); voir encore WALTER KÄLIN, (note 31), 1988, p. 45-65.

simplement parce qu'elle apparaît, comme dans d'autres pays, comme une sorte de révélateur de l'ensemble des rapports entre le droit international et le droit interne[89]; et parce qu'on persiste à n'envisager le problème que sous l'angle des catégories du droit interne, alors qu'il est largement déterminé par le droit international général[90].

N'exagérons donc pas, là non plus, la situation du prétendu *Sonderfall Schweiz*. Car ce qu'on a pu appeler, comme l'a fait M. SIMON[91] de manière imagée, la «difficulté d'être» de la primauté du droit communautaire sur le droit national, résulte invariablement du *hiatus qui existe entre la dimension normative de la primauté* (bien assimilée dans la Communauté depuis 30 ans, arrêt *Costa-ENEL* de 1964[92]) *et sa dimension procédurale*: le droit constitutionnel ou le droit procédural national ne fournissent pas toujours au juge national les instruments juridiques appropriés aux exigences du droit communautaire. On aurait cependant tort d'en déduire que les seuls juges chanceux sont ceux qui disposent, au niveau constitutionnel, d'une norme de primauté et qu'inversement, ceux qui n'en disposent pas seraient incapables de faire face au problème.

La comparaison des situations respectives du juge belge et du juge français face au droit communautaire permet de montrer ce que cette conclusion aurait de hâtif. *Malgré un cadre constitutionnel a priori favorable* (art. 55 Cst.), le juge français (la Cour de cassation à partir de 1975; le Conseil d'Etat progressivement à partir de 1990) a mis du temps à accepter la réalité de la primauté du droit communautaire. A l'inverse, son collègue belge (Cour de cassation) a su, dès 1971, par voie jurisprudentielle, dans un cadre constitutionnel analogue à celui que nous avons en Suisse *(autrement dit en l'absence d'une règle constitutionnelle explicite)*, résoudre de manière cohérente et définitive le problème, en acceptant le principe de la primauté dans tous ses prolongements procéduraux.

Comme déjà relevé, nous aurions tout intérêt, en Suisse, à considérer que la primauté *découle de la nature même du droit international (donc du droit EEE et a fortiori du droit communautaire)*. Pour l'ordre juridique communautaire comme pour l'ordre juridique international, la règle de la primauté de la règle *commune* sur la règle nationale contraire revêt une *importance existentielle*: la nier revient à empêcher l'existence d'un ordre juridique à l'échelle globale. Il est grand temps que les limites que nous acceptons à la liberté individuelle en matière de droit privé (art. 1[er]ss CO; art. 2 CCS), nous les acceptions également en ce qui concerne les limites

---

89 Voir notre article *La primauté du droit international face à quelques principes directeurs de l'Etat fédéral suisse,* RDS 1985, I, p. 383-428, p. 384.

90 Voir notre article *Fondements juridiques internationaux de la primauté du droit international dans l'ordre juridique suisse*, RSJB/ZbJV 1984, p. 227-244.

91 DENYS SIMON, *Les exigences de la primauté du droit communautaire: continuité ou métamorphoses?*, Mélanges Boulouis, Paris (Dalloz), 1991, p. 481-493, p. 484.

92 CJCE, arrêt *Costa-ENEL* du 15 juillet 1964, aff. 6/64, Rec. 1964, p. 1141.

à l'«autonomie de la volonté» de l'Etat, même si cette autonomie est souvent intouchable en raison du magnétisme qu'exerce encore la «souveraineté» nationale dans l'inconscient collectif des juristes.

Dans ce domaine aussi, le juge suisse pourra bénéficier de l'acquis jurisprudentiel relatif à la primauté et des derniers éclaircissements apportés par la Cour de justice sur les implications procédurales de droit national du principe.

Dans l'optique du juge national, la *charte constitutionnelle de la primauté* tient tout entière dans les considérants suivants de l'arrêt *Simmenthal* du 9 mars 1978:

> «*En vertu du principe de la primauté du droit communautaire, les dispositions du traité et les actes des institutions directement applicables ont pour effet, dans leurs rapports avec le droit interne des Etats membres, non seulement de rendre inapplicable de plein droit, du fait même de leur entrée en vigueur, toute disposition contraire de la législation nationale existante, mais encore – en tant que ces dispositions et actes font partie intégrante, avec rang de priorité, de l'ordre juridique applicable sur le territoire de chacun des Etats membres – d'empêcher la formation valable de nouveaux actes législatifs nationaux dans la mesure où ils seraient incompatibles avec les normes communautaires*»[93];
>
> «*tout juge national, saisi dans le cadre de sa compétence, a l'obligation d'appliquer intégralement le droit communautaire et de protéger les droits que celui-ci confère aux particuliers, en laissant inappliquée toute disposition éventuellement contraire de la loi nationale, que celle-ci soit antérieure ou postérieure à la règle communautaire*»[94];
>
> «*Le juge national chargé d'appliquer, dans le cadre de sa compétence, les dispositions du droit communautaire, a l'obligation d'assurer le plein effet de ses normes en laissant au besoin inappliquée, de sa propre autorité, toute disposition contraire de la législation nationale, même postérieure, sans qu'il ait à demander ou à attendre l'élimination préalable de celle-ci par voie législative ou par tout autre procédé constitutionnel*»[95].

En Suisse, cette jurisprudence aura pour effet de «balayer» (AUBERT)[96], dans tout le champ d'application du droit communautaire, la lecture qui est traditionnellement faite de l'art. 113 al. 3 Cst. Ces principes jurisprudentiels ont, comme tout ce qu'il y a de plus fondamental dans l'acquis communautaire jurisprudentiel, valeur de droit «constitutionnel communautaire»[97]. Le juge suisse – et, de manière plus générale, toutes les

---

93 CJCE, arrêt *Simmenthal* du 9 mars 1978, aff. 106/77, Rec. 1978, p. 629ss, p. 643-644, § 17.

94 P. 644, § 21.

95 P. 645, § 24 et dispositif de l'arrêt, p. 646; confirmation récente dans CJCE, arrêt *Debus* du 4 juin 1992, aff. jtes C-13/91 et C-113/91, Rec. 1991, p. I-3617ss, p. I-3645, § 32.

96 Voir *infra*, § 62, note 195.

97 PESCATORE (note 57), RTDE 1981, p. 617-651, p. 619-621; et *Article 177 CEE*, in: «Traité instituant la CEE (Commentaire article par article)», Paris, 1992, p. 1073ss, p. 1074, no 3.

autorités d'application du droit[98] – devront refuser d'appliquer les lois fédérales contraires au droit européen. Ce que, à vrai dire, l'art. 113 al. 3 Cst. permettrait aujourd'hui déjà[99].

Puisse le droit européen nous délivrer de ce flottement de la jurisprudence suisse, où les affirmations de principe contrastent avec les déductions concrètes. Le constat pouvait être fait en 1974, au lendemain de l'arrêt *Schubert*[100]; il pouvait être repris une dizaine d'années plus tard[101]. Dix ans plus tard encore, en 1993, on a toujours l'impression désagréable que certaines sources de la légalité suisse sont un peu plus égales que les autres[102].

Désormais, le Tribunal fédéral a tous les éléments pour franchir le pas décisif. Un pas indispensable pour assurer la cohérence des sources de l'ordre juridique suisse et, avant cela, pour préserver la crédibilité du principe même de légalité (prééminence du droit / *rule of law*). Comme le disait en août 1992 le rapporteur de langue française de la Commission de politique extérieure du Conseil national dans le débat relatif à l'EEE – en s'excusant de la brutalité du propos – il faut maintenant un signe dans le sens de la «mise à mort de Schubert», car nous ne voulons plus de cette musique dissonante[103]. Puissent les timbales de ce requiem ne pas rester, quelques décennies encore, de la musique d'avenir.

---

98 ANDREAS AUER, *La juridiction constitutionnelle en Suisse,* Bâle et Francfort (Helbing & Lichtenhahn), 1983, p. 306; *L'Espace économique européen et le contrôle des lois fédérales*, in: «Accord EEE (Commentaires et réflexions)», Zurich (Schulthess), 1992, p. 639-652, p. 645, § 16.

99 Dans ce sens, JAAC 1989 no 54, § 17.2, lettre b), p. 476, (texte allemand: p. 433-434); et BERNARD DUTOIT/FRANCOIS KNOEPFLER/PIERRE LALIVE/PIERRE MERCIER, Répertoire de droit international privé suisse, vol. 3, Berne (Stämpfli), 1986, p. 19-23.

100 ATF 99 Ib 39, *Schubert*, du 2 mars 1973. LUZIUS WILDHABER, *Bemerkungen zum Fall Schubert betreffend das Verhältnis von Völkerrecht und Landesrecht*, SJIR/ASDI 1974, p. 195-201.

101 Voir nos articles mentionnés en notes 89 et 90, de 1984 et 1985.

102 WALTER KÄLIN, *Schubert und der Rechtsstaat, oder: Sind Bundesgesetze massgeblicher als Staatsverträge?*, ZSR/RDS 1993 I, p. 73-77.

103 CLAUDE FREY, BO CN 1992, p. 1389 (26 août 1992): La jurisprudence Schubert «est-elle toujours d'actualité? Elle date de 1973, juste après l'accord de libre-échange, et il est évident que nous considérons cette jurisprudence comme dépassée dans la mesure où le développement du droit international a été considérable depuis lors. De plus, il ne serait pas crédible que le Tribunal admette qu'une obligation internationale ne soit pas respectée, parce qu'alors le risque que des juges de l'extérieur viennent mettre de l'ordre chez nous serait grand. Nous nous référons aussi au chapitre 5.3 [FF 1992 IV 1ss, 82-88] du message du Conseil fédéral relatif à l'approbation de l'Accord sur l'Espace économique européen, qui marque aussi un *signe très clair dans la direction de la mise à mort de Schubert. Le fait est que l'on souhaite arrêter de jouer de ce Schubert-là qui sonne faux».*

39. Préserver l'effet utile d'autres obligations internationales (droits de l'homme; GATT)

L'obligation qui pèsera sur le juge suisse d'assurer la primauté de la règle commune sur la règle nationale contraire et – de manière générale – le principe de l'effet utile du droit communautaire (art. 5 CEE) ne sauraient avoir d'effet pervers: cette promotion procédurale du droit communautaire ne devrait pas aboutir à discriminer le reste du droit européen et du droit international.

Concrètement, le problème se pose avant tout à propos de la Convention européenne des droits de l'homme et du GATT. Utilisons ces deux instruments pour illustrer le propos, en gardant à l'esprit que la problématique est la même quel que soit l'instrument – européen ou international – en vigueur pour la Suisse.

a) Convention européenne des droits de l'homme

Les liens matériels entre les droits garantis par la CEDH et le droit communautaire sont maintenant clairement établis: pour éviter un éclatement de la règle commune qui eût résulté d'un renvoi à la tradition constitutionnelle de chaque Etat membre en matière de droits fondamentaux dans le champ d'application du droit communautaire, la Cour de justice a développé, dans une jurisprudence inaugurée par l'arrêt *Internationale Handelsgesellschaft* du 17 décembre 1970, une approche selon laquelle:

> «le respect des droits fondamentaux fait partie intégrante des principes généraux du droit dont la Cour de justice assure le respect; (...) la sauvegarde de ces droits, tout en s'inspirant des traditions constitutionnelles communes aux Etats membres, doit être assurée dans le cadre de la structure et des objectifs de la Communauté»[104].

Une trentaine d'arrêts ont été rendus depuis lors, qui se réfèrent souvent directement à la Convention européenne des droits de l'homme et à ses protocoles[105]. Un pas important pourrait être franchi avec l'adhésion de la

---

[104] CJCE, arrêt *International Handelsgesellschaft* du 17 décembre 1970, aff. 11/70, Rec. 1970, p. 1125.

[105] Arrêts les plus significatifs: CJCE, arrêt *Nold* du 14 mai 1974, aff. 4/73, Rec. 1974, p. 491; *Rutili* du 28 octobre 1975, aff. 36/75, Rec. 1975, p. 1219; *Hauer* du 13 décembre 1979, aff. 44/79, Rec. 1979, p. 3727; CJCE, arrêt *Johnston* du 15 mai 1986, aff. 222/84, Rec. 1986, p. 1651; *Hoechst* du 21 septembre 1989, aff. 46/87, Rec. 1989, p. 2859; CJCE, arrêt *Demirel* du 30 septembre 1987, aff. 12/86, Rec. 1987, p. 3719, § 28; *Grogan* du 4 octobre 1991, aff. 159/90, Rec. 1991, p. I-4685.

Communauté comme telle à la CEDH[106]. Récemment, certains se sont inquiétés de l'approche fonctionnelle prétendument «utilitariste» des droits fondamentaux suivie par la Cour de justice des Communautés européennes, qui ne se servirait de ces derniers que pour renforcer l'impact du droit communautaire au sens étroit[107]. L'argument nous paraît excessif. Il faut plutôt espérer, avec d'autres[108], que la substance des droits fondamentaux, telle que notamment dégagée par la Cour de Strasbourg, pourra bientôt déployer des effets juridiques complets au sein de l'ordre juridique communautaire, ce dernier leur servant d'utile relais procédural. Récemment, le juge fédéral allemand BADURA a décrit, de manière convaincante, l'interaction fructueuse qui existe, dans la perspective allemande, entre Karlsruhe, Luxembourg et Strasbourg[109]. De telles perspectives ont également été tracées par MM. FROWEIN[110], JACQUÉ[111] et KÄLIN[112]. Pour reprendre la récente conclusion de M. KÄLIN:

> *«Die europäische Menschenrechtskonvention wird noch mehr als bisher nicht nur Mindeststandard für die innerstaatlichen Rechtsordnungen der Mitgliedstaaten, sondern auch Grundrechtskatalog eines integrierten Europas sein. Dies ist zu begrüssen, bedarf doch jede Form europäischer Integration der Beschränkung und Legitimierung durch die Grundrechte, wenn sie langfristig auf die Zustimmung der Menschen in Europa stossen soll.»*[113]

---

106 Voir JEAN-PAUL JACQUÉ, *Communauté européenne et Convention européenne des droits de l'homme*, Mélanges Boulouis, Paris (Dalloz),1991, p. 325-340 et JÖRN PIPKORN, *La Communauté européenne et la Convention européenne des droits de l'homme*, RTDH, Bruxelles (Bruylant), 1993, p. 221-241; on prête à la présidence belge de la Communauté l'intention de réactiver, au second semestre de l'année 1993, ce projet qui remonte à 1975.

107 JASON COPPEL/AIDAN O'NEILL, *The European Court of justice; Taking rights seriously?*, CMLRev 1992, p. 669-692, p. 670.

108 Voir A. CASSESE/A. CLAPHAM/J.H.H. WEILER, *1992 – Quels sont nos droits?*, in: «Human Rights and the European Community: methods of protection», Baden-Baden (Nomos), 1991, vol. II, p. 77-162.

109 PETER BADURA, *Grundrechte in Europa. Zur Frage der «normativen Verklammerung» des Gemeinschaftsrechts mit den Verfassungen der Mitgliedstaaten*, (BverfGE 73, 339-Solange II), in: «Neuntes deutsch-polnisches Juristen-Kolloquium. Der internationale und nationale Schutz der Menschenrechte», Baden-Baden (Nomos), 1992, p. 119-136, spécialement p. 135: «Die fruchtbare Wechselwirkung der nationalen, der gemeinschaftsrechtlichen und der internationalen Grundrechtsentwicklung, der 'Karlsruher', der 'Luxemburger' und der 'Strassburgergrundrechte' dauert fort». Voir également LANGENFELD/ZIMMERMANN (note 24), ZaöRV 1992, p. 259-314.

110 JOCHEN A. FROWEIN, *The European Convention on human rights as the public order of Europe*, in: «Collected Courses of the Academy of European Law», Florence, 1990, vol. I-2, p. 267-358.

111 JACQUÉ (note 106), 1991.

112 WALTER KÄLIN, *EG und Grundrechte: Chance oder Gefahr für die individuellen Freiheiten?*, in: «Schweizerische Identität und Europäische Integration» (E.R. Weibel und M. Feller, Hrsg.), Berne (Haupt), 1992, p. 165-178.

113 WALTER KÄLIN, *EWR-Abkommen und Europäische Menschenrechtskonvention*, in: «EWR-Abkommen (Erste Analysen)», Zurich (Schulthess), 1992, p. 653-666, p. 666.

b) GATT

Pareillement, notre rapprochement de l'Europe communautaire ne devrait pas nous faire oublier le cadre de droit international économique dans lequel le mouvement d'intégration européenne prend souche et dont il tire sa légitimité (selon les deux formes de régionalisme reconnues par l'art. XXIV du GATT: l'union douanière et la zone de libre-échange). C'est en particulier le mérite de M. PETERSMANN d'avoir constamment réaffirmé la nécessité de mieux articuler la dimension nationale avec la dimension régionale et internationale du droit économique[114]. Manifestement, plusieurs principes généraux contenus dans le GATT (principes de transparence; de traitement national; d'accès non discriminatoire au marché; de proportionnalité; de concurrence non faussée; de protection juridique, etc.) sont susceptibles d'application directe[115]. Or il se trouve que la Cour de justice des Communautés européennes a adopté, dans sa définition des rapports entre le droit communautaire et le droit du GATT, une approche souvent peu constructive[116]. La Cour de justice a même omis, à plusieurs reprises, de tenir compte de décisions obligatoires pour la Communauté rendues dans des *panels* du GATT[117].

Pour sa part, le Tribunal fédéral a eu lui aussi une approche très restrictive du GATT dans son arrêt *Maison G. Sprl c. Direction générale des douanes,* du 2 septembre 1986: au moment où s'achève l'Uruguay Round, il serait utile de repenser ces attitudes, en s'inspirant notamment de l'arrêt *Fediol III* du 22 juin 1989[118]. Si l'Accord qui en résulte (en fait, 26 instruments séparés) est soumis au référendum facultatif en matière de traités internationaux au titre de l'unification multilatérale du droit (art. 89 al. 3, lettre c Cst.), on aura sans doute là un indice important de l'applica-

---

114 Voir notamment, parmi les principales publications d'ERNST-ULRICH PETERSMANN, *Trade policy as a constitutional problem. On the «domestic policy functions» of international trade rules*, Aussenwirtschaft 1986, p. 405-439; *Constitutional functions and constitutional problems of international economic law*, Fribourg (Editions universitaires), 1987, p. 49-75; *Verfassungsrechtliche Grundprobleme bei der rechtlichen Regelung der Instrumente der Handelspolitik*, in: «Zölle, Verbrauchssteuern, europäisches Marktordnungsrecht» (Heinrich Wilhelm Kruse, Hrsg.), Cologne (Schmidt), 1988, p. 5-31; *Wie kann Handelspolitik konstitutionalisiert werden? Verfassunsrechtliche Bindungen der Aussenhandelspolitik*, Europa Archiv 1989, p. 55-64; *EWR-Abkommen, GATT und die Wirtschaftsfreiheit in der Schweiz*, in: «EWR-Abkommen (Erste Analysen)», Zurich,1992, p. 79-99.

115 PETERSMANN (note 114), 1988, p. 9-13.

116 CJCE, arrêt *International Fruit Co. II* du 12 décembre 1972, aff. jtes 21 à 24/72, Rec. 1972, p. 1219.

117 Approche beaucoup plus constructive dans l'arrêt *Fediol III* du 22 juin 1989, aff. 77/88, Rec. 1989, p. 1781ss, p. 1830-1836, § 18-42. Cf. PETERSMANN (note 114), 1992, p. 125.

118 ATF 112 Ib 183, 189, *Maison G. Sprl c. Direction générale des douanes,* du 2 septembre 1986 (consid. 3c); CJCE, arrêt *Fediol III* du 22 juin 1989, aff. 77/88, Rec. 1989, p. 1781ss, p. 1830-1836, § 18-42.

bilité directe des dispositions qui s'y prêtent[119]. Nous sommes en particulier d'avis que, comme en droit communautaire, la *règle fondamentale du traitement national* contenue à l'art. III du GATT – pour ne mentionner que celle-là – se prêterait parfaitement à un effet direct. Comme la Cour de justice des Communautés européennes l'a en effet souligné, «*la règle du traitement national, (...) en tant que renvoi à un ensemble de dispositions législatives effectivement appliquées par le pays d'établissement à ses propres nationaux, est, par essence, susceptible d'être invoquée directement par des ressortissants de tous les autres Etats membres*»[120]. Pour des raisons voisines, M. COTTIER a développé récemment des thèses analogues, critiquant notamment les motifs invoqués par le Tribunal fédéral pour dénier l'application directe du GATT[121].

C. La dimension institutionnelle: la coopération juridictionnelle européenne

40. Mesures de coordination volontaire des jurisprudences nationales: possibilités et limites

«Or, rien n'est plus fragile qu'une unité de jurisprudence, plus encore entre les tribunaux de dix Etats différents.»

ROBERT LECOURT[122]

Dans l'attente d'une entrée de la Suisse dans l'EEE ou dans la Communauté, il faut se demander par quels moyens on pourrait favoriser la coordination des jurisprudences internes. On a recensé, ailleurs, les différentes mesures susceptibles de favoriser la coordination volontaire des jurisprudences[123]. En allant des plus modestes aux plus ambitieux, on peut classer ces moyens en *trois catégories*:

---

[119] Voir sur ce point la réponse – prudente – du Conseil fédéral du 17 février 1993 à l'*interpellation Bürgi* du 1er décembre 1992 (92.3468), où le Conseil fédéral estime qu'il faut attendre la conclusion des négociations pour se prononcer.

[120] CJCE, arrêt *Reyners* du 21 juin 1974, aff. 2/74, Rec. 1974, p. 631ss, p. 651, § 24-25.

[121] THOMAS COTTIER, *Die Bedeutung des GATT im Prozess der europäischen Integration (Eine Untersuchung aus schweizerischer Sicht)*, ZSR/RDS 1990 (Beiheft Nr. 10), p. 139-185, p. 172-178.

[122] LECOURT (note 41), 1984, p. 224.

[123] Voir notre rapport, *Les divergences de jurisprudence entre la Cour de justice des Communautés européennes et les juridictions suprêmes des Etats membres de l'AELE vues de Berne: moyens d'y remédier*, in: «L'avenir du libre-échange en Europe», Zurich (Schulthess), 1990, p. 291-306.

a) Une catégorie de *moyens préventifs*, dont on ne saurait minimiser l'importance:

- rencontres personnelles entre juges[124];
- communication réciproque des jurisprudences[125];
- publication en commun des principales décisions jurisprudentielles[126].

b) Puis vient la catégorie des moyens que l'on pourrait qualifier de *principes correcteurs*:

- obligation reconnue conventionnellement de tenir compte de la jurisprudence des tribunaux des parties contractantes[127];
- incitation politique en faveur d'une jurisprudence «extravertie»[128];
- institution de groupes juridiques intergouvernementaux pour faire le point de l'application d'un instrument[129];
- institution d'un droit de tierce intervention devant les juridictions suprêmes[130];

---

124 Sur initiative du Centre d'études juridiques européennes de Genève, dirigé à l'époque par M. ALAIN HIRSCH, plusieurs membres de la CJCE (MM. LECOURT, PESCATORE, REISCHL) avaient rencontré à Genève, en juin 1976, des membres du Tribunal fédéral (notamment le Président GRISEL) et quelques représentants des universités et de l'Administration fédérale. Une visite de travail de la CJCE au Tribunal fédéral a eu lieu en novembre 1980 à Lausanne, après un crochet par Berne où se tint une réunion avec le Chef du DFJP de l'époque, M. FURGLER. Une réunion informelle entre juges de Luxembourg et de Lausanne fut organisée à Saint-Gall en octobre 1983 par M. KOLLER, aujourd'hui conseiller fédéral. Une visite du Tribunal fédéral suisse au siège de la Cour européenne des droits de l'homme a eu lieu en mars 1988 et une délégation de la Cour de Strasbourg s'est déplacée à Lausanne en novembre 1992. En outre, plusieurs membres du Tribunal fédéral des assurances et de son greffe ont assisté à une audience devant la Cour européenne des droits de l'homme en novembre 1989. Pour un aperçu plus complet de ce type de visites, voir M. ENRICH MAS/S. SANSOTTA, *Aperçu statistique de la Cour européenne des droits de l'homme*, Mélanges Wiarda, 1988, p. 691-724, p. 724.

125 Cette mesure pragmatique a été mise en place par l'art. 2 de la Convention de Lugano de 1988, RS 0.275.11.

126 Voir l'art. 2 § 1, 2e tiret du Protocole no 2 sur l'interprétation uniforme de la Convention de Lugano du 16 septembre 1988, RS 0.275.11.

127 Juridiquement, il s'agit d'une obligation faite aux juridictions de tenir compte du «contexte» de l'instrument conventionnel en question (art. 31 § 2 lit. a et 31 § 3 lit. a CV); voir l'art. 1er du Protocole no 2 à la Convention de Lugano de 1988; voir également CJCE, arrêt *Kupferberg* du 26 octobre 1982, aff. 104/81, Rec. 1982, p. 3641ss, p. 3663, § 17.

128 Voir l'art. 6 de l'Accord EEE (FF 1992 IV 657ss, 660) et l'art. 3 de l'Accord intra-AELE (FF 1992 IV 1627ss, 1629-1630).

129 Voir le Comité permanent institué par l'art. 3 du Protocole no 2 de la Convention de Lugano, RS 0.275.11.

130 Une ouverture plus large du droit de tierce intervention devant le Tribunal fédéral, dans les affaires qui intéressent le droit européen, serait souhaitable. Voir nos observations (note 123), 1990, p. 301-303, nos 805-811; voir également *infra*, § 61, p.

– institution de juridictions par les accords d'association?[131]

c) Enfin, il y a la catégorie des moyens plus proprement *juridictionnels*, à commencer par l'arbitrage.

Dès le 24 septembre 1962, le Conseil fédéral avait proposé au Conseil des Ministres des Six que «les divergences éventuelles touchant à l'exécution des obligations du traité d'association pourraient, en cas de besoin, être portées devant un organe arbitral, statuant à la majorité, qui se prononcerait, selon les cas, soit sur le fond du problème, soit sur d'éventuelles mesures de compensation»[132]. Cette proposition est demeurée sans lendemain. Tout comme celle formulée par la Suisse dans le cadre des négociations de l'ALE en 1971-1972, et régulièrement renouvelée depuis lors. En réalité, ce n'est que dans des domaines étroitement circonscrits et techniques que la Communauté s'est prêtée à l'institution de procédures d'arbitrage. C'est ainsi que l'accord de coopération suisse Euratom dans le domaine de la fusion thermonucléaire contrôlée et de la physique des plasmas, du 14 septembre 1978, contient une procédure d'arbitrage originale (art. 17)[133]; autre exemple à l'art. 37 de l'Accord Suisse/CEE en matière d'assurances du 10 octobre 1989, entré en vigueur le 1er janvier 1993[134]. Un pas supplémentaire, de caractère plus politique, a été franchi par les récents «accords européens» d'association conclus par la Communauté et ses Etats membres avec les pays du Centre et de l'Est européens, accords qui contiennent également une clause d'arbitrage (art. 107 de l'Accord avec la Hongrie).

On ne saurait toutefois nier la faiblesse intrinsèque de ces moyens en vue de la coordination des jurisprudences nationales. Tributaires de pratiques gouvernementales volontaristes et du bon vouloir des tribunaux nationaux, ces expédients ne sauraient remplacer ni un organe juridictionnel commun, ni une procédure de coopération institutionnalisée entre juridictions. Le défaut de la cuirasse réside notamment dans l'absence de droit subjectif de l'individu de pouvoir obtenir la convocation d'un organe commun capable de statuer selon des critères juridiques et de rendre une

---

131 Dans son *avis 1/76* du 26 avril 1977, Rec. 1977, p. 741ss, notamment p. 761, § 20, la Cour a déclaré incompatible avec le Traité CEE le projet d'instituer un *Tribunal du fond* de la navigation intérieure, en raison du risque de «conflits de compétences» qui auraient pu surgir; dans son *avis 1/91* du 14 décembre 1991, Rec. 1991, p. I-6079ss, la Cour a également rejeté l'institution d'une *Cour EEE*, le mécanisme juridictionnel prévu par l'accord portant «atteinte à l'article 164 du Traité CEE et, plus généralement, aux fondements mêmes de la Communauté» (p. I-6107, § 46).

132 PAUL GUGGENHEIM, *Organisations économiques supranationales, indépendance et neutralité de la Suisse,* RDS 1963 II, p. 221-343, p. 327 (l'auteur cite un rapport de GÉRARD F. BAUER de 1962).

133 RS 0.424.11.

134 RS 0.961.1 (RO 1992, 1894).

décision obligatoire[135]. On peut cependant se demander si, en tirant parti de l'expérience du GATT, il n'y aurait pas lieu de chercher, dans la phase actuelle, à instituer des procédures de règlement des différends entre partenaires du libre-échange européen comparables à celles des groupes spéciaux (*panels*) créés en application de l'art. XXIII du GATT. On vient de voir que, récemment, la Communauté s'est prêtée à la création d'organes arbitraux dans le cadre des accords «européens» d'association avec les pays de l'Est[136]. On ne peut donc, *a priori*, exclure la transposition d'une procédure d'arbitrage comparable à l'Accord de libre-échange CE-Suisse. Le Tribunal arbitral institué par l'Accord de libre-échange USA-Canada de 1988 pourrait également servir de modèle[137]. Mais comme toujours, pour négocier et conclure, il faut être deux. Et pour des raisons politiques (essentiellement communautaires), il semble bien que seul le multilatéralisme permette d'atteindre désormais des solutions arbitrales ou juridictionnelles plus ambitieuses (art. 108 et 111 EEE).

41. Participation du juge suisse au dialogue juridictionnel avec la Cour de justice des Communautés européennes (art. 177 CEE)

a) Un dialogue privilégié entre le juge national et le juge communautaire

Dès l'entrée de la Suisse dans la Communauté (et, dans une moindre mesure, dès l'entrée dans l'EEE), le juge suisse sera intégré dans une procédure de coopération originale qui n'a pas vraiment son pareil au niveau national[138]. «Clé de l'intégration juridique», cette procédure repose sur une collaboration entre le juge communautaire et les juges nationaux. Envisagée dans une perspective normative, cette procédure jette un pont entre l'ordre juridique communautaire et les ordres juridiques des Etats membres: elle a pour but d'assurer l'unité d'interprétation et d'application du droit communautaire dans l'ensemble des Etats membres. Procédure non contentieuse, la procédure de renvoi préjudiciel relègue à l'arrière-

---

135 CJCE, arrêt *Adams c. Commission* du 7 novembre 1985, aff. 53/84, 145/83, Rec. 1985, p. 3539ss, p. 3600-3601, § 15-16, où la Cour souligne l'absence de droit subjectif de l'individu de demander la convocation du Comité mixte de l'ALE.

136 Art. 107 de l'Accord européen entre la Communauté et ses Etats membres et la Hongrie. Sur ces accords en général, voir F. S. BENYON, *Les «accords européens» avec la Hongrie, la Pologne et la Tchécoslovaquie*, Revue du Marché Unique Européen 2/92, p. 25-50.

137 Voir nos observations (note 123) 1990, p. 304-305, nos 814-817.

138 MAURICE LAGRANGE, *L'action préjudicielle dans le droit interne des Etats membres et en droit communautaire*, RTDE 1974, p. 268-297; sur le rôle des modèles nationaux, allemand et italien, voir PESCATORE (note 97), 1992, p. 1073ss, p. 1074, no 3.

plan les parties au litige: elle vient se greffer sur une procédure au principal se déroulant devant la juridiction d'un Etat membre. C'est aux juges nationaux d'en décider l'usage, lorsque les litiges qu'ils ont à trancher exigent une interprétation du droit communautaire ou une appréciation de validité du droit dérivé. Les parties au litige au principal peuvent certes suggérer à la juridiction nationale de poser une question d'interprétation ou de validité à la Cour de Luxembourg, mais la juridiction reste libre d'y donner suite ou non.

Sociologiquement et juridiquement, le succès de la procédure préjudicielle apparaît comme le corollaire de la prise de conscience des particuliers de l'extraordinaire effet de levier (*Hebel*) que représente le droit communautaire au niveau national. Non seulement dans les litiges dirigés contre l'Etat, mais dans les litiges entre particuliers. C'est désormais sans inhibition que le justiciable suggère à son juge national d'obtenir de la Cour de justice des Communautés européennes les éléments d'interprétation qui permettront à ce juge national, le cas échéant, de constater et de sanctionner par l'inapplication de la règle interne l'incompatibilité avec le droit communautaire d'une règle ou d'une pratique nationale, administrative ou exécutive. A tel point d'ailleurs que certains n'hésitent pas à parler de la procédure préjudicielle comme de l'une des voies de recours «*ouvertes aux opérateurs économiques*»[139].

Le succès de la procédure préjudicielle ressort des chiffres précités: en 1992, sur 210 arrêts rendus par la Cour de Luxembourg, 112 l'avaient été sur recours préjudiciels. Cette proportion se retrouve à peu près dans les statistiques du nombre d'affaires introduites cette année-là: 162 questions préjudicielles sur 438 affaires introduites en 1992; 186 sur 345 en 1991[140]. Par comparaison, en 1992, la Cour de Strasbourg rendait 81 arrêts, la Cour de La Haye (CIJ) un seul.

Dans son arrêt *Rheinmühlen* du 16 janvier 1974, la Cour a souligné qu'«essentiel à la préservation du caractère communautaire du droit institué par le traité, *l'article 177 a pour but d'assurer en toutes cir-*

---

[139] Voir E. Traversa, *Les voies de recours ouvertes aux opérateurs économiques: le renvoi préjudiciel au titre de l'article 177 du traité CEE*, Revue du Marché unique européen 2/92, p. 51-80.

[140] La durée moyenne des procédures sur renvoi préjudiciel a été de 18,8 mois en 1992, durée qui atteint même 25,8 mois pour les recours directs. Pour sa part, le Tribunal de première instance, qui n'a pas la compétence de rendre des avis préjudiciels, a prononcé 88 arrêts en 1992, dont 35 recours directs, 45 recours de fonctionnaires et 8 autres procédures particulières. A fin 92, 736 affaires étaient pendantes devant la Cour de justice, 169 devant le Tribunal de première instance. Comp. ces durées avec les durées actuelles moyennes des procédures devant le Tribunal fédéral: 180 jours pour les recours de droit public; 285 jours pour les recours de droit administratif; 164 jours pour les recours en réforme; 140 jours pour les pourvois en nullité. Cf. Rapport de gestion du Tribunal fédéral et du Tribunal fédéral des assurances sur leur gestion en 1992, Berne, 23 février 1993, p. 17.

constances à ce droit le même effet dans tous les Etats de la Communauté; (...) s'il vise à prévenir les divergences dans l'interprétation du droit communautaire que les juridictions nationales ont à appliquer, il tend également à assurer cette application en ouvrant au juge national un moyen d'éliminer les difficultés que pourrait soulever l'exigence de donner au droit communautaire son plein effet dans le cadre du système juridictionnel des Etats membres», de sorte que les juridictions nationales ont «*la faculté la plus étendue de saisir la Cour, par la voie préjudicielle, quel que soit le stade de procédure*»[141].

Au-delà de sa fonction d'interprétation authentique des textes[142], la procédure préjudicielle est aussi un moyen de «permettre au juge national d'assumer pleinement, sur son propre plan, son rôle de juge communautaire»[143]. La procédure préjudicielle revêt également un intérêt capital pour les Etats membres, en déplaçant le centre de gravité traditionnel de règlement des différends de droit international (souvent déformé par des facteurs politiques): cette procédure fait du juge national (souvent de première instance) le vecteur principal de l'application uniforme du droit communautaire dans la Communauté. Les procédures préjudicielles révèlent en effet fréquemment des violations du Traité par des Etats membres, violations qui présentent un caractère dépassant largement le cas d'espèce et l'Etat membre de la juridiction de renvoi. Il en découle une force de rayonnement impressionnante de la jurisprudence de la Cour, qui veille à statuer dans le respect mutuel des compétences des juridictions nationales en cause. Ainsi gravitent autour de la Cour de justice de Luxembourg plusieurs milliers de juridictions nationales attentives aux développements du droit communautaire.

Les juridictions nationales en demandent parfois trop à la Cour de justice des Communautés européennes. Ce qui amène cette dernière à rappeler, comme elle l'a fait récemment dans un arrêt *Deutsche Shell AG* du 21 janvier 1993, que «dans le cadre d'une procédure introduite en vertu de l'article 177 du traité, la Cour n'est *pas compétente pour statuer sur la compatibilité d'une mesure nationale avec le droit communautaire*»[144].

---

[141] CJCE, arrêt *Rheinmühlen* du 16 janvier 1974, aff. 166/73, Rec. 1974, p. 33ss, p. 38, § 2 et 3.

[142] CJCE, arrêt *Chemical Corp.* du 13 mai 1981, aff. 66/80, Rec. 1981, p. 1191ss, p. 1214-1216, § 9-17; voir également la formule synthétique de l'arrêt *Foto-Frost* du 22 octobre 1987, aff. 314/85, Rec. 1987, p. 4199ss, p. 4230, § 12.

[143] ROBERT LECOURT, *Allocution inaugurale* lors de l'ouverture du VIe Congrès de la FIDE à Luxembourg en 1973, KSE 24, 1976, p. 1-7, p. 2.

[144] CJCE, *Deutsche Shell AG* du 21 janvier 1993, aff. C-188/91, Rec. 1993 (à paraître), point 4 du dispositif de l'arrêt.

b) Interprétation préjudicielle du droit communautaire primaire et dérivé

Dans le cadre du volet «*interprétation*» de la procédure de renvoi préjudiciel, la Cour est compétente pour interpréter non seulement les traités institutifs eux-mêmes (annexes et protocoles compris), mais également tous actes de rang équivalent résultant d'une révision des traités au sens de l'art. 236 EEE (traités et actes d'adhésion, traités budgétaires, acte unique européen, etc.). Outre ce droit communautaire primaire – qui comprend les principes généraux non écrits de droit communautaire[145] – la Cour est compétente pour interpréter les «actes pris par les institutions», «qu'ils correspondent ou non aux catégories prévues par les traités CEE et CEEA»[146]. Concrètement, il s'agit des actes du Conseil, de la Commission et même du Parlement dans certaines circonstances, voire même les arrêts de la Cour.

Depuis son arrêt *Haegeman* du 30 avril 1974, la Cour s'est considérée compétente à ce titre pour interpréter les accords conclus ou liant la Communauté[147]. Elle a considéré, dans cet arrêt, à propos de l'Accord d'association CEE-Grèce de 1961, que cet accord, conclu par le Conseil, était, «en ce qui concerne la Communauté, un acte pris par l'une des institutions de la Communauté au sens de l'article 177». Par la suite, la Cour de justice a reconnu sa compétence pour interpréter des accords du GATT, qui la lient par effet de succession de la Communauté à ses Etats membres[148].

L'intérêt de cette jurisprudence est considérable, non seulement pour le GATT, mais aussi pour la Convention européenne des droits de l'homme. En effet, puisque ces instruments ont vocation à recevoir une application uniforme en Europe, les caractéristiques procédurales du droit communautaire (effet direct et primauté notamment) constituent potentiellement un puissant relais en vue de la pénétration de ces instruments dans l'ordre juridique des Etats membres. C'est, par ce biais, un lent mais sûr changement des mentalités sur la question cruciale des rapports entre le droit international «traditionnel» et le droit interne dans chacun des Etats de la Communauté.

La Cour a également accepté d'entrer en matière sur l'interprétation préjudicielle d'accords dits «mixtes», accords se situant «à cheval» sur les compétences respectives des Etats membres et de la Communauté[149].

---

145 Dans ce sens, PESCATORE (note 97), 1992, p. 1083, § 17.

146 JOËL RIDEAU et JEAN-LOUP CHARRIER, *Code de procédures européennes*, Paris (Litec), 1990, 747 p., p. 151.

147 CJCE, arrêt *Haegeman* du 30 avril 1974, aff. 181/73, Rec. 1974, p. 449.

148 CJCE, arrêt *Siot* du 16 mars 1983, aff. 266/81, Rec. 1983, p. 731.

149 CJCE, arrêt *Demirel* du 30 septembre 1987, aff. 12/86, Rec. 1987, p. 3719.

Par ailleurs, l'absence d'effet direct ou l'absence d'effet obligatoire de l'acte communautaire à interpréter n'empêche pas une saisine valable de la Cour[150]. Et si le droit national ne peut évidemment pas faire l'objet, comme tel, d'une interprétation préjudicielle de la Cour, celle-ci a admis qu'une disposition de droit national qui renvoie au droit communautaire peut être interprétée dans le cadre d'une procédure préjudicielle[151].

c) Contrôle préjudiciel de la validité du droit communautaire dérivé

Il s'agit d'un complément à la procédure de contrôle de la légalité envisagée à l'art. 173 CEE (recours en annulation des actes de droit dérivé) et de l'exception d'illégalité de l'art. 184 CEE.

Il faut lire le mot «validité» de l'art. 177b CEE et le mot «légalité» de l'art. 173 CEE sous le boisseau (*Lampenschirm*) de l'art. 164 CEE, qui confie à la Cour de justice, comme conscience juridique de la Communauté, la tâche d'assurer le «respect du droit» dans l'interprétation et l'application du Traité. C'est dire qu'une règle internationale peut servir de norme de référence pour l'appréciation préjudicielle de la validité d'un acte des institutions communautaires[152]. Le principe a été solennellement proclamé dans l'arrêt *International Fruit Co.* du 12 décembre 1972, dans lequel la Cour de justice souligne que sa compétence dans un tel cas «ne comporte aucune limite quant aux causes sur la base desquelles la validité de ces actes pourrait être contestée; que cette compétence s'étendant à l'ensemble des motifs d'invalidité susceptibles d'entacher ces actes, la Cour est tenue d'examiner si leur validité peut être affectée du fait de leur contrariété avec une règle de droit international»[153]. On regrettera que dans le même arrêt, qui concernait le GATT, la Cour se soit crue obligée de conditionner l'invocation de cet instrument dans l'ordre juridique communautaire par l'*effet direct* – nié en l'occurrence – de la disposition considérée[154].

---

150 CJCE, arrêt *Mazzalai* du 20 mai 1976, aff. 111/75, Rec. 1976, p. 657 (*acte communautaire dépourvu d'effet direct*); CJCE, arrêt *Frecasseti* du 15 juin 1976, aff. 113/75, Rec. 1976, p. 983 (*acte communautaire dépourvu d'effet obligatoire*); confirmation de ce dernier arrêt dans CJCE, arrêt *Deutsche Shell AG*, du 21 janvier 1993, aff. C-188/91, Rec. 1993, p. I- (à paraître), § 18-19.

151 CJCE, arrêt *Dzodzi* du 18 octobre 1990, aff. C-197/89, Rec. 1990, p. I-3763.

152 *Contra*: ALBERT BLECKMANN, *Die Position des Völkerrechts im inneren Rechtsraum der Europäischen Gemeinschaften. Monismus oder Dualismus der Rechtsordnungen?*, JIR 1975, p. 300-319, p. 305: «...der Massstab für diese Prüfung kann nur der EWG selbst sein».

153 CJCE, arrêt *International Fruit Co.* du 12 décembre 1972, aff. 21-24/72, Rec. 1972, p. 1219ss, p. 1226-1227, § 5-6.

154 Cette différence de traitement procédural entre les accords externes de la Communauté et les actes internes (voir l'arrêt *Mazzalai* cité à la note 150) est une illustration de plus de l'effet d'écran que peut avoir la théorie de l'effet direct dans un ordre juridique

Dans un arrêt aux conséquences pratiques très grandes, la Cour de justice a dénié au juge national la compétence de constater lui-même l'invalidité d'un acte des institutions communautaires. Craignant la survenance de filières jurisprudentielles divergentes selon les Etats membres, la Cour reconnaît aux juridictions nationales la compétence d'*écarter* des griefs tirés de l'invalidité des actes des institutions communautaires, mais leur impose, au regard de la nécessaire cohérence du système de protection juridictionnelle communautaire, de saisir la Cour de justice par le biais de la procédure de l'art. 177b CEE si elles *doutent* de la validité de l'acte de droit communautaire dérivé[155]. Certains ont vu dans cette jurisprudence «une lecture perverse de l'art. 177 (...) qui s'accorde mal avec la conception de la plénitude de compétence du juge interne, placé désormais sous tutelle et maintenu dans un état d'incapacité partielle mais permanente»[156]; d'autres ont souligné la nécessité de cette approche pour préserver l'unité et la cohérence de l'ordre juridique communautaire et pour tenir compte de «l'exigence fondamentale de la sécurité juridique»[157].

d) Questions de procédure

On a vu, plus haut, ce qu'il faut entendre par «juridiction d'un Etat membre» au sens de l'art. 177 CEE[158]. Notion communautaire dont le contenu doit être défini par la Cour, la *notion de juridiction* présuppose non seulement un lien organique avec l'Etat, mais une base légale, un élément de permanence, la mission définie de manière générale de connaître des litiges, la soumission à des règles de procédure contradictoire, une juridiction obligatoire pour les litiges en cause et l'application de règles de droit[159]. N'a pas cette qualité un ordre des avocats ne statuant pas sur un litige[160], alors qu'un conseil de l'ordre statuant en matière disciplinaire pourrait avoir la qualité de juridiction et poser une question préjudicielle[161]. Faute de liens suffisants avec l'appareil juridictionnel de l'Etat,

---

moniste, en l'occurrence l'ordre juridique communautaire. Voir *supra*, § 37 et *infra*, § 58 a).

155 CJCE, arrêt *Foto-Frost* du 22 octobre 1987, aff. 314/85, Rec. 1987, p. 4199.

156 Ami Barav, *La plénitude de compétence du juge national en sa qualité de juge communautaire*, Mélanges Boulouis, Paris (Dalloz), 1991, p. 1-20, p. 3.

157 Pescatore (note 97), 1992, p. 1107-1108.

158 Voir ci-dessus, § 6 b), p. 263-264.

159 CJCE, arrêt *Vaassens-Göbbels* du 30 juin 1966, aff. 61/65, Rec. 1966, p. 377; CJCE, arrêt *Broekmeulen* du 6 octobre 1981, aff. 246/80, Rec. 1981, p. 2311.

160 CJCE, ordonnance *Borker* du 18 juin 1980, aff. 138/80, Rec. 1975, p. 1977.

161 CJCE, arrêt *Razanatsimba* du 24 novembre 1977, aff. 65/77, Rec. 1977, p. 2229ss, p. 2237.

les arbitres privés n'ont pas qualité de juridiction de renvoi[162]. Tombe en revanche sous la notion de juridiction un juge d'instruction[163].

S'agissant de l'*opportunité des renvois*, le juge national est maître des lieux car, comme la Cour l'a souligné dans un important arrêt *Pigs Marketing Board* du 29 novembre 1978,

> «dans le cadre de la répartition des fonctions juridictionnelles, entre les juridictions nationales et la Cour, par l'article 177 du Traité, le juge national, qui est seul à avoir une connaissance directe des faits de l'affaire comme aussi des arguments des parties, et qui devra assumer la responsabilité de la décision judiciaire à intervenir, est mieux placé pour apprécier, en pleine connaissance de cause, la pertinence des questions de droit soulevées par le litige dont il se trouve saisi et la nécessité d'une décision préjudicielle, pour être en mesure de rendre son jugement»[164].

Dès la première question préjudicielle posée à la Cour, en 1961, la Cour a par ailleurs souligné que la procédure préjudicielle est *exempte de tout formalisme*, notamment quant à la formulation de la question par la juridiction: «il est loisible au juge national de libeller sa demande dans une forme directe et simple qui laisse à la Cour de justice le soin de ne statuer sur cette demande que dans les limites de sa compétence»[165].

La Cour de justice jouit d'une liberté correspondante:

> «il reste réservé à la Cour de justice, en présence de questions éventuellement formulées de manière impropre ou dépassant le cadre des fonctions qui lui sont dévolues par l'article 177, d'extraire de l'ensemble des éléments fournis par la juridiction nationale (...) les éléments de droit communautaire qui appellent une interprétation – ou, le cas échéant, une appréciation de validité – compte tenu de l'objet du litige»[166].

Enfin, parmi une foule d'autres questions procédurales tranchées par la Cour, signalons qu'une juridiction n'a pas obligation d'opérer un renvoi si une question d'interprétation a déjà été tranchée[167]; que la liberté accordée aux juridictions sur les modalités du renvoi ne saurait aller jusqu'à accueillir un renvoi préjudiciel construit sur un litige fictif ou présenté de manière trop fragmentaire[168]; qu'une juridiction qui s'estime-

---

162 CJCE, arrêt *Nordsee* du 23 mars 1982, aff. 102/81, Rec. 1982, p. 1095; voir également *supra*, § 6, note 24; voir PIERRE BONASSIES *Arbitrage et droit communautaire*, Mélanges Boulouis, Paris (Dalloz), 1991, p. 21-33; voir également HAHN (1983); GROSSEN (1984); BEBR (1985) et GOFFIN (1990).

163 CJCE, arrêt *Pretore di Salò* du 11 juin 1987, aff. 14/86, Rec. 1987, p. 2545.

164 CJCE, arrêt *Pigs Marketing Board* du 29 novembre 1978, aff. 83/78, Rec. 1978, p. 2347ss, p. 2368, § 25.

165 CJCE, arrêt *Bosch* du 6 avril 1962, aff. 16/61, Rec. 1962, p. 89.

166 CJCE, arrêt *Pigs Marketing Board* (note 164), p. 2368, § 26.

167 CJCE, arrêt *Chemical Corp.* du 13 mai 1981, aff. 66/80, Rec. 1981, p. 1191.

168 CJCE, arrêt *Foglia c. Novello* du 11 mars 1980, aff. 104/79, Rec. 1980, p. 745ss, p. 757 (litige fictif); voir KURT LIPSTEIN, *Foglia v. Novello – Some unexplored aspects*, Mé-

rait insuffisamment éclairée a la possibilité de saisir à nouveau la Cour si elle le juge opportun[169]; que les juridictions qui sont soumises à l'obligation de renvoi (en principe juridictions supérieures) sont normalement dispensées du renvoi si «l'application correcte du droit communautaire peut s'imposer avec une évidence telle qu'elle ne laisse place à aucun doute raisonnable sur la manière de résoudre la question posée»[170].

Formellement, l'interprétation du droit communautaire donnée par la Cour de justice ne lie que le juge national de renvoi[171] *mais, en fait et en droit, l'effet de rayonnement de ces arrêts est beaucoup plus fort et avoisine l'effet erga omnes.* La disposition de droit communautaire dérivé déclarée invalide par la Cour de justice est inapplicable par les juges nationaux, mais elle n'en est pas nulle pour autant[172]. Le droit communautaire n'exige pas non plus la nullité de la règle nationale que le juge national trouverait contraire au droit communautaire sur la base des éclaircissements de la Cour de justice. Une telle loi est inapplicable[173].

e) Synthèse

Le rôle capital joué par la procédure préjudicielle dans l'ordre juridique communautaire s'explique aisément: cette procédure est basée sur la confiance, le respect mutuel des juridictions nationales et européenne dans l'esprit de coopération énoncé à l'art. 5 CEE[174]. Conçue pour assurer l'interprétation uniforme du droit communautaire, cette procédure a révélé d'autres fonctions, tout aussi importantes: elle sert de révélateur des violations du droit communautaire commises par les Etats membres; elle est un prolongement procédural de l'effet direct du droit communautaire;

---

langes Pescatore, Baden-Baden (Nomos), 1987, p. 373-385; voir encore CJCE, arrêt *Telemarsicabruzzo SpA* du 26 janvier 1993, aff. jtes C-320/90, C-321/90 et C-332/90, Rec. 1993, p. I-, non encore publiée (affaire préjudicielle déclarée irrecevable, parce que présentée de manière trop fragmentaire), § 6-9 (la Cour de justice souligne que le juge national doit définir «le cadre factuel et réglementaire dans lequel s'insèrent les questions qu'il pose ou qu'à tout le moins, il explique les hypothèses factuelles sur lesquelles ces questions sont fondées», § 6).

169 CJCE, arrêt *Da Costa* du 27 mars 1963, aff. 28-30/62, Rec. 1963, p. 59ss, p. 75.

170 CJCE, arrêt *Cilfit* du 6 octobre 1982, aff. 283/81, Rec. 1982, p. 3415ss, p. 3428-3430, § 6 à 16. Sur cette question, voir Antonio Tizzano, *Litiges fictifs et compétence préjudicielle de la Cour de justice européenne,* RGDIP 1981, p. 514-528; voir également G. Federico Mancini/David T. Keeling/*From CILFIT to ERT: The constitutional challenge facing the European Court*, Yearbook of European Law 1991 (vol. 11), Oxford (Clarendon Press), 1992, p. 1-13.

171 CJCE, arrêt *Benedetti/Munari* du 3 février 1977, aff. 52/76, Rec. 1977, p. 163ss, p. 182.

172 CJCE, arrêt *Rey Soda* du 30 octobre 1975, aff. 23/75, Rec. 1975, p. 1279ss, p. 1307.

173 CJCE, arrêt *Ford España* du 11 juillet 1989, aff. 170/88, Rec. 1989, p. 2305; voir également CJCE, arrêt *Simmenthal* du 9 mars 1978, aff. 106/77, Rec. 1978, p. 629.

174 CJCE, ordonnance *Swartveld* du 13 juillet 1990, aff. C-2/88, Rec. 1990, p. I-3365ss, p. 3372, § 17-18.

elle consacre le principe de subsidiarité dans l'application du droit; elle développe ce que nous appellerions en Suisse un fédéralisme coopératif entre juridictions de différents degrés; elle permet d'éviter le sceptre du «juge étranger», puisque c'est le juge national qui «digère» la réponse préjudicielle en l'intégrant dans l'arrêt qu'il rend; elle est le principal instrument de résorption des conflits entre le droit communautaire et le droit national; et – *last but not least* – par la richesse de la pratique jurisprudentielle développée depuis 40 ans, elle constitue le principal instrument d'apprentissage et de connaissance du droit européen pour des milliers de juges et juristes nationaux, qui ont accès à cette jurisprudence publiée dans les neuf langues officielles de la Communauté.

A cela, il convient d'ajouter deux observations.

La première pour constater une curiosité: *cette procédure sinon renverse, du moins bouscule en quelque sorte la hiérarchie judiciaire au sein des Etats membres.* Dans l'affaire *Simmenthal*, n'est-ce pas le *Pretore di Suza* qui, par son «civisme communautaire» et son opiniâtreté (l'affaire a en effet donné lieu à deux procédures préjudicielles successives), a été l'instrument d'un revirement spectaculaire de jurisprudence de la Cour constitutionnelle italienne, survenu à l'occasion de l'arrêt *Granital* du 5 juin 1984[175] et de l'arrêt de cette même Cour du 18 avril 1991[176]? Et la sagesse populaire ne dit-elle pas qu'on a souvent besoin d'un plus petit que soi?

Seconde observation: *en définitive, c'est l'individu qui, par la protection juridictionnelle que lui offre la procédure préjudicielle, est le grand gagnant d'une procédure qui, au départ, n'était pas conçue pour lui*[177]. Est-il raisonnable de crier au «gouvernement des juges» lorsque la vigilance de particuliers attachés à la défense de leurs droits non seulement contribue au renforcement de la protection juridique dans la Communauté tout entière, mais favorise en même temps l'intégration européenne en rappelant quotidiennement aux Etats et à leurs ressortissants la réalité concrète d'engagements qu'ils ont eux-mêmes, librement et démocratiquement, acceptés?

---

[175] Cour constitutionnelle italienne, arrêt no 170 du 5 juin 1984, EuGRZ 1985, p. 98.

[176] Reprenant à son compte l'arrêt *Simmenthal* du 9 mars 1978, la Cour constitutionnelle italienne souligne, dans ce dernier arrêt, que le juge qui découvre un conflit entre dispositions nationales et dispositions communautaires directement applicables a l'obligation de laisser inappliquées, de sa propre initiative, les dispositions nationales contraires sans avoir besoin de soulever une question de constitutionnalité qui serait, partant, irrecevable, voir JOCE du 28 septembre 1992, no C 250, p. 1ss, p. 72.

[177] Voir *supra* (note 139), le titre insolite mais significatif de l'article de E. TRAVERSA (1992).

42. Procédure d'avis consultatif devant la Cour AELE

L'entrée en vigueur de l'Accord EEE verra naître une nouvelle juridiction européenne, la Cour AELE, qui siègera à Genève. Sa création a été décidée dans les premiers mois de 1992, après l'avis négatif rendu par la Cour de justice des Communautés européennes le 14 décembre 1991[178]. La base juridique de cette Cour réside dans l'art. 108 § 2 EEE. Cette disposition énumère, de manière non exhaustive, les trois principales compétences de la Cour AELE (actions en manquement de l'Autorité de surveillance AELE contre les Etats de l'AELE; recours des individus et des Etats contre les décisions prises par l'Autorité de surveillance AELE dans le domaine de la concurrence; procédure de règlement des différends entre deux ou plusieurs Etats de l'AELE).

C'est par l'effet de l'Accord du 2 mai 1992 (entre les Etats de l'AELE, relatif à l'institution d'une Autorité de surveillance et d'une Cour de justice[179]), que la Cour AELE sera également investie de la compétence de donner des avis consultatifs sur l'interprétation de l'Accord EEE. En vertu de l'art. 34 de l'Accord intra-AELE, les juridictions situées sur le territoire des pays des Etats membres de l'AELE parties à l'Accord EEE pourront solliciter de la Cour AELE des avis consultatifs sur l'interprétation de l'Accord EEE (ce concept recouvre le texte principal de l'Accord et 49 protocoles, ainsi que 22 annexes renvoyant elles-mêmes à plus de 15'000 pages du Journal officiel des Communautés européennes). Les juridictions nationales (y compris de dernière instance) n'auront cependant *pas l'obligation* de solliciter un avis, qui ne sera de surcroît *pas contraignant* pour la juridiction qui l'a sollicité. Enfin, les Etats membres de l'AELE auront la faculté de limiter le cercle des juridictions aptes à opérer un tel renvoi. L'Autriche a, seule, franchi ce pas regrettable[180]. La coexistence de la procédure de l'art. 177 CEE et celle de l'art. 34 de l'Accord intra-AELE pose d'intéressantes questions juridiques qu'il n'est pas possible de traiter ici[181].

---

178 CJCE, *avis 1/91* du 14 décembre 1991, Rec. 1991, p. I-6079.

179 Publié dans FF 1992 IV 1626.

180 Voir l'art. 6 de la Bundesverfassungsgesetz adoptée par le *Nationalrat* autrichien, Bundesgesetzblatt du 12 février 1993 (49. Stück), p. 1245-1246. Certains auteurs autrichiens semblent envisager de façon assez légère le problème de la primauté du droit EEE sur le droit autrichien, voir en particulier Josef Azizi, *EWR und Bundesverfassung*, in: «Europäischer Wirtschaftsraum (Struktur, Funktion, Auswirkungen)», Economy-Fachmagazin, Hefte 11 und 12/92, Vienne, 1992, p. 22-34, spéc. p. 26-28.

181 Voir notre contribution aux Mélanges Jacques-Michel Grossen, *La procédure d'avis consultatif devant la Cour des Etats membres de l'AELE*, Bâle et Francfort (Helbing et Lichtenhahn), 1992, p. 411-428.

D. Autres aspects institutionnels

43. Soutien logistique du juge national par la Commission

En tant que gardienne des Traités (art. 155 CEE), la Commission a de multiples fonctions. La plus connue est sans doute la compétence qui est la sienne de poursuivre devant la Cour de justice les Etats membres qui ont manqué à leurs obligations dérivées du Traité (art. 169 CEE). On voudrait simplement mentionner ici, en passant, que les actes qu'il lui arrive d'adopter revêtent parfois une grande importance pratique pour le juge national.

a) On mentionnera, comme premier exemple, la *directive no 70/50* adoptée par la Commission le 22 décembre 1969 en vertu de l'art. 33 § 7 CEE[182]. Le mérite de cette directive est d'opérer un recensement, catégorie par catégorie, des mesures étatiques susceptibles de défavoriser la commercialisation de produits importés par rapport aux produits d'origine nationale (voir art. 2 § 3). Tout ce qui relève, dans le Traité CEE (art. 30 et 36 CEE) et dans l'Accord de libre-échange (art. 13 et 20 ALE), de ce concept abstrait de «*mesures d'effet équivalant à des restrictions quantitatives*» – à l'importation ou à l'exportation – trouve, dans cette directive, une expression concrète qui permet d'identifier les entraves résultant de discriminations dissimulées[183].

b) Un autre acte de la Commission qui, dans l'optique du juge national, a eu un impact certain est la *communication adoptée à la suite de l'arrêt Rewe «Cassis de Dijon»*[184] du 19 février 1979[185]. Dans cette communication, qui précise ne pas vouloir préjuger de la jurisprudence future de la Cour, la Commission s'efforce de «faire passer le message» de la Cour dans une approche plus vaste. C'est dans cette approche que réside l'une des inspirations principales du «Livre blanc» de la Commission des CE de mai 1985 sur l'achèvement du marché intérieur, qui a lancé le processus de revision des traités aboutissant à l'Acte unique européen de 1986 et au Traité de Maastricht de 1991.

c) Troisième exemple, peut-être le plus spectaculaire: tout récemment, le 13 février 1993, après plusieurs années de travaux, la Commission a,

---

[182] JOCE du 19 janvier 1970, no 13, p. 29.

[183] PESCATORE, *Synthèse et note documentaire*, in: «L'avenir du libre-échange en Europe», Zurich, 1990, p. 493-494, no 1215, signale un cas d'application dans l'arrêt CJCE *Commission c. France* du 7 mai 1985, aff. 18/84, Rec. 1985, p. 1339 (avantages fiscaux réservés à la presse nationale).

[184] JOCE du 3 octobre 1980, no C 256, p. 2.

[185] CJCE, arrêt *Rewe* (*Cassis de Dijon*) du 20 février 1979, aff. 120/78, Rec. 1979, p. 649.

par une *communication*, lancé une grande opération *destinée à inciter les opérateurs économiques (ou plutôt les plaideurs) à porter devant les tribunaux nationaux les infractions au droit de la concurrence fondées sur les art. 85 et 86 CEE ou sur la législation dérivée (en particulier le règlement no 17)*. On trouve dans cette communication, qui fait un tableau précis et complet de la jurisprudence de la Cour sur ces dispositions, des indications précieuses sur le rôle d'*amicus curiae* que la Commission est disposée à jouer – à titre prioritaire – pour aider les juridictions nationales qui accepteraient de se lancer dans cette entreprise[186]. Il y a longtemps que l'on plaidait une application décentralisée du droit communautaire, plus conforme au principe de subsidiarité[187]. A sa façon, et dans un secteur sensible entre tous, cette communication marque peut-être un tournant dans la façon d'envisager les rapports entre le droit européen et le droit national.

44. Contrôle politique du juge national par le Parlement européen

Un aspect institutionnel encore plus inattendu de la future insertion du juge suisse dans la structure institutionnelle de l'ordre juridique communautaire transparaît dans la présentation par la Commission, chaque année, d'un *rapport destiné au Parlement européen sur le contrôle de l'application du droit communautaire*. Le 9e du genre, portant sur l'année 1991, a été publié récemment[188]. L'annexe 11 de ce rapport est consacrée à l'*application du droit communautaire par les juridictions nationales*. Une série de tableaux présente le nombre d'affaires préjudicielles soumises à la Cour de justice au cours des dernières années (ce nombre est stable: 179 en 1988; 139 en 1989; 141 en 1990; 186 en 1991; 162 en 1992). La Commission observe que pour la troisième année consécutive en 1991, des questions préjudicielles ont été posées à la Cour de justice par les juridictions de *tous* les Etats membres (avec toutefois de fortes disparités: 50 affaires préjudicielles en provenance d'Allemagne; 1 seule en provenance d'Irlande).

La Commission livre au Parlement européen – pour que celui-ci puisse en débattre – l'objet de ses recherches, qui portent notamment sur la question de savoir si des juridictions dont les décisions ne sont pas susceptibles de recours juridictionnel auraient évité à tort de saisir la Cour

---

186 JOCE du 13 février 1993, no C 39, p. 6.

187 Claus-Dieter Ehlermann, *Ein Plädoyer für die dezentrale Kontrolle der Anwendung des Gemeinschaftsrechts durch die Mitgliedstaaten*, Mélanges Pescatore, Baden-Baden (Nomos), 1987, p. 205-226.

188 JOCE du 28 septembre 1992, no C 250, p. 1ss (92/C 250/01, COM (1992) 136 final).

de justice d'une question préjudicielle dans une affaire où elles auraient dû le faire. On apprend ainsi que le 27 août 1991, le *Bundesverfassungsgericht* allemand a confirmé une décision du *Bundesgerichtshof* du 15 janvier 1990 de ne *pas* saisir la Cour de justice de questions relatives à l'interprétation du droit communautaire (coordination du droit des sociétés), mais que ces questions se trouvent avoir été posées par le *Landesgericht Hannover*. On apprend aussi qu'en Espagne, *le Tribunal constitucional* a, à deux reprises, par arrêts des 14 février 1991 et 22 mars 1991, renoncé à saisir la Cour de justice à titre préjudiciel, au motif peu convaincant que la violation éventuelle de la législation communautaire par une disposition légale ou réglementaire espagnole «ne relève pas du domaine du droit constitutionnel puisqu'elle renvoie à un conflit entre des dispositions de rang inférieur à la Constitution, qui doit être résolu par les juridictions ordinaires». Au Portugal, le *Supremo tribunal de justiça* s'est malheureusement abstenu de poser des questions préjudicielles, devant la Cour de justice, malgré l'apparente contradiction entre un décret-loi no 430/83 et l'arrêt *Bonsignore* de 1975[189].

On voit ainsi que même le Parlement européen peut être amené à contrôler, sur le plan politique, l'exercice par le juge national de ses fonctions communautaires.

[189] CJCE, arrêt *Bonsignore* du 26 février 1975, aff. 67/74, Rec. 1975, p. 297.

CHAPITRE 5

Incidences du droit communautaire sur l'organisation et l'exercice de la fonction juridictionnelle en Suisse

«Sowohl in der EG als auch in der Schweiz besteht also bis heute die Tendenz, das Bestehen von Verfahren für einen wirksamen Rechtsschutz für wichtiger einzustufen als die Existenz eines perfekten geschriebenen Grundrechtskatalogs. Unter dem Gesichtspunkt des Verfahrensschutzes würden Schweizerinnen und Schweizer bei einem EG-Beitritt eindeutig gewinnen.»

WALTER KÄLIN[1]

A. Le principe

45. Autonomie des Etats membres en matière d'organisation judiciaire et de droit procédural

Le droit communautaire est décentralisé dans son application. Cela est en particulier vrai de son application judiciaire, qui incombe aux juges nationaux. La pénétration du droit communautaire dans la sphère nationale est donc largement tributaire de l'organisation judiciaire et du droit procédural de chaque Etat membre.

Mais le droit communautaire repose sur des *règles communes*, qui doivent s'imposer «avec la même force dans tous les Etats membres»[2]. Il en découle que si les Etats membres sont en principe libres d'organiser leur système judiciaire et leur droit procédural comme ils l'entendent, cette liberté trouve sa limite générale dans l'*effet utile* du droit communautaire et ses limites spécifiques dans les *principes procéduraux* – définis par la Cour de justice des Communautés européennes – énonçant les exigences que les droits procéduraux nationaux doivent satisfaire.

---

1 WALTER KÄLIN, *EG und Grundrechte: Chance oder Gefahr für die individuellen Freiheiten?* in: «Schweizerische Identität und Europäische Integration» (E.R. Weibel und M. Feller, Hrsg.), Berne (Haupt), 1992, p. 165-178, p. 173.

2 CJCE, arrêt *Salgoil* du 19 décembre 1968, aff. 13/68, Rec. 1968, p. 662 ss, p. 675.

Le *principe de l'«autonomie institutionnelle«* des Etats en matière d'organisation judiciaire et de droit procédural a été rappelé d'innombrables fois par la Cour de justice. Ainsi a-t-elle dit pour droit, dans son arrêt *Mireco* du 10 juillet 1980, sur question préjudicielle posée par la Cour suprême de cassation d'Italie:

> *«En l'absence de réglementation communautaire (...), il appartient à l'ordre juridique interne de chaque Etat membre de désigner les juridictions compétentes et de régler les modalités des recours en justice destinées à assurer la sauvegarde des droits que les justiciables tirent de l'effet direct du droit communautaire (...)»*[3].

A lire l'arrêt rendu par la Cour de justice le 7 juillet 1981 dans l'affaire *Rewe («croisières de beurre»),* on pourrait penser que l'encadrement communautaire du droit procédural national n'est pas trop contraignant. Dans cet arrêt, la Cour n'avait-elle pas relevé que «si le traité a créé un certain nombre d'actions directes qui peuvent être exercées le cas échéant par des personnes privées devant la Cour de justice, il n'a pas entendu créer devant les juridictions nationales, en vue du maintien du droit communautaire, des voies de droit autres que celles établies par le droit national»[4]?

Est-ce à dire que la liberté d'appréciation des Etats est complète et que le droit communautaire est sans prise sur l'aménagement des pouvoirs judiciaires nationaux? Assurément non, car, comme l'explique Mme CURTIN dans une excellente étude, si l'effet utile des garanties matérielles (*substantive rights*) du droit communautaire était anéanti par les insuffisances des droits procéduraux nationaux, il n'y aurait plus de *règle commune*, ces différences procédurales ayant un effet désintégrateur sur le droit communautaire: au «jeu de l'oie» («*snakes and ladders*») de la mise en oeuvre décentralisée du droit communautaire, les exigences procédurales impératives dégagées par la Cour de justice représentent donc d'utiles «échelles» (*ladders*) qui évitent aux juges de glisser dans les «toboggans» (*snakes*) d'une trop forte hétérogénéité des contextes procéduraux nationaux[5]. Ceci explique – comme M. GREVISSE, juge à la Cour de justice des Communautés européennes et M. BONICHOT, référendaire auprès de cette juridiction, le relèvent pertinemment – que «*les incidences du droit communautaire tant sur l'exercice que sur l'organisation même de la fonction juridictionnelle sont de plus en plus directes, précises et*

---

3 CJCE, arrêt *Mireco* du 10 juillet 1980, aff. 826/79, Rec. 1980. p. 2559 ss, p. 2576 (dispositif de l'arrêt); voir déjà CJCE, arrêt *Comet* du 16 décembre 1976, aff. 45/76, Rec. 1976, p. 2043 ss, p. 2052, § 13.

4 CJCE, arrêt *Rewe* («croisières de beurre») du 7 juillet 1981, aff. 158/80, Rec. 1981, p. 1805 ss, p. 1838, § 44.

5 DEIRDRE CURTIN, *The decentralised enforcement of Community law rights. Judicial snakes and ladders*, Mélanges O'Higgins, Dublin (Butterworth), 1992, p. 33-49.

contraignantes»[6]. Opinion qui concorde avec celle d'un autre observateur, M. OLIVER, qui relève de surcroît que cette jurisprudence, «dont la portée tant pratique que théorique est immense», a été récemment enrichie d'une série d'arrêts «d'une importance exceptionnelle»[7].

Avant d'en entreprendre l'analyse, on voudrait souligner, dans la perspective suisse, un parallélisme que l'étude de cette jurisprudence ne manque pas de révéler: de même qu'en Suisse, selon la règle constitutionnelle de 1905, «L'organisation judiciaire, la procédure et l'administration de la justice demeurent aux cantons dans la même mesure que par le passé» (art. 64 al. 3 Cst.), de même le droit de procédure reste-t-il en principe, dans l'ordre juridique communautaire, de la compétence des Etats membres. Mais tout comme la règle constitutionnelle souffre de nombreuses exceptions en Suisse, tant par la législation fédérale que par la jurisprudence du Tribunal fédéral, de même voit-on apparaître un phénomène semblable au sein de l'ordre juridique communautaire: l'encadrement par le droit communautaire du droit procédural national résulte tant de certaines règles procédurales contenues dans le droit dérivé que de principes généraux définis par la Cour de justice.

Le juge national se trouve donc au carrefour de l'autonomie organisationnelle des Etats membres et des limites qu'y apporte le droit communautaire. Ce sont ces limites qu'il convient d'évoquer maintenant.

B. Les limites du principe

46. Effet utile du droit communautaire

Première limite à l'autonomie institutionnelle des Etats membres en cette matière: *le droit procédural national ne doit pas menacer l'effet utile du droit communautaire*. Concrètement, cela signifie que le droit procédural national doit permettre de garantir pleinement l'effet interne des obligations communautaires et, plus généralement, des engagements internationaux. L'exécution interne des traités internationaux est d'une importance capitale. Comme on l'a dit, «tout commence par là»[8]. Le Conseil fédéral l'a souligné lui-même à plusieurs reprises en disant que l'exécution d'un

---

6 FERNAND GREVISSE/JEAN-CLAUDE BONICHOT, *Les incidences du droit communautaire sur l'organisation et l'exercice de la fonction juridictionnelle dans les Etats membres*, Mélanges Boulouis, Paris (Dalloz), 1991, p. 297-310, p. 298.

7 PETER OLIVER, *Le droit communautaire et les voies de recours nationales*, CDE 1992, p. 348-374, p. 348.

8 PIERRE PESCATORE, *Intervention orale*, in: «L'Avenir du libre-échange en Europe», Zurich, 1990, p. 396, no 1017; voir également ERNST-ULRICH PETERSMANN, *National Constitutions, foreign trade policy and European Community law*, EJIL 1992, p. 1-35, spéc. p. 33-35.

traité «ne s'épuise pas dans le respect scrupuleux des engagements sur le plan international, *mais implique la mise en oeuvre, sur le plan interne, des moyens propres à donner à ces engagements un effet optimal*»[9].

Quelles conséquences plus concrètes en déduire dans le contexte communautaire?

En priorité, que le droit procédural national ne doit pas menacer l'*effet direct* de la règle communautaire. La mobilisation du juge national dans l'exécution des obligations communautaires trouve en effet là sa première source: dans son arrêt *van Gend & Loos* du 5 février 1963, la Cour de justice a définitivement sorti le contentieux communautaire du ghetto international traditionnel dans lequel il aurait pu s'enfermer. En soulignant que «la vigilance des particuliers intéressés à la sauvegarde de leurs droits entraîne un contrôle efficace qui *s'ajoute* à celui que les articles 169 et 170 confient à la diligence de la Commission et des Etats membres», la Cour de justice a défini l'effet direct du droit communautaire comme la reconnaissance de «droits individuels *que les juridictions internes doivent sauvegarder*»[10].

Dans son arrêt *Comet* du 16 décembre 1976, la Cour de justice a fondé sur l'art. 5 CEE *(Gemeinschaftstreue)* l'obligation des juridictions nationales d'assurer le relais, au niveau procédural, de l'effet direct du droit communautaire en disant:

> «par application du principe de coopération énoncé à l'article 5 du traité, *c'est aux juridictions nationales qu'est confié le soin d'assurer la protection juridique découlant, pour les justiciables, de l'effet direct des dispositions du droit communautaire*»[11].

Dans un arrêt plus récent, du 21 février 1991, rendu en l'affaire *Zuckerfabrik Süderdithmarschen,* la Cour de justice a utilisé une formule plus générale encore en soulignant que «le juge national chargé d'appliquer, dans le cadre de sa compétence, les dispositions de droit communautaire, *a l'obligation d'assurer le plein effet du droit communautaire*»[12].

Faut-il considérer que, dans ce dernier extrait jurisprudentiel, les mots *«dans le cadre de sa compétence»* impliquent le respect inconditionnel du droit procédural national, au nom de l'autonomie institutionnelle des Etats membres en matière procédurale? Assurément non[13]. Il suffit, pour

---

9 FF 1984 I 798-799; FF 1988 III 331; JAAC 1989 no 54, § 13 *in fine*, ad note 79, p. 419 (texte allemand) et p. 461 (texte français).

10 CJCE, arrêt *van Gend & Loos* du 5 février 1963, aff. 26/62, Rec. 1963, p. 1 ss, p. 25.

11 CJCE, arrêt *Comet* du 16 décembre 1976, aff. 45/76, Rec. 1976, p. 2043 ss, p. 2052, § 12.

12 CJCE, arrêt *Zuckerfabrik Süderdithmarschen* du 21 février 1991, aff. jtes C-143/88 et C-92/89, Rec. 1991, p. I-415 ss, p. I-543, § 30.

13 On rapprochera ce passage de l'arrêt précité de la Cour de justice de celui de l'arrêt du Tribunal fédéral ATF 117 Ib 367, *Erben X*, du 15 novembre 1991, où le Tribunal fédéral dit (les mots en question sont en italique dans l'arrêt) que l'obligation de respecter et

s'en convaincre, de se rappeler le passage suivant de l'arrêt *Simmenthal* de 1978, affaire dans laquelle le Gouvernement italien contestait aux juridictions inférieures italiennes le droit, réservé à la Cour constitutionnelle italienne, de déclarer incompatible avec le droit communautaire une législation adoptée après l'entrée en vigueur de ce dernier:

> «serait, dès lors, incompatible avec les exigences inhérentes à la nature même du droit communautaire toute disposition d'un ordre juridique national ou toute pratique, législative, administrative ou judiciaire, qui aurait pour effet de diminuer l'efficacité du droit communautaire *par le fait de refuser au juge compétent pour appliquer ce droit le pouvoir de faire, au moment même de cette application, tout ce qui est nécessaire pour écarter les dispositions législatives nationales formant éventuellement obstacle à la pleine efficacité des normes communautaires*»[14].

Dans l'optique suisse, les développements qui précèdent appellent deux remarques.

La première pour constater que la jurisprudence du Tribunal fédéral contient plusieurs exemples de relativisation du droit de procédure national motivés par la volonté de préserver l'effet utile d'une règle de droit international ou de droit européen. On citera comme exemples, avant l'entrée en vigueur de l'EIMP[15] (1er janvier 1983), les arrêts qui ont délibérément laissé *inappliqué* l'art. 23 de la loi sur l'extradition de 1892 pour ménager l'effet utile de l'art. 5 § 3 CEDH (avec la conséquence – expressément reconnue par le Tribunal fédéral – que la portée de la loi fédérale sur l'extradition du 22 janvier 1892 «*a été partiellement modifiée*»)[16]; et les arrêts qui, à propos de la recevabilité du recours de droit administratif, se sont écartés de la lettre de l'art. 100, let. b, ch. 3 OJ, lorsque le non-renouvellement d'autorisations de séjour risquait de nuire à l'effet utile de l'art. 8 CEDH, autrement dit risquait de violer cette disposition[17].

La seconde remarque vise à dissiper une crainte. Même si, comme on va le voir, le droit communautaire fait déjà des incursions dans le droit de procédure nationale, il n'est pas près d'en niveler les particularismes, qui sont souvent l'expression d'un pluralisme culturel social et juridique. Une récente étude de M. WOLF, consacrée au démantèlement d'obstacles procéduraux précis dans le marché intérieur européen, le montre de

---

d'appliquer le droit international implique l'intervention des organes de l'Etat, «*im Rahmen ihrer Kompetenzen*» (l'arrêt est également publié dans EuGRZ 1992, p. 416).

14 CJCE, arrêt *Simmenthal* du 9 mars 1978, aff. 106/77, Rec. 1978, p. 629 ss, p. 644, § 22.

15 Loi fédérale du 20 mars 1981 sur l'entraide internationale en matière pénale, RS 351.1.

16 ATF 107 Ib 68, 69, *Dharmarajah* du 27 mars 1981; ATF 106 Ib 16, 17, *Bozano*, du 15 janvier 1980.

17 ATF 109 Ib 185, *Reneja*, du 9 décembre 1983; ATF 111 Ib 1, *N.*, du 15 mars 1985.

manière convaincante[18]. Cet auteur observe en effet que si de nombreuses particularités procédurales nationales sont «neutres» sous l'angle du droit communautaire (par ex. le système du juge unique ou le système collégial; ou encore la participation ou non de juges laïcs aux côtés de magistrats professionnels; ou encore la conduite de l'instance, etc.), d'autres particularismes procéduraux ont, en revanche, des effets négatifs sur le marché intérieur *(binnenmarktstörende Auswirkungen),* susceptibles de créer des distorsions de concurrence, de modifier les flux d'échanges ou de conduire à certaines formes de «forum shopping» (obligation ou non de s'assurer le concours d'un avocat; pratique des frais de justice; certaines modalités de l'administration des preuves; existence ou non d'une procédure rapide en matière de poursuite pour dettes; règles d'exécution forcée en général, etc.[19]).

Le moment serait peut-être venu, en Suisse, de procéder à une étude d'envergure recensant toutes les pratiques administratives ou procédurales qui, en rendant plus difficile l'exercice des quatre libertés dans les rapports intercantonaux, empêchent déjà l'achèvement du «marché intérieur suisse»[20] et rendent potentiellement plus difficile l'intégration procédurale de la Suisse dans la Communauté.

47. Non-discrimination procédurale

Une deuxième limite à l'autonomie institutionnelle des Etats membres réside dans le fait que *le droit procédural national ne doit pas discriminer les moyens de droit fondés sur le droit communautaire par rapport aux moyens de droit fondés sur le droit national.* En effet, selon une jurisprudence constante, le droit reconnu à l'ordre juridique interne de chaque Etat membre – en l'absence de réglementations communautaires en la matière – de régler les modalités procédurales des recours en justice, destinés à assurer la sauvegarde des droits que les justiciables tirent de l'effet direct du droit communautaire, n'existe que «*pour autant que ces modalités ne soient pas moins favorables que celles concernant des recours similaires de nature interne ni aménagées de manière à rendre*

---

18 Voir MANFRED WOLF, *Abbau prozessualer Schranken im europäischen Binnenmarkt*, in: «Wege zu einem europäischen Zivilprozessrecht (Tübinger Symposium zum 80. Geburtstag von Fritz Baur)» (W. Grunsky und a., Hrsg.), Tübingen (Mohr), 1992, p. 35-67.

19 MANFRED WOLF (note 18), 1992, p. 38, et 45-67.

20 Comme exemple tiré de ce qu'on pourrait qualifier, dans les catégories communautaires, de *«libre prestation de services intercantonale»*, on citera l'arrêt ATF 116 Ib 355, *Stéphane de Montmollin c. Neuchâtel*, du 21 décembre 1990 (inconstitutionnalité, au regard de l'art. 31 Cst., de l'obligation faite à un architecte établi à Bienne de se constituer un domicile professionnel dans le canton de Neuchâtel pour y exercer un mandat).

pratiquement impossible l'exercice des droits conférés par l'ordre juridique communautaire»[21].

Dans la pratique, le principe de non-discrimination procédurale ne semble guère poser de problème[22]. On relèvera toutefois que dans une affaire allemande actuellement pendante devant la Cour de justice, la discrimination procédurale dont souffrent les non-nationaux en matière de *cautio judicatum solvi* pourrait bien être considérée comme contraire aux art. 59 et 60 CEE (le plaideur intracommunautaire étant considéré comme prestataire de services)[23]. Par ailleurs, ce principe de non-discrimination pourrait servir d'utile paramètre d'analyse critique lors des travaux de revision totale de la loi d'organisation judiciaire, qui vont commencer incessamment[24]. En effet, comme l'observent MM. GREVISSE et BONICHOT, il ne suffit pas de veiller à assurer une simple égalité formelle entre le justiciable «national» et le justiciable «communautaire». Selon ces auteurs, «le droit communautaire et les principes qui le gouvernent imposent des 'canons' juridictionnels minimum qui ont cette particularité de se définir en termes d'objectifs à atteindre: contrôler effectivement, assurer la protection des droits tirés du droit communautaire de manière à ce que les citoyens puissent en bénéficier réellement»[25].

On trouve une autre expression du principe de non-discrimination procédurale dans l'arrêt *Rewe* du 7 juillet 1981, où la Cour déclare:

> «le système de protection juridique mis en oeuvre par le traité, tel que l'exprime en particulier l'article 177, implique que tout type d'action prévu par le droit national doit pouvoir être utilisé pour assurer le respect des règles communautaires d'effet direct dans les mêmes conditions de recevabilité et de procédure que s'il s'agissait d'assurer le respect du droit national»[26].

---

21 CJCE, arrêt *Emmott* du 25 juillet 1991, aff. C-208/90, Rec. 1991, p. I-4269 ss, p. I-4298, § 16, ainsi que les arrêts cités; voir en outre CJCE, arrêt *Comet* du 16 décembre 1976, aff. 45/76, Rec. 1976, p. 2043 ss, p. 2053, § 19; CJCE, arrêt *Mireco* du 10 juillet 1980, aff. 826/79, Rec. 1980, p. 2559 ss, p. 2576, disp. de l'arrêt.

22 Dans ce sens, (note 7) OLIVER, CDE 1992, p. 354; cet auteur cite toutefois, comme exception à la règle, l'arrêt CJCE, *Salumi* du 27 mars 1980, aff. 66 et 127-128/79, Rec. 1980, p. 1237 ss, p. 1260-1261, § 7-12.

23 CJCE, affaire *Hubbard c. Hamburger*, C-20/92, voir les conclusions de l'avocat général DARMON présentées le 10 mars 1993 (concluant à la violation).

24 La désignation de la commission d'experts par le DFJP, sur mandat du Conseil fédéral, est intervenue en juin 1993 (présidence: M. HEINRICH KOLLER); sur quelques aspects de la dimension européenne de cette revision totale, voir ci-après, § 61, p. 474-486.

25 GREVISSE/BONICHOT (note 6), 1991, p. 304; sur l'importance des garanties procédurales de droit national pour la garantie effective des droits individuels conférés par le droit communautaire, voir également A. CASSESE/A. CLAPHAM/J. WEILER, *1992- Quels sont nos droits?*, in: «Human rights and the European Community: methods of protection», (A. Cassese/A. Clapham/J. Weiler, éd.), vol. II, 1991, p. 77-162.

26 CJCE, arrêt *Rewe* («croisières de beurre») du 7 juillet 1981, aff. 158/80, Rec. 1981, p. 1805 ss, p. 1838, § 44 *in fine*.

De ce principe général, la Cour a en particulier déduit des conséquences concrètes en matière de remboursement de taxes perçues en violation du droit communautaire[27] et en matière de computation de délais[28]. En matière de réparation de dommages liés à un comportement fautif de l'Etat, la Cour a précisé:

> «les conditions, de fond et de forme, fixées par les diverses législations nationales en matière de réparation des dommages, ne sauraient être moins favorables que celles qui concernent des réclamations semblables de nature interne et ne sauraient être aménagées de manière à rendre pratiquement impossible ou excessivement difficile l'obtention de la réparation»[29].

48. Respect d'exigences ou de règles procédurales communautaires

L'autonomie institutionnelle des Etats membres en matière procédurale est également limitée par des dispositions de droit communautaire primaire et de droit communautaire dérivé:

a) Parmi les dispositions de *droit communautaire primaire*, on mentionnera le parti qui peut être tiré, dans ce contexte, de l'art. 5 CEE (principe de coopération), de l'art. 7 CEE (interdiction de discrimination à raison de la nationalité), et de l'art. 189 CEE, dont les définitions (du règlement; de la directive; de la décision) sont autant de *balises procédurales* pour l'exercice de la fonction juridictionnelle au niveau interne.

b) Certaines règles de *droit communautaire dérivé* jouent aussi un rôle décisif dans les modalités de protection judiciaire des droits individuels garantis par le droit communautaire.

Quelques exemples illustreront le phénomène, qualifié par un ancien président de la Cour, M. MERTENS DE WILMARS, «d'encadrement de la marche discrétionnaire laissée aux Etats membres»[30]:

---

27 CJCE, arrêt *San Giorgio* du 9 novembre 1983, aff. 199/82, Rec. 1983, p. 3595.

28 CJCE, arrêt *Comet* du 16 décembre 1976, aff. 45/76, Rec. 1976, p. 2043 ss, p. 2052-2054, § 13-19 et dispositif de l'arrêt (où la Cour précise «... étant entendu que les modalités procédurales de l'action en justice ne peuvent être moins favorables que celles concernant des recours similaires de nature interne»).

29 CJCE, arrêt *Francovich et Bonifaci* du 19 novembre 1991, aff. jtes C-6 et 9/90, Rec. 1991, p. I-5357 ss, p. I-5416, § 43.

30 JOSSE MERTENS DE WILMARS, *Réflexions sur le système d'articulation du droit communautaire et du droit des Etats membres*, Mélanges Boulouis, Paris (Dalloz), 1991, p. 391-408, spéc. p. 395-401 (les exemples qui suivent sont largement repris de cet auteur).

- en matière d'*égalité de rémunération entre travailleurs masculins et féminins*[31] et en matière d'*égalité de traitement entre hommes et femmes en ce qui concerne l'accès à l'emploi, à la formation professionnelle et aux conditions de travail*[32] ainsi qu'en matière d'*égalité de traitement dans les régimes professionnels de sécurité sociale*[33], le droit communautaire oblige parfois les Etats membres à prévoir dans la législation nationale que puissent être déclarées nulles ou obligatoirement modifiées toutes les clauses de contrats individuels ou collectifs, d'échelles de salaires, de barèmes, de contrats de travail individuels contraires au principe d'égalité de rémunérations;
- d'autres directives imposent aux Etats membres un *système de protection juridictionnelle* permettant aux bénéficiaires d'obtenir une exécution des directives en justice. On citera comme exemple, à nouveau, les directives relatives à l'égalité entre hommes et femmes, qui contiennent toutes des dispositions obligeant les Etats membres à introduire dans leur ordre juridique interne les mesures nécessaires pour permettre à toute personne lésée par la non-application des directives de faire valoir ses droits par voie juridictionnelle, le cas échéant après recours à des instances compétentes[34];
- en matière de *droit de réponse à la télévision,* le droit communautaire règle les modalités du droit de réponse et oblige les Etats membres à prévoir «des procédures de nature à permettre l'introduction d'un recours juridictionnel en cas de litiges portant sur le droit de réponse»[35];
- en matière de *protection contre les licenciements,* certaines directives prévoient des obligations à charge des employeurs, obligeant des Etats membres à «prendre les mesures nécessaires pour protéger les travailleurs contre tout licenciement qui constituerait une réaction de l'employeur à une plainte formulée au niveau de l'entreprise ou à une action en justice visant à respecter ses obligations»[36];

---

31 Directive no 75/117 du Conseil, du 10 février 1975, JOCE du 19 février 1975, no L 45, p. 19 (art. 4).

32 Directive no 76/207 du Conseil, du 9 février 1976, JOCE du 14 février 1976, no L 39, p. 40 (art. 3 et 4).

33 Directive no 86/378 du Conseil, du 24 juillet 1986, JOCE du 12 août 1987, no L 225, p. 40 (art. 4).

34 Art. 2 de la Directive no 75/11 du 10 février 1975 (égalité des rémunérations); art. 6 de la Directive no 76/207 du 9 février 1976 (accès à l'emploi); art. 9 de la Directive no 86/613 du 11 décembre 1986 (égalité de traitement des travailleurs indépendants), etc. Voir d'autres exemples chez MERTENS DE WILMARS (note 30), 1991, p. 395, note 7.

35 Art. 23, § 5 de la Directive no 89/552 du 3 octobre 1989 visant à l'harmonisation des législations nationales relatives aux activités de radiodiffusion télévisuelle, JOCE du 17 octobre 1989, no L 298, p. 23.

36 Art. 5 de la Directive no 75/11 (égalité de rémunérations); art. 7 de la Directive no 76/207 (égalité dans l'accès à l'emploi); art. 11 de la Directive no 86/378 (égalité dans le domaine de la sécurité sociale professionnelle).

– en matière d'*actions en dommages et intérêts* intentées contre l'Etat en raison d'une discrimination fondée sur le sexe lors de l'accès à l'emploi. Deux assistantes sociales, qui avaient été écartées au profit de candidats masculins moins qualifiés qu'elles pour exercer un emploi dans un établissement pénitentiaire allemand (et qui avaient été dédommagées de manière symbolique pour le dommage subi), ont obtenu de la Cour de justice une interprétation de l'art. 6 de la Directive no 76/207 impliquant un comportement actif du juge national. *Selon la Cour, cette disposition «impose aux Etats membres l'obligation d'introduire dans leur ordre juridique interne les mesures nécessaires pour permettre à toute personne qui s'estime lésée par une discrimination «de faire valoir ses droits par voie juridictionnelle»*. Il découle de cette disposition que les Etats membres sont tenus de prendre des mesures qui soient suffisamment efficaces pour atteindre l'objet de la directive et de faire en sorte que ces mesures puissent être effectivement invoquées devant les tribunaux nationaux par les personnes concernées». En l'espèce, le seul remboursement des frais de transport en bus (7,20 DM) a été considéré comme manifestement insuffisant[37].
– l'*obligation d'interprétation conforme* constitue une autre exigence procédurale de droit communautaire imposée au juge national. Dans l'arrêt qui vient d'être cité, la Cour de justice tire parti de l'art. 189 al. 3 CEE pour dire que «s'il est vrai que cette disposition réserve aux Etats membres la liberté du choix et des voies et moyens destinés à assurer la mise en oeuvre de la directive, *cette liberté laisse cependant entière l'obligation, pour chacun des Etats destinataires, de prendre, dans le cadre de son ordre juridique national, toutes les mesures nécessaires en vue d'assurer le plein effet de la directive, conformément à l'objectif qu'elle poursuit*»[38].

Ces quelques exemples illustrent le fait qu'à l'instar du droit fédéral vis-à-vis de l'autonomie procédurale des cantons, le droit communautaire impose diverses exigences procédurales aux Etats membres. Cet encadrement procédural communautaire du droit national joue un rôle harmonisateur dans l'exécution décentralisée du droit communautaire.

On aurait cependant tort de n'y voir qu'un processus à sens unique. Il arrive que la Cour de justice tempère la rigueur d'une règle procédurale communautaire en imposant, au nom de la protection des droits fondamentaux, le respect du droit procédural national. L'arrêt *Hoechst* rendu le 21 septembre 1989 en fournit une bonne illustration dans le domaine de la concurrence. Amenée à définir l'étendue des compétences de la

---

37 CJCE, arrêt *von Colson et Kamann* du 10 avril 1984, aff. 14/83, Rec. 1984, p. 1891 ss, p. 1907, § 18.

38 CJCE, arrêt *von Colson et Kamann* du 10 avril 1984, aff. 14/83, Rec. 1984, p. 1891 ss, p. 1906, § 15.

Commission en matière d'enquêtes auprès des entreprises pour la répression de pratiques anti-concurrentielles, en application du Règlement no 17 du 16 février 1962, la Cour précise: «*c'est le droit national qui définit les modalités procédurales appropriées pour garantir le respect des droits des entreprises*», les Etats membres étant «*tenus d'assurer l'efficacité de l'action de la Commission tout en respectant les principes généraux*» *rappelés par la Cour*[39].

C. La responsabilité du législateur national

49. Transparence du droit procédural

On pourrait être tenté de penser que les principes de la primauté et de l'effet direct suffisent à l'articulation du droit national avec le droit communautaire. Ce serait oublier que la Cour de justice a précisément souligné, dans un arrêt *Commission c. Italie* du 24 mars 1988, que «la primauté et l'effet direct des dispositions du droit communautaire ne dispensent pas les Etats membres de l'obligation *d'éliminer de leur ordre juridique interne les dispositions incompatibles avec le droit communautaire*; en effet, leur maintien engendre une situation de fait ambiguë, en laissant les sujets de droit concernés dans un état d'incertitude quant aux possibilités qui leur sont réservées de faire appel au droit communautaire»[40]. C'est donc le législateur qui doit agir et, avant lui, c'est au Conseil fédéral, en Suisse, que revient la tâche de dépister les incompatibilités potentielles; de faire des propositions de modifications législatives; de préconiser le cas échéant des solutions transitoires; et surtout d'informer le Parlement sur les options ouvertes et les conséquences que pourrait engendrer l'adoption de certains actes internes contraires au droit international[41].

Une autre attitude, franchement contraire à l'élémentaire bonne foi, consisterait à dire que tant que l'incompatibilité législative n'a pas été sanctionnée sur le plan international, il n'y a pas lieu de s'en faire. Les

---

39 CJCE, arrêt *Hoechst* du 21 septembre 1989, aff. 46/87, Rec. 1989, p. 2859 ss, p. 2924, § 19, voir GREVISSE (note 6), 1991, p. 306, note 25; sur les garanties voisines qui peuvent être tirées de l'art. 8 CEDH contre des visites domiciliaires et saisies opérées par des agents des douanes françaises, voir Cour EDH, arrêt *Crémieux c. France* du 25 février 1993, Série A no 256-B.

40 CJCE, arrêt *Commission c. Italie*, aff. 104/86, Rec. 1988, p. 1799 ss, p. 1817, § 12; voir déjà CJCE, arrêt *Commission c. France*, du 4 avril 1974, aff. 167/73, Rec. 1974, p. 359ss, p. 372, § 41.

41 Sur toutes ces questions, qui ne sont autres que des conséquences tirées à titre préventif de la primauté du droit international dans le cadre du processus législatif, voir JAAC 1989 no 54, § 16, let. a, b, c, d (p. 423-426: texte allemand; p. 466-469: texte français).

partisans d'une telle approche minimaliste des obligations internationales ne sont pas rares. Leurs thèses nous semblent à courte vue et franchement contraires à l'intérêt objectif d'un petit pays qui ne tire sa force que de son bon droit (MAX HUBER). D'ailleurs, la jurisprudence de la Cour de justice ne laisse aucun doute sur ce point. Il est préférable de procéder *de manière anticipée* à l'abrogation formelle d'une règle de droit national contraire au droit communautaire plutôt que de ne s'y résoudre que sur la foi d'un arrêt en constatation de manquement. Dans un arrêt *Waterkeyn* du 14 décembre 1982, la Cour a précisé:

> «dans le cas où l'arrêt «en manquement» constate l'incompatibilité avec le traité de certaines dispositions législatives d'un Etat membre, *il entraîne, pour les autorités participant à l'exercice du pouvoir législatif, l'obligation de modifier les dispositions en cause, de manière à les rendre conformes aux exigences du droit communautaire*»[42].

Une autre indication précieuse découle de l'arrêt *Sail* du 21 mars 1972, où la Cour a déclaré que «*l'efficacité du droit communautaire ne saurait varier selon les différents domaines du droit national à l'intérieur desquels il peut faire sentir ses effets*»[43].

Autre indication générale: ce sont les Etats membres, donc d'abord les législateurs, qui «portent la responsabilité d'assurer, dans chaque cas, une protection effective» aux droits tirés des normes communautaires[44]. Mais dans l'arrêt *Salgoil* de 1968, la Cour de justice s'est gardée de trancher elle-même un problème de qualification («droits subjectifs»/«intérêts légitimes») qui détermine, en droit italien, la compétence respective des juridictions judiciaires et administratives. Elle a précisé dans ce contexte «qu'il appartient à l'ordre juridique national de déterminer la juridiction compétente pour assurer cette protection et, à cet effet, de décider comment la position individuelle ainsi protégée doit être qualifiée»[45]. Même scrupule dans l'arrêt *Bozzetti* précité, de 1985, où la Cour souligne que s'il lui appartient d'«indiquer au juge national les éléments du droit communautaire qui peuvent concourir à la solution du problème de

---

42 CJCE, arrêt *Waterkeyn* du 14 décembre 1982, aff. jtes 314-316/81 et 83/82, Rec. 1982, p. 4337 ss, p. 4360, § 14; voir, dans le même sens, les conclusions de l'avocat général DARMON présentées le 31 mars 1993 dans l'affaire C-338/91, *Steenhorst-Neerings*: «Une disposition nationale incompatible avec le droit communautaire ne cesse pas de l'être du seul fait de son inapplication par les autorités de l'Etat membre concerné, dès lors que cette dernière ne peut être considérée comme totalement et définitivement acquise»; sur l'obligation du législateur national de ne pas *créer* de nouveaux actes législatifs nationaux incompatibles avec le droit communautaire, voir CJCE, arrêt *Simmenthal* du 9 mars 1978, aff. 106/77, Rec. 1978, p. 629ss, p. 644, § 17 *in fine*.

43 CJCE, arrêt *Sail* du 21 mars 1972, aff. 82/71, Rec. 1972, p. 119 ss, p. 136, § 5.

44 CJCE, arrêt *Bozzetti* du 9 juillet 1985, aff. 179/84, Rec. 1985, p. 2301 ss, p. 2317-2318, § 17.

45 CJCE, arrêt *Salgoil* du 19 décembre 1968, Rec. 1968, p. 661 ss, p. 675-676.

compétence qui se pose à lui»[46], il ne lui appartient pas pour autant «d'intervenir dans la solution des problèmes de compétence que peut soulever, au plan de l'organisation judiciaire nationale, la qualification de certaines situations juridiques fondées sur le droit communautaire»[47].

Enfin, le législateur national soucieux de mettre le droit procédural en harmonie avec le droit européen doit se souvenir que pour la Cour de Luxembourg, *les conditions procédurales imposées par le droit interne «ne sauraient être aménagées de manière à rendre pratiquement impossible l'exercice des droits conférés par l'ordre juridique communautaire»*[48].

A notre avis, ces exigences procédurales communautaires *doivent de surcroît être appréciées en fonction des exigences de la Convention européenne des droits de l'homme*. On pense en particulier, dans ce contexte, aux exigences d'équité, de célérité, d'impartialité et de légalité impliquées par la notion de procédure juridictionnelle équitable définie à l'art. 6 CEDH. A propos de l'exigence de «légalité», incluse dans celle de «prééminence du droit» dont la Cour européenne des droits de l'homme a dit qu'elle est inhérente à celle de procès équitable de l'art. 6 CEDH[49], on pense à la notion de «prévue par la loi» contenue au § 2 des art. 8, 9, 10 et 11 CEDH. Comme on le sait, la Cour européenne des droits de l'homme a déduit de cette notion la nécessité d'une clarté et d'une transparence de la loi, accessible à l'individu, «en s'entourant au besoin de conseils éclairés» d'un avocat[50].

Dans l'optique suisse, il est permis de penser que le moment est venu, puisque la revision totale de la loi fédérale d'organisation judiciaire coïncide avec la perspective d'un rapprochement important de la Suisse avec la Communauté, de saisir cette occasion pour *repenser de manière systématique et courageuse le droit procédural en fonction des exigences du droit européen*. La lisibilité de certains textes légaux actuels n'est pas leur qualité première[51] et si les distinctions entre les voies de recours ordinaires et extraordinaires font le délice des processualistes[52], elles ne

---

46 CJCE, arrêt *Bozzetti* du 9 juillet 1985, aff. 179/84, Rec. 1985, p. 2301 ss, p. 2318, § 17.

47 CJCE, arrêt *Bozzetti* du 9 juillet 1985, aff. 179/84, Rec. 1985, p. 2301 ss, p. 2318, § 17.

48 CJCE, arrêt *San Giorgio* du 9 novembre 1983, aff. 199/82, Rec. 1983, p. 3595 ss, p. 3612, § 12 (qui cite six arrêts antérieurs).

49 Cour EDH, arrêt *Salabiaku* du 7 octobre 1988, Série A no 141-A, p. 16, § 28.

50 Cour EDH, arrêt *Silver* du 25 mars 1983, Série A, no 61, p. 33, § 88.

51 Voir, à titre d'exemple, les art. 98-102 OJ, sur la recevabilité et l'irrecevabilité du recours de droit administratif, RS 173.110; on ajoutera aussitôt que certains textes communautaires n'ont rien à envier au droit suisse de ce point de vue.

52 Voir par exemple, en ce qui concerne le rapport recours de droit public/voies de recours ordinaires, AUER (1983), p. 209-211, nos 395-398; le rapport recours de droit public/pourvoi en nullité, SCHUBARTH (1990); le rapport recours de droit public / recours en réforme, POUDRET, Commentaire OJ, Berne (Stämpfli), 1990, vol. II. ad art. 43, no 2.1 – no 2.4, p. 143-152; le rapport recours de droit public / recours de droit administratif, O.K. KAUF-

font pas toujours celui des justiciables suisses et enchanteront probablement très modestement les justiciables communautaires.

Transparence, simplicité, Völkerrechts-und Europarechtsfreundlichkeit: telles devraient être trois des préoccupations prioritaires de la future revision totale de la loi d'organisation judiciaire (voir § 61).

50. Garantir la protection judiciaire efficace des droits individuels conférés par le droit communautaire

De manière très générale, la Cour de justice a posé, dans son arrêt *Simmenthal* du 9 mars 1978, que «tout juge (...) saisi dans le cadre de sa compétence a, *en tant qu'organe d'un Etat membre,* pour mission de protéger les droits conférés aux particuliers par le droit communautaire»[53].

On a déjà souligné, plus haut, le rôle du juge national comme «bras séculier» de la reconnaissance au niveau national, de l'effet direct du droit communautaire[54].

Pour pouvoir garantir une protection judiciaire efficace des droits individuels conférés par le droit communautaire, le juge doit être en mesure d'écarter, lors de l'application du droit, la règle nationale contraire à la règle communautaire. Il est significatif que dans l'arrêt *Costa c. ENEL* de 1964, *leading case* en matière de primauté, la Cour de justice ait déduit de la spécificité du droit communautaire la conséquence que ce dernier ne pouvait «se voir *judiciairement* opposer un texte interne quel qu'il soit»[55]. *L'arrêt Simmenthal* a complété cette approche en investissant le juge national de la tâche d'appliquer *intégralement* le droit communautaire et de faire, «*de sa propre autorité*»[56], «*au moment même de cette application*»[57], «*tout ce qui est nécessaire pour écarter les dispositions législatives nationales formant éventuellement obstacle à la pleine efficacité des normes communautaires», et cela nonobstant «toute disposition d'un ordre juridique national ou toute pratique, législative, administrative ou judiciaire*»[58]. Comme l'observe à juste titre M. BARAV: «Une telle prise de position constitue, en fait, une consécration de la plénitude

---

MANN/H. SCHMIDT/R. PATRY/C.H. BRUNSCHWILER/A. PFISTER, dans le célèbre débat publié dans les Mélanges A. Grisel, Neuchâtel (Ides et Calendes), 1983, p. 691-738.

53 CJCE, arrêt *Simmenthal* du 9 mars 1978, aff. 106/77, Rec. 1978, p. 629 ss, p. 643, § 16.

54 Voir plus haut, § 37, p. 390-395.

55 CJCE, arrêt *Costa c. ENEL* du 15 juillet 1964, aff. 6/64, Rec. 1964, p. 1141.

56 CJCE, arrêt *Simmenthal* du 9 mars 1978, aff. 106/77, Rec. 1978, p. 629ss, p. 645, § 24.

57 *Ibidem*, p. 644, § 22.

58 *Ibidem*, p. 644, § 22.

de compétences du juge national appréhendé comme juge communautaire»[59].

Est-ce à dire que le législateur national peut se dispenser de légiférer pour concrétiser la protection judiciaire effective de l'individu dans le cadre communautaire?

La lecture, dans ce contexte, de l'arrêt *Johnston* du 15 mai 1986 est riche d'enseignement. Mme Johnston, qui désirait renouveler son contrat de membre armé d'une police auxiliaire, se vit refuser ce renouvellement sur la foi d'un certificat signé par le Ministre compétent, certificat valant preuve irréfragable que la discrimination fondée sur le sexe dont elle était victime quant à l'accès à l'emploi avait été opérée dans le but de sauvegarder la sûreté de l'Etat ou de protéger la sécurité publique.

La Cour de justice, amenée à interpréter l'art. 6 de la Directive no 76/207 relative à la mise en oeuvre du principe d'égalité de traitement entre hommes et femmes[60], vit dans le contrôle juridictionnel exigé par cette disposition l'expression d'un principe général de droit. Le raisonnement de la Cour est d'autant plus intéressant que lorsqu'il parle de «*mesures efficaces*», on sent que celles-ci doivent être prises soit par le *législateur*, soit par le *juge* ou encore par une *autre autorité d'application du droit*. Par ailleurs, une référence particulièrement explicite est faite aux art. 6 et 13 CEDH. Toutes ces raisons justifient une citation intégrale du passage central de l'arrêt:

> «A cet égard, il convient de rappeler d'abord que l'article 6 de la directive impose aux Etats membres l'obligation d'introduire dans leur ordre juridique interne des mesures nécessaires pour permettre à toute personne qui s'estime lésée par une discrimination «*de faire valoir ses droits par voie juridictionnelle*». *Il découle de cette disposition que les Etats membres sont tenus de prendre des mesures qui soient suffisamment efficaces pour atteindre l'objet de la directive et de faire en sorte que les droits ainsi conférés puissent être effectivement invoqués devant les tribunaux nationaux par les personnes concernées.*
>
> *Le contrôle juridictionnel imposé par cet article est l'expression d'un principe général de droit qui se trouve à la base des traditions constitutionnelles communes aux Etats membres. Ce principe a également été consacré par les articles 6 et 13 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, du 4 novembre 1950. Comme il a été reconnu par la déclaration de l'Assemblée, du Conseil et de la Commission, en date du 5 avril 1977 (JOCE 103, p. 1), et par la jurisprudence de la Cour, il convient de tenir compte des principes dont s'inspire cette convention dans le cadre du droit communautaire.*

---

59 Ami Barav, *La plénitude de compétence du juge national en sa qualité de juge communautaire*, Mélanges Boulouis, Paris (Dalloz), 1991, p. 1-20, p. 2.

60 Directive no 76/207 du Conseil, du 9 février 1976, JOCE 1976, no L 39, p. 40.

En vertu de l'article 6 de la directive, interprété à la lumière du principe général indiqué, toute personne a droit à un recours effectif devant une juridiction compétente contre les actes dont elle estime qu'ils portent atteinte à l'égalité de traitement entre hommes et femmes prévue par la directive 76/207. Il appartient aux Etats membres d'assurer un contrôle juridictionnel effectif sur le respect des dispositions applicables du droit communautaire et de la législation nationale destinée à mettre en oeuvre les droits prévus par la directive.»[61]

Ces principes jurisprudentiels, qui illustrent la complémentarité – dans le choix de mesures efficaces – entre le législateur et le juge et – au plan normatif – entre le droit communautaire et la Convention européenne des droits de l'homme, constituent également des balises précieuses pour les travaux envisagés du droit de procédure fédéral ou des droits de procédure cantonaux.

D. Les responsabilités du juge national

En sa qualité de juge communautaire, le juge national est en quelque sorte la charnière entre le principe de l'autonomie institutionnelle des Etats membres (§ 45), d'une part, et les limites à ce principe contenues dans les notions d'effet utile du droit communautaire (§ 46), de non-discrimination procédurale (§ 47) et de respect d'exigences ou de règles procédurales communautaires (§ 48), d'autre part.

Les principes généraux ayant été esquissés, il est maintenant nécessaire de se pencher sur les *responsabilités spécifiques qui incombent au juge national.*

51. Obligation de coopération loyale avec la Communauté (art. 5 CEE)

La première de ces responsabilités tient dans le respect du principe de coopération loyale (*Gemeinschaftstreue*) inscrit à l'art. 5 CEE. Comme la Cour l'a relevé, cette obligation de loyauté, «qui s'impose aux institutions communautaires, *revêt une importance particulière dès lors qu'elle s'établit avec les autorités judiciaires des Etats membres chargés de veiller à l'application et au respect du droit communautaire dans l'ordre juridique national*»[62].

---

61 CJCE, arrêt *Johnston* du 15 mai 1986, aff. 222/84, Rec. 1986, p. 1651 ss, p. 1682, § 17-19. La suite de l'arrêt considère que la disposition nationale litigieuse, qui avait pour effet de priver l'intéressée de la possibilité de faire valoir, par voie juridictionnelle, les droits reconnus par la directive, «*est donc contraire au principe d'un contrôle juridictionnel effectif consacré par l'article 6 de la directive*» (§ 20, p. 1682-1683).

62 CJCE, ordonnance *Zwartveld* du 13 juillet 1990, aff. C-2/88, Rec. 1990, p. I-3365 ss, p. I-3372, § 18.

Un devoir analogue, assorti de conséquences institutionnelles de moindre intensité en raison de l'absence d'une procédure comparable à l'art. 177 CEE, découle de l'art. 22 de l'Accord de libre-échange (ALE) entre la Suisse et la Communauté de 1972. Cette disposition – parmi d'autres arguments – devrait inciter les juridictions suisses à consacrer l'effet utile (*rechtliche Wirksamkeit*) de l'ALE, notamment en reconnaissant (mieux: en présumant) son *effet direct* et sa *primauté* sur le droit national contraire. C'est bien dans un esprit de coopération loyale que dans son arrêt du 28 avril 1992 *G. S.A. c. V.SpA et Tribunal arbitral*, le Tribunal fédéral a exigé d'un organe arbitral qu'il respectât l'art. 85 CEE, sous peine de violer «l'ordre public de la Communauté»[63]. C'est aussi dans un esprit de loyauté que dans son arrêt *Kupferberg* du 26 octobre 1982, la Cour de justice a reconnu l'effet direct de l'accord de libre-échange CEE-Portugal nonobstant l'avis, exprimé en procédure par plusieurs Etats membres de la Communauté qui se plaignaient de l'absence de réciprocité de la part de la Suisse[64]. Un signe est attendu du côté de la Communauté de la part de la Suisse[65]. Hélas, les occasions manquées se succèdent (§ 27).

L'Accord EEE consacre lui aussi un devoir de coopération loyale (art. 3 EEE), dont il découle des conséquences pour le législateur et pour les organes d'application du droit[66].

On notera que récemment, dans un contexte procédural particulier (énumération des trois principes qui conditionnent l'octroi par le juge national du sursis à l'exécution d'un acte national pris en exécution d'un règlement communautaire présumé invalide), la Cour de justice a souligné l'obligation pour la juridiction nationale de «*prendre dûment en compte l'intérêt de la Communauté*»[67].

52. Interprétation conforme au droit européen du droit procédural national

Dans son arrêt *Johnston* précité du 15 mai 1986, la Cour de justice a souligné «qu'en appliquant le droit national, et notamment les disposi-

---

63 ATF 118 II 193, 198, *G. S.A. c. W. SpA et Tribunal arbitral*, du 28 avril 1992. Voir ci-dessus § 28, p. 364-366.

64 CJCE, arrêt *Kupferberg* du 26 octobre 1982, aff. 104/81, Rec. 1982, p. 3641 ss, p. 3663-3664, § 16-18.

65 Voir Pierre PESCATORE, *Synthèse et note documentaire*, in: «L'avenir du libre-échange en Europe», Zurich (Schulthess), 1990, p. 479, no 1166 et p. 484, no 1186 *in fine*.

66 Voir notre analyse de l'art. 3 EEE, in: «Accord EEE (Commentaires et réflexions)», Zurich, 1992, p. 49-75, spéc. p. 57-61.

67 CJCE, arrêt *Zuckerfabrik Süderdithmarschen* du 21 février 1991, aff. jtes C-143/88 et C-92/89, Rec. 1991, p. I-415 ss, p. I-544, § 33 et p. I-554, point 2 du dispositif.

tions d'une loi nationale spécialement introduite en vue d'exécuter «une» directive (...), *la juridiction nationale est tenue d'interpréter son droit national à la lumière du texte et de la finalité de la directive pour atteindre le résultat visé par l'art. 189 paragraphe 3 du traité CEE»*[68].

Tirant les conséquences concrètes de ce principe dans une affaire délicate, la Cour de justice a déclaré, dans son arrêt *Marleasing* du 13 novembre 1990 – en réponse à un juge de première instance et d'instruction espagnol – que ce dernier devrait laisser inappliquée une loi espagnole de 1951 relative au régime juridique des sociétés anonymes qui se trouvait être incompatible avec la directive no 68/151 du Conseil en matière de droit des sociétés[69]. Rappelant la jurisprudence *Johnston* sur le principe de l'interprétation conforme[70], la Cour déclare:

> «Il s'ensuit que l'exigence d'une interprétation du droit national conforme à l'article 11 de la directive 68/151, précitée, interdit d'interpréter les dispositions du droit national relatives aux sociétés anonymes d'une manière telle que la nullité d'une société anonyme puisse être prononcée pour des motifs autres que ceux qui sont limitativement énoncés à l'article 11 de la directive en cause.»[71]

53. Inapplication de la règle procédurale nationale contraire au droit communautaire

C'est incontestablement l'arrêt *Simmenthal* du 9 mars 1978 qui a exprimé dans les termes les plus frappants cette responsabilité spécifique du *juge*:

> «En vertu du principe de la primauté du droit communautaire, les dispositions du traité et les actes des institutions directement applicables *ont pour effet, dans leurs rapports avec le droit interne des Etats membres, non seulement de rendre inapplicable de plein droit, du fait même de leur entrée en vigueur, toute disposition contraire de la législation nationale existante, mais encore – en tant que ces dispositions et actes font partie intégrante, avec rang de priorité, de l'ordre juridique applicable sur le territoire de*

---

68 CJCE, arrêt *Johnston* du 15 mai 1986, aff. 222/84, Rec. 1986, p. 1651 ss, p. 1690, § 53; sur l'interprétation du droit national conforme aux directives communautaires, voir HANS D. JARASS, *Richtlinienkonforme bzw. EG-rechtskonforme Auslegung nationalen Rechts*, EuR 1991, p. 211-223.

69 Directive no 68/151 du Conseil du 9 mars 1968, tendant à coordonner pour les rendre équivalentes les garanties qui sont exigées, dans les Etats membres, des sociétés au sens de l'art. 58 2e alinéa du Traité CEE pour protéger les intérêts tant des associés que des tiers, JOCE 1968 no L 65, p. 8.

70 CJCE, arrêt *Johnston* du 15 mai 1986, aff. 222/84, Rec. 1986, p. 1651 ss, p. 1690, § 53.

71 CJCE, arrêt *Marleasing* du 13 novembre 1990, aff. C-106/89, p. I-4135 ss, p. I-4159, § 9; voir également CJCE, arrêt *von Colson et Kamann* du 10 avril 1984, aff. 14/83, Rec. 1984, p. 1891 ss, p. 1909 § 26.

chacun des Etats membres – d'empêcher la formation valable de nouveaux actes législatifs nationaux dans la mesure où ils seraient incompatibles avec des normes communautaires;

(...)

Qu'il découle de l'ensemble de ce qui précède que *tout juge national, saisi dans le cadre de sa compétence, a l'obligation d'appliquer intégralement le droit communautaire et de protéger les droits que celui-ci confère aux particuliers en laissant inappliquées toutes dispositions éventuellement contraires de la loi nationale, que celle-ci soit antérieure ou postérieure à la règle communautaire.*

(...)

Qu'il y a donc lieu de répondre à la première question que *le juge national chargé d'appliquer, dans le cadre de sa compétence, les dispositions du droit communautaire, a l'obligation d'assurer le plein effet de ces normes en laissant au besoin inappliquée, de sa propre autorité, toute disposition contraire de la législation nationale, même postérieure, sans qu'il ait à demander ou à attendre l'élimination préalable de celle-ci par voie législative ou par tout autre procédé constitutionnel.»*[72]

54. Faciliter l'accès de l'individu aux droits garantis par le droit communautaire

Les règles de droit communautaire revêtant, par rapport au droit national, un caractère d'ordre public, le juge national doit les prendre en compte d'office dans la recherche de solutions relevant, par ailleurs, du droit national. Ainsi, lors de l'examen de la validité d'un contrat (art. 19-20 CO), le juge suisse doit, aujourd'hui déjà[73], vérifier si le droit de la concurrence communautaire – applicable dans les rapports entre particuliers[74] – a été respecté. Ce même juge devra d'office veiller au respect du principe de non-discrimination fondé sur la nationalité lorsqu'il se trouvera confronté, dans un litige opposant deux particuliers, à un problème de validité d'une réglementation internationale intéressant les sportifs professionnels, dont l'activité relève du droit communautaire dans la mesure – non nécessairement théorique – où cette activité représente une valeur économique[75]. Il devra veiller aussi d'office à vérifier la «légalité»

---

72 CJCE, arrêt *Simmenthal* du 9 mars 1978, aff. 106/77, Rec. 1978, p. 629 ss, *p. 643-645, §§ 17, 21 et 24.*

73 ATF 118 II 193, *G. SA (Belgique) c. W. SpA (SIV) (Italie)*, du 28 avril 1992.

74 Voir déjà, en ce qui concerne l'art. 85 CEE, CJCE, arrêt *Bosch* du 6 avril 1962, aff. 13/61, Rec. 1962, p. 89; voir également l'importante communication de la Commission du 13 février 1993, JOCE du 13 février 1993 no C 39, p. 6-11.

75 CJCE, arrêt *Walrave* du 12 décembre 1974, aff. 36/74, Rec. 1974, p. 1405.

communautaire de contrats de travail ou de conventions collectives violant le principe d'égalité de rémunération entre hommes et femmes[76] et veiller, en cas de manquement constaté par la Cour de justice mais inexécuté par l'Etat défaillant, à garantir la réparation, au profit des particuliers lésés par le manquement, à raison des dommages encourus par des travailleurs salariés en cas d'insolvabilité de l'employeur[77].

Il n'est pas exagéré de dire que c'est par le concours du juge national que le droit communautaire a acquis sa réelle efficacité. Le président LECOURT a souvent parlé du rôle décisif de l'individu dans la construction communautaire (un «*utile aiguillon*»[78]). Assurément. Mais l'accès de l'individu aux droits garantis par le droit communautaire demeurerait platonique si les revendications individuelles n'étaient activement relayées par le juge.

55. Autres obligations découlant pour le juge de l'effet utile du droit communautaire

Il n'est pas possible de recenser dans toute leur profondeur les responsabilités spécifiques du juge national dans le contexte communautaire. Il est d'autant plus regrettable que l'excellente thèse consacrée par M. BARAV à la fonction communautaire du juge national n'ait pas été publiée[79].

Il suffira d'indiquer ici, en style télégraphique, que la Cour de justice a dégagé du droit communautaire les *obligations suivantes pesant sur le juge national en sa qualité de juge communautaire*:

- obligation de faire, au moment de l'application du droit communautaire au niveau national, tout ce qui est nécessaire pour écarter les dispositions législatives nationales formant éventuellement obstacle à la pleine efficacité des normes communautaires[80];
- obligation de mettre en oeuvre le principe, inhérent au système du Traité CEE, selon lequel les Etats membres sont obligés de réparer les

---

76 CJCE, arrêt *Defrenne II* du 8 avril 1976, aff. 43/75, Rec. 1976, p. 455.

77 CJCE, arrêt *Francovich et Bonifaci* du 19 novembre 1991, aff. jtes C-6 et 9/90, Rec. 1991, p. I-5357 ss, p. I-5403 ss.

78 Voir également ROBERT LECOURT, *Quel eût été le droit des Communautés sans les arrêts de 1963 et 1964?*, Mélanges Boulouis, Paris (Dalloz), 1991, p. 349-361, p. 352, citation reproduite *supra*, p. 390 (en exergue du § 37).

79 AMI BARAV, *La fonction communautaire du juge national*, thèse pour le doctorat en droit (doctorat d'Etat) soutenue publiquement le 16 décembre 1983 devant un jury composé de MM. Kovar, Cohen-Jonathan, Jacqué, Lecourt et Waline, Strasbourg, 612 p. (ronéotypées).

80 CJCE, arrêt *Simmenthal* du 9 mars 1978, aff. 106/77, Rec. 1978, p. 629 ss, p. 644, § 22 (cité plus haut, § 46, ad note 14).

dommages causés aux particuliers par les violations du droit communautaire qui leur sont imputables[81];

- obligation de reconnaître dans certaines circonstances un effet direct horizontal à des directives non transposées en droit national[82];
- obligation d'ordonner des mesures provisoires – même contraires au droit national – en vue de sauvegarder efficacement les droits individuels fondés sur le droit communautaire, notamment lorsqu'est envisagé un renvoi préjudiciel[83];
- obligation de fixer la quotité d'une peine de droit pénal administratif de manière à conférer un caractère dissuasif à la sanction en cas de violation d'une règle de droit communautaire[84];
- obligation d'exiger de l'autorité nationale de première instance la communication des motifs d'une décision administrative[85];

---

81 CJCE, arrêt *Francovich et Bonifaci* du 19 novembre 1991, aff. jtes C-6 et 9/90, Rec. 1991, p. I-5357 ss, I-5414-5416; voir déjà CJCE, arrêt *Humblet* du 16 décembre 1960, aff. 6/60, Rec. 1960, p. 1125; voir également CJCE, arrêt *Russo* du 22 janvier 1976, aff. 60/75, Rec. 1976, p. 45 ss, p. 56, § 8-9 et p. 57, lettre c du dispositif.

82 CJCE, arrêt *Francovich et Bonifaci* du 19 novembre 1991, aff. jtes C-6 et 9/90, Rec. 1991, p. I-5357 ss, p. I-5408, § 11 et p. I-5411, § 21; CJCE, arrêt *Marleasing* du 13 novembre 1990, p. I-4158-4160, § 6-13, spéc. § 7; CJCE, arrêt *Johnston* du 15 mai 1986, aff. 222/84, Rec. 1986, p. 1651 ss, p. 1691, § 54 et dispositif, p. 1693, § 1 et p. 1694 § 5; CJCE, arrêt *Marshall* du 26 février 1986, aff. 152/84, Rec. 1986, p. 723; CJCE, arrêt *Becker* du 19 janvier 1982, aff. 8/81, Rec. 1982, p. 53.

83 CJCE, arrêt *Factortame* du 19 juin 1990, aff. C-213/89, Rec. 1990, p. I-2433 ss, p. I-2474, § 11. Cet arrêt, d'une importance fondamentale, est particulièrement illustratif du phénomène par lequel le droit communautaire investit le juge national d'une compétence qu'il ne possède pas sur le plan interne. A noter que la *House of Lords*, qui avait opéré le renvoi préjudiciel, l'a fidèlement mis en oeuvre, nonobstant l'inhibition que peut représenter, au Royaume-Uni le fait pour un juge de ne pas obtempérer à la Couronne.

84 CJCE, arrêt *Commission c. Grèce* du 21 septembre 1989, aff. 68/88, Rec. 1989, p. I-2965; sur le problème de la répression des infractions douanières, voir PATRICK RAVILLARD, *La répression des infractions douanières dans le cadre du Grand marché* intérieur (Etude en droit communautaire et droit comparé), Paris (GLN Joly Editions), 1992, spécialement p. 135-171; sur l'influence du droit communautaire sur le droit pénal interne, voir BERNARD BOULOC, *L'influence du droit communautaire sur le droit pénal interne,* Mélanges Levasseur (droit pénal, droit européen), Paris (Gazette du Palais, Litec), 1992, p. 103-120, notamment p. 114-119.

85 CJCE, arrêt *Heylens* du 15 octobre 1987, aff. 222/86, Rec. 1987, p. 4097 ss, p. 4117, § 14-16 et dispositif, p. 4118-4119; cet arrêt souligne, comme l'arrêt *Johnston*, la nécessité, au regard des art. 6 et 13 CEDH et des principes généraux du droit, de l'existence nécessaire d'un recours juridictionnel contre des décisions définitives (et non contre les actes d'instruction); voir encore, parmi d'autres exemples, l'arrêt *Vlassopoulou* du 7 mai 1991, aff. C-340/89, Rec. 1991, p. I-2357ss, p. I-2385, § 22 (modalités de la reconnaissance des diplômes d'une avocate grecque établie en Allemagne).

- droit de surseoir à l'exécution d'un acte administratif national fondé sur un règlement communautaire dont la validité est contestée à titre préjudiciel[86];
- obligation, en matière de répétition de l'indu (*ungerechtfertigte Bereicherung*), d'écarter les exceptions fondées sur la tardiveté de l'action judiciaire intentée contre un Etat membre par un particulier, aussi longtemps que cet Etat n'a pas transposé correctement la directive concernée[87].

56. Conclusions

Selon une jurisprudence déjà ancienne de la Cour de justice, il incombe aux juridictions nationales compétentes «d'appliquer, parmi les divers procédés de l'ordre juridique interne, ceux qui sont appropriés pour sauvegarder les droits individuels conférés par le droit communautaire»[88].

Le survol des incidences du droit communautaire sur l'organisation et l'exercice de la fonction juridictionnelle dans les Etats membres montre que ces incidences sont de deux types.

Elles visent d'abord le *législateur*, chargé d'éliminer les règles internes incompatibles avec le droit communautaire et de garantir une protection judiciaire efficace des droits individuels conférés par celui-ci.

Mais ces incidences se font surtout sentir sur la fonction du *juge*. Comme le relèvent MM. GREVISSE et BONICHOT, «*c'est à une réflexion d'ensemble des Européens sur la fonction du juge, son statut et les pouvoirs qui sont les siens que conduit doucement la jurisprudence de la Cour, dont les incursions dans l'organisation comme dans le fonctionnement des juridictions nationales sont et seront avec le temps de plus en plus nombreuses*»[89]. M. BARAV observe pour sa part que les juridictions internes «voient leur office redéfini en raison des impératifs et exigences commandant la mise en oeuvre du droit communautaire. Cette redéfinition va, nonobstant toute contrainte de nature interne, *dans le sens de la*

---

86 CJCE, arrêt *Zuckerfabrik Süderdithmarschen* du 21 février 1991, aff. jtes C-143/88 et C-92/89, Rec. 1991, p. I-415 ss, p. I-540, § 16 (contestation incidente, devant le juge national, de la légalité communautaire d'un règlement à l'occasion d'un recours dirigé contre une mesure nationale de mise en oeuvre; droit pour le justiciable de contester de façon incidente la légalité de règlements devant le juge national et d'amener celui-ci à saisir la Cour de questions préjudicielles).

87 CJCE, arrêt *Emmott* du 25 juillet 1991, aff. C-208/90, Rec. 1991, p. I-4269 ss, p. I-4299, § 21-24.

88 CJCE, arrêt *Lück* du 4 avril 1968, aff. 34/67, Rec. 1968, p. 359 ss, p. 370.

89 GREVISSE/BONICHOT (note 6), 1991, p. 302.

reconnaissance d'une plénitude de compétence et de juridiction au juge national en sa qualité de juge communautaire»[90]. M. SIMON remarque enfin, dans un sens voisin: «L'évolution de la jurisprudence de la Cour de justice et des juridictions nationales semble donc bien dessiner progressivement les contours d'un «statut immédiatisé» du juge national, opérant une sorte de dédoublement fonctionnel entre ses compétences de juge interne et ses compétences de juge communautaire de droit commun»[91].

Parallèlement à cette progressive «communautarisation» du titre qui fonde les compétences juridictionnelles du juge national[92], on assiste à un *processus d'interaction* entre les juridictions nationales et la juridiction communautaire. Le phénomène, observé depuis longtemps[93], a pris ces dernières années des expressions nouvelles, notamment dans le domaine des droits de l'homme où l'on assiste à une fécondation réciproque du droit communautaire et de la Convention européenne des droits de l'homme[94]: la CEDH permettant d'espérer un renforcement de la protection matérielle des droits de l'homme en droit communautaire; le droit communautaire laissant entrevoir un renforcement des moyens permettant de mettre en place progressivement, dans tous les Etats membres de la Communauté, des relais procéduraux efficaces venant renforcer les garanties minimales offertes par la Convention européenne des droits de l'homme.

---

90 BARAV (note 59), 1991, p. 2.

91 DENYS SIMON, *Les exigences de la primauté du droit communautaire: continuité ou métamorphoses?*, Mélanges Boulouis, Paris (Dalloz), 1991, p. 481-493, p. 492.

92 Selon l'expression de SIMON (note 91), 1991, p. 485.

93 PESCATORE PIERRE, *L'application du droit communautaire dans les Etats membres*, in: «Cour de justice des Communautés européennes, Rencontre judiciaire et universitaire, 27-28 septembre 1976», Luxembourg, Office des publications officielles des CE, 1976, p. VI-1 à VI-42 (également en danois, allemand, anglais, italien et néerlandais), p. VI-13.

94 Voir tout spécialement PETER BADURA, *Grundrechte in Europa. Zur Frage der «normativen Verklammerung» des Gemeinschaftsrechts mit den Verfassungen der Mitgliedstaaten*, (BverfGE 73, 339-Solange II), in: «Neuntes deutsch-polnisches Juristen-Kolloquium. Der internationale und nationale Schutz der Menschenrechte», Baden-Baden (Nomos), 1992, p. 119-136, p. 135; CHRISTINE LANGENFELD/ANDREAS ZIMMERMANN, *Interdependenzen zwischen nationalem Verfassungsrecht, Europäischer Menschenrechtskonvention und Europäischem Gemeinschaftsrecht*, ZaöRV 1992, p. 259-314, spéc. p. 311-314; et JÖRN PIPKORN, *La Communauté européenne et la Convention européenne des droits de l'homme*, RTDH, Bruxelles (Bruylant), 1993, p. 221-241.

CHAPITRE 6

En attendant l'EEE ou l'adhésion à la Communauté européenne

La Suisse renouera prochainement avec son destin européen. Dans l'immédiat, par quelques jalons bilatéraux. Puis par l'entrée dans l'EEE ou par l'adhésion à la Communauté. D'ici là, nos rapports resteront régis par leur épine dorsale, l'Accord de libre-échange de 1972[1] (ci-après l'ALE), et les quelque 130 accords bilatéraux existants[2], alors que la Convention de Stockholm de 1960[3] continuera de régir les rapports de la Suisse avec ses partenaires de l'AELE.

A défaut de pouvoir tabler sur *l'acquis communautaire* que l'EEE nous aurait permis d'engranger, nous devons provisoirement tabler sur l'*acquis du libre-échange*, dans le système européen de libre-échange[4]. Non pas dans une attitude de repli. Mais dans une attitude d'ouverture, en exploitant systématiquement les virtualités – d'une richesse largement sous-estimée – du libre-échange.

Car, depuis 1972, beaucoup de choses ont changé. A la suite de la Déclaration de Luxembourg du 9 avril 1984[5], adoptée à l'issue de la première réunion ministérielle AELE-CE (réunion au cours de laquelle l'idée a été lancée de «créer un Espace économique européen dynamique profitable à leurs pays»)[6], un changement notable s'est produit sur le plan juridique: lentement mais sûrement, et malgré la résistance de certains, *le système européen de libre-échange s'est métamorphosé*. Bien que liés par des accords de libre-échange séparés – mais de même contenu – avec la Communauté, les Etats de l'AELE ont dans l'intervalle gagné sinon en homogénéité économique, du moins en poids politique relatif. Notamment en raison de la contrainte que leur a imposée la Communauté de parler, dans la négociation EEE, d'*une seule voix*. Au grand dam de

---

1 RS 0.632.401.

2 La liste de ces accords a été publiée, avec références au RS, comme *Annexe 5* du rapport du Conseil fédéral du 24 août 1988 sur la position de la Suisse dans le processus d'intégration européenne, FF 1988 III 233ss, 425-438.

3 RS 0.632.31.

4 Pour un aperçu d'ensemble de l'acquis du libre-échange, voir l'ouvrage collectif: *L'avenir du libre-échange en Europe: vers un Espace économique européen?*, Zurich (Schulthess), 1990, 574 p., avec, notamment, un aperçu historique (1945-1960) de PIERRE DU BOIS (p. 3-15); un bilan communautaire (1958-1988) d'INGOLF PERNICE (p. 17-49); un bilan au sein de l'AELE (1960-1988) de GERHARD ASCHENBRENNER (p. 151-159); un bilan des accords de libre-échange (1973-1988) de FRIEDL WEISS (p. 61-78); et un bilan de la grande zone de libre-échange (1984-1988) de JAKOB KELLENBERGER (p. 79-86).

5 Cette déclaration est publiée dans le volume précité (note 4) *L'avenir du libre-échange en Europe*, Zurich, 1990, p. 507-509.

6 *Ibidem*, p. 508, no 1251.

certains diplomates et juristes, on était passé subrepticement (politiquement, sinon juridiquement) de l'époque des bilatéralismes parallèles à celle d'un *bilatéralisme consolidé entre l'AELE et la Communauté*[7].

L'accélération de l'histoire fut impressionnante: premier discours de M. DELORS devant le Parlement européen le 17 janvier 1989; pourparlers exploratoires en vue des négociations EEE dès avril 1989; chute du mur de Berlin le 9 novembre 1989; second discours de M. DELORS le 17 janvier 1990; réunification allemande le 3 octobre 1990; premier avis de la Cour de justice le 14 décembre 1991; second avis le 10 avril 1992; signature de l'Accord EEE le 2 mai 1992; accords de libre-échange conclus en 1992 par la Suisse et ses partenaires de l'AELE avec la Turquie, la République tchèque, la Slovaquie, Israël, la Pologne, la Lituanie, l'Estonie, la Lettonie, la Roumanie, la Hongrie, la Bulgarie et les îles Féroé[8].

Parallèlement – cela est passé un peu inaperçu en Suisse – d'ambitieux accords d'association mixtes («accords européens»), fondés sur l'art. 238 CEE, étaient conclus par la Communauté et ses Etats membres avec la Pologne, la Hongrie, la République tchèque, la Slovaquie. Des accords similaires sont sur le point d'être conclus avec la Roumanie, la Bulgarie, de même qu'avec les Etats baltes[9].

Il résulte de tout ce réseau d'accords bilatéraux et multilatéraux qu'en 1993, une trentaine d'Etats européens sont intégrés dans un système de libre-échange, alors qu'ils n'étaient qu'une quinzaine le 1er juillet 1977. Fait plus spectaculaire encore: tant les accords de libre-échange conclus par les pays de l'AELE avec les pays du Centre et de l'Est de l'Europe que les accords d'association conclus avec ces mêmes Etats par la Communauté et ses Etats membres vont *plus loin* que l'Accord de libre-échange Suisse-CEE de 1972.

Plus loin au niveau du champ d'application matériel, puisqu'ils couvrent en particulier les produits agricoles et contiennent certaines règles sur la circulation des personnes (travailleurs; établissement et services), sur la libre circulation des capitaux et, surtout, un très ambitieux programme d'harmonisation des législations nationales au droit communau-

---

7 Pour un essai de typologie des premières manifestations juridiques de ces changements, voir notre contribution aux Mélanges Pescatore, *Expressions juridiques, au sein du système européen de libre-échange, du rapprochement de l'AELE et de la Communauté*, Baden-Baden (Nomos), 1987, p. 299-318.

8 L'Accord (avec protocole et arrangement) entre les Etats de l'AELE et la République de Pologne a été signé à Genève le 10 décembre 1992 (les trois instruments ont été publiés dans FF 1993 I 522-569); voir encore les accords de libre-échange avec l'Estonie, la lettonie et la lituanie, FF 1993 II 349-506.

9 Sur le contexte général de ces accords, voir SILVIO ARIOLI, *Der Europäische Freihandelsraum (Eine Vielzahl von Abkommen – ein beachtliches Resultat und doch erst ein Anfang)*, Volkswirtschaft 3/93, p. 8-13; sur les accords eux-mêmes, voir F.S. BENYON, *Les «accords européens» avec la Hongrie, la Pologne et la Tchécoslovaquie*, Revue du marché unique européen 2/92, p. 25-50.

taire dans divers domaines, allant du droit douanier au droit des sociétés, du domaine bancaire au droit de la propriété intellectuelle, du droit de la concurrence à celui de la protection des consommateurs, de la fiscalité indirecte aux transports et à l'environnement, etc.

Mais *plus loin aussi en matière institutionnelle*, car les «accords européens» entre les pays de l'Est et la Communauté prévoient que les différends relatifs à l'application ou à l'interprétation de l'accord sont réglés par le Conseil d'association ou, à défaut d'accord, par un mécanisme d'arbitrage, un arbitre étant nommé par chaque partie et un troisième par le Conseil d'association. On se souviendra que les Etats de l'AELE n'ont jamais obtenu un tel mécanisme pour les ALE, malgré deux décennies d'efforts laborieux.

A. *De l'urgence d'une euro-compatibilité jurisprudentielle*

> *«Même les plus provinciaux de nos juges doivent prendre note de ce que l'époque est passée où l'Etat pouvait être considéré comme un monde clos; l'Etat nous apparaît de plus en plus comme un système ouvert, situé dans un contexte régional – communautaire en l'occurrence – et international.»*
>
> PIERRE PESCATORE[10]

57. Pour une jurisprudence suisse ouverte sur l'Europe et sur le monde

En 1993, l'interprétation de l'Accord de libre-échange (ALE) de 1972 doit tenir compte de ces nouvelles réalités européennes. Trop souvent par le passé, l'interprétation des traités internationaux par le Tribunal fédéral a été marquée par la volonté de rechercher «l'intention des parties»[11]. Un

---

[10] PIERRE PESCATORE, *Rôle et chances du droit et des juges dans la construction de l'Europe*, RIDC 1974, p. 5-19, p. 19 (également KSE 24, 1976, p. 9-22, p. 22).

[11] Voir sur ce point la thèse de M. KRONAUER, *Die Auslegung von Staatsverträgen durch das Schweizerische Bundesgericht*, thèse ZH, Zurich (Schulthess), 1972, p. 39-52; et celle de CHRISTOPHE WILHELM, *Introduction et force obligatoire des traités internationaux dans l'ordre juridique suisse*, Lausanne (Presses centrales), 1992, p. 95-123. Ce dernier auteur souligne que la Convention de Vienne sur le droit des traités a heureusement mis un terme à l'opposition doctrinale entre la «*Willenstheorie*» et la «*Erläuterungstheorie*», la première privilégiant très souvent l'intention présumée de l'*une* des Parties contractantes (p. 107-138); comp., de ce point de vue, ATF 117 II 480, 486-487, *S. Sàrl c. B. SA*,

peu à la façon du droit privé des contrats. Ou de l'interprétation historique-subjective des lois.[12]

Aujourd'hui, la seule règle générale d'interprétation des traités qui fait foi dans l'ordre juridique suisse est celle de l'art. 31 § 1er de la Convention de Vienne (CV) du 23 mai 1969 sur le droit des traités[13], *disposition selon laquelle un traité «doit être interprété de bonne foi suivant le sens ordinaire à attribuer aux termes du traité dans leur contexte et à la lumière de son objet et de son but»*[14]. *L'interprétation objective (texte, contexte, objet, but) doit y régner en maître*[15].

Or l'*objet* et le *but* du libre-échange, aujourd'hui, ne s'épuisent pas dans un libre-échange mercantile de biens industriels. Ce libre-échange s'inscrit dans une *finalité politique*: ni plus ni moins la construction du Continent européen, pour tenter d'y préserver la paix, la démocratie et y assurer une protection des droits de l'homme. Par ailleurs, ces finalités régionales européennes s'inscrivent dans des contextes plus vastes encore: celui du GATT[16], sous l'égide duquel s'échangent plus du 90 % du commerce mondial, préfiguration de ce que pourrait être un jour une charte économique mondiale; et celui du Pacte des Nations Unies sur les droits civils et politiques de 1966[17] – extension de la CEDH de 1950 – qui constitue déjà, avec son pendant économique et social[18], une sorte de charte universelle des droits fondamentaux[19].

Comment tirer, aujourd'hui, un parti optimal de l'ALE et des autres instruments du libre-échange européen?

---

du 19 août 1991; et ATF 117 V 268, 269-270, *B.*, du 8 novembre 1991.

12 Voir sur ce point les observations critiques de RAYMOND SPIRA, *L'application du droit international de la sécurité sociale par le juge,* Mélanges Alexandre Berenstein, Lausanne (Payot), 1989, p. 471-487, spéc. p. 483-484, 484: «Il y a en effet dans tout traité international, par définition, au moins deux parties en présence et l'on ne saurait a priori prétendre interpréter la volonté des parties en consultant exclusivement les documents fournis par une seule d'entre elles».

13 RS 0.111.

14 Dans ce sens, ATF 117 Ib 367, *Erben* X, du 15 novembre 1991, ATF 117 V 268, *B.*, du 8 novembre 1991.

15 Sur cette question, voir, dans une approche comparative, notre étude *Strasbourg, Luxembourg, Lausanne et Lucerne: méthodes d'interprétation comparées de la règle internationale conventionnelle*, in: «Les règles d'interprétation» (J.-F. Perrin, éd.), Enseignement de 3e cycle de droit 1988, Fribourg (Ed. universitaires), 1989, p. 109-125.

16 RS 0.632.21.

17 RS 0.103.2/RO 1993, 750; voir CLAUDE ROUILLER, *Le Pacte international relatif aux droits civils et politiques: effets possibles de l'application immédiate de ses normes «self-executing» sur le développement des droits fondamentaux*, RDS/ZSR 1992 I, p. 107-133.

18 RS 0.103.1 / RO 1993, 725.

19 Voir WALTER KÄLIN/GIORGIO MALINVERNI/MANFRED NOWAK, *Die Schweiz und die UNO- Menschenrechtspakte/La Suisse et les Pactes des Nations Unies relatifs aux droits de l'homme*, Bâle et Francfort (Helbing & Lichtenhahn), 1991, 253 p. (ces instruments sont en vigueur pour la Suisse depuis le 18 septembre 1992).

Dans un premier temps, nous considérerons les potentialités inexploitées de l'ALE (§ 58). Pour nous demander ensuite si ce droit du libre-échange européen ne constitue pas le moyen, par excellence, de favoriser l'ouverture de notre droit constitutionnel économique (§ 59). Parallèlement, nous nous demanderons si, au-delà de ce type de considérations, le droit du libre-échange européen ne pourrait pas être utilement fécondé par le GATT et par la CEDH (§ 58, h-i).

58. Potentialités inexploitées de l'Accord de libre-échange de 1972

«Ce ne sera pas par l'introduction d'un système de règlement de litiges au niveau international qu'on fera avancer le libre-échange, mais en observant la participation des juges internes.»

PIERRE PESCATORE[20]

a) Sortir de l'ornière de l'absence d'effet direct pour ne pas tomber dans celle de l'effet direct

C'est par ce sous-titre un peu provocateur que nous voudrions aborder le sujet. En effet, c'est peu dire que l'essentiel des efforts doctrinaux portant sur les accords de libre-échange (ALE) a été consacré à la question de leur effet direct. Avec des résultats pratiques – au niveau des échos jurisprudentiels – sans commune mesure avec l'ampleur des efforts intellectuels consentis. Pourtant, le terrain avait été bien préparé par la thèse d'habilitation de M. KOLLER, publiée en 1971[21].

En 1977, la question spécifique de l'application directe de l'ALE faisait l'objet d'une thèse vaudoise due à la plume de M. CHOFFAT[22]. Dans la foulée paraissent une quinzaine de monographies consacrées, en Suisse et à l'étranger, à cette question[23].

---

20 PIERRE PESCATORE, *Synthèse*, in: «L'avenir du libre-échange en Europe», (note 4), 1990, p. 483, no 1185.

21 ARNOLD KOLLER, *Die unmittelbare Anwendbarkeit völkerrechtlicher Verträge und des EWG-Vertrages im innerstaatlichen Bereich*, Berne (Stämpfli), 1971, 216 p.

22 PAUL JEAN CHOFFAT, *L'application directe de l'Accord de libre-échange du 22 juillet 1972 entre la CEE et la Confédération suisse*, thèse Lausanne (Université de Lausanne), 1977, 239 p.

23 Voir, dans la bibliographie, les articles de MM. WAELBROECK (1973 et 1978); HIRSCH (1974); KNAPP (1974); KOLLER (1977); PESCATORE (1983); BEBR (1983); GROUX (1983 et 1987); CAIROS (1984); GAJA (1984); TAGARAS (1984); BALDI (1985); VON OVERBECK (1986); GUYET (1987); HUMMER (1987); SPINNER (1988); VEELKEN (1988) et BLECKMANN

Lors du colloque de Neuchâtel de 1988 sur l'avenir du libre-échange européen, la question de l'effet direct des ALE revint comme une litanie[24]. En fin de colloque, M. PESCATORE, rapporteur général, attira l'attention des participants sur les dangers d'une focalisation de l'attention sur ce seul problème[25]. Comme déjà signalé, l'éminent magistrat s'était en effet expliqué, en 1983, sur les raisons pour lesquelles dans l'ordre juridique communautaire, la doctrine de l'«effet direct» (*unmittelbare Wirkung*), objet d'un véritable culte parmi les juristes, apparaît cependant, avec le recul, comme une «maladie d'enfance»[26]. Aujourd'hui, la Cour de justice ne fait plus de l'effet direct une question «préalable»: l'effet direct des règles de droit communautaire est bien plutôt présumé et le juge communautaire puise d'emblée dans la substance de la règle à interpréter. Cette école de pensée influence désormais l'interprétation par la Cour de justice des ALE conclus entre la CEE et les Etats de l'AELE[27].

Dans une étude menée dans la même perspective, nous avons tenté de montrer qu'en Suisse aussi, on peut observer, dans la jurisprudence du Tribunal fédéral, le même mouvement de balancier entre des arrêts qui font de l'effet direct «toute une histoire»[28] – arrêts qui sont, de manière significative, les plus restrictifs au niveau des effets des accords internationaux à interpréter – et des arrêts qui, de manière beaucoup plus naturelle, sautent élégamment par-dessus la question préalable pour dégager d'emblée la substance des effets des accords pour les particuliers[29].

(1987). A noter que ce dernier auteur avait également consacré, une année avant M. KOLLER, sa thèse d'habilitation à la problématique générale dans un ouvrage intitulé *Begriff und Kriterien der innerstaatlichen Anwendbarkeit völkerrechtlicher Verträge*, Berlin, 1970.

24 *L'avenir du libre-échange en Europe* (note 4), 1990: voir notamment les interventions de WEISS (nos 147-177); SPINNER (nos 203, 210-211); FELBER (no 233); PETERSMANN (no 288); NORBERG (nos 403-404); RODRIGUEZ-IGLESIAS (nos 588-612); PATRY (nos 627-637); BLANKART (nos 664-665); JACOT-GUILLARMOD (nos 796-797); PESCATORE (no 885).

25 PESCATORE, *Synthèse et note documentaire*, in: «L'avenir du libre-échange en Europe» (note 4), 1990, p. 478-479, no 1165; p. 482-483, nos 1181-1185.

26 PIERRE PESCATORE, *The doctrine of «direct effect»: an infant disease of Community law*, ELR 1983, p. 154-177; *Die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs zur innergemeinschaftlichen Wirkung völkerrechtlicher Abkommen*, FS Mosler, Berlin (Springer), 1983, p. 661-689.

27 Typiques de cette approche: CJCE, arrêt *Chatain* du 24 avril 1980, aff. 65/79, Rec. 1980, p. 1345; CJCE, arrêt *Les Rapides Savoyards* du 12 juillet 1984, aff. 218/83, Rec. 1984, p. 3105; et surtout, plus récemment, CJCE, arrêt *Legros* du 16 juillet 1992, aff. C-163/90, Rec. 1992, p. I-4625.

28 Typiques de cette approche: ATF 111 V 201, *Courtet*, du 23 octobre 1985; ATF 112 Ib 183, *Maison G. Sprl c. Direction générale des douanes*, du 2 septembre 1986.

29 Typiques de cette approche: la plupart des arrêts du Tribunal fédéral appliquant ou interprétant la CEDH. En ce qui concerne l'ALE, voir ATF 111 Ib 323, *Société X*, du 10 décembre 1985; ATF 114 Ib 168, *Medigros*, du 11 novembre 1988; voir en outre ATF 112 V 145, *Mondragon*, du 24 septembre 1986. Sur ces questions, voir notre article *L'applicabilité directe des traités internationaux en Suisse: histoire d'un détour inutile*, ASDI 1989 (volume anniversaire), p. 128-151.

Ne conviendrait-il pas, une bonne fois, d'éviter de «problématiser» davantage la question de l'effet direct pour se concentrer sur l'essentiel: l'application interne de règles de droit européen qui ne demandent qu'à être appliquées à leurs destinataires naturels, c'est-à-dire, au-delà des Etats, aux particuliers?

b) Préambule

Le meilleur moyen de sortir l'ALE de l'ornière jurisprudentielle dans laquelle il se trouve en Suisse depuis 1978/1979[30], et dans laquelle il vient de retomber en 1992[31], serait, tout simplement, de partir du *texte*, du *contexte*, de l'*objet* et du *but* de cet instrument, interprété selon l'art. 31 CV. Or le texte commence par le *préambule* qui, selon la Convention de Vienne, fait partie du contexte (art. 31 § 2 CV).

Que dit le préambule de l'ALE?: quatre choses essentielles, dans quatre alinéas. Premièrement, que la consolidation et l'extension des relations économiques entre les parties, dans le respect de conditions équitables de concurrence, sont opérées «*dans le but de contribuer à l'œuvre de la construction européenne*»; deuxièmement, que les parties entendent agir «*en conformité avec les dispositions*» *du GATT*; troisièmement, qu'elles sont prêtes à examiner la possibilité «*de développer et d'approfondir leurs relations*»; et enfin, *qu'elles entendent respecter les obligations qui leur incombent (vis-à-vis de tiers) en vertu d'autres accords internationaux.*

L'essentiel est déjà là, tant il est vrai que «c'est le ton qui fait la chanson». On en voudra pour preuve que dans son arrêt *Legros* du 16 juillet 1992, qui constitue à ce jour l'interprétation la plus constructive faite par la Cour de justice des accords de libre-échange de 1972 (il s'agissait en l'espèce de l'Accord CEE-Suède), cette juridiction a notamment tiré du *préambule* de l'ALE l'argument que la notion de «taxe d'effet équivalent» figurant à l'art. 6 ALE doit avoir la même portée que la notion correspondante du Traité CEE[32].

Ce retour aux sources permettrait d'effacer les conséquences regrettables qu'entraîne depuis 15 ans l'affirmation par le Tribunal fédéral que l'ALE n'est qu'un «simple accord commercial» (*ein reines Handelsabkommen*) s'adressant avant tout au législateur et à l'administration, de sorte qu'il ne serait pas possible d'en déduire que ses dispositions créent des droits et des obligations dont le juge suisse aurait à tenir compte dans

---

30 ATF 104 IV 175, 179, *Adams c. Staatsanwaltschaft des Kantons Basel-Stadt*, du 3 mai 1978; et ATF 105 II 49, 59, *Bosshard c. Sunlight («0mo»)*, du 25 janvier 1979.

31 ATF 118 Ib 367, 378, *Association pour le recyclage du PVC*, du 7 juillet 1992.

32 CJCE, arrêt *Legros* du 16 juillet 1992, aff. C-163/90, Rec. 1992, p. I-4625ss, p. I-4668-4669, § 26.

une décision portant sur un litige de droit privé[33]. Une raison supplémentaire de revenir sur cette jurisprudence dépassée réside dans la jurisprudence du Tribunal fédéral lui-même, qui estime que pour l'interprétation de certains traités internationaux, «une importance particulière revient à la doctrine et à la jurisprudence étrangères»[34].

c) Intérêt de la notion de libre-échange

Ce dont il faut aujourd'hui (re)prendre conscience, dans l'esprit du préambule de l'ALE, c'est de l'*unité fondamentale du libre-échange en Europe*. Le libre-échange y constitue le *tronc commun* non seulement des rapports entre la Communauté et les pays de l'AELE (qu'ils soient ou non parties à l'EEE), mais des rapports entre pays de l'AELE; des rapports entre ces derniers et les pays du Centre et de l'Est européen; et des rapports de ces derniers Etats avec la Communauté et ses Etats membres. Tout ce réseau d'accords formellement distincts, unissant en 1993 près de 30 pays, révèle la *commune inspiration de trois types de rapports: intracommunautaires*; *entre partenaires de l'Espace économique européen; et entre partenaires du libre-échange européen.*

Le libre-échange représente en effet le socle commun de ces trois «paliers» de l'intégration que forment les accords de libre-échange, l'Espace économique européen et le Marché intérieur communautaire[35]. De prime abord, ce langage pourra paraître suspect sous la plume d'un ressortissant d'un pays de l'AELE. Mais c'est le juge PESCATORE lui-même qui le tient, lui qui, en tant que concepteur du «*droit de l'intégration*»[36], est peu suspect de vouloir subitement chercher à sacrifier l'oeuvre communautaire sur l'autel du libre-échange.

---

33 ATF 105 II 49, 59, *Bosshard c. Sunlight («Omo»)*, du 25 janvier 1979; voir la formulation, guère plus constructive, de l'arrêt «*PVC*», ATF 118 Ib 367, 378, du 7 juillet 1992: «L'Accord de libre-échange n'est cependant *qu'un arrangement de nature commerciale* qui n'emporte pas, comme le Traité de Rome, une réglementation supranationale obligeant les Parties contractantes à adapter leur propre droit interne».

34 ATF 117 II 480, 486-487, *S. Sàrl c. B. SA*, du 19 août 1991 (cité par CAFLISCH, RSDIE/SZIER 1992, p. 563). Peut-on d'ailleurs encore parler, à propos de cette jurisprudence européenne, d'une jurisprudence «étrangère»? Sur l'influence du droit étranger dans la jurisprudence du Tribunal fédéral, voir ALEXANDRA GERBER (1991).

35 Sur ce dernier aspect, voir le rapport d'INGOLF PERNICE, *Les acquis du libre-échange européen: bilan communautaire (1958-1988)*, in: «L'avenir du libre-échange en Europe» (note 4), 1990, p. 17-49.

36 PIERRE PESCATORE, *Le droit de l'intégration (Emergence d'un phénomène nouveau dans les relations internationales selon l'expérience des Communautés européennes)*, publié par l'IUHEI de Genève, Leiden (Sijthoff), 1972, 99 p.

Or que nous dit cet auteur? D'abord, avec MM. PETERSMANN[37] et COTTIER[38], que zones de libre-échange et unions douanières sont issues, en droit international économique, d'une «*racine commune*»: *l'art. XXIV du GATT*. Un instrument qui, historiquement, utilise pour la première fois le mot «intégration» en son § 4[39]. Mais, aussi et surtout, que ce qu'on appelle «marché commun» ou «marché intérieur» n'est rien d'autre qu'un *libre-échange consolidé*. Pour reprendre les termes de M. PESCATORE:

> «Il importe de prendre conscience de cette identité fondamentale. Selon un lieu commun largement répandu, on a l'habitude d'opposer le «marché commun» à ce qu'on appelle, par une expression rituelle, une «simple zone de libre-échange». Cette fausse opposition se retrouve couramment dans le discours politique; toutes les Cassandre s'accordent pour mettre en garde la Communauté de ne pas se dissoudre en une «simple» zone de libre-échange.
>
> Cette idée fausse a pénétré, malheureusement, dans la jurisprudence du Tribunal fédéral suisse et même jusque dans celle de la Cour de justice (...). Personne ne semble donc avoir pris conscience du potentiel d'intégration économique que comporte la «simple zone de libre-échange». Seuls les Etats-Unis d'Amérique et le Canada paraissent en avoir pris récemment l'exacte mesure.
>
> *On aurait donc mieux fait, on ferait mieux aujourd'hui, de reconnaître la base commune, l'identité foncière de ces deux paliers de l'intégration que forment zone de libre-échange et union douanière (et ceci reste toujours vrai lorsque cette dernière est développée en direction d'une véritable union économique). Il faut bien se dire que le «marché commun» et, de manière plus prononcée encore, le fameux «marché sans frontière» promis pour 1993 ne sont, pour commencer, rien d'autre que la réalisation conséquente du libre-échange. Les arrêts les plus forts de la Cour, de l'affaire du «pain d'épices»[40] à l'affaire «Cassis de Dijon»[41], portent sur le thème du libre-échange et sur rien d'autre.»*[42]

Ce langage vigoureux, tenu en 1988, garde toute son actualité cinq ans plus tard. Tout comme la constatation qu'aujourd'hui, «le droit et les juristes ne suivent pas» et qu'il est «grand temps que viennent des

---

37 ERNST-ULRICH PETERSMANN, *GATT Law as international legal framework of the European free trade system*, in: «L'avenir du libre-échange en Europe», Zurich (Schulthess), 1990, p. 111-129.

38 THOMAS COTTIER, *Die Bedeutung des GATT im Prozess der europäischen Integration (Eine Untersuchung aus schweizerischer Sicht)*, ZSR/RDS 1990 (Beiheft Nr. 10), p. 139-185, p. 141ss.

39 PIERRE PESCATORE, *Synthèse et note documentaire*, in: «L'avenir du libre-échange en Europe», Zurich (Schulthess), 1990, 477-478, nos 1160-1162.

40 CJCE, arrêt *Commission c. Belgique et Luxembourg* (pain d'épices) du 14 décembre 1962, aff. jtes 2 et 3/62, Rec. 1962, p. 813.

41 CJCE, arrêt *Rewe* (Cassis de Dijon) du 20 février 1979, aff. 120/78, Rec. 1979, p. 649.

42 PESCATORE (note 39), 1990, p. 478, nos 1163-1164.

messages positifs de la part des Etats membres de l'AELE»[43]. L'arrêt *Association pour le recyclage du PVC*, du 7 juillet 1992[44] ne fait que renforcer l'urgence de tels signes positifs de la part du Tribunal fédéral.

d) Obligation de respecter loyalement l'Accord (art. 22 ALE)

Par ailleurs, une lecture conséquente de l'art. 22 ALE pourrait nous offrir des moyens complémentaires d'atténuer la cassure qui nous sépare momentanément de nos partenaires européens. L'art. 22 ALE est en effet une reprise presque textuelle de l'art. 5 CEE (*Gemeinschaftstreue*), qui trouve de surcroît son équivalent à l'art. 3 EEE. Or un très large parti peut être tiré de l'interprétation de ces dispositions, d'inspiration commune[45]. On l'a souvent relevé: l'art. 22 ALE (tout comme les art. 5 CEE et 3 EEE) est l'expression particulière des principes de droit international consacrés par les art. 26 et 27 CV (*pacta sunt servanda*; inopposabilité du droit interne contraire à un traité en vigueur). C'est déjà beaucoup, si l'on observe que pour le Tribunal fédéral, «selon les conceptions en vigueur en Suisse, *les principes généraux du droit des gens y sont directement applicables comme droit interne*»[46]. Toutes les conditions semblent donc réunies pour admettre que l'art. 22 ALE – comme l'art. 5 CEE dans la jurisprudence de la Cour[47] – appelle l'«*effet utile*» *(rechtliche Wirksamkeit)* de l'ALE, effet utile qui nous paraît postuler la *primauté de l'ALE sur le droit interne contraire* ainsi qu'une *présomption (réfragable) d'effet direct (unmittelbare Wirkung) de l'ALE*. Nous voyons une confirmation de ce mode de pensée dans la jurisprudence récente du Tribunal fédéral, qui exige que l'art. 113 al. 3 Cst. soit lu à la lumière des art. 26 et 27 CV[48]. L'ensemble de ces éléments suggère une paraphrase pure et simple du passage suivant de l'arrêt *Simmenthal* du 9 mars 1978 (les mots en italiques et entre crochets sont ceux qui sont modifiés):

> «qu'il découle de l'ensemble de ce qui précède que tout juge national, saisi dans le cadre de sa compétence, a l'obligation d'appliquer intégralement [*l'Accord de libre-échange*] et de protéger les droits que celui-ci confère aux particuliers, en laissant inappliquée toute disposition éventuellement

---

43 PESCATORE (note 39), 1990, p. 478, no 1165.

44 ATF 118 Ib 367, *Association pour le recyclage du PVC*, du 7 juillet 1992.

45 Pour une analyse de l'art. 3 EEE – qui nous paraît valoir dans une large mesure pour l'art. 22 ALE –, voir notre contribution *Préambule, objectifs et principes (art. 1er-7 EEE)*, in: «Accord EEE (Commentaires et réflexions)», Zurich (Schulthess), 1992, p. 49-75, spéc. p. 57-61.

46 ATF 117 Ib 337, 340, *P. c. Office fédéral de la police*, du 14 octobre 1991.

47 CJCE, ordonnance *Zwartveld* du 13 juillet 1990, aff. C-2/88, Rec. 1990, p. 1-3365 ss, p. 3372, § 17-18.

48 ATF 117 Ib 367, 372-373, *Erben X*, du 15 novembre 1991; voir également JAAC 1989 no 54, § 13, let. b et § 14 (texte allemand: p. 417 et 419; texte français: p. 461-462).

contraire de la loi nationale, que celle-ci soit antérieure ou postérieure à la règle [*contenue dans ledit Accord*]»[49].

e) Interdiction des taxes d'effet équivalent (art. 6 ALE)

L'arrêt *Legros* rendu par la Cour de justice des Communautés européennes le 16 juillet 1992[50] présente un intérêt capital dans ce contexte.

A titre liminaire, il n'est pas sans intérêt de relever que cet arrêt a été rendu sur renvoi préjudiciel de la Cour d'appel de St-Denis (Réunion), circonstance qui donne la mesure du rayonnement géographique du droit communautaire. Le recourant au principal, M. Legros, contestait le refus de l'Administration des douanes françaises de lui restituer une taxe «d'octroi de mer» perçue lors de l'introduction de marchandises dans la «région française Réunion». Il invoquait le bénéfice de l'art. 6 de l'ALE CEE-Suède, car l'importation litigieuse ne concernait pas seulement trois voitures allemandes (justiciables du droit communautaire), mais l'importation d'une voiture suédoise en région française Réunion, après un transit par le territoire métropolitain français.

Une deuxième source d'intérêt de l'arrêt tient au fait que pour s'opposer à la restitution de la taxe, le Gouvernement français s'était appuyé, dans cette affaire, sur la jurisprudence *Polydor* de 1980[51], jurisprudence dont on se souvient qu'elle «constitue, visiblement, une réplique judiciaire de l'arrêt «*Omo*» rendu en 1979 par le Tribunal fédéral[52]. Le Gouvernement français, qui contestait dans l'affaire *Legros* de 1992 l'identité des concepts de «taxe d'effet équivalent» dans le Traité de Rome et dans l'ALE, est sèchement renvoyé par la Cour, qui conclut que l'ALE serait privé d'une partie importante de son «*effet utile*» (*rechtliche Wirksamkeit*) si le concept en question n'avait pas la même valeur dans les deux instruments. L'argumentation de la Cour de justice présente un intérêt tel qu'on reproduira ici le passage essentiel de cet arrêt *Legros* du 16 juillet 1992:

«Il est vrai que les termes d'un accord conclu entre la Communauté et un pays tiers n'ont pas nécessairement la même signification que les termes identiques figurant dans les dispositions du traité CEE. Ainsi qu'il ressort de l'arrêt *Polydor*, précité[53], afin de déterminer si l'interprétation d'une disposition figurant dans le traité CEE doit être étendue à une disposition

---

49 CJCE, arrêt *Simmenthal* du 9 mars 1978, aff. 106/77, Rec. 1978, p. 629ss, p. 644, § 21.

50 CJCE, arrêt *Legros* du 16 juillet 1992, aff. C-163/90, Rec. 1992, p. I-4625.

51 CJCE, arrêt *Polydor* du 9 février 1982, aff. 270/80, Rec. 1982, p. 329 (cette affaire concernait les rapports Portugal-Royaume-Uni, à l'époque où le Portugal était encore sous le régime de l'ALE CEE-Portugal).

52 ATF 105 II 49, *Bosshard c. Sunlight («Omo»)*, du 25 janvier 1979; sur le caractère manifeste de cette «réplique judiciaire», voir PESCATORE (note 39), 1990, p. 483, no 1183.

53 CJCE, arrêt *Polydor* du 9 février 1982, aff. 270/80, Rec. 1982, p. 329.

> identique qui se trouve dans un accord tel que celui qui est invoqué en l'espèce, *il y a lieu d'analyser cette disposition à la lumière tant de l'objet et du but de l'accord que de son contexte.*
>
> D'après son *préambule*, l'accord a pour *objet* de consolider et d'étendre les relations économiques existant entre la Communauté et la Suède et d'assurer, dans le respect de conditions équitables de concurrence, le *développement harmonieux de leur commerce dans le but de contribuer à l'œuvre de la construction européenne*. A cet effet, les parties contractantes ont décidé d'éliminer progressivement les obstacles pour l'essentiel de leurs échanges, en conformité avec les dispositions de l'accord général sur les tarifs douaniers et le commerce (GATT), relatives à l'établissement de zones de libre-échange.
>
> Au sens de l'article 24, paragraphe 8, de cet accord général, il y a lieu d'entendre par zones de libre-échange un groupe de deux ou plusieurs territoires douaniers entre lesquels les droits de douane et les autres réglementations commerciales restrictives sont éliminés pour l'essentiel des échanges commerciaux portant sur les produits originaires des territoires constitutifs de la zone de libre-échange.
>
> Il en résulte *que, dans le cadre de l'objectif de l'élimination des obstacles aux échanges, la suppression des droits de douane à l'importation joue un rôle primordial. Il en va de même pour la suppression des taxes d'effet équivalent qui, selon la jurisprudence de la Cour, sont étroitement liées aux droits de douane stricto sensu (voir notamment l'arrêt Diamantarbeiters, précité[54] et l'arrêt du 12 février 1992, Leplat[55], C-260/90. L'accord serait donc privé d'une partie importante de son effet utile si la notion de taxe d'effet équivalent figurant dans son article 6 devait être interprétée comme ayant une portée plus restrictive que celle du même terme figurant dans le Traité CEE.»*[56]

Dans la perspective souhaitable d'une évolution de la jurisprudence du Tribunal fédéral, cet arrêt de la Cour de Luxembourg présente un intérêt majeur. En premier lieu, l'arrêt ne fait, précisément, pas de la question de l'effet direct de l'ALE une question préalable: la Cour de justice – comme d'ailleurs le Tribunal fédéral dans ses deux arrêts les plus récents relatifs à l'interprétation du Protocole no 3 à l'ALE[57] – aborde d'emblée la substance des problèmes, considérant manifestement comme allant de soi que les dispositions de l'ALE qui s'y prêtent peuvent être invoquées devant elle. Deuxièmement, l'arrêt confirme un revirement de jurisprudence amorcé par l'arrêt *Kupferberg*[58], *en «passant l'éponge» sur l'arrêt Polydor* au bénéfice d'une interprétation fondée sur l'objet, le but et le

---

54 CJCE, arrêt *Diamantarbeiters* du 1er juillet 1969, aff. 2/69 et 3/69, Rec. 1969, p. 211.

55 CJCE, arrêt *Leplat* du 12 février 1992, aff. C-260/90, Rec. 1992, p. I-643.

56 CJCE, arrêt *Legros* du 16 juillet 1992, aff. C-163/90, Rec. 1992, p. I-4625.

57 ATF 111 Ib 323, 326-327, *X c. Direction générale des douanes*, du 10 décembre 1985; ATF 114 Ib 168, 170-173, *Medigros*, du 11 novembre 1988.

58 CJCE, arrêt *Kupferberg* du 26 octobre 1982, aff. 104/81, Rec. 1982, p. 3641.

contexte de la disposition litigieuse. Troisièmement, l'arrêt tire parti, au titre du «contexte» de l'ALE, du *préambule* de ce dernier (voir l'art. 31 § 2 CV). Enfin, l'arrêt *Legros* présente un grand intérêt théorique et pratique puisque la *reconnaissance jurisprudentielle* de *l'équivalence des concepts* dans les deux instruments revient à admettre la *pertinence pour l'ALE de la jurisprudence de la Cour de justice* développée à propos des concepts correspondants du *Traité de Rome*.

Au lieu de dire, comme le fait le Tribunal fédéral dans son arrêt «*PVC*» de 1992 à propos de l'ALE, que «le juge suisse interprète ses dispositions *de manière autonome*, selon les principes généraux du droit international public *et non selon les règles du droit communautaire* (ATF 105 II 59 consid. 3a; 104 IV 179 consid. 2c)», le Tribunal fédéral ne serait-il pas avisé de tenir au moins compte de la jurisprudence de la Cour de Luxembourg, ne serait-ce que pour accréditer sa volonté d'accorder un minimum de *réciprocité* aux engagements contractés et, surtout, pour favoriser l'*effet utile* d'un libre-échange qui est, économiquement, plus vital pour la Suisse que pour la Communauté[59]? Ce faisant, le Tribunal fédéral marquerait, en matière d'interprétation, le juste milieu entre l'interprétation «de manière autonome» et l'interprétation «selon les règles du droit communautaire» en faisant application – comme il le préconise lui-même – des «*principes généraux du droit international public*», en portant en particulier une attention spéciale au «*contexte*» *jurisprudentiel* évoqué (art. 31 § 1 CV; voir également la référence, à l'art. 31 § 3, lettre b CV, à «toute pratique ultérieurement suivie dans l'application du traité»). Le Tribunal fédéral dispose donc de moyens propres à se rapprocher, dans toute la mesure du possible, de la jurisprudence de la Cour de Luxembourg, *et cela même en l'absence de bases juridiques plus solides, telles que la reconnaissance conventionnelle de ladite jurisprudence dans le cadre de l'Espace économique européen* (voir l'art. 6 EEE[60]).

f) Interdiction des mesures d'effet équivalent (art. 13 et 20 ALE: jurisprudences *Dassonville* et *Cassis de Dijon*)

Les principes posés par la Cour de justice dans son arrêt *Legros*[61] du 16 juillet 1992, à propos de la notion de «taxe d'effet équivalent», devraient

---

59 Dans un récent discours à l'Université de Fribourg, le Secrétaire d'Etat FRANZ BLANKART rappelait les ordres de grandeur en présence: pour la CE, l'ouverture du marché suisse représente un élargissement de 2 % de son marché intérieur; pour la Suisse, l'ouverture à la CE représente un élargissement de son «marché intérieur» de 5000 %! *La Suisse et l'Europe, un avenir commun,* conférence présentée à l'Université de Fribourg le 28 avril 1993, 13 p., p. 12.

60 Sur la portée de l'art. 6 EEE, voir l'étude précitée (note 45), 1992, p. 63-68.

61 CJCE, arrêt *Legros* du 16 juillet 1992, aff. C-163/90, Rec. 1992, p. I-4625.

valoir, *mutatis mutandis*, pour celle de «mesure d'effet équivalent»[62]. On sait que les art. 13 et 20 ALE (et 13 et 16 EEE) correspondent aux art. 30 et 36 CEE. Or l'*effet utile* (*die rechtliche Wirksamkeit)* des art. 13 et 20 ALE ne serait-il pas lui aussi menacé si ces dispositions recevaient une interprétation plus restrictive que les dispositions correspondantes du Traité de Rome et de l'Accord EEE?

Du côté de Lausanne, la situation semble toujours bloquée, compte tenu des arrêts *Omo*, du 25 janvier 1979 et *PVC*, du 7 juillet 1992[63].

Pourtant, un utile parti pourrait être tiré de deux complexes de jurisprudence de la Cour de Luxembourg relative à l'art. 30 CEE (et indirectement à l'art. 36 CEE). Deux filières jurisprudentielles qui revêtent une pertinence directe dans le «contexte» actuel de l'ALE (art. 31 § 1 CV).

1. La filière jurisprudentielle Dassonville (1974)

La première filière jurisprudentielle est associée au nom de l'arrêt *Dassonville* rendu le 11 juillet 1974, qui a fait date en donnant une *définition très large de la notion de «mesure d'effet équivalant à une restriction quantitative»*, dont l'art. 30 CEE pose le principe de l'interdiction.

Que dit l'arrêt *Dassonville* du 11 juillet 1974?

> *«Toute réglementation commerciale des Etats membres susceptible d'entraver directement ou indirectement, actuellement ou potentiellement, le commerce intracommunautaire est à considérer comme mesure d'effet équivalant à des restrictions quantitatives.»*[64]

Est-il légitime de considérer que cette jurisprudence, développée sur l'art. 30 CEE, peut être transposée à l'art. 13 ALE? La doctrine suisse a fait preuve, à cet égard, d'une extrême prudence en se montrant notamment impressionnée par la différence de *buts* qui existerait entre l'ALE et le Traité de Rome[65]. On reconnaît l'approche suivie par le Tribunal fédéral

---

62 Le passage qui suit (lettre f) est une version élaborée du passage central de notre contribution aux Mélanges Arnold Koller, Berne (Haupt), 1993, intitulée *La nécessaire métamorphose européenne de notre droit constitutionnel matériel,* p. 683-705, spéc. p 691-702, § 9-27.

63 ATF 105 II 49, 59, *Bosshard c. Sunlight («0mo»)*, du 25 janvier 1979; voir nos observations critiques *Decision of the Swiss Federal Tribunal of 25 January 1979 in the case Bosshard Partners Intertrading AG vs Sunlight*, ATF 105 II 49, *Bosshard c. Sunlight («0mo»)*, of 25 January 1979, CMLRev 1981, p. 427-435, p. 433; ATF 118 Ib 367, *Association pour le recyclage du PVC*, du 7 juillet 1992.

64 CJCE, arrêt *Dassonville* du 11 juillet 1974, aff. 8/74, Rec. 1974, p. 837 (cité d'après le point 1 du sommaire de l'arrêt).

65 JÜRG BORER, *Massnahmen gleicher Wirkung wie mengenmässige Einfuhrbeschränkungen im Freihandelsabkommen Schweiz/EG*, Berne (Stämpfli), 1988, 194 p., spéc. p. 88ss, notamment p. 109 et 191-193; il est vrai que *l'avis 1/91* de la CJCE paraît accréditer cette thèse, Rec. 1991, p. I-6079ss, p. I-6101-6102, § 13-21. Mais on ne saurait oublier que

dans ses arrêts *Adams* et *Omo*[66]. On ne s'étonnera donc pas de voir M. BORER – qui se rallie pour l'essentiel à la jurisprudence du Tribunal fédéral – qualifier celle-ci, en toute objectivité, de «*eher konservative souveränitätsbezogene Auslegung des Freihandelsabkommens*»[67]. Cette résignation à n'accorder qu'une portée limitée à l'ALE ressort en particulier de l'affirmation de cet auteur selon laquelle l'application directe de l'ALE ne saurait en pratique signifier le droit des particuliers de l'invoquer en justice, mais tout au plus un droit d'invocation médiate[68]. Dans la ligne de l'arrêt *Legros* du 16 juillet 1992[69], il faut bien plutôt penser que l'effet utile (*rechtliche Wirksamkeit*) de l'art. 13 ALE et une élémentaire réciprocité suggèrent fortement la reprise, dans le contexte de l'art. 13 ALE, de la portée donnée par la Cour de justice des Communautés européennes à la notion de «mesure d'effet équivalent» de l'art. 30 CEE.

On ne saurait attacher une importance déterminante au précédent *Polydor* de 1982, qui touchait le domaine le plus sensible, celui des rapports entre la libre circulation des marchandises et l'exercice de droits de propriété intellectuelle (théorie de l'épuisement)[70]. La Cour de justice est sur le point de rendre un arrêt dans une intéressante affaire *Eurim-Pharm*, qui porte précisément sur l'interprétation des art. 13 et 20 de l'ALE CEE-Autriche dans le contexte d'importations parallèles de spécialités pharmaceutiques provenant d'Autriche, mais produites en Allemagne. Les conclusions présentées par l'avocat général TESAURO le 18 février 1993 sont encourageantes, puisque ce dernier proposait de répondre comme suit aux questions posées par la juridiction de renvoi:

> «Les articles 13 et 20 de l'accord entre la République d'Autriche et la Communauté économique européenne doivent être interprétés en ce sens que l'autorisation de commercialiser un médicament importé d'Autriche en

---

l'examen par la Cour de justice du projet de l'Accord EEE en décembre 1991 intervenait dans un contexte historique particulier qui a peut-être incité la Cour de justice à «forcer le trait» en opposant droit communautaire et droit EEE.

66 ATF 104 IV 175, 179 et ATF 105 II 49, 59; ATF 118 Ib 367, 378.

67 BORER (note 65), 1988, p. 191.

68 BORER (note 65), 1988, p. 191: «Folglich können unmittelbare Wirkungen nur als Grundlage zur Überprüfung der Rechtsmässigkeit staatlicher Hoheitsakte anerkannt werden». Que reste-t-il, avec une telle définition, de l'effet *direct* (*unmittelbare Wirkung*)? Il semble plutôt que l'on se résigne à préconiser un effet indirect (*mittelbare Wirkung*). La distinction de l'auteur (p. 193), selon laquelle l'art. 13 ALE s'imposerait comme norme d'interdiction pour les seules lois *postérieures* au 1er janvier 1973, mais ne valant en revanche que comme norme à effet médiat pour les lois *antérieures*, n'est guère convaincante non plus, car sans fondement dans le droit international général (art. 26, 27 et 31 CV). C'est pour des raisons voisines que sont boiteuses les thèses de HANSJÖRG SEILER sur l'art. 113 al. 3 Cst., *Das völkerrechtswidrige Bundesgesetz: Artikel 113 Absatz 3 BV im Verhältnis zu Völkerrecht, EG und EWR*, SJZ/RSJ 1992, p. 377-387, spéc. p. 379-382.

69 CJCE, arrêt *Legros* du 16 juillet 1992, aff. C-163/90, Rec. 1992, p. I-4625.

70 CJCE, arrêt *Polydor* du 9 février 1982, aff. 270/80, Rec. 1982, p. 329.

> République fédérale d'Allemagne qui est en tous points identique à un médicament déjà autorisé dans cet Etat ne peut pas être subordonnée à la condition que l'importateur fournisse à l'autorité sanitaire compétente des documents ou des indications dont celle-ci dispose déjà.»

Si une ouverture jurisprudentielle de ce type devait se manifester dans l'affaire *Eurim-Pharm*, un pas considérable serait sans doute franchi à Luxembourg en vue d'une assimilation des effets des art. 13 et 20 ALE à ceux des art. 30 et 36 CEE. Pour d'évidentes raisons, il serait souhaitable que dans ce cas, une ouverture correspondante voie le jour à Lausanne[71].

Dans la perspective éventuelle de tels développements, il est utile de savoir que la jurisprudence de la Cour de justice postérieure à l'arrêt *Dassonville* montre qu'il ne faut pas prendre à la lettre, dans cet arrêt, la notion de réglementation «*commerciale*». Ainsi qu'il ressort d'une jurisprudence abondante[72], la Cour de justice vise, au-delà de cette formule, *toutes les réglementations nationales ayant un effet restrictif sur la commercialisation des produits*, notion incluant les *normes techniques*[73], *les réglementations de police*[74] et les *normes administratives ou répressives*[75]. La doctrine souligne dans ce contexte l'intérêt de principe que revêt la directive no 50/70 CEE de la Commission du 22 décembre 1969, adoptée en vertu de l'art. 33 § 7 CEE, portant suppression des mesures d'effet équivalant à des restrictions quantitatives non visées par d'autres dispositions prises en vertu du Traité CEE[76].

---

71 Pour d'assez compréhensibles raisons aussi, les représentants de l'industrie pharmaceutique suisse ne comptent pas parmi les plus chauds partisans de l'effet direct de l'ALE et d'une assimilation des art. 13 et 20 ALE aux art. 30 et 36 CEE. Voir, sur ce point, les propos tenus en 1988 par M. Peter Heer contre l'effet direct de l'ALE, *Une société multinationale face au libre-échange européen*, in: «L'avenir du libre-échange en Europe», Zurich (Schulthess), 1990, p. 173-180, p. 180, nos 432-435, et *(intervention orale)*, p. 397-399, no 1026 et p. 414, no 1062; voir encore, du même auteur, en 1992, dans la perspective de l'EEE, *Zum freien Warenverkehr von Arzneimitteln,* in: «Accord EEE (Commentaires et réflexions)», Zurich (Schulthess), 1992, p. 173-176, spéc. p. 176; sur ce dernier point, lire la réplique d'Olivier Guillod, *La libre circulation des médicaments, ibidem*, 1992, p. 159-171, spéc. p. 166-167.

72 Pour une présentation récente de cette jurisprudence, voir Manfred A. Dauses, *Mesures d'effet équivalant à des restrictions quantitatives à la lumière de la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes*, RTDE 1992, p. 607-629.

73 CJCE, arrêt *Rewe* (Cassis de Dijon) du 20 février 1979, aff. 120/78, Rec. 1979, p. 649 (fixation d'une teneur minimale en alcool pour les boissons spiritueuses).

74 CJCE, arrêt *Denkavit I* du 8 novembre 1979, aff. 251/78, Rec. 1979, p. 3369 (mesures de police sanitaire).

75 CJCE, arrêt *Cassati* du 11 novembre 1981, aff. 203/80, Rec. 1981, p. 2985 (sanction disproportionnée).

76 JOCE du 19 janvier 1970 no L 13 p. 31; voir Ingolf Pernice (note 35), 1990, p. 17-49, p. 22; voir aussi Pescatore, *Synthèse* (note 39), 1990, p. 493-494, no 1215. Le texte de la directive no 50/70 du 22 décembre 1969 est reproduite in: *Droit européen (Recueil de textes)*, Berne (Stämpfli), 1993, ouvrage cité plus loin, § 64, note 15, p. 507.

A-t-on conscience, en Suisse, du potentiel que représenterait la reprise de cette substance jurisprudentielle pour l'interprétation de l'art. 13 ALE? Dans la ligne de la formule *Dassonville*, c'est toute la jurisprudence qui porte sur le libre-échange intracommunautaire qui pourrait être, par principe, transposée dans le cadre des rapports entre la Suisse et la Communauté: jurisprudence portant sur l'*interdiction de discriminations en matière fiscale* (art. 18 ALE) dans la ligne de l'arrêt de la Cour *Commission c. Luxembourg et Belgique* (pain d'épices) du 14 décembre 1962, qui établit la relation entre la libre circulation des marchandises et l'élimination des discriminations fiscales[77]; jurisprudence portant sur *l'élimination des obstacles non tarifaires* (art. 30/36 CEE; art. 13/20 ALE), notamment en matière de contrôles sanitaires[78]; jurisprudence relative aux *relations entre le principe de la libre circulation des marchandises, le droit de la concurrence*[79] *et la protection des droits de propriété intellectuelle* (marques, brevets, droits d'auteur)[80]; jurisprudence sur la *notion «d'ordre public»* (art. 36 CEE/art. 20 ALE), notion qui, pour justifier une entrave au principe fondamental de libre circulation dans le contexte communautaire, suppose une «menace réelle suffisamment grave, affectant un intérêt fondamental de la société»[81].

Là aussi, les travaux du colloque de Neuchâtel de 1988 gardent leur actualité, dans la mesure où ils ont montré que nombre de solutions acquises en droit communautaire (notamment sur la base de l'art. 30 CEE) seraient en principe aisément transposables dans un système de libre-

---

77 CJCE, arrêt *Commission c. Belgique et Luxembourg* (pain d'épices) du 14 décembre 1962, aff. jtes 2 et 3/62, Rec. 1962, p. 813.

78 CJCE, arrêt *United Food* du 7 avril 1981, aff. 132/80 , Rec. 1981, p. 995.

79 Sur la problématique *communautaire*, voir MICHEL WAELBROECK, *Les rapports entre les règles sur la libre circulation des marchandises et les règles de concurrence applicables aux entreprises dans la CEE*, Mélanges Pescatore, Baden-Baden (Nomos), 1987, p. 781-803.

80 Voir notamment CJCE, arrêt *Terrapin/Terranova* du 22 juin 1976, aff. 119/75, Rec. 1976, p. 1039; et CJCE, arrêt *Consten-Grundig* du 13 juillet 1966, aff. 56/64, Rec. 1966, p. 429: ce dernier arrêt pose le principe que le régime de concurrence communautaire n'admet pas l'emploi abusif des droits nationaux des marques pour faire échec au droit communautaire des ententes; voir cependant, plus récemment, l'important revirement de jurisprudence qui a pour effet de renforcer, dans l'Europe communautaire, les droits de propriété intellectuelle en matière de marques: CJCE, arrêt *Hag II* du 17 octobre 1990, aff. C-10/89, Rec. 1990, p. I-3711; voir RENÉ JOLIET, *Droit des marques et libre circulation des marchandises: l'abandon de l'arrêt Hag 1*, RTDE 1991, p. 169-185 (également publié en allemand dans GRUR 1992, p. 228-247).

81 CJCE, arrêt *Boucherau* du 27 octobre 1977, aff. 30/77. Rec. 1977, p. 1999 ss, p. 2015, point 3 du dispositif. Bien que cet arrêt ait été rendu dans le domaine de la libre circulation des personnes, il vaut également, *mutatis mutandis*, pour la libre circulation des marchandises ou des services. Même avis: ALFONSO MATTERA, *Le Marché unique européen*, 2e éd., Paris (Jupiter), 1990, p. 589.

échange. On se réfère ici aux rapports présentés par MM. PERNICE[82] et WAELBROECK[83] et aux interventions de M. PESCATORE, qui a relevé dans ce contexte:

> «Même la doctrine de l'épuisement des droits de protection industrielle et commerciale me paraît pouvoir trouver sa place dans un tel système.»[84]

2. *La filière jurisprudentielle Cassis de Dijon (1979)*

La filière jurisprudentielle *Cassis de Dijon*, qui joue désormais un rôle si important dans les rapports intracommunautaires fondés sur les art. 30 et 36 CEE, est-elle également transposable aux art. 13 et 20 ALE? On se souvient que c'est dans son fameux arrêt *Rewe* du 20 février 1979, plus connu sous le nom de «*Cassis de Dijon*», que la Cour de justice a posé le principe qu'*un produit légalement fabriqué et commercialisé dans un Etat membre doit normalement pouvoir être importé et commercialisé dans tout autre Etat membre, en dépit des divergences de normes nationales relatives à la commercialisation des produits*. Seuls obstacles à la libre circulation intracommunautaire admis au titre de l'art. 30 CEE: les obstacles résultant de prescriptions nationales qui sont «nécessaires pour satisfaire à des *exigences impératives*» (*zwingenden Erfordernissen/mandatory requirements*) reconnues par le droit communautaire, telles que la loyauté des transactions commerciales, la protection des consommateurs ou la protection de l'environnement[85].

On sait que cette jurisprudence est venue au secours d'un législateur communautaire qui s'essoufflait. En effet, les disparités de normes natio-

---

82 INGOLF PERNICE (note 35), 1990, p. 17-49.

83 MICHEL WAELBROECK, *Les accords de libre-échange face à l'échéance de 1992*, in: «L'avenir du libre-échange en Europe», Zurich (Schulthess), 1990, p. 139-144.

84 PIERRE PESCATORE, *Intervention* lors du colloque précité (note 4), 1990, p. 394-396, spéc. no 1011. Voir déjà, dans un sens voisin, WALTER R. SCHLUEP, *Die markenrechtliche Rechtsprechung des EuGH aus schweizerischer Sicht*, in: «Nationaler Markenschutz und freier Warenverkehr in der europäischen Gemeinschaft», Hefermehl/Ipsen/Schluep/Sieben (Hrsg.), Munich 1979, p. 228ss, p. 255ss, 259ss; CHOFFAT (note 22), 1977 p. 160ss; DOMINIQUE GRAZ, *Propriété intellectuelle et libre circulation des marchandises (Etude de l'épuisement du droit de propriété intellectuelle en droit suisse, en droit communautaire et selon l'Accord de libre-échange Suisse-CEE)*, Genève (Droz), 1988, p. 175ss. L'entrée en vigueur, le 1er avril 1993, de la nouvelle loi sur les marques (RS 232.11/RO 1993, 274) ne semble toutefois pas résoudre tous les problèmes, malgré la réserve expresse des traités internationaux que rappelle l'art. 20 de la loi. Il faut toutefois espérer que les tribunaux suisses veilleront à tirer un parti optimal de la jurisprudence européenne sur l'épuisement régional, pour éviter un isolement supplémentaire de la Suisse sur cette question (qui aurait été réglée par l'EEE).

85 CJCE, arrêt *Rewe* (*Cassis de Dijon*) du 20 février 1979, aff. 120/78, Rec. 1979, p. 649 ss, notamment p. 662, § 8 (sont notamment mentionnées les exigences de contrôle fiscal, de santé publique, de protection de la loyauté du commerce et des droits des consommateurs).

nales de commercialisation des produits devaient, initialement, être éliminées par l'harmonisation des législations fondées sur l'art. 100 CEE (aujourd'hui art. 100 A CEE). Cet arrêt a eu pour conséquence d'«essentialiser» l'oeuvre d'harmonisation des législations, cette dernière ne devant plus désormais porter que sur les éléments essentiels *(d'ordre public)* des secteurs ne faisant pas encore l'objet d'une harmonisation législative communautaire.

La grande question qui se pose dans ce contexte est celle de savoir *dans quelle mesure le principe* «Cassis de Dijon» *est jurisprudentiellement transposable à l'ALE CEE-Suisse, nonobstant l'absence d'obligation expresse, pour la Suisse* (contrairement à la Hongrie, la République tchèque, la Slovaquie et la Pologne dans les «accords européens» conclus avec la CE et ses Etats membres en 1992), *d'harmoniser sa législation avec le droit communautaire*. Cette question a été examinée ailleurs[86]. A notre avis, cette transposition est légitime dès l'instant où la primauté et l'effet direct des art. 13 et 20 ALE sont reconnus en Suisse comme dans la Communauté[87]. Compte tenu des pas législatifs concrets qui ont été faits en Suisse en 1993 par le programme *Swisslex*, on comprendrait d'autant moins que la jurisprudence *Cassis de Dijon* développée dans le cadre de l'art. 30 CEE ne puisse pas être transposée dans le cadre de l'art. 13 ALE. La même conclusion s'impose s'agissant de la reconnaissance, dans certaines circonstances, en droit du libre-échange européen comme en droit communautaire, «*d'exigences impératives*» *(zwingende Erfordernisse)* de droit national pouvant limiter les échanges[88].

g) Concurrence (art. 23 ALE)

Selon une interprétation doctrinale traditionnelle dominante, l'art. 23 ALE est dépourvu de tout effet direct[89].

---

86 Voir notre rapport *How far should the* Cassis de Dijon *principle developed in the case law of the Court of Justice be introduced into EC-EFTA relations?*, présenté au Trinity College de Dublin en octobre 1989, (Mary Robinson, ed.), Dublin (Irish Center for European Law), 1990, p. 193-217.

87 Rapport précité (note 86), 1990, p. 201-202.

88 Voir *supra*, note 85. C'est sur ce point précis que l'arrêt «*PVC*» du 7 juillet 1992 (ATF 118 Ib 367, 378-379) donne l'impression d'une occasion manquée: il nous paraît que le même résultat (interdiction d'importation de bouteilles en PVC non recyclables) pouvait être obtenu *en entrant en matière sur les moyens de droit tirés de l'ALE* et en conduisant un raisonnement du même type que celui qu'a emprunté la CJCE dans son arrêt *Commission c. Danemark* (emballages de bières) du 20 septembre 1988, aff. 302/86, Rec. 1988, p. 4607. Dire que «le juge suisse interprète [les dispositions de l'ALE] de manière autonome, selon les principes généraux du droit international public et non selon les règles du droit communautaire» (ATF 118 Ib 367, 378) ne contribue pas vraiment au débat.

89 Voir en particulier ARNOLD KOLLER, *Zur Frage der unmittelbaren Anwendbarkeit von Art. 23 des Freihandelsabkommens Schweiz-EWG*, Mélanges Henri Deschenaux, Fri-

De son côté, le Conseil fédéral a nié qu'un conflit quelconque puisse survenir entre l'art. 23 ALE – disposition qui ne régirait pas le comportement des particuliers – et le droit suisse. Sa position ressort en particulier d'une réponse écrite du 24 septembre 1979 à une *question ordinaire* ZIEGLER:

> «les deux parties se sont réservées d'appliquer de façon autonome et souveraine leurs ordres juridiques respectifs et n'ont, de ce fait, pas exclu qu'il y ait des disparités dans leurs conceptions juridiques. Quant aux principes de concurrence en matière de politique commerciale contenus dans l'Accord de libre-échange Suisse-CEE, la Communauté a formellement déclaré que 'dans le cadre de la mise en oeuvre autonome de l'article 23, paragraphe 1 de l'accord, qui incombe aux Parties contractantes' (RO 1972, 3356), elle se fonderait sur les critères du droit interne de la Communauté. La Suisse, de même, applique l'article 23, paragraphe 1, de l'accord de libre-échange sur la base de son propre ordre juridique, y compris le droit pénal. Il n'est donc pas possible que surgisse un conflit entre l'accord de libre-échange et le droit pénal suisse, en particulier l'interdiction du service de renseignements économiques. De plus, ces principes de concurrence ne régissent pas le comportement des particuliers mais se bornent à décrire les pratiques incompatibles avec le bon fonctionnement de l'accord, sans pour autant, à la différence des articles 85/86 du Traité de Rome, les déclarer illégales ou nulles ni les menacer de sanction»[90].

Avec le recul, ce langage est trop absolu. Sans doute est-il *logiquement* concevable qu'il ne puisse pas y avoir conflit entre l'ALE et le droit pénal suisse *si* l'on prétend qu'on applique l'art. 23 ALE «*sur la base de son propre ordre juridique*». Mais c'est en même temps la négation même de l'existence de toute obligation internationale. Ou, ce qui est à peine plus rassurant, la consécration de la primauté du droit national sur le droit européen.

Qu'est-ce à dire?

L'art. 23 ALE déclare de façon explicite «*incompatibles*» avec le bon fonctionnement de l'ALE certains comportements anticoncurrentiels. N'aurait-il aucun effet juridique? Cela paraît de prime abord curieux. Bien entendu, il faudra toujours vérifier que d'éventuels accords cartellaires sont susceptibles d'affecter «les échanges entre la Communauté et la Suisse». Mais on sait que la condition d'affectation du commerce inter-

---

bourg (Editions universitaires), 1977, p. 593-616, p. 609: «Art. 23 FHA ist somit neben der Unbestimmtheit des Tatbestandes auch mangels einer (adequäten) Rechtsfolgebestimmung in der Schweiz zivilrechtlich nicht unmittelbar anwendbar. Art. 23 FHA berechtigt und verpflichtet also die Einzelnen nicht. Er kann somit auch nicht als Anspruchsgrundlage von Zivilforderungen dienen».

90 Publiée par CAFLISCH, ASDI/SJIR 1980, p. 170.

étatique est admise si libéralement aujourd'hui en droit communautaire[91] que – tout spécialement pour un pays comme le nôtre, géographiquement et économiquement imbriqué dans la Communauté – cette condition sera souvent réalisée en pratique dans le contexte de l'art. 23 ALE dès que des accords contraires à l'art. 85 CEE dépasseront une certaine importance.

Mais surtout, plusieurs changements importants sont survenus depuis 1972, qui suggèrent de ne pas d'emblée exclure tout effet juridique de l'art. 23 ALE, apprécié en vertu de sa portée autonome selon les critères de l'art. 31 CV.

Au titre du «contexte» (art. 31 § 2 CV), on rappellera qu'en 1972 déjà[92], mais surtout depuis 1990 (début des négociations EEE), la Suisse a manifesté une certaine volonté d'harmonisation de son droit avec le droit communautaire. L'échec du 6 décembre 1992 n'a pas affaibli cette volonté d'harmonisation législative, ainsi qu'en témoigne le programme de revitalisation – assorti de la reprise de certains projets législatifs *Eurolex* – proposé aux Chambres par le Conseil fédéral dans son message du 24 février 1993[93] et adopté en juin. Par ailleurs, on a vu que les accords d'association entre la Communauté et les pays du Centre et de l'Est européen contiennent une clause générale concrétisant leur volonté d'harmoniser leur droit avec celui de la Communauté. Enfin et surtout, le Conseil fédéral a récemment non seulement manifesté sa volonté de renforcer la loi sur les cartels – en exploitant au mieux les possibilités offertes par le cadre constitutionnel actuel fondé sur le principe de la répression des abus[94] –, mais d'adapter sans tarder, en étroite concertation avec les cantons, une «loi sur le marché intérieur suisse», appliquant au

---

91 CJCE, arrêt *Belgique c. Commission* du 21 mars 1990, aff. C-142/87, Rec. 1990, p. I-959; voir encore, plus récemment, TPI, arrêt *Ahlström* du 31 mars 1993, aff. C-89/85 (pratiques concertées entre entreprises établies dans des pays tiers portant sur les prises de vente de *pâtes de bois* à des acheteurs établis dans la Communauté), § 139-144, spéc. § 142, Rec. 1993, p. II- (à paraître).

92 En 1972, le Conseil fédéral déclarait en effet, dans son message du 16 août 1972 relatif à l'ALE (FF 1972 II 645 ss, 720-721): «L'Accord n'oblige pas la Suisse à harmoniser sa politique économique et sa législation interne avec celles des Communautés européennes. *Néanmoins, il est probable qu'à l'avenir, nous serons amenés de plus en plus fréquemment à donner à certains problèmes des solutions assez semblables à celles qui ont été adoptées dans les pays voisins*». Voir, dans un sens voisin, CHOFFAT (note 22), 1977, p. 136, § 4.

93 Message du Conseil fédéral du 24 février 1993 sur le programme consécutif au rejet de l'Accord EEE (FF 1993 I 757-942), où le Conseil fédéral exprime sa détermination de «supprimer les obstacles à la concurrence afin de pouvoir entreprendre à temps les adaptations nécessaires» (p. 762).

94 FF 1993 I 778, où le Conseil fédéral souligne «l'urgence de la revision de la loi sur les cartels» et décrit les grandes lignes de la revision qu'il se propose d'entreprendre. Par mandat du chef du DFEP du 7 décembre 1992, la Commission BALDI devait préparer un projet de revision législative pour l'été 1993.

marché intérieur suisse la philosophie «*Cassis de Dijon*» qui a fait fortune dans les relations intracommunautaires[95].

Quelles conclusions pratiques tirer de ces considérations? Est-il hasardeux de soutenir, par exemple, que si une nouvelle affaire *Adams* devait se présenter, l'art. 23 ALE pourrait jouer un rôle soit pour atténuer, soit même pour écarter la sanction pénale qui a frappé M. Adams en application des art. 162 et 273 CPS? Dans l'optique d'une conception ouverte de la légalité fondée sur la cohérence de l'ordre juridique, il est difficilement admissible que l'*Etat* puisse, de façon cohérente, réprimer *pénalement* la violation d'un «secret commercial» qui consiste précisément dans la révélation par un privé d'agissements «incompatibles» avec l'ALE (art. 23 ALE). Même avec l'appui de quelque «géométrie variable», le principe de la *légalité* (*prééminence du droit / rule of law / Vorherrschaft des Gesetzes*) n'y trouverait plus son compte[96]. Ou plutôt: tant que la question de la compatibilité/incompatibilité du comportement litigieux avec l'art. 23 ALE n'est pas élucidée, l'action pénale devrait s'effacer devant d'autres moyens de sanction plus appropriés et sans doute aussi efficaces, relevant notamment du droit du contrat de travail (art. 321a al. 4 et 337 CO).

Car l'affaire *Adams* a révélé une série de paradoxes où la réalité a parfois dépassé la fiction: après avoir informé la Commission des CE des agissements de son employeur sur le marché européen de la vitamine, M. Adams fut en effet condamné le 1er juillet 1976 par le Tribunal criminel de Bâle-Ville (en application des art. 273 CPS, service de renseignements économiques; et 162 CPS, violation du secret commercial) à une peine d'un an d'emprisonnement avec sursis, ainsi qu'à cinq ans d'expulsion du territoire suisse, non sans avoir obtenu de la Commission des CE un dédommagement pour le financement de son procès en Suisse. Par arrêt du 3 mai 1978, le Tribunal fédéral rejetait le pourvoi en nullité interjeté contre la condamnation bâloise confirmée en appel.[97] Le 13 février 1979, la Cour de justice des Communautés européennes confirmait de son côté – en la réduisant quelque peu – l'importante amende infligée par la Commission à la firme Hoffmann-La Roche en vertu de l'art. 86 CEE (abus d'une position dominante dans le marché commun)[98]. Actionnant ensuite la Commission des Communautés européennes dans le cadre du

---

95 Voir la description sommaire de cette intention dans le message précité du 24 février 1993, FF 1993 I 780-781.

96 CHARLES-ALBERT MORAND (éd.), *Le principe de la légalité: un concept à géométrie variable,* Bâle (Helbing & Lichtenhahn), 1992, 165 p. (aucune des contributions de cet ouvrage ne porte toutefois à titre principal sur la dimension *internationale* du principe de la légalité).

97 ATF 104 IV 175, *Adams*, du 3 mai 1978.

98 CJCE, arrêt *Hoffmann-La Roche c. Commission* du 13 février 1979, aff. 85/76, Rec. 1979, p. 461 (amende de 200'000 Ecus, soit, au taux de l'époque, 732'000 DM).

contentieux de la responsabilité extracontractuelle (art. 178 et 215 al. 2 CEE), M. Adams obtenait de la Cour de justice des Communautés européennes la condamnation de la Commission à lui réparer, à concurrence de 50%, le préjudice qu'il avait subi en raison de la divulgation imprudente de son nom par celle-ci[99].

Résumons: le droit national et le droit européen de la concurrence présentent des aspects complémentaires (art. 42 et 43 de la loi sur les cartels; art. 23 ALE). Nulle cloison étanche ne sépare ces dispositions. Dire que l'affaire *Adams* ne concernait pas l'art. 23 ALE, faute d'affecter le commerce entre Parties contractantes (Suisse et Communauté) est un faux-fuyant. Etant donné la position géographique de la Suisse et l'imbrication de son économie en Europe, l'appréciation juridique de l'affectation du commerce entre Parties contractantes ira souvent de pair avec l'affectation du commerce *intracommunautaire*, comme ce fut le cas en l'espèce en application de l'art. 86 CEE. Cette conclusion n'a rien de téméraire: l'interdépendance économique des marchés européens est aujourd'hui telle qu'en droit communautaire, l'affectation du commerce «entre Etats membres» n'est nullement exclue par le fait qu'une atteinte à la concurrence découle principalement, voire exclusivement de relations commerciales *avec un pays tiers*[100]. Cela revient à dire que désormais, l'art. 23 ALE pourrait à tout le moins servir d'argument juridique complémentaire dans un débat portant principalement sur le droit suisse de la concurrence (loi sur les cartels, loi sur la concurrence déloyale, contrôle des prix). Et l'on ne voit pas pourquoi un juge suisse ne pourrait pas procéder à un constat d'«incompatibilité» d'un comportement avec l'art. 23 ALE, voire même en déduire certains effets juridiques, y compris dans les rapports entre particuliers (déclaration de nullité, en vertu de l'art. 20 CO, d'accords contraires, *inter alia*, à cette disposition)[101].

---

99 CJCE, arrêt *Adams c. Commission* du 7 novembre 1985, aff. 145/83, Rec. 1985, p. 3539; M. Adams obtint par la suite un important montant de la part de la Commission, sauf erreur 200'000 livres sterling.

100 Voir CJCE, arrêt *Ahlström* du 31 mars 1993, aff. C-89/85, § 139-144, spéc. § 142, Rec. 1993, p. I- (à paraître); voir déjà CJCE, arrêt *Belgique c. Commission* du 21 mars 1990, aff. C-142/87, Rec. 1990, p. I-959 ss, p. I-1013-1014, § 35 (ledit arrêt porte sur l'art. 92 CEE, soit sur les aides d'Etat; mais le mode de raisonnement est transposable à la problématique de l'art. 86 CEE); «il convient d'observer d'emblée que, compte tenu de l'interdépendance entre les marchés sur lesquels opèrent les entreprises communautaires, il n'est pas exclu qu'une aide puisse fausser la concurrence intracommunautaire, même si l'entreprise bénéficiaire exporte la quasi-totalité de sa production en dehors de la Communauté. En effet, l'exportation d'une partie de la production de l'entreprise considérée vers des pays tiers ne constitue qu'une des circonstances, parmi d'autres, qui doivent être appréciées à cet égard».

101 Voir toutefois, sur ce point, la conclusion différente de M. KOLLER (note 89), 1977, p. 608.

h) Interprétation conforme au GATT

Quels que soient l'importance et les mérites propres du libre-échange comme contribution à l'oeuvre de «construction européenne» (préambule de l'ALE), ce libre-échange ne saurait accréditer l'idée d'une «forteresse Europe», tant décriée aux Etats-Unis et au Japon: le libre-échange européen doit se faire «en conformité avec les dispositions de l'Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce concernant l'établissement de zones de libre-échange» (préambule de l'ALE).

En Suisse, c'est avant tout le mérite de MM. PETERSMANN[102] et COTTIER[103] d'avoir cherché à sensibiliser les juristes suisses à ces problèmes. M. COTTIER a souligné l'importance d'une interprétation de l'Accord de libre-échange et de la Convention de Stockholm conforme au GATT[104], tout en montrant que l'application directe de certaines dispositions du GATT pouvait se faire de concert avec (*«durch und mit»*) le droit du libre-échange[105]. Pour sa part, M. PETERSMANN a souligné qu'à plusieurs occasions, la Cour de justice de Luxembourg ne s'est pas montrée particulièrement respectueuse des engagements contractés par les Etats membres au regard du GATT. Plusieurs arrêts de la Cour marquent en effet non seulement une réticence de caractère général à l'égard de l'application directe du GATT[106], mais ne respectent pas des décisions obligatoires de *panels* spécifiques entérinées par le Conseil du GATT[107]. On note toutefois, dans la jurisprudence récente, une approche beaucoup plus constructive de la Cour de justice à l'égard du GATT, notamment dans son arrêt *Fediol III*, du 22 juin 1989[108].

On relèvera l'intérêt politique de cette articulation du droit européen au GATT dans un pays où les opposants à l'EEE ne se sont pas seulement

---

102 ERNST-ULRICH PETERSMANN (voir la bibliographie), études de (1989) (1990) (1992) (1993).

103 THOMAS COTTIER, *Die Bedeutung des GATT im Prozess der europäischen Integration (Eine Untersuchung aus schweizerischer Sicht)*, ZSR/RDS 1990 (Beiheft Nr. 10), p. 139-185.

104 COTTIER (note 103), 1990, p. 168-171.

105 COTTIER (note 103), 1990, p. 171-181, spéc. p. 178.

106 CJCE, arrêt *International Fruit Co.* II du 12 décembre 1972, aff. jtes 21 à 24/72, Rec. 1972, p. 1219.

107 Voir notamment les arrêts CJCE, arrêt *Bela-Mühle* du 5 juillet 1977, aff. 114/76, Rec. 1977, p. 1211 et CJCE, arrêt *Sofrimport* du 26 juin 1990, aff. C-152/88, Rec. 1990, p. I-2477; voir ERNST-ULRICH PETERSMANN, *Application of GATT by the Court of justice of the European Communities*, CMLRev 1983, p. 397-437; voir également, du même auteur, *Settlements of international and national trade disputes through the GATT: the case of antidumping law*, in «Adjudication of international trade disputes», PUPIL vol. 7, Fribourg, 1992, p. 77-138, spéc. p. 122-126.

108 CJCE, arrêt *Fediol III* du 22 juin 1989, aff. 70/87, Rec. 1989, p. 1781ss, p. 1830-1836, § 18-42; moins conclusifs: CJCE, arrêt *Cartorobica* du 27 mars 1990, aff. C-189/88, Rec. 1990, p. I-1269ss, p. I-1296, § 19; ainsi que CJCE, arrêt *Electroimpex* du 11 juillet 1990, aff. C-157/87, Rec. 1990, I-3021.

recrutés parmi les partisans du repli sur soi, mais parmi des opposants à l'intégration européenne qui aiment à se considérer comme les champions d'une Suisse ouverte sur le monde (*eine weltoffene Schweiz*).

En Suisse, il faut souhaiter que les textes issus de l'Uruguay Round seront exposés au référendum facultatif en application de l'art. 89 al. 3 let. c Cst. (unification multilatérale du droit)[109]. En effet, comme l'ont montré la doctrine et les développements récents de la pratique constitutionnelle, la soumission à ce type de référendum facultatif est autant une question de qualité que de quantité des normes internationales considérées[110]. S'agissant du GATT, il y a d'abord, sans doute, *«quantité»* et *cohérence* de certains chapitres, notamment les codes relatifs à la propriété intellectuelle (TRIPs)[111] et aux marchés publics (deux domaines qui touchent au droit de la concurrence et qui déterminent des droits et obligations de personnes privées) et pour les règles antidumping. Mais il y aussi, surtout, «qualité» de certaines normes fondamentales (celles du traitement national notamment), qui revêtent une importance capitale et se prêteraient parfaitement – selon les critères définis par le Tribunal fédéral – à une application directe dans des cas d'espèces concrets[112]. La Cour de justice des Communautés européennes n'est en définitive pas si éloignée de cette reconnaissance[113].

Les développements qui précèdent montrent que le juge national pourrait être amené à jouer un rôle important dans la mise en oeuvre de nos obligations internationales dérivées du GATT. Grâce à lui, le GATT

---

[109] Dans sa réponse, du 17 février 1993, à *l'interpellation Bürgi* du 1er décembre 1992 (92.3468; votation populaire sur le nouvel accord sur le GATT), le Conseil fédéral, prudent, estime que l'on ne pourra juger «qu'après la conclusion des négociations dans quelle mesure les résultats du cycle de l'Uruguay (...) entraîneront une unification multilatérale du droit au sens de l'art. 89, 3e al., let. c de la Constitution».

[110] DIETRICH SCHINDLER, *Art. 89 al. 3 Cst.*, in: «Commentaire de la Constitution fédérale de la Confédération suisse», 1989, spéc. § 19-21.

[111] Sur l'importance du TRIPs pour la Suisse, voir THOMAS COTTIER et THU-LANG TRAN-THI, *Le GATT et l'Uruguay Round: l'importance du projet d'accord TRIPs et son impact sur le droit de la propriété intellectuelle en Suisse*, AJP/PJA 5/93, p. 632-639.

[112] On entend parfois dire que, dans ce domaine non plus, la Suisse ne doit pas pécher par excès, en jouant les «*Musterknaben*». En réalité, il ne s'agit pas de cela. Malgré l'égalité formelle des Parties contractantes, trois d'entre elles (Etats-Unis, Communauté européenne et Japon) sont, économiquement et politiquement, un peu plus égales que les autres et sont par conséquent séduites, parfois, par une «*power oriented approach*». Pour l'immense majorité des autres, en revanche – et tout particulièrement pour un petit pays comme la Suisse – il n'y a de salut que dans le «*law-oriented approach*». Comme le soulignait MAX HUBER, un petit Etat tire sa force relative de l'invocation de ses droits. Raison de plus de faire participer les particuliers à ce noble objectif, qui est en même temps le plus profitable des investissements à court, moyen et long terme. Sur ces questions, voir encore THOMAS COTTIER, *Recht und Macht im Europäischen Wirtschaftsraum*, AJP/PJA 1992, p. 1204-1216.

[113] CJCE, arrêt *Nakajima c. Conseil*, du 7 mai 1991, aff. C-69/89, Rec. 1991, p. I-2069ss, p. I-2177-2181, spéc. p. I-2177-2178, § 27-32.

pourrait devenir l'instrument privilégié d'une contribution suisse à l'émergence d'un «constitutionnalisme» de droit international économique, prolongement naturel et nécessaire de notre liberté économique (art. 31 Cst.)[114].

i) Interprétation conforme à la CEDH

De son côté, la CEDH constitue non seulement l'un des troncs communs du libre-échange européen et du marché intérieur communautaire, mais encore, au-delà de cet objectif fonctionnel, l'une des finalités de l'oeuvre d'intégration européenne[115].

Il est donc très important de garder à l'esprit la CEDH en abordant les problèmes de droit de l'intégration économique européenne. Une trentaine d'arrêts de la Cour de justice des Communautés européennes ont montré la variété des points de contact entre le droit communautaire et la CEDH. Ce n'est pas le lieu d'en faire ici le recensement[116]. On rappellera que la relation du droit communautaire (ou du droit du libre-échange) et de la CEDH n'est pas une relation à sens unique. La jurisprudence de Luxembourg s'enrichit déjà de l'apport de la jurisprudence de Strasbourg et des cours suprêmes des Etats membres. Et l'on n'a pas encore pleinement conscience du rôle que pourrait jouer à l'avenir le droit communautaire, à la fois pour élargir le contenu et le cercle des droits fondamentaux et pour en renforcer l'impact juridique dans chacun des Etats membres de la Communauté, de l'EEE ou des autres partenaires au libre-échange européen[117].

---

[114] Ernst-Ulrich Petersmann, *Wie kann Handelspolitik konstitutionalisiert werden? Verfassungsrechtliche Bindungen der Aussenhandelspolitik*, Europa Archiv 1989, p. 55-64; voir également notre contribution aux Mélanges Arnold Koller, 1993, citée *supra* (note 62), spéc. § 9-27.

[115] Voir ci-après, § 74, p. 539-543.

[116] Sur cette question, voir sur un plan général Ulrich Everling, *Der Beitrag des europäischen Gerichtshofs zur europäischen Grundrechtsgemeinschaft*, in: «40 Jahre Grundgesetz», (Stern, Hrsg.) Munich, 1990, p. 167ss; Ingolf Pernice, *Gemeinschaftsverfassung und Grundrechtsschutz (Grundlagen, Bestand, Perspektiven)*, NJW 1990, p. 2409-2420; sur l'interaction normative et jurisprudentielle, voir Pierre Pescatore, *La Cour de justice des Communautés européennes et la Convention européenne des droits de l'homme*, Mélanges Wiarda, Cologne (Heymanns), 1988, p. 441-455; voir aussi le résumé de Tobias Jaag, *Die Grundrechte im europäischen Gemeinschaftsrecht*, in: «Einführung in den Aufbau des EG-Rechts» (R. Zäch, D. Thürer et R. Weber, Hrsg.), Zurich (Schulthess), 1992, p. 77-94; voir encore Jörn Pipkorn, *La Communauté européenne et la Convention européenne des droits de l'homme*, Rev. trim. des droits de l'homme, Bruxelles, 1993, p. 221-241.

[117] Tous les partenaires du libre-échange européen sont aujourd'hui parties au Statut du Conseil de l'Europe du 5 mai 1949, (RS 0.192.030), organisation qui compte aujourd'hui (au 1er juillet 1993) 31 Etats membres (dont la Hongrie, la Pologne, la Bulgarie, la Lituanie, l'Estonie, la Slovénie, la République tchèque et la Slovaquie).

59. Potentialités offertes par un éclairage jurisprudentiel européen du droit constitutionnel suisse

> *«Mais c'est au moment où la Constitution atteint son plus grand éclat que la fin de son règne s'annonce. La Constitution elle-même n'est plus suprême. (...) Le premier choc est venu de la CEDH. Le deuxième pourrait bien provenir du droit communautaire.»*
>
> CHARLES-ALBERT MORAND[118]

La Constitution fédérale elle-même gagnerait à être plus systématiquement éclairée par le droit européen.

Dans ce domaine aussi, la *Convention européenne des droits de l'homme* a amorcé le changement. Le Tribunal fédéral a estimé, en termes assez généraux, que le droit constitutionnel devait être interprété à la lumière de la Convention européenne des droits de l'homme[119]. A de multiples reprises, il a concrétisé telle disposition constitutionnelle dans cette perspective. L'un des exemples les plus fréquents concerne l'art. 58 Cst.[120].

Dans la même perspective, le domaine de la *liberté économique* (art. 31 Cst.) présente, dans ses nécessaires prolongements européens et internationaux, un potentiel de développements jurisprudentiels largement inexploité à ce jour. Certes, le Tribunal fédéral a-t-il finalement admis, dans son arrêt *Werner* du 9 juillet 1982[121], qu'un ressortissant étranger établi en Suisse peut, dans certaines circonstances, se prévaloir de la garantie de la liberté économique de l'art. 31 Cst. Mais les développements ultérieurs sont encore rares, et timides, notamment en ce qui concerne l'autorisation donnée à des avocats étrangers de pratiquer en Suisse[122]. C'est le mérite

---

[118] CHARLES-ALBERT MORAND, *La Constitution saisie par l'Europe*, in: «Mélanges offerts à la Société suisse des juristes pour son Congrès 1991 à Genève», Bâle et Francfort, (Helbing & Lichtenhahn), 1991, p. 37-42.

[119] ATF 106 Ia 33, *X*, du 25 juin 1980, où le Tribunal fédéral a précisé que l'interprétation conforme à la Cst. féd. des lois fédérales doit se faire, de surcroît, «*compte tenu des dispositions de la CEDH» (cité d'après le résumé).*

[120] Dernier exemple publié, ATF 118 Ib 282, *A.c. T.*, du 27 avril 1992; pour une présentation systématique, voir JEAN-FRANÇOIS EGLI, *La garantie du juge indépendant et impartial dans la jurisprudence récente du Tribunal fédéral,* Recueil de jurisprudence neuchâteloise, 1990, p. 9-32 (avec la collaboration d'OLIVIER KURZ).

[121] ATF 108 Ia 148, *Werner*, du 9 juillet 1982 (psychothérapeute allemand).

[122] Très restrictif: ATF 116 Ia 237, *F.* (avocat allemand à Berne), du 12 octobre 1990; plus ouvert, malgré les circonstances de fait assez exceptionnelles et par conséquent peu apte à de trop rapides extrapolations: ATF (non encore publié) 119 Ia ..., *Dr. S.*, du 29 janvier 1993 (réfugiée polonaise qui avait étudié et pratiqué le barreau à Bâle, à laquelle les autorités zurichoises refusaient l'autorisation de pratiquer à Zurich; violation de l'art. 31

principal de M. PETERSMANN d'avoir montré des avantages qui pourraient être tirés d'une utilisation conséquente des principes de droit international économique susceptibles de prolonger, de renforcer et d'élargir la portée de l'art. 31 Cst. sans en trahir l'esprit[123]. Ce qui est vrai du droit international économique (GATT) l'est, *a fortiori*, du droit du libre-échange européen: ce dernier représente désormais l'environnement juridique international immédiat de l'art. 31 Cst., chaque fois que les rapports transfrontaliers sont en jeu. Nous avons cherché, récemment, à montrer l'apport conceptuel possible de la jurisprudence de la Cour de Luxembourg pour éclairer ce que nous avons appelé les aspects internes et externes du marché intérieur suisse[124].

Ces deux exemples (art. 58 et 31 Cst.) en appellent d'autres. Ainsi, l'*art. 60 Cst.*, qui consacre notamment la non-discrimination intercantonale «pour tout ce qui concerne les voies juridiques», rappelle étrangement le principe de non-discrimination procédurale intracommunautaire, dont on a vu l'importance dans la protection juridique découlant du droit communautaire (§ 47).

De même, on trouve dans d'anciens arrêts du Tribunal fédéral des mentions très constructives sur le rôle d'appoint que peut constituer l'environnement international d'une disposition constitutionnelle. C'est ainsi que dans l'arrêt *Loup* du 12 octobre 1977, portant sur la discrimination fondée sur le sexe en ce qui concerne le traitement des instituteurs et institutrices de l'enseignement primaire, le Tribunal fédéral (qui statuait avant l'acceptation de l'art. 4 al. 2 Cst.) a pris appui non seulement sur des instruments internationaux ratifiés par la Suisse (notamment la Convention no 100 de l'OIT), mais également sur d'autres dispositions internationales, telles que l'art. 119 CEE et l'art. 7 du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels. Le Tribunal fédéral ajoute, dans un type de raisonnement que l'on voudrait bien retrouver à propos de l'ALE de 1972[125]:

> «Certes, la Suisse n'est pas membre des Communautés européennes et elle n'a pas adhéré au Pacte international. Mais ces différentes dispositions doivent être mentionnées, visant le même but fondamental que la convention no 100. *Elles contiennent des normes internationales qui créent un climat*

Cst. constatée par le Tribunal fédéral); voir encore ATF 114 Ia 8, *Gaioni*, du 6 mai 1988 (ressortissant italien objet d'une discrimination contraire à l'art. 4 Cst., en ce qui concerne l'octroi de permis de chasse dans le canton du Valais).

123 ERNST-ULRICH PETERSMANN, *Wie kann Handelspolitik konstitutionalisiert werden? Verfassungsrechtliche Bindungen der Aussenhandelspolitik*, Europa Archiv 1989, p. 55-64; *Limited government and unlimited trade policy powers? Why effective judicial review of foreign trade restrictions depends on individual rights*, in: «National Constitutions and International economic law», M. Hilf et E.-U. Petersmann (eds.), Deventer (Kluwer), 1993, p. 537-561; voir également ETIENNE GRISEL (1993).

124 Voir *supra*, note 62.

125 ATF 118 Ib 367, *Association pour le recyclage du PVC*, du 7 juillet 1992.

propre à rendre effectifs les droits résultant de ces conventions et 'constituent certainement un important élément de formation d'un droit commun international dans le domaine des droits de l'homme' (cf. A. FAVRE, *Principes du droit des gens,* Editions universitaires, Fribourg, 1977, p. 346/347; VALTICOS, *L'OIT et sa contribution au principe de la primauté du droit à la protection internationale des droits de l'homme,* in Revue de la Commission internationale des juristes, t. IX, no 2, p. 3ss).»[126]

En réalité, c'est, progressivement, tout le droit constitutionnel matériel qui pourrait bénéficier d'une discrète osmose avec les expressions normatives et jurisprudentielles du droit européen, sans que l'autonomie de principe du droit constitutionnel suisse soit pour autant menacée.

Comme on vient de le voir, le Tribunal fédéral lui-même ouvre des voies, esquisse des perspectives. Il a récemment montré que même une disposition aussi typiquement helvétique que l'art. 113 al. 3 Cst. devait être interprétée de manière conforme aux principes généraux du droit international, en l'espèce à la lumière des art. 26 et 27 de la Convention de Vienne sur le droit des traités[127]. L'affirmation revêt une importance de principe, lorsqu'on sait que pour le Tribunal fédéral, les principes généraux de droit international sont directement applicables[128].

De proche en proche, non seulement le droit européen des droits de l'homme, mais le droit du libre-échange européen – sans parler du droit international économique – pourront imprégner la substance normative constitutionnelle. Tel est l'un des défis de ce qu'on a pu appeler le «constitutionnalisme»[129]. Dans cette perspective, le plus sage serait sans doute de considérer qu'il y a déjà – entre le droit constitutionnel suisse, le droit européen des droits de l'homme, le droit du libre-échange européen et le droit international économique – une si profonde interdépendance qu'il faut encourager le développement d'une jurisprudence opérant, dans toute la mesure du possible, la synthèse de ces différents registres juridiques[130].

---

126 ATF 103 Ia 517, 524, *Loup*, du 12 octobre 1977.

127 ATF 117 Ib 367, 372-373, *Erben X*, du 15 novembre 1991.

128 ATF 117 Ib 337, 340, *P. c. Office fédéral de la police*, du 17 octobre 1991.

129 Dans ce sens, DANIEL THÜRER, *Verfassungsrechtliche Leitprinzipien der Europäischen Integrationspolitik der Schweiz. Eine Skizze*, Aussenwirtschaft 1991, p. 519-532, qui parle de la «Herausforderung» zum «konstitutionalistischen Denken»; voir encore, du même auteur, *Europäisches und weltweites Verfassungsdenken / Krise und Relevanz des institutionellen Europa?,* NZZ du 18 mai 1993, no 113, p. 23.

130 Dans un sens voisin, ERNST-ULRICH PETERSMANN, *Settlements of international and national trade disputes through the GATT; the case of antidumping law*, in: «Adjudication of international trades disputes in international and national economic law», PUPIL, vol. 7, Fribourg (Editions universitaires), 1992, p. 77-138, p. 81-82, note 2.

60. Les limites de la création jurisprudentielle: rôle du législateur, du Constituant et du négociateur

> *«Der moderne Richter hat zwar die Einzelfallgerechtigkeit im Auge, ist aber mindestens grundsätzlich gehalten, das vom Gesetzgeber 'gesetzte' Recht gewissermassen loyal und diszipliniert 'anzuwenden'.»*
>
> GERHARD SCHMID[131]

On jugera sans doute que les développements qui précèdent sont osés, pour ne pas dire irresponsables. N'est-on pas en train, sous prétexte d'euro-compatibilité jurisprudentielle, de faire jouer au juge un rôle qui n'est pas le sien, à savoir celui de législateur, de négociateur, voire de Constituant?

Nous retrouvons ici l'une des manifestations particulières de la vaste problématique des limites de la création jurisprudentielle[132].

On fera cependant d'emblée remarquer qu'en matière de libre-échange européen, le juge suisse a jusqu'ici plutôt été tenté par les sirènes du *judicial self-restraint* – voir du *«non liquet»*[133] – que par celles du *judicial activism. L'heure est donc plutôt à l'encourager à assumer pleinement son rôle naturel d'interprète du droit européen et de dépositaire de son exécution judiciaire.* Car le juge national ne saurait se dérober à son obligation de *dire le droit européen* aux justiciables qui l'invoquent, en saisissant le juge selon les voies de recours nationales à disposition.

Par ailleurs, il est assez naturel qu'en matière de droit européen, secteur en pleine évolution, le juge soit, par la force des choses, aux avant-postes. Dans le système de Strasbourg, M. GOLSONG observe que la Cour européenne des droits de l'homme, qui affecte de ne vouloir trancher que les cas particuliers qui lui sont soumis, touche inévitablement à la problématique générale chaque fois que la source de la violation de la Convention réside dans l'existence d'une loi nationale incompatible avec elle[134]. Dans

---

131 GERHARD SCHMID, cité par GIOVANNI BIAGGINI (voir note suivante), p. 277.

132 Sur ces questions, voir l'analyse pénétrante de GIOVANNI BIAGGINI, *Verfassung und Richterrecht (Verfassungsrechtliche Grenzen der Rechtsfortbildung im Wege der bundesgerichtlichen Rechtsprechung)*, Bâle, 1991, spéc. p. 277-409.

133 ATF 104 IV 175, *Adams*, du 3 mai 1978; ATF 105 II 49, *Bosshard c. Sunlight («0mo»)*, du 25 janvier 1979; ATF 118 Ib 367, *«PVC»*, du 7 juillet 1992; voir encore l'attitude similaire du TFA dans l'arrêt ATF 111 V 201, *Courtet*, du 23 octobre 1985.

134 HERIBERT GOLSONG, *The European Court of human rights and the national law-maker: some general reflections*, Mélanges Wiarda, Cologne (Heymanns), 1988, p. 239-244, p. 241 (à propos de l'affaire *Marckx*); voir aussi LUZIUS WILDHABER, *Erfahrungen mit der EMRK*, ZSR/RDS 1979 II, spéc. p. 316; voir également GEORG RESS, *Die «Einzelfallbezogenheit» in der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte*, FS Hermann Mosler, Berlin/Heidelberg/New-York (Springer), 1983, p. 719ss.

un cas de ce genre, la décision judiciaire internationale peut parfois indirectement jouer le rôle d'*Appellentscheid* du droit allemand, (sorte d'«appel du pied» du juge au législateur), procédé dont ANDRÉ GRISEL, en 1987, suggérait l'usage en Suisse dans le but de réduire plus efficacement les incompatibilités existant entre le droit interne et le droit international[135].

Ainsi, dans le système de la Convention européenne des droits de l'homme, même si l'Etat mis en cause a pour obligation de ne réparer la violation que dans le *cas d'espèce* (art. 53 CEDH), il considère le plus souvent dans son propre intérêt de remédier aux *causes législatives de la violation.* Il est même désormais acquis – même si l'on assiste, ici ou là, à des résistances de la part des Etats parties à la Convention – que la surveillance exercée par le Comité des ministres sur l'exécution des arrêts de la Cour en application de l'art. 54 CEDH couvre non seulement le cas d'espèce, mais également certains aspects plus généraux, notamment les conséquences législatives immédiates, lorsque c'est dans la loi elle-même que se trouve la cause de la violation de la Convention dans un cas concret[136]. Ainsi le veut la logique d'engagements des Etats parties à la Convention, qui reconnaissent les droits garantis par celle-ci à «*toute* personne relevant de leur juridiction» (art. 1er CEDH).

Mais le rôle du juge ne se limite pas à cela. Comme l'observe M. HAEFLIGER, le juge national d'un Etat anticipe parfois le risque de constat d'une violation de la Convention en appliquant, *sua sponte*, une jurisprudence développée à propos d'un autre Etat[137].

Dans la jurisprudence de la Cour de Luxembourg, on trouve aussi des arrêts dans lesquels le juge européen a donné au législateur national des indications d'agir dans un sens donné. Ainsi, dans un arrêt *Commission c. Italie* du 24 mars 1988, la Cour de justice a-t-elle notamment déclaré que l'exécution correcte d'un arrêt en manquement comportait la suppression des dispositions nationales en cause[138]. Parfois, c'est un véritable dialogue qui s'engage entre la Cour de Luxembourg et les législateurs nationaux. Ceux-ci ne manquent d'ailleurs pas, à l'occasion, de s'engouf-

---

135 ANDRÉ GRISEL, *A propos de la hiérarchie des normes juridiques,* ZBl. 1987, p. 377-395, spéc. p. 392-393.

136 Sur ces questions, voir MARK VILLIGER, *Die Wirkungen der Entscheide der EMRK-Organe im innerstaatlichen Recht, namentlich in der Schweiz,* ZSR/RDS 1985 I, p. 478-515.

137 HAEFLIGER (1993), p. 350 (conséquences tirées préventivement, par le Tribunal fédéral, de l'arrêt *De Cubber* de 1984 sur plusieurs droits de procédure pénale cantonaux (BE; JU; FR; VS; GR).

138 CJCE, arrêt *Commission c. Italie* (taxes nationales contraires au droit communautaire) du 24 mars 1988, aff. 104/86, Rec. 1988, p. 1799 ss, p. 2271, 2278; voir AMI BARAV, *La plénitude de compétence du juge national en sa qualité de juge communautaire*, Mélanges Boulouis, Paris (Dalloz), 1991, p. 1-20, p. 5.

frer dans des brèches jurisprudentielles involontairement ouvertes par la Cour de justice[139].

Par ailleurs, même si une directive communautaire laisse en principe aux Etats membres la liberté de choisir parmi les différentes solutions propres à réaliser son objet, il arrive parfois que la Cour de justice précise que si un Etat membre choisit de sanctionner la violation de l'interdiction en question par l'octroi d'une indemnité, celle-ci doit en tout cas, pour assurer son efficacité et son effet dissuasif, être adéquate par rapport au préjudice subi et doit par conséquent aller au-delà d'une indemnisation purement symbolique, comme par exemple le remboursement des seuls frais de transport occasionnés par une candidature»[140].

On a vu, plus haut (§ 25), à l'occasion de l'évocation des conflits entre les accords bilatéraux d'établissement et la *Lex Friedrich* (arrêts *Schubert* et *Sud Provizel*), les difficultés qui ne manquent pas de se poser au *juge* si le *Parlement* ou le *Gouvernement* adoptent des attitudes peu claires. Significatives également sont les difficultés qui se posent ultérieurement au *Gouvernement* si le *juge* préfère esquiver le problème en se cachant derrière le *législateur*. Dans chaque cas de figure, une constante: l'existence d'un arroseur arrosé.

Notre thèse est qu'en cette matière, chaque organe de l'Etat doit prendre ses responsabilités, sans nécessairement attendre que le chemin soit tracé par un autre organe. Nous ne pouvons donc rejoindre, sur ce point précis, la proposition de M. KÄLIN qui suggère que, dans certaines circonstances, le juge «refuse l'obstacle» en déclarant qu'il s'agit d'une «*political question*», à la manière de la pratique américaine[141]. Pour notre part, nous ralliant aux vues exprimées en 1987 par ANDRÉ GRISEL, nous pensons que le juge serait mieux avisé, même dans ces cas politiquement délicats, de donner un signal approprié au législateur, le cas échéant en lui fixant un délai pour agir, dans le sens de ces «*Appellentscheide*» du droit allemand[142]. Dans la Communauté, M. PESCATORE a montré comment le juge communautaire devait remplir sa tâche dans le cadre d'un système – l'ordre juridique communautaire – encore caractérisé par de multiples carences du législateur. Son rôle, dans un tel système, est de mettre en valeur «des règles générales et des principes qui permettent, à tout le

---

139 Pour un bel exemple, voir CJCE, arrêt *Just* du 27 février 1980, aff. 68/79, Rec. 1980, p. 501, avec les correctifs que constituent les arrêts CJCE, *San Giorgio* du 9 novembre 1983, aff. 199/82, Rec. 1983, p. 3595 et CJCE, *Bianco* du 25 février 1988, aff. jtes 331, 376 et 378/85, Rec. 1988, p. 1099; voir à ce propos les développements de J. MERTENS DE WILMARS, *Réflexions sur le système d'articulation du droit communautaire et du droit des Etats membres*, Mélanges Boulouis, Paris (Dalloz), 1991, p. 391-408, p. 403-405.

140 CJCE, arrêt *von Colson et Kamann* du 10 avril 1984, aff. 14/83, Rec. 1984, p. 1891 ss, p. 1910, point 3 du dispositif de l'arrêt; voir également p. 1907, § 18.

141 Voir, dans ce sens, KÄLIN, ZbJV/RSJB 1986, vol. 124bis, p. 63ss et ZSR/RDS 1993 I p. 76-77.

142 GRISEL (note 135), 1987, p. 392-393.

moins, de maintenir un ordre élémentaire et d'assurer la sauvegarde de quelques valeurs essentielles, comme par exemple la libre circulation des marchandises, l'élimination des discriminations de nationalités et le respect de conditions loyales de concurrence»[143].

Pourquoi n'en irait-il pas de même dans le cadre du droit du libre-échange européen? Voire même dans le cadre du marché intérieur suisse?

B. Quelques jalons pour une euro-compatibilité normative

Qu'il soit permis de faire encore quelques digressions à propos de la revision totale de la loi d'organisation judiciaire et de la réforme de la juridiction constitutionnelle. Car s'il est aisé de montrer les limites de la création jurisprudentielle en soulignant le rôle nécessaire du législateur, du Constituant ou du négociateur (§ 60), il est cohérent d'exiger de ceux qui se prêtent à ce jeu facile d'indiquer, ne fût-ce que sommairement, le rôle qu'ils suggéreraient d'assigner au Constituant et au législateur.

«L'art de légiférer» exige toutefois des talents qui s'accommodent mal avec l'improvisation. Surtout dans une matière où, dans un Etat fédéral comme le nôtre, la problématique constitutionnelle (art. 64 al. 3 et 64bis al. 2 Cst.; 113 al. 3 Cst.) détermine directement la dimension législative – fédérale et cantonale – du droit de procédure. Le plus sage serait donc de laisser ces questions aux spécialistes. Qui les traiteraient sans doute dans l'ordre le plus logique: la problématique relative à la juridiction constitutionnelle d'abord, puis, par déduction en quelque sorte, celle qui touche à la réforme de l'organisation judiciaire fédérale.

De manière sans doute imprudente, nous nous risquerons néanmoins à faire quelques observations et propositions *en suivant l'ordre inverse*. Il nous semble en effet qu'au moment où l'on va entreprendre une nouvelle «donne» de la revision totale de l'OJ, toutes les bonnes volontés doivent se manifester ouvertement en vue de rechercher, dans l'intérêt commun, des solutions adéquates aux défis importants que pose aujourd'hui la revision de l'organisation judiciaire en Suisse. Nous fondons l'espoir que les processualistes ne tiendront pas rigueur à un non-spécialiste de la procédure de prendre la liberté de jeter quelques idées dans le débat, idées qui lui sont suggérées par le droit européen[144].

---

[143] Pierre Pescatore, *La carence du législateur communautaire et le devoir du juge*, in: «Mélanges Léontin-Jean Constantinesco», Cologne (Heymanns), 1983, p. 559-580.

[144] Lors de la rédaction de cette partie de mon texte (§ 61 et 62), j'ai eu l'occasion de discuter de ces questions avec plusieurs de mes collègues de l'Office fédéral de la justice: M. Josef Würsch, Mme Martine Thiévent Schlup, MM. Frank Schürmann, Jean-Michel Piguet et Thomas Geiser. Je voudrais leur témoigner ici mon amicale reconnaissance. J'ai également tiré profit d'entretiens de caractère plus général avec M. Pierre-

Et puisqu'il ne s'agit que de poser quelques «jalons» et non pas de concevoir un nouveau «système», nous procéderons de manière inductive, du particulier au général. En signalant d'abord certaines lacunes de l'OJ face au droit européen, pour nous risquer ensuite à quelques idées sur la réforme de la juridiction constitutionnelle suisse.

61. Droit européen et revision totale de l'organisation judiciaire

a) Le droit européen comme incitation à l'aménagement du droit de procédure fédéral

Faisons rapidement le point de ce que nous avons déjà évoqué au *Chapitre 5*. En matière de *droit procédural* et *d'organisation judiciaire*, les Etats membres sont en principe libres de légiférer comme ils l'entendent: c'est le principe de l'*autonomie institutionnelle* des Etats membres en la matière (§ 45). Le principe trouve toutefois ses *limites* dans la responsabilité du législateur national de garantir la *protection judiciaire efficace* des droits individuels conférés par le droit communautaire (§ 50), ce qui suggère de satisfaire, autant que possible, le postulat de *transparence du droit procédural* (§ 49). Ces deux attitudes sont en effet les meilleurs moyens d'assurer: l'*effet utile* (*rechtliche Wirksamkeit*) du droit communautaire (§ 46); la réalisation du postulat de *non-discrimination procédurale* (§ 47); et enfin le moyen de veiller au *respect des exigences et des règles procédurales communautaires* imposées notamment par la jurisprudence de la Cour de Luxembourg (§ 48).

On ajoutera que plus le Constituant et le législateur national mettent de talent à réaliser leurs objectifs, plus ils rendent facile, pour le juge national, l'exercice de ses responsabilités nouvelles de juge communautaire (§ 51-56).

L'effort législatif détermine donc directement l'intégration procédurale harmonieuse de l'ordre juridique interne dans l'ordre juridique communautaire.

Nous chercherons à identifier, ci-après, *quelques points sur lesquels le droit procédural fédéral pourrait être revisé en vue de faciliter la réception et l'application du droit européen en Suisse*.

Une *certitude de départ*: le droit européen n'exige certainement pas de créer d'*autres* voies de recours que celles qui existent, aujourd'hui déjà, au niveau fédéral. Le passage suivant de l'arrêt *Rewe* («*croisières de*

ALEXANDRE MÜLLER, juge fédéral, M. FRANÇOIS PAYCHÈRE, greffier au Tribunal fédéral, ainsi qu'avec MM. ANDREAS AUER et WALTER KÄLIN. Il va de soi que j'assume seul, ici aussi, la responsabilité des idées soutenues.

beurre») du 7 juillet 1981 devrait être de nature à rassurer ceux qui craindraient que l'influence du droit européen sur l'organisation judiciaire nationale ne se traduisît par la création de nouvelles voies de droit. La Cour de justice des Communautés européennes souligne en effet:

> «il convient, en premier lieu, de remarquer que, si le traité a créé un certain nombre d'actions directes qui peuvent être exercées le cas échéant par des personnes privées devant la Cour de justice, *il n'a pas entendu créer devant les juridictions nationales, en vue du maintien du droit communautaire, des voies de droit autres que celles établies par le droit national*».[145]

Pourtant, l'influence du droit européen devrait bel et bien se manifester à l'occasion de la revision totale de l'organisation judiciaire fédérale. A un autre niveau toutefois.

Notre droit procédural, qui prétend exprimer la *quintessence des droits individuels et du fédéralisme*, présente d'incontestables qualités. Mais il se révèle d'une *complexité extrême* et s'est montré jusqu'ici incapable de remédier à la *surcharge chronique du Tribunal fédéral*[146].

Or, parmi les principes que le droit européen invite le législateur à respecter figure le postulat de *transparence du droit procédural* (§ 49); celui de *non-discrimination procédurale* (§ 47); celui de *protection judiciaire efficace des droits individuels reconnus par le droit communautaire* (§ 50); celui de *respect de l'effet utile du droit communautaire* (§ 46); et enfin *respect des exigences procédurales* posées par le droit communautaire secondaire et la jurisprudence de la Cour de justice (§ 48).

Telles sont les «balises procédurales» qui nous orienteront dans la formulation des propositions qui suivent.

b) Suggestions d'aménagements du droit de procédure fédéral

Dans l'optique du droit européen, six questions nous paraîtraient en particulier mériter de retenir l'attention du législateur dans le cadre de la revision totale de l'organisation judiciaire:

1. Amélioration du statut procédural du droit européen

Notre droit procédural souffre, dans l'optique du droit européen, d'un premier défaut majeur: le *manque de transparence et d'unité* des formu-

---

[145] CJCE, arrêt *Rewe* («*croisières de beurre*») du 7 juillet 1981, aff. 158/80, Rec. 1981, p. 1805ss, p. 1838, § 44; la jurisprudence ultérieure a toutefois tempéré le principe, voir *supra*, § 46-50.

[146] Voir déjà, il y a 15 ans, André Grisel, *La surcharge des cours suprêmes*, ZBl. 1978, p. 373-385. On rappellera qu'en 1992, le Tribunal fédéral avait liquidé 4810 affaires, le Tribunal fédéral des assurances 1337 affaires, ce qui fait un total de 6147.

lations relatives au *moyen de droit international* dans le langage des dispositions légales définissant les recours ordinaires et extraordinaire[147].

Ainsi:

- le *recours en réforme* (*Berufung,* art. 43 OJ) est recevable «pour violation du droit fédéral, *y compris les traités internationaux»,* formule ambiguë qui donne l'impression de «nationaliser» sur le plan procédural les traités internationaux;
- le *recours de droit administratif* (*Verwaltungsgerichtsbeschwerde,* art. 97ss, 104, let. a OJ)[148] prévoit que le recours peut être formé «*pour violation du droit fédéral,* y compris l'excès et l'abus du pouvoir d'appréciation», formule qui laisse le droit international dans le domaine du sous-entendu, de la jurisprudence[149] ou du commentaire doctrinal[150], situation non optimale sous l'angle de la transparence juridique;
- le *pourvoi en nullité* (*Nichtigkeitsbeschwerde,* art. 268ss, 269 al. 1 PPF) souffre à cet égard du même défaut que le recours de droit administratif, puisqu'il n'est recevable que pour «*violation du droit fédéral*», le moyen tiré du droit international étant par conséquent également sous-entendu;
- *enfin, le recours de droit public* (*Staatsrechtliche Beschwerde,* art. 84, 1er alinéa, let. c OJ) est recevable contre une décision ou un arrêté cantonal pour violation «de *traités internationaux,* sauf s'il s'agit d'une violation de leurs dispositions de *droit civil* ou de *droit pénal* par une décision cantonale». Là encore, il faut les explications de la doctrine pour comprendre un peu mieux de quoi il retourne, par exemple en ce qui concerne l'articulation du recours en réforme avec le recours de droit public[151].

---

147 On fera ici abstraction de quelques voies de recours qui ne présentent, dans notre perspective, qu'un intérêt secondaire (recours en nullité civile, art. 68 OJ; recours en matière de LP, art. 78 OJ; ainsi que les divers recours à la Chambre d'accusation).

148 Situation identique pour le *recours administratif au Conseil fédéral,* art. 49 let. a LPA.

149 ATF 111 Ib 161, 164, *Stefanelli,* du 22 novembre 1985.

150 Voir par exemple Pierre Moor, *Droit administratif,* vol. II, Berne (Stämpfli), 1991, p. 429, qui souligne que la notion de droit fédéral (art. 49 lit. a LPA et 104 lit. a OJ) «inclut le droit international (cf. ATF 111 Ib 161 *Stefanelli*; y compris la CEDH, ATF 115 Ib 1, *Nasti)*».

151 Ainsi, Jean-François Poudret, dans son *Commentaire de l'OJ,* Berne (Stämpfli), 1990, vol. II, ad art. 43, no 2.2 explique: «C'est par le recours en réforme, s'il est ouvert, qu'il y a lieu d'invoquer la violation de toutes les dispositions, même publiques, d'un traité applicable dans une cause civile, nonobstant la formulation ambiguë de la disposition précitée et de certains arrêts» (p. 146).

Comment remédier à cette situation?

L'exigence de *transparence du droit procédural* (§ 49) nous paraît suggérer fortement une *mention explicite et uniforme du moyen de droit international dans les voies de recours fédérales*. Ce premier élément permettrait de remédier au défaut patent des deux formulations actuelles les plus critiquables (art. 104, let. a OJ et art. 269 al. 1 PPF).

Mais le principe de non-discrimination procédurale (§ 47) nous paraît également condamner la formulation – à peine meilleure – de l'art. 43 OJ («violation du droit fédéral, *y compris les traités internationaux*»). En effet, au sein de l'ordre juridique suisse, les traités internationaux ne sont pas une sous-catégorie du «droit fédéral».

On ne dira jamais assez que l'ordre juridique suisse comprend, *au centre*, la Constitution fédérale avec, *en aval*, le reste du droit fédéral, le droit intercantonal et le droit cantonal et, *en amont*, le droit international. Ce qui revient à dire qu'au sein de l'ordre juridique suisse, le droit international fait, *comme tel*, partie de la notion de «*droit*», dans une conception ouverte de la «légalité» (*équivalant ici à la notion de prééminence du droit/Vorherrschaft des Gesetzes/rule of law*). Les conséquences en sont multiples, notamment en ce qui concerne les *principes d'interprétation* applicables aux divers types de règles. C'est donc ici l'*effet utile* de la règle de droit européen (§ 46) qui incite à disqualifier la formule de l'art. 43 al. 1 OJ, susceptible de dénaturer la règle internationale par une lecture effectuée à travers le prisme du droit national[152]. En outre, la mention explicite du droit international comme motif de recours dans les voies de droit fédéral serait susceptible de contribuer, par une transparence accrue, à développer chez les avocats ces indispensables «*réflexes professionnels nouveaux à acquérir*»[153].

Enfin, puisque les dispositions procédurales en vigueur mentionnent, de façon réductrice, les «*traités* internationaux» – laissant dans l'ombre les deux autres sources principales du droit international que sont les *règles internationales unilatérales*[154] *et les règles générales*[155] –, *il conviendrait d'utiliser une formule plus générale, du type «pour violation du droit international»*.

---

[152] En matière d'interprétation des traités internationaux, la jurisprudence du Tribunal fédéral a, récemment, souligné la nécessité de respecter l'autonomie normative de la règle internationale à interpréter, ATF 117 V 268, *B.*, du 8 novembre 1991. On relèvera que, de son côté, la Cour de Luxembourg a souligné que l'applicabilité directe du droit communautaire s'oppose à toute mesure législative de droit national reproduisant le contenu de la règle communautaire et risquant d'affecter ses caractéristiques, CJCE, arrêt *Variola* du 10 octobre 1973, aff. 34/73, Rec. 1973, p. 981ss, p. 990, § 10 et p. 994, point 4 du dispositif.

[153] Selon la formule de CLAUS-DIETER EHLERMANN, citée plus loin, en exergue du § 68, p. 519

[154] ATF 100 Ib 226, *Wessely*, du 12 juillet 1974.

[155] ATF 117 Ib 337, *P. c. Office fédéral de la police*, du 17 octobre 1991.

Nous aurions ainsi, pour le *recours en réforme* (art. 43 al. 1 OJ), pour le *recours de droit administratif* (art. 104 let. a OJ), pour le *recours administratif* (art. 49 lit. a LPA) et pour le *pourvoi en nullité* (art. 269 al. 1 PPF), une formule identique sur les motifs de recours qui pourrait par exemple être libellée comme suit:

«pour violation du droit fédéral *ou du droit international*»;

ou:

«*pour violation*

- du droit international;
- du droit fédéral;
- etc.»[156].

2. *Unification des moyens de recours dans les voies de recours ordinaires*

La nécessaire recherche de la *simplicité* du droit de procédure fédéral, tout comme le souci de *transparence* (§ 49) devraient non seulement conduire le législateur à unifier le moyen de droit international, mais, plus généralement, à rechercher l'*unification des moyens de recours entre les voies de recours ordinaires*. On pensera que nous nous écartons de suggestions de réforme inspirées du seul droit européen. A moitié seulement, car dans le contexte européen actuel, manquerait à sa tâche le droit de procédure national qui ne tiendrait pas compte de l'intérêt légitime des plaideurs européens à assimiler sinon facilement, du moins sans difficulté inutile le droit procédural national. De telles simplifications ne sont-elles d'ailleurs pas recommandables *aussi* dans l'intérêt bien compris des juristes nationaux, à commencer par les étudiants?

3. *Valorisation des voies de recours ordinaires, afin de faire «prendre» le droit européen dans toute la largeur de ce type de contentieux fédéral*

Ce troisième objectif procédural souhaitable dans l'optique du droit européen découle directement des deux propositions principales précédentes. En effet, conférer un statut plein et entier au moyen de droit international dans les voies de recours ordinaires, afin d'en imprégner le contentieux civil (art. 43 OJ), administratif (art. 104 OJ) et pénal (art. 269 PPF), serait un utile moyen d'éviter les discriminations procédurales (§ 47) et de respecter au mieux les *règles procédurales communautaires*

---

[156] Dans le système de l'art. 84 al. 1 OJ, on pourrait ainsi avoir, comme lettre a (nouvelle): «*Du droit international*», les rubriques a, b et d devenant respectivement b, c, et d.

(§ 48). La *protection judiciaire efficace* des droits individuels conférée par le droit communautaire (§ 50) y trouverait également son compte[157]. Cette valorisation des voies de recours ordinaires aurait me semble-t-il un effet bénéfique indirect: contribuer à renforcer le caractère *subsidiaire* du recours de droit public, caractéristique qu'il a parfois un peu perdue.

4. *Elimination systématique des discriminations procédurales nationales menaçant l'effet utile du droit européen*

Dans le souci de mettre en oeuvre l'exigence communautaire de *non-discrimination procédurale* (§ 47), il conviendrait également de passer au peigne fin, en droit fédéral (et – mais c'est un autre débat – en droit *cantonal*) les institutions procédurales spécifiques qui, dans leur particularisme, pourraient avoir des effets négatifs sur le marché intérieur (*binnenmarktstörende Auswirkungen*)[158].

Dans le cadre de l'élaboration du programme législatif *Eurolex*, le Conseil fédéral avait, par exemple, envisagé de proposer des dispositions destinées à éviter la discrimination procédurale dont pourraient pâtir les Européens en raison de l'observation de délais de recours depuis l'étranger. Il y a finalement renoncé, ces modifications n'apparaissant pas comme «indispensables» au sens de la philosophie *Eurolex*[159].

Dans les textes législatifs adoptés par le Parlement le 9 octobre 1992[160], plusieurs dispositions de droit procédural fédéral répondaient également au souci de non-discrimination procédurale (§ 47), de respect des règles

---

157 Cette proposition figurait dans un document – non publié – de l'Office fédéral de la justice du 11 novembre 1985, qui a servi de base à des entretiens informels du DFJP avec les Tribunaux fédéraux en mai 1986, en vue de la préparation de la réponse au postulat Weber. Voir les opinions analogues auxquelles parviennent, à propos de la CEDH, Luzius Wildhaber, *Die Schweiz und die EMRK im Rahmen neuerer Entwicklungen,* Europa-Institut der Universität des Saarlandes (Vorträge, Reden und Berichte) Sarrebruck, 1989; Martin Schubarth, *Mit welchem Rechtsmittel ist eine behauptete Verletzung der Menschenrechtskonvention beim Bundesgericht zu rügen?*, Plädoyer 1/90, p. 44-48 (selon cet auteur, chaque fois qu'une violation de la CEDH avoisine un problème d'interprétation conforme du droit fédéral à la CEDH – c'est-à-dire dans l'immense majorité des cas – le moyen de droit tiré de la CEDH doit être invoqué dans le cadre des voies de recours ordinaires); et Andreas Auer, *L'Espace économique européen et le contrôle des lois fédérales*, in: «Accord EEE (Commentaires et réflexions)», Zurich (Schulthess), 1992, p. 639-652, p. 650, § 28.

158 Voir Manfred Wolf, *Abbau prozessualer Schranken im europäischen Binnenmarkt*, in: «Wege zu einem europäischen Zivilprozessrecht (Tübinger Symposium zum 80. Geburtstag von Fritz Baur)» (W. Grunsky und a., Hrsg.), Tübingen (Mohr), 1992, p. 35-67.

159 Voir sur ce point le Message complémentaire I au message relatif à l'Accord EEE, du 27 mai 1992, FF 1992 V 1ss, p. 10-12.

160 Document 92.057 (non publié dans la Feuille fédérale), intitulé «EEE. Adaptation du droit fédéral (Eurolex). Textes définitifs pour la votation finale 1 à 50», du 9 octobre 1992.

procédurales communautaires (§ 48), et de garantie d'une protection judiciaire efficace aux droits individuels conférés par le droit communautaire (§ 50). On mentionnera comme exemple, dans la loi fédérale sur la procédure administrative du 20 décembre 1968[161], le projet d'adjonction d'une lettre a[bis] à l'art. 73 al. 2 LPA, ayant pour effet de donner la compétence de recours au Tribunal fédéral lorsque le recourant invoque la violation *du droit EEE* (par exception à la compétence du Conseil fédéral).

Dans la même perspective, plusieurs institutions procédurales contenues dans l'OJ du 16 décembre 1943[162] mériteraient d'être examinées. On pense en particulier au droit des avocats titulaires de brevets étrangers ou de professeurs de droit des universités d'autres Etats européens d'agir comme mandataires dans les affaires civiles et pénales (art. 29 al. 2 OJ)[163]. Certes, le droit actuel prévoit-il déjà la possibilité pour des avocats étrangers d'être admis à titre exceptionnel comme mandataires. Mais cette disposition (art. 29 al. 3 OJ) est imparfaite, car sa mise en oeuvre suppose la *réciprocité*. Il faudrait donc la compléter.

Plus généralement, il conviendrait sans doute, comme il en est question aujourd'hui, d'élaborer une loi-cadre en vertu de la compétence fédérale donnée par l'art. 33 al. 2 Cst., qui habilite la Confédération à légiférer notamment sur la reconnaissance intercantonale (et européenne) des brevets d'avocats[164].

D'autres institutions procédurales devraient enfin être examinées de manière critique, pour s'assurer qu'elles ne véhiculent pas non plus, intrinsèquement ou dans leurs effets, de discriminations procédurales dont pourraient souffrir des justiciables européens. La pratique récente de la Cour de justice de Luxembourg suggère, par exemple, un examen critique de l'institution de la *cautio judicatum solvi*[165].

---

161 RS 172.021.

162 RS 173.110, la modification de l'art. 100 let. b OJ, ayant pour effet d'admettre la recevabilité du recours de droit administratif en cas de décision se fondant sur le droit EEE ou sur l'arrêté fédéral du 9 octobre 1992 sur le séjour et l'établissement des ressortissants des autres Etats de l'EEE; dans la même perspective, élargissement de la recevabilité du recours de droit administratif, en vertu de l'art. 101a OJ – en dérogation à l'exception des articles 99 à 101 –, «dans la mesure où le droit EEE confère un droit à une voie de recours judiciaire et où aucune commission fédérale de recours n'est compétente en la matière»; voir également, dans le même esprit, la recevabilité du recours de droit administratif selon l'art. 129a OJ, en dérogation au régime de l'art. 129.

163 L'arrêté fédéral adopté dans le cadre d'*Eurolex* par le Parlement le 9 octobre 1992, qui portait modification de l'OJ, avait déjà introduit cette nouveauté.

164 Voir, dans ce sens, les propositions formulées par ULRICH ZIMMERLI, *Das Nein des Schweizervolks zum EWR und die Folgen für die Schweizer Anwälte,* Der Schweizer Anwalt, 5/1993, p. 18 (cité *supra*, § 1, note 3, p. 248).

165 CJCE, affaire *Hubbard c. Hamburger*, aff. C-20/92 (dans ses conclusions présentées le 10 mars 1993, l'avocat général DARMON a en effet conclu à la violation des art. 59 et 60 CEE du fait de la pratique allemande en matière de *cautio judicatum solvi*, plus sévère

5. *Objectivation du contentieux de droit européen*

D'autres innovations, plus techniques, seraient également bienvenues dans l'optique du droit européen. Ainsi, pour sortir de ce que nous avons appelé, de façon un peu irrévérencieuse, le «dialogue manqué» entre Lausanne et Luxembourg (§ 27), ne serait-il pas opportun de créer, en droit de procédure fédéral, les moyens d'*objectiver un débat* qui reste encore trop «national»?

En effet, on a vu le rôle non négligeable que jouent en pratique les *préavis, prises de position* et autres *observations* (*Amtsberichte*) donnés par l'Administration fédérale au Tribunal fédéral dans les affaires touchant, notamment, le droit européen. Formellement, ces prises de position sont formulées dans le cadre d'échanges d'écritures auxquels il est procédé en application des art. 93 ou 110 OJ[166]. L'influence de ces consultations du sérail administratif est bien perceptible dans plusieurs affaires qui – troublante coïncidence – ne sont pas particulièrement celles qui ont fait avancer la cause du droit européen en Suisse: observations du DFJP dans l'affaire *Adams* en 1978[167], qui sont également citées dans l'arrêt *Omo* en 1979[168]; préavis de l'OFAS dans l'affaire *Courtet* en 1985[169]; préavis enfin de l'Office fédéral des affaires économiques extérieures et du Bureau de l'intégration dans l'affaire *PVC* en 1992[170].

Il ne semble pas exclu que l'importance démesurée de ces écrits puisse tenir au fait que, selon une pratique peu uniforme (décisions présidentielles ou du juge délégué), ces prises de position ne sont apparemment pas toujours communiquées à l'autre partie, ou alors communiquées pour information seulement, ou encore communiquées avec délai pour prise de position. L'art. 6 § 1 CEDH (principe d'égalité des armes entre parties au procès) y trouve-t-il son compte? Nous n'en sommes pas certain, du moins dans le cas où la prise en considération de l'avis des autorités exécutives privilégie indûment *une* Partie contractante aux dépens de l'avis de l'autre ou des autres Parties contractantes. Nous partageons, sur ce point, les critiques exprimées par M. WILHELM dans sa récente thèse[171].

---

et donc discriminatoire à l'égard des ressortissants communautaires non allemands); voir également Commission EDH, aff. *N. c. Suisse*, rapport du 14 mai 1993, requête no 15252/89, § 87-97.

166 Art. 93 OJ: consultation «*d'autres intéressés éventuels/allfällig anderer Beteiligten*»; art. 110 OJ: communication à «*d'autres parties ou intéressés/allfälligen weiteren Parteien oder Beteiligten*».

167 ATF 104 IV 175, 179, *Adams*, du 3 mai 1978.

168 ATF 105 II 49, 59, *Bosshard c. Sunlight (Omo)*, du 25 janvier 1979.

169 ATF 111 V 201, *Courtet*, du 23 octobre 1985 (préavis de l'OFAS).

170 ATF 118 Ib 367, 377, *Association pour le recyclage du PVC*, du 7 juillet 1992.

171 CHRISTOPHE WILHELM (note 11), 1992, p. 122-123.

Pour remédier à cette situation, il existe au moins trois possibilités, qu'on mentionnera en passant dans un ordre d'intervention législatif croissant.

- *Première possibilité*: inciter le Tribunal fédéral – par une «*Kann-Vorschrift*» – à faire un usage plus généreux du droit de consultation «*d'autres intéressés éventuels/allfällig anderer Beteiligten*» chaque fois qu'il s'agit de l'interprétation d'un traité international qui peut prêter à controverse entre Parties contractantes. On pourrait ainsi imaginer que dans les affaires mentionnées, qui revêtaient incontestablement une importance de principe, l'*autre Partie contractante* (soit la Communauté européenne) eût également été invitée à se déterminer, par exemple par l'intermédiaire du Service juridique de la Commission des CE, du Conseil ou, dans d'autres cas, du Service juridique de l'AELE. Inconvénient majeur de cette proposition: rallonger la procédure, et sacrifier par la même occasion à ce penchant très helvétique consistant à demander à chacun son avis.
- *Deuxième possibilité*: s'inspirer de la pratique de la Cour de Luxembourg en matière de procédure préjudicielle de l'art. 177 CEE. Si cette procédure joue un si grand rôle en pratique, c'est *aussi* parce que dans *chaque affaire*, les *Etats membres* et les *institutions communautaires* ont *toujours* la possibilité de se déterminer. N'y aurait-il pas là une source d'inspiration pour le droit de procédure fédéral? Pour pallier efficacement le risque d'allongement des délais ou de procédés dilatoires des plaideurs consistant à demander des reports de délais, on pourrait utilement s'inspirer de la pratique communautaire, qui impartit aux destinataires de la consultation un *délai de forclusion (Verwirkungsfrist) de 2 mois* pour se déterminer, sans échange ultérieur d'écritures.
- *Troisième possibilité* (vers laquelle irait notre préférence): consacrer formellement le droit de l'autre Partie contractante au traité de prendre part aux débats judiciaires devant le Tribunal fédéral, en lui reconnaissant expressément le droit de se déterminer. Il conviendrait ici de suivre des solutions pragmatiques[172]. Dans ce domaine aussi, nous pourrions tirer un utile profit de certaines dispositions de droit européen, telles que l'art. 37 du protocole sur le Statut de la CJCE, qui consacre le droit des Etats membres et des institutions communautaires d'intervenir aux litiges soumis à la Cour de justice, et qui reconnaît le même droit «à toute autre personne justifiant d'un intérêt à la solution d'un litige

[172] Pour éviter de passer, dans le cas d'un instrument comme l'Accord EEE qui comprendra sans la Suisse 20 Parties contractantes, du Charybde du *trop peu* au Scylla du *trop*, il devrait suffire de demander l'avis du Service juridique de la Commission des CE (et éventuellement du Conseil) ainsi que de l'Autorité de surveillance AELE. Pour l'ALE, la consultation du Service juridique de la Commission devrait suffire.

soumis à la Cour», les conclusions d'une requête en intervention ne pouvant avoir d'autre objet que le soutien des conclusions de l'une des parties. La pratique est généreuse pour les intervenants[173].

6. *Principe de publicité: nécessité d'une réflexion d'ensemble*

Il est bien connu que le principe de publicité de la procédure (*Partei-und Publikumsöffentlichkeit*) et de publicité du prononcé du jugement (*Öffentlichkeit der Urteilsverkündung*), consacré par l'art. 6 § 1 CEDH, pose de sérieux problèmes pratiques.

Dans son arrêt *Sutter c. Suisse* du 22 février 1984[174], la Cour européenne des droits de l'homme ne s'est pas laissée entraîner dans une interprétation littérale de la notion de *prononcé public du jugement.* Elle a mis l'accent sur l'élément substantiel de la protection.

L'arrêt *Schuler-Zgraggen c. Suisse*, du 24 juin 1993[175], qui portait sur la question de la *publicité de la procédure,* pourrait avoir des conséquences pratiques plus sérieuses, déjà signalées par le Tribunal fédéral des assurances dans son rapport de gestion pour l'année 1992[176]. Dans cet arrêt, la Cour européenne des droits de l'homme a posé le principe de l'applicabilité de la garantie de publicité de la procédure de l'art. 6 CEDH aux procédures de recours de droit administratif devant le Tribunal fédéral des assurances, procédures qui relèvent autant de l'appel que de la cassation (voir art. 132 OJ). Une application intégrale des garanties de l'art. 6 CEDH à ce type de procédures devant le TFA aurait des conséquences pratiques importantes. Pour plusieurs auteurs, les justiciables pourraient légitimement s'attendre à être convoqués à une audience[177]. Si

---

173 Voir en particulier une affaire où le ministre des affaires extérieures de la Dominique a été admis à intervenir sur la recevabilité d'une action antidumping qui touchait directement l'une des plus importantes entreprises productrices de bananes de ce pays, au motif que la Dominique «est une personne ayant justifié d'un intérêt suffisant à la solution du litige», CJCE, arrêt ordonnance du 23 février 1983 rendue en l'affaire *Chris International Food c. Commission*, aff. jtes 91 et 200/82, Rec. 1983, p. 417ss, 418-419.

174 Cour EDH, arrêt *Sutter c. Suisse* du 22 février 1984, Série A no 74.

175 Cour EDH, arrêt *Schuler-Zgraggen c. Suisse* du 24 juin 1993, Série A no 263.

176 Rapport de gestion du TFA du 31 décembre 1992, p. 29-30, spéc. p. 30: «L'affaire revêt une certaine importance de principe pour la Suisse, dans la mesure où, jusqu'à présent, il est généralement admis que la publicité des débats ne s'applique pas aux procès en matière d'assurances sociales, afin de respecter, en particulier, les principes de simplicité et de rapidité de la procédure».

177 Voir THOMAS SCHMUCKLI, *Die Fairness in der Verwaltungsrechtspflege: Art. 6 Ziff. 1 EMRK und die Anwendung auf die Verwaltungsrechtspflege des Bundes*, thèse FR, Fribourg (Ed. universitaires), 1990, p. 94-97, spéc. p. 95: «Publikumsöffentlichkeit hat aber nur dann einen Sinn, wenn der *Grundsatz der Mündlichkeit* im Verfahren gilt. Entscheidungsgrundlage darf nur sein, was in einer mündlichen Verhandlung nach dem Unmittelbarkeitsprinzip zusammengetragen wurde.» Sur un plan plus général, voir aussi RAINER J. SCHWEIZER, *Europäische Menschenrechtskonvention (EMRK) und schweize-*

tel était le cas, un engorgement sérieux pour le Tribunal fédéral des assurances (qui a liquidé 1337 cas en 1992) en résulterait. Ce dernier pourrait se trouver dans la situation de devoir – pour la troisième fois – demander la revision de l'art. 132 OJ. S'il l'obtient – ce qui n'est, politiquement parlant, pas certain – les conséquences en seraient *d'autant plus douloureuses pour les cantons*, qui devraient, à titre prioritaire voire exclusif, satisfaire aux exigences de publicité de l'art. 6 CEDH en organisant le cas échéant des débats publics (*öffentliche Verhandlungen*) devant les instances cantonales[178].

L'arrêt *Schuler-Zgraggen* appelle une réflexion d'ensemble sur la garantie de publicité en droit procédural suisse. Une éventuelle modification de l'art. 17 OJ pourra s'inspirer, le cas échéant, des nouveaux principes qui ont été fixés à l'art. 23 al. 2 de l'Ordonnance du Conseil fédéral de février 1993[179]: en vertu de ce texte, les parties comparaissant devant les commissions fédérales de recours et d'arbitrage peuvent, d'entente entre elles, renoncer à la publicité de la procédure. Dans ce cas, l'art. 6 § 1 CEDH n'est pas violé, car, selon la jurisprudence de la Cour, «la règle de la publicité des audiences peut aussi céder parfois devant la volonté de l'intéressé»[180]. La Cour ajoute: «Sans doute la nature de certains des droits garantis par la Convention exclut-elle un abandon de la faculté de les exercer (...), mais il n'en va pas de même de certains autres»[181]. Manifestement, le problème de la publicité requiert une réflexion d'ensemble, notamment à la lumière de l'arrêt *Schuler-Zgraggen c. Suisse* rendu le 24 juin 1993.

Il faut espérer, à ce propos, que la Cour européenne des droits de l'homme ne se laissera pas tenter par l'octroi de garanties purement *formelles* aux dépens d'une protection juridique *matérielle* qui découle, dans le domaine du droit suisse des assurances sociales par exemple, moins de la garantie de la publicité de la procédure que de l'existence, aujourd'hui déjà (grâce à l'art. 132 OJ), d'un double degré de juridiction

---

risches Sozialversicherungsrecht, in: «Sozialversicherungsrecht im Wandel», Berne (Stämpfli), 1992, p. 19-52, spéc. p. 46-49; voir le langage plutôt rassurant – mais imprécis – du § 58 de l'arrêt *Schuler-Zgraggen.*

178 Voir les principes posés par la Cour EDH dans plusieurs affaires suédoises, Série A no 212; sur cette problématique, voir également ATF 115 V 255 et ULRICH MEYER-BLASER, *Die Bedeutung von Art. 4 Bundesverfassung für das Sozialversicherungsrecht*, ZSR/RDS 1992 II, p. 299-472, p. 461, notes 778-779. Se fondant sur la jurisprudence de la Cour de Strasbourg, ce dernier auteur estime que l'exigence de publicité de l'art. 6 § 1 CEDH est satisfaite si l'intéressé peut, expressément ou tacitement, renoncer à son droit d'exiger des débats publics.

179 RO 1993, 879ss, 886.

180 Cour EDH, arrêt *Albert et Le Compte* du 10 février 1983, Série A no 58, p. 19, § 35; ce principe a été confirmé dans l'arrêt Cour EDH, *Hakansson et Sturesson* du 21 février 1990, Série A no 171 A, p. 20-21, § 67.

181 Cour EDH, arrêt *Albert et Le Compte* précité (note 180), *ibidem.*

en matière de contentieux de la sécurité sociale, assorti de ce véritable petit code de garanties procédurales minimales de droit fédéral imposées aux cantons que constitue, par exemple, l'art. 85 al. 2 LAVS[182]. Dans la recherche de l'«équité» au sens de l'art. 6 § 1 CEDH, ne convient-il pas de mettre prioritairement l'accent sur les garanties procédurales *essentielles* du point de vue matériel?

c) Appréciation

L'importance d'une prise en compte des exigences du droit européen dans toute revision future de l'OJ ressort du message du Conseil fédéral du 18 mai 1992 relatif à l'Accord EEE[183]. Cette importance a aussi été relevée par le chef du DFJP, le conseiller fédéral ARNOLD KOLLER, à l'occasion de la célébration, le 21 mai 1992 à Lucerne, du 75e anniversaire du Tribunal fédéral des assurances[184].

L'interdépendance croissante des sociétés européennes, non seulement sur le plan économique, mais aussi sur le plan juridique, devrait nous conduire à rechercher courageusement et systématiquement la *simplification* du droit de procédure fédérale[185], qui tient parfois, aujourd'hui, du véritable maquis juridique[186]. Car si notre droit procédural – fédéral et cantonal – est, aujourd'hui déjà, d'une complexité redoutable pour le praticien suisse, imagine-t-on un instant ce qu'il en sera pour le justiciable européen et son conseil?

La recherche de l'effet utile (*rechtliche Wirksamkeit*) du droit communautaire par le biais du droit de procédure national (§ 46) devrait aussi nous inciter à rechercher systématiquement l'articulation optimale du droit procédural suisse avec le droit européen. De manière ponctuelle, le législateur suisse a déjà manifesté à plusieurs reprises cette préoccupation, en adoptant des solutions ponctuelles parfois très originales pour satisfaire aux exigences de la CEDH. On citera dans ce contexte le pragmatisme de bon aloi qui a entouré l'insertion d'un nouveau motif de «revision» dans la loi d'organisation judiciaire en cas de constat, par la Cour européenne

---

182 RS 831.10.

183 Message précité du 18 mai 1992, FF 1992 IV 1ss, p. 425.

184 ARNOLD KOLLER, *Gewaltenteilung und europäische Integration*, discours prononcé à Lucerne le 21 mai 1992 à l'occasion du 75e anniversaire du Tribunal fédéral des assurances, 10 p. (ronéotypées).

185 Voir sur ce point les critiques convergentes de VOGEL (1992) pour la procédure civile; de PIQUEREZ et AESCHLIMANN pour la procédure pénale (allocutions prononcées lors du 50e anniversaire de la SSDP/SKG à Berne le 14 mai 1992, textes ronéotypés); de KAUFMANN (1983) et SCHWEIZER (1990) pour la procédure de droit administratif; de SCHUBARTH (1993) en ce qui concerne la relation recours de droit public/pourvoi en nullité.

186 Voir notamment les art. 99 – 102 OJ, sur la recevabilité du droit administratif.

des droits de l'homme ou le Comité des ministres du Conseil de l'Europe, d'une violation par la Suisse de la Convention européenne des droits de l'homme (art. 139a OJ). Cette modification législative, en vigueur depuis le 15 février 1992[187], a été critiquée par certains, pour des raisons touchant notamment à la systématique du droit procédural[188]. D'autres observateurs ont cependant salué à juste titre le pragmatisme qui a entouré cette modification législative[189], également remarquée – à l'état de projet – à l'étranger et récemment citée par la Cour elle-même.[190]

Enfin on relèvera, avec M. OLIVER, que les principes de droit communautaire qui encadrent le droit procédural national (principes tirés de «l'effet utile» ou de la non-discrimination procédurale) ne sont en définitive que des *règles minima*[191]. Du fait de l'autonomie institutionnelle dont ils jouissent, les Etats membres sont libres d'introduire des procédures ou voies de droit plus libérales que celles qui sont requises par le strict respect de ces principes. La même remarque vaut sans doute pour la Convention européenne des droits de l'homme, par une lecture combinée des art. 6, 13, 14 et 60 de la Convention.

62. Droit européen et juridiction constitutionnelle suisse

«Es ist merkwürdig, wie lange wir in der Schweiz an Dogmen und Fiktionen kleben, von denen sich die Wirklichkeit immer mehr entfernte.»

HANS HUBER[192]

La suggestion, inspirée par le droit européen, de modifications de la loi d'organisation judiciaire (§ 61) ne saurait occulter *le problème central*; celui de la réforme éventuelle de la juridiction constitutionnelle suisse.

---

187 RO 1992, 288.

188 JEAN-FRANÇOIS POUDRET, *Le nouveau motif de revision prévu dans la loi fédérale d'organisation judiciaire à raison de la violation de la CEDH*, FS Oskar Vogel, Fribourg, 1991, p. 201- 216.

189 ARTHUR HAEFLIGER, *Die Europäische Menschenrechtskonvention und die Schweiz (Die Bedeutung der Konvention für die schweizerische Rechtspraxis)*, Berne (Stämpfli), 1993, p. 351-356.

190 ANDREW DREMCZEWSKI, *Un Etat en violation de la Convention européenne des droits de l'homme: l'exécution interne des décisions des institutions de Strasbourg*, Mélanges Wiarda, Cologne (Heymanns), 1988, p. 149-158; Cour EDH, arrêt *Schuler-Zgraggen c. Suisse* du 24 juin 1993 (note 175), § 72-74.

191 PETER OLIVER, *Le droit communautaire et les voies de recours nationales*, CDE 1992, p. 348-374, p. 352.

192 HANS HUBER (1979), cité par ANDREAS AUER, RDS/ZSR 1980 I, p. 140.

Plus concrètement: en cas d'adhésion à la Communauté, faut-il ou non supprimer l'art. 113 al. 3 Cst. (et l'art. 114bis al. 3 Cst.)?

Cette question a donné lieu récemment à d'abondantes discussions[193].

A vrai dire, la discussion, délicate en elle-même, s'est engagée sur le terrain difficile de la Convention européenne des droits de l'homme. Or la *connexité matérielle* du catalogue des droits garantis par la CEDH avec le catalogue des droits, écrits et non écrits, du droit constitutionnel suisse a, à certains égards, faussé le débat. Bien que motivé au départ par des *raisons purement procédurales*, le choix jurisprudentiel de l'arrêt *Diskont- und Handelsbank* de 1975 a eu, aux yeux de certains, une portée qu'il n'aurait pas dû avoir. Mais, en réalité, cet arrêt n'a pas «constitutionnalisé» la CEDH qui est, fondamentalement, un traité international comme les autres même si son objet lui confère un éclat particulier. De toute façon, cette jurisprudence n'a désormais qu'un intérêt purement historique, puisqu'elle a été «codifiée», avec effet au 15 février 1992, par la modification de l'art. 86 al. 2 OJ qui, en matière de *recours de droit public*, soumet désormais l'invocation de *tous les traités internationaux* à l'obligation d'épuisement des voies de recours cantonales[194].

Avec le droit communautaire, le problème se posera en termes incontournables. *L'adhésion à la Communauté ouvrira en effet une brèche béante dans le système de l'art. 113 al. 3 Cst.* Pour reprendre la formule de M. AUBERT, l'art. 113 al. 3 Cst. sera *«balayé»*[195]; langage voisin chez

---

193 Voir notamment GIORGIO MALINVERNI, *L'article 113 al. 3 de la Constitution fédérale et le contrôle de conformité des lois fédérales à la Convention européenne des droits de l'homme*, FS für Otto K. Kaufmann, Berne et Stuttgart (Haupt), 1989, p. 381-397; DIETRICH SCHINDLER, *Verfassungsrecht*, in: «Die Europaverträglichkeit des schweizerischen Rechts», Zurich, 1990, p. 21-43; CLAUDE ROUILLER, *Le contrôle de la constitutionnalité des lois par le Tribunal fédéral suisse,* Pouvoirs 1990, p. 147-158; ANDREAS AUER, *L'Espace économique européen et le contrôle des lois fédérales*, in «Accord EEE (Commentaires et réflexions)», Zurich (Schulthess), 1992, p. 639-652; ASTRID EPINEY, *EG, EWR und die Auswirkungen auf die schweizerische Verfassungsgerichtsbarkeit und die direkte Demokratie,* SJZ/RSJ 1992, p. 261-270 et p. 281-289; DANIEL THÜRER, *Schweizer Verfassungsordnung vor der Herausforderung durch die europäische Integration: Perspektiven, Prinzipien und heisse Eisen*, ZSR/RDS 1992 I, p. 73-106; CARLO LOMBARDINI et ALESSANDRA CAMBI, *Le contrôle de la constitutionnalité des normes en droit suisse,* Mélanges Velu, Bruxelles (Bruylant), 1992, tome I, p. 339-356; et HANSJÖRG SEILER, *Das völkerrechtswidrige Bundesgesetz: Artikel 113 Absatz 3 BV im Verhältnis zu Völkerrecht, EG und EWR,* SJZ/RSJ 1992, p. 377-387.

194 RS 173.11/RO 1992, 288 (modification du 4 octobre 1991).

195 Expression utilisée en août 1988 par M. JEAN-FRANÇOIS AUBERT lors de la discussion, au cours d'un séminaire restreint, de nos rapports portant sur les *Conséquences, sur la démocratie suisse, d'une adhésion de la Suisse à la Communauté européenne*; et *Conséquences, sur le fédéralisme suisse, d'une adhésion de la Suisse à la Communauté européenne*, ZSR/RDS 1990 (Beiheft Nr. 14), Bâle (Helbing & Lichtenhahn), 1990, p. 7-37; et p. 39-79.

M. KÄLIN, qui observe que l'art. 113 al. 3 Cst. sera «*weitgehend ausgehöhlt*»[196].

Pour s'en convaincre, il suffit en effet de rappeler les deux passages suivants de l'arrêt *Simmenthal* du 9 mars 1978, qui sont d'une implacable clarté puisque:

- obligation sera faite au juge national «d'appliquer intégralement le droit communautaire et de protéger les droits que celui-ci confère aux particuliers en laissant inappliquée toute disposition éventuellement contraire de la loi nationale, que celle-ci soit antérieure ou postérieure à la règle communautaire»[197];
- et que «serait, dès lors, incompatible avec les exigences inhérentes à la nature même du droit communautaire, toute disposition d'un ordre juridique national ou toute pratique législative, administrative ou judiciaire qui aurait pour effet de diminuer l'efficacité du droit communautaire par le fait de refuser au juge compétent, pour appliquer ce droit, le pouvoir de faire, au moment même de cette application, tout ce qui est nécessaire pour écarter les dispositions législatives nationales formant éventuellement obstacle à la pleine efficacité des normes communautaires»[198].

Le principe étant clair, il faut encore, pour se faire une idée plus précise des conséquences d'une adhésion à la Communauté sur l'art. 113 al. 3 Cst., examiner séparément quelques questions.

a) Le droit européen exige-t-il, lui-même, l'institution d'un contrôle de la constitutionnalité des lois fédérales en Suisse?

La réponse à cette première question est sans aucun doute négative. *Ni le droit communautaire, ni, d'ailleurs, la Convention européenne des droits de l'homme, n'imposent la création d'un contrôle de la constitutionnalité des lois.* D'un point de vue empirique, on peut même constater que ce sont précisément les Etats qui possèdent une juridiction constitutionnelle au sens étroit (l'Allemagne et l'Italie) qui ont eu le plus de difficultés à «digérer» les caractéristiques fondamentales de l'ordre juridique communautaire (voir également le cas de l'Espagne, du Portugal et de la Grèce, même si les systèmes ne sont pas pleinement comparables). Plus le système de contrôle constitutionnel est solennel, plus difficile semble être sa mise en harmonie avec les réalités communautaires. C'est le lieu de

---

196 WALTER KÄLIN, *EG und Grundrechte*, Berne, 1992, p. 173.

197 CJCE, arrêt *Simmenthal* du 9 mars 1978, aff. 106/77, Rec. 1978, p. 629 ss, p. 644, § 21.

198 *Ibidem*, p. 684, § 22 (le § 24, p. 645, précise encore que le juge n'a pas «à demander ou à attendre l'élimination préalable [d'une disposition contraire de la législation nationale»] par voie législative «*ou par tout autre procédé constitutionnel*»).

rappeler que dans son ordonnance *San Michele* du 22 juin 1965, la Cour de justice des Communautés européennes a souligné l'inopérance, à l'égard du Traité CEE, de dérogations résultant d'un système juridictionnel national, et notamment d'un système de juridiction constitutionnelle[199]. De son côté, la Cour européenne des droits de l'homme a précisé que l'art. 13 CEDH n'exigeait nullement la mise en place, au niveau national, d'une procédure de contrôle judiciaire de la constitutionnalité des lois[200]. Mais cela ne dispense pas les juridictions constitutionnelles nationales de l'obligation de respecter elles-mêmes, dans leur procédure, les exigences de l'art. 6 CEDH, ainsi que vient de le souligner la Cour de Strasbourg dans un arrêt fondamental rendu en l'affaire *Ruiz-Mateos c. Espagne* le 23 juin 1993[201].

b) Inconvénients majeurs liés au maintien de l'art. 113 al. 3 Cst. en cas d'adhésion de la Suisse à la Communauté

Le maintien – purement formel – de l'art. 113 al. 3 Cst. après l'entrée en vigueur de la Suisse dans la Communauté présenterait de fâcheux inconvénients.

Il induirait d'abord les plaideurs en erreur. Et même si ceux-ci se faisaient à l'idée que la nouvelle réalité juridique ne correspond plus à la lettre de la Constitution (il est vrai que nous sommes coutumiers de ce type de situations en Suisse), le maintien de l'art. 113 al. 3 Cst. serait critiquable sous l'angle de la transparence juridique[202]. Enfin, et là est l'essentiel, face au droit communautaire, l'interdiction de l'art. 113 al. 3 Cst. n'aurait plus de sens. Car, en cas de maintien de l'art. 113 al. 3 Cst., diverses incohérences apparaîtraient au grand jour. Ainsi, en sa qualité de juge communautaire, le Tribunal fédéral serait-il amené à considérer telle disposition d'une loi fédérale comme étant contraire, par exemple, à l'art. 119 CEE ou à l'art. 69 EEE (égalité de rémunération entre hommes et femmes), avec la conséquence que la règle législative contraire de droit fédéral devrait demeurer inappliquée; mais il suffirait que le plaideur se borne à invoquer l'art. 4 al. 2 Cst., en soutenant le même argument dans le cadre d'un recours de droit public, pour que le Tribunal fédéral, lié par le principe d'allégation (*Rügeprinzip*), doive s'interdire de tirer la même conclusion en raison de l'art. 113 al. 3 Cst. Bref, maintenir l'art. 113 al. 3

---

199 CJCE, ordonnance *San Michele* du 22 juin 1965, aff. 9/65, Rec. 1967, p. 35ss.

200 Cour EDH, arrêt *James c. Royaume-Uni* du 21 février 1986, Série A no 98, p. 10ss, p. 47, § 85: «l'article 13 ne va pas jusqu'à exiger un recours par lequel on puisse dénoncer, devant une autorité nationale, les lois d'un Etat contractant comme contraires en tant que telles à la Convention ou à des normes juridiques nationales équivalentes».

201 Cour EDH, arrêt *Ruiz-Mateos c. Espagne* du 23 juin 1993, Série A no 262.

202 Voir *supra*, § 49, en particulier note 40, p. 428; et § 53, p. 435-436.

Cst. en Suisse en cas d'adhésion favoriserait à large échelle, dans notre pays, une malsaine schizophrénie juridique.

c) Faudrait-il créer un contrôle judiciaire concentré (par le seul Tribunal fédéral) ou maintenir un contrôle diffus (par toutes les autorités d'application du droit)?

Reste la question, cruciale dans l'optique du fédéralisme et du point de vue pratique, consistant à se demander s'il faut saisir l'occasion d'une adhésion de la Suisse à la Communauté européenne pour empêcher le *«taupier de Tolochenaz»* (selon l'expression imagée du juge fédéral PIERRE ALEXANDRE MÜLLER) de procéder lui aussi, comme n'importe quel autre organe d'application du droit implicitement visé par l'art. 113 al. 3 Cst., au contrôle préjudiciel (*vorfrageweise*) de la compatibilité avec le droit européen des actes actuellement immunisés par l'art. 113 al. 3 Cst.

Pour notre part, il nous semblerait regrettable de renoncer aux avantages réels d'un contrôle diffus de la constitutionnalité, contrôle diffus qui, bien qu'assez théorique dans sa réalité sociologique, notamment cantonale, n'en constitue pas moins l'une des caractéristiques principales de la juridiction constitutionnelle suisse[203].

C'est le mérite de M. AUER d'avoir montré les conséquences procédurales qui découleront, en Suisse, de l'obligation du juge national de laisser *inappliquée* la règle interne contraire au droit communautaire[204]. Comme le relève cet auteur, au niveau procédural, «la mise entre parenthèses de la règle constitutionnelle en cause [l'art. 113 al. 3 Cst.] aura pour conséquence d'ouvrir plus largement les voies de droit ordinaires au Tribunal fédéral». Il ajoute:

> «Comme celles-ci ne se rapportent qu'à des décisions, le contrôle des lois fédérales quant à leur euro-compatibilité sera exclusivement concret. Il s'exercera donc, dans les affaires civiles, par les voies du recours en réforme ou du recours en nullité[205], dans les affaires pénales par celle du pourvoi en nullité[206] et, en ce qui constituera sans doute le plus important domaine d'application des règles EEE, c'est-à-dire le droit administratif, par le recours administratif au Conseil fédéral[207], ainsi que par le recours de droit adminis-

---

[203] ANDREAS AUER, *La juridiction constitutionnelle en Suisse,* Bâle et Francfort (Helbing & Lichtenhahn), 1983, p. 15-21 et 266-281, nos 30-40 et 521-556.

[204] AUER (note 193) 1992, p. 650-652, spéc. nos 28 et 29.

[205] Art. 43 et 68 OJ, RS.173.10.

[206] Art. 268 PPF, RS 312.0.

[207] Art. 72 LPA, RS 172.021 (on sait toutefois que le contentieux administratif devant le Conseil fédéral pourrait fortement diminuer si le projet de revision partielle de l'OJ – envisagée pour 1993 encore – devait aboutir; les compétences qu'exercerait le Tribunal fédéral en tant que juridiction administrative augmenteraient d'autant).

> tratif au Tribunal fédéral[208]. A titre tout à fait subsidiaire, le particulier utilisera la voie du recours de droit public pour violation d'un traité international[209]. Dans tous ces recours, le particulier ou l'autorité compétente pourront se plaindre de ce que la décision attaquée, prise en application d'une loi fédérale, n'est pas conforme aux règles EEE.»[210]

Cette imprégnation en profondeur, par le droit européen, du contentieux ordinaire devant le Tribunal fédéral (et, dans la foulée, des contentieux judiciaires cantonaux) nous paraît constituer le meilleur garant d'une pénétration optimale du droit européen dans l'ordre juridique suisse. Du même coup, la «démocratisation» de l'utilisation du moyen de droit européen en Suisse présentera un solide rempart contre le risque potentiel de discriminations procédurales dont pourrait pâtir le droit européen dans notre ordre juridique.

Tous ces arguments nous paraissent donc plaider en faveur d'un *contrôle concret diffus, à l'occasion d'actes d'application, de la compatibilité du droit fédéral avec le droit européen.* Mais, à notre avis, le maintien d'un contrôle diffus exigerait parallèlement un certain nombre d'aménagements de notre système de juridiction constitutionnelle, sous peine de voir celui-ci s'effondrer sous la masse des recours.

d) Comment «essentialiser» la juridiction constitutionnelle suisse?

C'est la question à laquelle il n'est pas possible de se dérober.

Pour tenter d'y répondre, il faut rappeler que la juridiction constitutionnelle suisse tire son originalité de ce qu'elle repose sur trois piliers[211]: l'*immunité des lois* et arrêtés fédéraux de portée générale (art. 113 al. 3 Cst.); un *système diffus de contrôle des normes*, qui habilite et oblige toutes les autorités d'application du droit, judiciaires et administratives, à procéder à titre préjudiciel (*vorfrageweise*) au contrôle de la constitutionnalité de toutes les normes non couvertes par l'immunité de l'art. 113 al. 3 Cst.; et le *recours de droit public*, clé de voûte du système, qui joue son rôle principal dans la protection des droits fondamentaux.

Il semble y avoir un large accord, en Suisse, sur le fait qu'une juridiction constitutionnelle devrait:

---

208 Art. 97 OJ, RS. 173.10.

209 Art. 84 al. 1 let. c OJ, RS 173.10.

210 AUER (note 193) 1992, p. 650-651, no 28.

211 AUER, *Rückwirkungen der europäischen Integration auf die schweizerische Verfassungsgerichtsbarkeit*, SZIER/RSDIE 1991, p. 203-221, p. 207-209; *L'Espace économique européen et le contrôle des lois fédérales,* in: «Accord EEE (Commentaires et réflexions)», Zurich (Schulthess), 1992, p. 639-652, spéc. p. 651-652, § 28.

- renforcer la vocation première du Tribunal fédéral d'assurer l'interprétation uniforme du droit fédéral et des traités internationaux en vigueur pour la Suisse;
- maintenir un large accès à la justice (mais pas forcément au plus haut niveau);
- décharger le Tribunal fédéral de tâches accessoires[212];
- simplifier et accélérer les procédures;

Pour reprendre les conseils du président O.K. KAUFMANN, il conviendrait de préconiser, *de lege ferenda*, des réformes inspirées des principes de *clarté*, de *praticabilité* et si possible de *simplicité* [213].

Or l'entrée de la Suisse dans la Communauté, on l'a vu, rendra inéluctable l'introduction d'un *contrôle concret de la constitutionnalité des lois et arrêtés fédéraux de portée générale*. Un tel contrôle constituera en effet le complément nécessaire du droit et de l'obligation qu'auront désormais *toutes les autorités d'application du droit* (judiciaires et administratives) de vérifier la compatibilité avec tout le droit communautaire (y compris les garanties de la CEDH pertinentes dans le contexte communautaire) de toutes les décisions d'application prises sur le plan suisse. Pour les raisons convaincantes exposées par M. AUER[214], le maintien de l'immunité des lois fédérales dans le contexte européen aboutirait à de graves inconséquences, notamment en ce qui concerne la Convention européenne des droits de l'homme[215].

Un tel système serait-il concevable sans une surcharge extrême du Tribunal fédéral? Le système suisse de juridiction constitutionnelle serait-il encore viable dans ce contexte européen nouveau?

A titre de simple contribution au débat, et sans autre ambition que de provoquer la discussion, nous souhaiterions esquisser comme suit ce qui, *dans la perspective du droit européen*, nous paraîtrait constituer des

---

212 Voir par exemple ATF 118 IV 291, du 29 juillet 1992, où un particulier a porté devant le Tribunal fédéral le dommage consécutif au remplacement d'un poteau, qu'il avait planté par pure chicane en vue d'empêcher son voisin d'exercer son droit de passage. Le Tribunal fédéral relève à cet égard (p. 293): «En agissant jusque devant la juridiction suprême du pays, dans de telles circonstances, pour que sa voisine soit condamnée à raison d'un préjudice de 5 fr. 30, il commet un abus manifeste de procédure, de sorte que son grief doit être écarté par application de l'art. 36 a al. 2 OJ.».

213 OTTO K. KAUFMANN, *Klarheit für übermorgen – eine Lösung de lege ferenda,* (à propos de la délimitation entre le recours de droit administratif et le recours de droit public lors de l'application des traités internationaux), in: Mélanges André Grisel, Neuchâtel (Ides et Calendes), 1983, p. 733-738, p. 736.

214 AUER (note 211), 1991, p. 214-219, § 24-30.

215 En effet, en cas de maintien de l'art. 113 al. 3 Cst. et de la jurisprudence actuelle, le statut de la CEDH en droit suisse ne permettrait pas le contrôle des lois fédérales, sauf dans la mesure où la CEDH fait partie intégrante du droit communautaire, AUER (note 211), 1991, p. 216-217, § 28.

éléments possibles d'un futur modèle suisse de juridiction constitutionnelle[216]:

- dans l'esprit du principe de *subsidiarité*, l'*examen juridictionnel complet des faits et du droit*, satisfaisant aux exigences de l'art. 6 § 1 CEDH, devrait être réalisé *au plus tard devant les juridictions cantonales*[217] ou devant les *commissions fédérales de recours et d'arbitrage indépendantes* créées par la revision de l'OJ entrée en vigueur le 15 février 1992;
- la CEDH n'exigeant nullement qu'une seule juridiction soit compétente pour examiner l'ensemble des questions de fait et de droit, il resterait loisible aux cantons d'agencer leur système judiciaire de manière à permettre ce contrôle de manière complémentaire, *pour autant que la procédure, considérée comme un tout, satisfasse aux exigences de l'art. 6 § 1 CEDH*;
- contre les décisions de ces juridictions (juridictions cantonales ou commissions fédérales de recours) ne serait en principe ouvert *qu'un seul recours ordinaire*;
- ces recours ordinaires seraient traités, un peu comme dans le système allemand, par des *cours fédérales spécialisées* (civiles, pénales, administratives, en matière de sécurité sociale, de droit du travail, en matière fiscale, etc.);
- dans chacun des recours ordinaires, les *moyens de droit seraient identiques* (par exemple violation du droit international, de la Constitution, du droit fédéral) (idée de l'*Einheitsbeschwerde*);
- les cours fédérales seraient *liées*, sous réserve d'erreur manifeste ou d'appréciation arbitraire, *par les constatations de fait opérées par les juridictions inférieures*;
- elles reverraient en principe d'office le droit (*jura novit curia*), et à ce titre le droit européen pertinent;
- les parties resteraient cependant soumises à l'obligation de respect du principe d'allégation (*Rügeprinzip)* en ce qui concerne les griefs tirés

---

216 Nous partons ici de l'idée (voir § 61) que les moyens tirés de la violation du droit européen pourraient être utilisés systématiquement dans toutes les voies de droit, sans discrimination par rapport aux moyens tirés de la violation du droit fédéral au sens strict de ce terme.

217 On sait qu'en vertu de l'art. 1er, al. 1 des dispositions d'exécution du Titre III (Dispositions finales) de la loi du 4 octobre 1991 (RO 1992, p. 288ss, 300), les *cantons* ont jusqu'au 15 février 1997 pour édicter les dispositions d'exécution relatives à la compétence, à l'organisation et à la procédure des dernières instances cantonales au sens de l'article 98*a* OJ, autrement dit, pour créer des juridictions administratives, dont l'urgence de la mise en place est renforcée par l'arrêt Cour EDH *Schuler-Zgraggen* du 24 juin 1993, Série A no 263.

de la violation des droits fondamentaux ne présentant pas un caractère d'ordre public;

- dans ces limites, les cours fédérales traiteraient à titre principal *du contentieux des droits fondamentaux* fondés sur la Constitution ou sur le droit international des droits de l'homme en vigueur pour la Suisse (CEDH, Pacte des Nations Unies sur les droits civils et politiques, etc.);
- toutefois, pour remédier au risque de manque de cohérence de la jurisprudence sur les questions de violation des droits fondamentaux, une *Cour constitutionnelle à formation restreinte* (formée par exemple de 7 membres) serait créée. Elle connaîtrait notamment, par le biais de recours constitutionnels subsidiaires de type cassatoire articulés strictement sur le principe d'allégation (*Rügeprinzip*), de *griefs de violation des droits fondamentaux garantis par la Constitution fédérale et le droit international des droits de l'homme* imputables aux juridictions inférieures (cours fédérales comprises);
- cette *Cour constitutionnelle* pourrait se voir attribuer d'*autres tâches*: contrôle abstrait des actes étatiques cantonaux; contentieux relatif aux droits politiques; voire même, si le besoin s'en faisait sentir, contrôle de la constitutionnalité (et de la compatibilité avec le droit international ou européen en vigueur pour la Suisse) de décisions de recevabilité ou d'irrecevabilité prononcées par l'Assemblée fédérale relatives à des initiatives populaires tendant à la revision de la Constitution (art. 24 et 25 de la loi sur les rapports entre les Conseils).

Un tel système, dira-t-on, ressemblerait fort au système allemand. Il serait inutilement compliqué; il créerait un étage supplémentaire dans l'organisation judiciaire et rallongerait d'autant la procédure; de surcroît, ce système instituerait (on sait que ce sont parfois les détails qui comptent) une catégorie de juges constitutionnels supérieurs aux juges fédéraux «ordinaires». Elément qui, à lui seul, condamnerait d'avance toute velléité de réforme de ce type.

On voudra bien considérer que ces défauts du système pourraient être compensés par quelques autres éléments:

- *la valorisation des voies de recours ordinaires renforcerait la cohérence de l'ensemble* (et, dans notre perspective, la pénétration du droit international et européen dans l'ensemble du contentieux devant les cours fédérales);
- l'*unité des moyens de droit* (avec, en bonne place, le moyen tiré de la violation du droit international) *contribuerait à créer un droit procédural plus transparent et plus simple*;
- les *questions de principe en matière de droits fondamentaux seraient traitées par la Cour constitutionnelle*, réduisant ainsi le risque, non négligeable aujourd'hui, d'un manque de cohérence de la jurisprudence, compte tenu de la réticence actuelle des cours à procéder entre elles

à des consultations en cas de revirement de jurisprudence ou d'arrêts de principe[218].

Mais cela n'est pas tout.

Pour tenter d'«essentialiser» la juridiction constitutionnelle suisse, tout en remédiant à l'un des principaux défauts du système actuel, *deux nouveautés* pourraient être mises en place.

1. La première concerne le *contentieux civil*. On connaît l'impopularité de l'augmentation de la valeur litigieuse minimale comme condition d'accès au Tribunal fédéral par le biais du recours en réforme pour les contestations civiles portant sur des droits de nature pécuniaire (art. 46 OJ). Tirant les leçons du référendum négatif du 1er avril 1990, la loi du 9 octobre 1991 a maintenu le système actuel, considéré comme plus «démocratique». Or la situation est toujours insatisfaisante, puisque même avec une valeur litigieuse de 8'000 francs, la nature de certaines affaires (contentieux du droit de bail, du droit du travail, de la vente par acomptes et, de manière plus générale, de la protection des consommateurs) ne permet pas ou ne permet que rarement d'atteindre la valeur litigieuse.

Le rapport de janvier 1982 de la Commission DUBS sur la réforme de l'organisation judiciaire fédérale rappelle la *proposition du juge fédéral CAVIN*, dont l'originalité tenait à la possibilité qu'elle offrait de rompre avec l'exigence d'une valeur litigieuse minimale *«lorsque la juridiction cantonale de dernière instance, attribuant une portée de principe à la question de droit jugée, autorise le recours»*[219].

On peut se demander si cette idée ne devrait pas être reprise dans le cadre de la revision totale de l'organisation judiciaire.

A une différence près peut-être.

Influencé par le droit européen, nous nous sommes d'abord demandé si, dans le système esquissé ci-dessus, une augmentation raisonnable de la valeur litigieuse pour ces contestations civiles (par exemple 30'000 francs) ne pourrait pas être compensée par l'introduction d'une *procédure préjudicielle (Vorabentscheidungsverfahren)* permettant aux *juridictions* cantonales inférieures (de première ou de dernière instance) de poser à la Cour fédérale civile compétente des questions d'interprétation présentant

---

218 Voici en particulier l'arrêt de la IIe Cour civile du TF du 17 décembre 1992 (ATF 118 II, à paraître), *F. c. Conseil d'Etat du canton de Thurgovie.*

219 Rapport de la Commission d'experts (DUBS) sur la réforme de l'organisation judiciaire fédérale, Berne, janvier 1982, p. 22. Ladite proposition prévoyait en outre que si la juridiction cantonale n'autorisait pas le recours, la partie déboutée pourrait demander au Tribunal fédéral l'autorisation de recourir, par acte motivé déposé à l'autorité qui a statué dans les 10 jours dès la réception de la communication écrite de la décision. L'autorité cantonale devait transmettre alors cette demande sans délai au Tribunal fédéral.

un intérêt de principe[220]. Il se serait agi, comme dans le système communautaire (art. 177 CEE) d'une procédure *«de juge à juge»,* portant dans notre contexte sur des questions d'interprétation *de droit fédéral*[221].

A la suite de divers entretiens[222], nous nous sommes laissé convaincre que cette construction présenterait des inconvénients majeurs. D'une part, la Cour fédérale civile qui aurait donné une interprétation judiciaire à titre préjudiciel dans un cas donné pourrait être amenée à trancher *ultérieurement* l'espèce concrète; il en résulterait un rallongement supplémentaire de la procédure; de surcroît, dans un pays où l'accès de *l'individu* à la juridiction suprême revêt une importance presque mythique, le fait de donner au *juge* ce droit de déclencher la procédure préjudicielle en interprétation *(Vorabentscheidung)* pourrait être mal reçu. Et surtout, une telle procédure n'a de sens que pour établir un *pont* entre deux corps de règles différentes (droit communautaire/droit national), non pour interpréter des règles (de droit fédéral) au sein d'un même système.

D'où la question: n'y aurait-il pas moyen de *combiner ces différents modèles* et de proposer courageusement l'augmentation de la valeur litigieuse des contestations civiles (par exemple à 30'000 francs), tout en offrant au justiciable une importante compensation: *lui permettre, dans les affaires n'atteignant pas cette valeur litigieuse, de solliciter du juge qui a tranché son cas (juge de district, juge cantonal)* une *autorisation (leave to appeal) de saisir la Cour fédérale civile compétente, afin que celle-ci tranche définitivement le cas d'espèce.*

2. La *seconde proposition* vise la *Cour constitutionnelle.* Il s'agirait d'éviter que celle-ci – qui sera soumise au respect des exigences de l'art. 6 CEDH[223] – soit d'emblée submergée de recours. Dans l'intérêt même du système et de la cohérence de la jurisprudence, l'accès à cette juridiction devrait être strictement limité. On rappellera que dans le système esquissé ci-dessus, sous réserve de contentieux spécifiques (contrôle abstrait des actes étatiques cantonaux, litiges entre cantons, contentieux des droits politiques, etc.), ce seraient aux cours fédérales de traiter de l'essentiel du contentieux judiciaire fédéral, y compris celui portant sur les droits fondamentaux et l'application du droit international. Compte tenu de cette situation, il nous paraîtrait légitime que l'accès à une telle Cour constitutionnelle soit contrôlé par une procédure de «*certiorari*» , permettant à cette dernière de procéder à une *sélection des affaires*, selon

---

220 Sur la «transposabilité» en Suisse de la procédure préjudicielle communautaire, voir l'avis nuancé exprimé en 1977 par ETIENNE GRISEL, *Une procédure de renvoi préjudiciel au Tribunal fédéral suisse? Contribution à l'étude de la révision de la loi fédérale d'organisation judiciaire*, RDS 1977 I, p. 105-126.

221 Sur les principales caractéristiques de la procédure préjudicielle, voir *supra*, § 41.

222 Avec M. le juge fédéral FORNI, il y a quelques années déjà; plus récemment avec MM. WÜRSCH, AUER, PAYCHÈRE et GEISER.

223 Cour EDH, arrêt *Ruiz-Mateos c. Espagne* du 23 juin 1993, Série A no 262.

des critères préétablis. On ne saurait toutefois, dans l'établissement de ces critères, aller jusqu'au modèle extrême de la Cour suprême des Etats-Unis, qui ne retient que 10-15 % des recours dont elle est saisie, en ne délivrant de «*writ of certiorari*» que dans les affaires qui lui paraissent présenter un intérêt particulier[224]. De même, on connaît le système de la Cour constitutionnelle de Karlsruhe (qui n'est pas sans rappeler l'art. 36 a OJ) permettant à des comités formés de trois juges d'écarter, à l'unanimité, les recours constitutionnels qui sont irrecevables ou qui, pour une autre raison, sont dénués de chances suffisantes de succès[225].

Selon un système qui resterait à définir dans les détails, la Cour constitutionnelle devrait donc, en matière de droits fondamentaux, pouvoir également écarter les recours manifestement abusifs émanant de justiciables prétendant recourir contre des arrêts rendus par les cours fédérales. Les formules longuement négociées lors de la rédaction du Protocole no 9 à la Convention européenne des droits de l'homme (définissant les modalités du droit de l'individu de saisir la Cour), et celles qui sont en discussion en 1993 en vue de la création d'un organe juridictionnel unique à Strasbourg, pourraient, à tout le moins, servir de source d'inspiration[226].

Dans la foulée, ne conviendrait-il pas de songer également à un *réaménagement des critères d'élection des juges fédéraux* (art. 107-108 Cst.), afin de sortir de quelques travers connus du système actuel, où les règles de représentativité géographique et politique sont si contraignantes qu'elles risquent de ne plus permettre, à moyen terme déjà, de maintenir la qualité que le citoyen est en droit d'attendre de juges fédéraux? On pourrait aussi avantageusement revoir les règles de préséance en vigueur au sein du Tribunal fédéral, qui voient le privatiste distingué siéger longtemps dans une cour de droit public, le publiciste dans une cour civile, ou encore le pénaliste réputé échouer d'abord dans une cour civile.

En *résumé*, le système esquissé permettrait de maintenir l'un des aspects les plus attachants du système de juridiction constitutionnelle

---

224 Voir WALTER HALLER, *Supreme Court und Politik in USA*, Berne (Stämpfli), 1972, p. 105ss.

225 L'art. 93a § 3 de la loi en question permet aux «*Ausschüsse*» de la Cour constitutionnelle, formés de trois juges, de «*durch einstimigen Beschluss die Annahme der Verfassungsbeschwerde ablehnen, wenn sie unzulässig ist oder aus anderen Gründen keine hinreichende Aussicht auf Erfolg hat*».

226 Selon l'art. 5 du Protocole no 9 à la CEDH (signé par la Suisse), lorsqu'une affaire ne sera déférée à la Cour que par le requérant, «l'affaire (sera) d'abord soumise à un comité composé de trois membres de la Cour. Fera partie d'office du comité le juge élu au titre de la Haute Partie contractante contre laquelle la requête a été introduite ou, à défaut, une personne de son choix pour siéger en qualité de juge (...). *Si l'affaire ne soulève aucune question grave relative à l'interprétation ou à l'application de la Convention, et si elle ne justifie pas, pour d'autres raisons, un examen par la Cour, le comité peut décider, à l'unanimité, qu'elle ne sera pas examinée par la Cour*».

suisse, dans lequel c'est toujours l'*individu* qui peut recourir jusque devant l'instance suprême. Mais dans le cas très spécifique de litiges civils n'atteignant pas la valeur litigieuse minimale, le particulier devrait – *pour bénéficier d'un droit qu'il n'a pas aujourd'hui* – solliciter de la juridiction qui a tranché son cas (juge de district, juge cantonal) l'autorisation *(leave to appeal)* de pouvoir lui-même saisir de l'affaire la Cour fédérale civile compétente, qui trancherait alors définitivement sur le fond. Enfin, pour permettre à la nouvelle Cour constitutionnelle d'exercer une fonction régulatrice en matière de droits fondamentaux, celle-ci aurait la possibilité de filtrer les recours qui lui seraient adressés (*procédure de certiorari*) afin de pouvoir se concentrer sur l'essentiel.

63. Droit européen et revision totale de la Constitution

> *«A long terme, la pensée globale suscitée par l'adaptation aux institutions communautaires ne peut pas se faire au détriment de la cohésion interne de la Constitution. Celle-ci doit être repensée complètement à la lumière de l'expérience européenne et dans l'esprit d'ouverture que celle-ci provoquera.*
>
> *C'est alors que l'avant-projet de révision totale de la Constitution, tant décrié par les groupes sectoriels de la société, fera figure d'utopie réaliste et de base à une transformation profonde des institutions, devenue soudain inéluctable.»*
>
> CHARLES-ALBERT MORAND[227]

Comment peut-on, dans un chapitre consacré au rôle du juge suisse dans l'attente de l'EEE ou de l'adhésion à la Communauté européenne: partir d'un plaidoyer en faveur d'une jurisprudence suisse ouverte sur l'Europe (§ 57); suggérer d'exploiter au mieux les potentialités de l'Accord de libre-échange de 1972 (§ 58); se hasarder à des considérations sur la revision totale de l'organisation judiciaire (§ 61) et sur l'avenir de la juridiction constitutionnelle suisse (§ 62); pour oser enfin évoquer la question de la revision totale de la Constitution?

---

[227] CHARLES-ALBERT MORAND, *La Constitution saisie par l'Europe*, in: «Mélanges offerts à la Société suisse des juristes pour son Congrès 1991 à Genève», Bâle et Francfort (Helbing & Lichtenhahn), 1991, p. 37-42, p. 42. Je voudrais dire ici ma grande reconnaissance à M. ALDO LOMBARDI, chef du Service de la revision totale de la Constitution à l'OFJ, de m'avoir amicalement conseillé lors de la rédaction de cette partie de mon texte (§ 63) et d'avoir relu de manière critique l'intégralité du manuscrit.

Pour une raison finalement assez simple.

La revision totale de l'OJ ne pourra pas – ou du moins ne devrait pas, cette fois – se borner à un nouveau rapiéçage. La complexité du système procédural suisse est devenue telle que, parfois, c'est l'effectivité même du droit à un procès équitable (art. 6 CEDH) qui est menacée. La situation est suffisamment préoccupante, aujourd'hui, pour que l'on ose aborder les problèmes normatifs à bras-le-corps, fût-ce dans leur dimension constitutionnelle.

Il y a en effet des décennies que l'on parle, en Suisse, *pour des raisons qui répondent d'abord à notre sensibilité nationale*, de réformer en profondeur les fors, l'organisation judiciaire et le droit de procédure. Récemment, le vent de réformes s'est fait plus insistant en matière de procédure civile cantonale[228]; en matière de procédure pénale cantonale[229]; en matière de procédure administrative fédérale et cantonale[230]; et sur divers aspects de procédure fédérale[231]. Le droit européen n'est que le révélateur de ces nécessités internes. Il nous fait prendre conscience que dans le domaine du droit aussi – et non pas seulement en politique ou en économie – l'interdépendance est une notion clé.

Les brèves considérations qui suivent ont pour but limité de rappeler que la revision totale de la Constitution, qui pourrait revenir sur le devant de la scène dès 1993, ne répond pas seulement à une nécessité en ce qui concerne la réforme du Gouvernement, du Parlement et des droits populaires, mais également en ce qui concerne le Tribunal fédéral. Or l'aménagement de la juridiction constitutionnelle appelle une réforme de l'organisation judiciaire de la Confédération et des cantons et, plus généralement, un réexamen critique de l'administration de la justice en Suisse.

Dans ce secteur certes limité de la revision totale, une observation saute aux yeux: celle de la convergence des préoccupations internes et de celles qu'exprime le droit européen. Un regard sur les art. 58, 59, 60 et 113 al. 3 Cst. confirme cette impression, même si les dispositions constitution-

---

228 OSCAR VOGEL, *Europa und das schweizerische Prozessrecht*, AJP/PJA 4/92, p. 459-465.

229 JÜRG AESCHLIMANN, *Die Zukunft des schweizerischen Strafprozessrecht*, (Festansprache anlässlich der 50-Jahr-Feier der SKG 1992 in Bern) ZStrR/RPS 1992, p. 355-365; GÉRARD PIQUEREZ, *Le fédéralisme: un obstacle à la lutte contre la criminalité?*, RPS/ZStrR 1992 (vol. anniv.), p. 57-67; voir également l'allocution prononcée par cet auteur lors du 50e anniversaire de la SSDP le 14 mai 1992 à Berne, *L'avenir de la procédure pénale en Suisse*, RPS/ZStrR 1992, p. 366-382.

230 DANIEL THÜRER, *EMRK und schweizerisches Verwaltungsverfahren*, ZBl. 1986, p. 241-265; RAINER J. SCHWEIZER, *Auf dem Weg zu einem schweizerischen Verwaltungsverfahren und Verwaltungsprozessrecht,* ZBl. 1990, p. 193-223.

231 Voir notamment (en ce qui concerne la ventilation du recours de droit public et du pourvoi en nullité), MARTIN SCHUBARTH, *Nichtigkeitsbeschwerde – Staatsrechtliche Beschwerde – Einheitsbeschwerde?*, AJP/PJA 1992, p. 849-856.

nelles en question ont, jusqu'ici, plutôt fait bon ménage avec le droit européen.

En premier lieu, *l'art. 58 Cst.* a été moins ébranlé que revigoré par sa coexistence dans l'ensemble pacifique avec l'art. 6 CEDH[232].

Deuxièmement, *l'art. 59 Cst.*, qui consacre la garantie constitutionnelle du juge «naturel», est désormais inéluctablement promis à un aménagement constitutionnel: les engagements souscrits par la Suisse aux termes de la Convention de Lugano sur la reconnaissance et l'exécution des jugements en matière civile et commerciale – instrument qui est en vigueur pour la Suisse depuis le 1er janvier 1992[233] – prévoient en effet que l'alignement de l'art. 59 Cst. sur la Convention de Lugano doit au plus tard intervenir le 1er janvier de l'an 2000. Le fait de s'obliger sur le plan international à modifier la Constitution est évidemment assez inhabituel. Le procédé n'en est pas pour autant un *novum*, puisque le cas s'est déjà produit en 1866[234].

En troisième lieu, *l'art. 60 Cst.*, qui pose le principe que «tous les cantons sont obligés de traiter les citoyens des autres Etats confédérés comme ceux de leur Etat (...) *pour tout ce qui concerne les voies juridiques*», est d'un modernisme étonnant. Cette disposition est, *dans les rapports intercantonaux*, le pendant du principe de non-discrimination procédurale qui prévaut *dans les rapports entre Etats membres* de la Communauté (§ 47). On peut d'ailleurs se demander si tout le parti a bien été tiré de l'effet utile (*rechtliche Wirksamkeit*) de cette disposition, qui devrait permettre de s'opposer davantage aux manifestations multiples, dans notre pays, du protectionnisme procédural cantonal[235].

Enfin, s'agissant de *l'art. 113 al. 3 Cst.* (et de *l'art. 114bis al. 3 Cst.*), une modification ou une suppression paraît inéluctable. Il faudra en effet désormais se résoudre à l'idée qu'un contrôle concret, à l'occasion d'un acte d'application, de la compatibilité d'une loi fédérale avec le droit

---

232 Voir JEAN-FRANÇOIS EGLI, *La garantie du juge indépendant et impartial dans la jurisprudence récente du Tribunal fédéral,* Recueil de jurisprudence neuchâteloise, Neuchâtel, 1990, p. 9-32, (avec la collaboration d'OLIVIER KURZ). Dernier arrêt publié à ce jour sur les relations de l'art. 58 Cst. avec l'art. 6 CEDH, ATF 118 Ia 282, *A.c.T.*, du 27 avril 1992.

233 RS 0.276.11; en vigueur pour 10 Etats au 1er juillet 1993, voir liste *supra,* p. 331, note 29.

234 JEAN-FRANÇOIS AUBERT, *Traité de droit constitutionnel suisse,* Neuchâtel, 1967, vol. I, p. 42, no 95 et p. 257, no 675; voir le message du Conseil fédéral sur la Convention de Lugano du 16 septembre 1988 concernant la compétence judiciaire et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale, FF 1990 II p. 269ss, 340, note 1. Le Conseil fédéral cite M. AUBERT, qui relève qu'en 1866, la revision partielle des art. 41, 1er al. et 48 Cst. avait été motivée par le souci d'adapter la Constitution fédérale à la Convention franco-suisse conclue deux ans plus tôt, en 1864.

235 Voir toutefois ETIENNE GRISEL, in: «Commentaire de la Constitution fédérale», ad *Art. 60*, nos 13-19 (octobre 1989).

européen est une nécessité juridique dans la perspective tant de l'EEE que de l'adhésion à la Communauté européenne. La *motion* NABHOLZ du 31 janvier 1992 a remis la question à l'ordre du jour[236]. Dans sa réponse du 24 février 1993, le Conseil fédéral s'est notamment déterminé comme suit sur la requête de cette parlementaire de modifier les art. 113 al. 3 et 114[bis] al. 2 Cst. «de manière à habiliter le Tribunal fédéral à examiner les lois et arrêtés de portée générale»:

> «Une modification de la Constitution fédérale serait en tous les cas nécessaire pour la suppression de l'interdiction de l'examen par le Tribunal fédéral de la constitutionnalité des lois fédérales et des arrêtés fédéraux de portée générale. Cette question devrait avant tout être examinée dans le cadre de la revision totale de la Constitution fédérale. Une revision partielle anticipée de la Constitution fédérale n'est cependant pas exclue.»

L'avenir dira si c'est une revision partielle ou une procédure de revision totale de la Constitution qui permettra de trouver une solution à cette épineuse question. On rappellera seulement que dans le projet de Constitution fédérale de 1977 élaboré par la Commission d'experts, une disposition spécifique (accompagnée d'une variante) avait été suggérée[237].

Parmi les autres dispositions constitutionnelles qui revêtent une importance dans notre contexte, on mentionnera l'art. 33 al. 2 Cst. qui, par une compétence législative fédérale inexploitée jusqu'ici, permettrait à la Confédération d'édicter une loi-cadre sur la libre circulation des avocats, qui réglera en particulier la reconnaissance intercantonale et internationale des brevets d'avocats et des autorisations de pratiquer (libre prestation de services). Il faut souhaiter que les efforts récemment déployés par la Fédération suisse des avocats et par la Conférence suisse des bâtonniers cantonaux, avec le soutien bienveillant de la Conférence des directeurs cantonaux de justice et police, seront bientôt couronnés de succès[238]. A l'heure de l'intégration européenne et de la patiente élaboration d'un statut européen de l'avocat, le corporatisme cantonal de la profession – teinté parfois d'un certain protectionnisme territorial – fait de plus en plus figure d'helvétisme suranné.

Cette observation sur le statut constitutionnel de la profession d'avocat nous amène tout naturellement à la question constitutionnelle la plus

---

236 Motion 92.3037, *Nabholz*, du 31 janvier 1992, à laquelle le Conseil fédéral a répondu le 24 février 1993.

237 Voir l'art. 109 al. 3 du projet de Constitution de la Commission d'experts, rédigé comme suit: «L'inconstitutionnalité d'une loi fédérale peut cependant être invoquée à l'encontre de ses actes d'application» (le projet contient une variante maintenant le système actuel de l'absence de contrôle juridictionnel de la constitutionnalité des lois fédérales et des décrets fédéraux).

238 Voir le soutien accordé à ces efforts par le conseiller aux Etats ULRICH ZIMMERLI, *Das Nein des Schweizervolks zum EWR und die Folgen für die Schweizer Anwälte,* Der Schweizer Anwalt, 5/1993, no 144, p. 18 (voir extrait cité *supra*, § 1, ad note 3, p. 248).

fondamentale (avec celle de l'art. 113 al. 3 Cst.): celle de l'anachronisme toujours plus grand que constitue, en Suisse, l'absence (formelle) d'un droit de procédure unifié, en matière civile, en matière pénale, voire en matière administrative, au moment même où d'importants efforts d'harmonisation sont entrepris à l'échelle du Continent.

Sans doute les art. 64 al. 3 et 64bis al. 2 Cst., issus de la revision partielle de 1905, ont-ils consacré le principe que le droit de procédure restait de la compétence des cantons «dans la même mesure que par le passé».

En matière de *procédure pénale*, la mosaïque des codes de procédure cantonaux (beaucoup moins différents qu'on ne le prétend parfois) avait sans doute quelque chose de pittoresque à l'époque ou la criminalité n'avait qu'assez rarement une dimension intercantonale et qu'exceptionnellement une dimension internationale. Mais à l'heure de la criminalité intercantonale et internationale, cette diversité normative recèle des inconvénients majeurs. De sorte que des voix de plus en plus nombreuses appellent de leurs voeux une unification du droit de procédure pénale[239]. S'agissant de la *procédure civile*, la diversité procédurale suisse présente d'autres anachronismes dont le justiciable est le premier à pâtir. De sorte que, pour des raisons développées dans le cadre national, des arguments de poids plaident en faveur d'une unification de la procédure civile en Suisse[240]: non seulement des fors[241], mais également des règles matérielles de procédure[242], étant entendu que l'organisation judiciaire resterait, dans ce cadre, de la compétence réservée des cantons.

---

239 Voir notamment PIQUEREZ (1992) et AESCHLIMANN (1992), cités *supra*, note 230; voir également GUNTHER ARZT, *In dubio pro reo vor Bundesgericht*, ZbJV/RSJB 1993, p. 1-23, spéc. p. 5: «Das kantonale Strafprozessrecht ist durch Richterrecht nach und nach unter Berufung auf die BV abgebaut worden. Diese Erosion hat an den einst scharf und eigenwillig kontourierten Gebirgen des kantonalen Verfahrensrechts so lange genagt, bis der heutige Zustand einer Landschaft aus gut 20 weitgehend gleichförmig abgerundeten und weitgehend abgetragenen Hügeln erreicht worden ist. Was immer in einem einzigen dieser juristischen Gebirge an endemischen Prozessrechtsinstituten gewachsen sein mag, es existiert heute nur noch im Museum der neueren kantonalen Rechtsgeschichte. Konsequenterweise sind es sogar die kantonalen Praktiker müde geworden, die weitere Existenz der kantonalen Strafprozessrechte zu verteidigen. Anlässlich der 50-Jahr-Feier der Schweizerischen Kriminalistischen Gesellschaft 1992 in Bern waren sich die Festredner [J. AESCHLIMANN; G. PIQUEREZ, voir *supra*, note 230] darin einig, dass der Übergang zu einem bundeseinheitlichen Strafprozessrecht an der Zeit sei und angesichts der Erosion des kantonalen Rechts juristisch auch keinen grossen Schritt mehr bedeute».

240 Voir le plaidoyer convaincant d'OSCAR VOGEL (1992), cité *supra*, note 228; cet auteur évoque notamment «das unsinnige Bild eines Mini-Prozessrechtspuzzles im Zentrum eines einheitlichen Prozess-Europas» (p. 265).

241 Dans ce sens limité: JEAN-FRANÇOIS POUDRET (cité par VOGEL, *supra* note 240, 1992, p. 464), qui préconise une unification ne portant que sur les fors, à l'exclusion de la procédure et l'organisation des tribunaux.

242 Dans ce sens, VOGEL (note 240), p. 464.

Sans vouloir entrer dans ce vaste débat, nous voudrions seulement souligner qu'à notre avis, le droit européen ne fait que renforcer l'argumentation de ceux qui pensent que le moment est venu de reviser les art. 64 al. 3 et 64bis al. 2 Cst. Là encore, le projet de Constitution fédérale de 1977 innovait dans le bon sens en habilitant la Confédération, en son art. 40 al. 3, à unifier le droit de procédure[243]. Dans la perspective de la concrétisation des postulats procéduraux du droit communautaire (transparence, non-discrimination, effectivité) et du droit de la Convention européenne des droits de l'homme (art. 6 CEDH et exigence de clarté de la «loi», au sens de l'alinéa 2 des art. 8–11 CEDH), une unification du droit de la procédure pénale, civile et administrative nous paraît souhaitable en Suisse: le droit procédural y gagnera en transparence; l'organisation judiciaire en clarté. Quant au justiciable, il tirera de cette situation, en matière d'accès à la justice, des avantages nettement supérieurs à ceux qu'il croira peut-être perdre, dans un premier temps, en termes de fédéralisme[244].

Car, en définitive, l'art. 6 CEDH (droit à un procès équitable) postule, d'une certaine façon, un *droit procédural transparent et une administration de la justice efficace*. Par ailleurs, le postulat de *non-discrimination procédurale*, développé par le droit communautaire dans les rapports entre Etats membres, ne sera que le prolongement naturel européen d'un droit constitutionnel (l'art. 60 Cst.) qui est effectif – ou devrait l'être davantage – dans les rapports intercantonaux. Ce qui revient à dire, avec la Cour européenne des droits de l'homme, que les règles procédurales nationales doivent favoriser la mise en oeuvre effective de l'art. 6 CEDH, cette disposition ayant pour but *«de protéger des droits non pas théoriques ou illusoires, mais concrets et effectifs»*[245].

---

[243] Art. 40: «Les cantons s'organisent librement» (al. 1); et «ils créent les organes nécessaires à la mise en oeuvre du droit fédéral. Ils instituent des tribunaux pour l'application du droit fédéral dans les matières civiles, pénales et administratives. *Dans ces matières, la Confédération peut unifier le droit de procédure*» (al. 3).

[244] Sur les possibilités de maintenir les particularismes procéduraux nationaux au regard du droit communautaire, voir *supra* § 46, ad note 18.

[245] Cour EDH, arrêt *Airey* du 9 octobre 1979, Série A no 32, § 24 (procédure en séparation de corps en République d'Irlande constitutive d'une violation de l'art. 6 § 1 CEDH, en raison des obstacles de fait – coûts prohibitifs – liés à l'action en justice devant la High Court); Cour EDH, arrêt *Artico* du 13 mai 1980, Série A no 37, § 33 (responsabilité de l'Etat italien pour n'avoir pas sévi contre la passivité d'un avocat commis d'office dans une procédure pénale, violation de l'art. 6 § 1 CEDH).

CHAPITRE 7

Essai de synthèse

Parvenu au terme de ces développements, nous voudrions prendre le loisir de repenser notre sujet plus librement en nous efforçant de dégager quelques lignes de force dans un esprit de synthèse. Nous dédions ce chapitre aux lecteurs non francophones qui pourront y puiser, espérons-nous, une sorte de résumé.

64. L'accès du particulier au juge et au droit européen, partie intégrante de l'Etat démocratique moderne

«La démocratie, ce n'est pas que le parlementarisme, mais également l'indépendance des juridictions et la potentialité des droits individuels.»

PIERRE PESCATORE[1]

«Pour que l'avocat puisse apporter (sa) contribution à la création du droit communautaire, il faut que la partie qu'il représente ait accès au juge.»

OLE DUE[2]

a) L'accès au juge

L'apport essentiel du droit européen est de viser, au-delà des Etats, les *peuples* et au-delà des peuples, les *individus* (particuliers, entreprises).

Sur le plan juridique, cette promotion de l'individu par l'effet du droit européen a eu lieu *de façon normative* dans le système de la Convention des droits de l'homme (art. 1er CEDH: reconnaissance par l'Etat d'un catalogue de droits à toute personne relevant de sa juridiction[3]) et *de façon*

---

1 PIERRE PESCATORE, *Intervention*, in: «L'avenir du libre-échange en Europe», Zurich (Schulthess), 1990, p. 395, no 1014.

2 OLE DUE, *L'accès au juge*, allocution prononcée le 1er avril 1993 à Bruxelles, dans le cadre de la Deuxième Conférence européenne des avocats, Bruxelles, 16 p. (ronéotypées), p. 4.

3 RS 0.101. Voir également Cour EDH, arrêt *Irlande c. Royaume-Uni* du 18 janvier 1978, Série A no 25, p. 90-91, § 239.

jurisprudentielle dans le droit communautaire (arrêt de la Cour de justice des Communautés européennes du 6 février 1963 dans l'affaire *van Gend & Loos*)[4].

En contraste avec le droit international, l'invocabilité par les particuliers du droit européen a rapidement et intensément sollicité, par effet réflexe, l'*action du juge national*. Dans le système de Strasbourg, ce *droit d'accès au juge* a été consacré dans un arrêt remarquable rendu par la Cour européenne des droits de l'homme le 21 février 1975 dans l'affaire *Golder*, au motif qu'en matière civile notamment, «*la prééminence du droit ne se conçoit pas sans la possibilité d'accéder aux tribunaux*»[5]. Pour la Cour de Strasbourg, cette garantie implicite est indispensable à l'effet utile *(rechtliche Wirksamkeit)* de l'une des garanties centrales de la Convention européenne des droits de l'homme: *le droit à un procès équitable (art. 6 CEDH)*[6].

Pour la Cour de justice des Communautés européennes, les caractéristiques essentielles de l'ordre juridique communautaire («sa primauté par rapport aux droits des Etats membres ainsi que l'effet direct de toute une série de dispositions applicables à leurs ressortissants et à eux-mêmes»[7]) impliquent – par la définition même de l'effet direct – *le droit des particuliers d'invoquer le droit communautaire devant le juge national*. Même s'il a été rendu dans le cadre d'une interprétation d'une directive spécifique[8], l'arrêt *Johnston* du 15 mai 1986 souligne que *le droit de tout justiciable communautaire «de faire valoir ses droits par voie juridictionnelle» est «l'expression d'un principe général de droit qui se trouve à la base des traditions constitutionnelles communes aux Etats membres»* et qui est également «consacré» par les art. 6 et 13 CEDH, de sorte qu'«il appartient aux Etats membres d'assurer un contrôle juridictionnel effectif sur le respect des dispositions applicables du droit communautaire et de la législation nationale destinée à mettre en oeuvre les droits prévus par [celui-ci]»[9].

---

4 CJCE, arrêt *van Gend & Loos* du 5 février 1963, aff. 26/62, Rec. 1963, p. 1.

5 Cour EDH, arrêt *Golder* du 21 février 1975, Série A no 18, p. 17, § 34 / EuGRZ 1975, p. 91ss, p. 96: «die Vorherrschaft des Gesetzes (ist) kaum denkbar ohne die Möglichkeit des Zugangs zu den Gerichten».

6 Pour un aperçu récent de la jurisprudence relative à l'art. 6 CEDH, voir ARTHUR HAEFLIGER, *Die Europäische Menschenrechtskonvention und die Schweiz (Die Bedeutung der Konvention für die schweizerische Rechtspraxis)*, Berne (Stämpfli), 1993, p. 111-197.

7 CJCE, *avis 1/91* du 14 décembre 1991, Rec. 1991, p. I-6079ss, p. I-6102, § 21.

8 Directive no 76/207 du Conseil, du 9 février 1976, relative à la mise en oeuvre du principe de l'égalité de traitements entre hommes et femmes en ce qui concerne l'accès à l'emploi, à la formation et à la promotion professionnelles et les conditions de travail, JOCE du 14 février 1976, no L 39, p. 40 (art. 6).

9 CJCE, arrêt *Johnston* du 15 mai 1986, aff. 222/84, Rec. 1986, p. 1651ss, p. 1682, § 18-19.

Voilà donc le juge national mobilisé par l'effet du droit européen. Et mobilisé de surcroît pour la cause de l'individu.

Avec une vigueur particulière, la Cour de Strasbourg a souligné l'importance capitale de la reconnaissance d'un droit individuel à une bonne administration de la justice pour la société démocratique européenne. En effet, non seulement la bonne administration de la justice sert-elle «les intérêts de la collectivité tout entière» et exige-t-elle la collaboration d'un «public éclairé»[10], mais la garantie même d'un procès équitable figure-t-elle «parmi les principes fondamentaux de toute société démocratique au sens de la Convention»[11]?

Le rappel de cette jurisprudence permet de ramener à de plus justes proportions les critiques selon lesquelles les juges européens (*«juges étrangers»*, bien sûr) menaceraient l'identité nationale et la démocratie. *Les Cours de Strasbourg et de Luxembourg stimulent au contraire le principe de subsidiarité dans la protection matérielle et procédurale, en exigeant du juge national un rôle actif, dans un cadre procédural national adapté aux exigences du droit européen, en vue de renforcer ceux des droits de l'homme qui font désormais partie de l'identité culturelle et démocratique des Européens.*

b) Accès au droit européen

L'accès au droit européen n'est pas toujours aisé. Encore souvent méconnu, le droit européen n'est souvent pas à même de révéler toutes ses potentialités. Parfois l'objet de critiques en Suisse[12] – critiques dont l'amplitude n'a d'égale que l'indifférence dans laquelle nous avons, pendant des décennies, contemplé le patient effort d'édification du droit européen[13] –, le droit communautaire (et le droit EEE) ne sont pas d'un accès aussi difficile qu'on le prétend parfois. Pour être rapidement orienté, il suffit de suivre quelques conseils pratiques[14]; de se munir d'un recueil

---

10 Cour EDH, arrêt *Sunday Times* du 26 avril 1979, Série A no 30, p. 40, § 65.

11 Cour EDH, arrêt *Campbell et Fell* du 28 juin 1984, Série A no 80, p. 35, § 69. Voir, pour un aperçu récent de la jurisprudence relative à l'art. 6 CEDH, notre contribution à l'ouvrage collectif «The European system for the protection of human rights» (R. Mac Donald/F. Matscher/H. Petzold, eds), intitulée *Rights related to good administration of justice (Article 6)*, Kleever (Nijhoff), 1993 (à paraître).

12 Eric Homburger, *Mangelhafte Transparenz des EWR-Rechts*, NZZ du 20 novembre 1992, no 271, p. 23.

13 Voir notre article, *Les perspectives des relations de la Suisse avec la Communauté européenne sous l'angle de la politique intérieure*, in: «Nouveau manuel de la politique extérieure suisse» (A. Riklin/H. Haug/R. Probst, éd.), Berne, 1992, p. 513-530, spéc. p. 527-529.

14 Eric Maugué, *L'accès aux textes de droit communautaire*, AJP/PJA 1992, p. 679-683; Markus Desax, *EG-Recht: Wie suchen? Wo finden?*, Zurich (Schulthess), 1992, 85 p. + 93 illustrations en annexe; Georg J. Dobrovolny, *Wie lassen sich die Informationen über das EG-Recht systematisch beschaffen?*, SJZ/RSJ, 1993, p. 63-67.

de textes[15]; et de se tenir au courant des derniers développements par la lecture de quelques chroniques (il en existe désormais en Suisse sur la Convention européenne des droits de l'homme[16]; sur la jurisprudence des Conventions de Bruxelles et de Lugano sur l'exécution des jugements en matière civile et commerciale[17]; et sur la législation et la jurisprudence communautaires[18]). En cinq ans, l'offre de documentation en droit européen à disposition de l'avocat et du juge suisses s'est considérablement améliorée[19].

En droit communautaire, l'une des principales lacunes est l'absence d'un «recueil systématique» comparable à celui que nous avons en Suisse. Toutefois, sous la pression du Parlement européen, les choses sont en train d'évoluer rapidement[20]. Il est à cet égard significatif que les «conclusions de la présidence» du Conseil européen d'Edimbourg des 11 et 12 décem-

---

15 Louis Dubouis et Claude Gueydan, *Grands textes de droit communautaire*, Paris (Dalloz), 2e éd., 1990, 694 p.; Jean Boulouis et Roger-Michel Chevallier, *Grands arrêts de la Cour de justice des Communautés européennes*, Paris (Dalloz), tome 1, 5e éd., 1991, 470 p; et tome 2, 3e éd., 1991, 511 p.; Bengt Beutler, Roland Bieber, Jörn Pipkorn, Jochen Streil, *Das Recht der Europäischen Gemeinschaft*, Baden-Baden (Nomos), environ 1700 p., (mises à jour régulières); Michael Schweitzer et Waldemar Hummer, *Textbuch zum Europarecht*, 5e éd., Munich (Florentz), 1991, 496 p.; Stefan Ulrich Pieper et Andres Schollmeier, *Europarecht – Ein Casebook*, Cologne (Heymanns), 1991, 380 p.; Waldemar Hummer, Bruno Simma, Christoph Vedder et Frank Emmert, *Europarecht in Fällen*, Baden-Baden (Nomos), 1991, 689 p.; voir également O. Jacot-Guillarmod/F. Filliez/S. Hirsbrunner/E. Maugué, *Droit européen (Recueil de textes)*, Berne (Stämpfli), 1993, environ 700 p.

16 Voir la chronique de Giorgio Malinverni/Luzius Wildhaber, *La pratique suisse relative à la CEDH/Schweizerische Praxis zur EMRK* (RSDIE/SZIER 1991, p. 377-450); depuis 1992 (Pratique 1991) par Giorgio Malinverni/Michel Hottelier (RSDIE/SZIER 1992, p. 481-521); voir également, à partir de 1993, la chronique semestrielle de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme par Frank Schürmann dans AJP/PJA.

17 Voir la chronique annuelle de Paul Volken, *Rechtsprechung zum Lugano-Übereinkommen*, SZIER/RSDIE 1991, p. 81-142 et 1992, p. 223-249.

18 Voir, à partir d'août 1993, la chronique régulière de Fabrice Filliez/Marie-Claude Meylan/Edgar Dörig intitulée: *Droit communautaire, législation et jurisprudence/EG Recht, Gesetzgebung und Rechtsprechung*, dans PJA/AJP; voir également la *Jus-Letter* éditée chaque semaine par Nomos (Baden-Baden); voir enfin les ouvrages de doctrine qui paraissent dès 1990 dans la «*Collection de droit européen/Schriften zum Europarecht*» (Stämpfli/Schulthess); dès 1990 également dans la collection «*Dossiers de droit européen*» (Helbing & Lichtenhahn); et dès 1992 dans la nouvelle collection du «*Europa Institut*» de l'Université de Zurich (Schulthess).

19 Sur les problèmes spécifiques d'accès à la jurisprudence des organes de la CEDH, voir les observations critiques de Joseph Voyame, *Nul n'est censé ignorer la jurisprudence (Quelques considérations sur la publication des décisions de la Commission et de la Cour européennes des droits de l'homme)*, Mélanges Wiarda, Cologne (Heymanns), 1988, p. 673-677.

20 Voir le 9e rapport annuel (1991), présenté par la Commission au Parlement européen sur le contrôle de l'application du droit communautaire, JOCE du 28 septembre 1992, no C 250, p. 1.

bre 1992 consacrent deux chapitres aux nécessaires «simplifications de la législation communautaire» et à «l'accès plus aisé de celle-ci»[21].

65. Le droit européen, enrichissement pour le juge suisse

> *«Le droit communautaire n'est pas un droit étranger, ni un droit extérieur. Ce droit est le propre de chacun de nos Etats, tout autant que son droit national; mais il a cette particularité d'être, en même temps, une valeur commune pour nous tous.»*
>
> PIERRE PESCATORE[22]

Il y a une douzaine d'années, le juge fédéral CAVIN observait que «le rôle des tribunaux modernes est triple: ils *appliquent* la loi aux faits et aux actes qui leur sont soumis et font respecter le droit en ordonnant les sanctions prévues par la loi; ils *interprètent* le texte légal lorsqu'il est obscur; enfin, exceptionnellement, ils *créent* la règle juridique lorsque, contraints de statuer dans le silence de la loi, ils donnent à un litige une solution qui n'est fondée sur aucune règle écrite»[23].

Dans l'optique du droit européen, l'*application* passe d'abord par *l'exécution interne* – notamment par le juge – des règles (conventionnelles, unilatérales, générales) de droit européen en vigueur pour la Suisse. La première responsabilité du juge, comme organe d'une partie contractante, sera donc d'*exécuter de bonne foi* ces règles de droit européen (art. 26 CV, *«pacta sunt servanda»*)[24]. L'effet utile (*rechtliche Wirksamkeit*) du droit européen passe – sans préjudice de la jurisprudence communautaire plus spécifique – par l'*inopposabilité du droit interne* (même constitutionnel) à la règle contraire de droit européen (art. 27 CV). Autrement dit par la *primauté* du droit européen sur le droit national contraire. L'effet utile des art. 26 et 27 CV, en liaison avec d'autres obligations (art. 22 ALE/art. 5 CEE/art. 3 EEE), exige aussi que l'*appli-*

---

21 Bull. des CE 12-1992, p. 7; voir également la communication de la Commission intitulée «Une transparence accrue dans les travaux de la Commission», JOCE du 5 mars 1993, no C 63, p. 8-10.

22 PIERRE PESCATORE, *L'application du droit communautaire dans les Etats membres*, in: «Cour de justice des Communautés européennes, Rencontre judiciaire et universitaire, 27-28 septembre 1976», Luxembourg, 1976 Office des publications officielles des CE, p. VI-1 à VI-42 (également en danois, allemand, anglais, italien et néerlandais), p. VI-27.

23 PIERRE CAVIN, *Remarques sur le pouvoir des juges*, Mélanges M. Regamey, Lausanne, 1980, p. 25-37, p. 25.

24 La Convention de Vienne sur le droit des traités est publiée au RS 0.111 (en vigueur pour la Suisse depuis le 6 juin 1990).

cabilité directe (*unmittelbare Anwendbarkeit*) du droit européen soit désormais *présumée*[25].

Sous réserve de règles plus spécifiques applicables dans l'ordre juridique communautaire, le juge suisse devra également *interpréter* le droit européen en respectant la règle générale d'interprétation selon laquelle un traité «doit être interprété de bonne foi suivant le sens ordinaire à attribuer aux termes du traité dans leur contexte et à la lumière de son objet et de son but» (art. 31 § 1 CV).

En Suisse, l'interprétation judiciaire des traités internationaux est encore trop souvent marquée par une projection sur la règle internationale des règles d'interprétation valables pour les actes législatifs[26]. Pourtant, en présence d'une règle internationale, le juge doit présumer que cette intention s'exprime *dans le texte lui-même*, apprécié dans son contexte et à la lumière de l'objet et du but du traité[27]. La *jurisprudence européenne*, et plus généralement la pratique développée par les institutions européennes font désormais partie du droit européen tout entier. Il serait donc inapproprié d'attacher une importance exagérée aux messages du Conseil fédéral, ou aux prises de position de l'Administration (préavis/*Amtsberichte*) qui ne sont par la force des choses que l'appréciation d'*une* des parties au traité[28].

Enfin, le droit européen sollicite aussi le *rôle créateur du juge*[29]. En droit européen, face à une lacune éventuelle, le juge suisse doit s'inspirer des art. 31-33 de la Convention de Vienne. La démarche n'est pas éloignée, dans son esprit, de celle que prescrit l'art. 1 al. 2 CCS: «selon

---

25 Sur ces questions, voir *supra*, §§ 37-38, 53 et 58a).

26 Ainsi, avec raison, ALEXANDRE BERENSTEIN, *Le droit international de la sécurité sociale dans la jurisprudence du Tribunal fédéral des assurances*, in: «Le droit des assurances sociales en mutation», Berne (Stämpfli), 1992, p. 3-18, p. 18: «Mais une telle interprétation est artificielle: un traité n'est pas une loi, et l'on ne saurait transposer purement et simplement aux traités les règles d'interprétation applicables aux lois».

27 ATF 117 V 268, *B.*, du 8 novembre 1991 (précision de jurisprudence).

28 Sur ces questions, voir notre article *Strasbourg, Luxembourg, Lausanne et Lucerne: méthodes d'interprétation comparées de la règle internationale conventionnelle*, in: «Les règles d'interprétation» (J.-F. Perrin, éd.), Enseignement de 3e cycle de droit 1988, Fribourg (Ed. universitaires), 1989, p. 109-125. Sur le rôle subsidiaire des travaux préparatoires dans l'interprétation des traités, voir l'art. 32 CV.

29 Dans un contexte certes anglo-saxon, le juge CARDOZA, de la Cour suprême des Etats-Unis, disait en 1921: «I take judge-made law as one of the existing realities of life»; plus récemment, Lord DENNING, MR, constatait, avec un humour tout britannique: «The judges do every day make law, although it is almost heresy to say so. If the truth is recognised, then we may escape from the dead hand of the past and conscientously mould new principles to meet the needs of the present day», alors que son collègue Lord REID s'efforçait d'en tirer les conséquences: «We must accept the fact that for better or for worse, judges do make law, and tackle the question how they approach this task and how they should approach it», cités par DECLAN COSTELLO, *The Irish judge as law-maker*, Mélanges O'Higgins, Dublin, 1992, p. 159-167, p. 159.

le droit coutumier» (c'est-à-dire, dans notre contexte, selon le droit coutumier *international*, voire *régional européen*, reflété par les règles de la Convention de Vienne qui le codifie, art. 26-27 et 31 CV), le juge doit s'inspirer des solutions consacrées par la «*doctrine*» *de droit européen* et la «*jurisprudence*» (*c'est-à-dire, dans notre contexte et selon le cas, de la jurisprudence de la Cour de Strasbourg, de celle de Luxembourg ou, si l'EEE devient réalité, de la Cour de Genève*).

On voit donc que dans l'optique du droit européen, cette triple tâche du juge (application, interprétation, création) représente une lourde responsabilité pour le juge suisse, envisagé comme organe de l'Etat et à ce titre principal instrument national de mise en oeuvre du droit européen. Mais cette tâche lui ouvre en même temps un horizon très vaste, en élargissant considérablement sa vision de la légalité puisque ce concept embrasse ici toutes les composantes – notamment internationales – de l'ordre juridique suisse, composantes qu'il convient de subsumer sous le principe de *respect du droit*, dans une *conception ouverte de la légalité*[30].

Pendant longtemps, le juge national était, face au droit européen, dans une situation psychologique d'isolement, d'insécurité, un peu comme face à un droit «étranger»[31]. Aujourd'hui, face à un droit européen conçu dans l'intérêt collectif des peuples composant le Continent, le juge suisse, mis en contact avec la jurisprudence européenne répercutée sur le plan interne, se trouve en condition d'interaction créative avec ses collègues européens. Le risque de «protectionnisme judiciaire»[32] pourrait être aisément conjuré, aujourd'hui déjà, au profit d'échanges intellectuels et culturels fructueux. Il faut toutefois bien reconnaître que la nouveauté du droit européen par le juge suisse est encore, de nos jours en Suisse, un sérieux «obstacle technique aux échanges»... *jurisprudentiels*[33]. Demain, ces rapports seront considérablement facilités par l'existence d'une coopération judiciaire institutionnalisée (art. 177 CEE et art. 34 de l'Accord intra-AELE conclu parallèlement à l'Accord EEE).

---

30 Voir sur ce point les réflexions lumineuses de PIERRE PESCATORE, *La constitution, son contenu, son utilité (La constitution nationale et les exigences découlant du droit international et du droit de l'intégration européenne: essai sur la légitimité des structures supra-étatiques)*, RDS/ZSR 1992 I, p. 41-72.

31 Sur la place du droit étranger dans la jurisprudence du Tribunal fédéral, voir l'analyse hautement instructive d'ALEXANDRA GERBER, *Der Einfluss des ausländischen Rechts in der Rechtsprechung des Bundesgerichts*, in: «Perméabilité des ordres juridiques/Osmose zwischen Rechtsordnungen/The responsiveness of legal systems to foreign influences», Publications de l'Institut suisse de droit comparé, vol. 20, Zurich (Schulthess), 1992, p. 141-163.

32 Sur ce protectionnisme, voir notre article, *Le protectionnisme judiciaire: fatalité juridique ou défi politique pour le libre-échange en Europe?*, EFTA-Bulletin 4/85, p. 8-13 (également en allemand et en anglais).

33 ATF 118 Ib 367, *Association pour le recyclage du PVC c. Conseil d'Etat du Canton de Fribourg*, du 7 juillet 1992 (voir ci-dessus, § 58, lettre f, p. 453-459).

En bref: même en présence d'un *processus d'application décentralisée* du droit européen, le juge suisse va pouvoir s'extraire de son isolement et prendre une part active à un *processus de création collective*: la sauvegarde et le développement d'un droit commun en Europe.

66. La crainte infondée d'un «gouvernement des juges» en Europe

Le sceptre du «gouvernement des juges» (*Richterstaat*) intrigue, inquiète, divise. Au niveau national comme au niveau européen.

En Suisse, la lecture de l'ouvrage de M. BIAGGINI est finalement assez rassurante, même si cette remarquable somme doctrinale ne contient – hélas! – aucune allusion à la dimension internationale du phénomène[34]. Face au pouvoir judiciaire européen, on observe, chez les commentateurs suisses, toute une gamme d'appréciations: appréciations critiques de décisions de la Cour européenne des droits de l'homme et de leur «réception» par le Tribunal fédéral (PIQUEREZ, AESCHLIMANN)[35]; critiques à l'adresse de l'incohérence que révéleraient certains arrêts de la Cour de Strasbourg (BOILLAT)[36]; plus rarement, critiques de caractère plus général sur le rôle croissant des juges en Europe (AUBERT)[37], ou sur la tendance à une perspective trop «abstraite» de la jurisprudence de Strasbourg (THÜRER, VAUTIER, HAEFLIGER)[38].

---

34 GIOVANNI BIAGGINI, *Verfassung und Richterrecht* (*Verfassungsrechtliche Grenzen der Rechtsfortbildung im Wege der bundesgerichtlichen Rechtsprechung*), Bâle (Helbing & Lichtenhahn), 1991, 516 p.

35 Voir, après l'arrêt *De Cubber c. Belgique* rendu par la Cour européenne des droits de l'homme le 26 octobre 1984 (Série A no 86) et les arrêts ATF 112 Ia 290 (VS) et 113 Ia 72 (FR), les réactions critiques des juges GÉRARD PIQUEREZ, *Le droit à un juge indépendant et impartial garanti par les articles 58 Cst. et 6 chiffre 1 CEDH impose-t-il de manière absolue une séparation des fonctions judiciaires? Réflexions d'un praticien,* SJ 1989, p. 114-132; et JÜRG AESCHLIMANN, *Bemerkungen zu neuen Entwicklungen und Tendenzen in der Strafjustiz*, SJZ/RSJ 1988, p. 316-319.

36 PHILIPPE BOILLAT, *Les arrêts Johnston contre Irlande (1986) et F. contre Suisse (1987); quelques réflexions comparatives sur les méthodes d'interprétation de la Cour de Strasbourg*, in: «Les règles d'interprétation» (J.-F. Perrin, éd.), Enseignement de 3e cycle de droit 1988, Fribourg (Ed. universitaires), 1989, p. 109-125, p. 127-134, spéc. p. 133-134.

37 JEAN-FRANCOIS AUBERT, *Observations d'un constitutionnaliste sur l'évolution des sources du droit international*, ASDI/SJIR 1989 (volume anniversaire), p. 13-38, spéc. p. 37-38, § 64-65.

38 DANIEL THÜRER, *EMRK und schweizerisches Verwaltungsverfahren*, ZBl. 1986, p. 241-265; CLÉMY VAUTIER, *L'application de la Convention européenne des droits de l'homme et ses conséquences pratiques,* JT, partie IV, Droit pénal no 5/1992, 17 p. et HAEFLIGER (note 6), 1993. Pour un arrêt qui accrédite cette thèse, voir Cour EDH, arrêt *Quaranta c. Suisse* du 24 mai 1991, Série A no 205.

A propos de la Cour de Luxembourg, les appréciations doctrinales véhiculent plutôt une curiosité mêlée d'étonnement: le fait que la jurisprudence de Luxembourg se soit développée de manière aussi *fondamentale* à l'occasion de procédures préjudicielles *incidentes*, rendues en marge d'un contentieux judiciaire national souvent *marginal*, fascine incontestablement[39].

Quant à la fonction jurisprudentielle nationale, il faut considérer comme réaliste l'opinion de M. AUER, qui estime qu'avec l'arrivée du droit communautaire, le Tribunal fédéral – «qu'il le veuille ou non» – gagnera en compétences et aussi en prestige par le fait qu'il lui appartiendra de veiller que le législateur fédéral, lui aussi, assume pleinement les obligations que lui imposera le droit communautaire ou le droit EEE[40]. A côté de lui, c'est chaque juge cantonal ou de district qui gagnera en compétences et en prestige.

Au plan européen, les opinions sont plus contrastées encore. Affrontant de face le problème, certains auteurs n'ont pas hésité, comme M. COLIN, à dénoncer le prétendu «gouvernement des juges» dans le système communautaire[41]. D'autres, tel M. RASMUSSEN, se sont fait une spécialité de l'analyse politico-juridique de la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes[42]. Dans un bel optimisme, cet auteur n'hésite pas à formuler un certain nombre de conseils à l'adresse de la Cour[43]. Plus nuancée et d'autant plus persuasive apparaît l'opinion de l'ancien président de la Cour de Luxembourg, M. LECOURT, auteur en 1976 d'un ouvrage classique sur «*L'Europe des juges*»[44]: pour lui, le juge

---

39 DANIEL THÜRER, *Schweizer Verfassungsordnung vor der Herausforderung durch die europäische Integration: Perspektiven, Prinzipien und heisse Eisen*, ZSR/RDS 1992, I, p. 73-106, p. 74, note 1 *in fine*.

40 ANDREAS AUER, *L'Espace économique européen et le contrôle des lois fédérales*, in: «Accord EEE (Commentaires et réflexions)», Zurich (Schulthess), 1992, p. 639-652, p. 651-652, § 29-30. spéc. § 29; voir également, de cet auteur, une appréciation *de lege ferenda* dans *Rückwirkungen der europäischen Integration auf die schweizerische Verfassungsgerichtsbarkeit*, SZIER/RSDIE 1991, p. 203-221, spéc. p. 214-218.

41 JEAN-PIERRE COLIN, *Le gouvernement des juges dans les Communautés européennes*, thèse présentée à Nancy, Paris, 1966.

42 HJALTE RASMUSSEN, *On Law and Policy in the European Court of Justice*, Dordrecht (Nijhoff), 1986, 555 p.

43 HJALTE RASMUSSEN, *Le pouvoir de décision politique du juge européen et ses limites*, Revue française d'administration publique, Paris, 1992, no 63, p. 413-423, p. 417: «A notre avis, l'activisme judiciaire en faveur de l'intégration doit être totalement banni si la promotion d'une union sans cesse plus étroite se fait aux dépens d'autres valeurs communautaires fondamentales, y compris la sécurité juridique, dès lors ces valeurs ne peuvent pas être sauvegardées en même temps que la politique d'intégration»; ou encore, p. 421: «Le rôle de la Cour dans le système législatif et politique de la Communauté doit changer. Pour ce faire, des mesures doivent être prises, dont certaines au moins seraient radicales (...) il est tout à fait inacceptable de sacrifier régulièrement la sécurité juridique sur l'autel d'une intégration accrue par l'action même du juge».

44 ROBERT LECOURT, *L'Europe des juges*, Bruxelles (Bruylant), 1976, 321 p.

communautaire est, «par les traités mêmes, obligé de se placer au coeur de la perspective dynamique par eux tracée: non qu'il puisse dépasser les limites naturelles d'un pouvoir purement judiciaire (...). Il ne peut rien ajouter aux traités, mais il doit leur donner tout leur sens et faire porter à leurs dispositions toutes les conséquences utiles, explicites ou implicites, que la lettre et l'esprit commandent»[45]. Un autre juge de la Cour de Luxembourg, M. KOOPMANS, donne également une vue assez rassurante de ce si décrié «activisme judiciaire», honni entre tous, en expliquant de manière convaincante que le meilleur rempart contre ce travers se trouve dans le droit lui-même, dans l'esprit des juges, voire dans la société elle-même[46]; avis largement partagé par son ancien collègue DONNER, auteur d'un article au titre provocant sur la fonction politique du juge[47].

Faut-il vraiment craindre que le XX^{e} siècle passe dans l'Histoire comme le «siècle du juge»[48]? Cette crainte nous paraît excessive. On devrait être rassuré que la Cour européenne des droits de l'homme, qui a fait récemment l'objet d'un bilan serein et nuancé d'un ancien président du Tribunal fédéral, M. HAEFLIGER[49], sache aussi, indirectement, désamorcer les critiques dirigées contre les excès du pouvoir judiciaire. Dans un arrêt récent en effet, la Cour de Strasbourg a souligné qu'un excès de pouvoir, de la part d'un juge national, peut constituer une violation de la notion de «loi» – au sens autonome de cette notion dans la Convention – et à cet égard violer le principe fondamental de la prééminence du droit[50]. Elle devrait s'en souvenir dans l'exercice de ses propres fonctions juridictionnelles.

Pour sa part, M. PESCATORE repousse les critiques habituelles adressées au «gouvernement des juges» en écrivant:

> «Cette formule grandiloquente, épouvantail des uns et panache des autres, est prononcée plus aisément qu'elle n'est définie, et surtout démontrée, dans le concret.
>
> Disons, pour fixer les idées, que le «gouvernement des juges» consisterait, pour les juridictions, à quitter dans leurs décisions le terrain du droit et attendre des décisions inspirées de considérations politiques. Conceptions

---

45 ROBERT LECOURT, *Préface* à l'ouvrage précité de RASMUSSEN (note 42), 1986, p. XII-XIV.

46 THIJMEM KOOPMANS, *The roots of judicial activism*, Mélanges Wiarda, Cologne (Heymanns), 1988, p. 317-327, spéc. p. 325-327.

47 ANDREAS M. DONNER, *Die politische Funktion des Richters*, AöR 106, 1981, p. 1-14. Le fond de la pensée du juge néerlandais apparaît dans le passage suivant de son texte (p. 10): «Gewiss, der Richter hat einen politischen Standort: er hat eine politische Funktion. Das bedeutet aber noch nicht, man könnte bei ihm von politischen Entscheidungen sprechen. Was ich meine, lässt sich auf die kurze Formel bringen, dass dem Richter eine eminent politische Aufgabe zukommt, aber je mehr er nur Richter ist, desto besser erfüllt er sie».

48 DONNER (note 47), 1981, p. 1: «Auf dem Gebiet des Rechts scheint das zwanzigste Jahrhundert dazu bestimmt, das Jahrhundert des Richters zu werden».

49 HAEFLIGER (note 6), 1993, 396 p.

50 Cour EDH, arrêt *Huvig* du 24 avril 1990, Série A no 176-B, p. 52-57, § 26-35.

> opposées à celles du pouvoir politique dominant, parce qu'on n'a jamais entendu parler de gouvernement des juges pour caractériser la servilité de la justice à l'égard du pouvoir politique établi.»[51]

Considérant cette palette d'avis parfois contrastés, nous n'avons pas le sentiment que le droit européen soit en mesure de générer un pouvoir occulte du juge, pouvoir qui menacerait la démocratie dans les Etats européens. En définitive, le pouvoir créateur du juge – qui le rapproche parfois du «juge-législateur»[52] – est certes inhérent à la fonction juridictionnelle. Mais il reste confiné dans d'étroites limites. Et il ne nous semble pas y avoir de différence fondamentale d'approche entre une Cour européenne des droits de l'homme qui souligne fréquemment que la Convention est un instrument vivant qui doit se lire «à la lumière des conditions de vie d'aujourd'hui»[53] ou «à la lumière, notamment, de l'évolution de la science et de la société»[54], et l'affirmation suivante du juge fédéral CAVIN, inspirée par ce pilier de l'ordre juridique suisse qu'est l'art. 1er CCS de 1907:

> «Le juge promu au rang de législateur? Certes ce pouvoir est limité au cas exceptionnel de lacunes du texte légal, en dehors de toute idée d'adaptation d'un texte existant à des conceptions nouvelles. Néanmoins le caractère inadéquat de bien des textes ne pourra que s'accentuer au fur et à mesure que la loi vieillit. Le droit reconnu au juge de faire acte de législateur lui conférera naturellement, par voie de conséquence, le pouvoir de substituer à une règle surannée une solution nouvelle, mieux adaptée à des circonstances que le législateur ne pouvait avoir envisagées. L'article 1er du Code civil pouvait ainsi ouvrir la voie à une méthode nouvelle, étendant les pouvoirs du juge, l'autorisant à faire évoluer le droit, à l'adapter aux changements économiques, à l'évolution des idées.»[55]

---

51 PIERRE PESCATORE, *Rôle et chance du droit et des juges dans la construction de l'Europe,* RIDC 1974, p. 5-19, p. 12 (également dans KSE 24, 1976, p. 9-22, p. 15).

52 COSTELLO (note 29), 1992, p. 161, parle de manière expressive de «*judicial legislation*». DONNER (note 47), 1981, admet lui aussi: «Das objektive Recht leitet sich nicht nur vom Gesetzgeber, sondern auch vom Richter her».

53 Cour EDH, arrêt *Airey* du 9 octobre 1979, Série A no 32, p. 15, § 26.

54 Cour EDH, arrêt *Rees* du 17 octobre 1986, Série A no 106, p. 18-19, § 47; voir également Cour EDH arrêt *B. c. France* du 25 mars 1992, Série A no 232-C, p. 48, § 46.

55 CAVIN (note 23), 1980, p. 29.

67. Le droit européen, moyen d'équilibrer les pouvoirs

> *«Peut-être bien que le rapprochement de la Suisse à l'Europe nous oblige à franchir un premier pas bien timide en direction d'un système véritablement tripartite de séparation des pouvoirs, dans lequel le pouvoir judiciaire n'est ni soumis ni supérieur aux deux autres pouvoirs, mais enfin reconnu comme égal à ceux-ci.»*
>
> ANDREAS AUER[56]

L'intégration européenne invite assurément les juristes suisses – et en particulier les juges – à une réflexion en profondeur sur les rapports entre le principe de la primauté du droit européen et celui de la séparation des pouvoirs[57]. Cette réflexion est fascinante, en ce qu'elle touche à l'un des centres névralgiques de la problématique du juge face au droit européen.

A première vue, rien de plus rassurant que le principe de la séparation des pouvoirs, que le Tribunal fédéral décrit comme un «principe du droit constitutionnel fédéral non écrit qui résulte de la répartition des tâches étatiques entre divers organes»[58]. Principe qui prend à la fois la forme d'une *juxtaposition* des autorités (*horizontalité* des pouvoirs) et celle d'une *subordination* des autorités (principe correcteur de *verticalité* des pouvoirs, qui veut que le Constituant et le corps électoral dominent l'Assemblée fédérale, et celle-ci le Conseil fédéral et le Tribunal fédéral, art. 71 Cst.).

Or voilà que le droit européen semble vouloir briser cette belle harmonie.

En effet, la pratique du droit européen en Suisse ne fourmille-t-elle pas d'exemples qui semblent menacer le sacro-saint principe de la séparation des pouvoirs? N'a-t-on pas vu récemment le Conseil fédéral recommander à un canton de ne pas exécuter un arrêt du Tribunal fédéral pour ne pas – au nom du respect du droit européen – froisser nos voisins italiens[59]? N'a-t-on pas vu non plus, en dépit de l'art. 113 al. 3 Cst. et de la traditionnelle

---

56 AUER (note 40), 1992, p. 652.

57 Sur ces rapports entre la primauté et la séparation des pouvoirs, voir la réponse du Conseil fédéral à l'interpellation OEHEN du 4 octobre 1983 (83.723); voir également nos développements dans RDS 1985 I, p. 400-403 (avec de larges extraits de la réponse, du 9 novembre 1983, à l'interpellation en question); sur la problématique communautaire de la séparation des pouvoirs, voir KOEN LENAERTS, *Some reflections on the separation of powers in the European Community*, CMLRev 1991, p. 11-35.

58 ATF 93 I 38, 44, *Fédération des syndicats patronaux*, du 22 février 1967; ATF 108 Ia 178, 180, *Leuenberger*, du 15 juin 1982.

59 Sur le problème des rapports entre les traités bilatéraux d'établissement et la *Lex Friedrich*, voir *supra*, § 25, p. 332-344.

soumission des pouvoirs exécutif et judiciaire au Parlement (art. 71 Cst.), le Conseil fédéral et le Tribunal fédéral convenir par un échange de lettres que désormais – nonobstant la lettre claire d'une loi fédérale en vigueur (art. 23 de la loi fédérale sur l'extradition de 1892, aujourd'hui abrogée) – le Tribunal fédéral ne l'appliquerait plus jusqu'à l'entrée en vigueur de l'EIMP le 1er janvier 1983, pour ne pas nuire à l'effet utile de l'art. 5 § 3 CEDH[60]? N'a-t-on pas vu non plus, à plusieurs reprises ces dernières années, le spectacle assez incongru consistant à voir des juges fédéraux en personne siéger côte à côte avec l'agent du Conseil fédéral et même prendre la parole lors d'audiences devant la Cour européenne des droits de l'homme, dans des affaires portées contre la Suisse à la suite d'arrêts du Tribunal fédéral rendus dans des affaires où ces juges avaient siégé personnellement[61]? Faut-il par ailleurs voir une violation de la séparation des pouvoirs lorsque le Conseil fédéral critique, de manière de plus en plus insistante, l'absence de reconnaissance par le Tribunal fédéral de l'effet direct de l'Accord de libre-échange[62]? Faut-il, enfin, s'inquiéter de ce que le Tribunal fédéral ait récemment annulé la «précision» apportée par le Conseil fédéral à une déclaration interprétative[63] à la suite de l'arrêt *Belilos c. Suisse* rendu le 29 avril 1988 par la Cour européenne des droits de l'homme[64]?

A première vue, ces entorses au principe de la séparation des pouvoirs sont préoccupantes, voire graves, du moins si on les apprécie à l'aune des conceptions traditionnelles du droit constitutionnel. A la réflexion pourtant, elles n'ont rien d'anormal. Elles expriment la réalité désormais incontournable qui veut que *par rapport aux engagements internationaux de l'Etat, les trois pouvoirs* (législatif, exécutif, judiciaire, auxquels il faut ajouter le pouvoir constituant) *sont dans une relation nouvelle (consentie ou forcée, peu importe), qui les oblige à adopter des comportements non pas concurrents, mais solidaires s'ils veulent éviter, dans l'intérêt bien compris de chacun d'eux, la mise en cause de la responsabilité internationale de l'Etat*. Il faut donc se faire à cette idée que lorsque, aux art. 26, 27 ou 31 de la Convention de Vienne, «l'Etat» est visé, cette expression couvre toutes celles parmi les fonctions étatiques qui sont capables de donner suite à l'engagement contracté sur le plan international. Ce principe, qui est une constante dans la jurisprudence de la Cour de Luxem-

---

60 Echange de lettres non publié, auquel se réfère le Tribunal fédéral dans deux arrêts, ATF 107 Ib 68, 69, *Dharmarajah*, du 27 mars 1981; ATF 106 Ib 16, 17, *Bozano*, du 15 janvier 1980.

61 Voir les juges fédéraux cités *supra*, p. 346, note 102.

62 FF 1984 I 464-502, spéc. p. 472-474; FF 1988 III 331; passages pertinents cités in: *L'Avenir du libre-échange en Europe* (ouvrage collectif), Zurich (Schulthess), 1990, p. 298-299, nos 795-797.

63 ATF 118 II.., *F. c. Conseil d'Etat du canton de Thurgovie*, du 17 décembre 1992.

64 Cour EDH, arrêt *Belilos c. Suisse*, du 29 avril 1988, Série A no 132.

bourg[65], est également un principe coutumier du droit international en voie de codification par la Commission du droit international de l'ONU sur le problème de la responsabilité des Etats[66].

Qu'en déduire? En clair, qu'il est possible d'aménager le principe constitutionnel non écrit de la séparation des pouvoirs et le principe de la primauté du droit international (dont la consécration constitutionnelle n'a de toute façon pas de caractère constitutif) en les plaçant sous le chapeau du principe de *respect du droit*. Ce principe crée, entre les organes étatiques, une responsabilité solidaire dans la mise en oeuvre des obligations internationales pesant sur l'Etat[67]. Le Conseil fédéral l'a admis lui-même, qui a fait sien un avis de droit commun de l'Office fédéral de la justice et de la Direction du droit international public du 29 avril 1989[68]:

> «Le Conseil fédéral a souligné lui-même récemment que lorsqu'un traité fait référence aux parties contractantes», il vise la Suisse et ses partenaires «dans tous leurs organes pouvant concourir utilement à la réalisation de l'objectif commun». La conséquence juridique décisive est la suivante: *face à l'obligation – internationale et constitutionnelle – d'exécuter les traités (art. 26 et 27 CV, en liaison avec l'art. 113 al. 3 Cst.), tous les organes de la Confédération sont visés de manière immédiate, comme organes d'exécution internes d'une règle internationale en vigueur pour la Suisse. Dans cette tâche, le pouvoir judiciaire ne saurait se dissimuler derrière le législateur, ni le législateur derrière l'exécutif, qui assume en dernier ressort la responsabilité internationale de la Confédération.*»

Le Tribunal fédéral s'est fait récemment l'écho de ces conceptions en soulignant – en se référant à l'avis de droit considéré – que l'obligation de respect et d'application des traités internationaux n'incombe pas seulement aux organes politiques mais, dans le respect des compétences respectives des organes, *au juge*[69].

Occupant une place centrale dans l'application du droit, *le juge est le garant central de l'exécution interne des traités qui lient la Suisse*. Le principe de la primauté du droit international renforce sa position relative par rapport aux autres pouvoirs. Il n'y a pas à s'en inquiéter, puisque le principe de la primauté crée une saine émulation entre les organes de l'Etat

---

65 CJCE, arrêt *Defrenne II* du 8 avril 1976, aff. 43/75, Rec. 1976, p. 455ss, p. 475-476, § 30-32.

66 Voir l'art. 6 de ce projet, reproduit dans J.P. MÜLLER/L. WILDHABER, *Praxis des Völkerrechts*, 2e éd., Berne, 1982, p. 329. Cet article est intitulé: «Non-pertinence de la position de l'organe dans le cadre de l'organisation de l'Etat».

67 Voir RDS 1985 I, p. 402.

68 JAAC 1989 no 54, § 13 b (texte français: p. 459-461; texte allemand: p. 417-419); le Conseil fédéral a fait sien cet avis de droit dans FF 1992 III 1125ss (rapport sur la question d'une adhésion de la Suisse à la Communauté européenne), p. 1275, «*prise de position que le Conseil fédéral fait sienne*»; et dans FF 1992 IV 1ss (message relatif à l'approbation de l'accord sur l'EEE), p. 83: «*il partage les opinions qui y sont défendues*».

69 ATF 117 Ib 387, *373, Erben X*, du 15 novembre 1991.

et que la violation de la règle internationale par l'un d'entre eux ne saurait être prise comme prétexte pour commettre une autre violation[70]. Puisse ce principe contribuer, dans ce cadre, à un meilleur équilibre des pouvoirs[71]. Puisse aussi l'expérience pénible de l'affaire de la *Lex Friedrich* face aux traités bilatéraux servir de leçon[72].

Et si certains voient dans le principe de la séparation des pouvoirs un véritable droit de l'homme[73], ce ne saurait être, face au droit européen et au droit international, qu'à la condition de consacrer également le principe de la primauté du droit international comme un droit de l'homme, en Suisse un droit constitutionnel non écrit.

Dans son allocution prononcée le 21 mai 1992 à l'occasion du 75e anniversaire du Tribunal fédéral des assurances sur le thème «séparation des pouvoirs et intégration européenne», le conseiller fédéral KOLLER a résumé la situation en disant que face à la primauté du droit international, «les pouvoirs étatiques sont complémentaires. Il importe qu'ils agissent non pas en concurrents, mais en partenaires et ce n'est qu'en conjuguant leurs efforts que les pouvoirs étatiques pourront remplir les tâches découlant du traité instituant l'EEE»[74].

Ce n'est rien moins qu'un changement des mentalités qui est demandé.

---

70 Face au droit international non plus, il n'y a pas d'égalité dans l'illégalité: *Pati legem – juris gentium – quam ipse fecisti!*

71 Même avis, THOMAS COTTIER, AJP/PJA 10/92, p. 1210: «Die Gerichtsbarkeit (...) wird gestärkt und damit ein Stück *checks and balances* gewonnen». Avis similaire chez DANIEL THÜRER, *Schweizer Verfassungsordnung vor der Herausforderung durch die europäische Integration: Perspektiven, Prinzipien und heisse Eisen*, ZSR/RDS 1992 I, p. 73- 106.

72 Même avis: KÄLIN, *Schubert und der Rechtsstaat oder: Sind Bundesgesetze massgeblicher als Staatsverträge?*, ZSR/RDS 1993 I, p. 73-77, p. 77 *in fine*.

73 FRANÇOIS LUCHAIRE, *Le droit de l'homme à la séparation des pouvoirs d'après la jurisprudence du Conseil constitutionnel français*, Mélanges Velu, Bruxelles (Bruylant), 1992, tome I, p. 441-451.

74 ARNOLD KOLLER, *Gewaltenteilung und Europäische Integration*, allocution prononcée devant le Tribunal fédéral des assurances le 21 mai 1992 (p. 16 de la traduction française effectuée par le greffe du TFA).

68. Le droit européen, «épée» ou «bouclier» à disposition des avocats

> «Désormais, c'est à tout instant que la perspective européenne est à prendre en compte. Il y a là des *réflexes professionnels nouveaux à acquérir*. La survie même du juriste, et d'abord de l'avocat, est fonction de l'acquisition de ces nouveaux réflexes.»
>
> CLAUS-DIETER EHLERMANN[75]

Entre le particulier attaché à la défense des droits que lui confère le droit européen et le juge national, qui doit les protéger, on trouve l'avocat, dont on a souligné le rôle complémentaire capital[76]. Sans doute le rôle de l'avocat est-il encore, en l'état actuel des choses, assez limité. Me MACH le relevait en 1988 déjà, dans un remarquable rapport[77]. Cherchant à expliquer le phénomène, ce praticien voyait dans l'absence de reconnaissance par le Tribunal fédéral de l'effet direct des ALE la cause principale du rôle encore négligeable joué par les avocats suisses dans la mise en oeuvre du nouveau droit. Parmi d'autres facteurs, il mentionnait le caractère de règles commerciales ou à contenu essentiellement technique des accords de libre-échange; l'hésitation de l'avocat à faire partager ses incertitudes à un client risquant de faire les frais de l'opération; la jurisprudence du Tribunal fédéral, «dont l'ouverture à l'égard du libre-échange européen n'a pas été le trait dominant»[78]; l'attitude du Conseil fédéral; et la circonstance que sans mandat, l'avocat n'existe pas professionnellement[79].

Il est évident que l'entrée de la Suisse dans l'EEE ou dans la Communauté décuplera littéralement les possibilités d'intervention des avocats, compte tenu des matières couvertes (libre circulation des travailleurs et des indépendants; libre prestation de services; notamment dans le domaine de la bureautique, de la construction, de l'artisanat, des services

---

75 CLAUS-DIETER EHLERMANN, *Caractéristiques de l'ordre juridique communautaire, rôle de l'avocat*, in: «L'avocat et l'Europe des 12 et des 21», (sous la direction de Mady Schaffer), Strasbourg (Centre de formation des avocats d'Alsace, éd.), 1988, p. 149-160, p. 160.

76 Voir ci-dessus, § 3, p. 251-254.

77 OLIVIER MACH, *L'avenir du libre-échange européen: le rôle de l'avocat suisse*, in: «L'avenir du libre-échange en Europe», Zurich (Schulthess), 1990, p. 207-226, p. 208-209, nos 532-537.

78 MACH (note 77), p. 209, no 533. L'arrêt «*PVC*» du 7 juillet 1992 (ATF 118 Ib 367) confirme hélas cette appréciation d'une jurisprudence qui remonte à 1978 (ATF 104 IV 175).

79 MACH (note 77), p. 209, no 536.

financiers, des médias, du secteur bancaire, des assurances, des prestations médicales, du sport; droit de la concurrence, droit social, etc.).

On ne saurait cependant sous-estimer, aujourd'hui déjà, les virtualités inexploitées du libre-échange européen[80]. D'ores et déjà, les avocats sont appelés, de concert avec les juges, *à tisser patiemment les fils d'un constitutionnalisme européen de caractère transnational* [81]. Un bon terrain d'entraînement pour eux, profitable au pays tout entier, serait de répandre systématiquement un souffle européen sur des dispositions constitutionnelles qui ménagent d'importantes «fenêtres» – largement inexploitées elles aussi – sur le droit européen (notamment art. 31ss, 45, 46 al. 2, 58-60, 113 Cst., etc.). Aujourd'hui déjà, lors de la rédaction de contrats avec des partenaires européens, la prise en considération de l'ordre public communautaire ne relève plus du dilettantisme intellectuel. Le Tribunal fédéral l'a fait comprendre le 28 avril 1992 dans son arrêt *G. SA* (Belgique) *c. W. SpA* (SIV) (Italie) *et Tribunal arbitral*: cette prise en considération relève déjà de la plus élémentaire prudence[82].

C'est dire que, comme le relevait récemment M. OLIVER, dans l'optique de l'avocat, le droit européen peut être invoqué par la partie requérante à l'appui de son recours ou par le défendeur pour sa défense: en d'autres termes, «*comme épée ou comme bouclier*»[83].

Concrètement, il est urgent que les avocats prennent conscience: des potentialités que recèle l'utilisation de l'euro-compatibilité à titre d'argument juridique[84]; de la vocation multidirectionnelle et multifonctionnelle de ce type d'argument («comme épée ou comme bouclier»); et, peut-être surtout, de la *force procédurale de cette argumentation juridique européenne*, une fois celle-ci relayée par l'effet direct et la primauté, ces deux piliers de l'ordre juridique communautaire. *Deux piliers qui devraient, depuis longtemps, faire partie intégrante du libre-échange européen.*

Le moment est venu d'agir, en ne perdant pas de vue qu'en matière d'intégration européenne, chaque pierre apportée à la construction de l'édifice par l'avocat et son client laisse des traces durables dans le

---

80 Voir ci-dessus, § 58, p. 445-466.

81 ERIC STEIN, *Lawyers, judges and the making of a transnational Constitution*, AJIL 1981, p. 1-27; CLAUS-DIETER EHLERMANN, *The European Community, its law and lawyers*, CMLRev 1992, p. 213-227.

82 ATF 118 II 193, *G. SA (Belgique) c. W. SpA (SIV) (Italie)*, du 28 avril 1992.

83 PETER OLIVER, *Le droit communautaire et les voies de recours nationales*, CDE 1992, p. 348-374, p. 352 (l'auteur cite l'exemple d'une procédure pénale nationale contestée pour incompatibilité avec le droit communautaire). Sur l'incidence de la jurisprudence de la CJCE sur le droit pénal national, voir JEAN BOULOC, *L'influence du droit communautaire sur le droit pénal interne*, Mélanges Levasseur, Paris (Litec), 1992, p. 103-120.

84 Sur cette question, voir DANIEL THÜRER, *Europaverträglichkeit als Rechtsargument*, in: FS für Dietrich Schindler, Bâle (Helbing & Lichtenhahn), 1989, p. 561-582; et *Von der sog. «Europaverträglichkeit»: Rechtsgestaltungsprinzip aus Verlegenheit oder Vehikel zur «stillen Revolutionierung» der schweizerischen Rechtsordnung?*, ZSR/RDS 1993 I, p. 91-94.

patrimoine juridique européen: l'entreprise néerlandaise *van Gend & Loos*, l'avocat milanais Me *Costa*, l'avocat néerlandais *Reyners* établi à Bruxelles, l'employé italien *Sotgiu* à la Bundespost, la secrétaire néerlandaise *van Duyn* dans ses démêlés avec les autorités d'immigration britanniques, la filiale française de l'entreprise suisse *Sandoz* dans l'affaire *Chatain*, la firme portugaise *Rush Portuguesa* à Bordeaux, la firme italienne *Simmenthal*: voilà les témoins vivants d'une oeuvre de création collective qui doit beaucoup au talent d'avocats[85]. Pourquoi les avocats suisses, qui ont su tirer parti si intelligemment de la Convention européenne des droits de l'homme, n'auraient-ils pas un succès comparable avec le droit du libre-échange européen, puis avec le droit de l'EEE ou le droit communautaire?

69. Les particuliers, grands gagnants d'un droit européen protégé par le juge

> *«Et à l'heure où, avec les progrès de l'intégration européenne et du libre-échange mondial, les pouvoirs de décision s'élèvent toujours plus haut et s'éloignent toujours davantage hors de portée des citoyens, un effet direct, largement déployé tant au niveau interne qu'au plan international, ne serait-il pas de nature à compenser quelque peu l'atteinte aux droits démocratiques qu'implique ce libre-échange?»*
>
> PIERRE MERCIER[86]

Dans son arrêt *Francovich* du 19 novembre 1991, la Cour rappelle: «ainsi qu'il découle d'une jurisprudence constante, il incombe aux juridictions nationales chargées d'appliquer, dans le cadre de leurs compétences, les dispositions du droit communautaire, *d'assurer le plein effet de ses normes et de protéger les droits qu'elles confèrent aux particuliers*»[87].

Ce rôle potentiel de protecteur des droits individuels engendrés par le droit européen représente certainement, pour le juge suisse, la tâche la plus exaltante qu'on puisse imaginer. Comme on l'a vu, en droit procé-

---

85 Voir plus haut (§ 3, p. 253), la citation d'OLE DUE (note 20), 1993, p. 4; les références aux affaires citées se trouvent dans la liste correspondante, en fin de rapport, p. 549-554 .

86 PIERRE MERCIER, *Vigilance des particuliers et respect du droit: l'exemple communautaire*, in: «Hommage à un Européen, offert à Henri Rieben à l'occasion de son 70e anniversaire», Lausanne (Fondation Jean Monnet pour l'Europe), 1991, p. 355-373, p. 370.

87 CJCE, arrêt *Francovich* du 19 novembre 1991, aff. jtes C-6 et 9/90, Rec. 1991, p. I-5357, p. I 5414, § 32; CJCE, arrêt *Simmenthal* du 9 mars 1978, aff. 106/77, Rec. 1978, p. 629ss, p. 643, § 16; CJCE, arrêt *Factortame* du 19 juin 1990, aff. C-213/89, Rec. 1990, p. I-2433ss, p. I-2473, § 19; voir déjà les arrêts CJCE, *Eunomia* du 26 octobre 1971, aff. 18/71, Rec. 1971, p. 811; et *Politi* du 14 décembre 1971, aff. 43/71, Rec. 1971, p. 1039.

dural fédéral et cantonal, le moyen de droit européen ne doit pas être discriminé par rapport au moyen de droit fédéral: c'est donc dans toute la largeur et la profondeur du contentieux cantonal et fédéral (principalement dans les voies de recours ordinaires) que le droit européen pourra révéler ses potentialités. De surcroît, la procédure de renvoi préjudiciel prévue par l'art. 177 CEE permettra aux juges nationaux de nouer un dialogue permanent avec la Cour de justice des Communautés européennes, offrant ainsi une contribution essentielle au processus de légitimation du droit communautaire dans les Etats membres[88].

En Suisse, le juge devra le plus souvent protéger les droits d'autres ressortissants communautaires, puisque normalement, le droit communautaire ne s'applique pas à des situations purement internes[89]. Dans certains domaines toutefois (par exemple en matière d'égalité de rémunération entre hommes et femmes, art. 119 CEE/art. 69 EEE), le justiciable suisse pourra faire valoir ses droits devant le juge suisse[90]. Et surtout, cette protection offerte par le juge suisse aux ressortissants communautaires aura comme contrepartie une protection juridictionnelle équivalente dans chacun des Etats membres de la Communauté ou des Etats parties à l'EEE. C'est dans ce sens que l'on peut se réjouir, avec le Conseil fédéral[91] et la doctrine unanime[92], du renforcement, par l'effet du droit communautaire, de la position juridique du particulier sur le plan interne.

Les accords de libre-échange de 1972 représentent déjà beaucoup pour les individus, notamment pour les entreprises et pour les consommateurs[93]. Le droit communautaire renforcera cette tendance, tout en dynamisant dans la foulée l'impact de la CEDH au niveau interne. En effet, la

---

88 THÜRER (note 71), 1992 I, p. 74; AUER (note 40), 1992, p. 651, § 30.

89 Comme exemple d'une jurisprudence constante, on citera CJCE, arrêt *Iorio* du 23 janvier 1986, aff. 298/84, Rec. 1986, p. 247. Voir d'autres exemples dans PIERRE MERCIER/ O. JACOT-GUILLARMOD, *La libre circulation des personnes et des services*, Bâle (Helbing & Lichtenhahn), 1991, p. 23-24. On observera qu'aujourd'hui déjà, ce sont surtout des «étrangers» (mieux: *d'autres Européens*) qui ont invoqué en Suisse le *droit du libre-échange*, sans grand succès d'ailleurs: M. Adams, ressortissant *maltais* (ATF 104 IV 175); la société Bosshard, firme *allemande* (ATF 105 II 49); la maison G. Sprl, société *belge* (ATF 112 Ib 183); une association défendant des intérêts de sociétés *françaises* productrices d'eaux minérales dans l'arrêt «*PVC*» (ATF 118 Ib 367).

90 Comme exemple, rappelons le cas de CJCE, arrêt *Defrenne III* du 15 juin 1978, aff. 149/77, Rec. 1978, p. 1365, (hôtesse de l'air belge en démêlés avec la compagnie nationale SABENA).

91 Rapport du 24 août 1988 sur la position de la Suisse dans le processus d'intégration européenne, FF 1988 III 332.

92 Voir par exemple COTTIER (note 71), 1992, AJP/PJA 1992, p. 1210.

93 Dans ce sens, PESCATORE (note 1), 1990, p. 396, no 1018.

Cour de justice s'estime désormais obligée de «fournir tous les éléments d'appréciation nécessaires à l'appréciation, par la juridiction nationale, de la conformité (d'une) réglementation avec les droits fondamentaux dont la Cour assure le respect, tels qu'ils résultent, en particulier, de la Convention européenne des droits de l'homme»[94]. Dans cette optique, on ne peut qu'encourager les pas – encore timides – du juge suisse à envisager l'examen de la compatibilité d'une loi fédérale avec la CEDH[95]. Car si la Cour européenne des droits de l'homme peut le faire elle-même[96], et si la Cour de justice des Communautés européennes «doit fournir tous les éléments d'interprétation nécessaires à (une telle) appréciation», il est préférable que le Tribunal fédéral puisse le faire *avant* ces juridictions, dans l'esprit de subsidiarité qui inspire le mécanisme de contrôle instauré par la Convention[97]. Comme l'ont fait remarquer plusieurs auteurs, notamment MM. CASSESE, CLAPHAM et WEILER, la protection des droits de l'homme garantie par la CEDH sera considérablement renforcée par l'appui procédural que conférera le droit communautaire à cet instrument dans les douze Etats membres de la Communauté[98].

---

94 CJCE, arrêt *Grogan* du 4 octobre 1991, aff. 159/90, Rec. 1991, p. I-4685ss, p. I-4741, § 31; voir sur ce point CHRISTINE LANGENFELD/ANDREAS ZIMMERMANN, *Interdependenzen zwischen nationalem Verfassungsrecht, Europäischer Menschenrechtskonvention und Europäischem Gemeinschaftsrecht (Überlegungen anlässlich der jüngsten Entscheidungen aus Dublin, Strassburg und Luxemburg zum irischen Informationsverbot für Abtreibungen)*, ZäoRV 1992, p. 259-314, p. 303; voir également CJCE, arrêt *Elleniki Radiofonia Tiléorasi* du 18 juin 1991, aff. C-260/89, Rec. 1991, p. I-2925ss, § 42.

95 ATF 117 Ib 367, 372-373, *Erben X*, du 15 novembre 1991.

96 Cour EDH, arrêt *F. c. Suisse* du 18 décembre 1987, Série A no 128 (examen d'un cas concret qui pose en réalité le problème de la compatibilité de l'art. 150 CCS en tant que tel avec l'art. 12 CEDH); voir également, pour le principe, l'arrêt Cour EDH, *Felix Müller c. Suisse* (compatibilité de l'art. 204 CPS – dans la formulation de l'époque – avec l'art. 10 CEDH).

97 Sur ce point (dans le seul contexte actuel de la CEDH), voir l'opinion différente de HAEFLIGER (note 6), 1993, p. 273-276.

98 CASSESE/CLAPHAM/WEILER (1991); cette école de pensée est notamment suggérée par l'analyse des conséquences de l'arrêt CJCE, *Hauer* du 13 décembre 1979, aff. 44/79, Rec. 1979, p. 3727.

70. Catalogue de droits procéduraux reconnus au justiciable par le droit communautaire

> *«Alors que la Communauté s'engage sur la voie de l'Union politique, peut-elle offrir à ses citoyens une protection moindre que celle garantie par ses Etats membres?»*
>
> JEAN-PAUL JACQUÉ[99]

Si les particuliers bénéficient des garanties de droit communautaire protégées par le juge national, c'est évidemment d'abord dans le domaine du droit matériel, notamment dans tout ce qui touche aux quatre libertés.

Mais au fil de ses arrêts, par touches successives, la Cour de justice a de surcroît dégagé toute une palette de droits que l'on peut qualifier de *droits procéduraux*. Sans prétention d'exhaustivité, on en dressera ci-après la liste. Cette liste préfigure ce qui pourrait devenir un jour un authentique statut procédural de droit communautaire reconnu au particulier:

- droit de se prévaloir en justice des droits conférés par le droit communautaire, autrement dit droit d'invoquer l'effet direct du droit communautaire[100];
- droit d'obtenir du juge national qu'il laisse au besoin inappliquée, de sa propre autorité, toute disposition contraire de la législation nationale même postérieure, sans qu'il ait à demander ou à attendre l'élimination préalable de celle-ci par voie législative ou par tout autre procédé constitutionnel[101];
- droit à l'effet utile *(rechtliche Wirksamkeit)* du droit communautaire contre une règle nationale qui menace son efficacité (par exemple, droit à une sanction dissuasive efficace contre l'employeur qui, au niveau national, viole l'interdiction de discrimination entre les sexes)[102];
- droit de faire valoir devant les juridictions nationales les droits spécifiques découlant d'un règlement communautaire[103];

---

99 JEAN-PAUL JACQUÉ, *Communauté européenne et Convention européenne des droits de l'homme*, Mélanges Boulouis, Paris (Dalloz), 1991, p. 325-340, p. 340.

100 CJCE, arrêt *van Gend & Loos* du 5 février 1963, aff. 26/62, Rec. 1963, p. 1ss, p. 22-25; CJCE, arrêt *Comet* du 16 décembre 1976, aff. 45/76, Rec. 1976, p. 2043ss, p. 2052, § 11; CJCE, arrêt *Ariete* du 10 juillet 1980, aff. 811/79, Rec. 1980, p. 2545ss, p. 2554, § 12.

101 CJCE, arrêt *Simmenthal* du 9 mars 1978, aff. 106/77, Rec. 1978, p. 629ss, p. 646, dispositif de l'arrêt.

102 CJCE, arrêt *Dekker* du 8 novembre 1990, aff. 177/88, Rec. 1990, p. I-3941ss, p. I-3975, § 23; CJCE, arrêt *von Colson et Kamann* du 10 avril 1984, aff. 14/83, Rec. 1984, p. 1891ss, p. 1908, § 23.

103 CJCE, arrêt *Rewe* («croisières de beurre») du 7 juillet 1981, aff. 158/80, Rec. 1981,

- droit de ne pas se voir imposer par une autorité nationale des dispositions législatives ou administratives qui ne seraient pas conformes à une obligation inconditionnelle et suffisamment précise d'une directive[104];
- droit d'invoquer à l'égard de l'Etat, dans certaines circonstances, l'effet direct d'une disposition suffisamment précise d'une directive[105];
- droit de ne pas se voir opposer, de la part d'un autre particulier, l'effet direct dit horizontal (entre particuliers) d'une directive communautaire[106];
- droit d'invoquer, dans certaines circonstances, une disposition de droit communautaire primaire dans les rapports entre particuliers[107];
- droit à la non-discrimination procédurale, autrement dit droit d'utiliser tout type d'action prévu par le droit national pour assurer le respect des règles communautaires à effet direct dans les mêmes conditions de recevabilité et de procédure que s'il s'agissait d'assurer le respect du droit national[108];
- droit de l'intéressé, dans une procédure administrative, de faire connaître son point de vue, ainsi que celui de voir motiver la décision de façon suffisante[109];

---

p. 1805ss, p. 1838, § 42.

104 CJCE, arrêt *Rewe* (note précédente), p. 1838, § 43.

105 CJCE, arrêt *van Duyn* du 4 décembre 1974, aff. 41/74, Rec. 1974, p. 1337ss, p. 1348-1350, § 9-15; CJCE, arrêt *Becker* du 19 janvier 1982, aff. 8/81, Rec. 1982, p. 53ss, p. 70-71, § 21-24.

106 CJCE, arrêt *Marshall* du 26 février 1986, aff. 152/84, Rec. 1986, p. 723; il est toutefois probable que dans un proche avenir, la Cour de justice consacrera l'effet direct horizontal d'une directive – donc le droit procédural individuel correspondant – car la cohérence de l'ordre juridique communautaire l'exige – (voir notamment le cas de l'affaire *Paula Faccini Dori*, aff. C-91/92, actuellement pendante devant la Cour de justice, [JOCE du 28 avril 1992, no C 107, p. 7]).

107 Exemples: art. 85 CEE (droit de la concurrence), CJCE, arrêt *Bosch* du 6 avril 1962, aff. 16/61, Rec. 1962, p. 89ss, p. 103-109; art. 119 CEE (égalité de rémunération entre hommes et femmes), CJCE, arrêt *Defrenne II* du 8 avril 1976, aff. 43/75, Rec. 1976, p. 455ss, p. 476-477, § 39; art. 34 CEE (interdiction des restrictions quantitatives à l'exportation et des mesures d'effet équivalent), CJCE, arrêt *Delhaize* du 9 juin 1992, aff. C-47/90 (réglementation espagnole limitant l'appellation d'origine de Rioja au seul vin mis en bouteilles dans la région de production), Rec. 1992, p. I-3669ss, p. I-3712, point 2 du dispositif de l'arrêt: «L'article 34 du traité CEE peut être invoqué par les particuliers devant les juridictions des Etats membres, *à l'occasion de litiges les opposant à d'autres particuliers*».

108 CJCE, arrêt *Rewe* («croisières de beurre») du 7 juillet 1981, aff. 158/80, Rec. 1981, p. 1805, p. 1838, § 44 *in fine*.

109 CJCE, arrêt *Technische Universität München* (importation d'appareils scientifiques en franchise douanière) du 21 novembre 1991, aff. C-269/90, Rec. 1991, p. I-5469ss, p. I-5499, § 14.

- droit corrélatif de voir l'institution communautaire compétente examiner, avec soin et impartialité, tous les éléments pertinents du cas d'espèce[110];
- droit d'accès à un juge pour faire contrôler judiciairement une décision administrative nationale prise dans le champ d'application du droit communautaire[111];
- droit de se voir garantir le respect des droits de la défense dans toute procédure susceptible d'aboutir à des sanctions, au motif qu'une telle garantie constitue un principe fondamental du droit communautaire qui doit être observé en toutes circonstances, même s'il s'agit d'une procédure administrative[112];
- droit d'obtenir à certaines conditions une réparation en cas de violation du droit communautaire imputable à un Etat membre[113];
- droit à une indemnité autre que symbolique en cas d'absence de garantie procédurale suffisante de droit national sanctionnant la violation du droit communautaire, notamment en matière d'interdiction de discrimination entre les sexes[114];
- droit de s'opposer à ce que les autorités compétentes d'un Etat membre invoquent les règles de procédure nationale relatives aux délais de recours, dans le cadre d'une action engagée à leur encontre devant les juridictions nationales en vue de la protection de droits directement conférés par le droit communautaire, aussi longtemps que cet Etat

---

110 *Ibidem*, p. I-5499, § 14; sur le droit plus spécifique, en matière de droit de la concurrence, d'accès des entreprises impliquées «à l'ensemble des documents à charge et à décharge recueillis au cours de l'enquête, sous réserve des secrets d'affaires d'autres entreprises, des documents internes de la Commission et d'autres informations confidentielles», voir TPI (Tribunal de première instance des CE), arrêt *Hercules* du 17 décembre 1991, aff. T-7/89, Rec. 1991, p. II-1711ss, p. II-1739-II-1738, § 53-54 et arrêt *SA Cimenteries CBR* du 18 décembre 1992, aff. jtes T-10, 11, 12 et 15/92, Rec. 1992, p. II- (à paraître), § 41.

111 CJCE, arrêt *Johnston* du 15 mai 1986, aff. 222/84, Rec. 1986, p. 1651; voir également, sur le droit d'accès à un juge, l'arrêt de la Cour EDH rendu dans l'affaire *Golder* du 21 février 1975, Série A n° 18, p. 17, § 34. Dans son exposé précité (note 2), du 1er avril 1993, le président de la Cour, M. Due, estime plus généralement que «selon la jurisprudence de la Cour, toute décision administrative propre à restreindre un droit que les traités communautaires confèrent au citoyen doit être motivée et doit pouvoir faire l'objet d'un recours juridictionnel» (p. 7).

112 TPI (Tribunal de première instance des CE), arrêt *SA Cimenteries CBR* du 18 décembre 1992, aff. jtes T-10, 11, 12 et 15/92, Rec. 1992, p. II- (à paraître), § 39; confirmation de cette jurisprudence (avec annulation partielle de la décision de la Commission pour violation des droits de la défense) dans TPI, arrêt *Ahlström et a.* (pâtes de bois), du 31 mars 1993, aff. C-89/95, Rec. 1993 II (à paraître), § 135-138; voir également CJCE, arrêt *Al-Jubail Fertilizer Co c. Conseil* du 27 juin 1991, aff. C-49/88, Rec. 1991, p. I-3187ss, p. I-3241, § 15.

113 CJCE, arrêt *Francovich* du 19 novembre 1991, aff. jtes C-6 et 9/90, Rec. 1991, p. I-5357.

114 CJCE, arrêt *von Colson et Kamann* du 10 avril 1984, aff. 14/83, Rec. 1984, p. 1891; CJCE, arrêt *Harz* du 10 avril 1984, aff. 79/83, Rec. 1984, p. 1921.

membre n'a pas transposé correctement les dispositions communautaires (directives) dans son ordre juridique interne[115];

- droit à ne pas se voir opposer, en droit national, l'administration de preuves disproportionnées ou impossibles à rapporter (*probatio diabolica*) conditionnant le bénéfice du droit communautaire[116];
- droit, sous réserve de règles communautaires spécifiques, de voir respecter les règles nationales en matière de fardeau de la preuve[117];
- droit de se voir garantir, en vertu du droit communautaire, l'application des principes de la sécurité juridique et de la bonne foi reconnus par le droit national[118];
- droit au respect de l'autorité de la chose jugée en droit national[119];
- droit au respect des règles de droit national en matière d'intérêts moratoires *(Verzugszinsen)*[120];
- droit à une interprétation conforme du droit national au droit communautaire[121];
- droit du particulier à une remise de délai pour intenter action en réparation en cas de non-transposition d'une directive par un Etat membre[122];
- droit de ne pas se voir opposer, dans certaines circonstances, le retard de l'action en responsabilité extra-contractuelle intentée par un particulier contre la Commission en vertu des art. 178 et 215 al. 2 CEE[123];

---

115 CJCE, arrêt *Emmott* du 25 juillet 1991, aff. C-208/90, Rec. 1991, p. I-4269ss, p. I-4299, § 24.

116 CJCE, arrêt *Bianco* du 25 février 1988, aff. jtes 331, 376 et 378/85, Rec. 1988, p. 1099; CJCE, arrêt *San Giorgio* du 9 novembre 1983, aff. 199/82, Rec. 1983, p. 3595; CJCE, arrêt *Commission c. Italie* du 24 mars 1988, aff. 104/86, Rec. 1988, p. 1799.

117 CJCE, arrêt *Deutsche Milchkontor* du 21 septembre 1983, aff. 205-215/82, Rec. 1983, p. 2633; CJCE, arrêt *Denkavit I* du 8 novembre 1979, aff. 251/78, Rec. 1979, p. 3369.

118 CJCE, arrêt *Ferwerda* du 5 mars 1980, aff. 265/78, Rec. 1980, p. 617ss, p. 633, dispositif de l'arrêt.

119 CJCE, arrêt *Italie c. Commission* du 19 février 1991, aff. C-281/89, Rec. 1991, p. I-347.

120 CJCE, arrêt *Express Dairy Foods* du 12 juin 1980, aff. 130/79, Rec. 1980, p. 1887; CJCE, arrêt *Fromme* du 6 mai 1982, aff. 54/81, Rec. 1982, p. 1449.

121 CJCE, arrêt *Marleasing* du 13 novembre 1990, aff. C-106/89, Rec. 1990, p. I-4135; CJCE, arrêt *Murphy* du 4 février 1988, aff. 157/86, Rec. 1988, p. 673ss, p. 690, § 11. Cet arrêt montre bien les *limites de l'interprétation conforme*: si le juge, utilisant la marge d'appréciation qui est la sienne, constate que l'interprétation conforme n'est pas possible, il doit laisser «*inappliquée* toute règle nationale contraire»; voir encore CJCE, arrêt *Information ouverte contre X* du 16 janvier 1992, aff. C-373/90, Rec. 1992, p. I-131ss, p. I-148, § 7.

122 CJCE, arrêt *Marleasing* du 13 novembre 1990, aff. C-106/89, p. I-4135.

123 CJCE, arrêt *Adams c. Commission* du 7 novembre 1985, aff. 145/83, Rec. 1985, p. 3539.

- droit d'obtenir la garantie de ces droits procéduraux dans les litiges entre particuliers[124];
- droit de contester devant le juge national, de façon incidente, la validité d'un règlement communautaire (tant au regard du droit primaire que du droit international en vigueur pour la Communauté[125]) et d'amener le juge national à saisir la Cour de justice de questions préjudicielles si le juge n'écarte pas lui-même le grief d'invalidité[126];
- droit de demander à la juridiction nationale qui a saisi la Cour de justice de questions préjudicielles d'ordonner des mesures provisoires pour surseoir, indépendamment de tout obstacle constitutionnel, à l'exécution d'un acte administratif national fondé sur un règlement communautaire dont la légalité est contestée[127];
- droit de s'opposer à des règles procédurales nationales en matière d'accès à la justice (*cautio judicatum solvi*) discriminatoires à raison de la nationalité[128].

Un tel catalogue revêt fatalement un caractère pointilliste. Il gagne en cohérence dès qu'on le ramène à quelques principes essentiels: *effet direct, primauté, effet utile* du droit communautaire; *non-discrimination procédurale, bonne foi, proportionnalité et sécurité juridique*.

Sous bénéfice de cette appréciation, nous serions prêt à considérer, avec M. OLIVER, que cette jurisprudence reflète sinon une «grande», du moins une cohérence appréciable[129]; et cela même s'il y a lieu, avec M. MOITINHO DE ALMEIDA, juge à la Cour de justice, de s'interroger sur la question de savoir si l'étendue et la diversité de cette protection juridictionnelle des particuliers ne portent pas, à certains égards, un ferment de paralysie du système judiciaire communautaire tout entier[130].

---

124 CJCE, arrêt *Delimitis* du 28 février 1991, aff. C-234/89, Rec. 1991, p. I-935.

125 Sur ce dernier point (pertinence du droit des relations extérieures de la Communauté comme moyen d'invalidation), voir CJCE, arrêt *International Fruit Co. II* du 12 décembre 1972, aff. jtes 21 à 24/72, Rec. 1972, p. 1219.

126 CJCE, arrêt *Zuckerfabrik Süderdithmarschen* du 21 février 1991, aff. jtes C-143/88 et C-92/89, Rec. 1991, p. I-415, p. I-540, § 16.

127 CJCE, arrêt *Factortame* du 19 juin 1990, aff. C-213/89, Rec. 1990, p. I-2433; CJCE, arrêt *Zuckerfabrik* du 21 février 1991, aff. jtes C-143/88 et C-92/89, Rec. 1991, p. I-415, p. I-541, § 18 et 19.

128 CJCE, affaire C-20/92, *Hubbard c. Hamburger*, pendante devant la Cour; (voir, dans ce sens, les conclusions de l'avocat général M. DARMON du 10 mars 1993).

129 OLIVER (note 83), CDE 1992, p. 374 (voir en outre p. 360-369).

130 JOSE CARLOS MOITINHO DE ALMEIDA, *Evolución jurisprudencial en materia de acceso de los particulares a la jurisdicción comunitaria*, Grenade (Universidad de Granada), 1991, 96 p., p. 93. Le juge attire l'attention dans ce contexte sur l'intérêt des propositions de décentralisation régionale du système judiciaire communautaire formulées par JEAN-PAUL JACQUÉ et JOSEPH-H.H. WEILER, *Sur la voie de l'Union européenne, une nouvelle architecture judiciaire*, RTDE 1990, p. 441-456.

71. Le juge national, rouage essentiel dans la construction d'une «communauté de droit» en Europe

> *«Rouage essentiel de l'ordre juridique communautaire, le juge interne voit sa fonction explicitée, circonscrite et renforcée davantage au fur et à mesure qu'arrive au prétoire le contentieux multiforme engendré par l'insertion du droit communautaire dans l'ordonnancement juridique national.»*
>
> AMI BARAV[131]

Malgré certaines analogies, le rôle du juge national n'est pas le même dans la perspective de l'ordre juridique communautaire que dans celle du système international de contrôle de Strasbourg. Sauf à connaître de différends interétatiques (art. 170 CEE; art. 24 CEDH), ou, dans le cas de la Cour de Luxembourg, de litiges interinstitutionnels (art. 173 CEE), les deux juridictions européennes auraient une position bien précaire si elles n'avaient, l'une, le relais efficace de milliers de juridictions nationales appliquant le droit communautaire, l'autre, la responsabilité principale de protéger les droits garantis par la Convention.

La situation particulière du juge national dans chaque cas dépend de la différence sinon de nature entre la juridiction de Luxembourg et celle de Strasbourg, du moins de différences considérables dans leur *mode de saisine*, le *type de litiges* ou de questions qui leur sont soumis et, peut-être avant tout, de leur *environnement institutionnel*[132].

Dans l'histoire de ces deux juridictions, seuls deux juges ont eu le privilège de vivre personnellement ces différences, en siégeant tour à tour dans l'une et l'autre. Le Danois MAX SØRENSEN (dans le sens Strasbourg-Luxembourg), et son collègue néerlandais DONNER dans le sens inverse. Ce dernier a livré quelques réflexions personnelles sur cette «transition»: il y explique les raisons pour lesquelles, «transplanté» à Strasbourg après une vingtaine d'années à Luxembourg, l'acclimatation lui posa quelques problèmes en raison de la position du juge de Luxembourg, habitué à raisonner par catégories dans un ordre juridique à vocation uniforme, et celle du juge de Strasbourg, pour qui la nature individuelle des cas examinés rend moins évident cet élément d'ordre et de cohérence de

---

[131] AMI BARAV, *La plénitude de compétence du juge national en sa qualité de juge communautaire*, Mélanges Jean Boulouis, Paris (Dalloz), 1991, p. 1-20, p. 19.

[132] Sur quelques-unes de ces différences, voir ROBERT LECOURT, *Cour européenne des droits de l'homme et Cour de justice des Communautés européennes*, Mélanges Wiarda, Cologne (Heymanns), 1988, p. 335-340.

l'activité judiciaire. A l'inverse, MAX SØRENSEN semble s'être parfois senti – à Luxembourg – comme une «personne déplacée», après une longue activité à Strasbourg[133].

Dans l'ordre juridique communautaire, l'enjeu consiste non seulement à créer, mais à imposer à 12 Etats et à 350 millions de personnes un droit commun. Comme l'observait voici bientôt vingt ans le président LECOURT:

> «Pour assurer l'application de ce droit nouveau, il fallait des juges. Mais ils existaient! Il suffisait de leur donner pouvoir communautaire en chaque Etat. Ainsi fut fait. Pour être assuré que cette loi conservât partout la même portée, il fallait une Cour de justice régulatrice, chargée de dire le droit pour l'ensemble de la Communauté. Aussi fut-elle créée.»[134]

Ainsi, Cour de Luxembourg et juridictions nationales[135] ont la tâche d'assumer de manière solidaire, au moyen de la panoplie de recours communautaires décrite par la Cour de justice dans son arrêt du 23 avril 1986, *Parti écologiste «Les Verts» c. Parlement européen*[136], le respect du Traité CEE, envisagé ni plus ni moins comme la «charte constitutionnelle d'une communauté de droit»[137].

Le système de Strasbourg dépend tout autant, mais de manière différente, de l'efficacité avec laquelle le juge national remplit sa mission de protéger les droits garantis par la Convention. Le président RYSSDAL l'a expliqué comme suit lors de son allocution d'ouverture de la session de la Cour européenne des droits de l'homme le 27 janvier 1993:

> «*La Convention exige une justice interne qui fonctionne, car si le juge national et le magistrat européen se partagent la responsabilité de protéger les droits des citoyens, c'est avant tout au premier que cette tâche incombe.* Dans l'esprit de la Convention, l'appel aux institutions de Strasbourg n'est que l'ultime recours, le dernier moyen de réparer une atteinte aux droits de l'individu. *Par leur intervention, les organes de la Convention ne sauraient qu'assister le juge interne dans ses fonctions de garant des libertés publiques.*»[138]

---

133 ANDRÉ M. DONNER, *Transition,* Mélanges Wiarda, Cologne (Heymanns), 1988, p. 145-148.

134 ROBERT LECOURT, *L'Europe des juges*, Bruxelles (Bruylant), 1976, p. 8.

135 Le rôle central des juridictions internes dans l'application des instruments internationaux de protection des droits de l'homme a été souligné par Sir ROBERT JENNINGS, *Human rights and domestic law and courts*, Mélanges Wiarda, Cologne (Heymanns), 1988, p. 295-300, spéc. p. 298-300 (l'auteur cite LAUTERPACHT).

136 CJCE, arrêt *Parti écologiste «Les Verts» c. Parlement européen* du 23 avril 1986, aff. 294/83, Rec. 1986, p. 1339, p. 1365, § 23; voir également, pour une description plus explicite des procédures nationales composant cette panoplie de recours, CJCE, arrêt *Zuckerfabrik Süderdithmarschen* du 21 février 1991, aff. jtes C-143/88 et C-92/89, Rec. 1991, p. I-415ss, p. I-540-541, §§ 16 et 18-21.

137 CJCE, *avis 1/91* du 14 décembre 1991, Rec. 1991, p. I-6079ss, p. I-6102, § 21.

138 ROLV RYSSDAL, *Allocution* prononcée à Strasbourg le 27 janvier 1993 à l'occasion de l'ouverture solennelle de la session de la Cour européenne des droits de l'homme (texte ronéotypé), p. 4-5.

De son côté, envisageant le problème dans la perspective nationale, l'ancien président du Tribunal fédéral HAEFLIGER forme le voeu qu'en raison des caractéristiques de la Convention et de son système de contrôle européen (standard minimum de protection; caractère subsidiaire de la procédure internationale de contrôle), le juge européen ne se laisse pas griser par ce que l'on a coutume d'appeler, selon l'expression consacrée, le *judicial activism*[139] et tienne compte, dans un sain esprit de *judicial self-restraint*, des réalités des procédures nationales en jeu[140].

On voit donc que tant dans le système de Strasbourg que dans l'ordre juridique communautaire, le juge national constitue une pièce maîtresse dans la patiente construction d'une «communauté de droit» supervisée par la Cour de Luxembourg et d'un «ordre public communautaire des libres démocraties d'Europe»[141] principalement forgé par la Commission et la Cour européennes des droits de l'homme, mais avec l'appui croissant de la Cour de justice des Communautés européennes.

72. La métamorphose européenne du juge national

> *«(L'effort d'adaptation) exigé des juridictions internes est, à plusieurs égards, véritablement considérable. Ultime arbitre, le juge national se voit adresser par le droit communautaire des directives contraignantes dont la mise en oeuvre est parfois de nature à modifier son statut par rapport aux autres organes étatiques et à transformer sa fonction à l'intérieur de l'Etat auquel il appartient.»*
>
> AMI BARAV[142]

L'osmose jurisprudentielle entre le juge européen et le juge national – quand elle existe – modifie peu à peu la vision que l'un et l'autre ont de leur propre fonction. On peut même penser qu'elle tend à modifier la

---

[139] KOOPMANS (note 46), 1988; voir également, en ce qui concerne les rôles respectifs de la Commission et de la Cour dans le système de Strasbourg, l'appréciation de WILDHABER, *Erfahrungen mit der EMRK*, ZSR/RDS 1979 II, p. 229-379, p. 315.

[140] HAEFLIGER (note 6), 1993, p. 369: «So eindrücklich es ist, dass die Menschenrechtsorgane aus der Konvention eine eigentliche öffentliche Ordnung der freien Demokratien Europas geschaffen haben, so wenig lässt sich übersehen, dass die Rechtsprechung in einzelnen Punkten nicht ganz zu überzeugen vermag». L'auteur cite DANIEL THÜRER, *EMRK und schweizerisches Verwaltungsverfahren*, ZBl. 1986, p. 241ss, spéc. p. 264-265 et CLÉMY VAUTIER, *L'application de la CEDH et ses conséquences pratiques*, JT 1992 IV, p. 130-146, spéc. p. 142ss.

[141] Cette expression a été utilisée par la Commission européenne des droits de l'homme dans l'affaire *Temeltasch c. Suisse*, rapport du 5 mai 1982, requête no 9116/80, Décisions et rapports, vol. 31, p. 120 ss, p. 128, § 63.

[142] BARAV (note 131), 1991, p. 1.

psychologie même des juges, psychologie qui est à la fois cause et conséquence de ces changements procéduraux.

a) Dans le *système communautaire*, la coopération judiciaire assurée par la procédure préjudicielle de l'art. 177 CEE joue à cet égard un rôle central. Comme l'ont observé MM. GREVISSE et BONICHOT en *insiders* de la Cour de Luxembourg, cette métamorphose du juge national s'est faite selon une «idée conductrice (qui) est toujours la même: *la Cour ne fixe pas les règles de procédure nationale, elle énonce les exigences du droit communautaire qu'elles doivent satisfaire*»[143]. Pour le juge suisse, le phénomène ne devrait à vrai dire rien avoir d'insolite ou d'inquiétant: rien d'insolite parce qu'il rappelle étrangement l'influence exercée par la jurisprudence du Tribunal fédéral sur le droit procédural cantonal et sur les fonctions du juge intérieur appliquant le droit fédéral; rien d'inquiétant parce que le juge national, dans le système communautaire, n'est pas démuni: il bénéficie d'un «encadrement normatif» (la «charte constitutionnelle» que constitue le Traité CEE); d'un «encadrement jurisprudentiel»[144]; d'un «encadrement organique» (par la collaboration entre juridictions instituées entre la base et le sommet de la hiérarchie judiciaire par la procédure préjudicielle de l'art. 177 CEE). Il n'en demeure pas moins que, comme l'observe M. SIMON, la mutation progressive du statut juridictionnel du juge national aboutit à se demander «si l'immédiateté normative qui caractérise la pénétration du droit communautaire dans les ordres juridiques nationaux ne tend pas à s'accompagner d'une certaine immédiateté juridictionnelle, qui aboutirait à terme à une véritable «communautarisation» de la fonction des juridictions nationales»[145].

b) Dans le *système de la Convention européenne des droits de l'homme*, la métamorphose européenne du juge national n'est que ponctuelle: par l'effet de la jurisprudence de Strasbourg, peuvent être mis en cause: le statut d'un procureur de district zurichois[146]; celui d'un juge instructeur valaisan[147]; celui d'une commission de police exerçant des fonctions

---

143 FERNAND GREVISSE/JEAN-CLAUDE BONICHOT, *Les incidences du droit communautaire sur l'organisation et l'exercice de la fonction juridictionnelle dans les Etats membres*, Mélanges Boulouis, Paris (Dalloz), 1991, p. 297-310, p. 309.

144 Voir *supra*, § 70, p. 524-528, un catalogue des droits procéduraux reconnus aux justiciables par la Cour, catalogue qui n'est rien d'autre qu'un encadrement jurisprudentiel communautaire des droits de procédure nationaux.

145 DENYS SIMON, *Les exigences de la primauté du droit communautaire: continuité ou métamorphoses?*, Mélanges Boulouis, Paris (Dalloz), 1991, p. 481-493, p. 490.

146 Cour EDH, arrêt *Jutta Huber c. Suisse* du 23 octobre 1990, Série A no 188.

147 ATF 112 Ia 290 (voir également ATF 113 Ia 72 et ATF 114 Ia 143), conséquences de l'arrêt de la Cour EDH rendu le 26 octobre 1984 dans l'aff. *De Cubber*, Série A no 86.

juridictionnelles[148]; la rédaction d'une décision de justice[149]; ou encore la modification d'une déclaration interprétative[150]. Dans le domaine de la CEDH, la métamorphose résulte plutôt de la prise de conscience par le juge national de ce qu'il est dans une situation de *dédoublement fonctionnel*: à la fois organe de l'Etat et dépositaire du droit européen. Conséquence logique dans un ordre juridique moniste comme l'ordre juridique suisse. Conséquence psychologique capitale pour la prise de conscience par le juge de l'«au-delà» de l'Etat et de sa qualité d'organe du droit international. Conséquence qui permet d'observer, en droit communautaire, «les contours d'un statut immédiatisé du juge national, opérant une sorte de dédoublement fonctionnel entre ses compétences de juge interne et ses compétences de juge communautaire de droit commun»[151]. Deux décennies de dialogue constructif ont permis au Tribunal fédéral d'effectuer un remarquable travail *d'accompagnement et d'anticipation jurisprudentiels*, mettant la Suisse en mesure d'échapper à de probables violations de la Convention. Plus récemment, ce climat de confiance a servi à désamorcer certaines craintes, voire à surmonter certains tabous dont est entourée l'interprétation de l'art. 113 al. 3 Cst.[152]. La suppression dans l'interprétation judiciaire des traités internationaux de certains réflexes «nationaux», récemment écartés par le Tribunal fédéral des assurances, obéit également à cette démarche constructive[153].

c) Dans le contexte actuel du *libre-échange européen*, la métamorphose du juge suisse tarde à s'opérer. L'heure est plutôt au rattrapage du temps perdu. Depuis les faux pas initiaux[154]. Depuis la «réplique judiciaire» communautaire[155]. Et compte tenu, du côté de Luxembourg, de la multiplication ultérieure des signes d'apaisement[156] et d'ouver-

---

148 Cour EDH, arrêt *Belilos* du 29 avril 1988, Série A no 132, JAAC 1988, nos 65, 84, 85 et 86, faisant suite à l'arrêt du Tribunal fédéral du 2 novembre 1982, ATF 108 Ia 313-316.

149 Cour EDH, arrêt *Minelli* du 25 mars 1983, Série A no 62, JAAC 1983, nos 162, 163, 167 et 168.

150 Arrêt de la IIe Cour civile du Tribunal fédéral du 17 décembre 1992 dans l'affaire *F. c. Conseil d'Etat du Canton de Thurgovie* (droit de visite), ATF 118 II (à publier).

151 Sur cette situation de dédoublement fonctionnel, voir ATHOS TSOUTSOS, cité dans notre étude, *La primauté du droit international face à quelques principes directeurs de l'Etat fédéral suisse*, RDS/ZSR 1985 I, p. 383-428, p. 441; SIMON (note 145), 1991, p. 492.

152 ATF 117 Ib 367, 372-373, *Erben X*, du 15 novembre 1991.

153 ATF 117 V 268, *B.*, du 8 novembre 1991.

154 ATF 104 IV 175, *Adams*, du 3 mai 1978; ATF 105 II 49, *Bosshard c. Sunlight («Omo»)*, du 25 janvier 1979.

155 CJCE, arrêt *Polydor* du 9 février 1982, aff. 270/80, Rec. 1982, p. 329; voir sur ce point l'appréciation non équivoque de PIERRE PESCATORE, *Synthèse*, in: «L'avenir du libre-échange en Europe», Zurich (Schulthess), 1990, p. 475-485, p. 483, no 1183, pour lequel l'arrêt *Polydor* «constitue, visiblement, une réplique judiciaire de l'arrêt *Omo*».

156 CJCE, arrêt *Kupferberg* du 26 octobre 1982, aff. 104/81, Rec. 1982, p. 3641.

ture[157]. Jusqu'à récemment, les réponses de Lausanne laissaient augurer d'un avenir meilleur, demandant encore à être renforcé dans les principes[158]. Hélas, par ses affirmations générales, un arrêt du 7 juillet 1992 nous replonge dans l'ornière de 1978 et 1979[159]. Quoi que nous réserve l'avenir, «c'est à une réflexion d'ensemble des Européens sur la fonction du juge, son statut et les pouvoirs qui sont les siens que conduit doucement la jurisprudence de la Cour, dont les incursions dans l'organisation comme dans le fonctionnement des juridictions nationales sont et seront avec le temps de plus en plus nombreuses»[160].

73. La lente émergence d'une fonction juridictionnelle constitutionnelle en Europe

S'accommoder de la lente transformation du juge national en juge communautaire est une chose. Penser que ce changement passe par l'inéluctable apparition d'un «pouvoir judiciaire européen» à vocation constitutionnelle en est une autre. Moyen légitime d'assurer la nécessaire cohésion judiciaire entre le niveau national et le niveau européen dans le premier cas. Dérapage inadmissible dans le second.

Faut-il vraiment s'inquiéter de ce renforcement du pouvoir judiciaire en Europe?

Il existe à ce sujet une littérature récente aussi abondante que contrastée. Avant d'en opérer le survol, reconnaissons que l'exercice même de ce débat a quelque chose de plutôt réjouissant. O miracle: les juridictions expriment toujours plus ardemment leur désir de communiquer entre elles! Ce désir puissant de communication entre juridictions européennes – nationales et «internationales» (dans le cas de Luxembourg, on sait qu'il s'agit bien plutôt d'une juridiction suprême interne) – est exaltant: il n'y a pas si longtemps, on ne communiquait tout simplement pas entre juridictions. A l'introversion congénitale des droits constitutionnels na-

---

[157] CJCE, arrêt *Chatain* du 24 avril 1980, aff. 65/79, Rec. 1980, p. 1345; CJCE, arrêt *Les Rapides Savoyards* du 12 juillet 1984, aff. 218/83, Rec. 1984, p. 3105; et surtout CJCE, arrêt *Legros* du 16 juillet 1992, aff. C-163/90, Rec. 1992, p. I-4625; voir également CJCE, arrêt *Deutsche Shell AG* du 21 janvier 1993, aff. C-188/91, Rec. 1993 (à paraître), ce dernier arrêt concernant l'Accord d'Interlaken de 1987 sur le transit; RS 0.631.242.04.

[158] ATF 111 Ib 323, *Société X c. Direction générale des douanes*, du 10 décembre 1985; 114 Ib 168, *Medigros*, du 11 novembre 1988; et dans une moindre mesure ATF 112 Ib 183, *Maison G. Sprl c. Direction générale des douanes*, du 2 septembre 1986.

[159] ATF 118 Ib 367, 378-379, *Association pour le recyclage du PVC c. Conseil d'Etat du Canton de Fribourg*, du 7 juillet 1992. Voir *supra*, § 58f.

[160] GREVISSE/BONICHOT (note 143), 1991, p. 302: les auteurs visent bien entendu la Cour de Luxembourg, mais leurs propos présentent également un intérêt évident pour la Cour de Strasbourg.

tionaux correspondait une inclination générale des juridictions à un repli sur elles-mêmes.

On a déjà signalé les débats doctrinaux auxquels donne lieu la *Cour européenne des droits de l'homme*, débats qui oscillent entre l'appréciation d'un auteur comme M. WEIDMANN, qui la voit sur le chemin d'une future Cour constitutionnelle européenne[161] – comme le président en exercice de la Cour RYSSDAL, d'ailleurs[162] – et celle d'autres auteurs, comme MM. HAEFLIGER[163] et THÜRER[164], plus circonspects. Le débat ne manquera pas de prendre une nouvelle actualité si la Commission et la Cour européennes des droits de l'homme se développent, comme cela est souhaitable, en un organe juridictionnel unique[165].

Mais c'est manifestement à propos de la Cour de justice des Communautés européennes que les débats sont les plus nombreux et les plus vifs. On observe d'abord des auteurs, comme le juge fédéral DÄNZER-VANOTTI du *Bundesfinanzhof* ou M. NESSLER, qui ne ménagent pas leurs critiques: la Cour de Luxembourg usurperait indûment ses fonctions[166]; elle admettrait en particulier à tort l'octroi de mesures provisoires en vue de préserver les droits des justiciables communautaires[167].

En réalité, quels que soient les mérites de ces critiques, elles occultent une réalité essentielle: conscience juridique d'une Communauté européenne dont l'existence est articulée en fonction de finalités proches et lointaines, la Cour de justice – c'est normal – fait un usage généreux des méthodes d'interprétation de caractère systématique et téléologique. C'est en réalité le caractère technique de l'immense majorité des règles de l'acquis communautaire qui oblige la Cour à remonter aux principes

---

161 KLAUS WEIDMANN, *Die Europäische Gerichtshof für Menschenrechte auf dem Weg zu einem europäischen Verfassungsgerichtshof*, Berne (Lang), 1985, spéc. p. 294ss.

162 ROLV RYSSDAL, *Vers une Cour constitutionnelle européenne,* «Conférence Winston Churchill» donnée par le Président de la Cour européenne des droits de l'homme à l'Académie de droit européen de Florence le 21 juin 1991, Conseil de l'Europe, Cour (91) 181, 12 p. (également en anglais).

163 HAEFLIGER (note 6), 1993, p. 368-374.

164 THÜRER (note 140), 1986, p. 264-265.

165 Sur le dernier état de la question de la réforme du système de contrôle de la CEDH, voir RUDH 1992, p. 503-522; voir également l'ouvrage collectif *La fusion de la Commission et de la Cour européennes des droits de l'homme*, Strasbourg/Kehl (Engel), 1986, 245 p. (O. Jacot-Guillarmod, éd.). Voir également la résolution adoptée, le 19 juin 1993 à Fribourg, par la Section suisse de la Commission internationale de juristes. Pour sa part, le Comité des ministres du Conseil de l'Europe a donné, le 28 mai 1993, mandat au Comité directeur des droits de l'homme d'accélérer les travaux de réforme du mécanisme de contrôle institué par la Convention; voir encore, dans la bibliographie, PEUKERT (1993).

166 WOLFGANG DÄNZER-VANOTTI, *Unzulässige Rechtsfortbildung des Europäischen Gerichtshofs*, RIW 1992, p. 733-742; voir également VOLKER NESSLER, *Richterrecht wandelt EG-Richtlinien*, RIW 1993, p. 206-214.

167 WOLFGANG DÄNZER-VANOTTI, *Der Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften beschränkt vorläufigen Rechtsschutz*, Betriebs-Berater, 1991, p. 1015.

généraux qui les fondent et donnent un sens aux textes communautaires[168]. Elle dégage ainsi une vision d'ordre en fonction d'objectifs aussi essentiels que l'unité du marché, le traitement national, la solidarité communautaire, la liberté et la démocratie[169]. Tout cela suppose d'une certaine façon, de la part du juge, «une certaine vision de l'Europe» (PESCATORE). Faut-il en déduire, avec M. BONICHOT, que «le système juridictionnel communautaire ne doit pas être conçu comme un système hiérarchisé, mais plutôt comme une sorte de constellation»[170], ou dénoncer, comme le fait abondamment M. RASMUSSEN, le rôle «politique» prétendument exclusif de la Cour de Luxembourg, juridiction à laquelle cet auteur va jusqu'à conseiller de procéder à «l'auto-restriction», par opposition à «l'activisme politique du passé»[171]? Ces appréciations générales laissent songeur.

Des vues plus pondérées ressortent des observations de témoins directs ou acteurs de ces institutions (juges, avocats généraux ou référendaires). Plusieurs d'entre eux ont récemment abordé le sujet dans des perspectives complémentaires dans l'ensemble cohérentes. S'attachant à décrire la Cour dont il assume actuellement la présidence, le Danois DUE souligne la difficulté de ranger cette institution dans les catégories classiques des cours nationales[172]. Elle n'en exerce pas moins des fonctions constitutionnelles, que décrivent également MM. MISCHO (avocat général luxembourgeois)[173], JACOBS (avocat général britannique)[174], MANCINI (ancien avocat général, aujourd'hui juge italien)[175], RODRIGUEZ-IGLESIAS (juge

---

168 DUE (note 2), 1993, p. 9-10, observe: «Il faut bien souligner que le droit communautaire n'est pas seulement constitué par les textes communautaires. Il comprend également les principes généraux de droit et les droits fondamentaux communs aux Etats membres et reconnus par la Cour de justice. Ces principes et ces droits doivent être respectés partout où des règles communautaires sont adoptées, interprétées ou appliquées».

169 Voir la contribution classique, qui n'a pas perdu de son pouvoir expressif original, de PIERRE PESCATORE, *Aspects judiciaires de l'«acquis communautaire»*, RTDE 1981, p. 617-651. L'auteur y parle du rôle essentiel de ces «règles et (...) principes permanents, fondamentaux, essentiels pour la cohésion de l'ensemble et la réalisation des objectifs fixés», principes qui forment un «*acquis de caractère fondamental, c'est-à-dire de rang constitutionnel*» (p. 620).

170 JEAN-CLAUDE BONICHOT, *Convergences et divergences entre le Conseil d'Etat et la Cour de justice des Communautés européennes*, RFDA 1989, p. 579-604, p. 604.

171 HJALTE RASMUSSEN (note 43), 1992, p. 422; voir également, du même auteur, *The Court of justice of the European Communities and the process of integration*, in: «Fédéralisme et cours suprêmes/Federalism and Supreme Courts» (Orlan, éd.), Bruxelles (Bruylant) et Montréal (Les presses de l'Université), 1992, p. 199-237. Voir cependant les critiques solides de JOSEPH H.H. WEILER adressées à l'ouvrage de base de cet auteur (1986) dans son article *The Court of justice on trial*, CMLRev 1987, p. 555-588.

172 OLE DUE, *A constitutional Court of the European Communities*, Mélanges O'Higgins, Dublin (Butterworth), 1992, p. 3-10.

173 JEAN MISCHO, *Un rôle nouveau pour la Cour de justice?*, RMC 1990, p. 681-686.

174 FRANCIS G. JACOBS, *Is the Court of justice of the European Communities a constitutional Court?*, Mélanges O'Higgins, Dublin (Butterworth), 1992, p. 25-32.

175 FEDERICO MANCINI, *The making of a Constitution for Europe*, CMLRev. 1989, p. 595-

espagnol)[176], EVERLING (ancien juge allemand)[177], KOOPMANS (ancien juge néerlandais)[178]et, avant eux, par MM. PESCATORE (ancien juge luxembourgeois)[179] et LECOURT (ancien président français)[180].

Faut-il désormais voir plus loin et envisager la possibilité, qu'esquissait déjà M. LOUIS il y a plus de 20 ans, d'entrevoir «l'unification de la Cour de Strasbourg et celle de Luxembourg (...) comme un objectif réalisable»[181]? Le juge KOOPMANS y songeait lui-même il n'y a pas si longtemps[182], même s'il semblait, plus récemment, se rabattre sur des propositions de réforme plus modestes, en suggérant en particulier l'examen de l'opportunité de l'introduction, à la Cour de Luxembourg, d'une procédure de *certiorari*[183] inspirée du modèle de la Cour suprême américaine[184].

L'heure est plutôt à s'interroger, à la faveur des discussions géopolitiques sur la «nouvelle architecture européenne», sur les futures composantes *judiciaires* de cette nouvelle architecture. Deux éminents auteurs, MM. JACQUÉ et WEILER, s'y sont penchés il y a trois ans, en marge des négociations sur le futur Traité de Maastricht. Ils ont livré dans ce contexte une contribution originale[185]. Ces auteurs envisagent les moyens de décharger à terme la Cour de Luxembourg, qui pourrait ne plus pouvoir remplir convenablement ses fonctions dans une Union européenne comprenant 20 ou 25 pays et plus d'un demi-milliard de justiciables. Le

---

614; voir également, plus récemment, G. FEDERICO MANCINI/DAVID T. KEELING, *From CILFIT to ERT: the constitutional challenge facing the European Court*, Yearbook of European Law 1991, vol. 11, Oxford (Clarendon Press), 1992, p. 1-13.

176 GIL CARLOS RODRIGUEZ-IGLESIAS, *Der Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften als Verfassungsgericht,* EuR 1992, p. 225-245.

177 ULRICH EVERLING, *Der Beitrag des europäischen Gerichtshof zur europäischen Grundrechtsgemeinschaft*, in: «40 Jahre Grundgesetz», Munich, 1990, p. 167ss.

178 THIJMEN KOOPMANS, *The future of the Court of justice of the European Communities*, Yearbook of the European Law 1991, vol. 11, Oxford (Clarendon Press), 1992, p. 15-32.

179 PIERRE PESCATORE, *La Cour en tant que juridiction fédérale et constitutionnelle* (Rapport général au congrès européen de Cologne, 24-26 avril 1963), in: «Zehn Jahre Rechtsprechung des Gerichtshofes der Europäischen Gemeinschaften», KSE vol. 1, Cologne (Heymanns), 1965, p. 520-553.

180 ROBERT LECOURT (note 134), 1976.

181 JEAN-VICTOR LOUIS, (Revue des droits de l'homme 1972, p. 694), cité par ROBERT LECOURT, *Cour européenne des droits de l'homme et Cour de justice des Communautés européennes*, Mélanges Wiarda, Cologne, 1988, p. 335-340, p. 340.

182 THIJMEN KOOPMANS, *La procédure préjudicielle – victime de son succès?*, Mélanges Pescatore, Baden-Baden (Nomos), 1987, p. 347-357; voir l'extrait pertinent cité ci-dessous (note 187).

183 Selon cette procédure, la Cour suprême des Etats Unis ne délivre, un «*writ of certiorari*», que dans 10-15% des recours dont elle est saisie. Voir WALTER HALLER, *Supreme Court und Politik in den USA*, Berne (Stämpfli), 1972, p. 105ss.

184 KOOPMANS (note 178), 1992, p. 29-31.

185 JEAN-PAUL JACQUÉ/JOSEPH-H.H. WEILER, *Sur la voie de l'Union européenne, une nouvelle architecture judiciaire*, RTDE 1990, p. 441-456.

modèle envisagé est celui de cours régionales, entre lesquelles la Cour de Luxembourg exercerait une fonction régulatrice. Quelle que soit l'évolution institutionnelle future de la Cour de Luxembourg, il est fascinant de se poser ce type de questions au moment même où l'on envisage de transformer le mécanisme tripartite de contrôle de Strasbourg en un *organe judiciaire fonctionnant à plein temps*. Cette dernière idée avait été lancée au niveau politique par le Conseil fédéral suisse lors de la première conférence ministérielle sur les droits de l'homme, tenue à Vienne en 1985[186]. L'avenir dira s'il faut souhaiter – ce qui n'est pas certain – la lente émergence d'une cour constitutionnelle unique intégrant les fonctions actuellement exercées par la Cour de Strasbourg, celle de Luxembourg et, peut-être bientôt, celle de Genève[187]. L'avenir dira aussi si la Cour européenne des droits de l'homme pourra se voir investie d'autres fonctions, comme celle de fournir des avis juridiques aux Etats du Centre et de l'Est européen qui en feraient la demande, par exemple dans le cadre des réformes constitutionnelles en cours[188].

Pour l'instant, l'image la plus réaliste et la plus constructive est celle d'une interdépendance et d'un dialogue fructueux et structuré non seulement entre les juridictions européennes et les juridictions nationales[189], mais un dialogue entre les cours suprêmes nationales et les juridictions européennes, doublé depuis récemment d'une prometteuse osmose des jurisprudences de Strasbourg et de Luxembourg[190].

---

186 Le rapport présenté par la Suisse à cette occasion a été publié dans JAAC 1984 fasc. 48/IV, no 106, p. 553-577, et – en anglais – dans HRLJ 1985, p. 97-117.

187 Même une vue aussi futuriste que celle qu'exprimait le juge KOOPMANS (note 182, p. 357) en 1987 – («A long terme, la fissure entre l'Europe communautaire et l'Europe non communautaire pourrait se fermer progressivement. Et ainsi, nous voyons déjà se profiler vaguement, à l'horizon du XXIe siècle, une Cour constitutionnelle unique pour l'ensemble de l'Europe occidentale») – se révèle, cinq ans plus tard, déjà dépassée. En effet, la Cour européenne des droits de l'homme, qui comprend autant de juges que d'Etats membres du Conseil de l'Europe (31 au 1er juillet 1993), compte déjà trois ressortissants de pays de l'Est (Bulgarie, Hongrie, Pologne) dans l'attente de l'élection par l'Assemblée parlementaire de juges des cinq autres Etats membres (Estonie, Lituanie, Slovénie, République tchèque, Slovaquie).

188 Voir sur ce point le rapport présenté à l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe en 1992 par Mme GRET HALLER, Conseillère nationale.

189 Voir à ce propos PETER BADURA, *Grundrechte in Europa. Zur Frage der «normativen Verklammerung» des Gemeinschaftsrechts mit den Verfassungen der Mitgliedstaaten*, (BverfGE 73,339-Solange II), in: «Neuntes deutsch-polnisches Juristen-Kolloquium. Der internationale und nationale Schutz der Menschenrechte», Baden-Baden (Nomos), 1992, p. 119-136; LANGENFELD/ZIMMERMANN (note 92), 1992; et EISSEN (1990).

190 Sur cette interaction, voir LANGENFELD/ZIMMERMANN (note 94), ZaöRV 1992, p. 259-314, spéc. p. 311-314; PETER BADURA (note 189), 1992, p. 135-136.

74. L'ordre public européen des droits de l'homme protégé par le juge: clé de voûte d'une construction européenne voulue démocratique

«L'ordonnance, c'est la hiérarchie des buts, la classification des intentions.»

LE CORBUSIER[191]

«Die Akzeptanz des Vorranganspruchs der EMRK durch die Gemeinschaftsrechtsordnung trägt entscheidend zur Sicherung und Bewahrung der Homogenität des europäischen Menschenrechtsschutzes bei.»

CHR. LANGENFELD et A. ZIMMERMANN[192]

L'Europe démocratique et culturelle (Conseil de l'Europe), l'Europe des droits de l'homme (CEDH), l'Europe communautaire (CE) et la pan-Europe (CSCE) se trouvent aujourd'hui à la croisée des chemins. Au moment même où émerge, dans la lenteur et l'incertitude, l'Union européenne de Maastricht.

Dans cet ensemble, le juge – juge européen, juge national – a un rôle à jouer. Rôle à la fois modeste et en même temps capital. Au moment où la construction européenne hésite, il ne saurait y avoir de place pour de stériles luttes de prestige. Chaque juge, national ou européen, en fonction de son encadrement normatif, jurisprudentiel et organisationnel, a une contribution précieuse à apporter en vue de la sauvegarde et du développement des droits de l'homme, dans l'esprit de l'art. 60 CEDH. On sait que cette disposition donne la priorité à la règle – internationale ou interne – qui confère à l'individu la protection la plus large dans le domaine des droits de l'homme.

Face à un tel enjeu, plusieurs dangers menacent les futurs architectes de l'Europe judiciaire. Dans son «discours Winston Churchill», prononcé le 21 juin 1991 à l'Académie de droit européen de Florence, le président de la Cour européenne des droits de l'homme, M. RYSSDAL, a mis en évidence les risques suivants: la rédaction de plusieurs catalogues de droits fondamentaux; l'apparition de plusieurs systèmes de contrôle concurrents; et la variété des engagements des parties contractantes[193]. Par ailleurs, on ne saurait négliger d'autres dangers, abondamment discutés: dans quelle mesure le développement de différents standards «nationaux»

---

[191] LE CORBUSIER, *Vers une architecture*, Paris (Arthaud), 1923 (réédition 1990), p. 143.

[192] LANGENFELD/ZIMMERMANN (note 94), ZaöRV 1992, p. 259-314, p. 306.

[193] RYSSDAL (note 162), 1991, ch. I *in fine*.

de protection des droits de l'homme comme critères d'appréciation du droit communautaire menace-t-il l'intégrité de l'ordre juridique communautaire[194]? L'approche «fonctionnaliste» de la protection des droits de l'homme par la Cour de Luxembourg, prétendument admise dans la seule mesure où cette protection ne menace pas l'intégration économique européenne[195], constitue-t-elle une menace pour la qualité de cette protection? N'assistons-nous pas non plus, par ailleurs, à un certain danger de rétablir un primat des conceptions nationales au nom de valeurs jugées intangibles[196]? Voire même un risque de ne plus pouvoir contrôler le pouvoir judiciaire européen[197]?

Au terme de ce rapport, son auteur voudrait formuler un triple voeu, qui porte moins sur le développement de nouvelles structures juridictionnelles à l'échelle européenne ou paneuropéenne que sur la dimension matérielle de cette protection.

Le premier porte sur la Cour de Luxembourg, le deuxième sur la Cour de Strasbourg et le troisième sur le Tribunal fédéral.

a) Pour la *Cour de Luxembourg*, on formulera le voeu que dans la ligne de l'arrêt *Grogan* de 1991[198], la Cour de justice reconnaisse non seulement que la CEDH lie la Communauté (c'est, en pratique, chose faite), mais reconnaisse sa primauté sur le droit communautaire dérivé[199], et sur le droit communautaire primaire. L'article F, al. 2 du Traité de Maastricht[200] devrait permettre cette construction[201]. La voie serait ouverte à une influence de la CEDH sur le droit communautaire primaire, influence qui est déjà en partie réalité[202]. Telle paraîtrait être

---

194 Telle est l'interrogation qu'ont suscitée les arrêts *Solange I* (29 mai 1974) et *Solange II* (22 octobre 1986) du *Bundesverfassungsgericht* allemand (EuGRZ 1987, p. 10-23) et les arrêts *Frontini* (27 décembre 1973, CMLRev 1974, p. 383-390) et *Fragd* (21 avril 1989, arrêt no 232/89, RDI 1989, p. 103ss) de la *Corte Costituzionale* italienne. Sur ces questions, voir JÖRG-PAUL MÜLLER, *Grundrechts- und Demokratiedefizite als Legitimitätsprobleme der EG. Überlegungen zu einem Beitritt der Schweiz*, ZSR/RDS 1991, I, p. 102-115.

195 Tel est du moins l'avis, un peu polémique, soutenu récemment par JASON COPPEL et AIDAN O'NEILL, *The European Court of justice: taking rights seriously?*, CMLRev 1992, p. 669-692.

196 Voir BRIAN WALSH, *The judicial power, justice and the Constitution of Ireland*, Mélanges O'Higgins, Dublin (Butterworth), 1992, p. 145-157; voir également LANGENFELD/ZIMMERMANN (note 94), ZaöRV 1992, p. 259-314.

197 HENRY G. SCHERMERS, *The scales in balance: national constitutional court v. Court of justice*, CMLRev 1990, p. 97-105.

198 CJCE, arrêt *Grogan* du 4 octobre 1991, aff. 159/90, Rec. 1991, p. I-4685.

199 On peut déjà l'inférer, en quelque sorte, par le raisonnement tenu par la Cour dans CJCE, arrêt *International Fruit Co. I* du 15 décembre 1971, aff. jtes 51 à 54/71, Rec. 1971, p. 1107.

200 Même si cette disposition est apparemment soustraite à tout contrôle juridictionnel, voir l'art. L, lettre b *a contrario* du Traité de Maastricht.

201 Voir LANGENFELD/ZIMMERMANN (note 94), ZaöRV 1992, p. 308.

202 LANGENFELD/ZIMMERMANN, p. 309, ad note 214.

l'une des composantes possibles d'une «politique juridique en matière de droits de l'homme» de la Communauté européenne[203]. Cette «communautarisation fonctionnelle» de la CEDH dans l'ordre juridique communautaire, qui reviendrait à une incorporation d'un traité faisant désormais «partie intégrante» de l'ordre juridique communautaire[204] opérerait, dans le même mouvement, un fantastique renforcement du statut juridique de la CEDH dans les douze Etats membres de la Communauté, y compris dans ceux qui n'ont pas encore incorporé la Convention. Le progrès serait considérable. On peut s'en faire une idée en rappelant que vaudrait alors, *dans le contexte précis de la CEDH*, le passage suivant de l'arrêt *Kupferberg* du 26 octobre 1982:

> «Il résulte du caractère communautaire de ces dispositions conventionnelles [*par hypothèse, la CEDH*] qu'on ne saurait admettre que leurs effets dans la Communauté varient selon que leur application incombe, dans la pratique, aux institutions communautaires ou aux Etats membres et, dans ce dernier cas, selon l'attitude prise par le droit de chacun des Etats membres à l'égard des effets produits, dans leur ordre interne, par les accords internationaux conclus par eux. Ainsi, il incombe à la Cour, dans le cadre de sa compétence pour interpréter les dispositions des accords, d'assurer leur application uniforme dans toute la Communauté.»[205]

A quand des effets uniformes renforcés de la CEDH, via le droit communautaire, dans les ordres juridiques de chacun des Etats membres qui composent la Communauté?

b) Le deuxième voeu visera la *Cour de Strasbourg*. Actuellement, une majorité d'Etats parties à la Convention a incorporé cette dernière dans l'ordre juridique interne[206]. Bien placée pour savoir qu'en matière de droits de l'homme, «il n'y a jamais d'acquis définitif», la Cour européenne des droits de l'homme pourrait apporter une contribution

---

203 ANDREW CLAPHAM, *A human rights policy for the European Community,* Yearbook of European Law 1990, Oxford (Clarendon Press), 1991, p. 309-366, spéc. p. 356ss, p. 361 et 365.

204 CJCE, arrêt *Haegeman* du 30 avril 1974, aff. 181/73, Rec. 1974, p. 449.

205 CJCE, arrêt *Kupferberg* du 26 octobre 1982, aff. 104/81, Rec. 1982, p. 3641, § 14.

206 Pour un récent et très complet recensement des situations dans tous les Etats européens, d'Europe occidentale et centrale et orientale, voir JÖRG POLAKIEWICZ, *La mise en oeuvre de la CEDH en Europe de l'Ouest: aperçu du droit et de la pratique nationaux*, RUDH 1992, p. 359-376; *La mise en oeuvre de la CEDH et des décisions de la Cour de Strasbourg en Europe de l'Ouest: une évaluation,* RUDH 1992, p. 418-429 et DONNA GOMIEN, *La mise en oeuvre du droit international relatif aux droits de l'homme en Europe centrale et orientale,* RUDH 1992, p. 377-386. A noter que depuis la rédaction du rapport de Mme GOMIEN, ce sont tous les Etats du Centre de l'Est européen qui ont pris le parti d'incorporer les traités internationaux ou la CEDH en particulier dans leur ordre juridique interne. Pour les développements les plus récents en Norvège, voir ERIK MØSE, *Incorporation des conventions des droits de l'homme dans le droit norvégien*, RUDH 1992, p. 386-387.

matérielle décisive en prolongeant la timide allusion, souvent citée, qu'opérait l'arrêt *Irlande c. Royaume-Uni* en 1978: on se souvient que dans cet arrêt, à propos de l'art. 1er CEDH, la Cour a souligné que par le mot «reconnaissent», les auteurs de la Convention avaient voulu marquer le caractère solennel des engagements contractés par les Etats parties à cet instrument, intention «qui se reflète avec une force particulière dans ceux des Etats qui ont incorporé la Convention»[207]. Pourquoi la Cour de Strasbourg ne lirait-elle pas *dans la CEDH* une obligation de garantir au niveau national l'application directe de la Convention? Ce qui était encore considéré il y a une quinzaine d'années par M. WILDHABER, aujourd'hui juge à la Cour européenne des droits de l'homme, comme de la souhaitable «*Zukunftmusik*»[208], ne devrait-il pas être considéré aujourd'hui comme une réalité juridique, sous l'angle de *l'effet utile (rechtliche Wirksamkeit)* de la Convention (préambule, art. 1er, art. 6, art. 13, art. 25 *in fine* CEDH)?

Prenons-nous à rêver un instant au jour où la Cour européenne des droits de l'homme dégagerait, par un effort d'interprétation systématique et téléologique, de l'effet utile des art. 1er, 6, 13 et 14 CEDH le droit de l'individu de se prévaloir de l'effet direct de la CEDH au niveau national, notamment devant le juge. Un pont serait jeté, par-dessus le Rhin, entre la jurisprudence de Strasbourg et la filière jurisprudentielle *van Gend & Loos* de 1963 de la Cour de Luxembourg, pour le bien de l'Europe tout entière. Un immense pas serait en même temps franchi vers la création de *bases procédurales* (effet direct, primauté, contrôle judiciaire effectif) *d'un authentique ordre public des droits de l'homme en Europe*[209].

c) Troisième et dernier voeu, adressé au *Tribunal fédéral* celui-là: voeu, s'agissant de l'art. 113 al. 3 Cst., que le Tribunal fédéral ne se laisse pas impressionner par les helvétismes juridiques de certains[210], mais fasse ce que la nature du droit international et l'effet utile du droit européen lui commandent de faire indépendamment de toute inhibition

---

207 Cour EDH, *arrêt Irlande c. Royaume-Uni* du 18 décembre 1978, Série A no 25, p. 90-91, § 239.

208 WILDHABER (note 139), 1989, p. 337.

209 J.A. FROWEIN, *The European Convention on human rights as the public order of Europe*, in: «Collected Courses of the Academy of European Law», Florence, 1990, vol. I-2, p. 267-358; dans le cadre de l'EEE, voir WALTER KÄLIN, *EWR-Abkommen und Europäische Menschenrechtskonvention*, in: «EWR-Abkommen (Erste Analysen)», Zurich (Schulthess), 1992, p. 653-666 (a également paru en anglais dans EJIL/JEDI 1992, p. 341-353).

210 HANSJÖRG SEILER, *Das völkerrechtswidrige Bundesgesetz: Artikel 113 Absatz 3 BV im Verhältnis zu Völkerrecht, EG und EWR*, SJZ/RSJ 1992, p. 377-387; voir *supra*, § 62.

constitutionnelle[211]: consacrer pleinement et sans ambiguïté la *primauté* du droit international sur le droit interne contraire (constitutionnel et législatif); et de surcroît, en ce qui concerne le droit européen, reconnaître la *présomption d'effet direct* de ce droit dans l'ordre juridique suisse, conformément au postulat moniste qui y domine. Un immense pas serait fait en direction de l'exécution interne de l'Accord de libre-échange, exécution interne où tout se joue[212]. Ou du moins devrait se jouer. Dans la foulée, la CEDH accéderait à sa «majorité» procédurale. Et, surtout, le terrain serait préparé pour asseoir les bases judiciaires de notre avenir européen.

Le risque d'un «protectionnisme judiciaire» s'évanouirait du même coup. Nous administrerions par là la preuve qu'il ne devrait plus être une fatalité.

Ces trois voeux se déduisent de l'idée qui inspire tout le rapport: l'idée de la nécessité de créer petit à petit un *libre-échange jurisprudentiel*[213], forme élémentaire d'une *intégration juridique conséquente et libre des jurisprudences suisse et européenne*; intégration encore volontariste aujourd'hui; bientôt encadrée institutionnellement (art. 177 CEE; art. 34 de l'Accord intra-AELE relatif à l'EEE); et de surcroît développée pour le bien de la prééminence du droit dans une Europe voulue démocratique et respectueuse d'une protection optimale des droits de l'homme (art. 60 CEDH).

---

211 Cela d'autant plus que l'art. 113 al. 3 Cst., interprété conformément aux art. 26 et 27 CV, le commande.

212 Dans ce sens PESCATORE, *Intervention orale*, in: «L'avenir du libre-échange en Europe», Zurich (Schulthess), 1990, p. 396, nos 1017-1019 et *Synthèse*, p. 483, no 1185; voir aussi JAAC 1989, no 54, § 13, 14, 15, et spéc. § 17.2, lettre a-e (p. 459-465, spéc. p. 476-478; version allemande, p. 417-423, spéc. p. 433-435).

213 Un peu comme si la Cour de Strasbourg pouvait exporter la jurisprudence *Temeltasch* (*supra*, note 141) dans l'ordre juridique communautaire et importer la jurisprudence *van Gend & Loos* de Luxembourg. Pour sa part, le Tribunal fédéral pourrait renouer avec bonheur avec la tradition des «juges de nos vallées», favorisant peut-être l'une des plus connues d'entre elles, qu'on appelle *Simmenthal*...

Liste des arrêts cités

A. Tribunal fédéral

ATF 60 I 220	*Instant Index Corporation*, du 12 juillet 1934.
ATF 88 I 86	*Rossier*, du 23 mai 1962.
ATF 93 I 38	*Fédération des syndicats patronaux*, du 22 février 1967.
ATF 97 I 359	*RFA c. canton de Schaffhouse*, du 17 février 1971.
ATF 98 Ib 385	*Banque de crédit international*, du 13 octobre 1972.
ATF 99 Ib 39	*Schubert*, du 2 mars 1973.
ATF 100 Ib 226	*Wessely*, du 12 juillet 1974.
ATF 102 Ia 279	*Minelli,* du 30 juin 1976.
ATF 102 Ia 302	*Petra Krause,* du 17 août 1976.
ATF 102 Ia 317	*Lanusse*, du 14 juillet 1976.
ATF 103 Ia 517	*Loup*, du 12 octobre 1977.
ATF 103 Ia 624	*Donadoni,* du 21 décembre 1977.
ATF 104 IV 175	*Adams*, du 3 mai 1978.
ATF 105 Ib 294	*König*, du 21 décembre 1979.
ATF 105 II 49	*Bosshard c. Sunlight («Omo»)*, du 25 janvier 1979.
ATF 106 Ia 33	*X*, du 25 juin 1980.
ATF 106 Ia 299	*Brunner,* du 25 avril 1980.
ATF 106 Ib 16	*Bozano*, du 15 janvier 1980.
ATF 106 Ib 182	*Henggeler*, du 8 février 1980.
ATF 106 Ib 400	*Bozano*, du 13 juin 1980.
ATF 107 Ib 68	*Dharmarajah*, du 27 mars 1981.
ATF 108 Ia 148	*Werner,* du 9 juillet 1982.
ATF 108 Ia 178	*Leuenberger*, du 15 juin 1982.
ATF 108 Ia 313	*X*, du 2 novembre 1982.
ATF 108 Ib 261	*Radio 24,* du 12 juillet 1982.
ATF 108 Ib 408	*Bufano,* du 3 novembre 1982.
ATF 108 Ib 430	*Morel,* du 15 juillet 1982.
ATF 109 Ib 165	*Maurel*, du 2 mars 1983.
ATF 109 Ib 185	*Reneja*, du 9 décembre 1983.
ATF 109 V 185	*Office fédéral des assurances sociales*, du 11 novembre 1983.
ATF 110 Ib 82	*X-Bank*, du 8 février 1984.
ATF 110 Ib 105	*X et Sud- Provizel SA,* du 7 juin 1984.
ATF 110 V 72	*Lehmann,* du 9 avril 1984.
ATF 110 V 351	*A.*, du 21 décembre 1984.
ATF 111 Ib 1	*N.*, du 15 mars 1985.

ATF 111 Ib 52 *B. c. Office fédéral de la police,* du 10 juillet 1983.
ATF 111 Ib 161 *Stefanelli*, du 22 novembre 1985.
ATF 111 Ib 323 *Société X*, du 10 décembre 1985.
ATF 111 II 62 *X et Y*, du 22 mai 1985.
ATF 111 IV 12 *X*, du 16 janvier 1985.
ATF 111 V 201 *Courtet*, du 23 octobre 1985.
ATF 112 Ia 290 *S.*, du 4 juin 1986.
ATF 112 Ib 183 *Maison G. Sprl*, du 2 septembre 1986.
ATF 112 Ib 215 *Sanchez-Reisse*, du 21 mai 1986.
ATF 112 Ib 215 *Bufano, Bosch et Martinez,* du 21 mai 1986.
ATF 112 II 1 *Wohnbau AG Giswil*, du 9 mars 1986.
ATF 112 V 145 *Mondragon*, du 24 septembre 1986.
ATF 112 V 164 *Bundesamt für Sozialversicherung*, du 24 juillet 1986.
ATF 113 Ia 72 *N.*, du 4 février 1987.
ATF 113 V 273 *J.R.*, du 18 décembre 1987.
ATF 114 Ia 8 *Gaioni*, du 6 mai 1988.
ATF 114 Ia 143 *S.*, du 22 juin 1988.
ATF 114 Ia 179 *V. c. Vaud*, du 27 mai 1988.
ATF 114 Ia 275 *G. c. S.*, du 28 août 1988.
ATF 114 Ia 179 *V. c. Vaud*, du 27 mai 1988.
ATF 114 Ib 168 *Medigros*, du 11 novembre 1988.
ATF 114 V 8 *B. c. Cassa svizzera di compensazione*, du 18 février 1988.
ATF 114 V 129 *Caisse cantonale vaudoise de compensation c. X*, du 25 juillet 1988.
ATF 114 V 209 *Bundesamt für Sozialversicherung c. S. AG*, du 24 août 1988.
ATF 115 Ia 217 *B.*, du 15 novembre 1989.
ATF 115 Ib 1 *Nasti*, du 10 février 1989.
ATF 115 II 401 *Sud- Provizel SA*, du 13 octobre 1989.
ATF 116 Ia 345 *AG Bar Amici*, du 31 octobre 1990.
ATF 116 Ia 355 *de Montmollin*, du 21 décembre 1990.
ATF 116 Ib 113 *X*, du 1er octobre 1990.
ATF 116 Ib 299 *V. AG*, du 2 novembre 1990.
ATF 116 II 9 *B.L.*, du 15 février 1990.
ATF 116 IV 262 *X*, du 14 juin 1990.
ATF 117 Ia 440 *X*, du 27 septembre 1991.
ATF 117 Ib 337 *P. c. Office fédéral de la police*, du 14 octobre 1991.
ATF 117 Ib 347 *L. c. dame B.*, du 17 octobre 1991.
ATF 117 Ib 367 *Erben X,* du 15 novembre 1991.
ATF 117 II 480 *S. Sàrl c. B. SA*, du 19 août 1991.

ATF 117 IV 124	*Staatsanwaltschaft des Kantons Zürich*, du 7 juin 1991.
ATF 117 IV 347	*L. c. dame B*, du 17 octobre 1991.
ATF 117 IV 369	*B.*, du 9 avril 1991.
ATF 117 V 268	*B.*, du 8 novembre 1991.
ATF 118 Ia 137	*B. c. Staatsanwaltschaft und Kantonsgericht von Graubünden*, du 10 juin 1992.
ATF 118 Ia 282	*A.c.T.*, du 27 août 1992.
ATF 118 Ia 327	*B.*, du 7 août 1992.
ATF 118 Ia 331	*Ehegatten S.*, du 10 septembre 1992.
ATF 118 Ia 336	*S.*, du 17 septembre 1992.
ATF 118 Ia 341	*M.*, du 9 novembre 1992.
ATF 118 Ia 353	*Commune d'Etagnières*, du 22 septembre 1992.
ATF 118 Ia 360	*N.*, du 22 septembre 1992.
ATF 118 Ib 178	*Stockwerkeigentümer A,B,C,G,H und I*, du 26 juin 1992.
ATF 118 Ib 277	*S.*, du 28 juillet 1992.
ATF 118 Ib 367	*Association pour le recyclage du PVC*, du 7 juillet 1992.
ATF 118 Ib 448	*Office fédéral de la police*, du 13 octobre 1992.
ATF 118 Ib 457	*Office fédéral de la police*, du 3 décembre 1992.
ATF 118 Ib 468	*Ch. c. L.T.G. SA*, du 27 août 1992.
ATF 118 II 193	*G. SA c. V.SpA*, du 28 avril 1992.
ATF 118 II ...	*F. c. canton de Thurgovie*, du 17 décembre 1992.
ATF 118 II ...	*Fougerolle c. CERN*, du 21 décembre 1992 (SJ 1993, p. 278-284).
ATF 118 V 79	*Office fédéral des assurances sociales c. X*, du 11 mai 1992.
ATF 118 V 206	I., du 14 septembre 1992.
ATF 119 Ib ...	*Dr. S.*, du 29 janvier 1993.
ATF 119 II ...	... , du 21 janvier 1993.
ATF 119 IV ...	... , du 16 février 1993.
ATF 119 V ...	*F.*, du 28 janvier 1993.
ATF 119 V ...	*B.*, du 28 janvier 1993.

B. Cour européenne des droits de l'homme

Cour EDH, arrêt *Airey c. Irlande* du 9 octobre 1979, Série A no 32.

Cour EDH, arrêt *Artico c. Italie* du 13 mai 1980, Série A no 37.

Cour EDH, arrêt *Autronic c. Suisse* du 22 mai 1990, Série A no 178.

Cour EDH, arrêt *B. c. France* du 25 mars 1992, Série A no 232-C.

Cour EDH, arrêt *Belilos c. Suisse* du 29 avril 1988, Série A no 132.

Cour EDH, arrêt *Campbell et Fell c. Royaume-Uni* du 28 juin 1984, Série A no 80.

Cour EDH, arrêt *Cossey c. France* du 27 septembre 1990, Série A no 184.

Cour EDH, arrêt *Crémieux c. France* du 25 février 1993, Série A no 256-B.

Cour EDH, arrêt *De Cubber c. Belgique* du 26 octobre 1984, Série A no 86.

Cour EDH, arrêt *F. c. Suisse* du 18 octobre 1987, Série A no 128.

Cour EDH, arrêt *Golder c. Royaume-Uni* du 21 février 1975, Série A no 18.

Cour EDH, arrêt *Groppera Radio AG c. Suisse* du 28 mars 1990, Série A no 173.

Cour EDH, arrêt *Huber c. Suisse* du 23 octobre 1990, Série A no 188.

Cour EDH, arrêt *Huvig c. France* du 24 avril 1990, Série A no 176-B.

Cour EDH, arrêt *Irlande c. Royaume-Uni* du 18 janvier 1978, Série A no 25.

Cour EDH, arrêt *Johnston c. Irlande* du 18 décembre 1986, Série A no 112.

Cour EDH, arrêt *Kraska c. Suisse* du 19 avril 1993, Série A no 255-B.

Cour EDH, arrêt *Lithgow c. Royaume-Uni* du 8 juillet 1986, Série A no 102.

Cour EDH, arrêt *Lüdi c. Suisse* du 15 juin 1992, Série A no 238.

Cour EDH, arrêt *Marckx c. Belgique* du 13 juin 1979, Série A no 31.

Cour EDH, arrêt *Minelli c. Suisse* du 25 mars 1983, Série A no 62.

Cour EDH, arrêt *Müller c. Suisse* du 24 mai 1988, Série A no 133.

Cour EDH, arrêt *Open Door et Dublin Well Woman c. Irlande* du 29 octobre 1992, Série A no 246.

Cour EDH, arrêt *Piersack c. Belgique* du 1er octobre 1982, Série A no 53.

Cour EDH, arrêt *Quaranta c. Suisse* du 24 mai 1991, Série A no 205.

Cour EDH, arrêt *Rees c. Royaume-Uni* du 17 octobre 1986, Série A no 106.

Cour EDH, arrêt *Ringeisen c. Belgique* du 16 juillet 1971, Série A no 13.

Cour EDH, arrêt *Ruiz-Mateos c. Espagne* du 23 juin 1993, Série A no 262.

Cour EDH, arrêt *S. c. Suisse* du 28 novembre 1991, Série A no 220.

Cour EDH, arrêt *Salabiaku c. France* du 7 octobre 1988, Série A no 141-A.

Cour EDH, arrêt *Sanchez-Reisse c. Suisse* du 21 octobre 1986, Série A no 107.

Cour EDH, arrêt *Schenk c. Suisse* du 12 juillet 1988, Série A no 140.

Cour EDH, arrêt *Schönenberger et Durmaz c. Suisse* du 20 juin 1988, Série A no 137.

Cour EDH, arrêt *Schuler-Zgraggen c. Suisse* du 24 juin 1993, Série A no 263.

Cour EDH, arrêt *Silver c. France* du 25 mars 1983, Série A no 61.

Cour EDH, arrêt *Soering c. Royaume-Uni* du 7 juillet 1989, Série A no 161.

Cour EDH, arrêt *Sramek c. Autriche* du 22 octobre 1984, Série A no 84.

Cour EDH, arrêt *Sunday Times c. Royaume-Uni* du 26 avril 1979, Série A no 30.

Cour EDH, arrêt *Sutter c. Suisse* du 22 février 1984, Série A no 74.

Cour EDH, arrêt *W. c. Suisse* du 26 janvier 1993, Série A no 254.

Cour EDH, arrêt *Weber c. Suisse* du 22 mai 1990, Série A no 177.

Cour EDH, arrêt *Zimmermann et Steiner c. Suisse* du 13 juillet 1983, Série A no 66.

C. Cour de justice des Communautés européennes

CJCE, arrêt *Adams c. Commission* du 7 novembre 1985, aff. 145/83, Rec. 1985, p. 3539.

CJCE, arrêt *Adams c. Commission* du 7 novembre 1985, aff. 53/84, Rec. 1985, p. 3595.

CJCE, arrêt *Association de défense des brûleurs d'huiles usagées (ADBHU)* du 7 février 1985, aff. 240/83, Rec. 1985, p. 531.

CJCE, arrêt *Ahlström* du 27 septembre 1988, aff. 89/85, Rec. 1988, p. 5193.

CJCE, arrêt *Anders et a.* du 16 décembre 1992, aff. C-306/88, C-304/90 et C-169/91, Rec. 1992, p. I- (à paraître).

CJCE, arrêt *Ariete* du 10 juillet 1980, aff. 811/79, Rec. 1980, p. 2545.

CJCE, arrêt *Asteris* du 27 septembre 1988, aff. 106-120/87, Rec. 1988, p. 5515.

CJCE, arrêt *Balm* du 12 juin 1980, aff. jtes 119 et 126/79, Rec. 1980, p. 1863.

CJCE, arrêt *Becker* du 19 janvier 1982, aff. 8/81, Rec. 1982, p. 53.

CJCE, arrêt *Bela-Mühle* du 5 juillet 1977, aff. 114/76, Rec. 1977, p. 1211.

CJCE, arrêt *Belbouab* du 12 octobre 1978, aff. 10/78, Rec. 1978, p. 1915.

CJCE, arrêt *Belgique c. Commission* (aides d'Etat), du 21 mars 1990, aff. C-142/87, Rec. 1990, p. I-959.

CJCE, arrêt *Bianco* du 25 février 1988, aff. jtes 331, 376 et 378/85, Rec. 1988, p. 1099.

CJCE, arrêt *Bilka-Kaufhaus* du 13 mai 1986, aff. 170/84 Rec. 1986, p. 1607.

CJCE, arrêt *Bonsignore* du 26 février 1975, aff. 67/74, Rec. 1975, p. 297.

CJCE, arrêt *Borelli* du 3 décembre 1992, aff. C-97/91, Rec. 1992, p. I (à paraître).

CJCE, arrêt *Bouchereau* du 27 octobre 1977, aff. 30/77, Rec. 1977, p. 1999.

CJCE, arrêt *Bozzetti* du 9 juillet 1985, aff. 179/84, Rec. 1985, p. 2301.

CJCE, arrêt *Brasserie de Haecht* du 6 février 1973, aff. 48/72, Rec. 1973, p. 77.

CJCE, arrêt *Broekmeulen* du 6 octobre 1981, aff. 246/80, Rec. 1981, p. 2311.

CJCE, arrêt *BRT c. SABAM* du 21 mars 1974, aff. 127/73, Rec. 1974, p. 51.

CJCE, arrêt *Cartorobica* du 27 mars 1990, aff. C-189/88, Rec. 1990, p. I-1269.

CJCE, arrêt *Chatain* du 24 avril 1980, aff. 65/79, Rec. 1980, p. 1345.

CJCE, arrêt *Chemical Corp.* du 13 mai 1981, aff. 66/80, Rec. 1981, p. 1191.

CJCE, ordonnance *Chris International Food Ltd.* du 23 février 1983, aff. jtes 91 et 200/82, Rec. 1983, p. 417.

CJCE, arrêt *CILFIT* du 6 octobre 1982, aff. 283/81, Rec. 1982, p. 3415.

CJCE, arrêt *Cinéthèque* (vidéocassettes) du 17 juillet 1985, aff. jtes 60 et 61/84, Rec. 1985, p. 2605.

CJCE, arrêt *Comet* du 16 décembre 1976, aff. 45/76, Rec. 1976, p. 2043.

CJCE, arrêt *Commission (soutenue par Pays-Bas et Royaume-Uni) c. Allemagne* du 9 juillet 1987, aff. 205/84, Rec. 1986, p. 3793.

CJCE, arrêt *Commission c. Belgique* du 6 mai 1980, aff. 102/79, Rec. 1980, p. 1473.

CJCE, arrêt *Commission c. Belgique* du 21 mars 1990, aff. C-142/87, Rec. 1990, p. I-959.

CJCE, arrêt *Commission c. Belgique et Luxembourg* (pain d'épices) du 14 décembre 1962, aff. jtes 2 et 3/62, Rec. 1962, p. 813.

CJCE, arrêt *Commission c. Conseil* du 31 mars 1971, aff. 22/70, Rec. 1971, p. 263.

CJCE, arrêt *Commission c. Danemark* (emballages de bières) du 20 septembre 1988, aff. 302/86, Rec. 1988, p. 4607.

CJCE, arrêt *Commission c. Grèce* du 21 septembre 1989, aff. 68/88, Rec. 1989, p. I-2965.

CJCE, arrêt *Commission c. Italie* (taxes à l'exportation d'oeuvres d'art) du 13 juillet 1972, aff. 48/71, Rec. 1972, p. 529.

CJCE, arrêt *Commission c. Italie* (primes à l'abattage de vaches) du 7 février 1973, aff. 39/72, Rec. 1973, p. 101.

CJCE, arrêt *Commission c. Italie* (aliments pour animaux) du 9 avril 1987, aff. 363/85, Rec. 1987, p. 1733.

CJCE, arrêt *Commission c. Italie* (taxes nationales contraires au droit communautaire) du 24 mars 1988, aff. 104/86, Rec. 1988, p. 1799.

CJCE, arrêt *Commission c. Royaume-Uni* du 29 mars 1985, aff. 100/84, Rec. 1985, p. 1169.

CJCE, arrêt *Conseil des CE c. Parlement européen* du 3 juillet 1986, aff. 34/86, Rec. 1986, p. 2155.

CJCE, arrêt *Consten-Grundig* du 13 juillet 1966, aff. 56/64, Rec. 1966, p. 429.

CJCE, arrêt *Costa-ENEL* du 15 juillet 1964, aff. 6/64, Rec. 1964, p. 1141.

CJCE, arrêt *Danfoss* du 17 octobre 1989, aff. 109/88, Rec. 1989, p. 3199.

CJCE, arrêt *Dassonville* du 11 juillet 1974, aff. 8/74, Rec. 1974, p. 837.

CJCE, arrêt *De Bloos* du 14 décembre 1977, aff. 59/77, Rec. 1977, p. 2359.

CJCE, arrêt *Debus* du 4 juin 1992, aff. C-13/91 et C-113, Rec. 1992, p. I-3617.

CJCE, arrêt *Defrenne II* du 8 avril 1976, aff. 43/75, Rec. 1976, p. 455.

CJCE, arrêt *Defrenne III* du 15 juin 1978, aff. 149/77, Rec. 1978, p. 1365.

CJCE, arrêt *Dekker* du 8 novembre 1990, aff. 177/88, Rec. 1990, p. I-3941.

CJCE, arrêt *Delattre* du 21 mars 1992, aff. C-369/88, Rec. 1991, p. I-1487.

CJCE, arrêt *Delhaize* du 9 juin 1992, aff. C-47/90, Rec. 1992, p. I-3669.

CJCE, arrêt *Delimitis* du 28 février 1991, aff. C-234/89, Rec. 1991, p. I-935.

CJCE, arrêt *Demirel* du 30 septembre 1987, aff. 12/86, Rec. 1987, p. 3719.

CJCE, arrêt *Denkavit I* du 8 novembre 1979, aff. 251/78, Rec. 1979, p. 3369.

CJCE, arrêt *Denkavit II* du 27 mars 1980, aff. 61/79, Rec. 1980, p. 1205.

CJCE, arrêt *Deutsche Milchkontor* du 21 septembre 1983, aff. 205-215/82, Rec. 1983, p. 2633.

CJCE, arrêt *Deutsche Shell AG* du 21 janvier 1993, aff. C-188/91, Rec. 1993 (à paraître).

CJCE, arrêt *Deville* du 29 juin 1988, aff. 240/87, Rec. 1988, p. 3513.

CJCE, arrêt *Diamantarbeiders* du 1er juillet 1969, aff. jtes 2 et 3/69, Rec. 1969, p. 211.

CJCE, arrêt *Dow Benelux* du 17 octobre 1989, aff. 85/87, Rec. 1989, p. 3137.

CJCE, arrêt *Dürbeck* du 5 mai 1981, aff. 112/80, Rec. 1981, p. 1095.

CJCE, arrêt *Dzodzi* du 18 octobre 1990, aff. C-197/89, Rec. 1990, p. I-3763.

CJCE, arrêt *Electroimpex* du 11 juillet 1990, aff. C-157/87, Rec. 1990, I-3021.

CJCE, arrêt *Elleniki Radiofonia Tileorasi (ERT)* du 18 juin 1991, aff. 260/89, Rec. 1991, p. I-2925.

CJCE, arrêt *Emmott* du 25 juillet 1991, aff. C-208/90, Rec. 1991, p. I-4269.

CJCE, arrêt *Eunomia* du 26 octobre 1971, aff. 18/71, Rec. 1971, p. 811.

CJCE, arrêt *Eurim Pharm* du .... 1993, aff. C-207/91, Rec. 1993, p. I- (à paraître).

CJCE, arrêt *Express Dairy Foods* du 12 juin 1980, aff. 130/79, Rec. 1980, p. 1887.

CJCE, arrêt *Factortame* du 19 juin 1990, aff. C-213/89, Rec. 1990, p. I-2433.

CJCE, arrêt *Fediol c. Commission* du 14 juillet 1988, aff. 187-188/85, Rec. 1988, p. 4155.

CJCE, arrêt *Fediol III* du 22 juin 1989, aff. 70/87, Rec. 1989, p. 1781.

CJCE, arrêt *Ferwerda* du 5 mars 1980, aff. 265/78, Rec. 1980, p. 617.

CJCE, arrêt *Fink-Frucht* du 4 avril 1968, aff. 27/67, Rec. 1968, p. 327.

CJCE, arrêt *Fleischkontor* du 11 février 1971, aff. 39/70, Rec. 1971, p. 49.

CJCE, arrêt *Foglia c. Novello* du 11 mars 1980, aff. 104/79, Rec. 1980, p. 745.

CJCE, arrêt *Ford España* du 11 juillet 1989, aff. 170/88, Rec. 1989, p. 2305.

CJCE, arrêt *Foto-Frost* du 22 octobre 1987, aff. 314/85, Rec. 1987, p. 4199.

CJCE, arrêt *France c. Royaume-Uni* du 4 oct. 1979, aff. 141/78, Rec. 1979, p. 2923.

CJCE, arrêt *Francovich et Bonifaci* du 19 novembre 1991, aff. jtes C-6 et 9/90, Rec. 1991, p. I-5357.

CJCE, arrêt *Frecassetti* du 15 juin 1976, aff. 113/75, Rec. 1976, p. 983.

CJCE, arrêt *Fromme* du 6 mai 1982, aff. 54/81, Rec. 1982, p. 1449.

CJCE, arrêt *Geigy* du 14 juillet 1972, aff. 52/69, Rec. 1972, p. 787.

CJCE, arrêt *Giry et Guerlain* du 10 juillet 1980, aff. jtes 253/78 et 1 à 3/79, Rec. 1980, p. 2327.

CJCE, arrêt *Granaria* du 13 février 1979, aff. 101/78, Rec. 1979, p. 623.

CJCE, arrêt *Grimaldi* du 13 décembre 1989, aff. C-322/88, Rec. 1989, p. 4407.

CJCE, arrêt *Grogan* du 4 octobre 1991, aff. 159/90, Rec. 1991, p. I-4685.

CJCE, arrêt *Grundig* du 13 juillet 1966, aff. jtes 56 et 58/64, Rec. 1966, p. 430.

CJCE, arrêt *Haaga* du 12 novembre 1974, aff. 32/74, Rec. 1974, p. 1201.

CJCE, arrêt *Haegeman* du 30 avril 1974, aff. 181/73, Rec. 1974, p. 449.

CJCE, arrêt *Hag II* du 17 octobre 1990, aff. C-10/89, Rec. 1990, p. I-3711.

CJCE, arrêt *Harz* du 10 avril 1984, aff. 79/83, Rec. 1984, p. 1921.

CJCE, arrêt *Hauer* du 13 décembre 1979, aff. 44/79, Rec. 1979, p. 3727.

CJCE, arrêt *Heylens* du 15 octobre 1987, aff. 222/86, Rec. 1987, p. 4097.

CJCE, arrêt *Hoechst* du 21 septembre 1989, aff. 46/87, Rec. 1989, p. 2859.

CJCE, arrêt *Hoffmann-La Roche* (position dominante) du 24 mai 1977, aff. 107/76, Rec. 1977, p. 957.

CJCE, arrêt *Hoffmann-La Roche* du 13 février 1979, aff. 85/76, Rec. 1979, p. 461.

CJCE, arrêt *Humblet* du 16 décembre 1960, aff. 6/60, Rec. 1960, p. 1125.

CJCE, arrêt *Information ouverte contre X* du 16 janvier 1992, aff. C-373/90, Rec. 1992, p. I-131.

CJCE, arrêt *International Fruit Co. I* du 15 décembre 1971, aff. jtes 51 à 54/71, Rec. 1971, p. 1107.

CJCE, arrêt *International Fruit Co. II* du 12 décembre 1972, aff. jtes 21 à 24/72, Rec. 1972, p. 1219.

CJCE, arrêt *Internationale Handelsgesellschaft* du 17 décembre 1970, aff. 11/70, Rec. 1970, p. 1125.

CJCE, arrêt *Iorio* du 23 janvier 1986, aff. 298/84, Rec. 1986, p. 247.

CJCE, arrêt *Italie c. Commission* du 19 février 1991, aff. C-281/89, Rec. 1991, p. I-347.

CJCE, arrêt *Johnston* du 15 mai 1986, aff. 222/84, Rec. 1986, p. 1651.

CJCE, arrêt *Just* du 27 février 1980, aff. 68/79, Rec. 1980, p. 501.

CJCE, arrêt *Kazim Kus* du 16 décembre 1992, aff. C-237/91, Rec. 1992, p. I- (à paraître).

CJCE, arrêt *Keller* du 8 octobre 1986, aff. 234/85, Rec. 1986, p. 2897.

CJCE, arrêt *Kolpinghuis* du 8 octobre 1987, aff. 80/86, Rec. 1987, p. 3969.

CJCE, arrêt *Kupferberg* du 26 octobre 1982, aff. 104/81, Rec. 1982, p. 3641.

CJCE, arrêt *Lancôme* du 10 juillet 1980, aff. 99/79, Rec. 1980, p. 2511.

CJCE, arrêt *Legros* du 16 juillet 1992, aff. C-163/90, Rec. 1992, p. I-4625.

CJCE, arrêt *Le plat* du 12 fevrier 1992, aff. C-260/90, Rec. 1992, p. I-643.

CJCE, arrêt *Les Rapides Savoyards* du 12 juillet 1984, aff. 218/83, Rec. 1984, p. 3105.

CJCE, arrêt *Lück* du 4 avril 1968, aff. 34/67, Rec. 1968, p. 359.

CJCE, arrêt *Marleasing* du 13 novembre 1990, aff. C-106/89, Rec. 1990, p. I-4135.

CJCE, arrêt *Mazzalai* du 20 mai 1976, aff. 111/75, Rec. 1976, p. 657.

CJCE, arrêt *Mireco* du 10 juillet 1980, aff. 826/79, Rec. 1980, p. 2559.

CJCE, arrêt *Moksel* du 7 juillet 1988, aff. 55/87, Rec. 1988, p. 3845.

CJCE, arrêt *Molkerei-Zentrale* du 3 mars 1968, aff. 28/67, Rec. 1968, p. 211.

CJCE, arrêt *Murphy* du 4 février 1988, aff. 157/86, Rec. 1988, p. 673.

CJCE, arrêt *Nakjima* du 7 mai 1991, aff. C-69/89, Rec. 1991, p. I-2069.

CJCE, arrêt *Nissan* du 16 janvier 1992, aff. C-373/90, Rec. 1992, p. I-131.

CJCE, arrêt *Nold* du 14 mai 1974, aff. 4/73, Rec. 1974, p. 491.

CJCE, arrêt *Nordsee* du 23 mars 1982, aff. 102/81, Rec. 1982, p. 1095.

CJCE, arrêt *Padovani* du 5 octobre 1988, aff. 210/87, Rec. 1988, p. 6177.

CJCE, arrêt *Pardini* du 21 avril 1988, aff. 338/85, Rec. 1988, p. 2041.

CJCE, arrêt *Parlement européen c. Conseil* du 12 juillet 1988, aff. 377/87, Rec. 1988, p. 4017.

CJCE, arrêt *Parlement européen c. Conseil* du 22 mai 1985, aff. 13/83, Rec. 1985, p. 1556.

CJCE, arrêt *Parlement européen c. Conseil* du 22 mai 1990, aff. 70/88, Rec. 1990, p. I-2041.

CJCE, arrêt *Parlement européen c. Conseil* du 4 octobre 1991, aff. 70/88, Rec. 1990, p. I-4561

CJCE, arrêt *Pigs Marketing Board* du 29 novembre 1978, aff. 83/78, Rec. 1978, p. 2347.

CJCE, arrêt *Parlement européen c. Conseil* du 27 septembre 1988, aff. 302/87, Rec. 1988, p. 5615.

CJCE, arrêt *Parti écologiste «Les Verts» c. Parlement européen* du 23 avril 1986, aff. 294/83, Rec. 1986, p. 1339.

CJCE, arrêt *Politi* du 14 décembre 1971, aff. 43/71, Rec. 1971, p. 1039.

CJCE, arrêt *Polydor* du 9 février 1982, aff. 270/80, Rec. 1982, p. 329.

CJCE, arrêt *Prais* du 27 octobre 1976, aff. 130/75, Rec. 1976, p. 1589.

CJCE, arrêt *Pretore di Salò* du 11 juin 1987, aff. 14/86, Rec. 1987, p. 2545.

CJCE, arrêt *Putensterzen* du 18 février 1970, aff. 40/69, Rec. 1970, p. 69.

CJCE, arrêt *Reyners* du 21 juin 1974, aff. 2/74, Rec. 1974, p. 631.

CJCE, arrêt *Rewe* («pommes») du 16 décembre 1976, aff. 33/76, Rec. 1976, p. 1989.

CJCE, arrêt *Rewe* (Cassis de Dijon) du 20 février 1979, aff. 120/78, Rec. 1979, p. 649.

CJCE, arrêt *Rewe* («croisières de beurre») du 7 juillet 1981, aff. 158/80, Rec. 1981, p. 1805.

CJCE, arrêt *Rheinmühlen* du 16 janvier 1974, aff. 166/73, Rec. 1974, p. 33.

CJCE, arrêt *Rheinmühlen II* du 12 février 1974, aff. 146/73, Rec. 1974, p. 139.

CJCE, arrêt *Rochdale Borough Council* du 16 décembre 1992, aff. C-306/88, C-304/90 et C-169/91, Rec. 1992, p. I- (à paraître).

CJCE, arrêt *Roquette* du 21 mai 1976, aff. 26/74, Rec. 1976, p. 677.

CJCE, arrêt *Rush Portuguesa* du 27 mars 1990, aff. C-113/89, Rec. 1990, p. I-1417.

CJCE, arrêt *Russo* du 22 janvier 1976, aff. 60/75, Rec. 1976, p. 45.

CJCE, arrêt *Sail* du 21 mars 1972, aff. 82/71, Rec. 1972, p. 119.

CJCE, arrêt *Salgoil* du 19 décembre 1968, aff. 13/68, Rec. 1968, p. 661.

CJCE, arrêt *Salumi* du 27 mars 1980, aff. 66 et 127-128/79, Rec. 1980, p. 1260.

CJCE, arrêt *San Giorgio* du 9 novembre 1983, aff. 199/82, Rec. 1983, p. 3595.

CJCE, ordonnance *San Michele* du 22 juin 1965, aff. 9/65, Rec. 1967, p. 35.

CJCE, arrêt *Schonenberg* du 16 février 1978, aff. 88/77, Rec. 1978, p. 473.

CJCE, arrêt *Schul* du 5 mai 1982, aff. 15/81, Rec. 1982, p. 1409.

CJCE, arrêt *Sevince* du 20 septembre 1990, aff. C-192/89, Rec. 1990, p. I-3461.

CJCE, arrêt *Simmenthal* du 9 mars 1978, aff. 106/77, Rec. 1978, p. 629.

CJCE, arrêt *Sofrimport* du 26 juin 1990, aff. C-152/88, Rec. 1990, p. I-2477.

CJCE, arrêt *Sotgiu* du 12 février 1974, aff. 152/73, Rec. 1974, p. 153.

CJCE, arrêt *Stauder* du 12 novembre 1967, aff. 29/69, Rec. 1969, p. 419.

CJCE, arrêt *Technische Universität München* du 21 novembre 1991, aff. C-269/90, Rec. 1991, p. I-5469.

CJCE, arrêt *Telemarsicabruzzo SpA* du 26 janvier 1993, aff. jtes C-320/90, C-321/90 et C-322/90, Rec. 1993, p. I- (à paraître).

CJCE, arrêt *Terrapin/Terranova* du 22 juin 1976, aff. 119/75, Rec. 1976, p. 1039.

CJCE, arrêt *Torfaen Borough Council* du 23 novembre 1989, aff. 145/88, Rec. 1989, p. 3851.

CJCE, arrêt *Tymen* du 16 décembre 1981, aff. 269/80, Rec. 1981, p. 3079.

CJCE, arrêt *United Food* du 7 avril 1981, aff. 132/80, Rec. 1981, p. 995.

CJCE, arrêt *Vaassens-Göbbels* du 30 juin 1966, aff. 61/65, Rec. 1966, p. 377.

CJCE, arrêt *van Ameyde* du 9 juin 1977, aff. 90/76, Rec. 1977, p. 1091.

CJCE, arrêt *van Duyn* du 4 décembre 1974, aff. 41/74, Rec. 1974, p. 1337.

CJCE, arrêt *van Gend & Loos* du 5 février 1963, aff. 26/62, Rec. 1963, p. 1.

CJCE, arrêt *Vlassopoulou* du 7 mai 1991, aff. C-340/89, Rec. 1991, p. I-2357.

CJCE, arrêt *von Colson et Kamann* du 10 avril 1984, aff. 14/83, Rec. 1984, p. 1891.

CJCE, arrêt *Walt Wilhelm* du 13 février 1969, aff. 14/68, Rec. 1969, p. 1.

CJCE, arrêt *Waterkeyn* du 14 décembre 1982, aff. jtes. 314-316/81 et 83/82, Rec. 1982, p. 4337.

CJCE, arrêt *Zuckerfabrik Süderdithmarschen* du 21 février 1991, aff. jtes C-143/88 et C-92/89, Rec. 1991, p. I-415.

CJCE, *avis 1/76* du 26 avril 1977, Rec. 1977, p. 741.

CJCE, *avis 1/91* du 14 décembre 1991, Rec. 1991, p. I-6079.

CJCE, *avis 1/92* du 10 avril 1992, Rec. 1992, p. I-2821.

CJCE, ordonnance *Zwartveld* du 13 juillet 1990, aff. C-2/88, Rec. 1990, p. I-3365.

D. Tribunal de 1re instance des Communautés européennes

TPI, arrêt *Ahlström (pâtes de bois) c. Commission* du 31 mars 1993, aff. C-89/85, Rec. 1993 II (à paraître).

TPI, arrêt *Automec* du 18 septembre 1992, aff. T-24/90, Rec. 1992, p. II, 2223.

TPI, arrêt *Hercules c. Commission* du 17 décembre 1991, aff. T-7/89, Rec. 1991, p. II-1711.

TPI, arrêt *SA Cimenteries CBR c. Commission* du 18 décembre 1992, aff. jtes T-10, 11, 12 et 15/92, Rec. 1992, p. II- (à paraître).

TPI, arrêt *Tetra Pak c. Commission* du 10 juillet 1990, aff. T-51/89, Rec. 1990, p. II-309.

Bibliographie*

ABELE, Roland, *Der Vorrang des Gemeinschaftsrechts in der Rechtsprechung des Tribunal Supremo*, EuZW 1992, p. 305-308.

ABRAVANEL, Philippe, *Recherches sur les méthodes d'élaboration de la décision judiciaire,* RSJ/SJZ 1991, p. 165-170.

AESCHLIMANN, Jürg, *Bemerkungen zu neuen Entwicklungen und Tendenzen in der Strafjustiz,* SJZ/RSJ 1988, p. 316-319.

– *Die Zukunft des schweizerischen Strafprozessrechts*, ZStrR/RPS 1992, p. 355-365.

ALDER, Claudius, *Zum Vorrang von EG- und EWR-Recht vor schweizerischem Recht*, EuR 1992, p. 345-368.

ARIOLI, Silvio, *Der europäische Freihandelsraum (Eine Vielzahl von Abkommen – ein beachtliches Resultat und doch erst ein Anfang)*, Volkswirtschaft 3/93, p. 8-13.

ARNAUD, André-Jean, *Pour une pensée juridique européenne*, Paris (PUF), 1991, 304 p.

AUBERT, Jean-François, *Observations d'un constitutionnaliste sur l'évolution des sources du droit international*, ASDI/SJIR 1989 (volume anniversaire), p. 13-38.

AUER, Andreas, *La juridiction constitutionnelle en Suisse*, Bâle et Francfort (Helbing & Lichtenhahn), 1983, 306 p.

– *Rückwirkungen der europäischen Integration auf die schweizerische Verfassungsgerichtsbarkeit*, RSDIE/SZIER 1991, p. 203-221.

– *L'Espace économique européen et le contrôle des lois fédérales*, in: «Accord EEE (Commentaires et réflexions)», Zurich (Schulthess), 1992, p. 639-652.

BADURA, Peter, *Grundrechte in Europa. Zur Frage der «normativen Verklammerung» des Gemeinschaftsrechts mit den Verfassungen der Mitgliedstaaten, (BverfGE 73,339-Solange II)*, in: «Neuntes deutsch-polnisches Juristen-Kolloquium. Der internationale und nationale Schutz der Menschenrechte», Baden-Baden (Nomos), 1992, p. 119-136.

BALDI, Marino, *Direct applicability of the free trade agreements between the EEC and the EFTA-countries from a Swiss perspective,* Swiss Review of international Competition Law 1985, p. 31-38.

BARAV, Ami, *La fonction communautaire du juge national*, thèse ronéotypée, Strasbourg, 1983, 612 p.

– *La plénitude de compétence du juge national en sa qualité de juge communautaire*, Mélanges Boulouis, Paris (Dalloz), 1991, p. 1-20.

BEBR, Gerhard, *Agreements concluded by the Community and their possible direct effect: from International Fruit Company to Kupferberg*, CMLRev 1983, p. 35-73.

* D'autres références bibliographiques se trouvent en marge du texte.

– *Gemeinschaftsabkommen und ihre mögliche unmittelbare Wirksamkeit*, EuR 1983, p. 128-160

– *Arbitration tribunals and Article 177 of the EEC Treaty*, CMLRev 1985, p. 489-504.

BENVENISTI, Eyal, *Judicial misgivings regarding the application of international law: an analysis of attitudes of national courts*, EJIL/JEDI 1993, p. 159-183.

BENYON, F.S., *Les «accords européens» avec la Hongrie, la Pologne et la Tchécoslovaquie*, Revue du Marché Unique Européen 2/92, p. 25-50.

BERENSTEIN, Alexandre, *Le droit international de la sécurité sociale dans la jurisprudence du Tribunal fédéral des assurances*, in: «Le droit des assurances sociales en mutation», Berne (Stämpfli), 1992, p. 3-18.

BERNITZ, Ulf, *Autres considérations sur le «protectionnisme judiciaire». Un point de vue scandinave*, EFTA-Bulletin 4/85, p. 12-13 (également en allemand, anglais et suédois).

BIAGGINI, Giovanni, *Verfassung und Richterrecht (Verfassungsrechtliche Grenzen der Rechtsfortbildung im Wege der bundesgerichtlichen Rechtsprechung)*, Bâle (Helbing & Lichtenhahn), 1991, 516 p.

BIEBER, Roland, *Verfassungsentwicklung und Verfassungsgebung in der Europäischen Gemeinschaft*, in: «Staatswerdung Europas? Optionen für eine Europäische Union», (Rudolf Wildenmann, Hrsg.), Baden-Baden (Nomos), 1991, p. 393-414.

BINDSCHEDLER-ROBERT, Denise, *La cour européenne des droits de l'homme devant le droit interne*, FS Rudolf Bindschedler, Berne (Stämpfli), 1980, p. 597-609.

BLECKMANN, Albert, *Die unmittelbare Anwendbarkeit der Freihandelsabkommen mit den EFTA-Staaten im Rechtsraum der EWG. Zur Konstruktion des Verhältnisses zwischen dem Völker- und dem Gemeinschaftsrecht*, in: «Rechtsfragen der Freihandelsabkommen», Vienne (Orac), 1987, p. 85-126.

BOILLAT, Philippe, *Les arrêts Johnston contre Irlande (1986) et F. contre Suisse (1987); quelques réflexions comparatives sur les méthodes d'interprétation de la Cour de Strasbourg*, in: «Les règles d'interprétation» (J.-F. Perrin, éd.), Enseignement de 3e cycle de droit 1988, Fribourg (Ed. universitaires), 1989, p. 127-134.

BOLLE, Pierre-Henri, *La notion helvétique de tribunal indépendant et impartial*, Revue de science criminelle 1990, p. 753-764.

BONASSIES, Pierre, *Arbitrage et droit communautaire*, Mélanges Boulouis, Paris (Dalloz), 1991, p. 21-33.

BONICHOT, Jean-Claude, *Convergences et divergences entre le Conseil d'Etat et la Cour de justice des Communautés européennes*, RFDA 1989, p. 579-604.

– *Les pouvoirs d'injonction du juge national pour la protection des droits conférés par l'ordre juridique communautaire*, RFDC 1990, p. 912-920.

– *L'application de la Convention européenne des droits de l'homme par les juridictions nationales, par l'intermédiaire de la Cour de justice des Communautés européennes*, RUDH 1991, p. 317-324.

BOULOUIS, Jean, *Nouvelles réflexions à propos du caractère «préjudiciel» de la compétence de la Cour de justice des Communautés européennes statuant sur renvoi des juridictions nationales*, Mélanges Teitgen, Paris (Pedone), 1984, p. 23-31.

BOULOUIS, Jean (Mélanges –), *L'Europe et le droit. Mélanges en hommage à Jean Boulouis*, Paris (Dalloz), 1991, 556 p. (cité: Mélanges Boulouis).

BOURGEOIS, J.H.J., *L'action anti-dumping comme moyen de défense des producteurs de la Communauté européenne*, Revue du marché unique européen 1991/1, p. 11-21.

BRUNSCHWILER, Carl Hans, *Kann die Schweiz beim angestrebten Standard des Verfahrensschutzes nach der EMRK mithalten?*, EuGRZ 1988, p. 588-589.

CAEIROS, Antonio, *L'effet direct des accords internationaux conclus par la CEE*, RMC 1984, p. 526-533.

CAPPELLETTI, Mauro, *Nécessité et légitimité de la justice constitutionnelle*, RIDC 1981, p. 625-657.

– *Balance of powers, human rights and legal integration: new challenges for European judges*, in: «Comparative and private international law: essays in honor of John Henry Merryman on his seventieth birthday», Berlin (Duncker und Humblot), 1990, p. 341-352.

CARRILLO SALCEDO, Juan Antonio, *Vers la réforme du système européen de protection des droits de l'homme*, Mélanges Velu, Bruxelles (Bruylant), 1992, tome II, p. 1319-1325.

CASSESE, A./CLAPHAM, A./WEILER, J., *1992 – Quels sont nos droits?*, in: «Human rights and the European Community: methods of protection» (A. Cassese, A. Clapham, J. Weiler, éd.), vol. II, Baden-Baden (Nomos), 1991, p. 77-162.

CAVIN, Pierre, *Remarques sur le pouvoir des juges*, Mélanges M. Regamey, Lausanne, 1980, p. 25-37.

CHOFFAT, Paul Jean, *L'application directe de l'Accord de libre-échange du 22 juillet 1972 entre la CEE et la Confédération suisse*, thèse, Lausanne (Université de Lausanne), 1977, 239 p.

Conseil d'Etat (Assemblée du –), *Droit communautaire et droit français (Etude adoptée par l'Assemblée du Conseil d'Etat le 3 décembre 1981)*, La documentation française, NED, nos 4679-4681, Paris, 16 septembre 1982.

CONDORELLI, Luigi, *L'autorité de la décision de juridictions internationales permanentes*, AFDI, Colloque de Lyon 1986, Paris (Pedone), 1987, p. 277-313.

CONSTANTINESCO, Vlad/JACQUÉ, Jean-Paul/KOVAR, Robert/SIMON, Denys (éd.), *Traité instituant la CEE (Commentaire article par article)*, Paris (Economica), 1992, 750 p.

COPPEL, Jason/O'NEILL, Aidan, *The European Court of justice: taking rights seriously?*, CMLRev 1992, p. 669-692.

COSTELLO, Declan, *The Irish judge as law-maker*, Mélanges O'Higgins, Dublin (Butterworth), 1992, p. 159-167.

COTTIER, Bertil (sous la direction de –), *Staatsrechtliche Auswirkungen der Mitgliedschaft in den Europäischen Gemeinschaften/Conséquences institutionnelles de l'appartenance aux Communautés européennes* (Douze études nationales rédigées par Alberto ARONOWITZ, Christophe BERNASCONI, Bertil COTTIER, Alexandra GERBER, Béatrice METRAUX, Anne-Sophie RIEBEN, Claire SPIROU, Martin SYCHOLD), sous la direction de Bertil Cottier, Publications de l'Institut suisse de droit comparé de Lausanne, vol. 18, Zurich (Schulthess), 1991, 446 p.(cité: Staatsrechtliche Auswirkungen).

COTTIER, Thomas, *Die Bedeutung des GATT im Prozess der europäischen Integration (Eine Untersuchung aus schweizerischer Sicht)*, ZSR/RDS 1990 (Beiheft Nr. 10), p. 139-185.

– *Recht und Macht im Europäischen Wirtschaftsraum*, AJP/PJA 10/1992, p. 1204-1216.

– *Constitutional trade regulation in national and international law: structure-substance pairings in the EFTA experience*, in: «National Constitutions and International Economic Law», M. Hilf et E.-U. Petersmann (eds.), Deventer (Kluwer), 1993, p. 409-442.

CURTIN, Deirdre, *The decentralised enforcement of Community law rights. Judicial snakes and ladders*, Mélanges O'Higgins, Dublin (Butterworth), 1992, p. 33- 49.

– *Constitutionalism in the European Community (The right to fair procedures in administrative law)*, Mélanges Walsh, Dublin (The Round Hall Press), 1992, p. 293-317.

DA CRUZ VILAÇA, José Luis, *Le démarrage d'une nouvelle juridiction communautaire. Le Tribunal de première instance un an après*, Mélanges Boulouis, Paris (Dalloz), 1991, p. 47-74.

DÄNZER-VANOTTI, Wolfgang, *Unzulässige Rechtsfortbildung des Europäischen Gerichtshofs*, RIW 1992, p. 733-742.

DARMON, Marco, *Juridiction constitutionnelle et droit communautaire*, RTDE 1988, p. 217-251.

DE MEYER, Jan, *Brèves réflexions à propos de l'article 60 de la Convention européenne des droits de l'homme*, Mélanges Wiarda, Cologne (Heymanns), 1988, p. 125-129.

DE WITTE, Bruno, *Community law and national constitutional values*, LIEI 1991/2, p. 1-22.

DOMINICÉ, Christian, *La Suisse pourrait-elle accepter d'adhérer à un traité international prévoyant un recours préjudiciel auprès d'une juridiction internationale?*, Communication au colloque de droit communautaire organisé à Genève le 10 juin 1976 par l'Institut d'études juridiques européennes, 14 p. (ronéotypées).

DONNER, Andreas M., *Die politische Funktion des Richters*, AöR 1981, p. 1-14.

– *Miroir du juge*, Mélanges Pescatore, Baden-Baden (Nomos), 1987, p. 195-203.
– *Transition*, Mélanges Wiarda, Cologne (Heymanns), 1988, p. 145-148.

DONY, Marianne, *Le contrôle des actes des institutions communautaires par la Cour de justice*, Mélanges Velu, Bruxelles (Bruylant), 1992, tome I, p. 747-757.

DUBOUIS, Louis, *Le juge français et le conflit entre norme constitutionnelle et norme européenne*, Mélanges Boulouis, Paris (Dalloz), 1991, p. 205-219.

DUE, Ole, *A constitutional Court for the European Communities*, Mélanges O'Higgins, Dublin (Butterworth), 1992, p. 3-10.
– *L'accès au juge,* Allocution prononcée le 1er avril 1993 à Bruxelles, dans le cadre de la Deuxième Conférence européenne des avocats, Bruxelles, 16 p. (ronéotypées).

DUNKEL, Arthur, *Le rôle essentiel mais souvent oublié du GATT: promouvoir des politiques commerciales prévisibles et l'ajustement interne des économies*, in: «Hommage à un Européen, offert à Henri Rieben à l'occasion de son 70e anniversaire», Lausanne (Fondation Jean Monnet pour l'Europe), 1991, p. 139-147.

EGLI, Jean-François, *L'activité illicite du juge, cause de responsabilité pécuniaire à l'égard des tiers*, in: «Hommage à Raymond Jeanprêtre», Neuchâtel (Ides et Calendes), 1982, p. 7-25.
– *La garantie du juge indépendant et impartial dans la jurisprudence récente du Tribunal fédéral*, Recueil de jurisprudence neuchâteloise, 1990, p. 9-32 (avec la collab. d'Olivier KURZ).
– *Le Tribunal fédéral face à l'Espace économique européen*, in: «Accord EEE (Commentaires et réflexions)», Zurich (Schulthess), 1992, p. 617-623.

EHLERMANN, Claus-Dieter, *Ein Plädoyer für die dezentrale Kontrolle der Anwendung des Gemeinschaftsrechts durch die Mitgliedstaaten*, Mélanges Pescatore, Baden-Baden (Nomos), 1987, p. 205-226.
– *How flexible is Community law?*, Michigan Law Review Association (Hrsg.), in: «The Art of Governance, FS für Erich Stein», 2e éd., Baden-Baden (Nomos), 1987, p. 136-155.
– *Caractéristiques de l'ordre juridique communautaire, rôle de l'avocat*, in: «L'avocat et l'Europe des 12 et des 21», (sous la direction de Mady Schaffer), Strasbourg (Centre de formation des avocats d'Alsace, éd.), 1988, p. 149-160.
– *The European Community, its law and lawyers*, CMLRev 1992, p. 213-227.

EISSEN, Marc-André, *L'interaction des jurisprudences constitutionnelles nationales et de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme*, in: «Conseil constitutionnel et Cour européenne des droits de l'homme», Strasbourg/Kehl (Engel), 1990, p. 137ss.

ENRICH MAS, Monserrat/SANSOTTA, Sergio, *Aperçu statistique de la Cour européenne des droits de l'homme*, Mélanges Wiarda, Cologne (Heymanns), 1988, p. 691-724.

EPINEY, Astrid, *EG, EWR und die Auswirkungen auf die schweizerische Verfassungsgerichtsbarkeit und die direkte Demokratie,* SJZ/RSJ 1992, p. 261-270 et p. 281-289.

– *La Cour de justice des Communautés européennes et l'Espace économique européen*, RSDIE/SZIER 1992, p. 275-304.
– *Der Stellenwert des europäischen Gemeinschaftsrechts in Integrationsverträgen*, Berne (Stämpfli), 1992, 141 p.

EVERLING, Ulrich, *Der Beitrag des europäischen Gerichtshofs zur europäischen Grundrechtsgemeinschaft,* in: «40 Jahre Grundgesetz», Munich, 1990, p. 167ss.
– *Justiz im Europa von morgen*, Deutsche Richter Zeitung 1993, p. 5-15.

(F.I.D.E.) Fédération internationale pour le droit européen, *La jurisprudence européenne après vingt ans d'expérience communautaire/Die Europäische Rechtsprechung nach zwanzig Jahren Gemeinschaftsleben*, VIe Congrès international de droit européen organisé par la FIDE du 24 au 16 mai 1973 à Luxembourg, Kölner Schriften zum Europarecht (KSE) vol. 24, Cologne/Berlin/Bonn/Munich (Heymanns), 1976, 1132 p. (cité: La jurisprudence européenne, KSE 24, 1976).

FLAUSS, Jean-François, *L'application de l'art. 6 (1) de la Convention européenne des droits de l'homme aux procédures arbitrales*, Gazette du Palais, Paris, 2-3 juillet 1986, p. 2-4.
– *L'abus de droit dans le cadre de la Convention européenne des droits de l'homme*, RUDH 1992, p. 461-468.
– *La jurisprudence des organes de la CEDH,* rapport présenté lors du colloque des 18-19 juin 1993, organisé par l'I.H.E.E. de l'Université Robert Schuman de Strasbourg sur le thème: «Vers un droit constitutionnel européen/Quel droit constitutionnel européen?» (à paraître dans RUDH 1993).

FRIBERGH, Erik, *The Commission Secretariat's handling of provisional files*, Mélanges Wiarda, Cologne (Heymanns), 1988, p. 181-191.

FROMONT, Michel, *La justice constitutionnelle en Europe*, Mélanges Velu, Bruxelles (Bruylant), 1992, tome I, p. 297-306.

FROWEIN, Jochen A., *The European Convention on human rights as the public order of Europe,* in: «Collected Courses of the Academy of European Law», Florence, 1990, vol. I-2, p. 267-358.

GAJA, Giorgio, *Effet direct et réciprocité dans la jurisprudence concernant l'Accord entre la Communauté européenne et la Suisse*, ASDI/SJIR 1984, p. 9-29.
– *New developments in a continuing story: the relationship between EEC law and italian law*, CMLRev 1990, p. 83-95.

GALMOT, Yves/BONICHOT, Jean-Claude, *La Cour de justice des Communautés et la transposition des directives en droit national*, RFDA 1988, p. 1-23.

GERBER, Alexandra, *Der Einfluss des ausländischen Rechts in der Rechtsprechung des Bundesgerichts*, in: «Perméabilité des ordres juridiques/Osmose zwischen Rechtsordnungen/The responsiveness of legal systems to foreign influences», Publications de l'Institut suisse de droit comparé, vol. 20, Zurich (Schulthess), 1992, p. 141-163.

GERMANN, Raimund E., *Pour une Constitution fédérale «euro-compatible»*, RDS/ZSR 1990 I, p. 1-16.

VAN GERVEN, Walter, *The genesis of EEA law and the principles of primacy and direct effect*, 1993 (texte ronéotypé, 33 p.).

GIARDINA, Andrea, *La mise en oeuvre au niveau national des arrêts et des décisions internationaux*, RCADI 1979, IV, p. 233-352.

GIEGERICH, Thomas, *Luxemburg, Karlsruhe, Strassburg. Dreistufiger Grundrechtsschutz in Europa*, ZaöRV 1990, p. 836-863.

GILSDORF, Peter, *Les divergences de jurisprudence vues de Bruxelles; moyens d'y remédier*, in: «L'avenir du libre-échange en Europe», Zurich (Schulthess), 1990, p. 277-290.

GOFFIN, Léon, *L'arbitrage et le droit européen,* RDIDC 1990, p. 301-338.

GOLSONG, Heribert, *The European Court of human rights and the national law-maker: some general reflections*, Mélanges Wiarda, Cologne (Heymanns), 1988, p. 239-244.

– *Réflexions sur 30 ans d'application de la Convention européenne des droits de l'homme*, in: «L'avocat et l'Europe des 12 et des 21» (sous la direction de Mady Schaffer), Strasbourg (Centre de formation des avocats d'Alsace, éd.), 1988, p. 117-123.

GOMIEN, Donna, *La mise en oeuvre du droit international relatif aux droits de l'homme en Europe centrale et orientale*, RUDH 1992, p. 377-386.

GREBER, Pierre-Yves, *Le principe de la légalité considéré en droit suisse de la sécurité sociale*, in: «Le droit des assurances sociales en mutation», Berne (Stämpfli), 1992, p. 245-281.

GREVISSE, Fernand/BONICHOT, Jean-Claude, *Les incidences du droit communautaire sur l'organisation et l'exercice de la fonction juridictionnelle dans les Etats membres*, Mélanges Boulouis, Paris (Dalloz), 1991, p. 297-310.

GRILLER, Stefan/MAISLINGER, Franz/REINDL, Andreas, *Fundamentale Rechtsgrundlagen einer EG-Mitgliedschaft* (Verfassungsfragen der Übernahme von EG-Recht in den bisherigen Mitgliedstaaten in vergleichender Sicht), Vienne (Verlag der Österreichischen Staatsdruckerei), 1991, 272 p.

GRISEL, André, *La surcharge des cours suprêmes,* ZBl. 1978, p. 373-385.

– *A propos de la hiérarchie des normes juridiques*, ZBl. 1987, p. 377-395.

GRISEL, Etienne, *Une procédure de renvoi préjudiciel au Tribunal fédéral suisse? Contribution à l'étude de la révision de la loi fédérale d'organisation judiciaire*, RDS/ZSR 1977 I, p. 105-126.

GROSSEN, Jacques-Michel, *Arbitrage et droit de la concurrence*, in: «Recueil de travaux suisses sur l'arbitrage international», Zurich (Schulthess), 1984, p. 35-44.

GROUX, Jean, *L'invocabilité en justice des accords internationaux des Communautés européennes*, RTDE 1983, p. 203-232.

– *Convergences et conflits, dans l'interprétation du Traité CEE, entre la pratique suivie par les Etats membres et la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes*, Mélanges Pescatore, Baden-Baden (Nomos), 1987, p. 275-286.

GUYET, Jaques, *Interprétation et application des accords de libre-échange entre la CEE et les Etats de l'AELE*, Revue internationale de la concurrence, 1987, p. 27ss.

HAEFLIGER, Arthur, *Die Europäische Menschenrechtskonvention und die Schweiz (Die Bedeutung der Konvention für die schweizerische Rechtspraxis)*, Berne (Stämpfli), 1993, 396 p.

HAHN, Dominique, *L'arbitrage commercial international en Suisse face aux règles de concurrence de la CEE*, thèse, Lausanne 1983, 159 p.

HENRICHS, Helmut, *Gemeinschaftsrecht und nationale Verfassungen – Eine Konfliktstudie,* EuGRZ 1989, p. 237-245.

– *Gemeinschaftsrecht und nationale Verfassungen: Organisations- und verfahrensrechtliche Aspekte einer Konfliktlage*, EuGRZ 1990, p. 413-423.

HIRSCH, Alain, *L'Accord entre la Suisse et la CEE confère-t-il des droits aux particuliers?*, CDE 1974, p. 194-200.

HOTTELIER, Michel, *La Convention européenne des droits de l'homme dans la jurisprudence du Tribunal fédéral*, Lausanne (Payot), 1985, 246 p.

– *L'article 26 CEDH et l'épuisement des voies de recours en droit fédéral suisse*, Bâle et Francfort (Helbing & Lichtenhahn), 1990, 57 p.

HUDEC, Robert E,. *The role of judicial review in preserving liberal foreign trade policies*, in: «National Constitutions and International Economic Law», M. Hilf et E.-U. Petersmann (eds.), Deventer (Kluwer), 1993, p. 503-518.

HUMMER, Waldemar, *Reichweite und Grenzen unmittelbarer Anwendbarkeit der Freihandelsabkommen*, in: «Rechtsfragen der Freihandelsabkommen», Vienne (Orac), 1987, p. 43-83.

JAAG, Tobias, *Die Grundrechte im europäischen Gemeinschaftsrecht*, in: «Einführung in den Aufbau des EG-Rechts» (R. Zäch, D. Thürer und R. Weber, Hrsg.), Zurich (Schulthess), 1992, p. 77-94.

JACOBS, Francis G., *Is the Court of justice of the European Communities a constitutional Court?*, Mélanges O'Higgins, Dublin (Butterworth), 1992, p. 25-32.

– *The protection of human rights in the member states of the European Community: the impact of the case law of the Court of justice*, Mélanges Walsh, Dublin (The Round Hall Press), 1992, p. 243-250.

JACOT-GUILLARMOD, Olivier, *Federal Tribunal (Switzerland), Decision of 25 January 1979, Bosshard Partners Intertrading AG v. Sunlight AG. ATF 105 II 49*, CMLRev 1979, p. 427-435.

– *Fondements juridiques internationaux de la primauté du droit international dans l'ordre juridique suisse*, RSJB/ZbJV 1984, p. 227-244.

– *Le protectionnisme judiciaire: fatalité juridique ou défi politique pour le libre-échange en Europe?*, EFTA-Bulletin 4/85, p. 8-13 (également en allemand, anglais et suédois).

– *La primauté du droit international face à quelques principes directeurs de l'Etat fédéral suisse*, RDS/ZSR 1985 I, p. 383-428.

– (éd.) *La fusion de la Commission et de la Cour européennes des droits de l'homme*, Kehl/Strasbourg (Engel), 1987, 245 p.

- *L'arbitrage privé face à l'article 6 §1 de la Convention européennes des droits de l'homme*, Mélanges Wiarda, Cologne (Heymanns), 1988, p. 281-294.
- *L'applicabilité directe des traités internationaux en Suisse: histoire d'un détour inutile*, ASDI/SJIR 1989 (vol. anniversaire), p. 129-151.
- *Strasbourg, Luxembourg, Lausanne et Lucerne: méthodes d'interprétation comparées de la règle internationale conventionnelle*, in: «Les règles d'interprétation» (J.-F. Perrin, éd.), Enseignement de 3e cycle de droit 1988, Fribourg (Ed. universitaires), 1989, p. 109-125.
- (éd.) *L'avenir du libre-échange en Europe: vers un Espace économique européen?* (rapporteur général Pierre Pescatore), Collection de droit européen, vol. 2, Zurich (Schulthess), 1990, 574 p.
- *Les divergences de jurisprudence entre la Cour de justice des Communautés européennes et les juridictions suprêmes des Etats membres de l'AELE vues de Berne: moyens d'y remédier*, in: «L'avenir du libre-échange en Europe», Zurich (Schulthess), 1990, p. 291-306.
- *How far should the* Cassis de Dijon *principle developed in the case law of the Court of Justice be introduced into EC-EFTA relations?* (Mary Robinson, ed.), Dublin (Irish Center for European Law), 1990, p. 193-217.
- *L'ordre juridique suisse face à l'ordre juridique communautaire: aspects normatifs et judiciaires*, in: «Le droit suisse et le droit communautaire: convergences et divergences», Zurich (Schulthess), 1990, p. 1-20.
- (éd.) *Accord EEE (Commentaires et réflexions)/EWR-Abkommen (Erste Analysen)/EEA Agreement (Comments and reflexions)*, Collection de droit européen, Schriften zum Europarecht, vol. 9, Zurich (Schulthess), 1992, 860 p.
- *Préambule, objectifs et principes (art. 1er – 7 EEE),* in: «Accord EEE (Commentaires et réflexions)», Zurich, 1992, p. 49-75.
- *La procédure d'avis consultatif devant la future Cour AELE*, Mélanges Jacques-Michel Grossen, Bâle (Helbing & Lichtenhahn), 1992, p. 411-428.
- *Rights related to good administration of justice (Article 6),* in: «The European system for the protection of human rights» (R. MacDonald/F. Matscher/H. Petzold, eds.), Kluwer (Nijhoff), 1993 (à paraître).
- *Règles, méthodes et principes d'interprétation dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme,* in: «Commentaire de la CEDH» (E. Decaux/P.-H. Imbert/L.-E. Petiti, éd.), Paris (Economica), 1993 (à paraître).

JACQUÉ, Jean-Paul, *Communauté européenne et Convention européenne des droits de l'homme*, Mélanges Boulouis, Paris (Dalloz), 1991, p. 325-340.

- *Le droit constitutionnel communautaire*, rapport présenté au colloque de l'I.H.E.E. de l'Université Robert Schuman de Strasbourg les 18-19 juin 1993 sur le thème «Vers un droit constitutionnel européen/Quel droit constitutionnel européen?» (à paraître dans RUDH 1993).

JACQUÉ, Jean-Paul/WEILER, Joseph H.H., *Sur la voie de l'Union européenne, une nouvelle architecture judiciaire*, RTDE 1990, p. 441-456 (également en anglais dans CMLRev. 1990).

JARASS, Hans D., *Richtlinienkonforme bzw. EG-rechtskonforme Auslegung nationalen Rechts*, EuR 1991, p. 211-223.

JENNINGS, Sir Robert, *Human rights and domestic law and courts*, Mélanges Wiarda, Cologne (Heymanns), 1988, p. 295-300.

JOLIET, René, *Le droit institutionnel des Communautés européennes (Le contentieux)*, Liège (Faculté de droit, d'économie et de sciences sociales), 1981, 302 p.

– *Le système de protection juridictionnelle dans la CEE,* Paris (Recueil Dalloz/Sirey), 21 mars 1985, no 12, p. 65-72.

– *L'article 177 du Traité CEE et le renvoi préjudiciel*, Rivista di diritto europeo 1991, p. 591-616.

– *Droit des marques et libre circulation des marchandises: l'abandon de l'arrêt Hag 1*, RTDE 1991, p. 169-185 (également en allemand dans GRUR 1991, S. 177-184).

– *Protection juridictionnelle provisoire et droit communautaire*, Rivista di diritto europeo 1992, p. 253-284.

KÄLIN, Walter, *Der Geltungsgrund des Grundsatzes «Völkerrecht bricht Landesrecht»*, ZbJV/RSJB 1988 (volume 124bis), p. 45-65.

– *EG und Grundrechte: Chance oder Gefahr für die individuellen Freiheiten?*, in: «Schweizerische Identität und Europäische Integration» (E.R. Weibel und M. Feller, Hrsg.), Berne (Haupt), 1992, p. 165-178.

– *EWR-Abkommen und Europäische Menschenrechtskonvention*, in: «EWR-Abkommen (Erste Analysen)», Zurich (Schulthess), 1992, p. 653-666 (a paru également en anglais dans EJIL/JEDI 1992, p. 341-353).

– *Schubert und der Rechtsstaat, oder: Sind Bundesgesetze massgeblicher als Staatsverträge?*, ZSR/RDS 1993 I, p. 73-77.

KAUFMANN, Otto K., *Klarheit für Übermorgen – eine Lösung de lege ferenda*, in: Mélanges André Grisel, Neuchâtel (Ides et Calendes), 1983, p. 733-738.

KNAPP, Blaise, *Les particuliers et les traités internationaux devant le Tribunal fédéral suisse*, CDE 1974, p. 187-193.

KOLLER, Alfred, *Die Reneja-Praxis des Bundesgerichts*, ZBl. 1985, p. 513-522.

KOLLER, Arnold, *Die unmittelbare Anwendbarkeit völkerrechtlicher Verträge und des EWG-Vertrages im innerstaatlichen Bereich,* Berne (Stämpfli), 1971, 216 p.

– *Zur Frage der unmittelbaren Anwendbarkeit von Art. 23 des Freihandelsabkommens Schweiz-EWG*, Mélanges H. Deschenaux, Fribourg, 1977, p. 593-616.

– *Gewaltenteilung und europäische Integration*, allocution prononcée devant le Tribunal fédéral des assurances le 21 mai 1992 à Lucerne, à l'occasion du 75e anniversaire de l'institution (texte ronéotypé).

KOOPMANS, Thijmen, *La procédure préjudicielle – victime de son succès?*, Mélanges Pescatore, Baden-Baden (Nomos), 1987, p. 347-357.

– *The roots of judicial activism,* Mélanges Wiarda, Cologne (Heymanns), 1988, p. 317-327.

– *The future of the Court of justice of the European Communities*, Yearbook of European Law 1991, Oxford (Clarendon Press), 1992, p. 15-32.

KOPPENSTEINER, Hans-Peter (éd.), *Rechtsfragen der Freihandelsabkommen der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft mit den EFTA-Staaten*, Vienne (Orac), 1987.

KORTE, Joest (ed.), *Primus inter pares: the European court and national courts (The follow-up by national courts of preliminary rulings ex Art. 177 of the Treaty of Rome: a report on the situation in the Netherlands*, with contributions of A.E. Kellermann, W. M. Levelt-Overmas, F. H. M. Possen), Baden-Baden (Nomos), 1991, 97 p.

KOVAR, Robert, *Voies de droit ouvertes aux individus devant les instances nationales en cas de violation des normes et décisions du droit communautaire*, in: «Les recours des individus devant les instances nationales en cas de violation du droit européen», Bruxelles (Institut d'études européennes de l'ULB), Larcier, 1978, p. 245-283.

– *L'invocabilité du droit communautaire devant les juridictions nationales («Le juge national, juge communautaire de droit commun»)*, in: «L'avocat et l'Europe des 12 et des 21», (sous la direction de Mady Schaffer), Strasbourg (Centre de formation des avocats d'Alsace, éd.), 1988, p. 187-196.

– *Le droit national d'exécution du droit communautaire: essai d'une théorie de l'écran communautaire*, Mélanges Boulouis, Paris (Dalloz), 1991, p. 341-347.

KRAFFT, Mathias-Charles, *Les traités internationaux sont réservés*, in: «Centenaire de la LP», Zurich (Schulthess), 1989, p. 161-173.

– *Quelques observations sur l'attitude de la Suisse à l'égard du droit international,* Mélanges Jacques-Michel Grossen, Bâle et Francfort (Helbing & Lichtenhahn), 1992, p. 429-437.

KRONAUER, M., *Die Auslegung von Staatsverträgen durch das Schweizerische Bundesgericht*, thèse ZH, Zurich (Schulthess), 1972, 172 p.

KUTSCHER, Hans, *Community law and the national judge*, Law Quarterly Review 1973, p. 487ss.

KUTTLER, Alfred, *Notiz* [Verfahrensgarantien im Bereich des öffentlichen Rechts im Blick auf Art. 6 Abs. 1 EMRK], EuGRZ 1988, p. 589-591.

LAGRANGE, Maurice, *L'action préjudicielle dans le droit interne des Etats membres et en droit communautaire*, RTDE 1974, p. 268-297.

LAMBERT, Pierre, *Les procédures d'arbitrage et la Convention européenne des droits de l'homme*, Mélanges Velu, Bruxelles (Bruylant), 1992, tome II, p. 1281-1291.

LANGENFELD, Christine/ZIMMERMANN, Andreas, *Interdependenzen zwischen nationalem Verfassungsrecht, Europäischer Menschenrechtskonvention und Europäischem Gemeinschaftsrecht (Überlegungen anlässlich der jüngsten Entscheidungen aus Dublin, Strassburg und Luxemburg zum irischen Informationsverbot für Abtreibungen)*, ZaöRV 1992, p. 259-314.

LECOURT, Robert, *Allocution inaugurale* lors de l'ouverture du VIe Congrès de la FIDE à Luxembourg en 1973, KSE 24, 1976, p. 1-7.

– *L'Europe des juges*, Bruxelles (Bruylant), 1976, 321 p.

– *Le rôle unificateur du juge dans la Communauté*, Mélanges Teitgen, Paris (Pedone), 1984, p. 223-237.

– *Cour européenne des droits de l'homme et Cour de justice des Communautés européennes*, Mélanges Wiarda, Cologne (Heymanns), 1988, p. 335-340.

– *Quel eût été le droit des Communautés sans les arrêts de 1963 et 1964?*, Mélanges Boulouis, Paris (Dalloz), 1991, p. 349-361.

LENAERTS, Koen, *Some reflections on the separation of powers in the European Community*, CMLRev 1991, p. 11-35.

LE TALLEC, Georges, *La Cour de cassation et le droit communautaire*, Mélanges Boulouis, Paris (Dalloz), 1991, p. 363-373.

LIPSTEIN, Kurt, *Foglia v. Novello. Some unexplored aspects*, Mélanges Pescatore, Baden-Baden (Nomos), 1987, p. 373-385.

LOMBARDI, Aldo, *Verwirklichung des EWR-Abkommens durch Bund und Kantone*, in: «EWR-Abkommen (Erste Analysen)», Zurich (Schulthess), 1992, p. 721-770.

LOMBARDINI, Carlo/CAMBI, Alessandra, *Le contrôle de la constitutionnalité des normes en droit suisse*, Mélanges Velu, Bruxelles (Bruylant), 1992, tome I, p. 339-356.

LOUIS, Jean-Victor/VANDERSANDEN, Georges/WAELBROECK, Michel, *Les Etats membres et la jurisprudence de la Cour*, in: «La Cour de justice des Communautés européennes et les Etats membres», Journée d'études organisée par l'Association belge pour le droit européen et l'Institut d'Etudes européennes de l'ULB, Bruxelles, 25 janvier 1980, Bruxelles (Ed. de l'Université), 1981, p. 63-94.

LOUIS, Jean-Victor, *Le rôle de la Commission dans la procédure en manquement selon la jurisprudence récente de la Cour de justice*, Mélanges Pescatore, Baden-Baden (Nomos), 1987, p. 387-409.

LUCHAIRE, François, *Le droit de l'homme à la séparation des pouvoirs d'après la jurisprudence du Conseil constitutionnel français*, Mélanges Velu, Bruxelles (Bruylant), 1992, tome I, p. 441-451.

MACH, Olivier, *L'avenir du libre-échange européen: le rôle de l'avocat suisse*, in: «L'avenir du libre-échange en Europe», Zurich (Schulthess), 1990, p. 207-226.

MACHERET, Augustin, *Les traités d'établissement et les législations nationales de police des étrangers*, CDE 1974, p. 201-210.

MALINVERNI, Giorgio, *L'application de la Convention européenne des droits de l'homme en Suisse,* Mémoires publiés par la Faculté de droit de Genève, no 49, Genève (Georg), 1975, p. 1-51.

– *Le pouvoir d'examen de la Cour européenne des droits de l'homme*, Mélanges Georges Perrin, Lausanne (Payot), 1984, p. 199-211.

– *Les fonctions des droits fondamentaux dans la jurisprudence de la Commission et de la Cour européenne des droits de l'homme,* FS für Dietrich Schindler, Bâle (Helbing & Lichtenhahn), 1989, p. 539-560.

– *L'article 113 al. 3 de la Constitution fédérale et le contrôle de conformité des lois fédérales à la Convention européenne des droits de l'homme*, FS für Otto K. Kaufmann, Berne et Stuttgart (Haupt), 1989, p. 381-397.

– *L'expérience de la Commission de Venise*, rapport présenté lors du colloque des 18-19 juin 1993, organisé par l'I.H.E.E. de l'Université Robert Schuman

de Strasbourg sur le thème: «Vers un droit constitutionnel européen/Quel droit constitutionnel européen?» (à paraître).

MANCINI, Federico, *The making of a constitution for Europe*, CMLRev. 1989, p. 595-614.

MANCINI, G. Federico et KEELING, David T., *From CILFIT to ERT: The constitutional challenge facing the European Court*, Yearbook of European Law 1991 (vol. 11), Oxford (Clarendon Press), 1992, p. 1-13.

MARTIN, Antoine, *L'interprétation dite évolutive de termes insérés dans des traités internationaux (Regards sur un arrêt du Tribunal fédéral suisse)*, Mélanges Jacques-Michel Grossen, Bâle (Helbing & Lichtenhahn), 1992, p. 439-452.

MATILE, Laurent, *The European Court of justice as a factor of integration in Community law (with particular reference to the «effect utile» doctrine)*, thèse présentée à l'Université d'Exeter pour l'obtention d'un LLM, septembre 1991, 78 p. ronéotypées.

MATSCHER, Franz, *Schiedsgerichtsbarkeit und EMRK*, FS Heinrich Nagel, Münster, 1987, p. 227-245.

MAUGUÉ, Eric, *Responsabilité de l'Etat en cas de violation du droit de l'Espace économique européen, portée de l'arrêt «Francovich» dans le contexte de l'EEE,* AJP/PJA 10/1992, p. 1315-1318.

MERCIER, Pierre, *Vigilance des particuliers et respect du droit: l'exemple communautaire*, in: «Hommage à un Européen, offert à Henri Rieben à l'occasion de son 70e anniversaire», Lausanne (Fondation Jean Monnet pour l'Europe), 1991, p. 355-373.

MERCIER, Pierre/DUTOIT, Bernard, *L'Europe judiciaire: les Conventions de Bruxelles et de Lugano*, Dossier de droit européen no 2, Bâle (Helbing & Lichtenhahn), 1991, 249 p.

MERTENS DE WILMARS, Josse, *La jurisprudence de la Cour de justice comme instrument de l'intégration communautaire*, CDE 1976, p. 135-148.

– *L'efficacité des différentes techniques nationales de protection juridique contre les violations du droit communautaire par les autorités nationales et les particuliers*, CDE 1981, p. 379-409.

– *Réflexions sur le système d'articulation du droit communautaire et du droit des Etats membres*, Mélanges Boulouis, Paris (Dalloz), 1991, p. 391-408.

MICHEL, Nicolas, *La protection des droits conférés par l'ordre juridique européen – Aspects de droit communautaire*, in: «Aspects de droit européen/Beiträge zum europäischen Recht», Hommage offert à la SSJ à l'occasion de son assemblée générale 1993 par la Faculté de droit de l'Université de Fribourg, Fribourg (Ed. universitaires), 1993 (à paraître).

MISCHO, Jean, *Un rôle nouveau pour la Cour de justice?*, RMC 1990, p. 681-686.

MOITINHO DE ALMEIDA, José Carlos, *Evolución jurisprudencial en materia de acceso de los particulares a la jurisdicción comunitaria*, Grenade (Universidad de Granada), 1991, 96 p.

MONGIN, Bernard, *Le juge national et les mesures provisoires ordonnées en vertu du droit commmunautaire,* rapport présenté à Maastricht le 10 septembre 1992, lors du Colloque de l'IEAP organisé sur le thème «Questions actuelles de la procédure préjudicielle», 14 p. (ronéotypées).

MORAND, Charles-Albert, *La Constitution saisie par l'Europe*, in: «Mélanges offerts à la Société suisse des juristes pour son Congrès 1991 à Genève», Bâle et Francfort (Helbing & Lichtenhahn), 1991, p. 37-42.

– (éd.) *La légalité: un principe à géométrie variable,* Bâle (Helbing & Lichtenhahn), 1992, 165 p.

MORRISON, Fred L./HUDEC, Robert E., *Judicial Protection of Individual Rights under the Foreign Trade Laws of the United States*, in: «National Constitutions and International Economic Law», M. Hilf et E.-U. Petersmann (eds.), Deventer (Kluwer), 1993, p. 91-133.

MÜLLER, Jörg Paul, *Grundrechts- und Demokratiedefizite als Legitimitätsprobleme der EG. Überlegungen zu einem Beitritt der Schweiz*, ZSR/RDS 1991 I, p. 102-115.

MÜNZBERG, Wolfgang, *Das Verfahren des EuGH im Vergleich zum deutschen Zivilprozess: Ansätze für einen europäischen Prozess?*, in: «Wege zu einem europäischen Zivilprozessrecht (Tübinger Symposium zum 80. Geburtstag von Fritz Baur)» (W. Grunsky und a., Hrsg.) Tübingen (Mohr), 1992, p. 69-84.

NERI, S., *Le droit communautaire et la Cour constitutionnelle italienne: la protection des droits fondamentaux*, Rivista di diritto europeo 1989, p. 81-89.

NESSLER, Volker, *Richterrecht wandelt EG-Richtlinien*, RIW 1993, p. 206-214.

O'HIGGINS, T.F. (Mélanges –), *Constitutional Adjudication in European Community and National Law. Essays for the Hon. Mr. Justice T.F. O'Higgins*, ed. by Deirdre Curtin and David O'Keeffe, Dublin (Butterworth), 1992, 307 p. (cité: Mélanges O'Higgins).

OLIVER, Peter, *Le droit communautaire et les voies de recours nationales*, CDE 1992, p. 348-374.

– *Interim measures: some recent developments*, CMLRev 1992, p. 7-27.

OLMI, Giancarlo, *Les hautes juridictions nationales, juges du droit communautaire*, Mélanges Pescatore, Baden-Baden (Nomos), 1987, p. 499-536.

ORMAND, R., *L'utilisation particulière de la méthode d'interprétation des traités selon leur «effet utile» par la Cour de justice des Communautés européennes*, RTDE 1976, p. 624-634.

OSCHINSKY, Suzanne/JENARD, Paul, *L'espace juridique et judiciaire européen (Examen de 250 conventions)*, Bruxelles (Bruylant), 1993, 860 p.

OVERBECK, Alfred E. von, *Die Beziehungen zwischen der Europäischen Gemeinschaft und der Schweiz und die Direktwirkung des Freihandelsabkommens*, in: «Aktuelle Fragen zum Europarecht aus der Sicht in- und ausländischer Gelehrter», Fritz Schwind (Hrsg.) Veröffentlichungen der Kommission für Europarecht, Nr. 5. Österreichische Akademie der Wissenschaften, Vienne, 1986, p. 148-170.

PATRY, Robert, *Le Tribunal fédéral et le droit international*, Mélanges Assista, Genève, 1989, p. 519-531.

– *Le juge suisse face au libre-échange européen*, in: «L'avenir du libre-échange en Europe», Zurich (Schulthess), 1990, p. 233-240.

PERNICE, Ingolf, *Gemeinschaftsverfassung und Grundsrechtsschutz (Grundlagen, Bestand und Perspektiven)*, NJW 1990, p. 2409-2420.

PESCATORE, Pierre, *La Cour en tant que juridiction fédérale et constitutionnelle* (Rapport général au congrès européen de Cologne, 24-26 avril 1963), in: «Zehn Jahre Rechtsprechung des Gerichtshofes der Europäischen Gemeinschaften», KSE vol. 1, Cologne (Heymanns), 1965, p. 520-553.

– *Les droits de l'homme et l'intégration européenne*, CDE 1968, p. 629-673 (version allemande: *Die Menschenrechte und die Europäische Integration*, Integration 1969, p. 103-136).

– *L'attitude des juridictions nationales à l'égard du problème des effets directs du droit communautaire*, RTDE 1970, p. 296-302.

– *Rôle et chances du droit et des juges dans la construction de l'Europe*, RIDC 1974, p. 5-19 (également dans KSE 24, 1976, p. 9-22).

– *L'application du droit communautaire dans les Etats membres*, in: «Cour de justice des Communautés européennes, Rencontre judiciaire et universitaire, 27-28 septembre 1976», Luxembourg, Office des publications officielles des CE, 1976, p. VI-1 à VI-42 (également en danois, allemand, anglais, italien et néerlandais).

– *Aspects judiciaires de l'«acquis communautaire»*, RTDE 1981, p. 617-651.

– *The doctrine of «direct effect": an infant disease of Community law*, ELR 1983, p. 154-177.

– *Die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs zur innergemeinschaftlichen Wirkung völkerrechtlicher Abkommen*, FS für H. Mosler, Berlin (Springer), 1983, p. 661-689.

– *La carence du législateur communautaire et le devoir du juge*, in: Mélanges Léontin-Jean Constantinesco, Cologne (Heymanns), 1983, p. 559-580.

– *L'application judiciaire des traités internationaux dans la Communauté européenne et dans ses Etats membres*, Mélanges Teitgen, Paris (Pedone), 1984, p. 355-406.

– *Bestand und Bedeutung der Grundrechte in den Europäischen Gemeinschaften*, EuGRZ 1978, p. 441-445 (également dans EuR 1979, p. 1-12).

– (Mélanges –), *Du droit international au droit de l'intégration. Liber amicorum Pierre Pescatore*, éd. par F. Capotorti, C.-D. Ehlermann, J.A. Frowein, F. Jacobs, R. Joliet, T. Koopmans, R. Kovar, Baden-Baden (Nomos), 1987, 869 p. (cité: Mélanges Pescatore).

– *La Cour de justice des Communautés européennes et la Convention européenne des droits de l'homme,* Mélanges Wiarda, Cologne (Heymanns), 1988, p. 441-445.

– *Synthèse et note documentaire*, in: «L'avenir du libre-échange en Europe», Zurich (Schulthess), 1990, p. 475-494.

– *La constitution, son contenu, son utilité (La constitution nationale et les exigences découlant du droit international et du droit de l'intégration européenne: essai sur la légitimité des structures supra-étatiques)*, RDS/ZSR 1992 I, p. 41-72.

– *Article 164 et Article 177*, in: «Traité instituant la CEE (Commentaire article par article)», Paris (Economica), 1992.

PETERSMANN, Ernst-Ulrich, *Trade policy as a constitutional problem. On the «domestic policy functions» of international trade rules*, Aussenwirtschaft 1986, p. 405-439.

– *Constitutional functions and constitutional problems of international economic law*, Fribourg (Editions universitaires), 1987, p. 49-75.

– *Verfassungsrechtliche Grundprobleme bei der rechtlichen Regelung der Instrumente der Handelspolitik*, in: «Zölle, Verbrauchssteuern, europäisches Marktordnungsrecht» (Heinrich Wilhelm Kruse, Hrsg.), Cologne (Schmidt), 1988, p. 5-31.

– *Wie kann Handelspolitik konstitutionalisiert werden? Verfassungsrechtliche Bindungen der Aussenhandelspolitik*, Europa Archiv 1989, p. 55-64.

– *Die Verfassungsentscheidung für eine völkerrechtskonforme Rechtsordnung als Strukturprinzip der schweizerischen Bundesverfassung*, AöR 1990, p. 537-576.

– *GATT law as international legal framework of the European free trade system*, in: «L'avenir du libre-échange en Europe», Zurich (Schulthess), 1990, p. 111-129.

– *EWR-Abkommen, GATT und die Wirtschaftsfreiheit in der Schweiz*, in: «EWR-Abkommen (Erste Analysen)», Zurich (Schulthess), 1992, p. 79-99.

– *Settlements of international and national trade disputes through the GATT; the case of antidumping law*, in: «Adjudication ...», PUPIL, vol. 7, Fribourg, 1992, p. 77-138.

– *National Constitutions and International Economic Law,* in: «National Constitutions and International Economic Law», M. Hilf et E.-U. Petersmann (eds.), Deventer (Kluwer), 1993, p. 3-52.

– *Limited government and unlimited trade policy powers? Why effective judicial review of foreign trade restrictions depends on individual rights,* in: «National Constitutions and International Economic Law», M. Hilf et E.-U. Petersmann (eds.), Deventer (Kluwer), 1993, p. 537-561.

PETERSMANN/JAENICKE (éd), *Adjudication of international trade disputes in international and national economic law*, PUPIL, vol. 7, Fribourg (Ed. universitaires), 1992, 405 p. + annexe.

PEUKERT, Wolfgang, *Vorschläge zur Reform des Europäischen Menschenrechtsschutzsystems,* EuGRZ 1993, p. 173-183.

PIPKORN, Jörn, *La Communauté européenne et la Convention européenne des droits de l'homme*, RTDH, Bruxelles (Bruylant), 1993, p. 221-241.

PIQUEREZ, Gérard, *Le droit à un juge indépendant et impartial garanti par les articles 58 Cst. et 6 chiffre 1 CEDH impose-t-il de manière absolue une séparation des fonctions judiciaires? Réflexions d'un praticien,* SJ 1989, p. 114-132.

– *Le fédéralisme: un obstacle à la lutte contre la criminalité?,* in: «Problèmes actuels de la lutte contre la criminalité», J. Gauthier, D.F. Marty et N. Schmid, (éd.), vol. anniversaire 50 ans de la SSDP, RPS/ZStrR 1992, p. 57-67.

– *L'avenir de la procédure pénale en Suisse,* RPS/ZStrR 1992, p. 366-382.

POLAKIEWICZ, Jörg, *La mise en oeuvre de la CEDH en Europe de l'Ouest: aperçu du droit et de la pratique nationaux,* RUDH 1992, p. 359-376.

– *La mise en oeuvre de la CEDH et des décisions de la Cour de Strasbourg en Europe de l'Ouest: une évaluation*, RUDH 1992, p. 418-429.

POLEDNA, Tomas, *Praxis zur Europäischen Menschenrechtskonvention (EMRK) aus schweizerischer Sicht*, Zurich (Schulthess), 1993, 282 p.

POUDRET, Jean-François, *Le nouveau motif de revision prévu dans la loi fédérale d'organisation judiciaire à raison de la violation de la CEDH,* FS für Oscar Vogel, Fribourg (Ed. universitaires), 1991, p. 201-216.

PRECHAL, Sacha, *Remedies after Marshall*, CMLRev 1990, p. 451-473.

RASMUSSEN, Hjalte, *Between self-restraint and activism: a judicial policy for the European Court*, CMLRev 1988, p. 28-38.

– *The Court of justice of the European Communities and the process of integration*, in: «Fédéralisme et cours suprêmes / Federalism and Supreme Courts», (Orlan, éd.), Bruxelles (Bruylant) et Montréal (Les presses de l'Université), 1992, p. 199-237.

RAYMOND, Jean, *La Suisse et la Convention européenne des droits de l'homme,* RDS/ZSR 1979 II, p. 1-108.

RESS, Georg, *Effets des arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme en droit interne et pour les tribunaux nationaux*, Colloque de Heidelberg 1980, Paris (Pedone), 1982, p. 235-313 (également publié en allemand in: «Europäischer Menschenrechtsschutz. Schranken und Wirkungen», Heidelberg, 1982, p. 227ss).

– *Die «Einzelfallbezogenheit» in der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte*, FS Hermann Mosler, Berlin/Heidelberg/New-York (Springer), 1983, p. 719-744.

– *Les incidences du droit constitutionnel de la CE sur les droits constitutionnels nationaux,* rapport présenté lors du colloque des 18-19 juin 1993, organisé par l'I.H.E.E. de l'Université Robert Schuman de Strasbourg sur le thème: «Vers un droit constitutionnel européen/Quel droit constitutionnel européen?» (à paraître).

RIDEAU, Joël/CHARRIER, Jean-Loup, *Code de procédures européennes* (Commenté et annoté par –), Paris (Litec, Librairie de la Cour de cassation), 1990, 747 p.

RODRIGUEZ-IGLESIAS, Gil Carlos, *Le droit interne devant le juge international et communautaire*, Mélanges Pescatore, Baden-Baden (Nomos), 1987, p. 583-600.

– *Le juge communautaire face au libre-échange européen*, in: «L'avenir du libre-échange en Europe», Zurich (Schulthess), 1990, p. 227-232.

– *Der Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften als Verfassungsgericht*, EuR 1992, p. 225-245.

ROŠ, Mirko, *Die unmittelbare Anwendbarkeit der Europäischen Menschenrechtskonvention (Ein Beitrag zur Lehre der self-executing treaties),* Zurich (Schulthess), 1984, 210 p.

ROUILLER, Claude, *Le contrôle de la constitutionnalité des lois par le Tribunal fédéral suisse,* Pouvoirs, 1990, p. 147-158.

– *Le Pacte international relatif aux droits civils et politiques: effets possibles de l'application immédiate de ses normes «self-executing» sur le développement des droits fondamentaux*, RDS/ZSR 1992, I, p. 107-133.

RUSSOTTO, Jean, *L'avenir du libre-échange européen: le rôle de l'avocat communautaire*, in: «L'avenir du libre-échange en Europe», Zurich (Schulthess), 1990, p. 201-206.

RYSSDAL, Rolv, *Vers une Cour constitutionnelle européenne,* «Conférence Winston Churchill» donnée par le président de la Cour européenne des droits de l'homme à l'Académie de droit européen de Florence le 21 juin 1991, Conseil de l'Europe, Cour (91) 181, 12 p. (également en anglais; paraîtra dans le Recueil des cours).

– *Allocution* prononcée le 27 janvier 1993 à Strasbourg, lors de l'ouverture solennelle de la Cour européenne des droits de l'homme, Strasbourg, 8 p.

SCHÖBI, Felix, *Die «Schubert-Praxis» des Bundesgerichts im Lichte der parlamentarischen Diskussion über das Abkommen über den Europäischen Wirtschaftsraum,* AJP/PJA 7/93 (à paraître).

SEVON, Leif, *The EEA judicial system and the supreme courts of the EFTA-States*, in: «EEA Agreement (Comments and reflexions)», Zurich, 1992, p. 603-615 (également publié dans EJIL/JEDI 1992, p. 329-340).

SCELLE, Georges, *Le droit constitutionnel international*, Mélanges R. Carré de Malberg, Paris, 1932, p. 503-515.

SCHERMERS, H.-G., *The scales in balance: national constitutional court v. Court of justice*, CMLRev 1990, p. 97-105.

SCHINDLER, Dietrich, *Die innerstaatlichen Wirkungen der Entscheidungen der Europäischen Menschenrechtsorgane*, FS Max Guldener, Zurich (Schulthess), 1973, p. 273-290.

SCHINDLER, Dietrich et a. (éd.), *Die Europaverträglichkeit des schweizerischen Rechts*, Schriften zum Europarecht Bd. 1, Zurich (Schulthess), 1990, 681 p.

– *Verfassungsrecht*, in: «Die Europaverträglichkeit des schweizerischen Rechts», Zurich, 1990, p. 21-43.

– *Auswirkungen der EG auf die schweizerische Staatsstruktur*, in: «Wirtschaftspolitische Mitteilungen», 1990, p. 1-18.

SCHLUEP, Walter R., *Die markenrechtliche Rechtsprechung des EuGH aus schweizerischer Sicht*, in: «Nationaler Markenschutz und freier Warenverkehr in der europäischen Gemeinschaft», Hefermehl/Ipsen/Schluep/Sieben (Hrsg.), Munich, 1979, p. 228ss.

SCHMID, Gerhard, *Die Wirtschaftsverfassung der Europäischen Gemeinschaft als Rahmen der Liberalisierung der Versicherungsmärkte,* ZbJV/RSJB 1992, p. 301-318.

SCHMUCKLI, Thomas, *Die Fairness in der Verwaltungsrechtspflege (Art. 6 Ziff. 1 EMRK und die Anwendung auf die Verwaltungsrechtspflege des Bundes)*, thèse, Fribourg (Ed. universitaires), 1990, 172 p.

SCHOCKWEILER, Fernand A., *L'exécution des arrêts de la Cour*, Mélanges Pescatore, Baden-Baden (Nomos), 1987, p. 613-635.

SCHOLZ, Ruppert, *Wie lange bis zum «Solange III»?*, NJW 1990, p. 941-946.

SCHUBARTH, Martin, *Mit welchem Rechtsmittel ist eine behauptete Verletzung der EMRK beim Bundesgericht zu rügen?*, Plädoyer 1/90, p. 44-48.

SCHULTZ, Hans, *L'application de la Convention européenne d'extradition par le Tribunal fédéral suisse*, Mélanges offerts à Georges Levasseur, Paris (Gazette du Palais, Litec), 1992, p. 345-360.

SCHWARZE, Jürgen, *Die Befolgung von Vorabentscheidungen des Europäischen Gerichtshofs durch deutsche Gerichte (Ergebnisse einer rechtstatsächlichen Bestandsaufnahme)*, Baden-Baden (Nomos), 1988, 54 p.

SCHWEIZER, Rainer J., *Europäische Menschenrechtskonvention (EMRK) und schweizerisches Sozialversicherungsrecht*, in: «Sozialversicherungsrecht im Wandel», Berne (Stämpfli), 1992, p. 19-52.

SEILER, Hansjörg, *Das völkerrechtswidrige Bundesgesetz: Artikel 113 Absatz 3 BV im Verhältnis zu Völkerrecht, EG und EWR*, SJZ/RSJ 1992, p. 377-387.

SIMON, Denys, *L'interprétation judiciaire des traités d'organisations internationales (Morphologie des conventions et fonction juridictionnelle)*, thèse, Nancy, 1979, 844 p. (ronéotypées).

– *Les exigences de la primauté du droit communautaire: continuité ou métamorphoses?*, Mélanges Boulouis, Paris (Dalloz), 1991, p. 481-493.
– *L'effet dans le temps des arrêts préjudiciels de la Cour de justice des Communautés européennes: enjeu ou prétexte d'une nouvelle guerre des juges?*, Mélanges Pescatore, Baden-Baden (Nomos), 1987, p. 651-674.
– *Le Conseil d'Etat et les directives communautaires: du gallicanisme à l'orthodoxie?*, RTDE 1992, p. 265-283.
– *Le Conseil d'Etat, la directive, la loi, le droit: «ad augusta per angusta»?*, Europe – Revue mensuelle, Strasbourg/Paris (Ed. techniques), 2, 1992, p. 1-4.

SPINNER, Bruno, *Ungenützte «Zähne» des Vertrags Schweiz-EG. Rechtsansprüche im europäischen Freihandel*, NZZ du 16 septembre 1988, no 216, p. 39.

SPIRA, Raymond, *L'application du droit international de la sécurité sociale par le juge*, Mélanges Alexandre Berenstein, Lausanne (Payot), 1989, p. 471-487.

– *Le Tribunal fédéral des assurances face à l'EEE*, in: «Accord EEE (Commentaires et réflexions)», Zurich (Schulthess), 1992, p. 625-637.
– *La mise en oeuvre du droit social européen: point de vue d'un magistrat*, in: «L'Espace social européen» (Jean-Louis Duc, éd.), Lausanne (IRAL), 1993, p. 217-232.

STEIN, Eric, *Lawyers, judges and the making of a transnational Constitution*, AJIL 1981, p. 1-27.

STONE, Julius, *Non liquet and the function of law in the international community*, BYIL 1959, p. 124-161.

TAGARAS, H., *Effet direct des accords internationaux de la Communauté*, CDE 1984, p. 15-53.

TEITGEN, Pierre-Henri (Mélanges –), *Etudes de droit des Communautés européennes*. Mélanges offerts à Pierre-Henri Teitgen, Paris (Pedone), 1984, 530 p. (cité: Mélanges Teitgen).

TEMPLE LANG, John, *The development of European Community constitutional law*, The International Lawyer 1991, p. 455ss.

– *The sphere in which Member States are obliged to comply with the general principles of law and Community fundamental rights principles*, LIEI 1991/2, p. 23-35.

THÜRER, Daniel, *EMRK und schweizerisches Verwaltungsverfahren*, ZBl. 1986, p. 241-265.

– *Neuere Entwicklungen im Bereich der Europäischen Menschenrechtskonvention,* ZBl. 1988, p. 377-402.

– *Europaverträglichkeit als Rechtsargument,* FS für Dietrich Schindler, Bâle (Helbing & Lichtenhahn), 1989, p. 561-582.

– *Verfassungsrechtliche Leitprinzipien der Europäischen Integrationspolitik der Schweiz. Eine Skizze*, Aussenwirtschaft 1991, p. 519-532.

– *Schweizer Verfassungsordnung vor der Herausforderung durch die europäische Integration: Perspektiven, Prinzipien und heisse Eisen*, ZSR/RDS 1992 I, p. 73-106.

– *Von der sog. «Europaverträglichkeit»: Rechtsgestaltungsprinzip aus Verlegenheit oder Vehikel zur «stillen Revolutionierung» der schweizerischen Rechtsordnung?,* ZSR/RDS 1993 I, p. 91-94.

THÜRER, Daniel/WEBER, Philippe, *Zur Durchführung von Europäischem Gemeinschaftsrecht durch die Gliedstaaten eines Bundesstaates*, ZBl. 1991, p. 429-465.

TOMUSCHAT, Christian, *Les rapports entre le droit communautaire et le droit interne allemand dans la jurisprudence récente de la Cour constitutionnelle allemande*, CDE 1989, p. 163-178.

– *Quo vadis, Argentoratum? The success story of the European Convention on human rights – and a few dark stains*, HRLJ 1992, p. 401-406.

TRAVERSA, E., *Les voies de recours ouvertes aux opérateurs économiques: le renvoi préjudiciel au titre de l'article 177 du traité CEE,* Revue du Marché unique européen 2/92, p. 51-80.

TRECHSEL, Stefan, *Erste Erfahrungen mit der Europäischen Menschenrechtskonvention,* ZbJV/RSJB 1979, p. 457-481.

– *Gericht und Richter nach der EMRK*, FS für Peter Noll, Zurich, 1984, p. 385-401.

– *The role of international organs controlling human rights in the field of international co-operation*, in: «Principles and procedures for a new transnational criminal law», Fribourg-en-Brisgau (Max-Plank Institut), 1992, p. 633-665.

VAUTIER, Clémy, *L'application de la Convention européenne des droits de l'homme et ses conséquences pratiques,* JT, partie IV, Droit pénal no 5/1992, p. 130-151.

VEELKEN, Winfried, *Die unmittelbare Anwendbarkeit der Freihandelsverträge der EG mit den sog. Rest-EG-Staaten*, RIW 1988, p. 112-122.

VELU Jacques (Mélanges –), *Présence du droit public et des droits de l'homme,* Mélanges offerts à Jacques Velu, collection de la Faculté de droit de l'Université libre de Bruxelles, Bruxelles (Bruylant), 1992, 3 volumes, 1931 p. (cité: Mélanges Velu).

VILLIGER, Mark E., *Die Wirkungen der Entscheide der EMRK-Organe im innerstaatlichen Recht, namentlich in der Schweiz*, ZSR/RDS 1985 I, p. 478-515.

– *Die Europäische Menschenrechtskonvention und die schweizerische Rechtsordnung,* EuGRZ 1991, p. 81-89.

– *Die Schweiz und die EMRK,* in: «Neues Handbuch der schweizerischen Aussenpolitik/Nouveau manuel de la politique extérieure suisse» (A. Riklin/H. Haug/R. Probst, éd.), Berne (Haupt), 1992, p. 277-292.

VIRALLY, Michel, *Le champ opératoire du règlement judiciaire international*, RGDIP 1983, p. 281-314.

VOGEL, Oscar, *Europa und das schweizerische Prozessrecht,* AJP/PJA 4/92, p. 459-465.

VOYAME, Joseph, *Nul n'est censé ignorer la jurisprudence, (Quelques considérations sur la publication des décisions de la Commission et de la Cour européennes des droits de l'homme),* Mélanges Wiarda, Cologne (Heymanns), 1988, p. 673-677.

WAELBROECK, Michel, *Traités internationaux et juridictions internes dans les pays du Marché commun*, Bruxelles/Paris (Pedone), 1969, 348 p.

– *L'effet direct de l'accord relatif aux échanges commerciaux, du 22 juillet 1972, entre la CEE et la Confédération suisse*, ASDI/SJIR 1973, p. 113-132.

– *Enforceability of the EEC-EFTA free trade agreements; a reply*, ELR 1978, p. 28-31.

WALDER, Hans Ulrich, *Gedanken zur Verteidigung der richterlichen Unabhängigkeit im Lichte der EMRK,* in: «Festschrift Franz Matscher», Vienne (Manz), 1993, p. 517-522.

WALSH, Brian, *The judicial power, justice and the Constitution of Ireland*, Mélanges O'Higgins, Dublin (Butterworth), 1992, p. 145-157.

– (Mélanges –), *Human rights and constitutional law. Essays in honour of Brian Walsh*, ed. by James O'Reilly, Dublin (The Round Hall Press), 1992, 366 p. (cité: Mélanges Walsh).

WEIDMANN, Klaus W., *Der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte auf dem Weg zu einem europäischen Verfassungsgerichtshof*, Berne (Lang), 1985, 327 p.

WEILER, Joseph H.H., *The Court of justice on trial*, in: «On law and policy», CMLRev 1987, p. 555-588.

– *The European Court at a crossroads: Community human rights and Member State Action*, Mélanges Pescatore, Baden-Baden (Nomos), 1987, p. 821-842.

WEISS, Friedl, *The functioning of the free trade agreements,* in: «L'avenir du libre-échange en Europe», Zurich (Schulthess), 1990, p. 61-78.

WEITZEL, Luc, *La Commission européenne des droits de l'homme et le droit communautaire*, Mélanges Velu, Bruxelles (Bruylant), 1992, tome III, p. 1391-1406.

– *La reformulation de la question préjudicielle,* rapport présenté à Maastricht le 10 septembre 1992 lors du colloque de l'IEAP sur le thème «Questions actuelles de la procédure préjudicielle», 19 p. (ronéotypées).

WIARDA, Gérard J. (Mélanges –), *Protecting Human Rights: The European Dimension/Protection des droits de l'homme: la dimension européenne*, Studies in honour of/Mélanges en l'honneur de Gérard J. Wiarda, éd. par Franz Matscher et Herbert Petzold, Cologne/Berlin/Bonn/Munich (Heymanns), 1988, 750 p. (cité: Mélanges Wiarda).

WILDHABER, Luzius, *Bemerkungen zum Fall Schubert betreffend das Verhältnis von Völkerrecht und Landesrecht,* SJIR/ASDI 1974, p. 195-201.

– *Erfahrungen mit der Europäischen Menschenrechtskonvention,* ZSR/RDS 1979 II, p. 229-379.

– *Die Schweiz und die Europäische Menschenrechtskonvention im Rahmen neuerer Entwicklungen,* Europa-Institut der Universität des Saarlandes (Vorträge, Reden und Berichte), Sarrebruck, 1989, no 173, 32 p.

WILDHABER, Luzius/BREITENMOSER, Stefan, *The relationship between customary international law and municipal law in Western European countries*, ZaöRV 1992, p. 163-207.

WILHELM, Christophe, *Introduction et force obligatoire des traités internationaux dans l'ordre juridique suisse*, thèse, Lausanne (Presses centrales), 1992, 335 p.

WOLF, Manfred, *Abbau prozessualer Schranken im europäischen Binnenmarkt*, in: «Wege zu einem europäischen Zivilprozessrecht (Tübinger Symposium zum 80. Geburtstag von Fritz Baur)» (W. Grunsky und a., Hrsg.), Tübingen (Mohr), 1992, p. 35-67.

WÜRSCH, Josef, *Der Rechtschutz im Gemeinschaftsrecht*, in: «Einführung in den Aufbau des EG-Rechts» (R. Zäch/D. Thürer/R. Weber, Hrsg.), Zurich (Schulthess), 1992, p. 95-109.

WYLER, Eric, *Victime «actuelle» et victime «virtuelle» d'une violation des droits de l'homme dans la jurisprudence relative à l'art. 25 de la Convention européenne des droits de l'homme,* RSDIE/SZIER 1993, p. 3-38.

ZELLWEGER, Valentin, *Welches integrationspolitische Potential bergen die Niederlassungsverträge?,* AJP/PJA 7/93 (à paraître).

ZIMMERLI, Ulrich, *Das Nein des Schweizervolks zum EWR und die Folgen für die Schweizer Anwälte,* Der Schweizer Anwalt, Mai 1993, no 144.