



Ouvrage collectif

2012

Published version

Open Access

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

Genève au confluent du droit interne et du droit international : Mélanges offerts par la Faculté de droit de l'Université de Genève à la Société suisse des juristes à l'occasion du congrès 2012

Bellanger, François (ed.); de Werra, Jacques (ed.)

How to cite

BELLANGER, François, DE WERRA, Jacques, (eds.). Genève au confluent du droit interne et du droit international : Mélanges offerts par la Faculté de droit de l'Université de Genève à la Société suisse des juristes à l'occasion du congrès 2012. Genève : Schulthess, 2012. (Collection genevoise. Recueils de textes)

This publication URL: <https://archive-ouverte.unige.ch/unige:23508>

Recueils
de textes

Genève au confluent du droit interne et du droit international

Mélanges offerts par la Faculté
de droit de l'Université de Genève
à la Société Suisse des Juristes
à l'occasion du Congrès 2012

Édités par
François Bellanger et Jacques de Werra



UNIVERSITÉ
DE GENÈVE
FACULTÉ DE DROIT

Schulthess
ÉDITIONS ROMANDES



CG
Collection
Genevoise

François Bellanger/Jacques de Werra (éds)

Genève au confluent du droit interne et du droit international

Mélanges offerts par la Faculté de droit de l'Université de Genève
à la Société Suisse des Juristes à l'occasion du Congrès 2012



Recueils de textes

Genève au confluent du droit interne et du droit international

Mélanges offerts par la Faculté
de droit de l'Université de Genève
à la Société Suisse des Juristes
à l'occasion du Congrès 2012

Édités par
François Bellanger et Jacques de Werra



**UNIVERSITÉ
DE GENÈVE**
FACULTÉ DE DROIT

Schulthess
ÉDITIONS ROMANDES

§ 2012

Information bibliographique de la Deutsche Nationalbibliothek

La Deutsche Nationalbibliothek a répertorié cette publication dans la Deutsche Nationalbibliografie; les données bibliographiques détaillées peuvent être consultées sur Internet à l'adresse <http://dnb.d-nb.de>.

Tous droits réservés. Toute traduction, reproduction, représentation ou adaptation intégrale ou partielle de cette publication, par quelque procédé que ce soit (graphique, électronique ou mécanique, y compris photocopie et microfilm), et toutes formes d'enregistrement sont strictement interdites sans l'autorisation expresse et écrite de l'éditeur.

© Schulthess Médias Juridiques SA, Genève · Zurich · Bâle 2012

ISBN 978-3-7255-6620-4

ISSN Collection genevoise: 1661-8963

www.schulthess.com

Préface

Fidèle à sa vocation, la Société suisse des juristes arpente les quatre coins du pays depuis 1861. Elle s'arrête aujourd'hui à Genève, après sept congrès tenus dans notre ville¹ au cours de son siècle et demi d'existence. Cinq collègues provenant d'autant d'universités suisses livrent leurs réflexions sur le thème que la Société a assigné à son Congrès 2012: « *Le droit suisse face aux défis du droit international* ». Ces défis s'imposent à toute faculté de droit. Celle de l'Université de Genève les a fait siens depuis nombre d'années comme en témoignent les enseignements, recherches, colloques et publications entrepris en ses murs. Unissant leurs forces, la Faculté de droit et l'Institut de hautes études internationales et du développement ont par exemple créé une Académie de droit international humanitaire et des droits humains qui dispense un LL.M. dans ces domaines essentiels du droit international. Elles offrent également un LL.M. of Advanced Studies in International Dispute Settlement. En outre, grâce à la proximité d'organisations internationales comme le Comité international de la Croix-Rouge, l'Organisation mondiale du commerce et l'Organisation des Nations Unies, des collaborations ont été développées et des programmes nouveaux mis sur pied, qui placent Genève au confluent du droit interne et du droit international. Les liens privilégiés qu'entretiennent plusieurs membres du corps professoral avec ces organisations sont à l'origine de ces collaborations fructueuses.

Trois réalisations récentes, parmi tant d'autres, permettent d'illustrer comment la Faculté de droit de Genève s'emploie à relever le défi. La première a trait aux biens immatériels. Une protection limitée au droit national de biens qui par nature sont destinés à circuler par-delà les frontières est inconcevable. L'interpénétration est ici aussi nécessaire qu'inévitable. Répondant à un besoin des praticiens, comme à celui d'une réflexion théorique solide fondée sur les difficultés concrètes de conception et de mise en œuvre des droits de propriété intellectuelle, la Faculté de droit et l'Organisation mondiale de la propriété intellectuelle (OMPI) ont joint leurs compétences pour organiser en 2011 une université d'été consacrée au rôle joué par la propriété intellectuelle en tant qu'instrument de développement économique, social, culturel et technologique. Le succès de cette première édition en appelant d'autres, la deuxième *Summer school WIPO-UNIGE* a été ouverte aux inscriptions à l'heure où ces lignes sont écrites.

L'eau douce, un bien matériel devenu éminemment précieux, fournit un second exemple de la position de confluence qu'occupent Genève et sa Faculté de droit entre droit interne et droit international. Dans nos contrées bien

¹ En 1878, 1891, 1910, 1919, 1938, 1952, 1969, 1976 et 1991.

arrosées, l'eau a pu rester confinée, du moins au début du 20^{ème} siècle, à quelques dispositions sur les rivières et autres sources jaillissant sur un fonds, propre ou impropre à la culture (art. 664, 704 CC). Reconnaisant le caractère vital de l'eau pour les êtres humains et l'environnement, la Faculté de droit a créé une *Plateforme pour le droit international de l'eau douce*². Grâce, notamment, à des financements extérieurs privés ou publics, les membres de la plateforme entreprennent des activités de recherche et d'enseignement, participent à des colloques ou les organisent, et agissent en tant qu'experts pour les gouvernements et les organisations internationales.

Après les biens immatériels et matériels, place aux biens culturels ! Dès la rentrée de septembre 2012, la Faculté de droit accueille une *chaire UNESCO en droit international de la protection des biens culturels*. Une nouvelle formation destinée aux étudiants en droit et en lettres est issue de cet accord avec l'UNESCO. Il est prévu de développer des enseignements nouveaux qui pourront s'appuyer sur la recherche, menée notamment en relation avec la résolution des conflits liés à la restitution des biens culturels.

La tâche assignée aux rapporteurs par la Société suisse des juristes est d'autant plus passionnante que son enjeu fondamental est de faire progresser le droit pour permettre son adéquation aux besoins des temps présents et à venir, afin de « réaliser la liberté, la démocratie, l'indépendance et la paix dans un esprit de solidarité et d'ouverture au monde »³. La Faculté de droit est fière d'accueillir le Congrès 2012 de la Société suisse des juristes et de lui offrir, à cette occasion, le présent volume rassemblant des contributions qui font écho au thème des travaux. Elle adresse ses sincères remerciements aux auteurs de celles-ci ainsi qu'aux éditeurs qui ont pris soin de les rassembler. Enfin, elle tient à exprimer sa reconnaissance au président de la Société suisse des juristes, notre collègue BÉNÉDICT FOËX, qui œuvre sans relâche pour que la Société participe au développement de l'ordre juridique suisse en réunissant les juristes de la Suisse tout entière.

« Il me semble que tout cela donne furieusement à penser »⁴. Que ces mots de l'enfant du tricentenaire accompagnent les réflexions suscitées par le thème du Congrès 2012 de la Société suisse des juristes !

Mai 2012

CHRISTINE CHAPPUIS, doyenne

² <http://www.unige.ch/droit/eau/index.html>.

³ Préambule de la Constitution fédérale.

⁴ ROUSSEAU, *Essai sur l'origine des langues*, chapitre V, *Œuvres Complètes*, p. 386.

Sommaire

Préface	5
Sommaire	7
Table des matières	9
Table des abréviations.....	17
MAYA HERTIG RANDALL, PROFESSEURE AU DÉPARTEMENT DE DROIT PUBLIC DE L'UNIVERSITÉ DE GENÈVE, AVOCATE, LL.M. (CAMBRIDGE)	
Le dialogue entre le juge suisse et le juge européen	19
THOMAS KADNER GRAZIANO, PROFESSEUR À L'UNIVERSITÉ DE GENÈVE	
Comment enseigner le droit comparé ? Une proposition genevoise.....	61
ROBERT KOLB, PROFESSEUR DE DROIT INTERNATIONAL PUBLIC À L'UNIVERSITÉ DE GENÈVE	
L'image changeante du droit international public.....	77
DOMINIQUE MANAI, PROFESSEURE ORDINAIRE À L'UNIVERSITÉ DE GENÈVE	
De Jure Corporis ou les droits de la personnalité au regard des éléments du corps humain.....	91
GABRIELLE MARCEAU, PROFESSEURE ASSOCIÉE À L'UNIVERSITÉ DE GENÈVE	
Open Hearings in the WTO Dispute Settlement Mechanism : The Current State of Play	109
VICTOR MONNIER, PROFESSEUR À L'UNIVERSITÉ DE GENÈVE	
L'entrée de la Suisse dans la Société des Nations et la désignation de Genève comme siège de cette organisation internationale.....	127
XAVIER OBERSON, PROFESSEUR À L'UNIVERSITÉ DE GENÈVE, AVOCAT	
Récents développements dans le droit de l'assistance internationale en matière fiscale, notamment avec les Etats-Unis : sept leçons à tirer de « l'affaire UBS »	135

ANNE PETITPIERRE SAUVAIN, PROFESSEURE HONORAIRE À LA FACULTÉ DE DROIT DE
L'UNIVERSITÉ DE GENÈVE, AVOCATE AU BARREAU DE GENÈVE

**Libre circulation des OGM ou libre circulation des produits :
problèmes de définition et problèmes de fond** 165

MARCO SASSÒLI, PROFESSEUR À L'UNIVERSITÉ DE GENÈVE

**Völkerrecht und Landesrecht : Plädoyer eines Völkerrechtlers für
SCHUBERT** 185

THIERRY TANQUEREL, PROFESSEUR À L'UNIVERSITÉ DE GENÈVE

**Le code de bonne administration du Conseil de l'Europe :
quelle utilité pour la Suisse ?** 203

BÉNÉDICT WINIGER, PROFESSEUR À L'UNIVERSITÉ DE GENÈVE

**Le juge du voisin est-il fou ? Ou les vertus de la jurisprudence
comparée** 217

Table des matières

Préface	5
Sommaire	7
Table des matières	9
Table des abréviations.....	17
MAYA HERTIG RANDALL	
Le dialogue entre le juge suisse et le juge européen	19
I. Introduction	19
II. La notion du dialogue des juges.....	22
III. Les fonctions du dialogue des juges	25
A. Les fonctions normatives	25
B. La fonction descriptive.....	28
IV. La matérialisation du dialogue entre le juge suisse et le juge européen.....	28
A. Le discours ascendant	29
1. Le discours coopératif	29
a. L'alignement	29
b. L'anticipation.....	30
2. Le discours compétitif	32
a. La critique	32
b. L'opposition.....	36
ba. L'opposition en amont	37
bb. L'opposition en aval.....	38
B. Le discours descendant.....	42
1. Le discours coopératif	42
a. La reconnaissance	42
b. L'alignement	44
c. L'anticipation.....	48
2. Le discours compétitif	50
a. La critique	50
b. La réplique	53
V. Conclusion	56

THOMAS KADNER GRAZIANO

Comment enseigner le droit comparé ? Une proposition genevoise.....	61
I. Introduction et point de départ	61
II. Exigences pratiques : de la méthode nationale et bilatérale à une méthode multilatérale et supranationale du droit comparé.....	63
A. Objectif : permettre un choix éclairé en connaissance des solutions possibles	66
B. Trois exemples pratiques	67
III. Comment enseigner le droit comparé? – La proposition genevoise	70
A. Connaissances méthodologiques.....	71
B. Combiner micro- et macro-comparaison.....	74
C. Défis linguistiques	74
IV. Bénéfices de l’approche proposée	75

ROBERT KOLB

L’image changeante du droit international public.....	77
I. Introduction	77
II. Définition et objet du droit international public	78
III. L’époque d’expansion et de foi relative dans l’ordre juridique international (1919-fin des années 1960).....	80
IV. L’époque des tensions et des incertitudes (années 1960 à nos jours)	83
V. Conclusion	88

DOMINIQUE MANAI

<i>De Jure Corporis</i> ou les droits de la personnalité au regard des éléments du corps humain.....	91
I. Introduction	91
II. Emergence de principes juridiques supranationaux relatifs aux éléments du corps humain	93
A. Les normes médico-éthiques.....	94
B. La convention sur les droits de l’homme et la biomédecine	95
C. L’Union européenne et la biomédecine	96
III. Le droit à l’autodétermination bio-matérielle	97
A. Le consentement éclairé de la personne	98

	B. Le consentement général en question.....	99
IV.	Le droit à la confidentialité et la traçabilité des éléments corporels	101
	A. L’anonymisation des données.....	102
	B. La traçabilité des éléments corporels et l’intérêt des tiers	102
V.	Le principe de gratuité.....	104
	A. L’interdiction de percevoir un avantage quelconque.....	104
	B. La possibilité d’indemniser le donneur	105
	C. La brevetabilité des éléments corporels en question.....	106
VI.	Conclusion	108

GABRIELLE MARCEAU

Open Hearings in the WTO Dispute Settlement Mechanism :

	The Current State of Play	109
I.	Introduction.....	109
II.	Historical background.....	110
III.	Arguments For and Against Open Hearings : The Current State of Play.....	113
	A. Legal arguments.....	113
	1. Panel Hearings	113
	2. Appellate Body Hearings.....	116
	B. Policy-Oriented Arguments	119
IV.	The Evolution of Open Panel and Appellate Hearings.....	121
	A. Response of the Panels and the AB	121
	B. Response of the Secretariat.....	122
V.	Conclusions : Future Developments	124

VICTOR MONNIER

L’entrée de la Suisse dans la Société des Nations et la désignation

	de Genève comme siège de cette organisation internationale.....	127
--	--	------------

XAVIER OBERSON

Récents développements dans le droit de l'assistance internationale en matière fiscale, notamment avec les Etats-Unis : sept leçons à tirer de « l'affaire UBS » 135

I.	Introduction	135
II.	L'assistance fiscale internationale selon l'article 26 de la CDI 1996	136
III.	L'affaire UBS.....	139
	A. Premiers rebondissements.....	139
	1. Arrêt du Tribunal administratif fédéral du 5 mars 2009 (« UBS I ») 139	
	a. L'analyse juridique	139
	b. Commentaire	142
	2. Arrêt du Tribunal administratif fédéral du 5 janvier 2010 (« UBS II ») et ATF du 15 juillet 2011 (« FINMA »)	143
	a. L'analyse juridique	143
	b. Commentaire	144
	B. La saga de l'accord UBS.....	144
	1. L'accord du 19 août 2009	144
	2. ATAF du 21 janvier 2010 (« UBS III »)	145
	a. Introduction.....	145
	b. Les faits.....	145
	c. L'analyse juridique	146
	d. Commentaire	148
	3. Le protocole du 31 mars 2010.....	149
	4. ATAF du 15 juillet 2010 (« UBS IV »)	149
	a. Les faits.....	149
	b. L'analyse juridique	150
	ba. Méthodologie	150
	bb. Les normes internationales pertinentes.....	151
	bc. Hiérarchie entre normes internationales	152
	bd. Conclusion.....	154
	c. Commentaire	154
	5. Arrêt du Tribunal administratif fédéral du 21 septembre 2010 (A-4936/2010) (« UBS V »).....	158
	a. Les faits.....	158
	b. L'argumentation juridique.....	158

c.	Commentaire	159
6.	Arrêt du Tribunal administratif fédéral du 23 mars 2011 (« trust discrétionnaire »).....	159
a.	L'analyse juridique	159
b.	Commentaire	160
7.	Arrêt du Tribunal administratif fédéral du 12 décembre 2011.....	160
IV.	Un nouveau départ. L'article 26 de la nouvelle CDI de septembre 2009 avec les Etats-Unis.....	160
V.	Sept leçons à tirer de l'affaire UBS	162
VI.	Conclusion	163

ANNE PETITPIERRE SAUVAIN

	Libre circulation des OGM ou libre circulation des produits : problèmes de définition et problèmes de fond	165
I.	L'OGM en droit.....	165
A.	Les organismes.....	165
1.	La définition.....	165
2.	Les caractéristiques du droit suisse.....	166
B.	Les OGM dans la loi	167
1.	La notion d'OGM.....	167
2.	Les OGM et les produits	169
3.	Les instruments de contrôle des OGM.....	171
II.	Les diverses approches de droit international.....	173
A.	La biodiversité et le Protocole de Cartagena	173
1.	L'impact des OGM sur la diversité biologique.....	173
2.	L'évaluation des risques pour la diversité biologique.....	175
B.	L'OMC et l'accord SPS	176
1.	La nature et l'objet du moratoire européen.....	176
2.	Les mesures sanitaires ou phytosanitaires	178
C.	Pour une harmonisation des notions	178
III.	Biotechnologie et atteintes à l'environnement.....	179
A.	Les OGM sources d'atteintes à l'environnement	180
B.	Prévention et responsabilité.....	181
IV.	Conclusions quant à la diffusion des OGM	182

MARCO SASSÒLI

Völkerrecht und Landesrecht : Plädoyer eines Völkerrechtlers für

SCHUBERT	185
I. Einleitung	185
II. Die Rechtsprechung des Bundesgerichts	187
III. Völkerrecht und Landesrecht aus der Sicht des Völkerrechts	189
IV. Die Geltung des Völkerrechts im Schweizer Landesrecht	190
V. Landesrecht als Beitrag zur Entstehung neuen Völkerrechts	191
VI. Gründe für einen Vorrang bewusst völkerrechtswidrigen späteren Landesrechts im Landesrecht	194
A. Beitrag der Schweiz zur Auslegung und Weiterentwicklung des Völkerrechts	194
B. Gewaltenteilung	196
C. Politischer Opportunismus	197
VII. Konsequenzen einer Verletzung des Völkerrechts durch späteres Landesrecht	197
VIII. Ausnahmen, insbesondere für Menschenrechte ?	198
A. Zwingendes Völkerrecht?	198
B. Menschenrechte?	199
IX. Ergebnis	201

THIERRY TANQUEREL

**Le code de bonne administration du Conseil de l'Europe :
quelle utilité pour la Suisse ?**

.....	203
I. Introduction	203
II. Le contexte	204
A. La recommandation CM/Rec(2007)7	204
1. Présentation	204
2. Mise en perspective	205
B. Le code de bonne administration	208
III. Les éléments principaux du code	208
IV. La conformité du droit suisse au code	210
A. Les éléments pris en compte par le droit suisse	210

B.	Les lacunes	212
1.	La participation à l'élaboration des actes réglementaires	212
2.	Le délai raisonnable pour agir	213
3.	La transparence	213
4.	Les recours administratifs.....	213
5.	La responsabilité de l'Etat.....	214
V.	Quels modes de réception	215
VI.	Conclusion	216

BÉNÉDICT WINIGER

Le juge du voisin est-il fou ? Ou les vertus de la jurisprudence comparée.....

I.	Introduction : deux exemples pratiques.....	217
II.	Les origines du problème	219
III.	Des remèdes possibles ?.....	222

Table des abréviations

ACEDH	Arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme
AFC	Administration fédérale des contributions
al.	alinéa
art.	article
ATAF	Arrêt du Tribunal administratif fédéral
ATF	Arrêt du Tribunal fédéral
CC	Code civil suisse du 10 décembre 1907
CDI	Convention de double imposition
CEDH	Convention du 4 novembre 1950 de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales
ch.	chiffre
CIJ	Cour internationale de justice
CJCE	Cour de justice des communautés européennes (désormais CJUE – Cour de justice de l'Union européenne)
consid.	considérant
Cour EDH	Cour européenne des droits de l'homme
CP	Code pénal suisse du 21 décembre 1937
CPI	Cour pénale internationale
CPP	Code de procédure pénale suisse du 5 octobre 2007
Cst.	Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999
CVIM	Convention des Nations Unies du 11 avril 1980 sur les contrats de vente internationale de marchandises
éd.	éditeur/édition
FF	Feuille fédérale
FINMA	Finanzmarktaufsicht (Autorité de surveillance des marchés financiers)
ibid.	ibidem
id.	idem
IDEDH	Institut de droit européen des droits de l'homme
let.	lettre

n.	note
OCDE	Organisation pour la coopération et le développement économiques
OGM	Organisme génétiquement modifié
OMC	Organisation mondiale du commerce
OMS	Organisation mondiale de la santé
ONU	Organisation des Nations Unies
OVM	Organisme vivant modifié
p. ex.	par exemple
par.	paragraphe
RCADI	Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye
RDAF	Revue de droit administratif et de droit fiscal
RDS	Revue de droit suisse
RMGA	Réseau de médecine génétique appliquée du Canada
RS	Recueil systématique du droit fédéral
S.d.N.	Société des Nations
s/ss	suivant/s
spéc.	spécialement
TAF	Tribunal administratif fédéral
TF	Tribunal fédéral
tit.	titre
UE	Union européenne
UNESCO	Organisation des Nations Unies pour l'éducation, la science et la culture
UNIDROIT	Institut international pour l'unification du droit privé
vol.	volume

Le dialogue entre le juge suisse et le juge européen

MAYA HERTIG RANDALL

*Professeure au département de droit public de l'Université de Genève,
avocate, LL.M. (Cambridge)**

« [...] il ne doit y avoir ni gouvernement des juges ni guerre des juges.
Il doit y avoir place pour le dialogue des juges »¹.

I. Introduction

En tant que science argumentative, le droit est par essence dialogique. Le discours imprègne dans une démocratie libérale tant la production que l'application des normes : comme le soulignent les adhérents de la démocratie délibérative, le débat public est une condition indispensable pour la légitimité du processus législatif. Dans les procédures judiciaires, les diverses composantes du droit d'être entendu, et la publicité des débats, visent à garantir un espace à l'argumentation entre les parties et les juges, d'une part, et au sein des différents membres de l'instance judiciaire, d'autre part². Par la motivation des jugements, les juridictions de recours n'entament-elles pas de plus un dialogue avec les juridictions inférieures ? Pourquoi donc cette passion récente³ pour le dialogue des juges ? En effet, le nombre d'études consacrées à ce sujet dans le monde anglo-saxon⁴ ainsi qu'en France et Belgique⁵ est impressionnant.

* L'auteure remercie chaleureusement TRISTAN ZIMMERMANN, doctorant et assistant au département de droit public de l'Université de Genève, de sa précieuse relecture et des corrections stylistiques et grammaticales.

¹ GENEVOIS BRUNO, Conclusions sur Conseil d'Etat, Assemblée, 22 décembre 1978, *Ministre de l'Intérieur c/ Cohn Bendit*, D. 1979, 155.

² Dans ce sens aussi GRABARCZYK KATARZYNA, « Dialogue des juges : éléments d'analyse. Propos introductifs », in : SUDRE FRÉDÉRIC (dir.), *Le dialogue des juges*, Cahiers de l'IDEDH n° 11, 2007, p. 10 ss, 14, qui relève que « tout jugement [...] relève de l'argumentation » ; dans ce sens aussi FRYDMAN BENOÎT, « Conclusion : Le dialogue des juges et la perspective idéale d'une justice universelle », in : *Le dialogue des juges : actes du colloque organisé le 28 avril 2006 à l'Université libre de Bruxelles*, Les Cahiers de l'Institut d'études sur la justice n° 9, Bruxelles, 2007, p. 147 ss, 148.

³ La nature récente du concept du dialogue des juges est soulignée par ANDRIANTSIMBAZOVINA JOËL, « L'autorité de la chose interprétée et le dialogue des juges. En théorie et pratique un couple juridiquement inséparable », in : *Le dialogue des juges : mélanges en l'honneur du Président Bruno Genevois*, Paris, 2009, p. 11 ss, p. 13.

⁴ SLAUGHTER ANNE-MARIE, *A New World Order*, Princeton, 2004, p. 65 ss ; *Id.*, « A Global Community of Courts », 44(1) *Harvard International Law Journal* 2003, p. 191 ss ; MCCRUDDEN CHRISTOPHER, « A Common Law of Human Rights ? : Transnational Judicial Conversations on Constitutional Rights », 20(4) *Oxford Journal of Legal Studies* 2000, p. 499 ss ; JACKSON VICKY, « Comparative Constitutional

Selon les adeptes de cette métaphore, le dialogue des juges exprime quelque chose de nouveau : il est appréhendé non simplement « comme un sujet de sociologie judiciaire », mais « véritablement comme une manière de dire le droit, de le découvrir ou de le fabriquer »⁶. Dans le même ordre d'idée, François OST propose un nouveau modèle de la fonction judiciaire, qu'il dénomme le « juge Hermès », le juge communicateur⁷. Cette description du rôle du juge est selon OST plus adéquate que deux autres modèles concurrents : celui du « juge jupitérien » et celui du « juge Hercule ».

Selon la vision jupitérienne, appelée par OST aussi le modèle de la pyramide ou du code, la légitimité du juge dérive essentiellement de celle du législateur. Employant principalement un raisonnement déductif, le juge est le garant de la légalité. Sa fonction consiste à appliquer les lois aux cas particuliers et à contrôler la conformité des normes à celles qui leur sont supérieures dans l'ordonnement pyramidal de l'ordre juridique.

Inspiré par la critique du réalisme américain, le modèle herculéen souligne l'inadéquation d'une vision du juge « comme bouche de la loi », et lui

Federalism and Transnational Judicial Discourse », 2(1) *International Journal of Constitutional Law* 2004, p. 91 ss ; BAHDY REEM, « Globalization of Judgment : Transjudicialism and the Five Faces of International Law in Domestic Courts », 34 *George Washington International Law Review* 2002, p. 555 ss ; LITTLEPAGE KELLEY, « Transnational Judicial Dialogue and Evolving Jurisprudence in the Process of European Legal Integration », 2011 *EUSA Papers*, http://euce.org/eusa/2011/papers/9b_littlepage.pdf (état au 13 octobre 2011) ; PAUNIO ELINA, « Conflict, power, and understanding – judicial dialogue between the ECJ and national courts », 7 *NoFo* 2010, p. 5 ss <http://www.helsinki.fi/nofa/NoFo7Paunio.pdf> (état au 13 octobre 2011) ; ROSAS ALLAN, « The European Court of Justice in Context : Forms and Patterns of Judicial Dialogue », 1(2) *European Journal of Legal Studies* 2007, p. 1 ss ; KURBY MICHAEL, « Transnational Judicial Dialogue, Internationalisation of Law and Australian Judges », 9(1) *Melbourne Journal of International Law* 2008, p. 171 ss. Pour un point de vue critique, cf. LAW DAVID S., CHANG WEN-CHEN, « The Limits of Global Judicial Dialogue », 86 *Washington Law Review* 2011, p. 523 ss, aussi disponible à <http://www.ssrn.com/abstract=1798345> (état au 20 mars 2012).

⁵ LICHÈRE FRANÇOIS, POTVIN-SOLIS LAURENCE, RAYNOUARD ARNAUD (éd.), *Le dialogue entre les juges européens et nationaux : incantation ou réalité ? Actes de la journée d'étude organisée le 10 février 2003 à la Faculté de droit, économie et administration de l'Université de Metz*, Bruxelles, 2004 ; SUDRE FRÉDÉRIC (dir.), *Le dialogue des juges*, et GONZALEZ GÉRARD (dir.) *Les sources internationales dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme*, Cahiers de l'IDEDH no 11, 2007, http://www.idedh.fr/IMG/pdf/pdf_Cahiers_IDEDH_11.pdf (état au 20 mars 2012) ; *Le dialogue des juges : mélanges en l'honneur du Président Bruno Genevois*, Paris, 2009 ; *Le dialogue des juges : actes du colloque organisé le 28 avril 2006 à l'Université libre de Bruxelles*, Les Cahiers de l'Institut d'études sur la justice no. 9, Bruxelles, 2007 ; DE GOUTTES RÉGIS, « Le dialogue des juges », Colloque du Cinquantenaire du Conseil Constitutionnel, 3 novembre 2008, disponible à http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/root/bank_mm/Colloques/de_gouttes_031108.pdf (état au 20 mars 2012). ALLARD JULIE, GARAPON ANTOINE, *Les juges dans la mondialisation : la nouvelle révolution du droit*, Paris, 2005 ; voir aussi les actes des séminaires annuels intitulés « Dialogue entre juges » qui marquent l'ouverture de l'année judiciaire de la Cour européenne des droits de l'homme ; les titres spécifiques des séminaires des années 2006 à 2011 sont disponibles à <http://www.echr.coe.int/ECHR/FR/Header/Reports+and+Statistics/Seminar+documents/Dialogue+between+Judges/> (état au 20 mars 2012).

⁶ FRYDMAN (n. 2) p. 149.

⁷ OST FRANÇOIS, « Jupiter, Hercule, Hermès : trois modèles du juge », in : BOURETZ PIERRE (dir.), *La force du droit, panorama des débats contemporains*, Paris, 1991, p. 241 ss.

substitue une « position opposée, toute aussi réductrice »⁸. A la différence du modèle jupitérien, la place centrale revient aux faits, non à la loi. Reléguant l'importance des règles de droit au second plan, le modèle herculéen remplace la pyramide des normes, centrale pour le modèle jupitérien, avec l'entonnoir. Celui-ci exprime, de façon imagée, que la décision judiciaire est « le foyer exclusif de toute juridicité »⁹, la méthode du juge étant essentiellement inductive, axée sur le dossier. A l'inverse du modèle jupitérien, la mission première du juge herculéen n'est pas de veiller à la bonne application de la loi et d'assurer la cohérence de l'ordonnancement juridique, mais l'épuisante tâche de « proposer le plus judicieux règlement d'intérêts rivaux »¹⁰ au cas par cas. A la « transcendance de la loi »¹¹ se substitue une vision de la loi comme instrument souple et « variable de mesure »¹², qui permet de répondre à « la mouvance des intérêts en conflits »¹³. Hercule, l'infatigable ingénieur social, « s'astreint à d'épuisants travaux de justicier et finit par porter le monde sur ses bras tendus, reproduisant ainsi fidèlement l'image de l'entonnoir »¹⁴.

Aux deux modèles opposés du juge « jupitérien » et du brave Hercule surmené, OST propose de substituer la figure du « juge Hermès ». Ni ingénieur social, ni bouche fidèle de la loi, Hermès est essentiellement un médiateur, un messenger, qui agit comme intermédiaire dans un ordonnancement juridique qui prend la forme du réseau. Sans nier l'existence de toutes hiérarchies institutionnelles, ce modèle met en exergue l'enchevêtrement croissant des différents systèmes normatifs, dû à la prolifération de régimes internationaux, munis de leurs propres organes (quasi-)juridictionnels de contrôle¹⁵. A la différence des modèles jupitérien et herculéen, il ne place pas un seul acteur (juge ou législateur) au centre, mais part de l'idée que le sens des normes est déterminé par une pluralité d'interprètes. Reflet de ce pluralisme, de l'internationalisation et de la fragmentation du droit, la métaphore du dialogue des juges a été développée dans le contexte transnational¹⁶. Elle est utilisée pour décrire l'interaction et les rapports entre des tribunaux appartenant à des ordres juridiques différents.

⁸ OST (n. 7) p. 249.

⁹ *Ibid.*

¹⁰ OST (n. 7) p. 254.

¹¹ *Id.* p. 243.

¹² *Id.* p. 253.

¹³ *Ibid.*

¹⁴ OST (n. 7) p. 243.

¹⁵ *Id.* p. 257.

¹⁶ Ceci reflète parfaitement l'étymologie du mot dialogue, qui comprend l'idée d'un espace qui sépare les interlocuteurs : *dia* (à travers), *logos* (parole, discours) ; cf. POTVIN SOLIS (n. 5) p. 26, note de bas de page 12.

Certaines études consacrées au dialogue des juges se concentrent sur le dialogue volontaire ou spontané¹⁷, désignant le « chassé-croisé des références à des décisions de justice "externes" »¹⁸. En d'autres termes, elles analysent dans quelle mesure des juridictions internationales ou nationales citent la jurisprudence de tribunaux en dehors de toute relation institutionnelle et sans que le recours au droit comparé soit fondé sur une obligation juridique. Tel est le cas, par exemple, lorsque la Cour européenne des droits de l'homme (Cour EDH)¹⁹ se réfère, comme dans l'arrêt *Pretty c. Royaume-Uni*²⁰, à la jurisprudence de la Cour constitutionnelle canadienne²¹, ou lorsque la Cour constitutionnelle de l'Afrique du Sud examine la jurisprudence de la Cour EDH, ainsi que les arrêts de plusieurs cours suprêmes (y compris celles de l'Inde, du Zimbabwe, de Hongrie, et des Etats-Unis) avant de conclure que la peine de mort est inconstitutionnelle²².

Notre contribution ne sera pas consacrée au dialogue spontané. Vouée à l'étude des rapports entre le juge suisse et la Cour européenne des droits de l'homme, elle portera sur une forme de dialogue institutionnalisé, qui « arbore l'allure de la verticalité »²³. En effet, dans la mesure où la juridiction de la Cour est obligatoire, les règles conventionnelles déterminent le cadre de la discussion²⁴. Avant d'examiner les différentes manifestations du dialogue entre le juge helvétique et le juge européen (IV), notre étude précisera la notion (II) et les fonctions (III) du dialogue des juges.

II. La notion du dialogue des juges

Aux fins de la présente contribution, nous entendrons par dialogue des juges le « procédé par lequel le juge national discute le sens d'une disposition

¹⁷ BURGORGUE-LARSEN LAURENCE, « De l'internationalisation du dialogue des juges. Missive doctrinale à l'attention de Bruno Genevois », in : *Mélanges Genevois* (n. 5) p. 94 ss, 99.

¹⁸ BURGORGUE-LARSEN (n. 17) p. 99.

¹⁹ Egalement « la Cour » ou « le juge européen ».

²⁰ ACEDH, *Pretty c. Royaume-Uni*, n° 2346/02, 29 avril 2002, Rec. 2002-III.

²¹ *Pretty c. Royaume-Uni* (n. 20), par. 49 et 57.

²² *The State v. T. Makwanyane an M. Mchunu*, 6 juin 1995, 1995 (3) SA 391 (CC).

²³ BURGORGUE-LARSEN (n. 17) p. 98.

²⁴ Une troisième forme de dialogue des juges, celui entre le juge helvétique et la Cour de Justice de l'Union européenne, ne sera pas traitée dans le cadre de cette étude. En effet, l'Accord de libre circulation des personnes conclu entre la Suisse et l'Union européenne (ALCP) prévoit à son article 16 par. 2 que la jurisprudence de la Cour de Justice de l'Union européenne antérieure à la date de signature de l'Accord doit être prise en compte lors de l'interprétation des notions de droit communautaire contenu dans l'ALCP. Comme l'alignement sur la jurisprudence européenne pertinente est obligatoire, le dialogue entre le juge helvétique et la Cour de Luxembourg n'est pas spontané ou volontaire. Etant donné que ni les justiciables, ni les tribunaux helvétiques ne peuvent saisir la Cour de Justice de l'Union européenne, le dialogue n'est pas non plus institutionnalisé, ce qui le distingue du dialogue entre le juge helvétique et la Cour de Strasbourg, d'une part, et de celui entre les juridictions des Etats membres de l'Union européenne et la Cour de Luxembourg, d'autre part.

conventionnelle »²⁵ avec son homologue européen. Cette définition exprime une vision du dialogue qui est à la fois plus étroite et plus large que d'autres conceptions avancées par la doctrine.

D'une part, le terme discussion suppose un échange d'arguments²⁶. Contrairement à la conception de WACHSMANN, selon lequel le monologue fait également partie du dialogue²⁷, nous considérons que ces deux termes décrivent deux formes différentes, voir opposées, de discours. Pour qu'on puisse parler de dialogue, il faut que le discours ne soit pas à sens unique. Tant le juge européen que le juge national doit pouvoir avancer des arguments au sujet de la signification d'une disposition conventionnelle. Pour qu'on ne soit pas en présence de deux monologues parallèles, il faut de plus que chacun des interlocuteurs prenne en compte et réagisse aux arguments de l'autre. Il découle de cette vision du dialogue que tant la discorde que la concorde en font partie.

D'autre part, notre conception du dialogue est plus large que celle retenue par d'autres auteurs, par le fait qu'elle n'est pas limitée à une discussion qui satisfait aux conditions découlant d'une « situation de discours idéale » dans le sens de HABERMAS²⁸. Utilisé d'une façon descriptive, et non normative, le concept de dialogue ne se réfère pas uniquement à un échange « sincère, ouvert, équilibré, dépassionné, et dépourvu de visées hégémoniques »²⁹. Il englobe aussi des luttes de pouvoir³⁰, le recours à l'émotion, et à des stratégies de manipulation. Alors que le dialogue exclut un lien de subordination totale entre les interlocuteurs – « on ne discute et négocie qu'avec qui on reconnaît comme partenaire possible »³¹ – une parfaite égalité n'est pas non plus requise. Cette condition rendrait toute idée de dialogue entre le juge national et le juge européen *a priori* illusoire. Le cadre institutionnel du débat ainsi que la mission du juge européen exclut à notre sens une relation de parfaite égalité des interlocuteurs. Ayant pour mission de veiller au respect des garanties conventionnelles par les autorités des Etats parties (y compris les organes judiciaires) ainsi que de contribuer à la réalisation d'une « union plus

²⁵ GRABARCZYK (n. 2) p. 21.

²⁶ POTVIN-SOLIS LAURENCE, « Le concept de dialogue entre les juges en Europe », in : LICHÈRE/POTVIN-SOLIS/RAYMOUARD (n. 5) p. 18 ss, 19.

²⁷ Voir le commentaire de WACHSMANN PATRICK, in : LICHÈRE/POTVIN-SOLIS/RAYMOUARD (n. 5) p. 17.

²⁸ Cf. HABERMAS JÜRGEN, *Droit et démocratie : entre faits et normes* (trad. ROCHLITZ RAINER, BOUCHINDHOMME CHRISTIAN), Paris, 2006.

²⁹ BONICHET JEAN-CLAUDE, « Le juge administratif et l'Europe », *Justice & cassation* 2006, p. 124, cité dans GRABARCZYK (n. 2) p. 21-22 ; pour une vision normative semblable du dialogue, voir aussi GARDIES JEAN-LOUIS, « De la spécificité du dialogue à l'intérieur du droit », 29 *Archives de philosophie du droit* 1984, p. 169 ss, 169.

³⁰ Cf. PAUNIO (n. 4).

³¹ WACHSMANN PATRICK, « Le dialogue au lieu de la guerre », in : *Mélanges Genevois* (n. 5) p. 1121 ss, 1122.

étroite »³² entre les membres du Conseil de l'Europe, fondée sur une « conception commune [...] des droits de l'homme »³³, la Cour EDH est l'interprète privilégié de la Convention³⁴. Entre la subordination totale du juge national au juge européen, qui exclut le dialogue, et la parfaite égalité entre les interlocuteurs, qui est un idéal inadapté pour le dialogue institutionnalisé, le dialogue entre le juge européen et le juge national s'inscrit dans une « semi-verticalité »³⁵ ; contrairement aux décisions de la plupart des juridictions suprêmes nationales, les arrêts de la Cour EDH sont, bien qu'également obligatoires³⁶, dépourvus d'effet cassatoire et de force exécutoire³⁷. La nature déclaratoire des jugements européens a comme corollaire le principe de la liberté du choix des moyens ; il appartient aux autorités nationales de tirer la conséquence d'un constat de violation prononcé au niveau européen et de choisir les mesures appropriées pour établir un état conforme à la Convention. Par contre, la nature obligatoire tant de la juridiction de la Cour que de ses arrêts, la qualité conférée aux particuliers de saisir directement les juges de Strasbourg³⁸, ainsi que la grande autorité des arrêts européens ont eu pour conséquence que la Cour remplit une fonction très proche d'une juridiction constitutionnelle, agissant *de facto* « comme un quatrième niveau de jurisprudence »³⁹ dont les décisions s'imposent au juge national. Ceci distingue le contentieux européen des droits de l'homme des mécanismes classiques des règlements de différends connus en droit international, et lui confère une forte effectivité. Selon que l'on prend comme référence la « verticalité » de l'ordre juridique national, ou la nature « horizontale » du droit international classique, la « semi-verticalité » qui caractérise les rapports entre le juge européen et le juge national est perçu comme reflétant une effectivité soit excessive, soit insuffisante, du juge européen par rapport à son homologue national. Ces

³² Préambule CEDH.

³³ *Ibid.*

³⁴ Dans ce sens, cf. JACQUEMOT FLORENCE, « La clôture du dialogue des juges », in : SUDRE (n. 5) p. 248 ss, 248-251 ; voir les conclusions de BRUNO GENEVOIS dans l'affaire *Cohn-Bendit* (n. 1) p. 166 : « Ce serait manquer singulièrement de déférence à l'égard du juge communautaire qui, de par le traité de Rome, a pour mission de veiller à une application uniforme du droit communautaire sur le territoire des pays membres de la Communauté que d'interpréter le traité dans un sens qui va directement à l'encontre d'une jurisprudence bien établie de la CJCE ».

³⁵ Ce terme est emprunté à ROSAS (n. 4) p. 8.

³⁶ Art. 46, par. 1 CEDH.

³⁷ Pour des études concernant les effets des arrêts de la Cour européenne et leur exécution, voir p.ex. LAMBERT ABDELGAWAD ELISABETH, *L'exécution des arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme*, 2^{ème} éd., Strasbourg, 2008 ; RUEDIN XAVIER-BAPTISTE, *Exécution des arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme. Procédure, obligations des Etats, pratique et réforme*, Bâle/Paris/Bruxelles, 2009 ; BESSON SAMANTHA, « Les effets de l'exécution des arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme – Le cas de la Suisse », in : BREITENMOSER/EHRENZELLER (éd.), *La CEDH et la Suisse*, St.-Gall, 2010, p. 125 ss.

³⁸ Art. 34 CEDH.

³⁹ BELDA BÉATRICE, « Les faux-semblants du dialogue des juges », in : SUDRE (n. 5) p. 223 ss, 239.

préoccupations diverses sont reflétées dans les fonctions que le dialogue des juges est censé remplir.

III. Les fonctions du dialogue des juges

La métaphore du dialogue des juges est utilisée à des fins tant normatives (A) que descriptives (B)⁴⁰.

A. Les fonctions normatives

Employé dans un sens normatif, le dialogue entre juges répond avant tout à un souci de trouver un juste équilibre entre le pouvoir du juge européen et celui des juges nationaux, entre l'aspiration universelle des droits de l'homme et le respect des particularités nationales. Dans cet ordre d'idées, le dialogue a été décrit comme une voie médiane entre la guerre des juges et le gouvernement des juges⁴¹.

En tant qu'alternative à la guerre des juges, la métaphore du dialogue vise à dépasser « le verrouillage identitaire »⁴², le « nombrilisme national »⁴³ ou le « nationalisme méthodologique »⁴⁴. Elle répond à la préoccupation de sécurité juridique, visant à établir la cohérence entre le droit national et le droit européen des droits de l'homme⁴⁵. L'exhortation d'entamer un dialogue avec son interlocuteur s'adresse selon cette conception essentiellement au juge national. Elle l'incite à adopter une nouvelle vision de son rôle et de se concevoir non seulement comme gardien du droit national mais également comme « juge conventionnel de droit commun »⁴⁶. Les juridictions internes sont invitées à suivre, voire à anticiper, la jurisprudence européenne pour pleinement respecter le principe de subsidiarité. Dans un contexte où le

⁴⁰ La double fonction – tant normative que descriptive – du dialogue des juges est mise en exergue par BRUNET PIERRE, « Les juges européens au pays des valeurs », 2009, p. 12, disponible à http://www.laviedesidees.fr/IMG/pdf/20090608_brunet.pdf (état au 20 mars 2012).

⁴¹ POTVIN-SOLIS (n. 26) p. 42 se référant aux conclusions de Genevois (n. 1) p. 165; dans le même sens, cf. BURGORGUE-LARSEN (n. 17) p. 113 ; FRYDMAN (n. 2) p. 149.

⁴² DUBOUT EDOUARD, TOUZÉ SÉBASTIEN, « La fonction des droits fondamentaux dans les rapports entre ordres et systèmes juridiques », in : *Id.* (ed.), *Les droits fondamentaux : charnières entre ordres et systèmes juridiques*, Paris, 2009, p. 11 ss, 34.

⁴³ VERDUSSEN MARC, « Un procès constitutionnel légitime », in : *Renouveau du droit constitutionnel. Mélanges en l'honneur de L. Favoreu*, Paris, 2007, p. 473 ss, 485.

⁴⁴ BECK ULRICH, *Pouvoir et contre-pouvoir à l'heure de la mondialisation*, Paris, 2003, p. 105-106, cité dans FRYDMAN (n. 2) p. 149.

⁴⁵ Le souci de cohérence qui sous-tend la métaphore du dialogue des juges est mis en exergue par ROSAS (n. 4) p. 15 ; DELPÉRÉE FRANCIS, « La communicabilité entre le droit international, le droit européen, le droit constitutionnel et le droit régional », in : *Liber Amicorum Jean-Claude Escarras. La communicabilité entre les systèmes juridiques*, Bruxelles, 2005, p. 59 ss, 62 et 70.

⁴⁶ BURGORGUE-LARSEN (n. 17) p. 100.

prétoire européen est engorgé par plus de 150'000 requêtes⁴⁷, il est insuffisant que le juge national tire les conséquences d'un constat de violation concernant son propre ordre juridique. Il est censé éviter des « condamnations » par la Cour de Strasbourg en faisant sienne toute interprétation de la Convention avancée par le juge européen, donc même celle qui découle d'arrêts rendus à l'encontre d'autres Etats. En d'autres termes, les adeptes du dialogue attendent du juge national qu'il coopère avec le juge européen en reconnaissant l'autorité de la chose interprétée des jugements de Strasbourg (ou leur effet *erga omnes*)⁴⁸.

Comprise comme alternative au gouvernement des juges, la métaphore du dialogue s'adresse en premier lieu au juge européen, l'enjoignant de prendre au sérieux les arguments avancés par les juridictions internes, voire même de modifier une jurisprudence qui se heurte à la critique au plan national. Selon cette conception, l'interprétation consensuelle, et la théorie de la marge d'appréciation laissée aux autorités nationales, sont essentielles à la légitimité de la Cour EDH⁴⁹. Ces deux techniques visent, en effet, à assurer que la jurisprudence de Strasbourg tienne suffisamment compte de la diversité des pratiques au sein des Etats parties et évolue en fonction du consensus qui se dégage au niveau national. L'interprétation dynamique de la Convention ne doit pas conduire le juge européen à s'éloigner excessivement des convictions morales et juridiques dominantes dans les 47 Etats membres du Conseil de

⁴⁷ Voir les statistiques disponibles à <http://www.echr.coe.int/ECHR/FR/Header/Reports+and+Statistics/Statistics/Statistical+data/> (état au 20 mars 2012).

⁴⁸ Vu la charge de travail de la Cour, il n'est pas étonnant que la Déclaration d'Interlaken insiste sur l'effet *erga omnes* des arrêts européens ; cf. point B.4., let. c. de la *Déclaration d'Interlaken et Plan d'Action* du 19 février 2010, disponible à http://www.eda.admin.ch/etc/medialib/downloads/edazen/topics/europa/euroc.Par.0132.File.tmp/final_fr.pdf (état au 20 mars 2012).

Pour une analyse des concepts « effet *erga omnes* » et de « l'autorité de la chose interprétée », voir BESSON SAMANTHA, « The erga omnes Effect of Judgments of the European Court of Human Rights - What's in a Name? », in : BESSON (éd.), *La Cour européenne des droits de l'homme après le Protocole 14 - Premier bilan et perspectives / The European Court of Human Rights after Protocol 14 - First Assessment and Perspectives*, Zurich, 2011.

⁴⁹ Le succès du contentieux européen, et l'influence de plus en plus marquée de la jurisprudence de la Cour EDH, a suscité une préoccupation croissante de la légitimité du juge européen. Pour des études doctrinales récentes à ce sujet, voir p. ex. COSTA JEAN-PAUL, « On the legitimacy of the European Court of Human Rights' judgments », 7(2) *European Constitutional Law Review* 2011, p. 173 ss ; FØLLESDAL ANDREAS, « Why the European Court on Human Rights Might Be Democratically Legitimate : A Modest Defense », 27(2) *Nordic Journal of International Law* 2009, p. 289 ss ; *Id.*, « The legitimacy of international human rights review : The case of the European Court of Human Rights », 40(4) *Journal of Social Philosophy* 2009, p. 595 ss ; DZEHTSIAROU KONSTANTIN, GREENE ALAN, « Legitimacy and the Future of the European Court of Human Rights : Critical Perspectives from Academia and Practitioners », 12(10) *German Law Journal* 2011, p. 1707 ss. Pour une étude empirique, voir ÇALI BAŞAK, KOCH ANNE, BRUCH NICOLA, « The Legitimacy of the European Court of Human Rights : The View from the Ground », disponible à <http://ecthrproject.files.wordpress.com/2011/04/ecthrlegitimacyreport.pdf> (état au 20 mars 2012).

Pour une étude insistant sur le dialogue des juges comme source de légitimité d'une juridiction supranationale, voir TORRES PÉREZ AIDA, *Conflicts of Rights in the European Union. A Theory of Supranational Adjudication*, Oxford/New York, 2009, p. 97 ss.

l'Europe⁵⁰. En insistant sur la nécessité du dialogue, les juridictions nationales tentent de préserver, voire reconquérir, une marge de manœuvre face au juge européen, et de légitimer la menace de recourir à la guerre, pour s'opposer au gouvernement du juge européen⁵¹.

En résumé, d'un point de vue normatif, le dialogue des juges vise à instaurer un équilibre entre l'unité et la diversité, et entre le pouvoir du juge européen et les juridictions nationales. Comme le juste milieu entre ces aspirations opposées est difficile à trouver, la métaphore du dialogue est malléable. Ce fait explique qu'elle est invoquée pour légitimer à la fois « la bonne application » de la Convention par le juge national et l'opposition ou la critique⁵². Dans les deux cas, l'insistance sur le dialogue exprime l'idée qu'un espace européen des droits fondamentaux ne peut être créé ni par le juge national, ni par le juge européen seul, mais nécessite le concours d'une communauté d'interprètes transnationaux. Bien que l'échange entre les diverses juridictions implique tant le discours concordant que discordant, l'entendement est la finalité ultime du dialogue, ce qui suppose, dans les termes de FRYDMAN, que la communication soit fondée sur « l'idée régulatrice d'une justice universelle »⁵³.

Le constat selon lequel le dialogue implique le concours de plusieurs acteurs conduit à une fonction normative supplémentaire du dialogue des juges : la métaphore de la communication inter-juridictionnelle vise à renforcer la légitimité du pouvoir judiciaire face aux autres organes de l'Etat, préoccupés par la montée spectaculaire en puissance du troisième pouvoir⁵⁴ depuis la fin de la deuxième guerre mondiale, due à la généralisation de la juridiction constitutionnelle et à l'internationalisation du droit. La concurrence et l'influence réciproque entre les diverses instances de contrôle, nationales, européennes et internationales, sont considérées comme étant propices à « une autolimitation du pouvoir juridictionnel : par cette disposition des choses, les risques d'abus de pouvoir d'un juge sont tempérés par les pouvoirs accordés aux autres juges »⁵⁵. Selon cette vision, le dialogue des juges n'est pas uniquement l'antidote du gouvernement du juge européen vis-à-vis des juges nationaux, mais également celui du gouvernement des juges face aux autres pouvoirs.

⁵⁰ Pour le rapport entre l'interprétation consensuelle et l'interprétation dynamique ou évolutive, cf. DZEHTSIAROU KONSTANTIN, « European Consensus and the Evolutive Interpretation of the European Convention on Human Rights », 12(10) *German Law Journal* 2011, p. 1730 ss.

⁵¹ WACHSMANN (n. 31) p. 1136.

⁵² Pour une critique de l'imprécision de la notion de dialogue de juge, voir BRUNET (n. 40) p. 12.

⁵³ FRYDMAN (n. 2) p. 165.

⁵⁴ Voir p.ex. DELMAS-MARTY MIREILLE, « Du Dialogue à la montée en puissance des juges », in : *Mélanges Genevois* (n. 5) p. 304 ss, 312 ss.

⁵⁵ DE ARANJO CHRISTOPHE, *Justice constitutionnelle et justices européennes des droits de l'homme - étude comparée : France-Allemagne*, Bruxelles, 2009, p. 364.

B. La fonction descriptive

En plus de ses fonctions normatives, la métaphore du dialogue des juges vise à décrire l'interaction entre le juge national et le juge européen. Cette analyse comprend l'examen des réactions de chaque juridiction aux arguments de son homologue, et des différentes stratégies de communication adoptées pour convaincre son interlocuteur. Une vision dialogique a le mérite d'appréhender les rapports entre les juridictions d'une façon plus dynamique que les études doctrinales classiques. Celles-ci sont essentiellement consacrées à la résolution des conflits entre le droit international et le droit national, portant par exemple sur l'applicabilité directe des normes internationales dans l'ordre juridique interne ainsi que sur leur place dans la pyramide nationale des normes. Dans cet ordre d'idées, le bien-fondé de la jurisprudence *Schubert*⁵⁶ fait couler beaucoup d'encre en Suisse depuis des décennies⁵⁷. Comme la section suivante le montrera, la primauté accordée à la loi par rapport à la norme conventionnelle n'est, dans une perspective dialogique, qu'une stratégie parmi d'autres par laquelle le juge national exprime son opposition au juge européen. En effet, une mauvaise interprétation de la disposition conventionnelle est plus fréquente que le refus ouvert d'appliquer celle-ci. Comme le relève LITTLEPAGE, même dans un système « semi-vertical », le juge européen ne peut pas assurer de façon organique que les juridictions nationales adoptent une interprétation uniforme de la Convention⁵⁸.

IV. La matérialisation du dialogue entre le juge suisse et le juge européen

En tant que processus bilatéral⁵⁹, le dialogue entre le juge helvétique et le juge européen implique la circulation d'arguments « du bas vers le haut », ainsi que « du haut vers le bas ». Dans cet ordre d'idées, le discours émanant du juge national peut être qualifié d'ascendant (A), celui provenant du juge européen de descendant (B)⁶⁰. Dans les deux cas, le discours peut se matérialiser soit par la quête de la concordance avec l'homologue national ou européen, soit par le but d'exprimer la discordance. En d'autres termes, il peut être soit coopératif (A2 et B2), soit compétitif (A2 et B2)⁶¹.

⁵⁶ ATF 99/1973 Ib 39 *Schubert*. Pour un résumé de cette jurisprudence, voir *infra*, IV.A.1.a.

⁵⁷ Pour une étude récente, voir la contribution de MARCO SASSÖLI dans le présent volume.

⁵⁸ LITTLEPAGE (n. 4) p. 4.

⁵⁹ Voir *supra*, II.

⁶⁰ Cette terminologie est inspirée de GREWE CONSTANCE, « La circulation des droits fondamentaux ou l'impact du pluralisme culturel en Europe », in : *Mélanges Genevois* (n. 5) p. 505 ss, 512 ss.

⁶¹ Cette terminologie est empruntée à STONE SWEET ALEC, « A Cosmopolitan Legal Order : Constitutional Pluralism and Rights Adjudication in Europe », Janvier 2011, http://works.bepress.com/cgi/viewcontent.cgi?article=1043&context=alec_stone_sweet (état au 20 mars 2012). Les différentes

A. Le discours ascendant

1. Le discours coopératif

Le discours coopératif ascendant reflète la « semi-verticalité » entre les juridictions suprêmes nationales et la Cour EDH, ainsi que la finalité de la Convention, consistant à assurer une protection minimale des droits fondamentaux dans l'espace européen. Il se matérialise, d'une part, dans le souci du Tribunal fédéral d'aligner sa jurisprudence sur celle de la Cour EDH pour éviter une « condamnation » ultérieure (a.), et, d'autre part, dans l'anticipation de l'évolution dynamique de la jurisprudence européenne (b.).

a. L'alignement

Les différentes techniques auxquelles recourt le juge helvétique pour harmoniser le droit suisse avec la CEDH sont bien connues : il s'agit d'une part de l'interprétation conforme à la Convention⁶², et d'autre part du contrôle de conventionalité du droit national, y compris des lois fédérales. Rappelons à cet égard que le Tribunal fédéral a progressivement limité la portée de la fameuse clause d'immunité en estimant tout d'abord que l'article 190 Cst.⁶³ n'empêchait ni d'interpréter les lois fédérales conformément à la Constitution et au droit international, ni d'examiner la compatibilité des lois avec la Constitution (la clause d'immunité étant un simple « *Anwendungsgebot* » et non un « *Prüfungsverbot* »)⁶⁴. Ensuite, dans le fameux arrêt *PKK*⁶⁵, les juges fédéraux ont affirmé leur compétence de refuser d'appliquer une loi fédérale contraire à la Convention, introduisant par ce biais de façon indirecte le contrôle de constitutionnalité des lois fédérales dans l'ordre juridique helvétique. Insistant sur la primauté du droit international et l'importance particulière des traités en matière des droits de l'homme, l'arrêt *PKK* exprime de plus la volonté du Tribunal fédéral d'accorder la prééminence aux dispositions conventionnelles même dans l'hypothèse où le législateur avait consciemment et volontairement opté pour une solution contraire aux droits de l'homme. En d'autres termes, la

formes par lesquelles se manifeste le dialogue des juges sont inspirées de GRABARCZYK (n. 2) p. 41, et des contributions subséquentes parues dans SUDRE (n. 5), p. 43-156, qui analysent le discours ascendant des juridictions françaises en distinguant la contradiction, la neutralisation, la conformité et l'anticipation.

⁶² L'interprétation conforme à la Convention découle de l'interprétation conforme au droit international, cf. ATF 94/1968 I 669, 678, *Frigerio*. Pour un exemple récent d'interprétation conforme à la Convention, cf. ATF 137 I 351 dans lequel les juges fédéraux appliquent le nouvel article 98 al. 4 du Code civil conformément au droit au mariage, consacré à l'article 12 CEDH.

⁶³ Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999, RS 101.

⁶⁴ Pour un exposé plus détaillé et des références jurisprudentielles, voir AUER ANDREAS, MALINVERNI GIORGIO, HOTTELLIER MICHEL, *Droit constitutionnel suisse*, 2^{ème} éd., vol. I « L'Etat », Berne, 2006, n° 1875 ss.

⁶⁵ ATF 125/1999 II 417, *A*.

jurisprudence *Schubert*⁶⁶, qui accorde dans ce cas de figure la primauté à la volonté du législateur, ne semble pour le moins pas s'appliquer dans le domaine des droits de l'homme⁶⁷.

Relevons que la relativisation de la prééminence du législateur par le biais du contrôle de conventionalité n'est pas une particularité helvétique⁶⁸. La jurisprudence a évolué dans le même sens dans d'autres ordres juridiques attachés traditionnellement à la souveraineté du parlement. Dans les pays du Bénélux et en France, par exemple, le contrôle de conventionalité s'est imposé, remplissant d'un point de vue fonctionnel le même rôle que le contrôle de constitutionnalité proscrit par une vision stricte de la séparation des pouvoirs⁶⁹.

Comparée à d'autres pays européens, la jurisprudence du Tribunal fédéral a fait preuve d'ouverture et de pragmatisme : malgré l'effet relatif de l'autorité de la chose jugée des arrêts européens, les juges fédéraux acceptent de tenir compte de la jurisprudence de la Cour EDH concernant des Etats autres que la Suisse⁷⁰. Les discussions animées de la doctrine française sur l'effet *erga omnes* ou l'autorité de la chose interprétée des arrêts de la Cour sont quasiment absentes en Suisse⁷¹. L'approche pragmatique du Tribunal fédéral⁷², cherchant à éviter le désaveu ultérieur par le juge européen, a rendu superflu d'insister sur la nécessité d'un dialogue des juges. L'alignement sur la jurisprudence de la Cour, souhaité par une partie des adeptes français d'un dialogue entre juges, s'est fait de façon spontanée, et sans recours à de grands développements théoriques.

b. L'anticipation

A l'instar d'autres juridictions suprêmes⁷³, le Tribunal fédéral ne se contente pas de suivre la jurisprudence européenne bien établie mais tente également

⁶⁶ ATF 99/1973 Ib 39, *Schubert*.

⁶⁷ Cette interprétation de l'arrêt *PKK* ne fait pas l'unanimité ; pour un aperçu des différentes interprétations, cf. HERTIG RANDALL MAYA, « L'internationalisation de la juridiction constitutionnelle : défis et perspectives », *RDS* 2010 II, p. 221 ss, 250-251.

⁶⁸ Pour une étude comparative, cf. HERTIG RANDALL (n. 67) p. 276 ss.

⁶⁹ Cf. HERTIG RANDALL (n. 67) p. 276 ss.

⁷⁰ Cf. HOTTÉLIER MICHEL, « Genève – Strasbourg, via Lausanne – Retour. Réflexions sur le dialogue des juges cantonaux, fédéraux et européens », in : *Mélanges Genevois* (n. 5) p. 563 ss, 575 avec des exemples jurisprudentiels.

⁷¹ Pour un aperçu du débat en France, cf. GRABARCZYK (n. 2) p. 34 ss ; cet auteur relève que le Conseil d'Etat et la Cour de cassation ont jusqu'à présent refusé de reconnaître l'autorité de la chose interprétée des arrêts européens (p. 36).

⁷² Pour une appréciation positive de l'approche du Tribunal fédéral par un auteur français, voir COHEN-JONATHAN GÉRARD, « Quelques considérations sur l'autorité des arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme », in : *Liber Amicorum Marc-André Eissen*, Bruxelles, 1995, p. 39 ss, p. 53 s.

⁷³ Pour une étude comparative analysant la jurisprudence française, allemande et du Royaume-Uni, cf. BJORGE ERIK, « National supreme courts and the development of ECHR rights », 9(1) *International Journal of Constitutional Law* 2011, p. 5 ss.

d'anticiper des développements jurisprudentiels futurs. Il se peut, en effet, que le juge helvétique soit appelé à statuer sur une question qui n'a pas encore été soumise au juge européen. Un arrêt du Tribunal fédéral du 1^{er} avril 2011 illustre ce cas de figure⁷⁴. Les juges de Mon Repos y sont appelés à se prononcer sur le problème de regroupement familial partiel. A la différence du regroupement complet, la demande d'un regroupement partiel vise à réunir un enfant seulement avec l'un, et non les deux parents vivant à l'étranger. Le Tribunal fédéral commence par rappeler sa jurisprudence selon laquelle le regroupement partiel est soumis à des conditions beaucoup plus sévères que le regroupement complet. Il s'interroge par la suite sur la compatibilité de cette approche avec l'article 13 Cst. et l'article 8 CEDH et relève à ce sujet que

« [I]a Convention doit en principe être interprétée de façon autonome, c'est-à-dire de façon indépendante du droit national. Les garanties conventionnelles sont cependant ancrées dans la société européenne, avec ses composantes actuelles, politiques, culturelles, et sociales. Celles-ci sont à prendre en compte lors de l'interprétation de la CEDH, étant précisé qu'elles peuvent subir une certaine évolution. Le changement de la réalité juridique européenne peut par conséquent avoir une influence sur l'interprétation de la Convention »⁷⁵.

Le Tribunal fédéral souligne par la suite que tant la législation suisse en matière des étrangers, que le droit de l'Union européenne ont évolué dans un sens plus favorable au regroupement familial partiel, ce qui reflète la tendance de la société contemporaine vers l'augmentation des familles monoparentales ou recomposées. A la lumière de ce constat, il estime qu'il convient d'abandonner la distinction schématique entre les deux formes de regroupement familial et d'interpréter la CEDH comme un instrument vivant, à la lumière de l'évolution juridique dans les Etats parties⁷⁶.

Comme l'arrêt sur le regroupement partiel le montre, l'anticipation est une stratégie qui permet de conforter une interprétation extensive des droits fondamentaux et d'assurer leur évolution à la lumière des changements de la société. Comme l'alignement, la stratégie d'anticipation peut de surcroît s'expliquer par le pragmatisme des juges de Mon Repos. Accoutumé à la tendance du juge européen d'interpréter la Convention de façon dynamique et évolutive⁷⁷, le Tribunal fédéral préfère intervenir en amont afin de réduire le

⁷⁴ ATF 137/2011 I 284, X, traduit par l'auteur.

⁷⁵ ATF 137/2011 I 284, 288, X, consid. 2.1., traduit par l'auteur.

⁷⁶ ATF 137/2011 I 284, 293, X, consid. 2.6.

⁷⁷ Dans les paroles du Président de la Cour suprême du Royaume-Uni, LORD PHILIPS OF WORT MATRAVERS, « [...] Strasbourg jurisprudence does not stand still. The duty [...] to keep pace with that jurisprudence [...] is not an easy one, particularly where our legislation creates novel areas in which human rights implications have to be considered [...] Then, of necessity, we have to lead. » (LORD PHILIPS OF WORTH MATRAVERS, *Foreword*, in : LESTER/PANNICK/HERBERG [éd.], *Human Rights Law And Practice*, p. iii, Londres, 2009, cité dans BJORGE [n. 73] p. 30).

risque d'une « condamnation » ultérieure par la Cour⁷⁸. Comme d'autres juridictions suprêmes, les juges fédéraux refusent « de fermer les yeux en attendant qu'on les ouvre pour [eux] à Strasbourg »⁷⁹. Cette approche est conforme à l'esprit de la Convention. En effet, ayant vocation à garantir seulement un niveau de protection minimale, la CEDH permet aux États en vertu du principe de faveur⁸⁰ d'adopter des solutions plus généreuses. Le corollaire de ce principe est que (abstraction faite des requêtes interétatiques)⁸¹ seuls les particuliers ou entités qui se prétendent victimes d'une violation d'un droit conventionnel peuvent porter une affaire à Strasbourg. Par contre, la voie conventionnelle n'est pas ouverte à un gouvernement d'un État partie pour se plaindre que la juridiction suprême nationale ait adopté une interprétation excessivement généreuse de la Convention⁸². En d'autres termes, le juge interne a véritablement le dernier mot lorsqu'il va au-delà du minimum requis par la jurisprudence européenne et confère aux justiciables une protection plus étendue des droits fondamentaux.

2. *Le discours compétitif*

Le discours du juge helvétique n'est pas toujours orienté vers la concordance et une interprétation « maximaliste » des droits conventionnels. Parfois, la jurisprudence fédérale exprime la discordance avec le juge européen : dans certains cas, les juges de Mon Repos se montrent critiques de la jurisprudence de la Cour EDH, sans cependant refuser de s'y conformer (a.), dans d'autres, la désapprobation prend la forme d'opposition, ouverte ou tacite, à la réception des arrêts européens (b.).

a. La critique

Il est rare qu'un juge national critique ouvertement la jurisprudence de son homologue européen. Les vagues suscitées par la réaction de la Cour

⁷⁸ Dans ce sens au sujet d'autres cours suprêmes, BJORGE (n. 73) p. 8-9.

⁷⁹ Cf. GUYOMAR MATTIAS, Conclusions sur Conseil d'Etat. Assemblée, 14 décembre 2007, *M. Planchenault (1^{ère} espèce)*, et *Garde des sceaux, ministre de la Justice c/ M. Boussouar (2^{ème} espèce)* *Revue française de droit administratif* 2008, p. 87, cité dans BJORGE (n. 73) p. 24-25.

⁸⁰ Art. 53 CEDH ; pour une analyse, cf. HOTTELIER MICHEL, « Le principe de faveur, arbitre des droits fondamentaux et des droits de l'homme », in : AUER/FLÜCKIGER/HOTTELIER (éd.), *Etudes en l'honneur du Professeur Giorgio Malinverni. Les droits de l'homme et la constitution*, Genève/Zurich/Bâle, 2007, p. 171 ss.

⁸¹ Art. 33 CEDH.

⁸² Pour des réflexions à ce sujet, cf. LAWSON RICK, « Beyond the Call of Duty? Domestic Courts and the Standards of the European Court of Human Rights », in : SNIDDERS/VOGENAUER (éd.), *Content and Meaning of National Law in the Context of Transnational Law*, Munich 2009, p. 21 ss. Relevons que la juridiction nationale n'a pas le dernier mot lorsque l'arrêt ne porte pas sur la restriction d'un droit fondamental pour des motifs d'intérêts publics mais concerne un conflit de droits fondamentaux, étant donné que la partie qui succombe a qualité de victime et peut faire valoir que l'interprétation excessivement généreuse du droit fondamental de l'autre partie a conduit à une violation de ses droits. Pour un exemple d'un tel conflit, voir l'affaire *von Hannover c. Allemagne, infra*, IV.A.2.a., et note 83.

constitutionnelle allemande à l'arrêt *Von Hannover c. Allemagne*⁸³ confirme le caractère inhabituel d'une telle démarche. En effet, un membre de la Cour de Karlsruhe a exprimé dans les médias son désaccord avec la conclusion de la Cour selon laquelle la jurisprudence allemande accorde un poids excessif à la liberté de la presse au détriment de la protection de la sphère privée des personnages publics⁸⁴, qui (comme la princesse Caroline), n'exercent aucune charge officielle. A cette critique est venue s'ajouter celle du Président de la Cour constitutionnelle allemande. Celui-ci a plaidé en faveur d'un pouvoir de cognition plus restreint de la Cour EDH et a mis en exergue l'autorité limitée des arrêts européens, relevant que la Loi fondamentale allemande « ne renonce pas au dernier mot en tant qu'expression de la souveraineté nationale »⁸⁵. Cette position souverainiste avait été affirmée peu avant par la Cour de Karlsruhe dans l'arrêt *Görgülü*⁸⁶, décrit comme « la riposte »⁸⁷ à l'arrêt *Von Hannover*. Ledit arrêt n'a pas manqué de susciter des réactions à Strasbourg ; LUZIUS WILDHABER, à l'époque Président de la Cour européenne, l'a critiqué comme mettant en cause le caractère obligatoire des arrêts de la Cour EDH⁸⁸. La Cour constitutionnelle s'est en effet contentée, dans l'arrêt *Görgülü*, d'un simple devoir des autorités allemandes de « prendre en compte » les jugements européens⁸⁹. Cette obligation est de surcroît assortie de limites : la Cour a relevé que les autorités nationales doivent s'assurer que l'arrêt européen s'inscrit harmonieusement dans l'ordre juridique interne et ne pose pas problème à la lumière des droits fondamentaux nationaux. Selon les juges de Karlsruhe, cette limite est particulièrement pertinente lorsque l'arrêt européen touche à un « système partiel équilibré du droit interne »⁹⁰. A titre d'exemple d'un tel système, ils indiquent le droit privé de la protection de la personnalité, le domaine concerné par l'arrêt *Von Hannover*.

Un arrêt du Tribunal fédéral rendu le 15 septembre 2010 montre que la critique explicite d'un arrêt européen par une cour suprême nationale n'est pas

⁸³ ACEDH, *Von Hannover c. Allemagne*, n° 59320/00, 24 juin 2004, Rec. 2004-VI.

⁸⁴ Voir HIPP DIETMAR, « Zwischen Gartenlokal und Freibad », *Spiegel*, 24 Octobre 2004, disponible à <http://www.spiegel.de/kultur/gesellschaft/0,1518,322644,00.html> (état au 20 mars 2012), concernant la réaction du juge WOLFGANG HOFFMANN-RIEM.

⁸⁵ Traduit par l'auteur ; cf. « Ein Gespräch mit dem Präsidenten des Bundesverfassungsgerichts (HANS-JÜRGEN PAPIER), "Straßburg ist kein oberstes Rechtsmittelgericht" », *Frankfurter Allgemeine Zeitung (FAZ)*, 9 décembre 2004, n° 288, p. 5 : « Aber sie [die Verfassung] verzichtet nicht auf das letzte Wort als Ausdruck der staatlichen Souveränität ».

⁸⁶ BVerfGE 111, 307 (rendu le 14 octobre 2004).

⁸⁷ PETERS ANNE, « Die Causa Caroline : Kampf der Gerichte ? », *Justiz* n° 83, September 2005, p. 160 ss, 165.

⁸⁸ Voir l'interview paru dans la revue *Der Spiegel*, le 15 novembre 2004.

⁸⁹ Pour une analyse de l'arrêt *Görgülü*, cf. GERKRATH JÖRG, « L'effet contraignant des arrêts de la Cour Européenne des Droits de l'Homme vu à travers le prisme de la Cour Constitutionnelle allemande », *RTDH* 2006, p. 713 ss.

⁹⁰ « ausbalanciertes Teilsystem des innerstaatlichen Rechts », traduction française selon <http://www.cairn.info/revue-francaise-de-droit-constitutionnel-2007-3-page-639.htm> (état du 20 mars 2012).

une particularité allemande⁹¹. Statuant sur une demande de révision faisant suite au constat de violation des articles 6, paragraphe 1 et 8 CEDH dans l'arrêt *Schlumpf c. Suisse*⁹², les juges fédéraux ont saisi l'occasion d'exprimer leur désaccord avec l'arrêt de la Cour EDH⁹³. Il convient de préciser que l'absence d'effet cassatoire des arrêts européens a pour conséquence que les juges de Strasbourg n'ont pas véritablement le dernier mot. En Suisse, il appartient au Tribunal fédéral de tirer les conséquences d'un constat de violation et de réviser son arrêt désapprouvé par la Cour EDH en application de l'article 122 de la loi sur le Tribunal fédéral du 17 juin 2005 (LTF)⁹⁴. En introduisant cette disposition⁹⁵ dans l'ordre juridique helvétique, l'Assemblée fédérale a prévu un mécanisme permettant à la Suisse de se conformer aux arrêts européens. Ce faisant, elle a prolongé le dialogue entre le juge suisse et le juge européen, donnant aux magistrats helvétiques la parole suite à un désaveu de la Cour.

Dans l'affaire *Schlumpf c. Suisse*, la prolongation du dialogue s'est matérialisée par une critique de l'arrêt européen qui s'étale sur plusieurs pages. Le Tribunal fédéral s'est efforcé à réfuter les arguments principaux à l'appui du constat de violation, tout en relevant qu'il est obligé, en vertu des articles 46 CEDH et 122 LTF, de se conformer aux arrêts européens « même s'il n'est pas convaincu par l'argumentation de la Cour »⁹⁶.

Dans son jugement, la Cour EDH avait critiqué « l'application mécanique »⁹⁷ au cas de la requérante d'une règle jurisprudentielle concernant la prise en charge des frais d'opération de conversion sexuelle par les caisses maladies. Le Tribunal fédéral des assurances avait, en effet, soumis le droit au remboursement des transsexuels à la condition que l'intervention chirurgicale n'ait pas lieu avant l'écoulement d'un délai de deux ans à partir du début de la thérapie hormonale et psychologique. Selon la Cour, l'application rigide de ce délai d'attente était disproportionnée dans le cas d'espèce. L'approche du Tribunal fédéral des assurances a eu pour conséquence de priver la requérante de la possibilité de démontrer par le biais d'expertises médicales que la

⁹¹ ATF 137/2010 I 86, *Schlumpf*.

⁹² ACEDH, *Schlumpf c. Suisse*, n° 29002/06, 18 janvier 2009.

⁹³ Pour une critique de l'arrêt européen par un juge du Tribunal fédéral, voir SEILER HANSJÖRG, « Menschenrechte – Das trojanische Pferd des demokratischen Rechtsstaats », in : ZUFFEREY/DUBEY/PRÉVITALI (éd.), *L'homme et son droit. Mélanges en l'honneur de Marco Borghi*, Zurich, 2011, p. 511 ss, 515 ss.

⁹⁴ RS 173.110.

⁹⁵ La procédure de révision a été introduite en 1991 par l'article 139, let. a de l'ancienne loi fédérale sur l'organisation judiciaire du 16 décembre 1943, repris par l'article 122 LTF. Des dispositions analogues sont contenues dans d'autres lois fédérales, cf. art. 66, al. 2, let. d de la loi fédérale sur la procédure administrative du 20 décembre 1968 (PA ; RS 172.021), art. 410, al. 2 du code de procédure pénale du 5 octobre 2007 (CPP ; RS 312.0), art. 200, al. 1, let. f de la loi fédérale sur la procédure pénale militaire du 23 mars 1979 (PPM ; RS 322.1), art. 45 de la loi fédérale sur le Tribunal administratif fédéral du 17 juin 2005 (LTAF ; RS 173.32).

⁹⁶ ATF 137/2010 I 86, 101, *Schlumpf*, traduit par l'auteur.

⁹⁷ *Schlumpf c. Suisse* (n. 92) par. 115.

conversion sexuelle était justifiée indépendamment du respect du délai de deux ans. Par son refus d'admettre des opinions d'experts, la juridiction nationale « s'est substitué[e] aux médecins et aux psychiatriques, alors que la Cour avait déjà précisé par le passé que la détermination de la nécessité de mesures de conversion sexuelle n'est pas une affaire d'appréciation juridique »⁹⁸. De plus, le juge européen a reproché au Tribunal fédéral des assurances de ne pas avoir pris en compte la situation particulière de la requérante, notamment son âge avancé (67 ans) et les raisons familiales qui expliquent que les démarches en vue d'un changement de sexe n'ont pas été entreprises plus tôt. Sans trancher définitivement la question de savoir si le délai d'attente de deux ans « correspond aux courants actuels dans la pratique et la doctrine en matière de conversion sexuelle [...] » la Cour exprime sa conviction que « la médecine a fait des progrès dans l'établissement de la "véracité" du transsexualisme » depuis que la jurisprudence du Tribunal fédéral des assurances a introduit le délai d'attente en 1988⁹⁹.

Le Tribunal fédéral ne s'est pas montré convaincu par cette argumentation. Se référant à divers standards et études médicaux, il s'attelle à démontrer qu'une période d'attente de deux ans correspond à l'état actuel de la science médicale. A la critique de son approche « mécanique », il rétorque que le délai d'attente constitue une mise en balance appropriée des intérêts divergents et se justifie par le souci d'égalité de traitement et de sécurité juridique¹⁰⁰. Les juges fédéraux soulèvent de plus la question de savoir si la Cour EDH n'a pas outrepassé ses compétences en ce prononçant sur le bien-fondé d'une demande de prestation sociale à laquelle la CEDH ne confère aucun droit¹⁰¹. Qui plus est, le Tribunal fédéral circonscrit de façon étroite la portée de l'arrêt *Schlumpf*. Il souligne que le jugement européen n'implique aucunement que la jurisprudence du Tribunal fédéral des assurances qui a posé la règle du délai d'attente de deux ans serait devenue caduque. Selon les juges fédéraux, l'exigence de la période d'observation doit être maintenue dans son principe. L'arrêt *Schlumpf* requiert cependant exceptionnellement un assouplissement de la règle dans le cas d'espèce¹⁰². Bien que le Tribunal fédéral ait admis la demande de révision intentée suite à l'arrêt *Schlumpf*, l'interprétation étroite de l'arrêt européen est, comme nous le verrons, le moyen principal par lequel les juges de Mon Repos s'opposent à se conformer à la jurisprudence européenne.

⁹⁸ *Schlumpf c. Suisse* (n. 92) par. 57.

⁹⁹ *Schlumpf c. Suisse* (n. 92) par. 113.

¹⁰⁰ ATF 137/2010 I 86, 100, *Schlumpf*.

¹⁰¹ ATF 137/2010 I 86, 100, *Schlumpf*.

¹⁰² ATF 137/2010 I 86, 104 ss, *Schlumpf*.

b. L'opposition

Comparée à la critique ouverte, comme celle articulée dans l'arrêt du Tribunal fédéral rendu dans le sillage de l'arrêt *Schlumpf*, des cas de figure d'opposition sont plus difficiles à identifier. L'opposition est en effet rarement articulée ouvertement¹⁰³ mais a tendance à prendre des formes plus subtiles. Elle englobe des manœuvres de contournement ou d'évitement. La doctrine française qualifie ces stratégies de neutralisation : celle-ci consiste « sous couvert de souscrire à la jurisprudence du juge de Strasbourg » à « modifier le contenu pour conclure à la conformité du droit national avec la Convention »¹⁰⁴. En d'autres termes, « l'interprétation neutralisante joue sur une apparente soumission du juge national aux fins de préserver le droit national contraire au droit européen »¹⁰⁵. Comme l'identification de cette stratégie dépend de la qualification de l'intention de la juridiction nationale (qui peut par ailleurs diverger d'un juge à l'autre), elle est difficile à distinguer d'une mauvaise application, de bonne foi, des garanties conventionnelles¹⁰⁶. Qui plus est, les juges peuvent être plus ou moins conscients de leur désir de préserver le droit national lorsqu'ils optent pour une interprétation déterminée de la Convention. En dernier lieu, relevons qu'une jurisprudence nationale critiquée par la doctrine comme étant incompatible avec l'esprit de la Convention peut par la suite recevoir le sceau de conformité de la part du juge européen¹⁰⁷. Comme le relève DUBOIS, l'identification de la neutralisation (et il en va de même de l'opposition) ne saurait donc être que relative¹⁰⁸, étant donné qu'elle dépend fortement de l'interprétation de la jurisprudence européenne et nationale et de l'intention attribuée au juge national.

Sous cette réserve, notre interprétation des arrêts helvétiques et européens nous conduit à identifier quatre types d'opposition, dont les deux premiers interviennent en amont à une « condamnation » par la Cour européenne (ba) et les autres en aval (bb). Tombent dans la première catégorie l'application superficielle de la CEDH, d'une part, et l'omission (consciente) de

¹⁰³ Pour un rare exemple d'opposition ouverte émanant d'une juridiction suprême autre que le Tribunal fédéral, cf. la position de la Cour suprême du Royaume-Uni dans *R v Horncastle and others* [2009] UKSC 14 concernant le droit de contre-interrogatoire des témoins en matière pénale.

¹⁰⁴ DUBOIS JULIEN, « La neutralisation. Dialogue des juges et interprétation neutralisante », in : SUDRE (n. 5) p. 72 ss, 72.

¹⁰⁵ DUBOIS (n. 104) p. 73.

¹⁰⁶ DUBOIS (n. 104) p. 75.

¹⁰⁷ L'affaire *Hertel c. Suisse* illustre ces propos : suite à un constat de violation de l'article 10 CEDH (ACEDH, *Hertel c. Suisse*, n° 25181/94, 25 août 1998, Rec. 1998-VI), le Tribunal fédéral, statuant sur révision, s'est contenté d'atténuer la prohibition faite au requérant d'exprimer certains propos, au lieu de la lever intégralement (ATF 125/1999 III 185, H.). Cette mesure a été jugée insuffisante par la doctrine (voir p.ex. HOTTELLIER MICHEL, MOCK HANSPETER, PUÉCHAVY MICHEL, *La Suisse devant la Cour européenne des droits de l'homme*, 2^{ème} éd., Genève/Zurich/Bâle 2011, p. 346). La Cour a cependant déclaré une nouvelle requête critiquant l'interdiction atténuée irrecevable car manifestement mal fondée (cf. DCEDH, *Hertel c. Suisse*, n° 53440/99, 17 janvier 2002).

¹⁰⁸ DUBOIS (n. 104) p. 75.

tirer les conséquences d'une jurisprudence claire concernant un Etat autre que la Suisse, d'autre part. Le refus de réviser un arrêt suite à un constat de violation prononcé par le juge européen, et, l'interprétation étroite de la portée d'un constat de violation font partie de la deuxième catégorie.

ba. L'opposition en amont

Un exemple d'une application superficielle (consciente ou non) de la jurisprudence européenne est l'arrêt de la deuxième Cour de droit civil du Tribunal fédéral¹⁰⁹ sanctionné ultérieurement par la Cour dans l'arrêt *Emonet c. Suisse*¹¹⁰. Le Tribunal fédéral y consacre de longues considérations à l'interprétation des dispositions du CC¹¹¹ sur l'adoption¹¹². Il conclut que le CC ne prévoit pas la possibilité d'adopter l'enfant d'un concubin (en l'espèce une fille majeure handicapée qui avait depuis longtemps bénéficié du soutien du partenaire de sa mère) sans qu'il n'en résulte la suppression du lien de filiation avec le parent biologique. La question de savoir si cette solution est compatible avec la garantie du respect de la vie privée et familiale prévue à l'article 8 CEDH n'est guère examinée¹¹³. A ce sujet, le Tribunal fédéral se contente essentiellement de relever que la garantie de la vie privée et familiale « ne confère [...] pas le droit d'exiger une forme d'adoption non prévue par la loi [...] »¹¹⁴. Ce raisonnement (ultérieurement désavoué par la Cour EDH)¹¹⁵ part implicitement de la prémisse que la loi nationale est supérieure à la Convention et nie la nature autonome des garanties conventionnelles, dont la portée serait définie unilatéralement par le droit interne de chaque Etat. Il reflète à notre sens le souci du juge civil de ménager une des lois les plus vénérées dans l'ordre juridique suisse, sans doute renforcé par l'absence d'un contrôle de constitutionnalité des lois fédérales (art. 190 Cst.)¹¹⁶.

L'impact de la clause d'immunité est encore plus net dans un arrêt rendu le 25 janvier 2010¹¹⁷. Ledit jugement illustre le deuxième type d'opposition, le refus de respecter l'autorité de la chose interprétée des arrêts européens. Le Tribunal fédéral y a constaté que les dispositions nationales sur le droit du nom n'étaient pas conformes au principe d'égalité entre les sexes, tel

¹⁰⁹ ATF 129/2003 III 656, 663, *Office fédéral de la justice*.

¹¹⁰ ACEDH, *Emonet et autres c. Suisse*, n° 39051/03, 13 décembre 2007 ; pour un commentaire, voir HOTTELIER MICHEL, « Couples de concubins et adoption : une avancée jurisprudentielle originale », *Jusletter* 6 octobre 2008 ; pour le raisonnement de la Cour, cf. *infra*, IV.B.2.a.

¹¹¹ Code civil suisse du 10 décembre 1907, RS 210.

¹¹² Art. 264 ss CC.

¹¹³ Cf. HOTTELIER (n. 110) n° 15.

¹¹⁴ ATF 129/2003 III 656, 663, *Office fédéral de la justice*.

¹¹⁵ *Infra*, IV.B.2.a.

¹¹⁶ Cf. HERTIG RANDALL (n. 67) p. 251-253.

¹¹⁷ ATF 136/2010 III 168, *Ma*.

qu'interprété par la Cour EDH dans l'arrêt *Tekeli c. Turquie*¹¹⁸. Il a cependant relevé que l'Assemblée fédérale était consciente de ce problème mais avait décidé en connaissance de cause de privilégier le principe de l'unité du nom de famille au détriment du principe de l'égalité entre les sexes. En effet, l'Assemblée fédérale avait décidé, à l'époque, de procéder uniquement à une révision minimale du droit du nom, ayant pour but de rendre le droit suisse conforme à l'arrêt *Burghartz c. Suisse*¹¹⁹. Dans ces circonstances, les juges fédéraux ont considéré que la solution appropriée leur semblait l'application de la jurisprudence *Schubert*¹²⁰. La question de savoir si cette approche est compatible avec la jurisprudence *PKK*¹²¹ du Tribunal fédéral a été laissée ouverte au motif que le recours est mal fondé pour d'autres raisons. Notons que l'arrêt du 25 janvier 2010 ne marque pas la dernière étape dans le dialogue entre le juge helvétique et le juge européen au sujet du droit du nom. Dans l'arrêt *Losonci Rose et Rose c. Suisse*¹²², rendu 9 mois après l'arrêt des juges fédéraux, la Cour a retenu une violation de la Convention, confirmant sa jurisprudence *Tekeli c. Turquie*¹²³.

bb. L'opposition en aval

Comme nous l'avons vu dans l'affaire *Schlumpf*¹²⁴, la procédure de révision prévue à l'article 122 LTF permet aux requérants qui ont eu gain de cause à Strasbourg de demander au Tribunal fédéral d'annuler l'arrêt jugé contraire à la Convention et de statuer à nouveau pour établir un état conforme à la CEDH. Le législateur suisse a cependant conçu la voie de la révision consécutive à un arrêt de la Cour comme un moyen exceptionnel et subsidiaire. Elle n'est ouverte que si la réouverture de la procédure nationale est nécessaire pour remédier aux effets de la violation et que l'indemnisation n'est pas de nature à atteindre cet objectif¹²⁵. Dans plusieurs affaires, le Tribunal fédéral a fait part de son désaccord avec la jurisprudence européenne à travers la troisième forme d'opposition que nous avons identifiée,

¹¹⁸ ACEDH, *Ünal Tekeli c. Turquie*, n° 29865/96, 16 novembre 2004, Rec. 2004-X.

¹¹⁹ ACEDH, *Burghartz c. Suisse*, n° 16213/90, 22 février 1994, Série A280-B.

¹²⁰ ATF 99/1973 Ib 39, *Schubert*, voir *infra*, IV.A.1.a.

¹²¹ ATF 125/1999 II 417, *A*, voir *supra*, IV.A.1.a.

¹²² ACEDH, *Losonci Rose et Rose c. Suisse*, n° 664/06, 9 novembre 2010 ; dans l'arrêt qui avait donné lieu au constat de violation, le Tribunal fédéral s'était également fondé sur l'article 190 Cst. et sur la volonté du législateur pour rejeter le recours. Comme les juges fédéraux ont statué avant l'arrêt *Tekeli c. Turquie*, ils ont cependant estimé, à la différence de leur raisonnement dans l'ATF 136 III 168, *Ma*, que la contrariété du droit du nom suisse à la CEDH n'était pas clairement établie. En d'autres termes, le Tribunal fédéral a refusé d'opter pour une application anticipée de la Convention (pour l'anticipation, cf. *supra*, IV.A.1.a.).

¹²³ *Tekeli c. Turquie* (n. 118). Le dialogue des juges au sujet du nom de famille deviendra très probablement sans objet grâce à l'intervention de l'Assemblée fédérale, laquelle a adopté en date du 30 septembre 2011 une modification du Code civil alignant le droit suisse sur la jurisprudence *Tekeli c. Turquie* (voir FF 2011, p. 6811).

¹²⁴ *Supra*, IV.A.2.a.

¹²⁵ Art. 122, let. b et c LTF.

l'interprétation fort restrictive des conditions de recevabilité de la révision. Les affaires *Verein g. Tierfabriken c. Suisse* et *Neulinger et Shuruk c. Suisse* permettent d'illustrer ces propos.

Dans la première affaire, la Cour EDH avait retenu par arrêt du 18 juin 2001¹²⁶ (ci-après « *VGT I* ») que le refus de diffuser un spot à la télévision nationale exhortant le public à consommer moins de viande était contraire à la liberté d'expression (article 10 CEDH). Elle a estimé que l'interdiction de la publicité politique, prévue dans la législation suisse telle qu'en vigueur à l'époque, ne saurait légitimer l'interdiction de diffuser un message télévisé portant sur un sujet d'intérêt général, ceci d'autant plus que le spot émanait d'une association vouée à la protection des animaux et non d'un groupe financier puissant. Dans ces conditions, les arguments avancés par le Tribunal fédéral pour justifier le refus opposé à la requérante n'étaient, selon la Cour, pas pertinents. En effet, les juges fédéraux avaient relevé que l'interdiction de la publicité politique avait pour objectif de protéger l'opinion publique contre des influences indues et d'assurer l'égalité des chances entre les différents groupes de la société¹²⁷. La Cour avait de surcroît clarifié que l'ingérence dans la liberté d'expression était imputable à la Suisse malgré le fait que la décision négative émanait non d'un organe de l'Etat mais d'une société de droit privé qui était chargée de la publicité à la télévision helvétique. Elle a relevé qu'aux obligations négatives découlant des droits conventionnels peuvent s'ajouter des obligations positives, qui conduisent à la responsabilité d'un Etat pour ne pas avoir satisfait à son obligation d'édicter une législation interne¹²⁸. Dans le cas d'espèce, le juge européen a estimé qu'il n'était pas nécessaire d'élaborer une théorie générale sur l'applicabilité de la Convention entre des personnes privées. A ses yeux, il était suffisant de constater que la législation interne légitimait le refus de la société privée de diffuser le spot publicitaire¹²⁹. Par voie de conséquence, l'arrêt européen ne précisait pas l'étendue des obligations positives découlant de la liberté d'expression. En particulier l'existence et les conditions d'un droit à l'antenne n'ont pas été clairement énoncées.

Après avoir tenté une nouvelle fois en vain d'obtenir la diffusion du spot suite à l'arrêt de la Cour, l'association requérante a saisi le Tribunal fédéral d'une demande en révision. Celle-ci a été rejetée pour une série de motifs par arrêt rendu le 29 avril 2002¹³⁰ : selon les juges fédéraux, le spot était dépassé suite à l'écoulement du temps de sorte que l'association n'avait plus un intérêt à le faire diffuser. De plus, les conclusions de la requérante n'étaient pas

¹²⁶ ACEDH, *VgT Verein gegen Tierfabriken c. Suisse*, n° 24699/94, 28 juin 2001, Rec. 2001-VI.

¹²⁷ ATF 123/1997 II 402, 414, *VgT Verein gegen Tierfabriken*.

¹²⁸ *VGT I* (n. 126) par. 45.

¹²⁹ *VGT I* (n. 126) par. 47.

¹³⁰ Arrêt du TF 2A.526/2001, 29 avril 2002.

suffisamment claires, et la révision pas strictement nécessaire, étant donné que la requérante pourrait obtenir la diffusion du spot par la société privée en intentant des actions civiles.

Le Tribunal fédéral a également rejeté une demande de révision en renvoyant les demandeurs à une autre voie de droit suite au constat de violation dans l'arrêt *Neulinger et Shuruk c. Suisse*¹³¹. La Grande Chambre avait estimé que la décision de renvoyer un enfant (âgé de sept ans au moment où la Cour a statué) chez son père en Israël en application de la Convention de la Haye sur l'enlèvement des enfants ne tenait pas suffisamment compte des effets négatifs sur le garçon : celui-ci était bien intégré en Suisse, étant donné qu'il y vivait avec sa mère depuis cinq ans au moment où l'arrêt de Grande Chambre a été rendu. Le Tribunal fédéral a cependant refusé de réviser son arrêt confirmant le retour forcé pour le motif que la révision n'était pas nécessaire pour remédier aux effets de la violation constatée : les arguments retenus dans l'arrêt européen pourraient être invoqués dans le cadre d'une demande de modification de la décision prévue dans la législation fédérale régissant l'enlèvement international d'enfants.

A l'appui de leurs conclusions, les juges fédéraux ont de surcroît fait valoir, en se fondant sur le libellé du dispositif de l'arrêt européen¹³², que la Cour « n'a pas remis en cause le bien-fondé de l'arrêt du Tribunal fédéral [...] au moment où il a été prononcé, mais a considéré que l'exécution de cette décision constituerait une violation de l'article 8 CEDH »¹³³. A leur avis, on pourrait dès lors se demander si la première condition de révision, l'existence d'une violation de la Convention (art. 122 let. a LTF), était réalisée. Cette argumentation peut être comprise comme une critique reprochant à la Cour EDH d'avoir pris en compte des faits qui se sont produits postérieurement à l'arrêt rendu par le Tribunal fédéral (consistant en particulier dans la prolongation de la durée de résidence en Suisse)¹³⁴. En d'autres termes, les juges fédéraux semblent considérer que leur arrêt est exempt de critique et le constat de violation injustifié. Il n'en demeure pas moins que la distinction entre le prononcé de l'arrêt et son exécution paraît artificielle. Dans un Etat de droit, les jugements entrés en force ne sont-ils pas exécutoires ? L'esprit d'opposition des juges fédéraux ne l'a-t-il pas emporté sur les intérêts des requérants et la sécurité juridique ?

¹³¹ ACEDH, *Neulinger et Shuruk c. Suisse* (GC), n° 41615/07, 6 juillet 2010.

¹³² Cf. *Neulinger et Shuruk c. Suisse* (n. 131) chiffre 1 du dispositif, selon lequel la Cour : « Dit, par seize voix contre une, que, dans l'éventualité de la mise à exécution de l'arrêt du Tribunal fédéral du 16 août 2007, il y aurait violation de l'article 8 de la Convention dans le chef des deux requérants ».

¹³³ Arrêt du TF 5F_8/2010, 26 mai 2011, italiques ajoutées par l'auteur.

¹³⁴ Pour une critique dans ce sens émanant d'une juge et d'une greffière du Tribunal fédéral, cf. PFIFFNER BRIGITTE, BOLLINGER SUSANNE, « Ausweitung konventionsgeschützter Rechte durch den EGMR und Probleme der innerstaatlichen Umsetzung », *Jusletter* 21 novembre 2011, n° 42.

Pour établir un état conforme à la Convention, il n'est pas suffisant que le Tribunal fédéral admette une demande de révision et annule son arrêt statuant sur rescindant. Encore faut-il qu'il rende, statuant sur le rescisoire, un nouvel arrêt qui respecte l'esprit du jugement européen. Cette condition n'est cependant pas toujours remplie : dans certaines affaires, les juges fédéraux optent pour une interprétation restrictive de l'arrêt européen. L'arrêt *Emre c. Suisse* permet d'illustrer ce point. L'affaire concernait le renvoi d'un ressortissant turc délinquant qui avait vécu depuis l'âge de six ans en Suisse. Alors que les tribunaux helvétiques avaient mis l'accent sur les nombreuses infractions commises par le requérant, son incapacité de s'intégrer en Suisse et le fait que les liens avec son pays d'origine n'avaient pas été complètement rompus, la Cour EDH a considéré dans un arrêt rendu le 22 mai 2008 (ci-après arrêt « *Emre I* ») que l'expulsion était une ingérence disproportionnée dans la vie privée et familiale, compte tenu, entre autres, « de la gravité relative des condamnations prononcées contre le requérant, de la faiblesse des liens qu'il entretient avec son pays d'origine et du caractère définitif de la mesure d'éloignement »¹³⁵. En plus, la Cour avait également pris en considération dans la mise en balance des intérêts qu'une partie des infractions commises relevaient de la délinquance juvénile et que le requérant souffrait de troubles psychiques qui rendraient le retour dans son pays d'origine encore plus difficile.

Statuant sur révision, le Tribunal fédéral a fait une lecture restrictive de l'arrêt européen¹³⁶. Alors qu'une interprétation favorable au requérant aurait conduit à l'annulation de la mesure de renvoi, les juges fédéraux ont ramené la durée de l'expulsion à dix ans, estimant que la nature disproportionnée de l'éloignement était due principalement, voir exclusivement, à son caractère définitif.

Un autre exemple d'une interprétation peu généreuse d'un jugement européen est l'affaire *VGT Verein g. Tierfabriken*. Comme nous l'avons vu, le Tribunal fédéral a refusé, par arrêt rendu le 29 avril 2002¹³⁷, d'admettre la demande de révision suite au constat de violation par la Cour dans l'arrêt *VGT I*¹³⁸. Les considérants de l'arrêt suisse reflètent de plus une vision très étroite de la portée de l'arrêt européen. Selon le Tribunal fédéral, l'arrêt de la Cour implique uniquement que l'interdiction de la publicité politique ne peut pas justifier la diffusion du spot, sans pourtant se prononcer sur la question de savoir si d'autres motifs (reposant par exemple sur la loi sur la concurrence déloyale) entrent en ligne de compte¹³⁹. Plus fondamentalement, le Tribunal

¹³⁵ ACEDH, *Emre c. Suisse*, n° 2034/04, 22 mai 2008.

¹³⁶ Arrêt du TF 2F_11/2008, 6 juillet 2009.

¹³⁷ Arrêt du TF 2A.526/2001, 29 avril 2002.

¹³⁸ *Supra*, IV.A.2.bb.

¹³⁹ Arrêt du TF 2A.526/2001, 29 avril 2002, consid. 4.3.

fédéral estime que l'arrêt européen ne consacre pas un droit à l'antenne. La législation suisse en matière du droit des cartels serait en tout état de cause suffisante pour satisfaire d'éventuelles obligations positives de la Suisse en matière de liberté d'expression¹⁴⁰.

B. Le discours descendant

1. *Le discours coopératif*

Le discours coopératif ascendant (qui émane des juridictions nationales et est destiné à la Cour EDH) est indispensable à la réalisation d'un ordre public européen¹⁴¹, fondé sur un socle de valeurs communes. Cette forme de discours se matérialise, nous l'avons vu, dans la jurisprudence du Tribunal fédéral. Qu'en est-il cependant du discours coopératif « descendant » ? La mission de la Cour n'implique-t-elle pas que les voix des juges nationaux aient de la peine à se faire entendre ? Nous verrons que la Cour s'efforce de contrer cette image en exprimant explicitement sa reconnaissance au discours coopératif ascendant (a.) Autre est la question de savoir si la Cour de Strasbourg est parfois disposée à s'aligner sur la jurisprudence nationale (b.) ou à anticiper la critique des juges nationaux (c.).

a. La reconnaissance

Deux arrêts rendus le 9 juin 2011 ont retenu l'attention des adeptes du dialogue des juges¹⁴² : dans *Schmitz c. Allemagne*¹⁴³, et *Mork c. Allemagne*¹⁴⁴, la Cour s'est référée à un arrêt de la Cour constitutionnelle allemande rendu le 4 mai 2011, donc environ un mois avant le jugement européen, relevant que

¹⁴⁰ Arrêt du TF 2A.526/2001, 29 avril 2002, consid. 4.2. et 4.3.

¹⁴¹ La Cour a décrit la Convention en ces termes pour la première fois dans ACEDH, *Loizidou c. Turquie*, n° 15318/89, 23 mars 1995, Série A310.

¹⁴² Voir les commentaires par LEDTEN INGRID, « Schmitz v. Germany and Mork v. Germany : Applause for the German Constitutional Court – Does 'Dialogue' Solve it All ? », 22 juin 2011, disponible à <http://strasbourgobservers.com/2011/06/22/schmitz-v-germany-and-mork-v-germany-applause-for-the-german-constitutional-court—does-'dialogue'-solve-it-all/> (état au 20 septembre 2011) ; STEINBEIS MAX, « Dialog der Verfassungsgerichte: Ich bin okay, du bist okay », 9 juin 2011, disponible à <http://verfassungsblog.de/dialog-der-verfassungsgerichte-ich-bin-du-bist/> (état au 20 septembre 2011) ; GARCÍA OLIVER, « Phantomschmerzen im Verhältnis zwischen EGMR und BVerfG », 10 juin 2011, disponible à <http://blog.delegibus.com/2011/06/10/phantomschmerzen-im-verhaltnis-zwischen-egmr-und-bverfg/> (état au 20 septembre 2011) ; HERVIEU NICOLAS, « Rétenion de sûreté et droit transitoire : la leçon de droit allemande et européenne (Cour EDH, 5e Sect. 9 juin 2011, Mork c. Allemagne et Schmitz c. Allemagne). Un retentissant satisfecit strasbourgeois à destination de la jurisprudence constitutionnelle allemande sur la rétenion de sûreté », Lettre « Actualités Droits-Libertés » du CREDOF, 10 juin 2011, disponible sur le site <http://www.combatsdroitshomme.blog.lemonde.fr> (état au 20 septembre 2011).

¹⁴³ ACEDH, *Schmitz c. Allemagne*, n° 30493/04, 9 juin 2011.

¹⁴⁴ ACEDH, *Mork c. Allemagne*, n° 31047/04 et 43386/08, 9 juin 2011.

« [I]a Cour prend note, dans ce contexte, du revirement de jurisprudence de la Cour constitutionnelle allemande concernant la détention de sûreté [...]. Elle se félicite de l'approche de la Cour constitutionnelle allemande consistant à interpréter les dispositions de la Loi fondamentale également à la lumière de la Convention et de la jurisprudence de la Cour, ce qui montre l'attachement constant de la Cour [constitutionnelle allemande] à la protection des droits fondamentaux non seulement à l'échelon national, mais aussi au niveau européen »¹⁴⁵.

Il sied de relever que la référence au jugement de la Cour constitutionnelle n'était pas nécessaire pour l'issue des deux arrêts. Dans une perspective dialogique, elle s'explique plutôt par la volonté de la Cour européenne de reconnaître explicitement l'attitude coopérative que la Cour de Karlsruhe a exprimée dans son arrêt du 4 mai. Venant d'une juridiction qui n'a pas ménagé le juge européen de critiques suite à l'arrêt *Von Hannover c. Allemagne*¹⁴⁶, et qui est connue pour ses réflexes souverainistes¹⁴⁷, « l'offre d'amitié »¹⁴⁸ des juges constitutionnels allemands exprimée dans l'arrêt du 4 mai¹⁴⁹ ne pouvait que rassurer la Cour de Strasbourg. Dans ledit arrêt, la Cour constitutionnelle prône, en effet, le dialogue au lieu de la guerre des juges :

« L'attitude favorable de la Loi fondamentale est [...] l'expression d'une conception de souveraineté qui ne fait pas obstacle à une intégration dans des contextes inter- et supranationaux et leurs approfondissements. Tout au contraire, elle suppose et attend de tels développements. Sur cette toile de fond, le « dernier mot » de la Constitution allemande ne s'oppose pas à un dialogue international et européen des juges mais en est la base normative »¹⁵⁰.

Finalement, une nouvelle requête de la princesse monégasque a donné à la Cour l'occasion de mettre un terme aux controverses déclenchées par l'arrêt *Von Hannover c. Allemagne*¹⁵¹. Elle portait également sur un conflit entre les droits de la personnalité, d'une part, et la liberté des médias, d'autre part. A la différence de l'arrêt précité, le juge européen conclut cette fois-ci à l'absence d'une violation de l'article 8 CEDH¹⁵², faisant primer la liberté des médias sur la protection de la sphère privée. Dans les considérants de l'arrêt *Von Hannover*

¹⁴⁵ *Schmitz* (n. 143) par. 41, *Mork* (n. 144) par. 54, notre traduction.

¹⁴⁶ *Supra*, IV.A.2.a.

¹⁴⁷ Voir aussi le fameux arrêt de la Cour constitutionnelle allemande au sujet du traité de Maastricht, BVerfGE 89, 155, qui se situe dans le sillage de la jurisprudence dite « Solange » (BVerfGE 37, 271, *Solange I* ; BVerfGE 73, 339, *Solange II*) et trouve son prolongement dans l'arrêt au sujet du Traité de Lisbonne, BVerfGE 123, 267.

¹⁴⁸ Cf. LEIJTEN (n. 142), se référant à un « *Freundschaftsgebot* ».

¹⁴⁹ BvR 2365/09, 2 BvR 740/10, 2 BvR 2333/08, 2 BvR 1152/10 et 2 BvR 571/10.

¹⁵⁰ BvR 2365/09, 2 BvR 740/10, 2 BvR 2333/08, 2 BvR 1152/10 et 2 BvR 571/10, par. 89, résumé par la Cour EDH dans *Schmitz c. Allemagne* (n. 143) par. 28, *Mork c. Allemagne* (n. 144) par. 31.

¹⁵¹ *Supra*, IV.A.2.a.

¹⁵² ACEDH, *Von Hannover (n° 2) c. Allemagne*, n° 40660/08 et 60641/08, 7 février 2012.

(n° 2) c. *Allemagne*, la Cour ne manque pas de mettre en exergue l'attitude coopérative des juridictions allemandes. Elle relève que

« les juridictions nationales ont explicitement pris en compte la jurisprudence de la Cour en la matière. Alors que la Cour fédérale de justice a modifié sa jurisprudence à la suite de l'arrêt *Von Hannover*, la Cour constitutionnelle fédérale a pour sa part non seulement confirmé cette jurisprudence, mais également procédé à une analyse détaillée de la jurisprudence de la Cour en réponse aux griefs des requérants d'après lesquels l'arrêt de la Cour fédérale de justice avait méconnu la Convention et la jurisprudence de la Cour »¹⁵³.

L'arrêt ne se limite pas à porter une appréciation positive sur la réception de la jurisprudence européenne dans l'ordre juridique allemand. La Cour s'efforce en plus de montrer qu'elle n'est pas restée insensible aux critiques de l'arrêt *Von Hannover c. Allemagne*¹⁵⁴. Pour contrer le reproche d'un manque de déférence face aux juridictions suprêmes nationales, la Cour souligne que celles-ci disposent d'une marge d'appréciation lorsqu'elles statuent sur des conflits entre droits fondamentaux¹⁵⁵. Soucieuse de ne pas substituer sa propre appréciation à celle des juridictions nationales, le juge européen se contente en l'espèce d'examiner que les tribunaux allemands ont « procédé à une mise en balance circonstanciée du droit [...] à la liberté d'expression avec le droit des requérants au respect de leur vie privée »¹⁵⁶.

b. L'alignement

La Cour européenne est-elle disposée à aligner sa jurisprudence sur celle d'une juridiction nationale, jugée plus convaincante ? Cette forme de discours est rare, et à notre connaissance inexistante dans les arrêts concernant la Suisse. Quant aux arrêts portant sur d'autres Etats, la doctrine indique à titre d'exemple l'arrêt *Stafford c. Royaume-Uni*¹⁵⁷. Le juge européen y suit l'évolution de la jurisprudence britannique, selon laquelle une nouvelle incarcération d'une personne libérée de façon anticipée ne peut (contrairement à ce qu'admettait la jurisprudence antérieure) plus se fonder sur le jugement initial de condamnation à une peine perpétuelle obligatoire. Ceci amène la Cour EDH à abandonner sa jurisprudence et à conclure que la peine perpétuelle obligatoire prévue dans l'ordre juridique britannique n'est pas une sanction à perpétuité de sorte qu'une nouvelle incarcération requiert un nouveau

¹⁵³ *Von Hannover c. Allemagne (n° 2)* (n. 152) par. 125.

¹⁵⁴ *Supra*, IV.A.2.a.

¹⁵⁵ Cf. *Von Hannover c. Allemagne (n° 2)* (n. 152) par. 126.

¹⁵⁶ *Von Hannover c. Allemagne (n° 2)* (n. 152) par. 124.

¹⁵⁷ ACEDH, *Stafford c. Royaume-Uni* (GC), n° 46295/99, 28 mai 2002, Rec. 2002-IV ; cet exemple est cité par ANDRIANTSIMBAZOVINA JOËL, « Les méthodes d'interprétation de la Cour européenne des droits de l'homme, instrument de dialogue ? », in : LICHÈRE/POTVIN-SOLIS/RAYNOUARD (n. 5) p. 167 ss et 185.

contrôle judiciaire. Dans l'arrêt *Stafford c. Royaume-Uni*, l'alignement a donc conduit au renforcement des droits conventionnels.

L'arrêt de la Grande Chambre *Al-Khawaja et Tahery c. Royaume-Uni*¹⁵⁸, concernant le droit de contre-interrogatoire, montre cependant que l'hypothèse d'un alignement sur une jurisprudence nationale qui conduit à un niveau de protection moins élevé n'est pas purement théorique. Le jugement européen est rendu dans un contexte marqué par des fortes tensions entre la Cour de Strasbourg et le Royaume-Uni en raison des controverses au sujet du droit de vote des détenus¹⁵⁹. La Cour y discute de façon approfondie la critique avancée par la Cour suprême du Royaume-Uni à l'encontre de l'arrêt de chambre, répondant ainsi à l'invitation des juges de la Cour suprême de « reconsidérer l'aspect controversé de l'arrêt »¹⁶⁰ en vue de permettre un « dialogue précieux entre cette Cour et la Cour de Strasbourg »¹⁶¹. Ayant recours au « dialogue spontané »¹⁶², la Cour s'efforce de contrer la critique selon laquelle l'arrêt de chambre n'a pas suffisamment tenu compte des pays de la *common law*, passant en revue la jurisprudence et la législation dans une série d'Etats, y compris l'Irlande, l'Australie, la Nouvelle Zélande, l'Afrique du

¹⁵⁸ ACEDH, *Al-Khawaja et Tahery c. Royaume-Uni*, n° 26766/05 and 22228/06, 15 décembre 2011. Pour un résumé et une discussion, cf. HERVIEU NICOLAS, « Droit à un procès équitable (Art. 6 CEDH) : Admissibilité des preuves par oui-dire et droit de contre-interrogatoire en matière pénale, Lettre « Actualités Droits-Libertés » du CREDOF, 18 décembre 2011, disponible sur le site <http://www.combatsdroitshomme.blog.lemonde.fr> (état au 20 mars 2012).

¹⁵⁹ La controverse a été déclenchée par l'ACEDH, *Hirst c. Royaume-Uni (n° 2) (GC)*, n° 74025/01, 6 octobre 2005. Suite au refus des autorités britanniques de mettre en œuvre ledit arrêt, la Cour a réaffirmé sa position dans l'ACEDH, *Greens et M.T. c. Royaume-Uni*, n° 60041/08 et 60054/08, 23 novembre 2010. Dans le dispositif dudit jugement, la Cour fait injonction au Royaume-Uni de procéder à la révision de la législation nationale prévoyant la déchéance automatique du droit de vote des détenus. A cet effet, un délai de six mois a été imparti aux autorités pour soumettre des projets législatifs au parlement, ce qui a suscité une vive opposition outre-Manche. Le collège de cinq juges a rejeté la demande de renvoi à la Grande Chambre cf. Communiqué de presse n° 328 du Greffier de la Cour européenne des droits de l'homme du 12 avril 2011. Pour plus d'informations également sur les réactions affichées au Royaume-Uni, cf. HERVIEU NICOLAS, « Droit de vote des détenus (Art. 3 du Protocole n° 1 CEDH) : Poursuite du bras de fer entre le Royaume-Uni et la Cour européenne des droits de l'homme », Lettre « Actualités Droits-Libertés » du CREDOF, 10 septembre 2011, disponible sur le site <http://www.combatsdroitshomme.blog.lemonde.fr> (état au 20 mars 2012).

¹⁶⁰ *R. v. Horncastle* (n. 103), par. 11 (traduit par l'auteur).

¹⁶¹ *R. v. Horncastle* (n. 103), par. 11 (traduit par l'auteur). La citation intégrale a la teneur suivante : « The requirement to "take into account" the Strasbourg jurisprudence will normally result in this Court applying principles that are clearly established by the Strasbourg Court. There will, however, be rare occasions where this court has concerns as to whether a decision of the Strasbourg Court sufficiently appreciates or accommodates particular aspects of our domestic process. In such circumstances it is open to this court to decline to follow the Strasbourg decision, giving reasons for adopting this course. This is likely to give the Strasbourg Court the opportunity to reconsider the particular aspect of the decision that is in issue, so that there takes place what may prove to be a valuable dialogue between this court and the Strasbourg Court. This is such a case. »

L'importance et la légitimité du dialogue entre le juge européen et le juge national sont mises en exergue, dans l'arrêt *Al-Khawaja et Tahery c. Royaume-Uni* (n. 158), dans l'opinion partiellement dissidente et partiellement concordante des juges KARAKAS and SAJÓ ainsi que dans l'opinion concordante du juge BRATZA.

¹⁶² Pour le concept de dialogue spontané, cf. *supra*, I.

Sud, Hong Kong et les Etats-Unis. Suite à une discussion approfondie des arguments avancés par la Cour suprême du Royaume-Uni, elle opte pour un « alignement partiel ». Sans approuver l'intégralité des arguments avancés par les juges britanniques, elle infirme partiellement l'arrêt de chambre et confirme la violation de la Convention seulement en ce qui concerne le second requérant. Quant au premier requérant, elle estime que la condamnation pénale, fondée sur des preuves par oui-dire, est conforme à la Convention. Pour parvenir à cette conclusion, la Cour infléchit sa jurisprudence selon laquelle le droit de contre-interroger des témoins ne souffre aucune exception en matière pénale. Cette règle, jugée trop inflexible, est assouplie dans le sens qu'il convient de tenir compte de l'équité de la procédure dans son ensemble. La question de savoir si l'impossibilité d'interroger des témoins viole l'article 6, paragraphe 1 CEDH appelle cependant un examen extrêmement rigoureux¹⁶³. Citant un arrêt de la Chambre des Lords, la Cour estime que l'admission des preuves par oui-dire, en raison des risques qu'elle comporte, est un facteur qui fait pencher la balance fortement en faveur du requérant¹⁶⁴.

Comparé à l'alignement (partiel) vers le bas, l'alignement vers le haut est plus fréquent. De façon analogue à *Stafford c. Royaume-Uni*, la démarche de la Cour peut également être qualifiée de telle dans le cas de figure où le juge européen reprend une solution adoptée par le juge national sur une question nouvelle, que la Cour n'a pas encore eu l'occasion de trancher¹⁶⁵. En d'autres termes, cette forme d'alignement est la réaction du juge européen à l'anticipation par les juridictions nationales, c'est-à-dire au troisième type de discours coopératif ascendant que nous avons identifié. A titre d'exemple, il sied de mentionner l'arrêt *M. c. Allemagne*¹⁶⁶. La Cour s'y est référée à la jurisprudence du Conseil constitutionnel en matière de rétention de sûreté¹⁶⁷, laquelle justifie de détenir des personnes en raison de leur dangerosité après l'exécution de leur peine d'emprisonnement. Le juge constitutionnel français avait annulé les dispositions d'une loi prévoyant l'application de cette mesure à des personnes condamnées avant l'entrée en vigueur de la loi. La Cour EDH s'est fondée entre autres sur cette jurisprudence pour désavouer la Cour constitutionnelle allemande (qui avait jugé que le principe de non-rétroactivité des lois pénales ne s'appliquait pas aux mesures telles que la détention de sûreté). C'est par ailleurs l'alignement ultérieur des juges constitutionnels allemands sur la jurisprudence européenne et française qui a donné lieu à la

¹⁶³ *Al-Khawaja et Tahery c. Royaume-Uni* (n. 158) par. 147.

¹⁶⁴ *Ibid.*

¹⁶⁵ Cette forme d'alignement est mise en exergue par le Président de la Cour européenne. Cf. COSTA JEAN-PAUL, « La Cour européenne des droits de l'homme et le dialogue des juges », in : LICHÈRE/POTVIN-SOLIS/RAYNOUARD (n. 5) p. 152 ss et 157.

¹⁶⁶ ACEDH, *M. c. Allemagne*, no 19359/04, 17 décembre 2009.

¹⁶⁷ Décision du 21 février 2008 (no 2008-562 DC), Journal officiel du 26 février 2008, p. 3272. La Cour se réfère à cette décision dans les paragraphes 75 et 126, *M. c. Allemagne* (n. 166).

reconnaissance par la Cour EDH à travers les arrêts *Schmitz c. Allemagne* et *Mork c. Allemagne*, décrite dans la section précédente¹⁶⁸.

La méthode comparative, employée par la Cour EDH dans l'arrêt *M. c. Allemagne*, est une approche par laquelle le juge européen justifie fréquemment une interprétation évolutive de la Convention. La doctrine relève, par exemple, que la jurisprudence de la Cour concernant l'effet horizontal des droits conventionnels est inspirée de la théorie allemande de la *Drittwirkung*¹⁶⁹, également connue en droit constitutionnel suisse. Tenant compte de la diversité des pratiques nationales, la Cour a tendance à appliquer l'effet horizontal avec prudence, et au cas par cas. Dans cet ordre d'idées, elle s'est abstenue, dans l'arrêt *VGT I*, d'élaborer une théorie générale sur l'application de la Convention entre des particuliers et s'est contentée de trancher le cas d'espèce¹⁷⁰. Ce faisant, le juge européen adopte la méthode préconisée par les adhérents du minimalisme judiciaire¹⁷¹, consistant à trancher « une affaire à la fois »¹⁷², sans recours à des grands principes ou théories. Les décisions judiciaires minimalistes, qui reflètent des « accords imparfaitement théorisés »¹⁷³, sont selon les défenseurs de cette théorie plus légitimes que des jugements qui visent à établir des règles générales motivées par des principes philosophiques¹⁷⁴ : dans une société marquée par une grande diversité, les prémisses ou les conclusions théoriques risquent, en effet, de ne pas être partagées par une bonne partie de la population. Nous verrons dans la section suivante que le souci du juge européen de tenir compte de la diversité parmi les 47 Etats parties joue aussi un rôle dans le discours anticipatif.

¹⁶⁸ *Supra*, IV.B.1.a.

¹⁶⁹ Cf. ANDRIANTSIMBAZOVINA (n. 157) p. 181.

¹⁷⁰ *Supra*, IV.A.2.bb.

¹⁷¹ Pour cette théorie, voir SUNSTEIN CASS. R., *One Case at a Time. Judicial Minimalism at the Supreme Court*, Cambridge/Londres, 1999 ; *Id.* « Burkean Minimalism », *Michigan Law Review* 2006-2007, p. 353 ss ; *Id.*, « Foreword. Leaving Things Undecided. The Supreme Court Term 1995 », 101 *Harvard Law Review* 1996, p. 6 ss.

¹⁷² Cf. le titre de l'ouvrage de SUNSTEIN 1999 (n. 171).

¹⁷³ Cf. SUNSTEIN CASS. R., « Incompletely Theorized Agreements in Constitutional Law », *University of Chicago, Public Law Working Paper No. 147*, 2007, disponible à http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=957369, état au 17 novembre 2011. Selon cet auteur, les « accords imparfaitement théorisés » désignent des cas de figures où il existe un entendement sur une pratique constitutionnelle sans qu'il y ait un accord sur la théorie constitutionnelle. L'accord est imparfait, dans le sens qu'il porte soit sur la solution d'un problème particulier, sans qu'il y ait un consensus sur le principe ou la règle qui justifie la solution, soit sur la règle ou le principe, sans qu'il y ait un accord sur la solution qui en découle dans un cas d'espèce. Pour une théorie semblable, voir la théorie du « consensus par recoupement » (*overlapping consensus*) développée par RAWLS JOHN, *Political Liberalism*, New York/Chichester, 2005.

¹⁷⁴ Pour une critique de la théorie du minimalisme judiciaire, cf. DWORKIN RONALD, « Looking for Cass Sunstein », *The New York Review of Books*, avril 2009.

c. L'anticipation

Parlant du discours ascendant, nous avons qualifié d'anticipation la tendance du juge national d'interpréter de façon généreuse la Convention en anticipant les développements futurs de la jurisprudence européenne. Le souci d'éviter un constat de violation prononcé au niveau européen favorise le recours par le juge national à cette stratégie. Cette incitation fait défaut pour le juge européen, qui n'est soumis à aucune juridiction supérieure. D'un point de vue juridique, la révision de la Convention ou de ses protocoles est la seule possibilité ouverte pour remettre en cause un jugement européen. La volonté unanime des 47 Etats membres du Conseil de l'Europe de « corriger » un jugement européen relève cependant plus de la théorie que de la pratique. La faculté de réviser la Convention n'est donc pas un contrepois effectif au pouvoir de la Cour.

La jurisprudence européenne a néanmoins développé sa propre stratégie, soucieuse d'assurer l'acceptabilité de ses jugements. Il s'agit de la fameuse théorie de la marge d'appréciation¹⁷⁵. Visant à concilier l'universalisme des droits de l'homme avec les particularités nationales, cette théorie permet à la Cour de moduler son pouvoir de cognition selon une série de facteurs, y compris l'absence ou l'existence d'un consensus parmi les Etats membres. Le fait d'accorder aux Etats parties une grande marge d'appréciation revient, dans les termes de Mireille DELMAS-MARTY, à inverser la hiérarchie des normes, étant donné qu'« à l'intérieur de la marge d'appréciation admise le législateur a un pouvoir autonome ou discrétionnaire de détermination de la norme, ce qui revient à le placer au sommet de la hiérarchie normative, pour ce qui relève de cette appréciation discrétionnaire »¹⁷⁶.

Cette forme de discours descendant ne vise pas à anticiper la réaction d'un seul Etat et ne peut donc pas s'adresser spécifiquement au juge helvétique. Elle permet cependant au juge européen d'anticiper, et d'éviter, par une attitude déférente, des solutions qui ne trouveront pas de soutien dans un nombre considérable d'Etats membres du Conseil de l'Europe. Conjointement à

¹⁷⁵ Pour des études portant sur la marge d'appréciation, voir p.ex. ARAI-TAKAHASHI YUTAKA, *The margin of Appreciation Doctrine and the Principle of Proportionality in the Jurisprudence of the ECHR*, Anvers/Oxford/New York, 2001 ; GREER STEVEN, *La marge d'appréciation : interprétation et pouvoirs discrétionnaire dans le cadre de la Convention européenne des Droits de l'Homme*, Dossiers Droits de l'Homme n°17, Strasbourg, 2000 ; CALLEWAERT JOHAN, « Quel avenir pour la marge d'appréciation ? », in : MAHONEY et al. (éd.), *Protection des droits de l'Homme : la perspective européenne. Mélanges à la mémoire de Rolv Ryssdal*, Cologne, 2000, p. 147 ss ; YOUROW HOWARD CHARLES, *The Margin of Appreciation Doctrine in the Dynamics of European Human Rights Jurisprudence*, Dordrecht, 1996 ; BREMS EVA « The Margin of Appreciation Doctrine in the Case-Law of the European Court of Human Rights », 56 *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht* 1996, p. 240 ss ; PREBENSEN SOREN C. « The Margin of Appreciation and Articles 9, 10 and 11 of the Convention », 19 *Human Rights Law Journal* 1998, p. 13 ss ; SCHOKKENBROEK JEROEN « The Basis, Nature and Application of the Margin-of-Appreciation Doctrine in the Case-Law on the European Court of Human Rights », 19 *Human Rights Law Journal* 1998, p. 30 ss.

¹⁷⁶ DELMAS-MARTY MIREILLE, *Pour un droit commun*, Paris, 1994, p. 110.

d'autres voix, la position du juge helvétique est susceptible d'avoir une influence sur le juge européen¹⁷⁷. Parmi les institutions nationales, ce sont cependant les voix des gouvernements, et non celles des juges, qui ont un accès privilégié à Strasbourg. Ils peuvent, en effet, exprimer leur position en tant que tiers intervenants, à l'instar des institutions du Conseil de l'Europe et des acteurs de la société civile¹⁷⁸.

Dans l'affaire *Lautsi c. Italie* concernant l'affichage du crucifix dans les salles de classe¹⁷⁹, dix gouvernements, le même nombre d'organisations non-gouvernementales, et trente-trois membres du Parlement européen ont pris position devant la Cour sur cette question symbolique et hautement médiatisée. Dans l'affaire *A., B., et C. c. Irlande*¹⁸⁰ portant sur un domaine non moins sensible, l'avortement, les tiers intervenants ont également été nombreux. Dans les deux affaires, la Grande Chambre n'est pas restée insensible à la forte mobilisation des représentants étatiques et de la société civile. Soulignant l'absence d'un consensus européen, elle a accordé aux Etats membres une grande marge d'appréciation. En conséquence, dans *A., B., et C. c. Irlande*, la politique restrictive en matière d'avortement a pour l'essentiel échappé à une sanction des juges strasbourgeois. Dans *Lautsi c. Italie*, les opposants à une stricte neutralité confessionnelle dans le domaine scolaire, qui ont également insisté sur la diversité des pratiques nationales, ont fini par emporter la conviction de la Cour. Opérant un renversement spectaculaire de l'arrêt de chambre, rendu à l'unanimité, les juges de la Grande Chambre ont conclu, par quinze voix contre deux, à l'absence d'une violation de la Convention.

La Grande Chambre a également désavoué les juges de chambre dans un autre arrêt récent, rendu le 3 novembre 2011 dans l'affaire *S.H. et autres c. Autriche*¹⁸¹, et portant sur la législation autrichienne en matière de fécondation *in vitro*. Selon l'opinion de 13 juges, critiquée par quatre juges dissidents, l'affaire soulevait « des questions morales ou éthiques délicates »¹⁸², ce qui justifiait d'accorder aux Etats une grande marge d'appréciation¹⁸³.

¹⁷⁷ Pour le recours à la marge nationale d'appréciation comme un facteur favorisant le dialogue, voir ANDRIANTSIMBAZOVINA (n. 157) p. 179.

¹⁷⁸ Cf. l'article 36 par. 2 CEDH et l'article 44 du Règlement de la Cour, selon lesquels le président de la Cour peut inviter ou autoriser des Etats qui ne sont pas partie à l'instance ou des tiers à présenter des observations écrites ou à prendre part aux audiences.

¹⁷⁹ ACEDH, *Lautsi et autres c. Italie* (GC), n° 30814/06, 18 mars 2011.

¹⁸⁰ ACEDH, *A., B. et C. c. Irlande* (GC), n° 25579/05, 16 décembre 2010.

¹⁸¹ ACEDH, *S.H. et autres c. Autriche* (GC), no 57813/00, 3 novembre 2011.

¹⁸² *S.H. et autres c. Autriche* (n. 181) par. 94.

¹⁸³ La Cour parvient à cette conclusion malgré son constat qu'il existe en droit comparé et en droit international une tendance vers une approche plus libérale que celle adoptée par le législateur autrichien. Elle relève que « le consensus qui semble se dessiner correspond davantage à un stade de l'évolution d'une branche du droit particulièrement dynamique qu'à des principes établis de longue date dans les ordres juridiques des Etats membres, raison pour laquelle il ne peut

Le dialogue entre les détracteurs des arrêts *Lautsi c. Italie*¹⁸⁴, et *S.H. c. Autriche*¹⁸⁵ et de leurs adhérents est vif : la Grande Chambre s'est-elle réfugiée pour des motifs politiques derrière la théorie de la marge d'appréciation, abdiquant de son rôle de garant des droits fondamentaux au niveau européen, ou a-t-elle à juste titre entendu les voix critiques et diverses parmi les Etats parties ? Le dialogue entre les détracteurs et les défenseurs des deux arrêts n'est pas moins animé que celui entre les juges de chambre et les magistrats de la Grande Chambre. En effet, la création d'une « voie de recours » au sein de la Cour EDH a pour conséquence que le dialogue se prolonge au sein de l'instance alsacienne même. Le fait que la Cour ne parle plus d'une seule voix mais peut désavouer ses propres arrêts favorise à son tour le dialogue pour deux raisons. Tout d'abord, en déférant un arrêt à la Grande Chambre, la partie qui succombe prolonge le débat avec le juge européen. Ensuite, les renversements jurisprudentiels par la Grande Chambre conduisent à une perception relativiste des droits de l'homme. Face au désaccord sur la portée ou le sens d'un droit fondamental au sein d'une seule institution, les juridictions nationales ne seront-elles pas tentées d'exprimer leurs propres interprétations des droits de l'homme de façon plus ferme et insistante ? Si tel devait être le cas, le discours compétitif ascendant ne manquerait à l'avenir pas à gagner du terrain.

2. *Le discours compétitif*

a. La critique

Chaque jugement par lequel le juge européen constate une violation d'un droit conventionnel implique une critique, plus ou moins ouverte, du raisonnement du juge national. A cet égard, soulignons qu'un constat de violation est d'autant plus probable que la position d'une juridiction ou d'une législation nationale est isolée au niveau européen. Dans l'arrêt *Tekeli c. Turquie*¹⁸⁶, par exemple, la Cour EDH a relevé que tant le droit international des droits de l'homme que le droit comparé montrent une évolution vers l'égalité des sexes dans le domaine du nom de famille, et que la Turquie est parmi les seuls Etats européens à imposer à la femme d'inclure, dans son nom de famille, celui de

restreindre de manière décisive la marge d'appréciation de l'Etat. » (ACEDH, *S.H. et autres c. Autriche* [n. 181] para. 96).

¹⁸⁴ Pour une analyse de l'arrêt *Lautsi c. Italie* (n. 179), cf. ZIMMERMANN TRISTAN, « Le crucifix dans la salle de classe : l'arrêt *Comune di Cadro* revisité à la lumière de l'affaire *Lautsi* », *PJA* 2011, p. 1485 ss.

¹⁸⁵ Cf. TIMMER ALEXANDRA, « S.H. and others v Austria and the Margin of Appreciation and IVF », 9 novembre 2011, disponible à le site <http://www.strasbourgobservers.com> (état au 20 mars 2012) ; HERVIEU NICOLAS, « Procréation médicalement assistée : sous pression, la Grande Chambre préfère la pusillanimité à l'audace (CEDH, G.C. 3 novembre 2011, *S. H. et autres c. Autriche*) », 7 novembre 2011, disponible sur le site <http://www.combatsdroitshomme.blog.lemonde.fr> (état au 20 mars 2012).

¹⁸⁶ *Tekeli c. Turquie* (n. 118).

son époux¹⁸⁷. A la lecture de ce constat, la « condamnation » de la Turquie était prévisible. Tel était *a fortiori* le cas pour le désaveu ultérieur de la législation helvétique, exprimé dans l'arrêt *Losonci Rose et Rose c. Suisse*¹⁸⁸. Rappelons que l'arrêt mentionné a été rendu quelques mois après que le Tribunal fédéral a fait preuve de réticence à reconnaître l'autorité de la chose interprétée à la jurisprudence européenne dans le domaine du droit du nom et de la faire primer sur les dispositions contraires du Code civil¹⁸⁹.

Parmi les arrêts constatant une violation de la Convention, il existe des cas où la Cour exprime sa désapprobation en des termes particulièrement forts. Parmi les arrêts récents concernant la Suisse, *Emonet*¹⁹⁰ est l'exemple le plus frappant. Comme nous l'avons vu, le Tribunal fédéral avait essentiellement analysé l'affaire sous l'angle du Code civil pour conclure que la loi suisse ne permettait pas l'adoption d'un enfant par le concubin sans qu'il en résulte de rupture du lien de filiation avec le parent biologique¹⁹¹. L'approche interprétative des juges fédéraux, axée sur la loi nationale, n'a pas convaincu le juge européen :

« Par ailleurs, la Cour note que le Gouvernement se fonde pour une bonne part sur des motifs tirés des travaux préparatoires du code civil afin de justifier la différence de traitement entre les couples mariés et les concubins [...]. A cet égard, elle rappelle qu'il convient d'interpréter les droits découlant de la Convention non pas exclusivement par rapport au droit interne d'un Etat partie, mais de manière autonome [...]. Par ailleurs, elle a à maintes occasions souligné l'importance d'une approche évolutive dans l'interprétation de la Convention, à la lumière des conditions de vie d'aujourd'hui, écartant ainsi la prise en compte excessive de l'interprétation historique [...] »¹⁹².

A la vision « jupitérienne » du juge helvétique, soucieux de mettre en œuvre fidèlement la volonté du législateur, la Cour oppose une vision plutôt « herculéenne »¹⁹³, préoccupée d'une mise en balance adéquate de tous les intérêts concernés dans le cas d'espèce. Elle rétorque que

¹⁸⁷ *Tekeli c. Turquie* (n. 118) par. 59 ss.

¹⁸⁸ Voir *supra* (n. 122).

¹⁸⁹ Voir *supra*, IV.A.2.ba.

¹⁹⁰ *Emonet c. Suisse* (n. 110).

¹⁹¹ *Supra*, IV.A.2.ba.

¹⁹² *Emonet c. Suisse* (n. 110) par. 83.

¹⁹³ Pour le modèle jupitérien et le modèle herculéen du juge, cf. *supra* I. Pour une affaire récente dans laquelle l'approche « herculéenne » de la Cour EDH contraste avec l'approche « jupitérienne » des juges fédéraux, cf. ACEDH, *Association Rhino c. Suisse*, n° 48848/07, 11 octobre 2011 (non définitif), désavouant le raisonnement du Tribunal fédéral dans l'ATF 133/2007 III 593, *Association Rhino*. Alors que la Cour a retenu une violation de la liberté d'association, la dissolution de la requérante n'étant à son sens pas nécessaire pour atteindre les buts poursuivis, le Tribunal fédéral a fait peu de développements au sujet de la garantie conventionnelle et n'a guère examiné la proportionnalité de la restriction. Il a considéré que la dissolution était conforme à l'article 78 CC, qui lie les juges de Mon Repos en vertu de l'article 190 Cst.

« le « respect » de la vie familiale des requérants aurait exigé la prise en compte des réalités, tant biologiques que sociales, pour éviter une application mécanique et aveugle des dispositions de la loi à cette situation très particulière, pour laquelle elles n'étaient manifestement pas prévues. L'absence de cette prise en compte a heurté de front les vœux des personnes concernées, sans réellement profiter à personne »¹⁹⁴.

Cette critique particulièrement explicite contraste avec des stratégies discursives par lesquelles le juge européen exprime son désaveu de façon moins péremptoire. L'on trouve ainsi dans la jurisprudence européenne impliquant des Etats autres que la Suisse des exemples où la critique est formulée sous forme d'avertissement, et se combine avec la reconnaissance du progrès accompli par l'Etat défendeur. Dans l'affaire *Simaldone c. Italie*¹⁹⁵, par exemple, la Cour a fait des remarques plus générales sur l'effectivité du nouveau remède dit « Pinto », introduit par le législateur italien pour se conformer à l'arrêt *Kudla c. Pologne*¹⁹⁶ en assurant que des victimes de procédures excessivement longues puissent obtenir un redressement approprié au niveau interne. La Cour commence par rappeler que

« [L]orsqu'un Etat a fait un pas significatif en instituant un recours indemnitaire, la Cour se doit de lui laisser une plus grande marge d'appréciation pour qu'il puisse organiser ce recours interne de façon cohérente avec son propre système juridique et ses traditions, en conformité avec le niveau de vie du pays »¹⁹⁷.

Elle conclut néanmoins à une violation de l'article 6 CEDH dans le cas d'espèce pour le motif que la durée de la procédure « Pinto » a été déraisonnable et l'indemnité de surcroît versée tardivement. La Cour ne va cependant pas jusqu'à nier le caractère effectif de la procédure « Pinto ». Le nouveau remède reste donc une voie de droit que les particuliers devront épuiser avant de saisir le juge européen. La Cour de Strasbourg signale cependant qu'elle a été saisie d'un grand nombre de requêtes critiquant des retards dans le paiement des indemnités « Pinto ». Compte tenu de l'ensemble du nombre beaucoup plus élevé des décisions rendues en application de ladite loi, elle constate toutefois qu'elle « ne décèle pas, pour l'instant, une inefficacité structurelle du remède « Pinto »¹⁹⁸. Elle estime néanmoins

« devoir attirer l'attention du Gouvernement sur le problème des retards apportés au paiement des indemnités « Pinto » et sur la nécessité, pour les autorités nationales, de se doter de tous les moyens adéquats et suffisants en vue [...] d'éviter l'introduction devant la Cour d'un grand nombre d'affaires répétitives [...] qui engorgeraient son rôle, ce qui

¹⁹⁴ *Emonet c. Suisse* (n. 110) par. 86.

¹⁹⁵ ACEDH, *Simaldone c. Italie*, n° 22644/03, 31 mars 2009.

¹⁹⁶ ACEDH, *Kudla c. Pologne* (GC), n° 30210/96, 26 octobre 2000, Rec. 2000-XI.

¹⁹⁷ *Simaldone c. Italie* (n.195) par. 78.

¹⁹⁸ *Simaldone c. Italie* (n.195) par. 83.

constituerait une menace pour l'effectivité à l'avenir du dispositif mis en place par la Convention. »

Au lieu de s'engager dans une voie de confrontation pure et dure, la Cour cherche donc, en associant l'éloge à l'avertissement, à inciter l'Etat défendeur à la coopération. Dans le domaine des requêtes portant sur l'article 13 CEDH et concernant des problèmes structurels, cette approche n'est pas étonnante. En effet, la stratégie d'affrontement n'est pas sans risque pour les deux parties au dialogue : par la négation du caractère effectif d'un remède national, le juge européen prive le juge national de son statut d'interlocuteur incontournable, étant donné que des particuliers ne seront pas tenus d'épuiser des voies de droit internes jugées ineffectives. En contrepartie, il doit se passer du filtrage effectué par la juridiction nationale compétente et court le danger d'être à nouveau submergé par un flot de requêtes répétitives, qui ne pourront pas être déclarées irrecevables pour non-épuisement des voies de recours internes¹⁹⁹. Lorsqu'il n'y a pas de risque d'engorgement par des requêtes répétitives, le juge européen n'hésite pas à inciter les autorités nationales, y compris la juridiction suprême, à renforcer la protection judiciaire au niveau interne en niant l'existence d'une voie de recours effective à l'échelon national. Les instances de Strasbourg ont ainsi déclaré recevables des requêtes suisses lorsque la violation alléguée de la Convention avait sa source dans une loi fédérale pour le motif que l'absence du contrôle de conventionalité privait le recours au Tribunal fédéral d'effectivité. La jurisprudence *PKK*²⁰⁰ du Tribunal fédéral peut ainsi être comprise comme exprimant le désir des juges fédéraux de pouvoir entamer le dialogue avec le juge européen aussi au sujet de la conventionalité des lois fédérales²⁰¹.

b. La réplique

Rappelons qu'un constat de violation de la Cour ne met pas forcément un terme au dialogue entre le juge suisse et le juge européen. Comme nous l'avons vu, le Tribunal fédéral fait dans certaines affaires usage de la procédure de révision pour exprimer son opposition à un jugement européen, soit en refusant de procéder à la réouverture de la procédure nationale, soit en conférant à l'arrêt de la Cour une portée très étroite²⁰². Cette jurisprudence récalcitrante a à son tour appelé une réaction de la part du juge européen, désireux de donner une « réponse à la réponse » du juge national.

En effet, dans l'affaire *VGT Verein g. Tierfabriken*, la Cour a déclaré recevable une nouvelle requête de l'association vouée à la protection des animaux et a essentiellement retenu sur le fond que le refus de procéder à la

¹⁹⁹ Art. 35, par. 1 CEDH.

²⁰⁰ *Supra*, IV.A.1.a.

²⁰¹ HERTIG RANDALL (n. 67) p. 248.

²⁰² *Supra*, IV.A.2.b.

révision de l'arrêt qui avait fait l'objet de l'arrêt *VGT I* de la Cour était constitutif d'une nouvelle violation de la Convention. L'arrêt européen, confirmé par la Grande Chambre en date du 30 juin 2009²⁰³ (ci-après « *VGT II* »), est remarquable tant sur la question de la recevabilité que sur le fond²⁰⁴.

Concernant la recevabilité, il sied de souligner que les auteurs de la Convention n'ont pas conféré la compétence de surveiller l'exécution des arrêts européens à la Cour, mais au Comité des Ministres. En effet, l'article 46, paragraphe 2 CEDH prévoit que l'arrêt définitif de la Cour est transmis au Comité des Ministres qui en surveille l'exécution. Relevons que le Protocole n° 14 n'a pas fondamentalement changé cette situation. Dans le but de renforcer la mise en œuvre des arrêts européens, ledit Protocole introduit un recours en manquement²⁰⁵ et un recours en interprétation²⁰⁶ auprès de la Cour européenne. Cependant, seul le Comité des Ministres, à l'exclusion des particuliers, a qualité pour agir. Des requêtes mettant en cause l'inexécution ou la mauvaise exécution d'un arrêt européen sont donc en principe irrecevables *ratione materiae*. Elles se heurtent au critère de recevabilité selon lequel la Cour ne peut pas statuer sur une requête qui « est essentiellement la même qu'une requête précédemment examinée par la Cour [...] » sauf si elle contient des faits nouveaux²⁰⁷.

Selon la jurisprudence antérieure à l'arrêt *VGT II*, le refus des autorités nationales de rouvrir la procédure interne après un arrêt européen constatant une violation de la Convention n'est pas considéré comme un fait nouveau justifiant la compétence de la Cour, même si le requérant continue de subir les effets négatifs d'une décision nationale²⁰⁸. Par une interprétation fort extensive de la notion de « faits nouveaux », le juge européen a cependant déclaré la requête de l'association recevable arguant que le Tribunal fédéral s'était fondé sur des « motifs nouveaux »²⁰⁹. Alors que le premier arrêt des juges fédéraux avaient justifié le rejet du recours par l'interdiction légale de la publicité

²⁰³ ACEDH, *Verein gegen Tierfabriken c. Suisse* (N° 2) (GC), n° 32772/02, 30 juin 2009.

²⁰⁴ Pour une analyse de ces questions, cf. HERTIG RANDALL MAYA, RUEDIN XAVIER-BAPTISTE, « "Judicial Activism" et exécution des arrêts de la Cour européenne des Droits de l'Homme : arrêt de la Grande Chambre *Verein gegen Tierfabriken Schweiz (VgT) c. Suisse* (no 2) du 30 juin 2009 », *RTDH* 2010 p. 421 ss ; *Id.*, « Exécution des arrêts de la Cour européenne des Droits de l'Homme. Arrêt de la Cour européenne des Droits de l'Homme (Grande Chambre) *Verein gegen Tierfabriken Schweiz (VgT) c. Suisse* (no 2) du 30 juin 2009, *PJA* 2010 p. 116 ss ; *Id.*, L'exécution des arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme à la lumière de l'arrêt *Verein gegen Tierfabriken Schweiz (VgT) c. Suisse* du 4 octobre 2007, *PJA* 2008 p. 651 ss.

²⁰⁵ Art. 46, par. 3 CEDH.

²⁰⁶ Art. 46, par. 4 CEDH.

²⁰⁷ Art. 35, par. 1, let. b CEDH.

²⁰⁸ Cf. HERTIG RANDALL/RUEDIN, « Judicial Activism » (n. 204) p. 425 ; *Id.*, « Exécution », *PJA* 2008 (n. 204) p. 654-655.

²⁰⁹ A part ce motif nouveau, la Cour a retenu comme autre élément nouveau le fait que le Comité des Ministres avait clos la procédure de surveillance de façon prématurée, sans avoir attendu l'issue de la procédure de révision entamée par la requérante devant le Tribunal fédéral (cf. *VGT II* [n. 203], par. 67).

politique, la demande de révision a été rejetée, dans le second arrêt du Tribunal fédéral, pour le motif que la requérante aurait perdu tout intérêt à la diffusion du spot en raison du temps écoulé²¹⁰. Autrement dit, alors que le refus de réviser en tant que tel n'est pas constitutif d'un fait nouveau, le motif invoqué pour ne pas procéder à la réouverture de la procédure nationale peut être qualifié comme tel. Cette argumentation paradoxale a permis à la Cour de répliquer à un argument du Tribunal fédéral qui n'a visiblement pas emporté la conviction du juge européen. Il est en effet difficilement soutenable qu'un spot portant sur un sujet d'intérêt général (les conditions d'élevage des animaux) soit dépassé.

Dans son raisonnement sur le fond, la Cour fait également preuve d'audace et réplique aux autres arguments avancés par le Tribunal fédéral pour justifier le rejet de la demande de révision. Malgré le fait que les Etats parties ne soient en principe pas obligés de permettre la réouverture d'une procédure interne suite à un constat de violation²¹¹, la Cour souligne, en particulier, que si un Etat introduit dans son ordre juridique une procédure de révision, celle-ci doit pouvoir déployer son plein effet utile. Elle en déduit que le Tribunal fédéral a fait preuve de formalisme excessif dans l'application des conditions de recevabilité. Ayant établi que les juges de Mon Repos ont refusé à tort de procéder à la révision de leur arrêt qui a donné lieu à l'arrêt *VGT I*, la Cour prend le soin de clarifier la portée de son premier arrêt. Alors qu'elle ne s'est pas clairement prononcée sur l'étendue des obligations positives découlant de la liberté d'expression dans *VGT I*, elle exprime sans équivoque que la Suisse est tenue d'assurer la diffusion du spot. Ce faisant, elle infirme l'interprétation restrictive du Tribunal fédéral selon lequel l'arrêt *VGT I* n'implique pas un droit à l'antenne²¹². Après le second constat de violation prononcé au niveau européen, l'affaire *VGT Verein g. Tierfabriken* a trouvé son épilogue dans un troisième arrêt du Tribunal fédéral²¹³. La Cour suprême helvétique a clos le dialogue avec son homologue européen en déclarant bien fondée une nouvelle demande de révision de l'association requérante. Après une procédure qui a duré 15 ans, le spot a été diffusé à la télévision nationale en janvier 2010.

Se fondant sur l'arrêt *VGT II*, la Cour EDH a également opté pour une extension du dialogue dans l'affaire *Emre c. Suisse*²¹⁴. En effet, la Cour est entrée en matière sur une seconde requête mettant en cause l'interprétation restrictive de son arrêt *Emre I*. Elle a conclu par arrêt rendu le 11 octobre 2011

²¹⁰ Cf. IV.A.2.bb.

²¹¹ Pour plus de détails, cf. HERTIG RANDALL/RUEDIN, « Judicial Activism » (n. 204) p. 432 ss ; *Id.*, « Exécution », *PJA* 2008 (n. 204), p. 660-661.

²¹² IV.A.2.bb.

²¹³ ATF 136/2009 I 158, *Verein gegen Tierfabriken*.

²¹⁴ Pour cette affaire, voir *supra*, IV.A.2.bb.

(ci-après « *Emre II* »)²¹⁵ que la décision du Tribunal fédéral de ramener à dix ans la durée de l'éloignement du requérant était constitutive d'une nouvelle violation de l'article 8 CEDH. Les considérants de l'arrêt ne manquent pas de critiquer l'interprétation neutralisante de l'arrêt *Emre I*. Tout en relevant que le Tribunal fédéral « disposait d'une certaine marge d'appréciation dans l'interprétation de l'arrêt de la Cour »²¹⁶, le juge européen reproche au Tribunal fédéral d'avoir « substitué l'interprétation faite par la Cour par sa propre interprétation »²¹⁷ et d'avoir méconnu les « conclusions et l'esprit »²¹⁸ de l'arrêt. Leur respect aurait commandé « un examen plus complet des considérations du premier arrêt de la Cour »²¹⁹. Quant aux faits de la cause, le juge européen estime qu'une interdiction du territoire de 10 ans est « un laps de temps important et disproportionné au regard des infractions commises »²²⁰ et que l'annulation pure et simple de l'interdiction du territoire aurait été « l'exécution la plus naturelle de l'arrêt de la Cour »²²¹. Le Tribunal fédéral a fini par se rallier à cette opinion. Suite à l'arrêt *Emre N° 2*, il a intégralement admis une nouvelle demande de révision du requérant et décidé de lever avec effet immédiat l'interdiction d'entrer sur le territoire suisse²²².

V. Conclusion

Riche et varié, le dialogue entre le juge européen et le juge suisse comprend de multiples facettes : il est susceptible de conforter, ou à l'inverse, d'inquiéter à la fois ceux qui appréhendent une guerre des juges, due à l'insubordination des juridictions nationales, que ceux qui craignent un gouvernement de la Cour EDH. L'échange entre Lausanne et Strasbourg est marqué tant par la concorde que par la discorde, déclarées plus ou moins ouvertement. On y trouve également des luttes de pouvoir, les deux interlocuteurs cherchant à prolonger le dialogue pour s'arroger le dernier mot.

Les diverses manifestations du discours transjuridictionnel expérimentelles, dans l'ensemble, une voie moyenne entre la guerre des juges, d'une part, et le gouvernement des juges, d'autre part ? Nous espérons que notre étude fournira au lecteur les éléments pour se forger sa propre opinion sur cette question. Les réponses données varieront, en effet, selon la vision plutôt universaliste ou particulariste, des droits de l'homme. Elles dépendront sans

²¹⁵ ACEDH, *Emre c. Suisse (N°2)*, n° 5056/10, 11 octobre 2011.

²¹⁶ *Emre c. Suisse (N°2)* (n. 215) par. 71.

²¹⁷ *Ibid.*

²¹⁸ *Emre c. Suisse (N°2)* (n. 215) par. 75.

²¹⁹ *Ibid.*

²²⁰ *Emre c. Suisse (N°2)* (n. 215) par. 73.

²²¹ *Emre c. Suisse (N°2)* (n. 215) par. 75.

²²² Arrêt du TF 2F_1 2012 du 8 mars 2012.

doute également des idées divergentes du rôle de la Cour EDH, vue comme juge (quasi)constitutionnel par les uns, et comme un tribunal international classique, par les autres.

Relevons néanmoins que le dialogue entre le juge européen et le juge suisse n'est pas un euphémisme visant à masquer, plus mal que bien, un « monologue prescriptif »²²³ de la Cour EDH. Le juge national participe, d'une part, à l'évolution de la jurisprudence européenne en adoptant une interprétation dynamique des dispositions conventionnelles (comme le Tribunal fédéral l'a fait au sujet du regroupement familial partiel)²²⁴. Qui plus est, lorsqu'il opte pour une construction généreuse de la Convention, susceptible d'être reprise ultérieurement au niveau européen, le juge national a véritablement le dernier mot. D'autre part, bien qu'il soit vrai que le discours émanant d'une seule juridiction n'a qu'exceptionnellement un impact direct sur la jurisprudence européenne, il peut avoir une influence indirecte. Par le biais de l'interprétation consensuelle, et le recours à la théorie de la marge d'appréciation, le juge européen s'efforce de tenir compte des propos ascendants pour anticiper, ou réagir, à l'opposition des Etats parties. En particulier la jurisprudence récente de la Grande Chambre dénote une tendance vers une attitude déférente vis-à-vis des Etats parties dans des affaires portant sur des questions morales ou éthiques délicates. Il ressort en outre de l'arrêt *Al-Khawaja et Tahery c. Royaume-Uni*, la Cour de Strasbourg est disposée à donner une suite favorable à l'invitation au dialogue et à prendre en compte les critiques émanant du juge national pour infléchir sa jurisprudence. L'échange entre la Cour constitutionnelle allemande et la Cour EDH suite à l'arrêt *Von Hannover c. Allemagne* montre également que le juge européen n'est pas imperméable à la critique par ses homologues nationaux.

A l'issue de notre étude portant sur le dialogue entre le juge suisse et le juge européen, quelques réflexions sur les raisons de mésentente s'imposent. Les causes de mécompréhensions sont en effet multiples. Tout d'abord, des divergences de jurisprudence sont parfois dues entre autres à un facteur temporel : comme l'affaire *Neulinger et Shuruck* le montre²²⁵, le juge européen a tendance à statuer en évaluant la situation du requérant telle qu'elle existe au moment où il rend son arrêt, ce qui implique que des évolutions qui se sont produites après le prononcé du jugement national sont prises en compte²²⁶.

²²³ PAUNINO (n. 4) p. 21, traduit par l'auteur.

²²⁴ *Supra*, IV.A.1.b.

²²⁵ *Supra*, IV.A.2.bb.

²²⁶ La Cour adopte cette démarche aussi lorsqu'elle statue sur des requêtes alléguant qu'une mesure d'éloignement viole l'article 8 CEDH ; pour une critique émanant de membres du Tribunal fédéral, cf. AEMISEGGER HEINZ, « Zur Umsetzung der EMRK in der Schweiz », *Jusletter* 20 juillet 2009, n° 50 ; PFIFFNER/BOLLINGER (n. 134) n° 42.

Ensuite, le cadre institutionnel du dialogue favorise certains malentendus. L'effet purement déclaratoire des arrêts européens a comme corollaire le principe de la liberté du choix des moyens : il revient aux Etats de tirer les conclusions d'un constat de violation et de déterminer les mesures qui s'imposent pour établir un état conforme à la Convention. Soucieuse de ces principes et de la souveraineté des Etats, la Cour EDH s'abstient en général de prescrire aux Etats les mesures à prendre pour se conformer à ses arrêts. Comme le montrent les affaires *Emre* et *VGT Verein g. Tierfabriken*²²⁷, le manque de dirigisme de la Cour incite parfois le juge helvétique à conférer aux arrêts européens une portée extrêmement étroite qui ne correspond, selon la Cour, pas à leur esprit. L'inclinaison du juge européen à favoriser la technique dite du « minimalisme judiciaire », exacerbe ce problème. L'approche minimaliste a l'avantage d'être respectueuse de la souveraineté des Etats. Il y a cependant un revers à la médaille. Comme l'arrêt *VGT I* l'a montré, le fait de laisser ouvertes des questions qui ne sont pas absolument nécessaires pour la solution du cas d'espèce, rend parfois difficile de déterminer la portée exacte du jugement, et les principes qui le sous-tendent. Dans l'arrêt précité, par exemple, des indications au sujet de l'existence, et les conditions d'un droit à l'antenne, auraient facilité la compréhension entre le juge suisse et le juge européen²²⁸.

Des dissensions sont de surcroît également dues à des visions parfois différentes du rôle du juge. A titre d'illustration, dans l'affaire *Emonet* la vision « jupitérienne » des juges fédéraux contraste avec l'approche « herculéenne » de la Cour EDH²²⁹ : alors que l'application fidèle et uniforme de la loi est la préoccupation principale du Tribunal fédéral, le juge européen se montre soucieux de trouver un juste équilibre entre les intérêts divergents dans le cas d'espèce. L'exclusion du contrôle de constitutionnalité des lois fédérales (art. 190 Cst.), et le respect qu'inspire aux membres des Cours civiles du Tribunal fédéral une des lois les plus anciennes et les plus vénérées dans l'ordre juridique suisse – le Code civil – renforcent sans doutes la vision « jupitérienne » reflétée dans *Emonet*.

Dans l'affaire *Schlumpf* également, le Tribunal fédéral a été plus attaché à l'uniformité et à la prévisibilité que son homologue européen, préoccupé par trouver une solution juste dans le cas d'espèce. A notre sens, un autre facteur a également contribué à la discorde entre Strasbourg et Mon Repos : il s'agit du champ de vision plus large du juge européen comparée à celle du juge

²²⁷ *Supra*, IV.A.2.bb.

²²⁸ Dans ce sens aussi ANDRIANTSIMBAZOVINA (n. 157) p. 191, lequel se réfère à l'arrêt *VGT I* pour relever d'une façon plus générale « [qu'] il serait souhaitable également qu'elle [la Cour] ne se réfugie pas systématiquement derrière l'interprétation *in concreto* pour éviter de donner quelques directives générales d'interprétation de la CEDH. Parfois, il serait bénéfique à l'interprétation uniforme de la CEDH et au dialogue de la Cour avec les juridictions nationales que la Cour franchise le pas de l'interprétation *in abstracto* ».

²²⁹ Sur ces deux visions du rôle du juge, voir *supra* I.

national. Située au-dessus des ordres juridiques nationaux, et recevant des requêtes provenant de 47 Etats, la Cour de Strasbourg est en mesure d'identifier des problèmes récurrents, y compris des tendances discriminatoires dirigées envers des groupes vulnérables, comme les transsexuels. En tant que juridiction supranationale, la Cour EDH a fait face, à plusieurs reprises, aux doutes persistants des juridictions nationales quant aux causes et à la réalité même du transsexualisme²³⁰. Suite au refus réitéré de reconnaître le changement de sexe au niveau juridique ou de confirmer la nécessité de cette intervention chirurgicale, la Cour a franchi le pas vers une protection effective des transsexuels en soulignant qu'il s'agit d'une problématique médicale et non juridique, et que la détermination d'aligner les caractéristiques biologiques à l'identité sexuelle ne reflète pas simplement un choix personnel et passer : « l'on ne saurait croire qu'il y ait quoi que ce soit d'irréfléchi dans la décision d'une personne de subir une opération de conversion sexuelle, compte tenu des interventions nombreuses et pénibles qu'entraîne une telle démarche et du degré de détermination et de conviction requis pour changer son rôle sexuel dans la société »²³¹. La vision plus large du juge européen, due à son détachement des ordres juridiques nationaux, n'est-elle pas le facteur principal qui légitime le rôle privilégié du juge européen dans le processus de concrétisation transjuridictionnelle des droits fondamentaux ?

²³⁰ Pour un aperçu de la jurisprudence européenne en matière de transsexualisme, voir la fiche thématique de la Cour consacrée à ce sujet, disponible à http://www.echr.coe.int/NR/rdonlyres/447D6585-B498-4D7A-95C8-9393AA8C6CB6/0/FICHES_Droits_Transsexuels_FR.pdf (état au 20 mars 2012).

²³¹ *Schlumpf c. Suisse* (n. 92) par. 110, citant ACEDH, *Christine Goodwin c. Royaume-Uni* (GC), n° 28957/95, 11 juillet 2002, Rec. 1996-II, par. 81.

Comment enseigner le droit comparé ? Une proposition genevoise

THOMAS KADNER GRAZIANO

Professeur à l'Université de Genève

« En lisant chaque Auteur, je me fis une loi d'adopter et suivre toutes ses idées sans y mêler les miennes ni celles d'un autre, et sans jamais disputer avec lui. Je me dis, commençons par me faire un magasin d'idées, vraies ou fausses, mais nettes, en attendant que ma tête en soit assez fournie pour pouvoir les comparer et choisir ».

JEAN-JACQUES ROUSSEAU¹

I. Introduction et point de départ

Le droit comparé est aujourd'hui une discipline bien établie². Pourtant, parmi les enseignants de cette discipline persiste toujours une incertitude sur le *contenu* du cours de droit comparé ainsi que sur la *méthode d'enseignement*. Un éminent comparatiste de l'Université de Michigan, Matthias REIMANN, a écrit il y a quelques années : « While comparative law has been a considerable success in terms of producing a wealth of knowledge, it has [...] failed to mature into an up-to-date, well-defined, and coherent discipline »³. « [C]omparatists still have no overall theoretical framework explaining, *what* kind of "law" to compare for what purpose, what to prove or disprove through comparison, and, most embarrassingly, *how* exactly to go about it »⁴. Un comparatiste

¹ Œuvres complètes, éd. par Marcel RAYMOND, Paris, 1959-95, vol. 1 » Les Confessions VI », p. 237.

² Pour la situation en Europe, voir REIMANN MATTHIAS, « The Progress and Failure of Comparative Law in the Second Half of the Twentieth Century », 50 *Am. J. Comp. L.* p. 671 ss, 691-92 (2002) : « In Western Europe, comparative legal studies have [...] gained a momentum and a significance unprecedented in the last hundred years. [...] From an American perspective, one may [...] look across the Atlantic with envy these days. Comparative law in Europe is a hot topic. It is practically relevant, self-confident, and enjoys a high profile ». MICHAELS RALF, « Im Westen nichts Neues ? 100 Jahre Pariser Kongress für Rechtsvergleichung – Gedanken anlässlich einer Jubiläumskonferenz in New Orleans », *RabelsZ* 2002 p. 97 ss, 112 : « Rechtsvergleichung ist *en vogue* ».

³ REIMANN (n. 2) p. 686. Il poursuit : « Witness, for example, the structure and content of our standard books. They usually begin by talking about the character, history, goals, benefits, and tools of comparative law ; almost suddenly, they lay these matters completely aside and launch into descriptions of legal families and traditions ; then they add discussions of particular substance topics, and, along the way, they provide a fair amount of information about foreign law. The unifying theme in all this is hard to see ». « When comparatists reiterate their standard lists of their subject's necessity, purposes, tools, and benefits, these mantras are too imprecise and long as to be virtually all-inclusive. The only agreement, it seems, is that anything goes, a few basic prohibitions aside ». V. aussi la critique de MICHAELS (n. 2) p. 106.

⁴ REIMANN (n. 2) p. 689.

européen, Herbert BERNSTEIN, a déjà constaté dans les années quatre-vingts du siècle passé : « Dans aucune autre discipline [...] ne règne une telle incertitude qu'en droit comparé quant aux méthodes d'enseignement ainsi qu'au contenu des cours »⁵. D'autres auteurs ont constaté un manque d'ouvrages et de *casebooks* destinés à un enseignement moderne⁶ de la matière⁷. Pour les étudiants et futurs juristes, il ne serait souvent pas évident que l'emploi de la méthode comparative puisse mener à des résultats immédiats et tangibles et que des connaissances de droit comparé puissent avoir un véritable rendement⁸.

A ces incertitudes et doutes s'ajoutent de nouveaux défis issus de la mobilité accrue des personnes ainsi que de l'internationalisation du commerce et du droit. Michael WAXMAN a remarqué à ce propos : « [T]he inexorable shift

⁵ Traduit de l'allemand : « An den deutschen Universitäten wird kein Lehrgebiet durch eine so große Divergenz in den Methoden des Unterrichts und der Auswahl des Vortragsstoffes verunsichert wie die Rechtsvergleichung », in : ZWIEGERT/BERNSTEIN/DROBNIG/KÖTZ (éd.), *Festschrift für KONRAD ZWIEGERT zum siebzigsten Geburtstag*, Tübingen, 1981, p. 505 ss, 507.

⁶ Traditionnellement, une partie importante du cours général de droit comparé est dédié aux grands systèmes de droit. Dans cette partie sont présentées, souvent *ex cathedra*, les anciennes « familles de droit » ou, dans une vision plus moderne, les différentes cultures ou traditions juridiques, leurs origines historiques et leurs particularités. Ceci correspond à la structure des grands ouvrages de droit comparé qui consacrent une partie substantielle à la comparaison « macro-juridique » (v. n. 10). Ensuite, dans une partie spéciale du cours, sont souvent présentées et analysées quelques questions ou institutions du droit étranger particulièrement intéressantes, qui varient selon les intérêts de l'enseignant et selon le pays dans lequel le cours est dispensé. L'enseignement comparatif se focalise souvent encore sur l'ordre juridique de l'enseignant qui sera comparé avec un ou plusieurs des représentants principaux des anciennes « familles de droit », c'est-à-dire le droit français, allemand, anglais ou états-unien. Le *travail actif* des étudiants avec la méthode comparative est souvent encore limité à des cours spécialisés s'adressant à un nombre restreint d'étudiants. – Depuis les années 1990, suite à l'intégration économique et politique de l'Europe, les cours classiques de droit comparé ont cédé, en Europe, de plus en plus la place à des cours portant sur le droit privé européen. D'autres cours portent sur des matières spécifiques enseignées dans une perspective comparative, tel que « Droit constitutionnel comparé », « Droit contractuel comparé », « Comparative Commercial Law », ou encore « Comparative Company Law », pour n'en nommer que quelques-uns particulièrement représentatifs. Des enseignements de la méthode comparative/*comparative methodology* sont encore rares. Pour plus d'informations sur l'enseignement du droit comparé dans les différents pays, v. par ex. GORDLEY JAMES, « Comparative Law and Legal Education », 75 *Tul. L. Rev.* p. 1003 (2000-01) ; KÖTZ HEIN, « Comparative Law in Germany Today », *RIDC* 1999 p. 753. – Pour une autre approche, innovante, v. la proposition de WAXMAN MICHAEL P., « Teaching Comparative Law in the 21st Century : Beyond the Civil/Common Law Dichotomy », 51 *J. Leg. Ed.* p. 305 (2001).

⁷ Voir par ex. FRIEDLER EDITH, « Essay : Shakespeare's Contribution to the Teaching of Comparative Law – Some Reflections on *The Merchant of Venice* », 60 *Louisiana Law Review* p. 1087 et fn. 2 : « recent efforts to give comparative law a facelift are directed more towards scholars than classroom teachers. They bring to mind Roscoe Pound's insistence that this is a discipline for academics and legislators, not for law school class ». Proposals for « new approaches to comparative law [...] contain exciting ideas about new ways to look at comparative law, but a case book or other teaching tool has yet to materialize as a result of these efforts ».

⁸ BULLIER ANTOINE, « Le droit comparé dans l'enseignement – Le droit comparé est-il un passe-temps inutile ? », *RDIC* 2008 p. 163 ss, 164 : « cette matière souffre d'un déficit d'image [...] Les juristes sont avant tout des internistes. Ils veulent donner des solutions immédiates et tangibles à leurs étudiants ou clients. La spéculation intellectuelle, si elle est appréciée, ne correspond plus à un monde où l'efficacité et le rendement sont considérés comme essentiels et aller voir ailleurs relève de la curiosité intellectuelle comme pour les digressions élégantes et stimulantes de la philosophie ou de la théorie générale du droit ».

to transnational and global legal practice demands a comparable shift in our methods of teaching Comparative Law »⁹.

Les incertitudes sur le contenu du cours général de droit comparé et sur la méthode d'enseignement sont donc considérables. En effet, à part quelques données de base¹⁰, pour l'enseignement du droit comparé il n'y a pas de parcours de connaissances prédéfini que tout étudiant est censé avoir accompli à la fin de ses études. Le contenu du cours de droit comparé ainsi que la méthode employée sont laissés à l'appréciation de l'enseignant – qui dispose à cet égard d'une grande liberté pédagogique.

Pour traiter de la question de savoir comment enseigner le droit comparé et quel but poursuivre, il paraît opportun d'analyser d'abord quelles sont les *exigences pratiques* pour les comparatistes aujourd'hui (II.) pour ensuite en tirer des *conséquences pour l'enseignement* de la matière (III.).

II. Exigences pratiques : de la méthode nationale et bilatérale à une méthode multilatérale et supranationale du droit comparé

Les exigences pratiques pour les comparatistes ont considérablement changé ces deux dernières décennies. En effet, l'internationalisation voire même la mondialisation du commerce et de la pratique juridique ont créé le besoin de développer une méthode comparative qui n'est plus *nationale et bilatérale* mais *multilatérale et supranationale*.

Traditionnellement¹¹, lorsque les juristes européens emploient la méthode comparative, leur *point de départ* est souvent *un seul ordre juridique*, celui de leur pays d'origine, qui servira de *point de référence* pour la comparaison. Le but de la comparaison est de combler des lacunes de ce droit national, de l'améliorer ou de le réformer. L'ordre juridique avec lequel ce droit sera comparé est traditionnellement choisi parmi les grands représentants des anciennes « familles de droit », c'est-à-dire le droit français, le droit allemand et la *Common Law* (droit anglais ou droit états-unien notamment). On pourrait

⁹ 51 *J. Leg. Ed.* p. 305 (2001).

¹⁰ En font partie, au niveau de la macro-comparaison, notamment les grands systèmes de droit et les différentes cultures et traditions juridiques, leurs origines historiques et leurs particularités, voir notamment ZWIEGERT KONRAD, KÖTZ HEIN, *An Introduction to Comparative Law*, 3^{ème} ed. (traduction T. WEIR), Oxford, 1998 = *Einführung in die Rechtsvergleichung*, 3^{ème} ed., Tübingen, 1996 ; DAVID RÉNÉ, JAUFFRET-SPINOSI CAMILLE, *Les grands systèmes de droit contemporains*, 11^{ème} éd., Paris, 2002 ; GAMBARO ANTONIO, SACCO RUDOLFO, *Sistemi Giuridici Comparati*, 3^{ème} éd., Turin, 2008 ; ANTONIO GAMBARO, RUDOLFO SACCO, VOGEL LOUIS, *Le droit de l'occident et d'ailleurs*, Paris, 2011 ; CUNIBERTI GILLES, *Grands systèmes de droit contemporains*, 2^{ème} éd., Paris, 2011 ; innovateur et très inspirant : GLENN PATRICK, *Legal Traditions in the World – sustainable diversity in the law*, 4^{ème} ed., Oxford, 2010.

¹¹ Mais aussi dans de nombreuses thèses de droit comparé publiées encore aujourd'hui.

appeler cette méthode traditionnelle une approche *nationale*¹² et *bilatérale* de droit comparé.

Cette approche est peut-être toujours pertinente pour certaines recherches comparatives. Cependant, ces dernières années, l'horizon pour la comparaison s'est élargi et d'autres objectifs du droit comparé sont devenus de plus en plus importants : il s'agit notamment de celui

- d'initier une discussion sur les problèmes juridiques dans un contexte international (par ex. européen voire même mondial) ;
- de mettre en évidence toute une palette de solutions qui sont en vigueur dans les différents ordres juridiques pour un même problème juridique pour ensuite pouvoir bénéficier des expériences qui ont été faites dans les différentes juridictions avec ces solutions ;
- ou encore de découvrir éventuellement des principes communs de droit qui existent à travers l'Europe ou d'autres régions du monde.

Dans la mesure où ces objectifs prennent de l'importance, l'ordre juridique d'un seul pays perd sa valeur de point de référence pour la recherche comparative. Suite à cette diversification d'objectifs, les exigences et défis pour les comparatistes se sont, pour beaucoup de recherches comparatives, accentués ou ont considérablement changé et ceci sur trois points :

Un premier changement concerne les ordres juridiques qui sont à prendre en considération lors de la comparaison (ceci même si la comparaison est effectuée dans le but traditionnel d'améliorer un seul droit national). Les grandes codifications des ordres juridiques qui ont marqué toute une « famille de droit », comme notamment le Code civil français ou le BGB allemand, ont pris de l'âge et les différences entre les principaux représentants des « familles de droit » et les autres membres des anciennes familles se sont aujourd'hui considérablement accentuées sur de nombreux points. Ces derniers ont mis en vigueur des codifications modernes, issues d'importants travaux comparatifs, avec des dispositions qui sont souvent plus nuancées que celles des principaux représentants des anciennes familles de droit¹³. La jurisprudence de ces pays a

¹² Voir ZWIEGERT/KÖTZ, *Einführung in die Rechtsvergleichung* (n. 10) p. 29 : die Rechtsvergleichung behält so eine « nationale Farbe » ; KÖTZ HEIN, « Alte und neue Aufgaben der Rechtsvergleichung », *Juristen-Zeitung (JZ)* 2002 p. 257 ss, 259 ; ROMANO GIAN-PAOLO parle d'une « comparaison [...] nationaliste, puisqu'elle sert la cause du seul législateur national qui la pratique », « Les justiciables face à la comparaison des droits : vers la démocratisation d'un droit savant », in : CASHIN RITAINE/FRANCK/LALANI (éd.), *Legal Engineering and Comparative Law*, tome 1, Zurich/Bâle/Genève, 2008, p. 95, 101.

¹³ Voir, pour n'en citer que quelques exemples, le Code civil néerlandais (le *Burgerlijk Wetboek*) de 1992, le Code civil du Québec de 1994, ou encore les codifications récentes des pays baltes ; en dehors de l'Europe, v. par ex. le Contract Act chinois de 1999, qui est largement inspiré par les Principes d'UNIDROIT relatifs au contrats du commerce international, v. par ex. DANHAN HUANG, « The UNIDROIT Principles and their Influence in the Modernization of Contract Law in the People's Republic of China », *Unif. L. Rev.* 2003 p. 107 ss ; JING XI, « The Impact of the UNIDROIT-Principles on Chinese Legislation », in : CASHIN RITAINE/ LEIN (ed.), *The UNIDROIT Principles 2004 – Their Impact on Contractual Practice, Jurisprudence and Codification*, Zurich/Basel/Geneva, 2007,

également pris ses propres chemins à bien des égards. Limiter la comparaison aux grands représentants des anciennes « familles de droit » (c'est-à-dire le droit français, le droit allemand et la *Common Law* anglaise ou états-unienne) néglige les nombreuses différences et nuances qui se sont établies, au cours du XX^{ème} siècle, entre les principaux représentants des familles de droits et les autres membres de ces familles. Par conséquent, dans de nombreux domaines, il est difficilement justifiable de concentrer la comparaison sur les principaux représentants des anciennes familles de droit qui ne présentent plus forcément les solutions les plus modernes et stimulantes pour la comparaison¹⁴. Il faut donc *élargir l'horizon de la comparaison* et inclure notamment les juridictions des pays de petite ou de moyenne taille qui ont pendant longtemps été dans l'ombre de leurs grands voisins¹⁵.

De plus, ces dernières années, des règles (ou principes) de droit non-étatiques basés sur d'importantes recherches comparatives ont été présentées. Afin d'éviter de devoir toujours « réinventer la roue », ces règles non-étatiques doivent aujourd'hui être intégrées à la comparaison, à côté des dispositions législatives et des solutions jurisprudentielles nationales ou internationales.

Deuxièmement, les recherches comparatives exigent aujourd'hui, dans de nombreuses situations¹⁶, que les juristes adoptent une méthode de droit comparé qui leur permette de connaître toute la palette des solutions pour le problème analysé qui sont en vigueur dans les différents pays. Cette méthode permettrait d'identifier la solution la plus convaincante sur le plan international ; elle permettrait aussi de savoir si des tendances internationales existent, voire même de dégager des principes communs pour la résolution du problème analysé. Dans ces situations, la recherche du comparatiste ne peut pas se limiter à un seul ordre juridique étranger. Au contraire, elle doit comporter l'analyse d'une multitude de droits qui lui serviront ensuite de sources d'inspiration lors de la résolution du problème analysé. Pour répondre à ce défi et pour pouvoir gérer une telle multitude d'informations, il est

p. 107 ss ; YUQUING ZHANG, DANHAN HUANG, « The New Contract Law in the People's Republic of China and the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts : A Brief Comparison », *Unif. L. Rev.* 2000 p. 429 ss.

¹⁴ Voir déjà CONSTANTINESCO VLAD, *Rechtsvergleichung*, vol. II « Die rechtsvergleichende Methode », Cologne, 1972, p. 50 : « Tatsächlich ist es offensichtlich, dass manche abgeleiteten Rechtsordnungen einen Stand der Originalität erreichen können, der den Vergleich zu ihrer unmittelbaren Untersuchung verpflichtet ».

¹⁵ En effet, les « Principes du droit européen du contrat » de la Commission pour le droit européen du contrat ainsi que le projet de « Cadre commun de référence » de 2009 ne suivent souvent pas les solutions traditionnelles connues des représentants principaux des anciennes familles de droit, mais ont choisi des solutions plus nuancées qui s'inspirent de celles que l'on trouve dans les pays de petite ou moyenne taille ; ils confirment ainsi l'importance des solutions en vigueur dans ces pays ; pour des exemples, v. KADNER GRAZIANO THOMAS, « L'eupéanisation du droit privé et de la méthode comparative – Etude de cas », *SZIER/RSDIE* 2004 p. 233 ss ; *idem*, « Introduction à la méthode comparative », in : KADNER GRAZIANO, *Le contrat en droit privé européen – Exercices de comparaison*, 2^{ème} éd., Bâle/Bruxelles/Paris, 2010, p. 5 ss.

¹⁶ Voir les exemples *infra* B.

nécessaire de remplacer l'approche bilatérale par une *méthode comparative multilatérale*.

Troisièmement, pour établir un tel aperçu comparatif multilatéral, il est nécessaire que le comparatiste adopte, dès le début de son analyse, une vision selon laquelle la solution que chaque ordre juridique apporte à une question de droit a, en principe, la même valeur. En étudiant les différents droits, le comparatiste doit se faire « une loi d'adopter et suivre toutes [les approches] sans y mêler les [s]iennes » (c'est-à-dire celles de son propre ordre juridique). Il doit commencer son analyse par se « faire un magasin d'idées [...] nettes, en attendant que [sa] tête en soit assez fournie pour pouvoir les comparer et choisir »¹⁷. Pour effectuer la comparaison avec une telle objectivité, il n'est pas possible de prendre un seul ordre juridique national comme unique point de référence pour la comparaison. Pour atteindre cette objectivité, il faut donc abandonner le point de vue national et adopter une *perspective* « à vol d'oiseau » par rapport aux objets de la comparaison, ou, en d'autres termes, une perspective *supra-nationale* de droit comparé.

A. Objectif : permettre un choix éclairé en connaissance des solutions possibles

Le but du recours à une méthode multilatérale et à une perspective supranationale de droit comparé n'est pas nécessairement l'harmonisation du droit sur le plan international. La méthode multilatérale permet de travailler avec de nombreux ordres juridiques dans le but d'identifier la solution la plus convaincante. Les solutions identifiées grâce à cet effort comparatif pourraient, par exemple, être introduites dans une législation nationale ou internationale, ou elles pourraient servir de source d'inspiration pour la jurisprudence nationale¹⁸ ou internationale¹⁹. La méthode de recherche comparative multilatérale est la même, qu'elle soit employée par un juge ou un législateur et qu'il agisse sur un plan national ou international²⁰. Pour résoudre un problème juridique donné, cette méthode révèle plusieurs (idéalement toutes) les solutions possibles ainsi que leurs avantages et inconvénients respectifs et permet ainsi de faire un choix éclairé.

¹⁷ Voir note 1.

¹⁸ Par ex. pour remplir une lacune du droit national, pour affronter un nouveau problème, ou pour trouver du soutien lors d'un changement de la jurisprudence nationale ; voir l'exemple donné par le cas australien soulevant la question de la « perte de chance », *infra* B. point 1. Pour un aperçu des buts de l'emploi de la méthode comparative dans la jurisprudence, v. KADNER GRAZIANO, « Est-il légitime de comparer ? », in : *Le contrat en droit privé européen* (n. 15) p. 35 ss.

¹⁹ Par ex. dans un but d'harmonisation de droit, de son unification ou lors de l'interprétation comparative du droit international, voir nos deuxième et troisième exemples, *infra* B. points 2 et 3.

²⁰ Le justiciable peut, lui aussi, en bénéficier ; v. à ce sujet ROMANO (n. 12).

B. Trois exemples pratiques

La palette de situations qui exigent une méthode multilatérale et supranationale de droit comparé est vaste : elle s'étend à des situations qui soulèvent des questions fondamentales de droit privé jusqu'aux grands conflits armés de notre époque. Examinons d'abord trois exemples pratiques qui exigent une approche multilatérale de droit comparé dans une perspective supranationale. Ensuite, il sera possible de réfléchir aux conséquences que ce changement de perspective pourrait avoir pour l'enseignement du droit comparé.

1. Dans le premier exemple, une fille de 6 ans est admise à l'hôpital. Les médecins, par négligence, tardent à pratiquer les examens nécessaires. Quand ces examens sont finalement effectués, une tumeur au cerveau est diagnostiquée. La fille est opérée, mais souffre de lésions irréversibles. Elle demande des dommages et intérêts aux médecins. La question se pose de savoir si la faute des médecins a été la cause des lésions irréversibles.

Ce cas a été porté devant les tribunaux en Australie. Selon le droit australien, il était exigé que la fille établisse qu'il était « *more probable than not* » que le dommage aurait pu être évité sans la négligence des médecins. La fillette n'a pas pu satisfaire ce test. La faute des médecins l'a pourtant privée d'une *chance* d'éviter certaines lésions. Ce cas a soulevé, pour la première fois en droit australien, la question de savoir s'il était possible de demander des dommages-intérêts pour la « perte de chance » ou « *loss of a chance* »²¹. Lors de cette procédure devant la *High Court of Australia*, les juges ont demandé aux avocats de présenter les solutions au problème trouvées dans d'autres ordres juridiques, notamment aux États-Unis, en Angleterre, au Canada et dans les juridictions sur le continent européen.

Dans ce premier exemple, la comparaison était employée dans un *but classique* qui est de trouver de l'inspiration pour répondre à une question soulevée dans le cadre d'un droit national. Pourtant, pour effectuer la recherche exigée par la Cour, les avocats et les experts de droit comparé ont dû analyser et comparer non pas deux ou trois, mais un grand nombre d'ordres juridiques sur le plan mondial. Pour pouvoir gérer une telle multitude d'informations et de solutions dans la plus grande objectivité possible, il fallait maîtriser une méthode multilatérale et adopter, lors de la comparaison, une vision supranationale de droit comparé²².

²¹ *Tabet v Gett* [2010] High Court of Australia 12 (21 avril 2010), disponible sous <http://www.austlii.edu.au/au/cases/cth/HCA/2010/12.html> (dernière consultation : 18 avril 2012).

²² Pour des études comparatives en cette matière, voir, avec de nombreuses références, KADNER GRAZIANO THOMAS, « "Alles oder nichts" oder anteilige Haftung bei Verursachungszweifeln – Zur Haftung für "perte d'une chance" und eine Alternative. Urteile des schweizerischen Bundesgerichts vom 13.6.2007, des belgischen Hof van Cassatie vom 5.6.2008, des Supreme Judicial Court of Massachusetts vom 28.7.2008 und des High Court of Australia vom 21.4.2010 mit Anmerkung und

Des comparaisons multilatérales d'une telle ampleur ne sont pas limitées à la pratique des tribunaux australiens. Au Royaume-Uni, dans la jurisprudence de la *House of Lords* (ou, depuis 2009, de la *Supreme Court*), environ un quart à un tiers des arrêts rendus depuis 1995 recourent à la méthode comparative. Tout comme dans l'arrêt de la *High Court of Australia*, la jurisprudence anglaise limite rarement sa comparaison à un seul ordre juridique étranger ; bien au contraire, les tribunaux cherchent de l'inspiration dans un nombre d'ordres juridiques étrangers aussi large que possible. Depuis environ 1995, la *House of Lords* inclut dans la comparaison non seulement des ordres juridiques appartenant à la tradition de la *Common Law*, mais aussi des ordres juridiques de tradition continentale. Ces recherches sont effectuées notamment dans le but de savoir s'il existe des principes communs sur le plan international qui pourraient ensuite servir de source d'inspiration lors de la solution d'un problème en droit anglais²³.

2. Le deuxième exemple concerne le droit international public : un Etat occupe des terrains voisins. En violation du droit international, des colonies sont construites dans les territoires occupés et des infrastructures y sont créées. Après plusieurs décennies, l'Etat occupant se retire des territoires occupés. La question se pose de savoir quelles sont les obligations de l'Etat occupant par rapport aux colonies et infrastructures créées.

La question s'est présentée lors du retrait d'Israël de la Bande de Gaza. Elle devait être résolue en application de la Convention de La Haye concernant les lois et coutumes de la guerre sur terre de 1907²⁴ ainsi que de la quatrième Convention de Genève relative à la protection des personnes civiles en temps de guerre de 1949²⁵. Selon l'article 55 de la Convention de La Haye de 1907, l'Etat occupant est considéré comme *usufruitier* des territoires occupés. Or, il n'existe aucune jurisprudence internationale précisant cette disposition. En revanche, les ordres juridiques nationaux qui ont servi de modèle pour l'article 55 de la Convention de La Haye de 1907 connaissent des dispositions

einem Lösungsvorschlag », *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht (ZEUP)* 2011 p. 171-200 ; « Loss of a Chance in European Private Law - "All or nothing" or partial liability in cases of uncertain causation », *European Review of Private Law (ERPL)* 2008 p. 1009-1042 ; « La "perte d'une chance" en droit privé européen : "tout ou rien" ou réparation partielle du dommage en cas de causalité incertaine », in : CHAPPUIS/WINIGER (éd.) : *Les causes du dommage*, Genève/Zurich/Bâle, 2007, p. 217-248.

²³ Voir notamment LORD BINGHAM in *Fairchild v Glenhaven Funeral Services Ltd.* : « The law must be developed coherently, in accordance with principles so as to serve, even-handedly, the ends of justice. If, however, a decision [...] offends one's basic sense of justice, and if consideration of international sources suggests that a different and more acceptable decision would be given in most other jurisdictions, whatever their legal tradition, this must prompt anxious review of the decision in question. In a shrinking world [...] there must be some virtue of uniformity of outcome whatever the diversity of approach in reaching that outcome », House of Lords, 20.06.2002 [2002] 3 All ER 305 (334).

²⁴ En particulier les art. 42 à 56 de la Convention de la Haye.

²⁵ En particulier la section III de la Convention de Genève.

détaillées sur l'usufruit ainsi qu'une riche jurisprudence interprétant les droits et les devoirs de l'usufruitier.

Là encore une comparaison multilatérale d'un nombre aussi important que possible d'ordres juridiques connaissant la notion d'usufruitier offrait des perspectives intéressantes dans la recherche d'une solution appropriée. Dans ce deuxième exemple concernant l'interprétation du droit international, il était dès le départ exclu de prendre un seul ordre juridique national comme point de référence pour la comparaison. Lors de l'interprétation du droit international, la perspective pour la comparaison est nécessairement multilatérale et supranationale.

3. Le troisième exemple concerne la demande de dommages-intérêts la plus importante qui ait jamais été présentée en droit jusqu'ici : en violation du droit international, un Etat a envahi un autre Etat et y a causé d'énormes dégâts. Une force internationale est intervenue et a obligé le premier Etat à se retirer des territoires occupés. Une fois la guerre terminée, l'Etat qui a été envahi ainsi que des Etats voisins ont réclamé de l'Etat occupant la réparation des préjudices subis lors de cette guerre.

Dans le cas d'espèce, il s'agissait de l'invasion du Koweït par l'Iraq lors de la guerre du Golfe de 1990-91. Le cas a été porté devant le Conseil de sécurité des Nations Unies qui a institué un organe subsidiaire, la *United Nations Compensation Commission*, établie en 1991 au siège européen des Nations Unies à Genève²⁶. Selon le règlement établi pour cette procédure, l'Etat occupant était tenu d'indemniser les Etats voisins ainsi que leurs ressortissants, et ceci notamment au titre des atteintes à la santé subies par les ressortissants de ces Etats. Le règlement ne précisait cependant pas dans le détail à quelles conditions les Etats voisins pouvaient réclamer une compensation pour des dommages subis à distance par leurs ressortissants (par ex. pour les frais de traitement liés au syndrome de stress post-traumatique, PTSD).

Pour résoudre ce problème, il était nécessaire de procéder à une comparaison multilatérale et d'adopter une perspective nécessairement supranationale. Le but était de rechercher s'il existait, dans les différents systèmes de responsabilité délictuelle du monde, des principes juridiques communs quant au dédommagement pour le dommage subi à distance. De tels principes communs pouvaient ensuite servir de source d'inspiration pour guider la Commission des Nations Unies dans sa décision.

4. Il existe encore d'innombrables autres situations qui exigent une comparaison multilatérale dans une perspective supranationale : ainsi, dans l'Union européenne, lors de la préparation de chaque grand projet de législation, la Commission européenne exige des travaux préparatoires comparatifs prenant en considération les ordres juridiques des 27 Etats

²⁶ <http://www.uncc.ch> (dernière consultation : 18 avril 2012).

membres de l'Union. Pour la Cour de justice de l'Union européenne et la Cour Européenne des Droits de l'Homme, la comparaison multilatérale est un travail quotidien²⁷. On pourrait citer encore les travaux de l'Institut international pour l'unification du droit privé (UNIDROIT), les travaux des différents groupes de recherches européens sur des principes communs du droit européen²⁸ ou d'innombrables projets de législation nationale qui ont été précédés de vastes recherches comparatives multilatérales. Enfin, dans une dimension plus modeste : toute éléction de droit dans un contexte international, par exemple lors de la conclusion d'un contrat international, peut créer le besoin d'une comparaison multilatérale et supranationale dans le but d'identifier le système le plus approprié pour régir le cas d'espèce.

III. Comment enseigner le droit comparé? – La proposition genevoise²⁹

Ces exigences pratiques sur le plan national et international ont des répercussions sur le droit comparé et sur son enseignement. La question se pose de savoir comment préparer les étudiants d'aujourd'hui, qui seront les juristes et juges de demain, aux défis que présentent ces situations ainsi que l'internationalisation du droit et du travail du juriste. Comment pouvons-nous les préparer à une approche multilatérale et supranationale de droit comparé?

Une telle approche de droit comparé exige que les futurs comparatistes disposent de connaissances méthodologiques particulières (A), d'une connaissance des raisons pour les divergences entre les différents ordres juridiques (B), ainsi que de bonnes connaissances linguistiques (C).

²⁷ En réponse à ces exigences pratiques, des recherches comparatives multilatérales, effectuées dans une perspective supranationale sont actuellement publiées en Europe, voir notamment : VON BAR CHRISTIAN, CLIVE ERIC (ed.), *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law – Draft Common Frame of Reference (DCFR)*, Full Edition, Munich, 2009 ; WINIGER BÉNÉDICT, KOZIOL HELMUT, KOCH BERNHARD, ZIMMERMANN REINHARD (éd.), *Digest of European Tort Law*, vol. 1 « Essential Cases on Natural Causation », Vienne/New York, 2007 ; WINIGER/KOZIOL/KOCH/ZIMMERMANN (ed.), *Digest of European Tort Law*, vol. 2 « Essentiel Cases on Damage », Berlin, 2011 ; voir aussi les nombreuses publications du European Center for Tort and Insurance Law (ECTIL), <http://www.ectil.org> : Publications (dernière consultation : 18 avril 2012).

²⁸ Voir notamment les travaux des groupes ou institutions suivants : Commission pour le droit européen du contrat, Society of European Contract Law (Secola), Groupe d'étude sur un Code civil européen, Académie des privatistes européens, European Group on Tort Law, European Center for Tort and Insurance Law (ECTIL), International Working Group on European Trust Law, Commission on European Family Law, Working Group on the Approximation of the Civil Procedure Law, International Working Group of European Insolvency Law ou encore CERP (Centrum für Europäisches Privatrecht).

²⁹ A la Faculté de droit de l'Université de Genève, le cours de droit comparé a été, est ou sera enseigné par CHRISTINE CHAPPUIS, BÉNÉDICT WINIGER, GIAN-PAOLO ROMANO et THOMAS KADNER GRAZIANO. Il est offert au niveau du Master et dans le cadre du « Certificat de droit Transnational (CDT) » qui s'adresse à des étudiants ayant suivi, avec succès, 2 ans d'études de droit au moins ; plus d'information in : www.unige.ch/droit/transnational/index.html (dernière consultation : 18 avril 2012).

A. Connaissances méthodologiques

La méthode multilatérale exige la capacité de travailler avec du matériel et des informations provenant de nombreux ordres juridiques à la fois. Une telle méthode ne s'acquiert pas de façon abstraite. Nous sommes, au contraire, persuadés que les capacités qu'exige cette méthode peuvent uniquement être apprises par une approche de *learning by doing*, c'est-à-dire par un travail actif des étudiants sur la base de situations pratiques³⁰.

Pour enseigner la méthode multilatérale et supranationale, le droit des obligations, et notamment le droit contractuel, s'y prêtent particulièrement bien, étant donné la richesse du matériel que cette matière offre à la comparaison, à savoir

- les droits nationaux,
- le droit international (en matière de vente : la Convention onusienne du 11 avril 1980 sur les contrats de vente internationale de marchandises [CVIM]³¹),
- les principes de droit non-étatiques (notamment les « Principes du droit européen du contrat »³² et les « Principes d'UNIDROIT relatifs aux contrats du commerce international »³³),
- ainsi que le projet du Cadre commun de référence (CFR) ou dorénavant la proposition d'un « règlement relatif à un droit commun européen de la vente »³⁴.

³⁰ Nous partageons pleinement la constatation de DENIS TALLON : « il est difficile d'enseigner une méthode dans l'abstrait », in : « Quel droit comparé pour le XXIème siècle ? », *Revue de Droit Uniforme* 1998 p. 703 ; voir déjà CONSTANTINESCO (n. 14) : « Nur wer selbst eine sich auf fremdes Recht erstreckende Untersuchung durchgeführt hat, wer sich selbst darum bemüht hat, die Geheimnisse fremder Rechte und ihrer Rechtsterminologie zu enträtseln, kann etwas Gültiges über die rechtsvergleichende Methode aussagen. Alle, die Rechtsvergleichung ohne Fremdsprachenkenntnisse und ohne die Kenntnis des fremden Rechts, d.h. ohne eigene rechtsvergleichende Studien betreiben und die sich nur auf rechtsvergleichende Monographien stützen, die andere Autoren in ihrer eigenen Sprache geschrieben haben, improvisieren lediglich über eine Sache, die sie nicht kennen. [...] Einzig und allein die persönliche Erfahrung in der Anwendung der rechtsvergleichenden Methode kann die wirklichen methodologischen Probleme aufdecken. Vorstellungskraft und Spekulation sind hier keine Hilfe. Die methodologischen Erkenntnisse, die durch persönliche Erfahrung erworben werden, sind eine Sache ; die Vergleichung durch eine Zwischenperson ist eine andere ». V. aussi MICHAELS (n. 2) p. 111 : « Über Nutzen und Berechtigung all dieser [theoretischen] Ansätze mag man geteilter Meinung sein. Vor allem fehlt bei allem theoretischen Niveau dieser neuen Ansätze häufig die Rückbindung an praktische Rechtsvergleichung. Kritiker herkömmlicher und Proponenten neuer Methoden verzichten viel zu häufig darauf zu zeigen, wie ihre Methoden praktisch angewandt werden können und zu welchen – vielleicht neuen – Ergebnissen sie führen ».

³¹ RS 0.221.211.1.

³² Commission pour le droit européen du contrat (éd.) : *Principes du droit européen du contrat*, version française par ROUHETTE GEORGES *et al.*, Paris, 2003.

³³ UNIDROIT (Institut International pour l'unification du droit privé), *Principes d'UNIDROIT relatifs aux contrats du commerce international*, Rome : UNIDROIT, 2004 ; UNIDROIT, *Principles of International Commercial Contracts*, www.unilex.info (dernière consultation : 18 avril 2012).

L'ouvrage qui nous sert de base à l'enseignement porte donc sur le droit contractuel comparé³⁵. Dans chaque exercice de comparaison, un cas pratique issu de la jurisprudence des tribunaux d'Europe ou d'Amérique qui soulève une question fondamentale du droit contractuel sert de point de départ. Les exercices portent par exemple sur la question de savoir

- si l'exposition d'une marchandise ou une publicité constitue une offre ou seulement une *invitatio ad offerendum* ;
- si le contrat se forme, ou s'il peut être modifié, par la simple volonté des parties ou si d'autres exigences sont requises (telle qu'une « cause » ou une *consideration*) ;
- s'il y a l'obligation de maintenir une offre ou si l'offrant est libre de la révoquer ;
- si des conditions générales, et dans l'affirmative lesquelles, sont intégrés au contrat en cas de « *battle of forms* ».

D'autres exercices portent

- sur la question de savoir si et dans quelles conditions le créancier peut exiger l'exécution du contrat ou si la violation du lien contractuel se résume en une action en dommages et intérêts (question de la *specific performance*) ;
- sur le rôle de la faute du vendeur en cas de livraison d'une marchandise non conforme au contrat ;
- sur la révision du contrat en cas de changement de circonstances ;
- ou encore sur les conditions du transfert de la propriété de la chose vendue³⁶.

La première question dans chaque exercice invite les étudiants à *rechercher les solutions* du cas d'espèce qui sont appliquées dans les différents ordres juridiques nationaux et internationaux ainsi que dans les principes de *soft law* pour ensuite *résoudre les cas selon ces sources diverses*. Dans l'ouvrage utilisé pour le cours, les étudiants trouvent pour chaque cas pratique des informations sur le droit en vigueur dans une dizaine de pays environ, sur le droit uniforme en la matière et sur les règles de droit non-étatiques. Le matériel comporte des dispositions légales ainsi que des extraits d'arrêts et de doctrine qui permettent de résoudre le cas selon ces différents systèmes de

³⁴ http://ec.europa.eu/justice/contract/files/common_sales_law/regulation_sales_law_en.pdf (dernière consultation : 18 avril 2012).

³⁵ Il s'agit de l'ouvrage de l'auteur de ces lignes : *Le contrat en droit privé européen – Exercices de comparaison*, 2^{ème} éd., Bâle/Bruxelles/Paris, 2010, 530 p. ; disponible aussi en anglais, allemand et hongrois : *Comparative Contract Law – Cases, Materials and Exercises*, Basingstoke/New York, 2009, 510 p. ; *Europäisches Vertragsrecht – Übungen zur Rechtsvergleichung und Harmonisierung des Rechts*, Bâle/Genève/Munich, 2008, 512 p. ; *Összehasonlító szerződési szerződési jog*, Budapest, 2010, 602 p. (avec BOKA JANOS).

³⁶ D'autres exercices portent sur le droit applicable au contrat transfrontalier et sur l'avenir du droit européen des contrats.

droit. La diversité des lois et arrêts ainsi que la présentation du matériel, qui ne donne aucune priorité ou préférence à un ordre juridique particulier, amène l'étudiant à prendre de la distance par rapport au droit de son propre pays et à adopter une vision supranationale³⁷.

La deuxième question de chaque exercice invite l'étudiant à *regrouper des solutions* qui se distinguent fondamentalement les unes des autres et à *les systématiser*. Ainsi, la complexité que présente la tâche de devoir travailler avec 10, voire 15 systèmes juridiques est concentrée, dans chaque exercice, sur trois ou quatre solutions qui sont fondamentalement différentes les unes des autres. L'étudiant est ensuite invité à *comparer ces solutions* et à identifier des éventuels principes communs pour la question examinée. Lorsque les solutions divergent, l'étudiant est invité à *peser les intérêts* en présence, pour finalement *proposer une solution* qui lui semble la plus appropriée.

Pour la plupart des exercices, le matériel fourni contient des informations sur les droits français, allemand, anglais, italien et suisse³⁸, étant donné l'importance de ces ordres juridiques en Europe. D'autres ordres juridiques européens, par exemple les droits néerlandais, belge, autrichien, espagnol, grec, polonais, lituanien, serbe ou russe, ainsi que les ordres juridiques d'autres régions du monde, notamment le droit des États-Unis d'Amérique, le droit québécois ou encore le droit chinois sont pris en considération en fonction du sujet abordé³⁹. Ainsi, lors de la résolution du cas, les étudiants se familiarisent, par exemple, à la fois avec des arrêts de la Cour de cassation française ou de la Cour de cassation belge, du Tribunal fédéral suisse, de la Cour suprême fédérale allemande, de la *High Court* ou de la *House of Lords*⁴⁰ anglaise, ou encore des arrêts états-uniens. Les étudiants travaillent avec la législation de ces pays ou des dispositions légales, par exemple italiennes, espagnoles, canadiennes ou chinoises, avec la CVIM et finalement avec les dispositions de la *soft law* issues des Principes européens de droit contractuel, des Principes d'UNIDROIT, du Cadre commun de référence ou encore des *Restatements* états-uniens⁴¹.

³⁷ Une des conséquences de cette approche est que l'ouvrage utilisé pour l'enseignement (*supra* n. 35) peut être sans problème utilisé dans différents pays (dans ses versions linguistiques anglaise, française, allemande ou hongroise). Il est, en effet, utilisé dans des universités en Suisse, Allemagne, France, aux Pays-Bas, en Angleterre, en Hongrie, Lituanie, au Japon et en Taiwan.

³⁸ Dans des situations où les parties à une relation contractuelle internationale choisissent un droit neutre, le droit suisse est le droit préféré dans environ un tiers (29%) des cas, voir le sondage effectué par le journal *Les Echos* du 8 janvier 2009, p. 10 ; en 2^{ème} place figure le droit anglais (23%).

³⁹ L'ouvrage utilisé dans le cours comporte, pour chaque exercice, entre 30 et 40 pages de lecture. Il serait aussi possible de proposer des exercices dans lesquels les étudiants ciblent eux-mêmes les objets de comparaison et expliquent par la suite leur choix.

⁴⁰ Dorénavant : Supreme Court (for England and Wales).

⁴¹ La préparation au cours exige environ quatre heures de lecture et de réflexion de la part de l'étudiant. Ceci correspond à la charge de travail pour les étudiants au niveau master à la Faculté de droit de l'Université de Genève.

B. Combiner micro- et macro-comparaison⁴²

À l'aide des cas pratiques, les étudiants sont donc initiés à identifier, appliquer et ensuite comparer les solutions qu'apportent les différents systèmes de droit à un même problème juridique ; ils sont également amenés à comparer les règles, principes et raisons d'être sur lesquels ces solutions reposent (*micro-comparaison*). Ensuite, chaque fois que deux ou trois cas auront été abordés, la résolution des cas pratiques est assortie d'un enseignement *ex cathedra* au cours duquel l'enseignant donne aux étudiants des informations de base qui aident à comprendre le matériel fourni et à saisir les raisons pour la diversité du droit en vigueur. Dans ces parties du cours portant sur la *macro-comparaison*, sont fournies par exemple des informations et explications sur les différentes cultures et traditions juridiques, sur leurs origines historiques et leurs particularités, ainsi que sur les différents styles de législation et de jurisprudence. Dans ces parties plus théoriques du cours, les étudiants pourront bénéficier des expériences déjà acquises lors de leur travail actif avec les cas pratiques et lors du travail actif avec le droit étranger⁴³.

C. Défis linguistiques

Pour mieux saisir les particularités nationales des différents ordres juridiques, les étudiants sont invités à lire, dans la mesure du possible, le matériel en version originale⁴⁴. La méthode multilatérale exige donc, idéalement, de bonnes connaissances des langues étrangères. La maîtrise du français, de l'anglais et de l'allemand permet, par exemple, d'avoir accès à neuf ordres juridiques européens ainsi qu'au droit des Etats-Unis, plusieurs autres Etats de la *Common Law* ainsi que certains des Etats faisant partie de l'ancienne famille de droit français.

⁴² La *macro-comparaison* porte sur des questions générales de droit comparé telles que la classification des différents ordres juridiques, leurs développements historiques et leurs particularités, l'organisation des procédures judiciaires respectives, des différentes techniques de législation et de la codification, etc., voir, par exemple, ZWIEGERT/KÖTZ, *Einführung in die Rechtsvergleichung* (n. 10) p. 4. La *micro-comparaison* s'intéresse par contre aux institutions et règles de droit permettant de résoudre des problèmes spécifiques et à la comparaison de solutions apportées par différents systèmes de droit à un même problème juridique, voir, par exemple, ZWIEGERT/KÖTZ, *Einführung in die Rechtsvergleichung* (n. 10) p. 4-5.

⁴³ C'est dans ces parties du cours, enseignées *ex cathedra*, que micro- et macro-comparaison se rejoindront. Voir aussi ÖRÜCÜ ESİN, « Developing Comparative Law », in : ÖRÜCÜ/NELKEN (ed.), *Comparative Law – A Handbook*, Oxford, 2007, p. 57 : « Ideally macro-comparison and micro-comparison should merge, since the micro-comparative topic must be placed within the entire legal system ». Pour de plus amples informations de base, les étudiants seront renvoyés à la lecture des grandes introductions au droit comparé (*supra* n. 10).

⁴⁴ Ils pourront ainsi en même temps améliorer leurs connaissances de langues juridiques étrangères. V. aussi BULLIER ANTOINE (n. 8) p. 166 : « Le droit comparé ne peut, en aucun cas, faire l'impasse sur le problème de la langue qui véhicule concepts, traditions, réflexes et façon de dire et de comprendre les choses. Le cours de droit comparé doit-il initier les étudiants à la traduction juridique ? ».

Dans l'ouvrage utilisé à Genève, les informations sur les pays francophones ainsi que sur les pays de la *Common Law* sont données en version originale uniquement. Le matériel provenant d'autres pays (lois, arrêts, extraits de doctrine) est accompagné d'une traduction.

IV. Bénéfices de l'approche proposée⁴⁵

L'enseignement du droit comparé proposé présente plusieurs bénéfices et avantages⁴⁶ :

- Les étudiants apprennent la comparaison à l'aide d'une approche de *learning by doing* et s'exercent activement dans l'emploi de la méthode comparative. Ils *perdent ainsi la gêne de s'approcher du matériel étranger* et de travailler avec ce matériel jusqu'alors inconnu pour eux.
- Lors de la résolution de cas pratiques selon les différents ordres juridiques, ils apprennent à *prendre du recul* par rapport à leur propre droit national et à *relativiser* la solution en vigueur dans leur pays.
- Ils apprennent à travailler à la fois avec un grand nombre d'ordres juridiques et avec différents styles de raisonnements juridiques. Ceci leur permet de *mieux dialoguer* avec des collègues formés dans un grand nombre d'autres ordres juridiques⁴⁷ et de *mener une discussion* sur les problèmes juridiques *dans un contexte international* (par ex. européen voire même mondial). En fait, la méthode proposée enseigne une *science juridique* qui est *détachée des contingences liées à tel ou tel droit local* et qui appréhende chaque problématique à travers les différentes manières dont elles sont cadrées puis résolues dans les systèmes de droit positif.
- A la fin du cours, les étudiants devraient avoir acquis la *capacité et la compétence de chercher* et de mettre en évidence, idéalement, *une large palette de solutions envisageables* pour un problème posé, ou encore de *découvrir éventuellement des principes communs* de droit qui existent à travers l'Europe ou d'autres régions du monde.
- Lors du travail avec les cas pratiques et lors des discussions des arguments pour et contre les différentes solutions identifiées, ils auront *appris à bénéficier des expériences* qui ont été faites avec les différentes solutions à l'étranger. Ils auront ainsi appris à *faire un choix éclairé*

⁴⁵ Pour de plus amples informations sur la méthode proposée ainsi que des études de cas qui servent à l'illustrer, voir l'auteur de ces lignes, *Le contrat en droit privé européen* (n. 35) p. 5-22 ; *idem*, « L'europanisation du droit privé et de la méthode comparative – Etude de cas », *SZIER/RSDIE* 2004 p. 233-254.

⁴⁶ L'expérience montre que cette approche peut être pratiquée non seulement dans des séminaires avec un nombre restreint de participants, mais aussi lors de grands cours. A Genève, entre 40 et 160 étudiants suivent le cours de droit comparé enseigné dans ce style.

⁴⁷ « Comparative law gives [them] a tool of communication », Örüçü (n. 43) p. 43 et 45.

parmi, idéalement, toutes les options à disposition pour résoudre un problème juridique donné.

- Un travail basé sur des cas pratiques *met l'accent sur l'importance pratique que la discipline de droit comparé occupe aujourd'hui dans la vie pratique du juriste* ; il met en évidence que l'emploi de la méthode comparative peut mener à des résultats immédiats et tangibles et que des connaissances de droit comparé peuvent avoir un véritable rendement.
- Les futurs juristes seront ainsi préparés à *faire face aux exigences méthodologiques qui se présentent dans des scénarios pratiques, comme par exemple dans le cas de responsabilité civile ou dans les deux scénarios de droit international public décrits ci-dessus, ainsi que dans de nombreux autres scénarios transnationaux*⁴⁸.

Maîtriser une méthode comparative multilatérale et supranationale devrait ainsi faciliter aux étudiants leur futur travail dans un monde multi-juridictionnel où le cadre d'un seul ordre juridique national est souvent dépassé – que ce soit dans leur travail d'avocat, de juge ou de juriste, dans une institution nationale ou une organisation internationale.

James GORDLEY, éminent comparatiste à l'Université Tulane à la Nouvelle-Orléans a écrit : « A student confronted with only one solution to a legal problem has a tendency to assume it is the right one. When he is confronted with two, he is encouraged to think »⁴⁹. On pourrait ajouter : When he has acquired the capacity to compare the solutions of three, four or even more jurisdictions and to give these jurisdictions equal weight in his analysis, he is encouraged to « think internationally ».

⁴⁸ *Supra* B.II.

⁴⁹ « Comparative Law and Legal Education », 75 *Tul. L. Rev.* p. 1003, 1008 (2000-01).

L'image changeante du droit international public

ROBERT KOLB

Professeur de droit international public à l'Université de Genève

I. Introduction

On prétend volontiers mais erronément que le droit international public, régissant des rapports entre Etats souverains, sans supérieur commun, est un droit « sans sanction ». Anciennement, la formule était qu'il s'agissait d'un droit « sans législateur, sans gendarme et sans juge »¹. Il faudrait rectifier cette formule pour le moins dans le sens suivant : sans législateur et sans gendarme centralisés ; et sans juge régulier, c'est-à-dire sans juge à compétence obligatoire. Ce n'est pas qu'il y ait carence absolue de la fonction législative, exécutive et judiciaire. De plus, l'absence de sanction est une chimère. La sanction est simplement restée décentralisée, comme elle l'était au Moyen Age. Elle continue à se présenter essentiellement comme justice privée, dans la mouture de représailles et de contre-mesures, anciennement aussi et surtout de la guerre, nouvellement parfois de sanctions collectives par des organes internationaux tels que le Conseil de sécurité des Nations Unies. L'homme moderne identifie, toutefois, à tel point la sanction juridique avec la justice et l'exécution publiques centralisées, tels qu'il les connaît dans l'Etat, qu'il a perdu de vue qu'il existe des modalités de sanction plus anciennes et plus primitives. Elles n'en sont pas pour autant moins effectives ou moins rigoureuses. Moins égales, moins régulières et plus empreintes de politique, elles le sont assurément. Juridiquement, ce sont néanmoins des sanctions².

A défaut d'être perçu comme un droit (bien) sanctionné, la conception courante tout au long du XX^{ème} siècle est que le droit international public doit reposer davantage sur la sanction de « l'opinion publique » que sur des sanctions institutionnalisées. Dès l'époque de la Société des Nations (S.d.N.), notamment dans le monde anglo-saxon, mais aussi plus généralement, l'opinion publique était idolâtrée comme une espèce de *Deus ex machina* de la mise en œuvre du droit international public³. La S.d.N. elle-même n'était-elle

¹ Voir, par exemple, DE LOUTER JEAN, *Le droit international public positif*, tome I, Oxford, 1920, p. 58 ss.

² Voir les termes très clairs de KELSEN HANS, « Théorie générale du droit international public », *RCADI* (Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye), vol. 42, 1932-IV, p. 124 ss, 126, 129.

³ On a pu insister à juste titre qu'il y avait à cet égard un excès : DE VISSCHER CHARLES, *Théories et réalités en droit international public*, 3^{ème} éd., Paris, 1960, p. 77. Sur l'opinion publique et le droit international : MERLE MARCEL, « Le droit international et l'opinion publique », *RCADI*, vol. 138, 1973-

pas le produit de la pression populaire plus que de la volonté des élites diplomatiques ou militaires ? Puisqu'il en était ainsi, le droit international était perçu comme particulièrement proche des peuples, mais non nécessairement des gouvernements. Ces derniers pouvaient faillir à appliquer ses règles ; les peuples devaient alors jeter leurs poids dans la balance pour les ramener au respect du droit. A cette fin, il fallait supposer que les peuples connussent le droit international moderne. Les rapides esquisses qui précèdent montrent que le droit international moderne se souciait de son enracinement dans l'opinion des peuples. Son « image » est perçue comme un atout essentiel de sa force. Ou en étions-nous à cet égard et où sommes-nous arrivés ? Avant de tenter de serrer cette question d'un peu plus près, il est peut-être utile de rappeler ce qu'est exactement le droit international public.

II. Définition et objet du droit international public

Depuis les temps les plus anciens, il a existé des collectivités publiques territorialement organisées, relativement indépendantes les unes des autres, menant chacune leur politique et décidant de manière autonome du sort de leurs peuples. A un certain moment, de telles collectivités, où qu'elles se trouvaient dans le monde, commencèrent à entrer en contact les unes avec les autres. Ces contacts furent d'abord sporadiques et belliqueux ; ensuite ils devinrent aussi pacifiques et plus étendus ; tard dans l'évolution sociale, ils furent denses et soutenus au point de créer des interdépendances marquées. Or, tout contact entre personnes ou collectivités suscite le besoin de certaines règles. Il faut stabiliser certaines attentes réciproques, consacrer des décisions communes par des accords, organiser des collaborations, garantir un certain degré de sécurité juridique. Parmi ces règles nécessaires, certaines restent politiques, morales ou sociales ; d'autres deviennent juridiques. Pour les individus, le corps de règles juridiques se consolide dans le droit interne étatique. Pour les collectivités publiques, les règles régissant certains de leurs rapports (ceux précisément que le corps social a soumis aux disciplines juridiques) prennent corps dans un ordre juridique interétatique ou international, le droit international public, appelé anciennement, d'après le terme pertinent du droit romain, droit des gens. Etant donné que la société internationale n'a jamais été entièrement limitée aux collectivités publiques (Etats), il faut faire place également aux autres sujets ou acteurs armés de personnalité juridique à un moment donné de l'histoire. D'où la définition⁴ suivante de cette branche juridique : « Ordre juridique régissant certains

I, p. 373 ss. Voir déjà le texte ancien de CAVAGLIERI ARRIGO, *L'opinione pubblica nelle relazioni internazionali*, Florence, 1907.

⁴ Pour une définition du droit international, voir par exemple SALMON JEAN (éd.), *Dictionnaire de droit international public*, Bruxelles, 2001, p. 386-387.

rapports entre collectivités publiques relativement indépendantes les unes des autres, basées sur un territoire, ainsi que de certains autres sujets de droit tels que définis selon les diverses époques ». L'on pourrait aussi dire que le droit international public est l'ordre juridique régissant la société internationale (voire la communauté internationale), quitte à préciser de quelles entités ou de quels sujets celle-ci est constituée aux diverses époques de l'histoire. Parmi ces entités, il y en a de constantes : les collectivités politiques indépendantes les unes des autres ; et des variables, comme, par exemple, les organisations internationales, qui constituent un phénomène moderne. Le droit international public reste toutefois, à ce jour, essentiellement le droit des puissances publiques (Etats), considérées dans leurs relations externes. Le droit international est ainsi un droit public, régissant des rapports politiques entre Etats (*jus inter potestates*). Par son objet, il se rattache au droit public. Structurellement, il ressemble toutefois au droit privé. Il en est ainsi parce que ses sujets principaux, les Etats, se confrontent en son sein sur un pied d'égalité souveraine, créant le droit objectif et les actes juridiques subjectifs à travers leurs interactions et accords.

Dans l'histoire du droit, l'émergence progressive de trois éléments clés a permis la naissance d'un ordre juridique international. Il ne s'agit pas d'éléments sociologiques, expliquant les raisons de la création de l'ordre juridique international, mais plutôt d'éléments juridiques, nécessaires à la détermination d'un tel ordre. En d'autres termes, la perspective est endogène et non exogène. Un tel ordre suppose les éléments suivants : (1) des Etats indépendants l'un de l'autre (ou des tribus suffisamment organisées et également indépendantes l'une de l'autre) se reconnaissent mutuellement comme sujets de droit ; (2) entre eux existent des échanges continuels d'ordre culturel, économique ou politique, qui supposent une réglementation juridique ou qui, pour le moins, génèrent des conséquences juridiques ; et (3) les sujets participant à ces échanges sont convaincus que les règles conventionnelles ou coutumières sur la base desquelles ces interactions ont lieu représentent des règles juridiquement contraignantes dont l'irrespect fautif entraîne des sanctions juridiques. Tel est manifestement le cas de l'ordre juridique international moderne, reconnu par ses sujets et couché dans des sources positives telles que les traités, la coutume et d'autres expressions normatives.

III. L'époque d'expansion et de foi relative dans l'ordre juridique international (1919-fin des années 1960)⁵

Le XX^{ème} siècle voit émerger des besoins nouveaux. Il est tenaillé par l'interdépendance internationale croissante, le fléau de guerres destructrices, l'asservissement outrancier de l'homme par des régimes totalitaires, les contraintes économiques et financières de marchés devenus internationaux, la destruction croissante de l'environnement, etc., c'est-à-dire par une série de « *common concerns* » nécessitant une réglementation et une discipline communes. La pétition de souveraineté individualiste et « égoïste » avec son « je fais ce que je veux » ne suffit plus. Les guerres mondiales et les gigantesques destructions qu'elles amènent le démontrent. D'où la tentative du droit international moderne « d'organiser la société internationale »⁶ à travers des organisations internationales et par la consolidation d'un droit international plus directif que celui assez poreux de jadis. L'effort est de faire en sorte que ce droit devienne un peu plus « maître » des Etats et ne se cantonne pas à être le « serviteur » de leurs volontés capricieuses. L'effort suprême du XX^{ème} siècle a été de fédéraliser un tant soit peu le monde et de refouler l'anarchie des souverainetés par un droit international de la communauté internationale au lieu d'un seul droit international de la volonté des Etats. En même temps, avec la croissance constante des interdépendances, un nombre toujours plus considérable de matières sont régies par le droit international public. Celui-ci s'étend à de nouveaux sujets (comme l'individu) et de matières (règlement des différends, organisations internationales, droits de l'homme, droit international pénal, droit du travail, droit économique, brevets, etc.). Il commence à toucher de plus ou moins près une masse toujours plus importante de personnes. Celles-ci sont amenées à prendre conscience de lui. Autant le droit international classique, au XIX^{ème} siècle, avait été un droit des chancelleries, autant le droit du XX^{ème} siècle devient un droit des « masses ». Cet effet est encore amplifié par le fait que le droit international moderne s'identifie à des causes intéressant directement la population : maintien de la paix, droits de l'homme, environnement, démocratie.

Les évolutions mentionnées du droit international moderne se sont jumelées à la permanence de la foi héritée du XIX^{ème} siècle en un constant progrès de la civilisation. Ensemble, ces deux facteurs ont donné lieu, dans la première partie du XX^{ème} siècle, à un environnement intellectuel globalement

⁵ Un auteur a pu montrer de manière très claire (mais non sans quelque exagération) comment la foi en le progrès de la civilisation et en la toujours meilleure organisation politique du monde a pu faire partie de la culture européenne et renforcer l'évolution du droit international dès la fin du XIX^{ème} siècle, avant le recul dans les années 1960 : KOSKENNIEMI MARTTI, *The Gentle Civilizer of Nations, The Rise and Fall of International Law 1870-1960*, Cambridge, 2001.

⁶ Tel devient un véritable mot d'ordre, un *Schlachtruf*. On le trouve dans une forme achevée chez un internationaliste ayant enseigné à Genève, l'Allemand H. Wehberg : cf. DENFELD CLAUDIA, *Hans Wehberg (1885-1962)*, Baden-Baden, 2008, p. 158 ss, 172 ss.

favorable au droit international. Celui-ci était perçu comme une pièce maîtresse de l'évolution de la société vers une prise en compte accrue des besoins des peuples à la place des orientations anciennes tournées vers la politique de puissance, symbolisée par le Concert de l'Europe. Les deux grandes guerres n'ébranlèrent pas cette foi. Ils lui donnèrent au contraire à chaque fois des motifs puissants de rebondir et de chercher à reconstruire une société meilleure, dans laquelle la guerre écoulée aurait été la « dernière des dernières »⁷. De plus, les élites des divers pays devinrent de plus en plus internationalistes. Elles comprenaient aisément l'inéluctable interdépendance toujours croissante. Ils saisissaient que celle-ci ne pouvait pas s'arrêter aux aspects non-politiques, c'est-à-dire sociaux, culturels ou économiques, mais qu'elle s'étendait nécessairement à l'organisation politique du monde. Il était impensable que le combat ambiant pour une démocratisation de la société interne, pour un virage vers l'Etat « social » et pour un renforcement de la prééminence du droit, s'arrêtât à la frontière. Le monde ne pouvait pas être ordonné et juste à l'intérieur des Etats, chaotique et injuste à l'extérieur de ceux-ci. La société internationale ne pouvait éternellement rester une société naturelle, ployée sous la gangue de la guerre. Dans ce cas, la sécurité et la vie des peuples à l'intérieur des frontières ne serait en effet à moyen terme que chimère. Le but d'étendre la paix sociale dans la vie internationale devenait ainsi éminent. Dès lors, les efforts portèrent sur l'accomplissement de réformes similaires dans la société internationale à celles auparavant réalisées dans la société interne, à l'époque de la création des Etats. Une organisation un tant soit peu fédérale du monde devait assurer un peu plus d'ordre, de justice et de sanction du droit. Il s'agissait avant tout de centraliser du moins partiellement les fonctions publiques au lieu de les laisser émiettées sur un nombre constamment croissant d'Etats individuels. Cela supposait une expropriation du droit d'utiliser la force, sauf pour des cas préalablement définis comme la légitime défense ; l'organisation du règlement pacifique des différends par des procédures agencées à cette fin ; la promotion de causes de civilisation (droit humanitaire, protection des minorités, etc.) ; la codification du droit international, etc.

L'encadrement du droit d'utiliser la violence était à cet égard le point crucial. L'idéologie ambiante et l'image du droit international étaient surtout liées à ce volet de l'effort, en fonction de la conviction suivante : « Nous touchons ici au cœur même du problème international. Devant cette question, tout recule au second plan, parce que, en définitive, tout est conditionné par elle. La guerre n'est pas seulement une monstrueuse aberration. Elle est

⁷ On retrouve un courant puissant de ce type aussi en Suisse. Pour les suites de la Première guerre mondiale et la reconstruction d'un droit international nouveau, voir par exemple NIPPOLD OTFRIED, *Die Gestaltung des Völkerrechts nach dem Weltkrieg*, Zurich, 1917. Pour des efforts similaires après la Seconde guerre mondiale, voir SCHINDLER DIETRICH, « Gedanken zum Wiederaufbau des Völkerrechts », in : *Recht – Staat – Völkergemeinschaft*, Zurich, 1948, p. 233 ss.

l'obstacle qui rend impossible toute organisation solide de la communauté internationale. Quand elle éclate, l'armature du droit se déchire ; quand elle prend fin, les souvenirs et les appréhensions qu'elle laisse continuent d'empoisonner l'atmosphère. Aucun résultat décisif ne peut être acquis aussi longtemps que le monde reste ployé sous sa menace. Toute l'histoire de l'humanité l'atteste : guerres privées, guerres civiles, guerres internationales, peu importe ; le refoulement de la guerre est la condition *sine qua non* du progrès social »⁸. Ou : « As between citizens, so between nations the repression of violence must be the paramount obligation of the international community, to which all others are subordinate »⁹. Ou encore : « [B]oth history and analysis suggest that order must come before justice. The latter is a delicate plant that cannot thrive in a climate of fear and violence. Without order, the strong will seek to obtain their own brand of justice by self-help, denying justice to the weak, promoting disorder, and disrupting society »¹⁰.

De larges couches de la population suivaient de plus ou moins loin ces évolutions, qui les touchaient. Une fraction non négligeable y était favorable ou pour le moins témoignait d'une neutralité bienveillante. La presse en fut le reflet. Politiquement, tout le centre était favorable à un renforcement des solidarités internationales. La presse libérale et de gauche modérée appuyaient la Société des Nations et le droit international. La presse conservatrice, nationaliste et celle de l'extrême gauche s'y montraient hostiles. Pour les conservateurs, tout ce qui bousculait des habitudes consacrées était en soi un mal. Pour la presse nationaliste, toute organisation internationale était un épouvantail parce qu'elle s'érigait au-dessus de l'Etat pris *uti singulus* et prétendait limiter la toute-puissance de sa volonté. Pour la presse d'extrême gauche, la S.d.N. et le droit international ne pouvaient être soutenus, car ils permettaient la guerre, fût-elle une guerre de sanction. Or, pour le pacifisme radical, toute guerre est un mal. La Seconde guerre mondiale ne mit que brièvement entre parenthèses ces orientations. Dès sa fin, les tendances fédéralistes reprirent avec une nouvelle lympe. Au niveau universel, elles se manifestèrent dans une Organisation des Nations Unies notablement renforcée par rapport à la S.d.N., notamment à travers les pouvoirs de décision du Conseil de sécurité. En Europe, la conviction était qu'une guerre prochaine ne pourrait être évitée qu'à travers une fédéralisation du continent – d'où le projet des Communautés européennes. Il est frappant de voir à quel point le sentiment de la nécessité de cette fédéralisation était répandu dans les écrits les

⁸ BOURQUIN MAURICE, « Règles générales du droit de la paix », *RCADI*, vol. 35, 1931-I, p. 173-174.

⁹ FENWICK GEORGE, « The Concept of Peace », *International Conciliation*, n° 369, 1941, p. 390.

¹⁰ WRIGHT QUINCY, *The Role of International Law in the Elimination of War*, Manchester, 1961, p. 5-6.

plus divers de l'immédiat après-guerre¹¹. Il était un « lieu commun » influant massivement sur l'environnement spirituel de l'époque.

En somme, le droit international était perçu comme concomitant à une organisation (meilleure) du monde. Il était identifié à un progrès de la société vers plus de démocratie, de justice et d'ordre. Cette conception avait de l'attraction au-delà des cercles cherchant l'éternel demain. Des cercles plus conservateurs pouvaient aussi s'y retrouver. L'appel à davantage d'ordre à la place de davantage d'anarchie avait pour eux aussi une valence et une attractivité manifeste. Seuls les cercles nationalistes restaient résolument et irrécyclablement réfractaires à toute limitation de la toute-puissance des Etats par un droit « supérieur » et par une organisation internationale capable de lui prêter main forte.

IV. L'époque des tensions et des incertitudes (années 1960 à nos jours)

Il serait trop long d'énumérer et d'analyser à cette place tous les facteurs ayant contribué dans la société contemporaine à une remise en cause ou à un effritement des idées décrites précédemment. Les tensions hautement politiques de la Guerre froide et la paralysie relative des Nations Unies face aux multiples conflits armés en sont un. Tout affaiblissement de l'Organisation internationale porte immédiatement atteinte au droit international dans sa mouture moderne, puisque celle-ci est dans une fraction non négligeable tournée vers la promotion de causes communes. Celles-ci ne peuvent s'articuler et s'imposer que dans un cadre multilatéral. La crise du multilatéralisme en général est une autre cause d'involution. On lui reproche désormais ses lenteurs et ses résultats trop modestes. Il n'est en effet pas facile de mettre d'accord 194 Etats (ou tout groupe plus restreint), aux intérêts et idéologies très différents. En même temps, l'histoire s'accélère et les besoins deviennent de plus en plus impérieux. Les réponses de la politique internationale ne sont pas à la hauteur des exigences croissantes de la société. Cela provoque une désaffection envers le politique en général et envers la politique internationale tout particulièrement. Il est plus facile de projeter l'opprobre sur ce qu'on connaît moins et qu'on suspecte dès lors le plus¹². Des

¹¹ Voir, par exemple, les divers ouvrages dans la série de la Baconnière, publiée à Neuchâtel : « L'évolution du monde et des idées ».

¹² HAROLD NICOLSON, grand diplomate anglais, écrit à cet égard : « De l'avis général, le plus grave danger qui guette la diplomatie démocratique est l'irresponsabilité du peuple souverain. [...] L'électeur moyen est non seulement ignorant, paresseux et négligent en ce qui concerne les engagements internationaux [...], il n'accorde pas aux grandes lignes de la politique étrangère la réflexion et l'intelligence qu'il consacre aux affaires intérieures. Il est peu disposé à faire le petit effort de compréhension qui lui permettrait de saisir les éléments les plus simples du problème. En Grande-Bretagne, par exemple, l'électeur moyen ne se rend pas encore compte que les affaires étrangères sont des affaires étrangères, c'est-à-dire ne concernent pas les seuls intérêts nationaux

politiciens intéressés ne font rien pour remettre les choses dans leur juste perspective, saisissant intuitivement tout le bénéfice qu'ils peuvent tirer d'un bouc émissaire international, qui, de surcroît, ne se défendra guère. La politique unilatéraliste de certains Etats est entre autres une conséquence de ces insuffisances. Elle contribue à nuire au droit international et à l'Organisation internationale, car elle les discrédite et les démantèle. Les attaques frontales contre les Nations Unies et son droit dès l'époque de l'administration américaine de Ronald REAGAN en sont un emblème (bien qu'elles aient aussi produit de bons résultats, par exemple à travers la réforme des Nations Unies¹³). L'attitude du Gouvernement Bush Jr. n'en est que l'avatar le plus paroxysmique.

D'autres causes de la crise sont identitaires. Elles nous intéressent davantage pour le propos de cette brève contribution. Il sied de concentrer les considérations qui suivent sur la situation en Suisse. La place fait défaut pour regarder plus loin. D'un facteur de civilisation et d'ordre, le droit international s'est vu progressivement réduit (quand il n'est pas entièrement ignoré, ce qui est plus fréquent) à des expressions de plus en plus marginales et idéologiques. A gauche de l'échiquier politique, un certain droit international confectionné maison a manifestement la cote. On y gonfle par des interprétations souvent partisanses les droits de l'homme et les droits des réfugiés selon des orientations idéologiques très marquées. Les droits sociaux et économiques du Pacte I des Nations Unies de 1966 tiennent aussi une place de choix. Le droit international qui circule dans ces cercles dépasse de plus ou moins loin le droit positif. L'expression formelle relativement faible des droits de l'homme permet de projeter dans leurs formules assez vagues plus ou moins tout ce que l'orientation politique militante de ces cercles leur suggère comme étant souhaitable. De l'autre côté de l'échiquier politique, qui a de nos jours le vent en poupe, la réaction est virulente. Déjà on s'y oppose à des lectures de droits de l'homme limitant la liberté de choix du peuple souverain, en imposant par le haut l'immigration, l'Etat social éternellement étendu, etc. Jusqu'ici on comprend et on peut même partager ce point de vue. De plus, toute idée d'un ordre juridique contraignant supérieur à l'Etat et à ses volontés arbitraires, a depuis toujours été l'ennemie jurée des cercles nationalistes. En toute conséquence, le droit international public est discrédité dans les organes de presse de ce bord comme un droit à confection non-démocratique (fait par

mais aussi les intérêts d'autres pays. Il s'imagine qu'une politique étrangère est faite à peu près comme un budget ou un projet de loi sur l'éducation ; qu'elle est préparée par le ministre responsable, soumise au Cabinet, approuvée par le Parlement, après quoi il ne reste plus qu'à l'envoyer au Foreign Office qui la fera mettre à exécution » (*Diplomatie*, Neuchâtel, 1948, p. 78, 80). L'unilatéralisme résulte de telles visions.

¹³ Voir GERBET PIERRE (avec la collaboration de MOUTON MARIE-RENÉE et GHÉBALI VICTOR-YVES), *Le rêve d'un ordre mondial – De la S.d.N. à l'ONU*, Paris, 1996, p. 269 ss, 323 ss, 357 ss. Pour les difficultés rencontrées à cet égard, voir par exemple BOUTROS-GHALI BOUTROS, *Mes années à la maison de verre*, Paris, 1999, p. 29 ss.

l'exécutif des Etats les plus divers) et comme un *diktat* de l'étranger¹⁴. Pour le grand public suisse actuel, le droit international public ne fait des apparitions plus ou moins fantomatiques que dans des contextes très situés et controversés : l'internement à vie de grands criminels dangereux, minarets, accords bilatéraux avec l'UE. Il tend ainsi à se rétracter aux « droits de l'homme » *writ large*. Cette évolution est inquiétante, car elle met en opposition le droit international et la liberté de voter. On suppose d'ailleurs que la Constitution suisse¹⁵ permet de voter sur n'importe quel objet sans minimalement tenir compte de l'état de droit, de la protection des droits fondamentaux, des minorités, etc. Pour certains cercles, la Constitution n'a plus qu'un seul chapitre : celui sur les droits de vote populaires. Les autres parties de la Constitution lui sont subordonnés. Ils ont chu dans les bas-fonds d'une espèce de *soft law*. Qu'est-ce qui nous empêche de voter pour décapiter sur la place publique tous les membres d'un certain parti s'il y avait une majorité pour le demander ? Rien ?

Non seulement le peuple est devenu plus ignorant que jamais du droit international public. Il ne s'occupe plus de questions de ce type. Ignorant, il l'est habituellement déjà de la politique étrangère. Il en a des images entièrement déformées. De plus, les contextes dans lesquels le droit international est pour lui thématiqué ne le montrent que par une petite porte, souvent perçue ou dépeinte comme étant défavorable. Cette situation cimenter les confusions et entretient à son égard une vision désinformée et réductrice. Il s'y engouffre facilement l'ancien argument cynique selon lequel le droit international public n'est pas du « droit », mais plutôt un idéal (ou même un mal) non effectif, dissous dans la politique de puissance prédominante. L'ignorance n'est d'ailleurs pas chez l'homme moyen (moderne, il faut le préciser) un motif de s'abstenir de jugements hâtifs. Au contraire, elle stimule chez lui la propension à la critique, au dénigrement et à la condamnation. L'obstination dans ce jugement est à la même mesure de l'ignorance dont il se nourrit.

De cet état des choses, d'autres évolutions défavorables sont également responsables. Il y a d'abord le rôle de la presse et des médias. Leur importance dans la société contemporaine ne saurait être sous-estimée. A l'égard du droit international, la presse n'est regrettablement pas à la hauteur de ses grandes responsabilités. Elle en véhicule des images fausses et inexacts, pratiquant le plus souvent la désinformation technique et parfois la désinformation idéologique. La seconde touche à l'hostilité à toute organisation internationale et à tout droit international. Est alors utilisée la technique habituelle : décrire

¹⁴ Voir les attaques virulentes dans *Die Weltwoche* n° 50, 10 décembre 2009, p. 5, 30, sous les titres évocateurs : « Fremde Richter » et « Die Gewalt des fremden Rechts ». C'est d'ailleurs techniquement inexact, le droit international public faisant juridiquement partie du droit suisse (notre constitution posant un système moniste).

¹⁵ Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999 (RS 101).

l'adversaire en lui prêtant d'imaginaires tares et défauts, augmentés à l'envie, pour pouvoir ensuite mieux l'abattre. La désinformation technique est plus subtile mais non moins grave. Elle ne procède pas d'une volonté de nuire, mais de la profonde ignorance. Ainsi, le Journal télévisé de la TSR aurait réussi à confondre la Cour internationale de Justice (CIJ) avec la Cour pénale internationale (CPI). Il arrive aussi que le Tribunal pénal pour l'ex-Yougoslavie ou la Cour permanente d'arbitrage soient confondus avec la CIJ. Comble de malchance : les quatre juridictions ont en effet leur siège dans la même ville, à La Haye ! Du point de vue juridique, la confusion est des plus graves. C'est comme si l'on confondait le Conseil fédéral avec le Tribunal fédéral. En restant dans le domaine de la CIJ, on peut relever toute une série d'autres fleurons déplorables. Il est inadéquat de traiter la Cour de tribunal d'arbitrage¹⁶, de dire qu'elle est une institution établie et financée par la Fondation Carnegie, que seuls les Etats peuvent demander ses « avis » (consultatifs ?), que la Cour « demande » un avis consultatif¹⁷, ou de penser qu'elle possède une compétence contraignante vis-à-vis de tous les litiges mondiaux ; or cela arrive fréquemment¹⁸. Les erreurs et approximations ne sont pas moins graves dans d'autres branches de ce droit ... tant s'en faut ! L'erreur fatale consiste au fond à penser que n'importe qui peut se prononcer sur la politique étrangère et sur le droit international, même sans connaissances techniques. Par ailleurs, faut-il s'étonner qu'un ami de l'auteur de ces lignes (ayant même étudié le droit [!] il y a vingt ans) puisse confondre l'action actuelle du Conseil de sécurité des Nations Unies dans le contexte de la Libye (2011) avec une action de la CIJ. Il me demanda de quelle manière la Haute Juridiction s'était prononcée sur la guerre civile actuelle.

La presse n'est pas seule responsable de cet état des choses. Des réformes délétères du système scolaire et universitaires sont une autre mamelle du mal. L'école ne forme plus ; elle s'adonne à l'illusion du « tout ludique » et du « moindre effort ». Cet état des choses se réverbère à l'Université, elle aussi sujette à des réformes entièrement manquées. Y prévaut hélas trop souvent le gréganisme de la masse, avec un goût ambiant du moindre effort, agrémenté

¹⁶ On trouve cette confusion aussi très souvent dans la littérature scientifique non juridique : voir, par exemple, FAVENNEC JEAN-PIERRE, *Géopolitique de l'énergie, Besoins, ressources, échanges mondiaux*, Paris, 2009, p. 83.

¹⁷ Voir ROUSSEAU CHARLES, « Un siècle d'évolution du droit international (1873-1973) », in : Université de Neuchâtel (éd.), *Le droit international demain*, Neuchâtel, 1974, p. 21.

¹⁸ Pour rendre compte de manière appropriée de l'activité de la Cour (sauf par reprise d'une simple dépêche, elle-même pas précise), les médias devraient engager dans leur rédaction au moins un juriste spécialisé. Alternativement, ils devraient demander à un expert d'écrire sur une activité de la Cour ou pour le moins de réviser un article écrit par un journaliste de leurs rangs. Tant que les médias n'auront pas le sens de l'importance d'un tel garde-fou, la Cour continuera à faire l'objet de commentaires divers et variés, dans lesquelles brillera souvent, dans le meilleur des cas, un intolérable dilettantisme, et dans le pire, une séquence de contrevérités. Peut-être cet état des choses est-il simplement dû au fait que l'importance même de la Cour est largement sous-estimée par des rédactions, peu sensibles au rôle parfois trop discret du droit dans les relations internationales.

de la chasse aux « crédits ». Chez un nombre croissant « d'étudiants » l'intérêt pour des matières qui ne sont pas d'une utilité considérée être immédiate a entièrement disparu. Il en va de même de la curiosité intellectuelle et de l'éducation civique. Le droit international ne peut qu'en pâtir. Il en est ainsi notamment dans les facultés de droit : à quoi bon apprendre un droit lointain et un peu bizarre, affaire des chancelleries politiques aux départements des relations étrangères ? En a-t-on vraiment besoin pour faire l'avocat ou le notaire ? Or, ce droit international ne misait-il pas tant sur l'opinion publique éclairée ?

En somme, le droit international public se trouve ainsi en une période de tension et subit des attaques. A cet égard, il est possible de souligner que :

1. Son image s'est détériorée dans de larges cercles.
2. Cette projection négative ne concerne le plus souvent qu'un droit international putatif et imaginaire, non le droit international réel. Nul ordre juridique n'est davantage méconnu et l'objet de mythes désinformés que celui-ci.
3. Il persiste chez une majorité de personnes l'incapacité de concevoir que l'application d'une norme de droit international puisse être impersonnelle et commandée par les disciplines du droit, non seulement par des sélectivités politiques¹⁹. Si le Conseil de sécurité des Nations Unies sanctionne une violation du droit, si la Cour pénale internationale ouvre une enquête contre des criminels supposés, une large frange de la population ne le conçoit pas comme une sanction du droit international (fût-elle partielle ou sélective), mais simplement comme des règlements politiques où le plus fort s'impose au plus faible. Elle ne perçoit pas les dimensions juridiques des phénomènes politiques internationaux.
4. Les unilatéralismes (ennemis nés du droit international moderne) se sont notablement renforcés ces dernières années. Les Etats-Unis en ont

¹⁹ DE VISSCHER CHARLES, *Théories et réalité en droit international public*, 3^{ème} éd., Paris, 1960, p. 118 dit très bien, dans le contexte de la communauté internationale : « Que l'on compare à ce sujet l'action de la contrainte dans le milieu international à la coercition au sein de l'Etat. Celle-ci est conçue et acceptée comme l'émanation impersonnelle du droit dans un ordre de subordination. Dans l'ordre de juxtaposition, qui est actuellement celui des rapports internationaux, l'action collective internationale n'est pas réellement dépolitisée ; au mieux, elle apparaît encore comme celle d'une majorité contre une minorité, exposée par conséquent à être détournée vers des fins particulières. Il en sera ainsi tant que l'idée d'un bien commun supranational n'aura pas implanté dans les consciences un sens nouveau des solidarités humaines et des disciplines qu'elles imposent ». On est, de nos jours, aussi loin que jamais d'une conception répandue du bien commun international. Il continue à prédominer le bien de « l'égoïsme national sacré » et le plus souvent mal compris. La preuve par l'expérience en est le désordre international relatif dans lequel nous continuons à vivre et à faire ployer le monde. Il n'y a pas une politique internationale pour affronter les graves problèmes du monde, mais 194 politiques étrangères visant des intérêts particuliers. Or, l'état du monde est le fruit et la rançon de ces vices, que les peuples chérissent avec une obstination digne de meilleures causes. Toutefois : à chacun le sort qu'il s'est mérité.

donné l'exemple, d'autres Etats tendent à suivre. Dans la *Weltwoche* citée plus haut, l'éditorialiste (Roger KÖPPEL) se permet de conclure : « Die Schweiz sollte, um einen Satz des deutschen Philosophen Immanuel Kant abzuwandeln, als Völkerrecht nur anerkennen, was sie sich selber als Gesetz in einer Volksabstimmung auferlegen würde » (p. 5)²⁰. Le raisonnement impressionnera certains. Ses faiblesses sont apparentes. Si la Suisse ne fait que ce qu'elle veut, tous les autres Etats en feront de même. L'anarchie internationale est vouée ainsi à devenir totale, celle-là même que le droit international a pour but de tempérer et de tamiser par des règles communes. Comme la Suisse n'est pas une grande puissance, elle ne peut que perdre à un tel jeu de muscles. Il est peut-être permis d'ajouter au passage que l'éditorialiste cité n'a éventuellement pas lu Kant entièrement. Autrement il saurait que ce philosophe propose comme idéal ... un Etat mondial, et à défaut, une organisation fédérative du monde²¹ ! Ici encore : comble de malchance !

V. Conclusion

Le temps est venu de conclure ces rapides esquisses. Trois aspects peuvent être soulignés.

En premier lieu, il faut se garder d'exagérer l'opposition opérée ici entre les périodes plus fastes de la première moitié du XX^{ème} siècle et l'époque actuelle. Tout en la matière n'est que de degré. Le droit international n'était pas hier bien assis et irréniquement adulé, alors qu'il serait de nos jours fléchissant et voué aux gémonies. Il ne s'agit que de flux et de reflux complexes dans l'océan d'une réalité complexe.

En second lieu, la désaffection relative vis-à-vis du phénomène international se double d'une désaffection au moins aussi forte pour la chose publique au niveau interne. Les institutions sont en crise ; de nombreux pans du droit interne sont secoués ; le pessimisme et l'incertitude ambiants sont palpables ; il y a sans doute une crise de civilisation. Le droit international est pris dans cette tourmente. Mais il n'en est pas l'objet. Il n'en est qu'un accessoire, c'est-à-dire une victime collatérale.

²⁰ Opposez à ces lignes celles de NICOLSON HAROLD, *Diplomatie*, Neuchâtel, 1948, p. 78-79 : « Cette irresponsabilité est encouragée par une partie de la presse populaire, qui ne craint pas de réclamer la répudiation de certains engagements sans rappeler au public qu'ils ont été non seulement contractés par un gouvernement dûment élu, mais ratifiés seulement après un long débat aux Chambres. Le même propriétaire de journal qui serait profondément indigné qu'une agence de publicité ou un fabricant de papier pût répudier ses contrats, ne craindra pas de prêcher à la nation une répudiation en tous points semblable ».

²¹ KANT IMMANUEL, *Vers la paix perpétuelle* (1795), Deuxième article définitif, Paris, 2006, p. 89-93.

En troisième lieu, le droit international n'a pas à s'inquiéter de ces poussées momentanées d'humeurs variables. Dans son histoire plusieurs fois millénaire, il en a vu d'autres. Il s'est souvent relevé renforcé des périodes de crise et de doute les plus graves. Divers exemples en témoignent : la guerre de Trente ans et la re-fondation du droit international par Grotius et les classiques ; la Première guerre mondiale et la création de la S.d.N. ; la Deuxième guerre mondiale et la fédéralisation progressive du monde. Le cœur du problème se situe à cet endroit. Les peuples et les Etats sont inmanquablement inscrits dans un réseau d'interactions de plus en plus denses. Or, toute interaction a besoin de règles : *ubi societas, ibi jus*. En ce sens, le droit international est à la fois nécessaire et inéluctable. Sa permanence et son développement ne sont pas en cause, car à moyenne et longue échéance les nécessités comptent plus que les « images » de tel ou tel moment. Les conceptions changent ; les faits sont têtus. Assuré de cette supériorité de fond, le droit international peut être magnanime, modeste et bienveillant face à ses détracteurs. Toutefois, si le droit international continue à se mouvoir vers une fédéralisation progressive en assurant plus d'ordre, d'égalité et de prééminence du droit, il faudra veiller à l'organiser de manière à ce qu'il réponde véritablement à un ordre juste et « démocratique » et ne masque pas derrière la discipline commune l'orientation vers des intérêts hégémoniques ou impérialistes de quelques puissances. Cette tâche est des plus ardues. En définitive, concilier entre les peuples liberté légitime et discipline nécessaire est une tâche herculéenne. Elle confine à la quadrature du cercle. Et pourtant, il n'y aura nul moyen d'y échapper.

De Jure Corporis ou les droits de la personnalité au regard des éléments du corps humain

DOMINIQUE MANAÏ

Professeure ordinaire à l'Université de Genève*

I. Introduction

Les éléments du corps humain ont depuis longtemps été reconnus pour leur vertu de pédagogie médicale ou pour constituer des collections d'échantillons biologiques (de tumeurs, de sang, de placentas ou d'organes). L'innovation majeure qui pose des problèmes juridiques inédits consiste à utiliser à des fins non seulement thérapeutiques mais aussi de recherche et de commercialisation des éléments biologiques, souvent stockés dans des banques¹, bien qu'ils recèlent d'informations éminemment personnelles.

Une série de questions se present à la conscience du juriste : peut-on considérer que le corps humain est devenu un gisement de matériel biologique ? Dans quelle mesure ses éléments sont-ils utilisables à des fins non seulement thérapeutiques mais aussi commerciales ? Ses produits sont-ils des déchets² libérés des traces de la « personne-source » ? Sont-ils assimilables à de simples ressources biologiques d'origine humaine dans le cadre du « complexe scientifico-industriel biomédical »³ ?

Mon propos consiste à évaluer les défis du droit international lancés au droit suisse de la personnalité à propos des éléments du corps humain. Par ces termes, j'entends principalement les organes, tissus ou cellules, gamètes⁴, ovules imprégnés⁵, embryons⁶, fœtus⁷, embryons surnuméraires⁸ ou cellules

* L'auteure remercie Mme CAROLE-ANNE BAUD, assistante au département de droit civil, pour la relecture consciencieuse et précieuse de cette contribution.

¹ ISSENHUTH-SCHARLY GHISLAINE, *Autonomie individuelle et biobanque, Etude de droit comparé (droit européen, droit français et droit suisse)*, Genève, 2009.

² Art. 7, ch. 6 de la loi fédérale du 7 octobre 1983 sur la protection de l'environnement (LPE ; RS 814.01).

³ GALLOW JEAN-CHRISTOPHE, « Non à l'embryon industriel : le droit européen des brevets au secours de la bioéthique ? », *Recueil Dalloz* 2009, n° 9, p. 578-584, 578.

⁴ *Gamètes* : ce sont les spermatozoïdes et les ovules (art. 2, let. e de la loi fédérale sur la procréation médicalement assistée du 18 décembre 1998 [LPMA ; RS 810.11]).

⁵ *Ovules imprégnés* : l'ovule pénétré par un spermatozoïde avant la fusion des noyaux (art. 2, let. h LPMA).

⁶ *Embryon* : le fruit de la fusion des noyaux jusqu'à la fin de l'organogenèse (art. 2, let. i LPMA).

⁷ *Fœtus* : le fruit de la conception après l'organogenèse et jusqu'à la naissance (art. 2, let. j LPMA).

souches embryonnaires⁹, le sang ainsi que les données personnelles génétiques¹⁰ et non génétiques.

Un événement mérite d'être rappelé pour illustrer la perception contemporaine du corps. En effet, en 1988, une controverse judiciaire américaine eut un retentissement international¹¹ : John MOORE revendiquait devant les tribunaux californiens la propriété des éléments de son corps ainsi que le profit obtenu par l'industrie pharmaceutique grâce à l'utilisation de ses cellules, prélevées à son insu par les médecins qui le soignaient d'une leucémie. Monsieur MOORE développait des protéines rares, qui ont été isolées et ont fait l'objet d'un brevet, la lignée Mo, déposé par ses médecins puis exploitées industriellement. Sa revendication fut rejetée par la Cour suprême californienne au motif que le corps ne peut pas être un bien marchand. M. MOORE n'avait donc aucun droit de propriété à l'égard de ses cellules excisées. Par contre, le médecin qui n'avait pas demandé son consentement pour le prélèvement et pour l'utilisation de ses cellules et tissus à des fins de recherche a été jugé coupable de négligence. Cette affaire illustre bien le changement de notre perception du corps : de nos jours celui-ci est parcellisé mais le donneur n'a pas le droit de vendre ses tissus humains sur le marché alors que les substances corporelles deviennent des biens de grande valeur pour les chercheurs et pour l'industrie de la biotechnologie ; de fait, les collections de matériaux corporels acquièrent une valeur économique.

Le développement de la recherche internationale et l'augmentation de la circulation des échantillons biologiques, avec les informations qui leur sont liées, font appel à une protection internationale de la personne face au risque de réification¹² et de mercantilisation¹³. Il incombe au droit de réglementer les modalités pratiques du don d'éléments biologiques humains et de veiller à leur utilisation dans le respect de la personnalité¹⁴ et de la dignité humaine. En

⁸ *Embryon surnuméraire* : tout embryon issu d'une fécondation *in vitro* qui ne peut pas être utilisé pour induire une grossesse et qui n'a par conséquent aucune chance de survie (art. 2, let. b de la loi fédérale relative à la recherche sur les cellules souches embryonnaires du 19 décembre 2003 [LRCS ; RS 810.31]).

⁹ *Cellule souche embryonnaire* : toute cellule issue d'un embryon *in vitro* qui est apte à se différencier en tout type de cellule, mais qui ne peut pas se développer jusqu'à devenir un être humain, et la lignée de cellules qui en est issue (art. 2, let. c LRCS).

¹⁰ *Données génétiques* : les informations relatives au patrimoine génétique d'une personne obtenues par une analyse génétique, y compris le profil d'ADN (art. 3, let. l de la loi fédérale sur l'analyse génétique humaine du 8 octobre 2004 [LAGH ; RS 810.12]).

¹¹ *Moore v. Regents of Univ. of California* (1990) 51 Cal.3d 120, [271 Cal.Rptr. 146, 793 P.2d 479], cert. denied, 499 U.S. 936 (1991).

¹² NICOLAS GUYLÈNE (dir.), *Les éléments et produits du corps humain*, Bordeaux, 2011.

¹³ BÜCHLER ANDREA, DÖRR BIANKA, « Medizinische Forschung an und mit menschlichen Körpersubstanzen – Verfügungsrechte über den Körper im Spannungsfeld von Persönlichkeitsrechten und Forschungsinteressen », *RDS* 2008 I p. 381-406.

¹⁴ MANAÏ DOMINIQUE, « Éléments du corps humain et protection de la personnalité en droit suisse à l'ère des risques de la patrimonialisation », in NICOLAS (n. 12) p. 221-239 ; du même auteur, « L'embryon : une entité polymorphe à géométrie variable », *Jusletter* 19 janvier 2009 ; du même

effet, « les pratiques biomédicales sont étroitement liées aux droits fondamentaux de la personne »¹⁵. Le matériel biologique présente la double particularité de nécessiter un prélèvement sur le corps d'une personne et de contenir des informations sur cette personne voire en faveur de celle-ci, selon les résultats obtenus. Ainsi une infection au VIH ou une grossesse pourrait être découverte lors d'un don de sang effectué dans le cadre d'une recherche.

La tension entre la liberté de la recherche et l'élaboration de principes garantissant la protection de la personne a généré un droit supranational présentant les deux caractéristiques suivantes : l'affirmation de la primauté des droits de la personne et la promotion de valeurs qui transcendent l'individu. Ce droit est qualifié de « biodroit » qui exprime un « nouvel ordre européen de bioéthique »¹⁶. A l'époque contemporaine ce « biodroit international »¹⁷ tend à se renforcer.

Par cette contribution, je me propose de mettre en évidence les principes qui ressortent du droit supranational pour réglementer les échanges du matériel biologique humain (II). Pour ce faire, il importe de retenir trois principes significatifs, sensibles à l'interprétation lors de leur intégration dans le droit national : le droit à l'autodétermination bio-matérielle (III), le droit à la confidentialité des données personnelles (IV) et le principe de gratuité (V). Chemin faisant, j'examinerai dans quelle mesure le droit suisse intègre ces principes dans les nouvelles lois fédérales en rapport avec la biomédecine. Cela m'amènera à apprécier s'il est juridiquement possible de considérer à la fois la valeur thérapeutique ou commerciale et la valeur morale des éléments du corps humain.

II. Emergence de principes juridiques supranationaux relatifs aux éléments du corps humain

Le domaine des sciences de la vie transcende nécessairement le cadre national. Il n'est dès lors pas surprenant que la réglementation supranationale ait précédé et donné l'impulsion à la réglementation nationale. Ce droit international accorde une protection aux personnes impliquées dans la

auteur, *Les droits du patient face à la biomédecine*, Berne, 2006, chapitre XVII : Le prélèvement d'organes, p. 455-492 et chapitre XVIII : La recherche biomédicale impliquant des êtres humains, p. 493-540.

¹⁵ ANDORNO ROBERTO, « Dignité humaine, droits de l'homme et bioéthique : quel rapport ? », *Journal international de bioéthique* 2010, vol. 21, p. 56.

¹⁶ BÉLANGER MICHEL, « Le système d'Oviedo et l'établissement d'un nouvel ordre européen de la bioéthique », *Journal international de bioéthique* 2004, vol. 15, p. 73-87 ; ANDORNO ROBERTO, « Towards an international bioethics law », *Journal international de bioéthique* 2004, vol. 15, p. 129-149.

¹⁷ DUPRAT JEAN-PIERRE, « Le biodroit, un phénomène global sans principe unificateur ? », *Journal international de bioéthique* 2004, vol. 15, p. 37-50, 43.

recherche et l'étend aux éléments du corps humain pour leur assurer un niveau de protection similaire. Les principes internationaux ressortent aussi bien des déclarations médico-éthiques en rapport avec la biomédecine (*infra* A), que de la convention d'Oviedo du Conseil de l'Europe (*infra* B) et du droit communautaire de l'Union européenne (*infra* C).

A. Les normes médico-éthiques

C'est d'abord dans le cadre de la recherche biomédicale que les principes médico-éthiques contemporains ont été fixés. En effet, suite aux atrocités commises lors de la seconde guerre mondiale, le tribunal de Nuremberg a formulé en 1947, dans ce que l'on appelle abusivement un code, dix principes fixant les conditions dans lesquelles la recherche impliquant des personnes peut être entreprise dans le respect de la dignité des participants. Le premier principe est l'exigence du consentement du sujet de recherche. Plus tard, en 1964, l'Association Médicale Mondiale a développé dans la déclaration d'Helsinki les principes éthiques fondamentaux qui régissent la recherche avec des êtres humains. En 2008, cette déclaration a été complétée par un article 25 qui précise que, dans le cadre d'une recherche médicale utilisant des tissus ou des données d'origine humaine, est exigé le consentement de la personne pour « le prélèvement, l'analyse, le stockage et/ou la réutilisation ». Si l'obtention du consentement s'avère impossible, il est nécessaire d'obtenir une évaluation et une approbation par un comité d'éthique de la recherche. En outre, la confidentialité des informations des personnes impliquées dans la recherche doit être protégée¹⁸.

Par ailleurs, l'UNESCO, organisation intergouvernementale très active dans le domaine de la bioéthique, a produit plusieurs déclarations. Ces textes insistent sur la nécessité de respecter les droits des individus¹⁹ et de requérir le consentement préalable de la personne concernée pour la collecte de données génétiques²⁰ ou pour une recherche scientifique²¹. Quant au prélèvement d'échantillons biologiques *in vivo*, ils renvoient aux conditions prévues par le droit interne, conformément au droit international des droits de l'homme²². Le respect de la dignité humaine est le pivot de la déclaration universelle sur la bioéthique et les droits de l'homme : il est tout à la fois l'objectif de la déclaration (art. 2, let. c) et le premier principe dans le domaine de la

¹⁸ Art. 11 et 23 de la déclaration d'Helsinki de l'Association Médicale Mondiale – principes éthiques applicables à la recherche médicale impliquant des êtres humains.

¹⁹ UNESCO, Déclaration universelle sur le génome humain et les droits de l'homme, 11 novembre 1997, art. 5.

²⁰ UNESCO, Déclaration internationale sur les données génétiques humaines, 16 octobre 2003, art. 8.

²¹ UNESCO, Déclaration universelle sur la bioéthique et les droits de l'homme, 19 octobre 2005, art. 6, al. 2.

²² UNESCO, Déclaration internationale sur les données génétiques humaines, 16 octobre 2003, art. 12.

biomédecine (art. 3)²³. Enfin, la confidentialité des informations touchant les personnes concernées doit être respectée (art. 9 de la déclaration universelle sur la bioéthique et les droits de l'homme).

B. La convention sur les droits de l'homme et la biomédecine

Alors que les déclarations de l'UNESCO font partie de la *soft law*, la réglementation européenne opte pour une approche plus contraignante. Le Conseil de l'Europe a adopté, le 4 avril 1997 à Oviedo, la convention pour la protection des droits de l'homme et de la dignité de l'être humain à l'égard des applications de la biologie et de la médecine (convention sur les droits de l'homme et la biomédecine)²⁴. Cette convention entraîne des obligations pour les Etats signataires, mais elle est dépourvue de sanctions en cas de non-application des dispositions conventionnelles. L'objectif est de garantir les droits des personnes face aux progrès scientifiques dans une convention-cadre que les parties signataires s'engagent à mettre en œuvre. Chaque partie est incitée à prendre « dans son droit interne les mesures nécessaires pour donner effet aux dispositions » de la convention (art. 1, al. 2), à assurer une protection juridictionnelle pour empêcher ou faire cesser une violation des droits reconnus dans la convention (art. 23) et prévoir des sanctions appropriées (art. 25). Il en va de même lors de l'utilisation d'une partie du corps humain déjà prélevée (art. 22). La convention peut être prolongée par des protocoles additionnels (art. 31, al. 1). Des sujets spécifiques, tels que la transplantation d'organes, les analyses génétiques ou la recherche, sont d'ores et déjà réglementés dans des protocoles additionnels, soumis eux aussi à la signature des Etats²⁵. Nous avons dégagé quelques principes fondamentaux qui forment le socle du biodroit international. Du respect de la dignité humaine découle l'affirmation de la primauté de la personne sur la recherche et sur les intérêts de la société. Une recherche ne peut être pratiquée qu'après avoir obtenu le consentement de la personne concernée (art. 16 de la convention sur les droits de l'homme et la biomédecine). Concernant plus précisément la recherche utilisant du matériel biologique d'origine humaine, le Conseil de l'Europe a adopté une recommandation²⁶. Celle-ci est intégrée dans le protocole additionnel relatif à la recherche biomédicale. Le Conseil de l'Europe assure

²³ ANDORNO (n. 15) p. 53.

²⁴ STE 164, RS 0.810.2.

²⁵ Il existe actuellement quatre protocoles additionnels : le protocole additionnel portant interdiction du clonage d'êtres humains du 12 janvier 1998, en vigueur en Suisse depuis le 1^{er} novembre 2008 (RS 0.810.21) ; le protocole additionnel relatif à la transplantation d'organes et de tissus d'origine humaine du 24 janvier 2002, en vigueur en Suisse depuis le 1^{er} mars 2010 (RS 0.810.22) ; le protocole additionnel relatif à la recherche biomédicale du 25 janvier 2005 et le protocole additionnel relatif aux tests génétiques à des fins médicales du 27 novembre 2005.

²⁶ Conseil de l'Europe, Recommandation Rec(2006)4 du Comité des Ministres aux Etats membres sur la recherche utilisant du matériel biologique d'origine humaine, 15 mars 2006.

un équilibre entre la protection des êtres humains, le respect de leur vie privée, de leur autonomie et de la dignité humaine tout en garantissant la liberté de la recherche. Le niveau de protection de la personne dépend du degré d'anonymisation des échantillons biologiques : plus la personne est identifiable, plus la protection de sa vie privée doit être garantie. Cette recommandation est importante, dans la mesure où elle sert de référence à la protection des droits des personnes lors de la réutilisation du matériel biologique déjà prélevé et conservé. En effet, l'article 12 recommande l'obtention d'un consentement ou d'une autorisation appropriée pour une recherche utilisant du matériel biologique humain. En principe, l'information et le consentement devront être préalables au prélèvement. Pour une réutilisation ultérieure du matériel biologique qui dépasse le champ du consentement initial, des efforts raisonnables doivent être entrepris pour obtenir le consentement de la personne concernée, et si cela s'avère impossible, une évaluation indépendante est nécessaire afin de vérifier si la recherche présente un intérêt important sur le plan scientifique, si les buts de la recherche ne peuvent être raisonnablement atteints en utilisant du matériel biologique pour lequel un consentement peut être obtenu et si la personne concernée n'a pas formulé d'opposition à une telle utilisation (art. 22 de la recommandation). Ainsi, un consentement général de la personne concernée serait acceptable, après information, mais il ne peut en aucun cas s'agir d'un blanc-seing. De plus, cette recommandation autorise l'anonymisation irréversible du matériel biologique pour autant que la personne concernée ait été informée, ait consenti à l'anonymisation irréversible et que celle-ci ne soit pas contraire aux restrictions fixées par la personne concernée. La volonté de la personne doit donc être respectée dans tous les cas. Par ailleurs, cette recommandation énonce que « le matériel biologique ne devrait pas être, en tant que tel, source de profit » (art. 7 de la recommandation).

C. L'Union européenne et la biomédecine

Si l'Union européenne se préoccupe de la santé publique et de la recherche depuis longtemps, ce n'est que récemment que la Charte européenne des droits fondamentaux du 7 décembre 2000 prend en compte, explicitement dans son préambule, le progrès scientifique dans le domaine de la biomédecine. Elle consacre un chapitre spécifique aux questions biomédicales intitulé « la dignité humaine »²⁷. De ce principe découlent le droit à la vie, le droit à l'intégrité de la personne ou l'interdiction de la torture et des peines ou traitements dégradants. Tout en rappelant la liberté de la recherche (art. 13), la charte pose des principes protecteurs de la personne, à savoir l'exigence de l'obtention du

²⁷ MATHIEU BERTRAND, « La dignité, principe fondateur du droit », *Journal international de bioéthique* 2010, vol. 21, p. 78.

consentement libre et éclairé de la personne concernée, l'interdiction des pratiques eugéniques, notamment celles qui ont pour but la sélection des personnes, l'interdiction de faire du corps humain et de ses parties, en tant que tels, une source de profit, et l'interdiction du clonage reproductif d'êtres humains (art. 3, par. 2). Dans la directive 2004/23/CE, l'Union européenne autorise spécifiquement le prélèvement de tissus et de cellules à usage thérapeutique en l'absence de but lucratif²⁸. Tandis que la directive 2006/86/CE du 24 octobre 2006 insiste sur l'importance de la traçabilité des produits issus du corps humain.

Au sein de l'Union européenne, le Groupe européen d'éthique des sciences et des nouvelles technologies rend des avis qui expriment une réflexion approfondie dans le domaine des pratiques biomédicales, en particulier, la non-brevetabilité des cellules souches humaines non modifiées par une invention technique²⁹.

Ces quelques jalons de l'émergence d'un droit supranational relatif aux éléments du corps humain font ressortir les principes fondamentaux suivants : le respect de la dignité humaine, le consentement de la personne concernée, la confidentialité des informations liées aux éléments du corps humain, la gratuité du don et la non-commercialisation des échantillons biologiques.

Soulignons que paradoxalement, c'est la *soft law* qui incite les législateurs nationaux à adopter des dispositions réglementant la circulation des éléments du corps humain. Le législateur suisse a repris les principes posés par ce droit supranational. C'est donc tout naturellement qu'il intègre les éléments corporels dans la protection des droits de la personnalité.

III. Le droit à l'autodétermination bio-matérielle

Le paradigme de l'autodétermination joue un rôle prépondérant dans la circulation des éléments biologiques humains. Il est même question d'un droit à l'autodétermination bio-matérielle, qui s'étend au droit du donneur de décider de la séparation du matériel biologique, de disposer de sa réutilisation

²⁸ Directive 2004/23/CE du Parlement européen et du Conseil du 31 mars 2004 relative à l'établissement de normes de qualité et de sécurité pour le don, l'obtention, le contrôle, la transformation, la conservation, le stockage et la distribution des tissus et cellules humaines ; directive 2006/17/CE de la Commission du 8 février 2006 portant application de la directive 2004/23/CE du Parlement européen et du Conseil du 31 mars 2004 concernant certaines exigences techniques relatives au don, à l'obtention et au contrôle de tissus et de cellules d'origine humaine.

²⁹ Groupe européen d'éthique des sciences et des nouvelles technologies (GEE), *Aspects éthiques de la brevetabilité des inventions impliquant des cellules souches humaines*, avis n° 16, 7 mai 2002 ; cf. aussi GEE, *Aspects éthiques des banques de tissus humains*, avis n° 11, 27 novembre 1998 ; cf. DUBOS OLIVIER, « Droit communautaire et bioéthique : étude des internormativités à travers les avis du Groupe européen d'éthique », *Journal international de bioéthique* 2004, vol. 15, p. 101-127.

et de se défendre contre les utilisations non autorisées³⁰. Le donneur a un droit de contrôle sur les éléments de son corps ainsi que sur les informations qu'ils contiennent. Il importe de déterminer l'étendue du droit à l'autodétermination (*infra* A) et de s'interroger si un consentement général est compatible avec l'exigence de maîtrise (*infra* B).

A. Le consentement éclairé de la personne

Les droits de la personne sur laquelle ont été prélevés des matériaux biologiques sont perçus en termes de maîtrise, ce qui implique son *consentement explicite, libre et éclairé* à la fois pour le prélèvement et pour une utilisation déterminée de ces matériaux. Ce droit de maîtrise entraîne un *droit de révocation*. Le droit à l'autodétermination est large : il inclut le droit de ne pas faire de choix et de révoquer son consentement.

Pour que le consentement soit *éclairé*, la personne qui sera associée à un projet de recherche doit être informée, oralement et par écrit, sur la nature, le but, la durée et le déroulement du projet de recherche, des risques et des contraintes prévisibles, du bénéfice escompté pour elle-même ou d'autres personnes, des mesures destinées à assurer la protection de ses données personnelles et de ses droits (art. 16, al. 2 de la loi fédérale relative à la recherche sur l'être humain du 30 septembre 2011 [LRH]³¹). L'information doit avoir été transmise de manière compréhensible et la personne concernée doit disposer d'un délai de réflexion raisonnable pour prendre sa décision (art. 16, al. 3 LRH).

Le plus souvent, le consentement impliquant le prélèvement puis l'utilisation d'un élément du corps humain est soumis à la forme *écrite*. Ainsi en est-il pour le don de gamètes³², pour le prélèvement de matériel biologique destiné à la recherche³³ ou pour la réutilisation de matériel biologique³⁴ sous forme non codée³⁵ ou codée³⁶. De même, le prélèvement d'organes, de tissus ou de cellules sur un donneur vivant majeur ou le prélèvement de tissus ou de

³⁰ HALÁSZ CHRISTIAN, *Das Recht auf bio-materielle Selbstbestimmung – Grenzen und Möglichkeiten der Weiterverwendung von Körpersubstanzen*, Berlin/Heidelberg, 2004, p. 295.

³¹ RS 810.30.

³² Art. 15, al. 1 et art. 18, al. 1 LPMA. Une utilisation des gamètes sans le consentement est condamnable (art. 34, al. 1 LPMA).

³³ Art. 16 et art. 17 LRH.

³⁴ Les données personnelles liées au matériel biologique peuvent être non codées, codées (*matériel biologique codé et données personnelles codées liées à la santé* : matériel biologique et données qui ne peuvent être mis en relation avec une personne déterminée qu'au moyen d'une clé [art. 3, let. h LRH]) ou anonymisées (*matériel biologique anonymisé et données anonymisées liées à la santé* : matériel biologique et données liées à la santé qui ne peuvent être mis en relation avec une personne déterminée, à moins d'engager des efforts démesurés (art 3, let. i LRH)).

³⁵ Art. 32, al. 1 LRH.

³⁶ Art. 32, al. 2 LRH.

cellules sur un donneur vivant mineur ou incapable de discernement est subordonné au consentement écrit de la personne concernée capable de discernement ou du représentant légal de l'incapable de discernement³⁷. L'utilisation aux fins de transplantation ou de recherche de tissus ou de cellules issus d'embryons ou de fœtus suite à une interruption de grossesse est subordonnée au consentement libre, éclairé et écrit de la donneuse³⁸. Toutefois, n'est pas autorisée l'utilisation de tissus ou de cellules issus d'embryons ou de fœtus en vue de la transplantation sur une personne désignée par la femme dont la grossesse est interrompue. Un tel choix est donc interdit³⁹. S'il s'agit d'un embryon devenu surnuméraire à la suite d'une fécondation *in vitro* et qui ne peut être implanté, le consentement écrit du couple est sollicité pour en extraire des tissus ou cellules à des fins de transplantation ayant une utilité thérapeutique⁴⁰ ou en vue de la production de cellules souches embryonnaires⁴¹. Il en va de même pour une recherche sur des embryons ou fœtus issus d'avortements spontanés ou sur des enfants mort-nés⁴².

B. Le consentement général en question

En principe, le consentement est *spécifique* à l'utilisation conforme au but initialement fixé.

Qu'en est-il alors de la réutilisation du matériel biologique et des données personnelles qui lui sont liées ? Une réutilisation peut être envisagée dans plusieurs situations : soit des prélèvements effectués initialement dans le cadre de soins pourraient être repris dans le cadre de la recherche, soit des prélèvements effectués dans le cadre d'une recherche sont susceptibles d'être réutilisés dans le cadre d'une autre recherche. Faut-il demander une nouvelle fois le consentement de la personne concernée en cas de réutilisation d'un échantillon biologique ?

Cette question est complexe et se pose avec acuité dans le cadre des biobanques⁴³. Les chercheurs soulignent la difficulté de recontacter une

³⁷ Art. 12, let. b et art. 13, al. 2, let f et let g de la loi fédérale sur la transplantation d'organes, de tissus et de cellules du 8 octobre 2004 (loi sur la transplantation ; RS 810.21).

³⁸ Art. 39, al. 2 de la loi sur la transplantation ; art. 39 LRH.

³⁹ Art. 37, al. 2, let. b de la loi sur la transplantation.

⁴⁰ Art. 40, al. 2 de la loi sur la transplantation.

⁴¹ Art. 5, al. 1 LRCS et art. 24, al. 2, let. b LRCS.

⁴² Art. 40 LRH.

⁴³ Les biobanques sont des collections systématiques d'échantillons de substances corporelles humaines (par exemple des organes, des tissus, du sang, des cellules, etc.) ainsi que d'ADN en tant que support matériel de l'information génétique. Des données comprenant des informations sur le donneur (données démographiques, type de maladie, etc., mais également des données génétiques) peuvent être conservées en lien direct avec ces échantillons ou séparément. Au moment de l'admission des échantillons dans une biobanque, il est souvent difficile d'évaluer quelles informations complémentaires ces échantillons peuvent fournir et dans quelle mesure elles pourront

personne et la perte de temps que cela entraîne. Selon une conception étroite, le consentement est exigé pour une utilisation précise, ce qui amène à recontacter les personnes pour une utilisation ultérieure. Selon une conception large⁴⁴, un consentement général est suffisant pour une utilisation dans le cadre de recherches actuelles et à venir. Mais dans ce cas, l'information donnée n'est pas complète. Une réutilisation de matériel biologique à des fins de recherche sans obtenir le consentement éclairé de la personne sur laquelle il a été prélevé outrepasserait le droit à l'autodétermination de celle-ci⁴⁵.

La loi relative à la recherche sur l'être humain (LRH) adopte une solution différenciée. La réutilisation de matériel biologique et de données, génétiques ou non génétiques liées à la santé, données non codées ou codées, nécessite le consentement éclairé de la personne (art. 32, al. 1 et 2 LRH, art. 33 LRH). Pour la réutilisation du matériel biologique et des données génétiques anonymisées, le consentement explicite n'est pas exigé ; la personne concernée a un droit d'opposition et doit en être informée avant le commencement de la recherche⁴⁶. En cas de révocation, le matériel biologique sera détruit, mais l'utilisation des résultats de la recherche obtenus jusque-là est tolérée.

Le droit suisse admet ainsi un consentement général. La doctrine critique cette solution qu'elle trouve contraire aux principes de finalité et de proportionnalité et viole le droit à l'autodétermination⁴⁷. Elle préconise une interprétation large du consentement spécifique, qui pourrait viser non un projet de recherche précis mais un domaine de recherche (par exemple diabète, maladie d'Alzheimer, maladie de Parkinson). Et elle suggère un *online dynamic consent*, situation dans laquelle le chercheur contacterait régulièrement le donneur, afin qu'il puisse suivre l'utilisation de ses éléments corporels et des données qui lui sont rattachées.

Par ailleurs, dans des circonstances exceptionnelles, il est envisageable de réutiliser du matériel biologique et des données personnelles liées à la santé sans requérir le consentement. Les conditions sont les suivantes : l'obtention du consentement ou l'information sur le droit d'opposition pose des difficultés disproportionnées ou est impossible, aucun document n'atteste un refus de la part de la personne concernée et l'intérêt de la science dépasse celui de la personne concernée à l'autodétermination (art. 34 LRH). Dans ce cas, il n'y a pas d'atteinte au droit à l'autodétermination bio-matérielle lorsque le consentement n'est pas obtenu. De même, aucune atteinte n'est portée lorsque

être combinées avec les données à caractère personnel (directives de l'Association Suisse des Sciences Médicales sur les biobanques : prélèvement, conservation et utilisation de matériel biologique humain du 23 mai 2006).

⁴⁴ HALASZ (n. 30) p. 199.

⁴⁵ BÜCHLER/DÖRR (n. 13) p. 400-401.

⁴⁶ Art. 32, al. 3 LRH ; art. 20 LAGH.

⁴⁷ BÜCHLER/DÖRR (n. 13) p. 401.

les éléments du corps humain sont anonymisés à des fins de recherche ou sont non codants.

Le Réseau de médecine génétique appliquée du Canada (RMGA) a développé des principes sur la réutilisation de données et de matériel biologique recueillis dans un contexte de soins ou de recherche⁴⁸. Deux mécanismes permettent d'effectuer une utilisation secondaire des données et matériel biologique en l'absence d'un consentement individuel : 1) l'autorisation législative ; et 2) l'autorisation par un comité d'éthique de la recherche. Cependant, une recherche effectuée sur des échantillons biologiques et des données anonymes ou rendus anonymes (c'est-à-dire dissociés de manière irréversible d'une personne identifiable) n'exigent pas l'obtention d'un consentement individuel libre et éclairé.

Ainsi, le consentement confère au titulaire un droit de regard sur l'utilisation d'éléments de son corps. Un consentement général a pour effet de supprimer ce droit de regard. C'est pourquoi il importe de le limiter et de l'interpréter comme un consentement visant un domaine de recherche afin de le rendre compatible avec le droit à l'autodétermination.

IV. Le droit à la confidentialité et la traçabilité des éléments corporels

Les éléments du corps humain relèvent non seulement de l'intégrité corporelle mais aussi de la sphère privée à cause des informations personnelles qu'ils contiennent. Par exemple du sang renseigne sur la séropositivité d'une personne ou des données génétiques donnent des informations sur des probabilités de maladies à venir. Les éléments du corps humain comportent donc des données sensibles⁴⁹ qui méritent une protection particulière. C'est pourquoi le législateur insiste sur la confidentialité des données collectées lors du prélèvement d'un élément du corps humain⁵⁰. L'anonymat est l'un des moyens de respecter la confidentialité des données sensibles (*infra* A). Par ce processus, le donneur perd toutefois le contrôle de ses substances corporelles mises à la disposition d'autrui. Il renonce aussi à pouvoir bénéficier des résultats de la recherche (*infra* B).

⁴⁸ TASSÉ ANNE MARIE, SÉNÉCAL KARINE, SAMUËL JULIE, AVARD DENISE, KNOPPERS BARTHA MARIA, *Énoncé de principes sur l'utilisation secondaire de données et de matériel biologique recueillis dans un contexte de soins ou de recherche*, RMGA, document du 15 avril 2010, disponible à l'adresse <http://www.rmga.qc.ca> (état du lien au 21 mars 2012).

⁴⁹ Art. 3, let. c, ch. 2 de la loi fédérale sur la protection des données du 19 juin 1992 (LPD ; RS 235.1).

⁵⁰ Par exemple art. 58 de la loi sur la transplantation.

A. L'anonymisation des données

En Suisse, dans le domaine de la recherche, l'anonymat est la règle⁵¹. Si bien que la traçabilité de l'élément corporel de son prélèvement jusqu'à sa réutilisation et sa conservation dans une biobanque devient exceptionnelle. En réalité, il s'agit le plus souvent d'une anonymisation⁵². Un élément corporel non anonymisé est alors codé⁵³. Malgré la confidentialité des données personnelles qu'elle assure, l'anonymisation est illicite si les résultats attendus du projet de recherche peuvent conduire à diagnostiquer, traiter ou prévenir des maladies graves que la personne concernée a développées ou risque de développer. Par exemple si une personne donne son sang pour une recherche qui vise une nouvelle méthode d'analyse de l'ADN et qu'une probabilité de maladie génétique est découverte chez cette personne-source, il est capital de pouvoir le lui communiquer.

Quant au don d'un embryon surnuméraire en vue du prélèvement de *cellules souches* dans le cadre d'une recherche, il nécessite le consentement du couple, mais les données permettant son identification ne sont pas communiquées aux personnes participant à la production de cellules souches ou au projet de recherche. La clinique où la fécondation *in vitro* a été pratiquée doit rendre anonymes les données relatives à l'embryon surnuméraire en leur attribuant un code⁵⁴. Les données relatives au couple concerné seront conservées pendant 10 ans⁵⁵.

B. La traçabilité des éléments corporels et l'intérêt des tiers

Dans certaines situations, les données liées à la santé ne sont ni anonymisées ni codées mais demeurent personnelles. Bien plus, dans l'intérêt de tiers, leur communication peut prévaloir sur le respect de la confidentialité. Cette exception doit toutefois être interprétée restrictivement. La communication n'est légitime que si, d'une part, la personne concernée a donné son consentement et si, d'autre part, seules les données nécessaires à l'usage prévu sont transmises⁵⁶. Ainsi, le sang, les organes et les gamètes sont soumis à l'exigence de la *traçabilité* du donneur jusqu'au receveur.

⁵¹ Art. 35 LRH.

⁵² Le matériel biologique et les données liées à la santé anonymisés ne peuvent être mis en relation avec une personne déterminée, à moins d'engager des efforts démesurés (art. 3, let i. LRH).

⁵³ Le matériel biologique et les données liées à la santé sont codés s'ils ne peuvent être mis en relation avec une personne déterminée qu'au moyen d'une clé (art. 3, let. h LRH).

⁵⁴ Art. 27, al. 2 de l'ordonnance relative à la recherche sur des cellules souches embryonnaires du 2 février 2005 (ORCS ; RS 810.311).

⁵⁵ Art. 27, al. 3 ORCS.

⁵⁶ Art. 13 LPD ; art. 59, al. 4 et 5 de la loi sur la transplantation.

Néanmoins, la traçabilité n'implique pas toujours l'identification du donneur par le receveur, par exemple en cas de transplantation d'organe. Si le receveur demande de connaître l'identité du donneur d'un organe transplanté, sa révélation sera subordonnée au consentement du donneur vivant, ou s'il est décédé, à celui de ses proches.

Une autre exception à l'anonymat se retrouve dans le cadre du don de sperme ; celui-ci s'accompagne de la possibilité d'identification du donneur par l'enfant qui en est issu. Les données personnelles du donneur de gamètes sont communiquées à l'enfant qui le requiert. Celui-ci a un droit de connaître les données relatives à son ascendance⁵⁷. Au nom de l'intérêt de l'enfant, qu'il juge prépondérant par rapport au respect de la sphère privée du donneur, le législateur prévoit la collecte de données personnelles et identifiantes du donneur. L'enfant conçu par insémination hétérologue a un droit de prendre connaissance de toutes les données relatives au donneur, dès l'âge de 18 ans révolus⁵⁸ ou quel que soit son âge s'il fait valoir un intérêt légitime⁵⁹. Le donneur ne peut pas s'opposer à la communication des données le concernant. Les données personnelles du donneur de gamètes sont consignées par le médecin traitant qui, à la naissance de l'enfant ou à la date présumée de celle-ci, les transmet à l'Office fédéral de l'état civil qui les conserve pendant 80 ans⁶⁰. Les données sont notamment les suivantes : nom et prénom du donneur, date et lieu de naissance, domicile, lieu d'origine ou nationalité, profession et formation, date du don, résultats des examens médicaux, renseignement sur l'aspect physique⁶¹. La consignation inexacte ou incomplète de ces données est réprimée si elle est faite intentionnellement ; la peine consiste en un emprisonnement ou une amende de Frs. 100 000.- au plus⁶². La confidentialité des données est assurée par les mesures propres relevant de la protection des données⁶³, le médecin traitant qui collecte les données est tenu au secret médical⁶⁴ et l'Office fédéral de l'état civil est tenu au secret de fonction⁶⁵.

De notre analyse ressort que le principe de l'anonymisation est la règle dans le cadre de la recherche. La confidentialité des données est ainsi assurée et les chercheurs peuvent disposer des éléments biologiques. Toutefois, par l'anonymisation, le donneur perd le contrôle de ses données personnelles et ne peut plus bénéficier des résultats de la recherche.

⁵⁷ Art. 119, al. 2, let. g de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999 (Cst. ; RS 101).

⁵⁸ Art. 27, al. 1 LPMA.

⁵⁹ Art. 27, al. 2 LPMA.

⁶⁰ Art. 26 LPMA.

⁶¹ Art. 24, al. 1 et 2 LPMA.

⁶² Art. 37, let. j LPMA.

⁶³ Loi fédérale sur la protection des données (LPD).

⁶⁴ Art. 321 du Code pénal suisse du 21 décembre 1937 (CP ; RS 311.0).

⁶⁵ Art. 320 CP.

V. Le principe de gratuité

La disposition des éléments du corps humain est englobée dans une culture du don. L'idée sous-jacente est que l'attrait financier ne devrait pas guider le donneur. Le don est un acte de solidarité, un acte volontaire et altruiste. A l'instar de nombreux textes de droit européen⁶⁶, le droit suisse énonce la gratuité du don. Ce principe découle du respect de la dignité humaine⁶⁷ selon lequel une personne s'oppose à une chose et n'a pas de prix. Les parties et/ou produits du corps humain ne sont pas réductibles à de simples objets susceptibles d'être utilisés par autrui et ne peuvent pas être une source de profit (*infra* A). Les éléments du corps humain sont des biens extra-patrimoniaux et leur don est une manifestation de la liberté individuelle, ce qui n'empêche pas le donneur de recevoir une indemnité (*infra* B), ni le tiers de commercialiser le matériel biologique (*infra* C).

A. L'interdiction de percevoir un avantage quelconque

Le *principe de la gratuité* interdit d'accorder une valeur pécuniaire aux éléments du corps humain, sous peine de sanction pénale. Ce n'est pas l'échange en tant que tel qui est prohibé mais l'octroi d'une contrepartie pécuniaire ou non pécuniaire. La gratuité protège les personnes d'un prélèvement motivé par les avantages notamment financiers que le donneur pourrait retirer. Cette règle est valable pour un organe⁶⁸, pour la cession d'un embryon surnuméraire⁶⁹ ou un prélèvement de cellules souches embryonnaires⁷⁰, ou encore pour le matériel germinal humain et les produits résultant d'embryons ou de fœtus⁷¹,

⁶⁶ Notamment la convention européenne sur les droits de l'homme et la biomédecine, art. 21 ; le protocole additionnel à la convention sur les droits de l'homme et la biomédecine relatif à la transplantation d'organes et de tissus d'origine humaine du 24 janvier 2002, art. 21 ; la recommandation R 1611 (2003) relative au trafic d'organes en Europe du 25 juin 2003, § 11 ; la directive européenne 2004/23/CE du 31 mars 2004 relative à l'établissement de normes de qualité et de sécurité pour le don, l'obtention, le contrôle, la transformation, la conservation, le stockage et la distribution des tissus et cellules humains, art. 12, al. 1 ; la recommandation R (2006)4 du Comité des Ministres aux Etats membres sur la recherche utilisant du matériel biologique d'origine humaine, adoptée par le Comité des Ministres le 15 mars 2006, art. 7 ; et aussi les principes directeurs de l'OMS sur la transplantation de cellules, de tissus et d'organes humains, révisés le 26 mai 2008, principe directeur 5.

⁶⁷ Art. 7 Cst.

⁶⁸ Art. 119a, al. 3 Cst. qui ne mentionne que le don d'organes ; art. 6 et art. 69, al. 1, let. a de la loi sur la transplantation.

⁶⁹ Art. 119, al. 2, let e Cst. qui interdit de faire le commerce du matériel germinal humain ou de produits résultant d'embryons.

⁷⁰ Art. 4, al. 2 LRCS et art. 24, al. 2, let. a LRCS.

⁷¹ Art. 32, al. 2 LPMA.

pour un don de sperme⁷², ou encore pour la cession d'éléments du corps humain à des fins de recherche⁷³.

Ce principe de gratuité est complété par une *interdiction de commercialisation*⁷⁴. Cette interdiction vise à prévenir le trafic de la matière biologique⁷⁵ humaine et trouve ses fondements dans la dignité humaine. Le commerce consiste à se procurer ou à fournir des éléments humains, les recevoir, les transporter, les remettre à un tiers et inclut toutes les négociations menées dans ce cadre. Rechercher un avantage financier par une transaction contreviendrait à cette prohibition, sanctionnée pénalement⁷⁶. La notion de commerce renvoie à l'idée d'une offre et d'une demande. L'interdiction de commerce est aussi prévue explicitement pour le matériel germinal humain et les produits résultant d'embryons ou de fœtus⁷⁷.

Par contre, le sang et les produits sanguins sont assimilés à des médicaments⁷⁸. Ils ne sont pas hors commerce mais soumis à un régime d'autorisation⁷⁹. Le contrôle du prélèvement du sang est le point de départ de la surveillance de l'utilisation du sang, de la fabrication des produits sanguins à leur administration aux patients. Ainsi, derrière cette dernière réglementation se profile l'idée d'une commercialisation⁸⁰.

B. La possibilité d'indemniser le donneur

La rémunération du donneur est prohibée. Toutefois, le principe de gratuité n'exclut ni le *remboursement* des frais liés au don ni une *indemnisation* du donneur pour la perte de gain ou pour des dommages subis du fait du prélèvement ou de l'utilisation de son matériel biologique, tels que les frais de transport et d'hébergement.

⁷² Art. 21 LPMA.

⁷³ Art. 9 LRH.

⁷⁴ Art. 119a, al. 3 Cst. ; art. 7 de la loi sur la transplantation ; art. 9 LRH.

⁷⁵ TAUPITZ JOCHEN, « Das Verbot der Kommerzialisierung des menschlichen Körpers und seiner Teile : Lässt es sich rational begründen ? », in : TAUPITZ (éd.), *Kommerzialisierung des menschlichen Körpers*, Berlin/Heidelberg, 2007, p. 1.

⁷⁶ Art. 182 CP ; Art. 69, al. 1, let. b de la loi sur la transplantation ; cf. KOTTMANN HELENA, « Das Organhandelsverbot in der Schweizer Rechtsordnung », *Jusletter* 28 avril 2008.

⁷⁷ Art. 119, al. 2, let. e Cst.

⁷⁸ Art. 4, al. 1, let. a *in fine* de la loi fédérale sur les médicaments et les dispositifs médicaux du 15 décembre 2000 (LPT_h ; RS 812.21).

⁷⁹ LPT_h, section 3 : Importation, exportation et commerce à l'étranger.

⁸⁰ Art. 34, al. 1 LPT_h.

C. La brevetabilité des éléments corporels en question

Le principe de gratuité n'empêche pas la commercialisation après transformation et utilisation des éléments du corps humain. La question de la brevetabilité des éléments corporels et de la matière biologique humaine est controversée. La loi fédérale sur les brevets d'invention du 25 juin 1954 (LBI)⁸¹ a été révisée le 1^{er} juillet 2008⁸², afin d'être en harmonie avec la directive européenne sur la biotechnologie adoptée le 6 juillet 1998 par le Parlement européen et le Conseil. Elle repose sur la distinction entre la découverte qui n'est pas brevetable et l'invention⁸³. De plus, la loi établit une distinction entre le corps humain, les éléments du corps humain et les séquences géniques.

Le législateur pose une *interdiction forte* : ni le corps humain en tant que tel, ni l'embryon⁸⁴, ni les éléments du corps humain dans leur environnement naturel, ni les séquences génétiques ou séquences géniques partielles existant à l'état naturel ne peuvent être brevetés⁸⁵. L'exclusion de la brevetabilité s'étend à tous les stades du développement du corps humain et de la vie prénatale dès la fusion des noyaux et aux cellules totipotentes qui ont le potentiel de devenir un être humain (contrairement aux cellules souches embryonnaires qui sont pluripotentes⁸⁶). Le législateur suisse s'est fondé sur un jugement de la Cour de justice des Communautés européennes qui souligne que la simple découverte d'un élément du corps humain ne peut pas constituer une invention brevetable⁸⁷. Inversement, un élément du corps humain isolé du corps humain et préparé techniquement est une invention, cela même si la structure est identique à celle d'un élément naturel⁸⁸ ; il est ainsi brevetable. C'est ce qu'avait jugé la Cour suprême de Californie dans l'affaire MOORE⁸⁹.

⁸¹ RS 232.14.

⁸² GHASSEMI LEILA, KRAUS DANIEL, « Etendue et limites de la protection par brevet des inventions biotechnologiques », *Jusletter* 17 août 2009.

⁸³ Cette dernière est « une création de l'esprit humain qui, du point de vue technique, tend à réaliser par une combinaison nouvelle et originale des forces de la nature, à la fois un effet utile et un progrès notable », alors que la découverte est « la mise à jour de quelque chose existant déjà dans la nature mais jusque-là inconnue » ; « une découverte enrichit le savoir humain, une invention le potentiel humain », directive 98/44/CE du Parlement européen et du Conseil du 6 juillet 1998 relative à la protection juridique des inventions biotechnologiques, JOCE. 30.7.98, L 213/13 et Message concernant la modification de la loi sur les brevets du 23 novembre 2005, 05.082, FF 2006, p. 41.

⁸⁴ Art. 5, al. 1 de la directive 98/44/CE ; selon l'art. 2, let. a LRCS, la fusion des noyaux constitue le début de la constitution et du développement de l'être humain.

⁸⁵ Art. 1a et art. 1b LBI.

⁸⁶ Message concernant la modification de la LBI, p. 51 et p. 140-141.

⁸⁷ CJCE, jugement du 9 octobre 2001, Royaume de Pays-Bas/Parlement européen et Conseil de l'Union européenne, affaire C-377/98, rec. 2001, I-7079, consid. 73.

⁸⁸ Art. 5, al. 2 de la directive 98/44/CE.

⁸⁹ Cf. *supra*, Introduction.

Une clause générale exclut la brevetabilité d'une invention qui « porterait atteinte à la dignité humaine ou à l'intégrité des organismes vivants, ou serait d'une autre manière contraire à l'ordre public ou aux bonnes mœurs »⁹⁰. L'atteinte devrait être qualifiée et ne pas pouvoir être compensée par des intérêts dignes de protection. Cette clause générale est accompagnée d'une liste non exhaustive d'exemples. Ainsi ne sont pas brevetables les procédés de clonage d'êtres humains et les clones ainsi obtenus⁹¹, les cellules souches embryonnaires et les lignées de cellules souches d'embryons humains non modifiées⁹², ou encore les inventions exigeant l'utilisation d'embryons humains à des fins non médicales⁹³. Par contre, l'obtention de cellules nerveuses embryonnaires à partir d'embryons avortés pour la thérapie de la maladie de Parkinson n'est pas exclue du brevet, dans la mesure où il s'agit d'une invention exigeant l'utilisation d'embryons humains qui poursuit une fin médicale (lettre f de l'article 2 LBI)⁹⁴. Il en va de même du premier prélèvement de cellules souches embryonnaires (pluripotentes) issues de la masse cellulaire intérieure d'un blastocyste⁹⁵ humain⁹⁶ en vue de leur utilisation pour mettre au point une thérapie de remplacement cellulaire ou tissulaire ou pour étudier l'efficacité et la toxicité de produits pharmaceutiques. Est aussi brevetable une invention portant sur des procédés diagnostiques impliquant des gènes, ou sur une thérapie génique somatique. La délivrance d'un brevet suppose évidemment que toutes les conditions de la brevetabilité soient remplies, à savoir une invention nouvelle, utilisable industriellement et qui ne découle pas de l'état de la technique⁹⁷.

Ainsi, d'une part, les frontières entre rémunération interdite et indemnisation autorisée du donneur s'avèrent floues. D'autre part, ce n'est qu'à l'égard de son titulaire que le corps et ses éléments ne peuvent prendre une valeur patrimoniale, alors qu'une fois mis à disposition de tiers, ils peuvent acquérir une valeur patrimoniale, être source de profit et donc entrer dans le circuit commercial.

⁹⁰ Art. 2, al. 1 LBI.

⁹¹ Art. 2, al. 1, let. a LBI.

⁹² Art. 2, al. 1, let. e LBI.

⁹³ Art. 2, al. 1, let. f LBI ; cf. aussi art. 6 (2) directive 98/44/CE.

⁹⁴ « Les inventions dont la mise en œuvre porterait atteinte à la dignité humaine ou à l'intégrité des organismes vivants, ou serait d'une autre manière contraire à l'ordre public ou aux bonnes mœurs, ne peuvent être brevetées. Aucun brevet n'est délivré notamment: pour l'utilisation d'embryons humains à des fins non médicales ».

⁹⁵ Le blastocyste est un embryon à un stade précoce de son développement (5 à 7 jours).

⁹⁶ FF 2006, par. 2.1.2.4, p. 51.

⁹⁷ Selon l'art. 1 LBI.

VI. Conclusion

Au terme de cette contribution, force est de constater que les principes supranationaux, d'abord éthiques puis juridiques, ont façonné un encadrement normatif des éléments détachés du corps humain mis en circulation à des fins thérapeutiques ou de recherche.

Le droit suisse a su relever le défi lancé par le droit international, en conférant au matériel biologique humain un niveau de protection dans le prolongement des droits de la personnalité, sans freiner pour autant son utilisation par les scientifiques. Cependant, cette analyse m'autorise à conclure que l'option du droit suisse risque de conduire paradoxalement la personne à perdre le contrôle des éléments détachés de son corps.

Si, comme nous l'avons vu, le droit à l'autodétermination bio-matérielle constitue le pivot de cette protection, le consentement général pour une recherche future non déterminée n'est conciliable avec ce droit que s'il est donné au moins pour un domaine de recherche.

De plus, l'anonymisation des données garantit la dissociation entre les données sensibles et la personne. Cependant, elle présente l'inconvénient majeur de priver cette dernière d'un droit de regard. Si l'anonymisation est irréversible, elle a pour effet néfaste d'empêcher la communication des résultats de la recherche à la personne concernée, résultats qui peuvent être significatifs pour sa santé. Aussi l'anonymisation des données personnelles n'est-elle pas toujours dans l'intérêt bien compris de la personne.

Enfin, comme nous l'avons vu, la gratuité exclut toute rémunération de la personne qui cède un élément corporel, mais non son indemnisation. La gratuité à l'égard du donneur n'empêche pas les éléments corporels, une fois entre les mains de tiers, d'acquérir une valeur patrimoniale et de devenir une source de profits. Ce qui fait dire avec beaucoup de pertinence à Madame Mireille Delmas-Marty que de nos jours, il existe un marché du corps et des produits du corps humain⁹⁸.

Si un droit des éléments du corps humain est bel et bien en train d'émerger, encore faut-il relever un nouveau défi : celui de renforcer les droits de la personne sans bloquer la recherche biomédicale.

⁹⁸ DELMAS MARTY MIREILLE, *Pour un droit commun*, Paris, 1994, p. 47.

Open Hearings in the WTO Dispute Settlement Mechanism : The Current State of Play

GABRIELLE MARCEAU*

Professeure associée à l'Université de Genève

I. Introduction

The issue of transparency in the World Trade Organization (WTO) extends to all divisions and functions, and most particularly to dispute settlement, an area that can have broad ramifications for the political, economic and civil interests of Members as well as the international community at large. In recent years, the WTO has consistently demonstrated its commitment to transparency in dispute settlement, offering increasing opportunities for individuals and public interest groups to stay apprised of disputes, and to voice their positions on important issues. Notably, WTO panels and the Appellate Body frequently accept and consider *amicus curiae* briefs, thereby allowing civil society groups and other non-state actors the opportunity to provide some input into WTO dispute settlement proceedings. A new milestone in the transparency of the dispute settlement process was reached in 2005 when the European Communities (EC), Canada and the United States submitted a joint request for the first panel hearings to be open to public observation for the parallel disputes *US – Continued Suspension*¹ and *Canada – Continued Suspension*². Despite strong objections raised by third parties, the panel authorized the open hearing, ending the « closed » nature of dispute settlement that had spanned over 60 years under the General Agreement on Tariffs and Trade (GATT) and later, the WTO. However, it was not until 2008, that the EC, Canada and the United States submitted the first joint request for open appellate hearings during their appeal *US/Canada – Continued Suspension*³. Since authorizing these first instances of open panel and appellate hearings, panels and the Appellate

* GABRIELLE MARCEAU, PhD, is Counsellor in the Legal Affairs Division of the World Trade Organization (WTO) and Associate Professor at the Faculty of Law University of Geneva. All opinions expressed in this paper are personal to the author and do not bind the WTO Members or the WTO Secretariat. The author would like to thank GRAHAM COOK, BASSANT EL ATTAR and MIKELLA HURLEY for their comments but the author remains solely responsible for any mistakes.

¹ Panel Report, *United States – Continued Suspension of Obligations in the EC-Hormones Dispute (US – Continued Suspension)*, WT/DS320/R, adopted 14 November 2008.

² Panel Report, *Canada – Continued Suspension of Obligations in the EC-Hormones Dispute (Canada – Continued Suspension)*, WT/DS321/R, adopted 14 November 2008.

³ Appellate Body Report, *US and Canada – Continued Suspension of Obligations in the EC-Hormones Dispute (US/Canada-Continued Suspension)*, WT/DS320/AB/R and WT/DS321/AB/R, adopted 14 November 2008.

Body (AB) have considered the question of open hearings on a case-by-case basis, when requested by the parties to the dispute.

This article discusses the issue of open hearings in the WTO dispute settlement system, offering a brief historical overview, as well as analysis of the main legal and policy arguments raised and relied upon to provide public access to panel and Appellate Body proceedings. Subsequently, this Article describes how the Secretariat has implemented this new procedure, and offers a series of recommendations.

II. Historical background

The confidential nature of dispute settlement hearings is rooted in the historic practice of the GATT. At the time of its establishment, the GATT did not have a dispute settlement mechanism and disputes were primarily resolved via diplomatic channels. In addition, twice a year, inter-state disputes were discussed in the context of meetings of Contracting Parties, subsequently leading to the creation of working parties to resolve them⁴. According to HUDEC, these working parties were charged with the need to « negotiate a political solution acceptable to the key parties with direct interest in the matter [...] »⁵. Even after the 1955 introduction of the idea that disputes should be presented to an independent panel of experts, the diplomatic nature of dispute settlement still prevailed. WEILER remarks that :

« Confidentiality is the hallmark of diplomacy [...] in GATT dispute resolution there was a double level of confidentiality : once a panel was established, only a narrow range of actors, even within the GATT, were privy to the proceedings. At its conclusion, the outside world was treated to a perfunctory account [...] Panel reports were for many years hard to come by in a timely fashion except for a few privileged cognoscenti. The secrecy surrounding the dispute resolution process is one of the clearest indications of its perception as diplomacy through other means »⁶.

Furthermore, most « disputes » were, for a long period of time, handled by diplomats, a fact that is closely linked with the confidential character of GATT panel proceedings. As WEILER explained :

« Although disputes might have raised broad systemic issues of relevance and consequence far beyond the immediate parties, process tended to treat them as discrete eruptions between Members requiring "settlement". This would be attempted in the

⁴ ALVAREZ-JIMENEZ ALBERTO, « Public Hearings at the WTO Appellate Body : The Next Step », 59 *The International Comparative Law Quarterly* 2010 p. 1079, 1080.

⁵ HUDEC ROBERT E., « The role of the GATT Secretariat in the Evolution of the WTO Dispute Settlement Procedure », in : BAHGWATI/HIRSCH (eds), *The Uruguay Round and Beyond : Essays in Honour of Arthur Dunkel*, New York, 1998, p. 101, 105-106.

⁶ *Ibid.*, p. 196.

pre-Panel stage but even if the overt diplomacy failed, empanelment was, indeed, a continuation of diplomacy by other means [...] »⁷.

The Uruguay Round triggered a dramatic shift in the approach to dispute settlement, and the WTO transitioned from a system that was primarily diplomacy-oriented to one that was firmly rooted in rule-of-law. The creation of a standing AB was not the only major innovation ; institutional reform also came in the form of the automatic adoption of panel reports, which differed from the earlier practice of requiring consensus. But despite the change in ideology surrounding dispute settlement and increasing demands for transparency, open hearings still remain an exception in WTO dispute settlement proceedings.

The need for open hearings has not only been requested by the public, but has also occasionally been highlighted by former AB Members themselves. James BACCHUS commented that an appellate process « is a tedious, boring, exhausting process, and if the world saw it, they would be bored. But they would also be reassured because it is also an objective, thorough and fair process in which jurists considers every argument that's made, however silly it may be, at considerable length »⁸. Mitsuo MATSUSHITA further supported the idea of allowing open hearings, arguing that : « allowing the general public to attend oral hearings would promote the transparency of the appellate process and increase the acceptance of the process by civil society by providing them with a glimpse of the process »⁹. The idea of opening panel and appellate hearings for public observation is also supported by some developed country Members of the WTO, in addition to a number of developing countries and academics.

It was not until the 2005 joint request in the *US/Canada – Continued Suspension*¹⁰ that the parties to the dispute succeeded in breaking new ground for public access to proceedings¹¹. Since that first request, at least ten panel meetings have been open to the public, to varying degrees¹². There were also

⁷ WEILER JOSEPH H. H., « The Rule of Lawyers and the Ethos of Diplomats. Reflections on the Internal and External Legitimacy of WTO Dispute Settlement », 35 *Journal of World Trade* 2001 p. 191, 195.

⁸ BACCHUS JAMES, « WTO Appellate Body Roundtable », in : HELFER/LINDSAY (eds), *New world Order or A New World Disorder? Testing the Limits of International Law : Proceedings of the Ninety-Ninth Annual Meeting of the American Society of International Law*, Washington, 2005, p. 182, 183.

⁹ MATSUSHITA MITSUO, « Some Thoughts on the Appellate Body », in : Macroy/Appleton/Plummer (eds), *The World Trade Organization : Legal, Economic and Political Analysis Vol 1*, New York, 2005, p. 1389, 1398.

¹⁰ Panel Report, *US/Canada – Continued Suspension*, WT/DS320/R and WT/DS321/R, adopted 14 November 2008.

¹¹ *Ibid.*, see paras. 1.6, 1.7, 6.7 – 6.11 and paras. 7.1 – 7.51 of the Canada and United States Reports.

¹² At the time of writing, at least the following disputes had open panel meetings: *United States – Measures Affecting Trade in Large Civil Aircraft - Second Complaint (US – Large Civil Aircraft (2nd Complaint))*, DS353 ; *European Communities and its Member States – Tariff Treatment of Certain Information Technology Products (EC – IT Products)*, DS375, DS376, DS377 ; *Australia –*

two instances where panels declined to grant requests for open hearings. For example, in *Brazil - Retreaded Tyres*¹³, the request was not submitted by parties to the dispute, but by an NGO, the Center for International Environmental Law (CIEL) which sought the opportunity of web-casting the first substantive meeting of the panel. After taking into account the views of the parties and third parties, the panel determined that meetings would be held in closed sessions¹⁴. In *US - Upland Cotton (Article 21.5 - Brazil)*¹⁵ the panel also declined the request of the United States to open the portions of the hearing where the United States expressed its positions to the public¹⁶. Nevertheless, in 2008, the success of open panel meetings led to the first joint request by the parties for an open hearing of the *US/Canada - Continued Suspension* appeal. Since then, at least seven appellate hearings have been open to the public¹⁷, in addition to one arbitration hearing¹⁸.

Despite this progress and continued negotiations on reforming the Understanding on Rules and Procedures Governing the Settlement of Disputes, Members have still been unable to reach a consensus that oral hearings of panels and the AB should be open to public observation. This paper aims to give an overview of the current state of play of open panel, appellate and arbitration hearings, highlighting both the legal and policy-oriented arguments put forth both in favor and against this practice. In the Section III, the paper will examine the legal arguments at the heart of open panel and appellate hearings, which also apply to arbitration hearings. It will also discuss a number of policy issues that relate to the dispute settlement mechanism in its entirety. The Section IV of this paper will detail the

Measures Affecting the Importation of Apples from New Zealand (Australia - Apples), DS367 ; *European Communities - Measures Affecting Trade in Large Civil Aircraft (EC and certain member States - Large Civil Aircraft)*, DS316 ; *United States - Measures Relating to Zeroing and Sunset Reviews, Recourse to Article 21.5 of the DSU by Japan (US - Zeroing (Japan) (Article 21.5))*, DS322 ; *United States - Laws, Regulations and Methodology for Calculating Dumping Margins (« Zeroing »)*, *Recourse to Article 21.5 of the DSU by the European Communities (US - Zeroing (EC) (Article 21.5 - EC))*, DS294 ; *United States - Continued Existence and Application of Zeroing Methodology (US - Continued Zeroing)*, DS350 ; *European Communities - Regime for the Importation, Sale and Distribution of Bananas, Recourse to Article 21.5 by the United States (EC - Bananas III (Article 21.5 - US))*, DS27 ; *United States - Certain Country of Origin Labelling (COOL) Requirements (US - COOL)*, DS384, DS386 ; *Canada - Certain Measures Affecting the Renewable Energy Generation Sector (Canada - Renewable Energy)*, DS412, DS426.

¹³ Panel Report, *Brazil - Measures Affecting Imports of Retreaded Tyres (Brazil - Retreaded Tyres)*, WT/DS332/R, adopted 17 December 2007.

¹⁴ *Ibid.*, para. 1.9.

¹⁵ Panel Report, *United States - Subsidies on Upland Cotton, Recourse to Article 21.5 of the DSU by Brazil (US - Upland Cotton, Article 21.5 - Brazil)*, WT/DS267/RW, adopted 20 June 2008.

¹⁶ *Ibid.*, see paras. 8.16-8.20.

¹⁷ *Australia - Apples* ; *US - Zeroing (Japan) (Article 21.5)* ; *US - Zeroing (EC) (Article 21.5 - EC)* ; *US - Continued Zeroing* ; *EC - Bananas III (Article 21.5 - US/Ecuador II)* ; *US/Canada - Continued Suspension* ; and *US - COOL*.

¹⁸ See *United States - Laws, Regulations and Methods for Calculating Dumping Margins (Zeroing) (US - Zeroing (EC) (Article 22.6 - US))*, WT/DS294/R, authorization to retaliate requested on 18 February 2010.

procedural and logistical responses of panels, the AB and the WTO Secretariat to requests for open hearings.

III. Arguments For and Against Open Hearings : The Current State of Play

This section will give an overview of the legal and policy-oriented arguments for and against open hearings at both the panel and appellate stages ; highlighting those which panels or the AB used in their legal analysis in the merged *US/Canada - Continued Suspension* dispute. Unlike the legal analysis, which engages different articles in the DSU depending on whether the hearing takes place before a panel or the AB, the policy-oriented arguments will be grouped as they apply to both instances, and concern the dispute settlement mechanism in its entirety.

A. Legal arguments

1. Panel Hearings

The starting point of the legal analysis regarding opening panel hearings for public observation includes DSU Articles 12 (and Appendix 3), 14.1, 17.10 and 18. Opposing interpretations of these articles have been put forth both to support and restrict a panel's ability to authorize public panel hearings.

In addressing the Working Procedures for panels, DSU Appendix 3, second paragraph, states that panels shall meet in closed sessions. However, this provision is subject to Article 12.1 of the DSU, which provides that « panels shall follow the Working Procedures in Appendix 3, *unless the panel decides otherwise after consulting parties to the dispute* » (emphasis added). The argument supporting open panel hearings thus depends on allocating the necessary weight to the will of the parties to the dispute ; one of the basic principles in dispute settlement is the right of parties to consult with each other and with the panel to reach mutual agreement on the conduct of disputes. In that light, the rights given to parties under Article 12.1 should be put into effect to allow a panel to adopt working procedures for open hearings. Article 18.2 of the DSU provides further context to these rights, stating that « nothing in this Understanding shall preclude a party to a dispute from disclosing statements of its own positions to the public », including the Working Procedures set out in Appendix 3, as it is part of the DSU. Additionally, in the case where third parties oppose opening panel hearings, the argument has been advanced that Article 12.1 of the DSU indicates that departing from Appendix 3 can only be based on consulting with *parties to the*

dispute, so third parties for instance cannot preclude the parties' requests for open hearings.

On the other hand, a differing interpretation of DSU Article 12.1, read in context of the remainder of Article 12, would allow the panel to deviate from the Working Procedures in Appendix 3 only to ensure high-quality panel reports as stipulated in Article 12.2, essentially a qualitative objective. Thus, it might be argued that the discretion given to panels by virtue of Article 12.1 does not extend to allowing the panels to modify substantive DSU provisions that provide for closed panel sessions because these modifications will not serve to improve the quality of the panel reports.

In *US/Canada - Suspension of Obligations*, the Panel recognized the closed nature of panel hearings as determined in Appendix 3, but reaffirmed that Article 12.1 allows it to deviate from these Working Procedures based on consultations with the parties to the dispute. However it emphasized that this discretion only extends as far as the working procedures in Appendix 3 and not to other provisions in the DSU. Accordingly, any adaptations made by the panel to provisions in Appendix 3 cannot be prohibited by any provision of the DSU¹⁹.

Another DSU Article at the center of the debate is Article 14.1, which states that « panel deliberations shall be confidential », thus potentially limiting a panel's discretion. Both the arguments supporting and negating a panel's right to authorize public hearings focus on opposing interpretations of the term « deliberations ». The argument for open panel meetings would designate the term « deliberations » as referring only to the internal discussions of the panel in the absence of the parties, including the decision it intends to reach and the supporting reasoning. Both the French and Spanish versions of the DSU support this reading, with the respective translations *délibérations* and *deliberaciones* coinciding with this definition of « deliberations ». Further contextual support is found in the remainder of Article 14, which relates to the independent work of the panel, indicative of the drafters' intention to exclude panel hearings from the scope of this provision. Additionally, the drafters' use of the term « proceedings » in DSU Article 17.10 is a further indication of the distinction between the meaning of the term « deliberations » and the broader interpretation of the term « proceedings ». The opposing view gives the term « deliberations » a broader scope, encompassing oral hearings as well.

In addressing the question of the interpretation of the term « deliberations » in Article 14.1, the panel agreed that the term was not intended to address the exchange of arguments between parties, but in fact only encompassed the internal discussions of the panel. The panel further used Articles 14.1 and 12 to give context to their interpretation, noting that

¹⁹ Panel Report, *US/Canada – Continued Suspension*, paras. 7.43-7.45.

Article 14 deals with confidentiality in the work of panels while the conduct of proceedings is covered by Article 12, thus opening panel hearings would not breach Article 14²⁰.

On the question of confidentiality, supporters of open panel hearings use DSU Article 18.2 as context for defining the breadth and limits of « confidentiality » in the panel process. Article 18.2 of the DSU provides for protecting the confidentiality of parties to a dispute stating « [...] Members shall treat as confidential information submitted by another Member to the panel or the Appellate Body which that Member has designated as confidential ». In this regard, the panel in *US/Canada - Continued Suspension* stated that the scope of confidentiality is clear as including only those statements which are designated as confidential by the Members themselves. A broader interpretation would put the panel in a position where it treats information that the Members themselves do not consider confidential as confidential²¹.

The panel in *US/Canada - Continued Suspension* further reaffirmed that by requesting open hearings, parties to the dispute were exercising their rights to disclose statements of their own positions to the public, in accordance with DSU Article 18.2²². By allowing for open panel hearings with the correct procedural and logistical preparations, parties wishing to keep their submissions confidential can do so without impeding the right of other Members to forgo their own confidentiality.

One of the arguments potentially undermining a panel's authority to allow for open hearings is precisely the fact that the role of third parties in disputes has already been regulated by DSU Article 10, which specifies the rules for third party participation. The fact that the role of third parties has been expressly provided for could be indicative of an intention to exclude other parties, including the public, from participating, even in passive manner, in oral panel hearings.

The final legal basis upon which both arguments for and against open panel hearings are based is the *Rules of Conduct*²³. A limited reading of Article VII of the *Rules of Conduct* would, at face value, assert that each covered person must maintain the confidentiality of the proceedings, in direct opposition to the concept of open hearings. However, a more broad interpretation lends itself to the possibility that Article VII does not in fact preclude open panel hearings. Although in Article II, Paragraph 1 it is stated

²⁰ *Ibid.*, para. 7.47

²¹ *Ibid.*, para. 7.48

²² *Ibid.*

²³ WTO Rules of Conduct for the Understanding on Rules and Procedures Governing the Settlement of Disputes (*Rules of Conduct*), Doc. WT/DSB/RC/1, 11 December 1996.

that persons « shall respect the confidentiality of the proceedings », if parties to the dispute have designated their oral submissions as not confidential, then there is no confidentiality to respect in the first place. Furthermore, it is stated that « these rules shall in no way modify the rights and obligations of Members under the DSU nor the rules and procedures therein », therefore a panel's ability to establish working procedures for open hearings under DSU Article 12.1 is supported by the *Rules of Conduct*. The panel also confirmed this reading of Article VII of the *Rules of Conduct*, stating that the confidentiality obligation contained therein is applicable only to the extent that it is not inconsistent with DSU provisions²⁴.

2. *Appellate Body Hearings*

The interpretation of DSU Article 17.10, which provides that « the proceedings of the Appellate Body shall be confidential »²⁵, lies at the heart of arguments both for and against the practice of open hearings.

Key to the arguments is the interpretation of the term « proceedings » and whether or not it includes appellate hearings. Proponents of open appellate hearings interpret « proceedings » to encompass only the internal work of the AB, including deliberations and reaching a decision. However to interpret the term in a broader manner to include external procedures such as oral hearings would be inconsistent with the existing practice of the AB and could lead to limiting the AB from referring to arguments of parties in the final report and could extend as far as limiting the notices of appeal from being circulated to WTO Members and made public.

In *Canada - Aircraft*²⁶, the AB opted for a broad reading noting that « [...] the term 'proceedings' [means] the entire process by which an appeal is prosecuted from the initiation of an appeal to the circulation of the Appellate Body report, including the oral hearing »²⁷. Nevertheless, in the case of opening appellate hearings, in *US/Canada - Continued Suspension*, the AB found that DSU Article 17.10 must be read in context, particularly taking into account DSU Article 18.2²⁸.

As mentioned earlier, DSU Article 18.2 provides that « [...] nothing in this Understanding shall preclude a party to a dispute from disclosing statements of its own positions to the public [...] ». Consequently if both parties to a

²⁴ Panel Report, *US/Canada - Continued Suspension*, para. 7.49.

²⁵ The full text of Article 17.10 of the DSU : « The proceedings of the Appellate Body shall be confidential. The reports of the Appellate Body shall be drafted without the presence of the parties to the dispute and in the light of the information provided and the statements made ».

²⁶ See Appellate Body Report, *Canada - Measures Affecting the Export of Civilian Aircraft*, WT/DS70/AB/R, adopted 20 August 1999.

²⁷ See *US/Canada - Continued Suspension*, WT/DS320/AB/R, Annex IV, para. 3.

²⁸ *Ibid.*

dispute request open appellate hearings, they are putting into effect their choice to disclose statements of their own positions to the public and since Article 18.2 does not detail a means through which Members' positions may be made public, this right can be exercised after or during the hearing. Furthermore, when reading Article 17.10 in conjunction with Article 18.2, the phrase « [...] Nothing in this Understanding [...] » should be taken to mean that not even Article 17.10 could preclude a party from disclosing its own positions to the public, including those made during an appellate hearing. The flipside to this argument is that parties could pave the way for a situation where, by mutual consent, parties to a dispute can override multilaterally agreed rules.

The AB comprehensively addressed the question of the relationship between DSU Articles 17.10 and 18.2 in a number of its procedural rulings²⁹. The AB agreed that by virtue of Article 18.2, parties have the choice to forgo confidentiality with regard to their statements. The AB also pointed out that the second sentence of Article 18.2 provides that « Members shall treat as confidential information submitted by another Member [...] which that Member has designated as confidential », which would be redundant if Article 17.10 obliged parties to respect confidentiality with regard to all elements of the appellate proceedings. Furthermore, the last sentence of Article 18.2 ensures that the designation of confidentiality by one Member does not preclude the other from forgoing confidentiality. Thus, the AB confirmed that « Article 18.2 provides contextual support for the view that the confidentiality rule in Article 17.10 is not absolute »³⁰.

The limitations of the confidentiality rule in Article 17.10 were also emphasized by the AB, taking into account elements essential to the appellate process such as the notices of appeal and AB reports (containing summaries of all parties' arguments and often quotes) which are also disclosed to the public, concluding that « [...] under the DSU, confidentiality is relative and time-bound »³¹. Additionally, in the appeals for the disputes *US – Shrimp (Thailand)*³² and *US – Customs Bond Directive*³³, third parties, who were external to the dispute, were allowed to attend the consolidated oral hearing. Thus if

²⁹ See the following Appellate Body reports: *Australia – Apples*, WT/DS367/AB/R, Annex III, para 4 (a) ; *US – Zeroing (Japan) (Article 21.5)*, WT/DS322/AB/RW, Annex II, para 4 (a) ; *US – Zeroing (EC) (Article 21.5 – EC)*, WT/DS294/AB/RW, Annex III, para. 3 ; *US – Continued Zeroing*, WT/DS350/AB/R, Annex III, para. 3 ; *EC – Bananas III (Article 21.5 – US/Ecuador II)*, WT/DS27/AB/RW/USA, WT/DS27/AB/RW2/ECU, Annex IV, para. 4 ; and *US/Canada – Continued Suspension*, WT/DS320/AB/R, Annex IV, para. 4.

³⁰ Appellate Body Reports, *US/Canada – Continued Suspension*, WT/DS320/AB/R, Annex IV, para. 4.

³¹ *Ibid.*, para. 5.

³² See Appellate Body Report, *United States – Measures Relating to Shrimp from Thailand*, WT/DS343/AB/R, adopted 1 August 2008.

³³ See Appellate Body Report, *United States – Customs Bond Directive for Merchandise Subject to Antidumping/Countervailing Duties*, WT/DS345/AB/R, adopted 1 August 2008.

Article 17.10 required absolute confidentiality, then the AB could not have authorized external third parties to observe the hearings.

The question of whether or not the AB is granted the necessary power to authorize open hearings also forms part of the debate. Proponents argue that Article 17.10 cannot preclude open appellate hearings because the DSU does not envision an AB oral hearing in the first instance, so the scope of this provision could not extend to a question relating to these hearings. In the same light, since the AB was « empowered » by DSU Article 17.9³⁴ to write its *Working Procedures*³⁵ and to create the « oral hearing »³⁶ which was not foreseen in the DSU, the AB also logically has the power to authorize an oral hearing that is open to the public.

In its first procedural ruling in the *US/Canada - Continued Suspension* case, the AB confirmed that in fact, « [t]he oral hearing was instituted by the Appellate Body in its *Working Procedures*, which were drawn up pursuant to Article 17.9 of the DSU. The conduct and organization of the oral hearing falls within the authority of the Appellate Body (*compétence de la compétence*) pursuant to Rule 27 of the *Working Procedures*. Thus the Appellate Body has the power to exercise control over the conduct of the oral hearing, including authorizing the lifting of confidentiality at the joint request of the participants as long as this does not adversely affect the rights and interests of the third participants [...] »³⁷.

The AB also addressed arguments that DSU Article 17.10 limits its powers to authorize the lifting of confidentiality. In the same procedural ruling, the AB clarified that « the confidentiality of the deliberations is necessary to protect the integrity, impartiality, and independence of the appellate process. In our view, such concerns do not arise in a situation where [...] the Appellate Body authorizes the lifting of the confidentiality of the participants' statements in response to a joint request »³⁸.

The issue of maintaining the confidentiality of third parties' submissions is another factor in the debate on open hearings. With regard to this aspect, the AB made an important distinction in its first procedural ruling, which it upheld in the five subsequent instances. The AB identified two relationships, one between the AB and the main parties to the dispute and the other between

³⁴ The full text of Article 17.9 of the DSU : « Working procedures shall be drawn up by the Appellate Body in consultation with the Chairman of the DSB and the Director-General, and communicated to the Members for their information ».

³⁵ *WTO Working Procedures for Appellate Review (Working Procedures)*, Doc. WT/AB/WP/6, 16 August 2010.

³⁶ *Ibid.*, Rule 27.

³⁷ Appellate Body Reports, *US/Canada – Continued Suspension*, WT/DS320/AB/R, Annex IV, para. 7.

³⁸ See Appellate Body report, *US/Canada – Continued Suspension of Obligations*, WT/DS320/AB/R, Annex IV, para. 8.

the third parties and the AB. The confidentiality requirement in the DSU is designed to protect these separate relationships, and the joint request of the main parties to forgo their confidentiality does not undermine the interests of the third parties or undermine the adjudicative function of the AB. The AB clarified, « the right to confidentiality of third participant's vis-à-vis the Appellate Body is not implicated by the joint request. The question is thus whether the request of the participants to forgo confidentiality protection satisfies the requirements of fairness and integrity that are essential attributes of the appellate process and define the relationship between the Appellate Body and the participants »³⁹. The AB went even further to define the rights of third parties, emphasizing that their relationship to the dispute lies only in their interest in the systemic legal interpretation of provisions in the covered agreements, and thus they should not influence the manner in which confidentiality is dealt with in the relationship between the AB and the main parties to the dispute. In fact, « [...] third participants would have to identify a specific interest in their relationship with the Appellate Body that would be adversely affected [...] »⁴⁰ should the open hearing be granted.

Thus, despite compelling arguments that both support and undermine the need to authorize open hearings, the AB has consistently adopted a broad interpretation of the relevant DSU articles in a manner which puts a ceiling on the application of confidentiality in the appellate process while defining the rights and relationships of the parties to the dispute. The next section will briefly address the most pertinent policy arguments put forth by WTO Members and academia.

B. Policy-Oriented Arguments

In addition to the specific legal arguments addressed by panels and the AB, it is also important to take into account the policy-oriented arguments that can be made both for and against the practice of open hearings.

By one view, the matter of open hearings was an issue of such importance that the decision should have been addressed by the WTO Membership as a whole, and not by a panel or the AB, arguably in excess of their mandates. Furthermore, given that negotiations had not yet been completed and consensus not yet reached within the framework of the DSU review, some argued that allowing a ruling on this issue would be the equivalent of taking a back-door and would effectively favor some members over others. The argument was based on the fact that the WTO is a Member-driven institution and thus it is solely up to the Members to decide whether or not to open panel

³⁹ *Ibid.*, para. 6.

⁴⁰ *Ibid.*, para. 9.

and appellate proceedings to the public. By this token, opening dispute settlement hearings is a cross cutting issue that should have been addressed across the WTO in its entirety, not concluded by a panel or the AB in one dispute.

This was one of the few policy related arguments which the panel addressed in its ruling in *US/Canada – Continued Suspension*, where it emphasized that a panel's mandate includes clarifying existing provisions of the covered agreements in accordance with customary rules of interpretation of public international law which is what it undertook without prejudice to issues under negotiation in the DSU review process⁴¹.

Another argument put forth in the context of open panel hearings is that panel authorization could have implications on budgetary issues, interpretation into the official languages, and other necessary practices. The main question involved how the panel proposed to undertake the additional costs of opening the hearing to the public without the Budget Committee having considered the matter. By the time the AB open hearings were authorized, this argument no longer applied, as many of the procedural aspects had been accounted for.

One of the key issues at the heart of the policy debate concerning AB hearings is whether or not it would make sense for the AB to be barred from doing what panels have been allowed to do for three years. Considering the structure of the dispute settlement system in the WTO, with *ad hoc* panels, and a standing permanent AB which often reverses, modifies and corrects panel decisions, it could become awkward for the AB, as the « arbiter of last resort » to not follow suit. This would also negatively impact the legitimacy of the dispute settlement mechanism if oral hearings were open at the panel stage and then closed at the appellate stage. As EHRING pointed out « the Appellate Body is the official face of justice in the multilateral trading system and has a unique authority and prestige »⁴². Thus, by allowing for open hearings at the appellate level, the AB consolidated and confirmed the previous practice of panels.

Another aspect of the policy argument supporting open appellate hearings involves the benefits accruing to a number of parties including the Members themselves, in addition to various members of civil society. In terms of the benefits to Members themselves, open panel and appellate hearings would allow a number of Member delegations to follow a dispute more closely without being third parties. EHRING also points out the importance of the Members themselves having confidence in WTO dispute settlement to the

⁴¹ Panel Report, *US/Canada – Continued Suspension*, para. 7.50.

⁴² EHRING LOTHAR, « Public Access to Dispute Settlement Hearings in the World Trade Organization », 11 *Journal of International Economic Law* 4, 2008, p. 1021, 1029.

internal stability of the institution⁴³. The governments of Members, as subjects of the legal order established by the dispute settlement mechanism, also must have confidence that the system does in fact hold all Members equally accountable to their rights and obligations in the covered agreements. By opening appellate hearings to the public, many Members that have not been third parties to disputes or engaged in their own disputes will have the opportunity to follow the entirety of the legal process from the panel stage through to the appeal. This would also serve as a valuable learning tool for developing countries, which would thus be able to benefit from following the process through to the appellate stage.

Finally, supporters of the practice of open hearings have pointed out that the practice could solidify the credibility of the WTO within the international community. In the early years of the WTO's existence, representatives of civil society including, NGOs, academics, and journalists, consistently called for to greater openness of the WTO dispute settlement mechanism. Proponents argued that open panel and appellate hearings could help to create confidence in the dispute settlement process, thus translating into confidence in the outcome of the proceedings and solutions for implementation. More specifically, when the dispute at hand addresses issues of great social concern, for example the protection of human and animal health and scientific advances, open hearings would be in line with the manifestation of public interest in the WTO.

IV. The Evolution of Open Panel and Appellate Hearings

The controversial nature of the issue of open hearings is also further reflected in the procedural and logistical response of the panels, AB and the WTO Secretariat, outlined in the next subsections of this paper.

A. Response of the Panels and the AB

In terms of open panel hearings, the 2005 merged dispute *US/Canada - Continued Suspension* was the first instance where the panel authorized a request for open panel sessions and later, for open hearings with scientific experts. It was a lengthy procedural process, lasting seven weeks, characterized by an extensive exchange of arguments between the parties, the third parties and the panel. In addition to questions posed by the panel, there were three rounds of written submissions and two organizational meetings between the panel and the parties. Subsequent panels further consolidated the

⁴³ EHRING (n. 42) p. 1023.

2005 success by always acceding to joint requests without entering into the legal analysis, thus streamlining the process.

The procedural response of the AB to requests for open hearings has been standardized since the first request in *US/Canada - Continued Suspension*. Since the latter case was the first instance where such a request was brought to the AB, the procedures were more comprehensive ; however they did not vary much from the subsequently consolidated procedures⁴⁴. After receiving requests from the disputing parties to the dispute, the AB invited third parties to comment, in the case of *US/Canada - Continued Suspension* on the « admissibility »⁴⁵ of opening appellate hearings, while in subsequent cases, it was more generally on the request and proposed logistical modalities⁴⁶. In the case of *US/Canada - Continued Suspension*, third participants were also given the opportunity to comment on the submissions made by other third participants. An oral hearing was subsequently held where the AB explored the issues relating to the joint request to open the hearings and then invited all parties to submit any further comments. As with the more recent cases, the AB made a separate procedural ruling summarizing the arguments of the parties and third parties, outlining the AB's reasons for authorizing the public viewing of the proceedings and adopting additional logistical procedures in accordance with Rule 16(1) of the *Working Procedures*⁴⁷. In the more recent case of the arbitration proceedings, parties to the dispute *US - Zeroing (EC) (Article 22.6 - US)* also submitted a request for an open hearing, which was accepted by the arbitration panel on the basis of continuing efforts for increased transparency.

B. Response of the Secretariat

The domain of logistical procedures to accommodate the request for open hearings falls squarely within the hands of the WTO Secretariat. Typically, the same procedures apply to open panel, AB and arbitration hearings where once the authorization for an open hearing has been given, the Secretariat must

⁴⁴ Since the *US/Canada - Continued Suspension* case was the first where a request for an open appellate hearing was filed, the arguments of the parties, as expressed in their joint request and consequent commentary, are fully examined in the final AB report , whereas in the following instances, the arguments and subsequent comments of the parties are summarized in the Procedural Ruling attached as an Annex to these particular reports.

⁴⁵ Appellate Body report, *US/Canada - Continued Suspension of Obligations*, WT/DS320/AB/R, Annex IV, para. 1.

⁴⁶ See for example Appellate Body Report, *Australia - Measures Affecting the Importation of Apples from New Zealand (Australia - Apples)*, WT/DS367/AB/R, 29 November 2010, Annex III, para. 3.

⁴⁷ The full text of Rule 16 (1) of the *Working Procedures* states : « In the interests of fairness and orderly procedure in the conduct of an appeal, where a procedural question arises that is not covered by these Rules, a division may adopt an appropriate procedure for the purposes of that appeal only, provided that it is not inconsistent with the DSU, the other covered agreements and these Rules. Where such a procedure is adopted, the division shall immediately notify the parties to the dispute, participants, third parties and third participants as well as the other Members of the Appellate Body ».

issue a notice of the oral hearing to the general public who is required to register in advance. Places are also reserved for delegates of WTO Members who wish to observe the proceedings. The oral hearings are typically open to public observation through simultaneous closed-circuit television, which is broadcast in a separate room. Preparations are also made to accommodate third parties who wish to maintain the confidentiality of their submissions.

In the first open panel hearing for the merged dispute *US/Canada - Continued Suspension*, the public was able to observe the entirety of the panel hearing, except for third party submissions that were deemed confidential. The session was broadcast through closed circuit television in three different languages in separate rooms. This gave the Secretariat the flexibility to control risks of interference and allowed for better seating plans. Over 200 people attended the first open panel hearing, eventually dropping to 60 people including a number of delegates from WTO Members. EHRING noted that «[...] there was no discernible effect on the conduct of the hearings, in particular no 'trial by media', no security or other incident, no additional pressure on the panelists or the parties, and no effect on the serenity and professionalism with which the litigators argued their case before the panel [...]»⁴⁸.

In the subsequent open panel hearings in *EC and US - Large Civil Aircraft*, the practice varied slightly. In terms of registration, instead of publishing a public notice on the WTO website, the parties to the disputes themselves were charged with collecting public registrations. In these disputes, special accommodations were also made to protect highly sensitive business information in light of the insistence of the EC and the United States to remain as transparent as possible. The Secretariat opted to film the proceedings, and broadcast the non-confidential parts to the public the next day. Although it can be argued that these modalities do not reflect the same degree of transparency as simultaneous video broadcasting, this was the optimal solution given the available technical options and the fact that parties had designated parts of their submissions as confidential. In the panel hearing of *EC - Bananas III (Article 21.5 - US)*, the public viewed the proceedings from the gallery in the same room because no other room was available.

With regard to third parties, panels have adopted different procedures in the instance where some third parties have indicated that their interventions are confidential. In the earliest cases, panels opted to keep the entire third party sessions closed, but more recent panels have given third parties the option to make public submissions. From a logistical perspective, that simply meant that third party sessions were divided into public and non-public time slots. In *EC - Bananas III (Article 21.5 - US)*, a number of Members made their

⁴⁸ EHRING (n. 42) p. 1025.

first public interventions including Belize, Cameroun, Colombia, Côte d'Ivoire, Dominica, the Dominican Republic, Ecuador, Jamaica, Japan, Nicaragua, Panama, Saint Vincent and the Grenadines, St Lucia and Suriname. However, in the *US – Continued Zeroing* dispute, Brazil, China, India, Korea and Mexico rendered confidential oral statements, while the third party session was open to public observation for Japan, Norway and Chinese Taipei to make their oral statements. More recently in *Australia – Apples* all the third parties made public oral statements, including Chile, EC, Japan, Pakistan, Chinese Taipei and the United States.

In terms of open appellate hearings, the same procedures applied. The policy of direct public notice and registration on the WTO website has been adopted. All the open hearings have been viewed via closed circuit television broadcast in a separate room, except for two disputes - *US – Zeroing (Japan)* (Article 21.5) and *US - Bananas III (Article 21.5 – Ecuador II)* (Article 21.5 – US) - where the appellate hearings were viewed from a separate building outside of the WTO premises. In the first case of open appellate hearings in *US/Canada – Continued Suspension*, accommodations were also made for third parties who wished to keep their submissions confidential, with the broadcast interrupted when Brazil and India made their oral submissions. On the other hand, it is interesting to note that by the second joint request for open appellate hearings in *EC – Bananas III (Article 21.5 – US/Ecuador II)*, none of the third parties including Brazil, requested that their interventions remain confidential, and this led to the first entirely open appellate hearing⁴⁹.

V. Conclusions : Future Developments

The aim of this Article was to set forth the current state of play of open panel, appellate and arbitration hearings. The evolution of open hearings from panels to the AB to arbitrations reflects the WTO's continued efforts to respond to calls for transparency, both internally and externally. Nevertheless, these developments are still considered modest in the face of demands made by WTO Members, NGOs and civil society.

There is no doubt that dispute settlement in the WTO has evolved since the first request for open panel hearings in 2005. More importantly, the way in which open hearings are viewed by the Members themselves is evolving, as increasing experience serves to allay a number of their concerns. The continuation of this trend may be reflected at the negotiating table, hopefully by envisioning the inclusion of open hearings in discussions on DSU reform. The jurisprudence also stands to deepen its response to increasing requests for public hearings. The AB may eventually reverse its current practice so that

⁴⁹ EHRING (n. 42) p. 1030.

instead of requests being required for open hearings, hearings will automatically be open to the public. An exception may arise if parties request a closed hearing for the purpose of protecting confidential business information or valid interests at risk. In terms of confidential business information, there are already a number of provisions in the covered agreements that specifically provide for this type of protection including Article 6.5 of the Anti-Dumping Agreement and Article 12.4 of the Agreement on Subsidies and Countervailing Measures⁵⁰. These allow panels and the AB to build on this framework of confidentiality. With regard to valid interests at risk, the AB might decide to apply the same rule it uses in defining the conditions upon which third parties can interfere in the authorization of open hearings: the party that invokes confidentiality must demonstrate the adverse effects of revealing certain information. However this specific development is not particularly likely in the near future.

From a procedural perspective, there is room for other options. For example, allowing the public to be admitted to the actual room where the hearing is being held could serve as an important attestation to the degree of transparency pursued by Members. There are also possibilities for simultaneous internet broadcasting, a practice that could ensure a wider range of viewers, particularly students, academics and citizens from developing countries. However, there are still concerns over the ability to record the hearings and whether this would lead to opportunities for altering statements and taking them out of context.

Openness and transparency in WTO dispute settlement has greatly increased since the early GATT days, thanks in no small part to the practice of public hearings. This practice has not only helped to demystify the public perception of WTO dispute mechanisms, it has provided Members with assurance that innovations in transparency will not pose an unwarranted obstacle to the smooth functioning of the dispute settlement system. This leaves future prospects for a greater degree of transparency highly likely.

⁵⁰ Articles 6.5 of the Anti-Dumping Agreement and Article 12.4 of the Agreement on Subsidies and Countervailing Measures provide: Any information which is by nature confidential (for example, because its disclosure would be of significant competitive advantage to a competitor or because its disclosure would have a significantly adverse effect upon a person supplying the information or upon a person from whom that person acquired the information), or which is provided on a confidential basis by parties to an investigation shall, upon good cause shown, be treated as such by the authorities. Such information shall not be disclosed without specific permission of the party submitting it.

L'entrée de la Suisse dans la Société des Nations et la désignation de Genève comme siège de cette organisation internationale¹

VICTOR MONNIER

Professeur à l'Université de Genève

Chers Confrères et chers Collègues,

La ville qui vous accueille et dans laquelle vous vous apprêtez à tenir votre congrès annuel, marquant ainsi le 151^{ème} anniversaire de la Société suisse des juristes, a été le siège de la Société des Nations de 1920 à 1946 et donc le témoin privilégié de l'essor du droit international. En témoignage de toute la considération qu'inspirent vos travaux et en signe d'amical respect pour votre président Bénédicte FOËX, digne rejeton d'une illustre famille établie ici depuis la nuit des temps ..., il m'a semblé intéressant d'évoquer les conditions dans lesquelles se sont opérés le choix de Genève et l'entrée de la Suisse dans la Société des Nations munie de son statut de neutralité. Pour la petite promenade historique à laquelle je vous convie, nous allons faire appel à un guide des plus compétents et qui a vécu intensément cette période. Il ne vous est pas totalement inconnu puisqu'en septembre 1934, à Lausanne, devant votre Société, il a résumé son rapport sur *Le contrôle de la constitutionnalité des lois fédérales par le juge aux Etats-Unis et en Suisse*. Il s'agit de William Emmanuel RAPPARD (1883-1958) sur lequel je me propose d'apporter quelques précisions biographiques.

Né à New York le 24 avril 1883, fils d'Auguste, homme d'affaires, originaire de Hauptwil en Thurgovie, dont le français était la langue maternelle, et de Julie HOFFMANN, bâloise appartenant à l'illustre famille de rubaniers, W. E. RAPPARD a le privilège de parler dès son jeune âge les trois langues qui vont lui être des plus utiles sa vie durant, le français, l'anglais et le suisse-allemand. Pour faire de son fils un véritable Suisse, son père décide de rentrer au pays en 1898. En 1899, la famille s'installe à Genève. Après l'obtention d'une maturité classique au Collège en 1901 et d'une licence en droit à l'Université en 1906, années d'études ponctuées de périodes de service militaire, W. E. RAPPARD entreprend d'approfondir ses connaissances en économie et en sciences politiques par des séjours dans les universités de

¹ Cette contribution est tirée de ma thèse d'habilitation à Berne à laquelle je renvoie pour tout développement et pour l'appareil critique : *William E. Rappard. Défenseur des libertés, serviteur de son pays et de la communauté internationale*, Bâle/Genève, 1995.

Berlin, Munich, Harvard, Paris et Vienne, de 1905 à 1909. Entretemps il obtient, en 1908, un doctorat en droit de l'Université de Genève, puis travaille, de mai 1909 à janvier 1910, comme assistant français auprès de l'Office international du Travail de Bâle, organe précurseur du Bureau international et de l'Organisation internationale du Travail. W. E. RAPPARD revient à Genève où il assume durant un semestre une suppléance en histoire économique puis repart pour l'Amérique en 1911, accueilli à l'Université Harvard qui le nommera professeur assistant. A la rentrée universitaire de 1913, W. E. RAPPARD est à Genève car il a été nommé professeur ordinaire d'histoire économique à la Faculté des lettres et des sciences sociales.

C'est ainsi qu'à la veille de la guerre de 1914, W. E. RAPPARD jouit d'une excellente formation acquise dans les meilleures universités des deux mondes, qui fait de lui non seulement un juriste et un économiste confirmés, mais encore un historien de talent ; preuves en sont les deux ouvrages essentiels pour l'histoire suisse qu'il publie en 1912, *Le facteur économique dans l'avènement de la démocratie moderne en Suisse* et, en 1914, *La Révolution industrielle et les origines de la protection légale du travail en Suisse*. A cela s'ajoutent une parfaite maîtrise des langues qu'il parle et un réseau de solides amitiés qu'il a tissé de part et d'autre de l'Atlantique et qu'il entretiendra sa vie durant.

Pendant le conflit mondial de 1914-1918, l'opinion publique suisse est divisée entre la Suisse-alsacienne, impressionnée par les réussites économiques et sociales de l'Allemagne, favorable aux Empires centraux, et la Suisse romande, indignée de la violation de la neutralité de la Belgique et qui affiche des sentiments pro-Alliés. Dans ce contexte tendu, W. E. RAPPARD prend position. Il avertit les Suisses des dangers que font courir à l'unité du pays les sympathies pour les belligérants, en relevant que le respect de la neutralité ne tolère aucune inclination trop marquée pour un pays étranger. Par son action politique, il réussit à renforcer la cohésion confédérale, et cette attitude patriotique est saluée par tous comme la preuve de l'existence d'un véritable esprit national suisse.

La carrière publique de W. E. RAPPARD débute en 1917, lorsqu'il fait partie de la mission suisse envoyée par le Conseil fédéral aux Etats-Unis pour défendre la position de la Suisse neutre et assurer son approvisionnement. Ses collègues de l'Université Harvard vont être des plus précieux car ils mettront à sa disposition tous les moyens nécessaires pour qu'il puisse réussir son plaidoyer en faveur de la Suisse, face à l'opinion politique américaine. Avec succès, il parvient à faire comprendre l'attitude de la Confédération dans le conflit mondial et obtient même, le 1^{er} novembre 1917, une entrevue personnelle avec Woodrow WILSON (1856-1924), ancien professeur à l'Université de Princeton. Le président des Etats-Unis s'exprime librement devant ce jeune collègue et lui parle de son projet d'établir un nouvel ordre mondial. En novembre 1918, W. E. RAPPARD est de nouveau en Amérique pour

recueillir le sentiment du président W. WILSON sur les neutres, sur la Suisse en particulier et sur la place qu'ils occuperont dans la future organisation internationale. Au cours d'un tête-à-tête avec le président WILSON, le 20 novembre, il apprend que la Société des Nations doit naître de la paix et sa charte faire partie intégrante du traité qui mettra fin au conflit mondial. Ainsi, seules les nations ayant subi la guerre seront admises à la table des négociations ; la Suisse neutre ne pourra donc pas participer à l'élaboration du Pacte de la Société des Nations mais y adhérer lorsque celle-ci sera constituée.

Les travaux de la Conférence de la paix débutent à Paris le 18 janvier 1919, mais la Suisse n'y participe pas. Néanmoins les Américains s'accordent avec le Conseil fédéral pour que RAPPARD soit auprès d'eux le délégué de la Confédération. De la sorte, il pourra tenir le gouvernement suisse informé des différents points qui touchent la Confédération, la question de son statut au sein de la future Société des Nations et la reconnaissance de sa neutralité, neutralité à laquelle s'opposent les Alliés victorieux. En effet, un tel statut ne saurait trouver de place dans le nouvel ordre international fondé sur le droit qu'ils sont en train d'établir, puisqu'il bat en brèche la solidarité mondiale que les vainqueurs de 1918 souhaitent promouvoir.

W. E. RAPPARD joue à Paris le rôle d'agent de liaison et, dans cette tâche, a maintes fois l'occasion de s'entretenir avec W. WILSON, de même qu'avec l'entourage de celui-ci, notamment avec son *alter ego* le fameux colonel Edvard MANDEL HOUSE (1858-1938). Il est également en relations étroites avec l'un des principaux rédacteurs du Pacte de la Société des Nations, le britannique lord Robert CECIL (1864-1958) ainsi qu'avec d'autres membres des délégations alliées. De cette façon, le Conseil fédéral est informé quasiment chaque jour de l'évolution des discussions de la Conférence, s'agissant de la Suisse, et n'est pas pris au dépourvu pour trouver les moyens utiles à la défense des intérêts de la Confédération auprès des Alliés, conscient que, de son côté, W. E. RAPPARD met tout en œuvre pour faire valoir le point de vue de la Suisse. D'ailleurs, la totale liberté dont le professeur de Genève dispose à Paris accroît l'efficacité de son action et joue un rôle essentiel dans les décisions que prendra la Conférence de la paix en faveur de la Suisse.

Pour contrer l'hostilité des Alliés à l'égard de la neutralité, W. E. RAPPARD propose au Conseil fédéral de démontrer à Paris que le maintien de la neutralité de la Suisse est tout autant dans l'intérêt de la future organisation internationale que dans celui de la Confédération. Par ailleurs, il est opposé à ce que l'on subordonne l'adhésion de la Suisse à la reconnaissance de sa neutralité car il estime qu'une telle position serait vouée à l'échec diplomatique.

A la fin du mois de janvier 1919, le bruit court dans les couloirs de la Conférence de la paix que Genève pourrait être désignée comme siège de la future Société des Nations. Le Genevois Gustave ADOR (1845-1928), président

de la Confédération, demande à RAPPARD de sonder l'opinion des Alliés à ce sujet ainsi que sur la possibilité pour la Confédération d'entrer dans la Société des Nations munie de son statut perpétuel de neutralité. W. E. RAPPARD confirme au Conseil fédéral qu'au sein de la Conférence de la paix se manifeste le désir quasi général de venir à Genève et qu'il ne tient qu'aux Suisses de voir la capitale de la Ligue s'établir au bout du lac. De surcroît, il ne serait pas exclu que la Suisse entre dans la Société des Nations en maintenant son statut de neutralité.

Le Conseil fédéral, en mars 1919, sur la base d'informations fournies entre autres par W. E. RAPPARD, est conscient de l'importance pour la Suisse d'acquérir d'abord le siège de la Société des Nations, puis un statut spécial, qui serait celui de la neutralité sans en avoir le nom. Le 22 mars, le Conseil fédéral dépose sa candidature pour devenir le siège de la future organisation internationale. Quatre jours plus tard, W. E. RAPPARD informe G. ADOR que l'ensemble des Alliés, à l'exception des Belges, est favorable à l'attribution à Genève du siège de la future Ligue mais qu'il reste une difficulté à surmonter. Les Américains et les Anglais, explique-t-il, qui sont les fidèles soutiens de la Suisse, ne sont pas du tout enclins à confier le siège de la société à un pays qui n'en accepterait pas toutes les obligations et notamment celle du droit de passage de troupes à travers son territoire. C'est pourquoi W. E. RAPPARD est d'avis qu'il faut avant tout privilégier la participation à la Société des Nations et la possession du siège plutôt que la neutralité traditionnelle. C'est d'ailleurs à cette position que se rallie le Conseil fédéral.

Revirement de situation en avril 1919. Les Alliés ne sont plus du tout favorables à l'instauration d'un statut spécial pour le pays hôte de la future organisation. Pour eux, il est exclu que la Suisse entre dans la Société des Nations en formulant des réserves quant à sa neutralité. Cette situation consterne le professeur zurichois Max HUBER (1874-1960), jurisconsulte du Conseil fédéral, qui se trouve à Paris, et W. E. RAPPARD. C'est alors que le premier a l'idée que la garantie de la neutralité de la Suisse pourrait être interprétée à la lumière de l'article XXI du Pacte de la Société des Nations qui précise : « Les engagements internationaux, tels que les traités d'arbitrage, et les ententes régionales, comme la doctrine de Monroë, qui assurent le maintien de la paix, ne sont pas considérés comme incompatibles avec aucune des dispositions du présent Pacte ». W. WILSON, consulté brièvement par W. E. RAPPARD, le 28 avril 1919, qui lui expose l'obligation du vote du peuple et des cantons suisses pour entériner l'accession de la Confédération à la Ligue des Nations de même que le danger que représente à ce propos la question de la neutralité, se déclare d'accord avec l'interprétation donnée par M. HUBER.

Les deux professeurs font venir à Paris le président de la Confédération, qui est également à la tête du Comité international de la Croix-Rouge, afin de convaincre les autres puissances alliées. Arrivé le 28 avril, ADOR a un entretien

avec le président du Conseil, Georges CLEMENCEAU (1841-1929), qui partage entièrement la manière de voir des Suisses et précise que la Confédération pourra s'appuyer sur l'interprétation de l'article XXI pour entrer dans la Société des Nations sans la moindre réserve. Un peu plus tard, dans l'après-midi, la Conférence de la paix adopte le Pacte de la Société des Nations et Genève est désignée comme siège de l'organisation internationale. A l'annonce de cette nouvelle, Genève laisse éclater son allégresse. Salves de canons et sonneries de cloches saluent cet événement extraordinaire. A l'issue de cette première manche gagnée, W. E. RAPPARD, qui en a été l'un des principaux artisans est satisfait mais préoccupé par la question de la neutralité de la Suisse qui n'est pour l'heure point réglée. Le dénouement de cette affaire, nous le connaissons, c'est l'obtention de la fameuse reconnaissance de la neutralité suisse que plus personne n'espérait.

Souvenez-vous que les traités de 1815, qui garantissaient la neutralité de la Suisse, précisaient qu'en cas de conflit entre les voisins de la Confédération, cette neutralité devait s'étendre à la Savoie du Nord. Cette situation originale, qui subsistait toujours en 1919, n'était pas pour plaire à la France qui réclamait son abrogation. Cette demande parvint à Berne au moment où la Suisse essayait vainement d'obtenir des assurances écrites sur la compatibilité de sa neutralité avec l'article XXI du Pacte de la Société des Nations. C'est alors que M. HUBER établit un plan portant sur la renonciation à la neutralité suisse étendue à la Savoie du Nord contre la reconnaissance de la neutralité suisse. L'abandon de ce statut sur la Savoie du Nord se faisant en faveur de la France, celle-ci, puissance alliée de première importance, aurait, en contre-partie, la charge de faire reconnaître la neutralité de la Suisse par une mention explicite dans les Traités de paix. Les Gouvernements français et suisse arrivent à un accord dont le texte constituera l'article 435 du Traité de paix, traité que signeront Alliés et Allemands, le 28 juin 1919 à Versailles. Cet article 435 prévoit à son alinéa 1^{er}, entre autres, que les signataires du Traité de paix de 1919 reconnaissent les garanties stipulées par les Traités de 1815 en faveur de la Suisse, c'est-à-dire, sans la nommer, la neutralité, et que ces garanties constituent des engagements internationaux pour le maintien de la paix. Cet article fournit à la Suisse le moyen d'entrer dans la Société des Nations munie de sa neutralité, reconnue et compatible avec l'énoncé de l'article XXI du Pacte de la Société des Nations. C'est la reconnaissance dont la Suisse avait besoin pour convaincre peuple et cantons d'adhérer à l'organisation internationale de Genève.

W. E. RAPPARD sait que la Société des Nations est porteuse d'un incroyable espoir : un nouvel ordre international qui devrait éloigner définitivement tout spectre de guerre. Fort de cette conviction, ainsi que de l'importance pour son pays d'en faire partie, W. E. RAPPARD mène tambour battant la campagne plébiscitaire en faveur de l'adhésion de la Confédération helvétique. Le 16 mai 1920, il a la grande satisfaction de constater le ralliement de la majorité des

Suisses et de onze cantons et demi à l'Organisation internationale. Ainsi au bénéfice de cette situation exceptionnelle, la Suisse, Etat à neutralité de principe, devra cependant accepter les devoirs de solidarité qui découlent de son appartenance à la Société des Nations, notamment le devoir de participer aux mesures commerciales et financières réclamées par la Société contre un Etat en rupture de Pacte.

Chers Confrères et chers Collègues, laissons là notre guide mais avant de nous séparer, demandons lui son sentiment sur cette première expérience d'organisation internationale à vocation universelle que fut la Société des Nations. Vous le savez, en effet, W. E. RAPPARD joua un rôle déterminant dans cette Genève internationale, d'abord comme secrétaire général de la Ligue des Sociétés de la Croix-Rouge de 1919 à 1920, puis comme premier directeur de la Section des Mandats de 1920 à 1924, ensuite comme membre de la Commission des Mandats (1925-1939), de la Commission d'experts pour l'application des conventions et recommandations de l'Organisation internationale du Travail (1927-1958), et enfin de la délégation suisse à l'Assemblée de la Société des Nations (1928-1939). Il a sur cette question un avis des plus pertinents.

Souvenez-vous des échecs successifs de la politique de la Société des Nations lors des agressions contre la Mandchourie par le Japon en 1931, contre l'Ethiopie par l'Italie fasciste en 1935, contre l'Autriche par l'Allemagne nazie en 1938, puis, en 1939, contre la Tchécoslovaquie et contre la Pologne, enfin contre la Finlande par la Russie soviétique. Face à cette évolution catastrophique, W. E. RAPPARD est conscient de la faillite du principe de sécurité collective contenu dans le Pacte de la Société des Nations que les Etats membres n'ont pas voulu défendre. Pour tenter de remédier à ce cours des choses, il est d'avis qu'il faut établir une justice internationale, fonctionnant de la même façon qu'à l'échelon interne des pays démocratiques. Reconnue pour son impartialité et son indépendance, cette justice internationale aurait pour mission d'instruire puis de juger tout conflit et son verdict s'imposerait à tout Etat. Ensuite, il faudrait créer un véritable gouvernement international qui, dans le domaine de la sécurité, puisse la garantir et exécuter les décisions de l'organe judiciaire international. Cela impliquerait que ce gouvernement dispose de moyens coercitifs faisant de lui une sorte d'autorité fédérale. W. E. RAPPARD reconnaît que l'attribution de ces compétences heurterait de plein fouet le sacro-saint principe de la souveraineté nationale défendu avec opiniâtreté par les grandes puissances. Alors qu'en 1944, à Washington, les grands vainqueurs élaborent un nouvel ordre international, n'est-ce pas la raison pour laquelle l'historien de renom qu'il est, ayant à l'esprit l'expérience de cinq siècles de vie commune des Confédérés, écrit : « Il n'est de sécurité

assurée pour une collectivité politique que dans la subordination de ses membres à un pouvoir qui s'impose à eux »².

Cependant W. E. RAPPARD insiste sur le fait que le naufrage aux conséquences dramatiques de la Société des Nations ne doit pas faire oublier ses réussites. Il mentionne d'abord le domaine de la coopération internationale dont elle a développé les principes sur une assise solide et dans une multitude de domaines. Ensuite, il évoque l'arbitrage qui a indiscutablement pris racine dans le sillage de la Ligue des Nations, n'omettant pas de rappeler encore la publicité et l'ouverture prônées par son Pacte, donnant ainsi à l'opinion publique universelle la possibilité de suivre ses travaux (ne dirions-nous pas de nos jours la transparence ?). Ces avancées contribueront sans nul doute à l'envol considérable que prend le droit international dès le milieu du XX^{ème} siècle.

² RAPPARD WILLIAM EMMANUEL, *Cinq siècles de sécurité collective (1291-1798). Les expériences de la Suisse sous le régime des pactes de secours mutuel*, Paris/Genève, 1945, p. 594.

Récents développements dans le droit de l'assistance internationale en matière fiscale, notamment avec les Etats-Unis : sept leçons à tirer de « l'affaire UBS »

XAVIER OBERSON

Professeur à l'Université de Genève, avocat

I. Introduction

La Suisse, traditionnellement très réservée en matière d'échange de renseignements fiscaux à l'égard de l'étranger¹, a dû modifier radicalement son approche en faveur d'une plus grande ouverture. Le vendredi 13 mars 2009 restera en effet gravé dans l'histoire fiscale de la Suisse. Dès cet instant, le Conseil fédéral annonce un changement majeur dans la politique fiscale internationale de notre pays. Désormais, les nouvelles conventions de double imposition (CDI) seront fondées sur l'article 26 du Modèle de l'OCDE, repris intégralement. La Suisse a ainsi ouvert, à l'égard des Etats étrangers qui auront conclu avec la Suisse une CDI basée sur ce Modèle, un échange de renseignements sur demande, dans un cas concret à délimiter².

En revanche, le droit interne demeure inchangé. En particulier, l'article 127, alinéa 2 de la loi fédérale du 14 décembre 1990 sur l'impôt fédéral direct (LIFD)³ continue à s'appliquer, de même que l'article 47 de la loi fédérale du 8 novembre 1934 sur les banques et les caisses d'épargne (LB)⁴ (secret bancaire). Il en découle que le fisc suisse, pour les impôts directs, ne peut interroger directement la banque pour les contribuables assujettis en Suisse, à moins qu'un délit passible de l'emprisonnement n'ait été commis (fraude fiscale). En d'autres termes, la distinction entre fraude fiscale et soustraction d'impôt continue à s'appliquer en droit interne à l'égard de tous les contribuables assujettis en Suisse.

¹ OBERSON XAVIER, *Précis de droit fiscal international*, 3^{ème} éd., Berne, 2009, p. 300 ; GRÜNIGER HAROLD/KELLER ANDREAS, « Internationale Amts- und Rechtshilfe durch Informationsaustausch », *Archives* 60 (1991/92) p. 518 ; LÜTHI DANIEL, « Informationsaustausch im Internationalen Steuerrecht der Schweiz », in : HÖHN (éd.), *Handbuch des internationalen Steuerrechts der Schweiz*, Berne, 1993, p. 438.

² Pour plus de détails sur ce changement, voir OBERSON XAVIER, « La nouvelle politique fiscale de la Suisse en matière d'échange de renseignements – Un an après », in : *Journée 2009 de droit bancaire et financier*, Bâle, 2010, p. 129 ss ; WALDBURGER ROBERT, « Aktuelle Entwicklungen in der schweizerischen Amtshilfe im Steuerbereich », *RSDA* 2009 p. 480 ss.

³ RS 642.11.

⁴ RS 952.0.

Si la modification du 13 mars 2009 a surpris les observateurs par sa rapidité, elle n'est en réalité que l'aboutissement d'un lent processus. Avant cette date, la Suisse échangeait déjà des renseignements fiscaux, notamment avec les Etats-Unis. Les premières requêtes datent déjà de 1951 sur la base de la première CDI conclue avec cet Etat. L'entraide administrative en matière fiscale va toutefois véritablement prendre son essor en 1996, avec l'adoption d'une nouvelle CDI. Dans ce contexte, l'affaire UBS va mettre l'interprétation de l'article 26 de la CDI USA à rude épreuve. Pas moins de deux accords internationaux, une ratification parlementaire, sept arrêts de principe du Tribunal administratif fédéral et un arrêt du Tribunal fédéral seront nécessaires pour trouver une issue à l'imbroglio juridique posé par ce dossier. Cette affaire soulève en effet des questions trapues et met notre ordre juridique à rude épreuve.

Avec un peu de recul, il nous paraît intéressant de revenir, avec un œil critique, sur les grands principes qui ont été mis à jour par la jurisprudence du Tribunal administratif fédéral qui s'est prononcée aux diverses étapes, parfois rocambolesques, de cette affaire. Les divers arrêts soulèvent des questions fondamentales qui vont sans doute marquer les procédures d'assistance internationale dans les années à venir. Cela d'autant plus, qu'à ce jour, la ratification de la nouvelle CDI de 2009 avec les Etats-Unis, fondée sur l'article 26 du Modèle OCDE, bute encore sur des problèmes d'interprétation. Au surplus, d'autres établissements bancaires suisses sont dans le collimateur du fisc américain qui, se fondant notamment sur la CDI de 1996, entend obtenir à nouveau des noms de contribuables américains ayant fraudé le fisc.

En conséquence, après avoir rappelé le contenu essentiel de l'article 26 de la CDI avec les Etats-Unis de 1996 (CDI 1996) (II), nous procéderons à une analyse critique des arrêts fondamentaux rendus par le Tribunal administratif fédéral dans l'affaire UBS (III). Nous analyserons ensuite les modifications essentielles découlant de la CDI 2009 (IV). Cela fait, nous pourrions dégager quelques leçons fondamentales pour le droit de l'assistance internationale en matière fiscale (V), avant de conclure (VI).

II. L'assistance fiscale internationale selon l'article 26 de la CDI 1996

La clé de l'assistance repose sur une notion délicate, celle de « *tax fraud and the like* ». Cette notion, qui apparaît pour la première fois à l'article XV de la CDI de 1951⁵, est reprise à l'article 26 de la CDI de 1996⁶.

⁵ Dans le premier arrêt rendu en la matière, le Tribunal fédéral a précisé que l'application de cet article supposait qu'il existe des soupçons, objectivement fondés qu'une fraude ou un délit ait été commis ou projeté ; l'expression « fraude et délits semblables », à interpréter à la lumière du droit

Cette disposition prévoit l'échange de renseignements (i) nécessaires à l'application de la convention et (ii) pour prévenir les fraudes fiscales et délits semblables en liaison avec des impôts visés par la convention (art. 26, par. 1, 1^{ère} phrase CDI). En outre, la clause relative à l'échange de renseignements ne saurait en aucun cas imposer à l'un des Etats contractants de prendre des mesures administratives dérogeant à sa propre réglementation, ou de transmettre des informations qui ne peuvent être obtenues, ni sur la base de sa propre législation, ni en vertu de celle de l'Etat qui les demande (art. 26, par. 3 CDI).

Le terme de fraude fiscale est défini, à l'article 10 du protocole de la CDI de 1996⁷, en ces termes : « Il est entendu que l'expression fraude fiscale désigne une attitude frauduleuse qui a pour effet, ou qui vise, une soustraction illégale et importante d'un montant d'impôt dû à un Etat contractant. Une attitude frauduleuse est réalisée lorsqu'un contribuable utilise ou a l'intention d'utiliser dans le dessein de tromper les autorités fiscales des titres faux ou falsifiés ou une construction mensongère. Il est entendu que cette énumération est exemplaire et non exhaustive. L'expression [fraude fiscale] peut également comprendre des agissements qui, au moment de la présentation de la demande, représentent des comportements délictueux à l'égard desquels l'Etat contractant requis peut obtenir des renseignements conformément à sa législation et à sa pratique administrative ».

Déjà avant l'affaire UBS, le Tribunal fédéral – autorité compétente de recours en la matière avant la réforme de la justice de 2007 – a dû se prononcer à diverses reprises⁸. La définition posée par cette nouvelle CDI est directement inspirée de la notion d'escroquerie fiscale de l'article 3, alinéa 3 de la loi fédérale du 20 mars 1981 sur l'entraide internationale en matière pénale (EIMP)⁹. Il en découle que le terme de « fraude fiscale » recouvre non seulement l'emploi de faux documents, mais aussi le comportement astucieux (« *scheme of lies* »)¹⁰. Une tromperie astucieuse ne peut toutefois être admise

suisse, vise en tous cas l'utilisation de documents inexacts aux fins d'induire intentionnellement en erreur les autorités fiscales ; dans ce contexte, le secret bancaire ne peut faire obstacle à la fourniture de renseignements (ATF 96/1970 I 737, X.). Toutefois, dans un second arrêt, notre Haute Cour précise que les renseignements à fournir au fisc américains ne doivent pas nécessairement revêtir la forme de documents originaux car l'envoi de « tax reports » est suffisant (ATF 101/1975 Ib 160, X. und Y-Bank).

⁶ Sur cette notion, voir entre autres, HUFSCHMID DANIEL, « "Tax fraud and the like" – Die Voraussetzungen der Aufhebung des Bankgeheimnisses im Rahmen der Amtshilfe bei Steuerdelikten », *Archives* 72 (2003/04) p. 433 ; OBERSON XAVIER, « "Tax fraud and the like", Grandeur et décadence d'une notion controversée en matière d'assistance fiscale avec les Etats-Unis », in : FOËX/HIRSCH (éd.), *Liber Amicorum Vincent Jeanneret*, Genève, 2010, p. 386 ss.

⁷ Protocole du 2 octobre 1996 à la CDI de 1996.

⁸ On compte pas moins de 9 arrêts du Tribunal fédéral à propos de l'art. 26 CDI de 1996, voir WALDBURGER (n. 2) p. 496, note 78.

⁹ RS 351.1.

¹⁰ Voir RDAF 2004 II 10 (TF, 27.01.2004) ; RDAF 2002 II 307 (TF, 12.04.2002).

qu'en cas de machination spéciale, de stratagème ou de construction mensongère¹¹.

De surcroît, l'article 8a du *Memorandum of Understanding* (MOU) à la CDI de 1996 prévoit que la définition de la fraude fiscale à l'article 10 du protocole s'applique non seulement pour l'article 26 CDI, mais aussi pour l'EIMP. Il y a donc non seulement inspiration mais une parfaite coordination des deux définitions.

Enfin, conformément à l'article 10, paragraphe 2 du protocole, le sens à donner au terme de fraude fiscale peut évoluer dans le temps. En date du 23 janvier 2003, les autorités compétentes des deux Etats sont parvenues à un accord amiable sur leur compréhension à donner, notamment, aux termes « *tax fraud and the like* » visés aux articles 26 de la CDI, ainsi qu'à l'article 10 du protocole. Cet accord contient 3 exemples non limitatifs de comportements qualifiés d'escroquerie fiscale, suivis de 14 cas hypothétiques. A notre sens, certains exemples vont particulièrement loin et tendent déjà à donner une interprétation fort extensive à la notion d'escroquerie fiscale appliquée jusqu'ici¹².

Enfin, en cas de fraude fiscale, l'échange d'informations n'est pas limité aux règles sur le champ d'application personnel du traité (art. 26, par. 1, 2^{ème} phrase). Dans ce cas, sur demande expresse des autorités compétentes, l'Administration fédérale des contributions (AFC) est alors en droit de fournir aux autorités américaines des renseignements sur des personnes qui ne prétendent pas être au bénéfice du traité, notamment sur des non-résidents de la Suisse. De même, innovation importante, la CDI 1996 prévoit désormais l'envoi de *copies originales*. Désormais, des documents conformes aux exigences du droit américain en matière de preuve peuvent donc être fournis par l'AFC¹³.

La CDI ne prévoit pas de règles précises quant au moment déterminant de l'état de fait susceptible de constituer une fraude fiscale. En d'autres termes, est-il concevable de solliciter l'assistance pour des escroqueries fiscales commises avant l'entrée en vigueur du traité ? Le Tribunal fédéral a répondu par l'affirmative¹⁴. Selon lui, l'article 26 CDI est une norme de *procédure* qui est donc applicable à toute demande déposée depuis l'entrée en vigueur de la CDI, même si les faits sont antérieurs à celle-ci.

¹¹ Arrêt du TF 2A.430/2005, 12 avril 2006, consid. 4.4. ; RDAF 2004 II 10 (TF, 27.01.2004).

¹² OBERSON (n. 1) p. 308.

¹³ Cette innovation majeure ouvre dès lors la porte à l'assistance car l'envoi de « *tax reports* », seuls autorisés sous la CDI de 1951 ne suffit pas aux exigences du droit interne américain (voir *supra* note 5).

¹⁴ Voir notamment arrêt du TF 2A. 416/2001, 12 mars 2002, consid. 2.2, et RDAF 2002 II 303, 307 (TF, 12.04.2002, consid. 2).

III. L'affaire UBS

A. Premiers rebondissements

L'affaire UBS restera un cas emblématique des problèmes que pose l'assistance administrative internationale en matière fiscale. Cette procédure s'est déroulée en plusieurs étapes, toutes rythmées par la jurisprudence du Tribunal administratif fédéral. La première étape se concentre sur la demande de l'*Internal Revenue Service* (IRS) à l'égard de la Suisse de remettre environ 300 noms de contribuables soupçonnés d'avoir commis des fraudes fiscales, au sens de l'article 26 CDI.

1. Arrêt du Tribunal administratif fédéral du 5 mars 2009 (« UBS I »)

a. L'analyse juridique

Dans un premier arrêt, daté du 5 mars 2009¹⁵, le Tribunal administratif fédéral se prononce sur la demande de l'IRS à l'égard de l'AFC, datée du 16 juillet 2008, concernant des sociétés *offshore* et leur ayant droit économique, ayant servi notamment à contourner la législation américaine sur les *Qualified Intermediary* (QI). Cet arrêt, fondamental à plus d'un titre, se prononce sur deux questions très controversées.

En premier lieu, la demande ne mentionne pas les noms des contribuables, mais elle décrit de manière concrète et détaillée les constructions utilisées de façon précise par les contribuables (« *pattern of facts* »). Le Tribunal administratif fédéral confirme que ce procédé est conforme aux règles sur l'assistance internationale et ne constitue pas une demande de pêche aux renseignements. Pour arriver à cette conclusion, le Tribunal administratif fédéral suit le raisonnement suivant :

- Le point de départ de la réflexion consiste à vérifier si les renseignements requis auraient pu l'être dans le cadre d'une *procédure purement interne* suisse. Le Tribunal administratif fédéral confirme qu'en cas de procédure pénale fiscale en relation avec un délit, le secret bancaire n'est pas opposable. D'ailleurs, le nouveau Code de procédure pénale suisse du 5 octobre 2007 (CPP)¹⁶, qui vient

¹⁵ Arrêt du TAF du 5 mars 2009 (A-7342/2008 et A-7426/2008), *Archives* 77 (2008/09) p. 837 ss, RDAF 2009 II 293, 313 ss ; voir à ce propos, AMADO FLAVIO, MOLO GIOVANNI, « Das Verbot von "Fishing Expeditions" gemäss dem Entscheid des Bundesverwaltungsgerichts vom 5. März 2009 und den OECD Standards », *AJP/PJA* 2009 p. 539 ss ; BEHNISH URS, « Amtshilfe der Schweiz in Steuer(straf)sachen, insbesondere an die USA : Durcheinandertal », *Archives* 77 (2008/09) p. 737, not. 774 ss ; WALDBURGER ROBERT, « Das Amtshilfeverfahren wegen "Steuerbetrugs und dergleichen" mit den USA », *FStR* 2009, p. 91 ss.

¹⁶ RS 312.0.

d'entrer en vigueur ne reconnaît pas le droit de refuser de témoigner aux employés de banques (art. 171 et 173, al. 2 CPP). De même, l'article 192, alinéa 2 LIFD qui réserve les règles de procédure doit être compris comme une *lex specialis* par rapport aux normes sur la soustraction et le secret bancaire n'est pas opposable.

- En outre, *l'entraide administrative en droit interne* (art. 112 LIFD) prévoit une large possibilité d'échanger des informations entre autorités fiscales et pénale. D'ailleurs, le Tribunal fédéral a déjà jugé à de nombreuses reprises que la protection du secret bancaire tombe, lorsque des documents bancaires ont été obtenus dans le cadre d'une procédure obtenue en application de la procédure pénale. L'autorité fiscale peut prendre connaissance des actes de la procédure pénale, pour autant qu'elle dispose de soupçons concrets de l'existence d'une infraction fiscale. Dans ce contexte, l'autorité peut utiliser des faits même s'ils ne concernent pas les prévenus eux-mêmes, mais la taxation de tiers et cela, même si elle n'avait aucun soupçon dès le début. Il faut toutefois, pour pouvoir consulter le dossier, que l'autorité fiscale dispose d'indices concrets à la charge de contribuables déterminés. Les actions de recherche générales restent inadmissibles.
- Il y a indice, dans un cas déterminé, s'il existe des faits concrets et précis. L'indice est suffisant, sans qu'il soit nécessaire que le doute porte sur une personne précise. En matière d'entraide administrative, cela signifie que l'on ne saurait faire dépendre l'entraide du fait que l'autorité puisse déjà donner le nom des contribuables. Des soupçons concrets peuvent, selon la jurisprudence, résulter : d'un déséquilibre manifeste entre la situation financière d'une entreprise et ses revenus, ainsi que du mode d'organisation recourant à des sociétés *offshore*, voire de la mise en œuvre d'un placement hautement spéculatif.
- La CDI de 1996 ne contient aucune précision sur les exigences que doit respecter la demande d'entraide. Les principes en matière d'entraide internationale sont donc applicables. Les autorités s'en tiennent à la présentation dans la demande pour autant qu'elle ne comprenne pas d'erreurs, de lacunes ou de contradictions manifestes. Le principe de proportionnalité s'applique et les « *fishing expeditions* » sont prohibées. Il suffit toutefois que les faits énoncés dans la demande comprennent suffisamment d'éléments qui permettent de penser qu'une escroquerie ait pu être commise.
- Il s'ensuit que les principes applicables à l'entraide du droit interne suisse trouvent application, par analogie, à l'entraide internationale. Cela signifie en particulier que, pour octroyer l'entraide administrative selon la CDI, il n'est pas nécessaire que la demande

désigne nommément les personnes concrètes auxquelles il est reproché la commission d'une infraction. Un soupçon de commission d'une telle infraction suffit ; cela implique que des éléments concrets, qui vont dans ce sens, existent et soient décrits dans la demande d'entraide.

- Les dispositions de la loi fédérale du 19 juin 1992 sur la protection des données (LPD)¹⁷ ne sont d'aucun secours. Une demande d'entraide ne constitue pas une liste de renseignements. De plus, l'article 26 de la CDI constitue une base légale qui prévoit expressément le transfert de données.
- Dans la demande, l'IRS présente une construction fondée sur des faits concrets consistant en la constitution de sociétés *offshore* étrangères. Ces constructions sont utilisées pour faire apparaître ces sociétés comme les ayants droit économiques des valeurs déposées sur des comptes auprès de l'UBS, à la place de leur véritable ayant droit qui est assujéti illimité aux Etats-Unis. La demande est donc suffisamment concrète pour être admissible.

En second lieu, le Tribunal administratif fédéral se prononce sur les conditions matérielles de l'entraide, à savoir s'il existe un soupçon fondé de « fraude ou délit semblable ». Certes, un simple mensonge ne constitue pas à lui seul une astuce, mais tel peut être le cas si l'auteur retient le trompé d'effectuer les vérifications nécessaires ou prévoit qu'il ne va pas le faire sur la base d'un rapport de confiance spécial. Le tribunal examine ensuite la notion de fraude selon la CDI 1996 et confirme qu'elle correspond à la notion d'escroquerie fiscale de l'article 14, alinéa 2 de la loi fédérale du 22 mars 1974 sur le droit pénal administratif (DPA)¹⁸.

En conclusion, le Tribunal administratif fédéral admet l'existence d'une fraude fiscale, au sens de l'art 26 CDI (« *tax fraud and the like* »), notamment par le fait de l'utilisation abusive de structures *offshore* en violation du rapport de confiance spécial créé par le rapport juridique de QI. L'astuce consiste, dans le cadre de ce rapport de confiance, à utiliser des sociétés *offshore* en utilisant l'indépendance de ces structures de façon abusive, c'est-à-dire sans que l'ayant droit économique ne joue le « jeu de la société », niant, de la sorte, les différentes sphères juridiques existantes.

La fin est toutefois surprenante et paradoxale : le Tribunal administratif fédéral juge le recours sans objet car les noms ont, entretemps, déjà été communiqués aux USA par la FINMA !

¹⁷ RS 235.1.

¹⁸ RS 313.0.

b. Commentaire

Cet arrêt est certes discutable ; compte tenu des circonstances particulières de cette affaire, l'analyse juridique à laquelle le Tribunal administratif fédéral parvient, nous paraît admissible quant au résultat de fond.

Quant à la forme, on notera que le Tribunal administratif fédéral aurait pu se contenter de rendre simplement des conclusions de rejet, dès lors que le recours était devenu sans objet. Etant donné l'importance de l'enjeu et la nécessité de trancher le problème des conditions de l'assistance sur la base de l'article 26 CDI USA, on peut comprendre l'analyse détaillée du tribunal. La motivation de l'arrêt, qui ne sert pas au raisonnement sur la conclusion doit, cela dit, être comprise comme un *obiter dictum*.

Sur la première question de l'absence de « *fishing expedition* », le cas posé au Tribunal administratif fédéral est un cas limite. La demande porte en effet sur 300 contribuables, non identifiés, mais qui ont tous pour particularité d'avoir adopté, auprès du même établissement bancaire, un comportement semblable, systématique, en ayant recours à une structure *offshore* pour contourner les obstacles de la législation américaine, notamment sur les QI. La doctrine a critiqué cet arrêt en estimant que la demande constituait de la pêche aux renseignements¹⁹. Il est vrai que, même si la CDI ne pose nulle part l'exigence de mentionner l'identité du contribuable, la demande n'est pas admissible si elle est assimilable à une « *fishing expedition* ». Cette exigence demeure d'ailleurs applicable, même dans le cas des nouvelles CDI *post* 2009 adoptées en conformité au standard de l'article 26 OCDE.

En l'espèce, toutefois, l'UBS elle-même avait collaboré avec les autorités américaines en vue de déterminer les comportements incriminés. De plus, l'article 26 CDI 1996, contrairement aux CDI *post* 2009, ne mentionnait pas l'exigence d'identification de la personne concernée. On peut donc suivre le TAF lorsqu'il conclut que la demande ne constitue pas encore une « *fishing expedition* » prohibée. En fait, il nous paraît que la CDI de 1996 est en réalité large quant à la détermination des personnes visées, mais restrictive sur le comportement incriminé qui doit constituer une « *tax fraud and the like* ». Les nouvelles CDI, *post* 2009, conformément au Modèle OCDE, sont en revanche plus strictes sur l'exigence d'identification de la personne visée, et par contre très large sur le comportement visé, dès lors qu'il suffit que la demande soit « vraisemblablement pertinente » à teneur de l'article 26, paragraphe 1 du Modèle OCDE de CDI. C'est d'ailleurs la raison pour laquelle nous sommes d'avis que les considérants du Tribunal administratif fédéral, à propos de la limitation des « *fishing expeditions* » ne sont pas transposables dans la CDI de

¹⁹ En ce sens BEHNISCH (n. 15) p. 753 ss ; AMADO/MOLO, (n. 15) p. 545.

2009 renégociée avec les USA, qui prévoit cette fois expressément l'exigence d'identification du contribuable concerné²⁰.

Une fois cet écueil franchi, nous partageons les considérants du Tribunal administratif fédéral qui confirment que les conditions d'une « *tax fraud and the like* » sont effectivement réalisées en l'espèce. Comme nous l'avons déjà relevé, cette exigence, selon le texte du protocole 10 et la jurisprudence constante du Tribunal fédéral, renvoie à la notion d'escroquerie fiscale de l'EIMP. On admet que l'utilisation de manœuvres frauduleuses, aux fins de tromper le fisc, remplit cette condition. Or, le fait d'utiliser sciemment un rapport de confiance particulier pour tromper le fisc constitue un comportement astucieux. En l'espèce, il ne faut pas oublier qu'en entrant dans un rapport de QI, l'UBS et le fisc américain se sont engagés à respecter des obligations réciproques et la banque à remplir son devoir de diligence en identifiant et, le cas échéant, percevant un impôt à la source sur les avoirs des clients américains. La mise en place artificielle de structures *offshore* (typiquement *British Virgin Islands* [BVI] ou fondations du Liechtenstein), en abusant de surcroît de l'indépendance formelle de la société pour faire croire à la titularité non américaine de comptes, alors que la banque dispose dans le formulaire A de l'identité de l'ayant droit économique, contribuable américain, constitue effectivement une fraude fiscale, au sens de l'article 26 CDI de 1996.

2. *Arrêt du Tribunal administratif fédéral du 5 janvier 2010 (« UBS II ») et ATF du 15 juillet 2011 (« FINMA »)*

a. L'analyse juridique

Ce faisant, dans un deuxième arrêt²¹, le Tribunal administratif fédéral juge illégale la décision de la FINMA dans cette procédure. En effet, la FINMA avait donné l'ordre à l'UBS de remettre les identités et les informations bancaires aux autorités américaines sur près de 300 clients. Cette décision, on le rappelle, a été prise quelques jours avant le prononcé du Tribunal administratif fédéral dans l'arrêt de mars 2009 ...

Pour le Tribunal administratif fédéral, les articles 25 et 26 de la loi fédérale sur les banques ne constituent pas une base légale suffisante pour autoriser la FINMA à agir de la sorte. Ces dispositions prévoient des mesures à prendre en cas de risque d'insolvabilité d'une banque, sans permettre pour autant une restriction au secret bancaire et au droit constitutionnel au respect de la sphère privée.

²⁰ Du même avis, DONATSCH ANDREAS, HEIMGARTNER STEFAN, SIMONEK MADELEINE, *Internationale Rechtshilfe*, Zurich, 2011, p. 558.

²¹ Arrêt du TAF du 5 janvier 2010 (B-1092/2009).

Saisi d'un recours contre ce jugement, le Tribunal fédéral admet le recours de la FINMA, en date du 15 juillet 2011²². Pour notre Haute Cour, la base légale des articles 25 et 26 LB n'est certes pas suffisante, mais l'autorité bancaire pouvait se fonder sur la clause générale de police afin de prendre une telle décision dans des circonstances extraordinaires.

b. Commentaire

Nous ne partageons pas l'avis de notre Haute Cour mais bien celui du Tribunal administratif fédéral. Il paraît en effet difficile de voir dans les articles 25 et 26 LB une norme d'assistance internationale en matière fiscale. Le Tribunal fédéral le reconnaît mais fonde son raisonnement sur la clause générale de police. Certes, il y avait sans doute péril en la demeure et l'UBS, et du même coup la place financière suisse, était sous une pression énorme. Mais la procédure d'assistance était régie par une base légale précise, à l'article 26 de la CDI. A peine dix jours après la décision de la FINMA, le Tribunal administratif fédéral donnait d'ailleurs raison à l'AFC et admettait que la demande visant les 300 contribuables était recevable car les conditions d'une « fraude fiscale et délit semblable » étaient réunies. Il nous paraît donc que le recours à la clause générale de police n'était pas justifié. En autorisant le recours à la clause générale de police, le Tribunal fédéral court-circuite en réalité toute la procédure d'assistance internationale en matière fiscale.

B. La saga de l'accord UBS

1. L'accord du 19 août 2009

La remise des 300 noms n'allait pas mettre un terme à cette affaire. Désormais, le fisc américain souhaite obtenir environ 52'000 noms de contribuables américains, disposant, auprès de la grande banque suisse, d'avoirs non déclarés. Le 19 août 2009, la Confédération et les Etats-Unis trouvent finalement un accord sur la demande d'assistance de l'IRS à l'égard de l'UBS (accord 2009)²³. L'annexe à cet accord, rendue publique en novembre 2009, est particulièrement controversée. Elle contient une définition spécifique, détaillée et nouvelle de la notion de « *tax fraud and the like* ». Les annexes fixent une série de critères qui, pour une partie, reprennent les notions reconnues jusqu'ici, à savoir une soustraction d'impôt faisant usage de documents faux ou inexacts

²² ATF 137 II 431.

²³ Accord entre la Confédération Suisse et les Etats-Unis d'Amérique concernant la demande de renseignements de l'Internal Revenue Services des Etats-Unis d'Amérique relative à la société de droit suisse UBS, du 19 août 2009, publié (en traduction française) in : *Archives* 78 (2009/10) p. 413 ; voir à ce propos, COTTIER THOMAS, MATTEOTTI RENÉ, « Das Abkommen über ein Amtshilfegesuch zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und den Vereinigten Staat von Amerika von 19 August 2009 », *Archives* 78 (2009/10) p. 349 ; SCHAUB MARTIN, « Konflikt um Kundendaten : Die Situation der UBS vor dem Abkommen 90 », *RDS* 2011 I p. 209 ss.

ou d'édifices mensongers. En revanche, les annexes englobent également certains cas de *soustractions répétées de montants* importants (voir chiffre 2, A, let. b et B, let. b).

Pour arriver à cette conclusion, l'accord se fonde sur le chiffre 10, paragraphe 2, 3^{ème} phrase du protocole à la CDI. L'idée est d'assimiler à la fraude fiscale, des comportements frauduleux qui présentent un même degré de gravité. En effet, l'article 190 LIFD considère comme graves infractions fiscales, outre les délits fiscaux (art. 186 et 187 LIFD), la soustraction continue de montants importants. L'article 190 LIFD permet la mise en œuvre de mesures spéciales d'enquêtes de l'AFC et, en particulier, de mesures de contrainte pouvant faire échec au secret bancaire. Dans l'esprit des négociateurs de l'accord, on peut donc faire valoir un degré de gravité semblable entre la soustraction de montants importants et les délits fiscaux (passibles de l'emprisonnement), au sens des articles 186 et 187 LIFD.

2. ATAF du 21 janvier 2010 (« UBS III »)

a. Introduction

L'arrêt du Tribunal administratif fédéral, du 21 janvier 2010²⁴, met un frein provisoire à la mise en œuvre complète de l'accord UBS du mois d'août 2009. En effet, dans cet arrêt retentissant, le Tribunal administratif fédéral ne partage pas l'opinion des négociateurs de l'accord. En substance, il juge que l'accord UBS est un accord amiable qui, en tant que tel, ne peut déroger à la CDI de 1996 et notamment ne peut prévoir des définitions contraires à des termes qui sont définis de façon contraignante dans cette CDI. En outre, la notion de « *tax fraud and the like* » ne saurait inclure la soustraction répétée de montants importants, telle que définie dans l'annexe à l'accord. Voici en résumé, le raisonnement suivi par le Tribunal administratif fédéral.

b. Les faits

On rappellera tout d'abord sommairement l'état de fait. Sur la base de l'accord du 19 août 2009, l'IRS dépose une demande d'assistance à l'AFC le 31 août 2009. Elle vise les comptes pour lesquels l'UBS (i) n'est pas en possession d'un formulaire W9 rempli par le contribuable et (ii) n'a pas communiqué au fisc américain le nom du contribuable concerné au moyen du formulaire 1099. Le 1^{er} septembre 2009, l'AFC rend une décision d'exécution à l'égard de l'UBS en lui sommant de lui remettre les informations sur les comptes visées dans l'annexe à l'accord 2009. L'UBS communique le dossier de A. à l'AFC le

²⁴ ATAF 2010/7 du 21 janvier 2010 (A-7789/2009) ; voir à ce propos, notamment, REICH MARKUS, « Das Amtshilfeabkommen in Sachen UBS oder die Grenzen der Staatsvertragskompetenz des Bundesrats », *FStR* 2010 p. 111 ss ; COTTIER THOMAS, « *Tax fraud or the like* : Überlegungen und Lehren zum Legalitätsprinzip im Staatsvertragsrecht », *RDS* 2011 I p. 97 ss.

9 novembre 2009 et par décision finale du 17 novembre 2009, l'AFC conclut que les conditions de l'assistance sont remplies. A. fait recours au TAF.

c. L'analyse juridique

Sous l'angle *formel*, le Conseil fédéral est effectivement compétent pour mettre en œuvre l'assistance administrative sur la base des CDI. Dans le contexte de la CDI avec les Etats-Unis, le Conseil fédéral a fait usage de cette compétence en édictant l'ordonnance. L'AFC, comme le confirme le Tribunal administratif fédéral, saisie d'une demande d'assistance, doit se borner d'abord à un examen préalable *prima facie* (art. 20c, al. 1). Ensuite, dans la décision finale, l'AFC doit alors se prononcer sur la question de savoir s'il y a un soupçon fondé de « fraude fiscale ou délit analogue ».

Quant au *fond*, les autorités doivent appliquer le droit international (art. 190 Cst.²⁵). Les CDI qui reprennent les normes du Modèle OCDE sont à interpréter à la lumière de celle-ci et de son commentaire. En droit fiscal international, les *accords amiables* jouent un grand rôle. L'article 25 CDI USA règle sous ce titre trois procédures. Est particulièrement concernée ici, la procédure amiable, selon laquelle les autorités peuvent s'entendre pour corriger des doutes sur l'interprétation ou l'application de la CDI. On admet que l'accord amiable est un accord de droit international public sous la forme d'un accord administratif. Même si la question est controversée, le Tribunal administratif fédéral confirme que de tels accords ne sauraient compléter ou modifier une CDI.

Le Tribunal administratif fédéral procède alors à une analyse détaillée des normes de la CDI 1996, de son protocole, de l'accord amiable du 23 janvier 2003 et de l'accord 2009. Il considère que, lorsqu'il y a plusieurs accords tombant sous le coup de l'article 190 Cst., il faut d'abord clarifier leur rapport entre eux. Selon l'article 3, paragraphe 2 CDI 96, lorsqu'un terme n'est pas défini dans la CDI, il a le sens que le droit de cet Etat lui attribue. Il faut donc voir si le terme « *tax fraud and the like* » est défini dans la CDI. Tel est le cas, notamment dans l'article 10 du protocole. Il faut ensuite vérifier si l'accord de 2009 doit être considéré comme un accord ultérieur, au sens de l'article 31, paragraphe 3, lettre a de la Convention de Vienne du 23 mai 1969 sur le droit des traités (CV)²⁶. Tant l'accord de 2003 que l'accord UBS de 2009 sont des accords amiables. En interprétant le texte et la volonté des parties, on ne peut admettre que l'accord 2009 soit du même rang que la CDI 96. En tant qu'accord amiable, il doit rester dans le cadre de l'article 26.

En conclusion, la demande doit être examinée à la lumière de l'article 26 CDI 1996 et les constellations de l'accord de 2009 ne trouvent application que

²⁵ Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999 (RS 101).

²⁶ RS 0.111.

pour autant qu'elles se situent dans le cadre de celle-ci. Suivant cette logique, le Tribunal administratif fédéral analyse ensuite si le comportement décrit dans la demande constitue une « *tax fraud or the like* » au sens de l'article 26 CDI 1996 et du chiffre 10 du protocole. En l'espèce, il s'agit d'un contribuable domicilié aux USA qui tombe sous le coup des critères 2/A/b de l'accord 2009. Cette personne n'a ni mis en place un édifice mensonger, ni utilisé de faux documents. Il faut donc uniquement examiner si une infraction fiscale répétée et lourde constitue un comportement frauduleux, au sens de l'article 26 CDI, en liaison avec le chiffre 10 du protocole.

Le Tribunal administratif fédéral parvient alors à la conclusion que la simple soustraction d'impôt, même continue et au moyen de montants importants, ne saurait constituer une fraude fiscale ou délit semblable, au sens de l'article 26 CDI. Il se base notamment sur les éléments suivants :

- La notion de fraude, au sens de l'article 26 CDI, vise non seulement l'usage de faux de l'article 186 LIFD, mais aussi l'escroquerie fiscale selon l'article 14, alinéa 2 DPA.
- La deuxième phrase du chiffre 10 du protocole semble indiquer que cette notion n'est pas exhaustive et vise aussi des comportements qui sont frauduleux au moment de la demande. La jurisprudence tient toutefois au terme de « frauduleux » et a toujours admis qu'un simple mensonge n'était pas encore astucieux. Le silence peut l'être, mais seulement si le fraudeur compte sur le non-contrôle ou qu'il n'y en aura pas en raison d'un rapport de confiance particulier.
- Certes, l'article 190 LIFD érige au rang de « graves infractions fiscales » non seulement la fraude fiscale, mais aussi la soustraction répétée de montants importants. Mais cette norme n'est pas applicable et, par cette argumentation, on oublie que la grave soustraction reste une soustraction d'impôt. L'importance du montant de l'impôt n'est d'ailleurs pas décisive pour appliquer l'article 190 LIFD.
- Les parties n'ont, de plus, pas fait valoir que les tribunaux américains auraient développé une notion conventionnelle du comportement frauduleux, au sens de l'article 26 CDI 96. Certes il faudrait alors prendre en compte un tel jugement mais il ne serait de toute façon pas déterminant pour le Tribunal administratif fédéral.

La CDI de 1996 exige donc un comportement frauduleux, terme qui peut viser diverses constellations. Il faut en tous cas un comportement qui va au-delà du laisser faire. Par exemple, l'usage d'une société *offshore* pour tromper le fisc américain lié à l'absence du « jeu de la SA » peut s'avérer frauduleux, conformément à l'arrêt du Tribunal administratif fédéral du 5 mars 2009. Cela dit, tant que le contribuable n'a rien fait d'autre que de ne pas déclarer des

avoirs ou un compte ou n'a pas envoyé le formulaire W9, il commet une soustraction d'impôt et n'agit pas frauduleusement, au sens de l'article 26 CDI.

Au surplus, il faut rappeler que, traditionnellement, les CDI ont pour but de lutter contre la double imposition et qu'avant la décision du 13 mars 2009, la position de la Suisse était très réservée en matière d'assistance. Déjà la solution de l'assistance en cas de fraude est un élargissement de la position traditionnelle. Un élargissement au sens de l'OCDE n'était pas visé à l'époque, ce que l'accord amiable de 2003 confirme d'ailleurs. La modification de la réserve de la Suisse en 2004 à l'article 26 du Modèle OCDE ne fait d'ailleurs que confirmer ce point de vue.

d. Commentaire

Le jugement du Tribunal administratif fédéral, plutôt courageux, a été un véritable coup de tonnerre. Il faut reconnaître qu'il donne une définition correcte de la notion de « *tax fraud and the like* ». Son approche donne en effet la préférence à l'interprétation admise jusqu'ici par la jurisprudence du Tribunal fédéral. En effet, ce dernier a toujours reconnu que la notion de « *tax fraud and the like* » est reprise de celle d'escroquerie fiscale au sens de l'EIMP et suppose donc nécessairement l'usage de manœuvres, de machinations ou d'un édifice de mensonges (y compris l'usage de documents faux ou incomplets)²⁷.

L'article 10 du protocole 1996 donne d'ailleurs une définition de la notion de *tax fraud and the like* qui est en réalité une reprise de la jurisprudence du Tribunal fédéral. On y retrouve les deux éléments alternatifs traditionnels, à savoir l'usage de faux documents et de manœuvres ou d'une manière plus générale d'édifices mensongers. Le terme de « *scheme of lies* », que l'on retrouve dans le protocole n'est rien d'autres que la traduction anglaise de ce terme (en allemand « *Abgabebetrug* ») qui se trouve dans la jurisprudence de notre Haute Cour. On voit donc mal comment, de bonne foi, au sens de l'article 31 CV, on peut interpréter l'article 26 CDI comme englobant la soustraction d'impôt, même de montants importants, dès lors que l'élément subjectif de l'astuce fait défaut.

Certes, l'article 10 du protocole permet une interprétation évolutive de la notion de « *tax fraud and the like* », mais uniquement pour les « comportements délictueux [*fraudulent*] », donc nécessairement accompagnés d'actes astucieux. Le mot « comportement délictueux » (« *fraudulent conduct* »), dans le texte du protocole, ne saurait viser une soustraction – même pour un montant important – qui n'est pas considérée comme un délit fiscal en droit suisse. Le caractère délictuel se traduit d'ailleurs dans le texte anglais comme « *fraudulent* » qui fait donc bien référence à une attitude subjective de la personne concernée. Enfin, à notre avis, la référence à l'article 190 LIFD, qui

²⁷ Arrêt du TF 2A.185/2003, 27 janvier 2004, consid. 4.

érige au rang de graves infractions fiscales également la soustraction de montants importants, n'est d'aucun secours. D'ailleurs, l'article 190 LIFD existait déjà au moment des négociations et de la conclusion de la CDI de 1996. Les parties à cet accord auraient donc pu en tenir compte, si elles l'avaient souhaité, et inclure dans la définition de « *tax fraud and the like* », la soustraction de montants importants.

En conséquence, il paraît évident que l'accord UBS 2009 va au-delà de la CDI car il élargit la définition conventionnelle de la notion de « *tax fraud and the like* ». Il restait donc à savoir si l'accord de 2009 devait l'emporter sur la CDI. Or les négociateurs eux-mêmes dans le texte de cet accord faisaient référence à l'article 28 de la CDI (procédure amiable). Comme le dit le Tribunal administratif fédéral à juste titre, un accord amiable, à l'instar de l'accord en question, ne peut qu'interpréter les normes de la CDI et non pas déroger à celle-ci. La notion de « *tax fraud and the like* » telle que définie dans la CDI de 1996, qui se réfère à la notion d'escroquerie fiscale, demeure donc déterminante et ne saurait englober la soustraction d'impôts, même importante.

3. *Le protocole du 31 mars 2010*

L'arrêt du Tribunal administratif fédéral du 21 janvier 2010 place la Confédération et l'UBS devant une impasse. Pour trouver une solution à cet imbroglio juridique, et éviter notamment une renégociation de l'accord UBS, voire des mesures de rétorsion américaines, le Gouvernement suisse conclut alors un nouveau protocole avec les USA, en date du 31 mars 2010 (protocole 10). Ce texte, qui se fonde globalement sur l'accord UBS de 2009, est finalement ratifié par le Parlement fédéral, en date du 17 juin 2010, sans être soumis au référendum. On pense que l'affaire est désormais réglée. C'était sans compter sur la ténacité des plaideurs, notamment une certaine Madame A...

4. *ATAF du 15 juillet 2010 (« UBS IV »)*

a. Les faits

Cet arrêt²⁸, très intéressant²⁹, pose encore une fois la question de la validité de l'accord UBS, dans sa nouvelle version du protocole 10, postérieurement à sa ratification par le Parlement fédéral. Le Tribunal administratif fédéral, qui vient de déclarer invalide l'accord UBS de 2009, doit cette fois se pencher sur la nouvelle version de 2010.

²⁸ ATAF 2010/40 du 15 juillet 2010 (A-4013/2010).

²⁹ Voir à ce propos, notamment BONNARD YVES, GRISEL GUILLAUME, « L'Accord UBS : spécificités, validité, conformité aux droits de l'homme », RDAF 2010 II p. 361 ss.

Dans cette affaire, Madame A., résidente américaine, titulaire d'un compte auprès de l'UBS, contestait la remise par l'AFC de son dossier – et celui de son mari entretemps décédé – à l'IRS. Le 3 mai 2010, l'AFC avait en effet communiqué à son mandataire une décision finale du 20 avril 2010 confirmant que les conditions de l'assistance étaient remplies. Madame A. interjette alors un recours auprès du Tribunal administratif fédéral, en date du 2 juin 2011. Le Tribunal administratif fédéral prend alors position sur la base des considérants suivants.

b. L'analyse juridique

ba. Méthodologie

Le tribunal rappelle tout d'abord que si les autorités doivent appliquer le droit international, en vertu de l'article 190 Cst., cette norme ne contient aucune règle sur les éventuels conflits entre différentes normes de droit international. Il faut donc d'abord régler par interprétation cet éventuel conflit en tenant toutefois compte du principe selon lequel le droit international l'emporte sur le droit interne. Le droit suisse applique de surcroît le système moniste. A moins que le législateur ait clairement voulu adopter une loi en violation du droit international (« *Schubert-Praxis* »), le droit international l'emporte sur le droit interne. Le Tribunal administratif fédéral, selon l'article 190 Cst., doit appliquer le droit international même si celui-ci viole la Constitution.

Le droit international s'interprète à la lumière de la convention de Vienne (CV) et notamment des articles 31 ss CV. L'application anticipée d'un accord international est possible, aux conditions de l'article 25, paragraphe 1 CV, à savoir par une volonté concordante des parties. Lorsqu'il y a plusieurs accords en vigueur sur le même objet, l'article 30 CV règle les critères pour juger des droits et obligations des deux Etats, à moins que ceux-ci n'aient fixés des règles différentes. L'article 30, paragraphe 3 CV prévoit notamment la règle *lex posterior*.

Afin de répondre à la question de savoir si l'AFC doit fournir l'assistance à l'IRS, le Tribunal administratif fédéral procède en deux temps. Il analyse tout d'abord toutes les normes internationales déterminantes, à savoir, outre les règles de la CV, les règles de la CDI US 96, l'accord UBS DE 2009 ainsi que le protocole 10, les règles de la CEDH et du Pacte international du 16 décembre 1966 relatif aux droits civils et politiques (Pacte ONU II)³⁰ (ci-après bb). Enfin, le tribunal clarifie le rapport entre ces différentes règles internationales (ci-après bc).

³⁰ RS 0.103.2.

bb. Les normes internationales pertinentes

Le protocole 10, conclu le 31 mars 2010, a remodelé l'accord UBS de 2009. Il a supprimé toutes références à l'article 25 CDI (procédure amiable) et le renvoi à l'article 10, paragraphe 2 du protocole à la CDI 1996. L'annexe au protocole 10 reprend les critères permettant l'octroi de l'assistance internationale. Cet accord, même s'il n'a pas été soumis au référendum facultatif, n'en contient pas moins des règles obligatoires de droit international public. Il en serait différent si la non-soumission au référendum violerait ouvertement des règles internes de compétence, au sens de l'article 46 CV. Cela n'est toutefois pas le cas. Déjà en Suisse, la soumission de cet accord au référendum est une question très controversée. On ne peut donc pas dire que pour les USA il y aurait eu une violation ouverte et reconnaissable des normes de compétence, selon le principe de la bonne foi, et cela même si la non-soumission au référendum aurait heurté le droit interne.

Il en va de même pour l'article 9, alinéa 2 de l'accord 10 qui prévoit l'application anticipée de l'accord. Pour une telle application on ne saurait non plus affirmer qu'il y a une violation ouverte et reconnaissable des normes internes de compétence. Le Conseil fédéral est en effet manifestement compétent pour prendre des mesures anticipées pour sauvegarder l'intérêt important de la Suisse.

La CEDH est un accord multilatéral de droit public international. Celle-ci peut s'appliquer mais pour autant qu'elle entre dans le champ de protection d'un des droits fondamentaux qu'elle garantit, dans le cadre de la question à examiner de l'admissibilité de l'assistance. Il convient d'examiner les articles 6, 7 et 8 CEDH.

En ce qui concerne l'article 6 CEDH, il protège uniquement dans le cadre de droits et obligations de nature civile ou pénale, étant entendu que ces notions sont à interpréter dans le sens que leur confère la CEDH. Selon la jurisprudence de la CEDH, toutefois, les demandes d'entraide ne sont ni l'un ni l'autre. La décision de livrer des données concerne exclusivement la mise en œuvre d'obligations convenues dans le cadre d'accords internationaux. Les garanties de l'article 6 ne sont donc pas applicables³¹. Ces considérants valent aussi pour la procédure d'assistance administrative. Ceci est valable même dans la procédure d'extradition, sauf si le risque existe que les droits fondamentaux soient violés. Ce qui n'est ici manifestement pas le cas.

L'article 7 CEDH (*principe de non rétroactivité*) ne s'applique également qu'à la procédure pénale. A l'instar de l'article 6, une procédure d'entraide se borne à décider si des données doivent être remises à un autre Etat. Il s'agit donc d'une procédure pour laquelle l'article 7 et notamment *l'interdiction de*

³¹ Avec référence à l'ACEDH du 1 décembre 1986, *M. contre Suisse*, n° 11514/85, consid. 1.

rétroactivité ne s'applique pas. La poursuite de la procédure pénale, dans laquelle la partie recourante fait valoir ses droits selon la procédure de l'Etat requérant, est du ressort de cet Etat.

L'article 8 CEDH vise la protection de la sphère privée, dont la protection de données personnelles fait partie. Si un Etat prend connaissance de certains aspects de la vie privée, il lui est fondamentalement interdit d'enregistrer ces informations ou de les utiliser pour des buts différents que le but de leur obtention³². La situation financière d'une personne fait partie de sa sphère privée. L'échange d'information tombe ainsi dans la sphère de protection de l'article 8 CEDH. Pour protéger la sphère privée l'Etat, d'une part, a obligation négative d'empêcher les entraves à celle-ci. D'autre part, il a l'obligation positive de garantir cette sphère par la législation, la jurisprudence et l'administration. La Suisse remplit cette obligation par la loi sur la protection des données et de la sphère privée.

Quant à l'article 17 du Pacte ONU II, il prohibe les atteintes illégales ou arbitraires dans la vie privée. Cette disposition ne va pas au-delà de l'article 8 CEDH. De même, il est douteux que les données financières heurtent ce droit. La question peut toutefois demeurer ouverte.

Toutes les dispositions conventionnelles précitées sont *self executing*. On peut donc en tirer directement une décision.

bc. Hiérarchie entre normes internationales

Lorsqu'il y a plusieurs normes qui tombent sous l'article 190 Cst., pour juger de l'admissibilité de l'assistance internationale, il faut d'abord analyser leur relation. En droit international, à l'exception de l'article 103 de la Charte des Nations Unies, il n'existe en principe aucune hiérarchie. On applique alors les principes *lex specialis* ainsi que *lex posterior*.

On admet toutefois que le droit international impératif (*jus cogens*) ne peut être restreint, même par des accords internationaux postérieurs (sanction de nullité). Le *jus cogens* comprend les droits de l'homme élémentaires, le droit à la vie, l'interdiction de l'esclavage, de la prison collective, de la responsabilité personnelle dans la procédure pénale et le non-refoulement. Même si la définition du droit international impératif est parfois controversée, le Tribunal administratif fédéral considère que d'autres droits fondamentaux, comme la garantie de la propriété, la liberté économique, le droit d'être entendu ou à une procédure équitable, selon l'article 6 CEDH, ou à un recours effectif, selon l'article 13 CEDH, ne font fondamentalement pas partie du *jus cogens*.

Lorsque plusieurs accords fiscaux sont en concurrence, à l'instar de la CDI de 1996 et du protocole 10, il faut d'abord trancher le rapport entre eux. Selon

³² Avec référence aux ACEDH, *Leander*, du 26 mars 1987, n° 9248/81, et *Marper*, du 4 décembre 2008, nos 30562/04 et 30566/04.

son texte, le protocole 10 modifie l'accord de 2009. De plus, cet accord international n'est plus un accord amiable mais est du même rang que la CDI de 1996. Il s'agit donc d'un cas d'application de l'article 30, paragraphe 3 CV, selon lequel l'accord ancien ne trouve application que dans la mesure où il est compatible avec le plus récent. Enfin, ni l'article 8 CEDH, ni l'article 17 du Pacte ONU II, ne font partie du *jus cogens*. L'accord international 10 l'emporte ainsi sur la CEDH. Cela est également confirmé par les principes *lex posterior* et *lex specialis*.

Une question se pose encore. On peut en effet se demander si, à la suite de certains auteurs, la CEDH, certes en dehors du *jus cogens*, ne ferait pas partie d'une sorte d'ordre public européen, qui l'emporterait sur des accords spécifiques³³. Le Tribunal administratif fédéral se contente de laisser la question ouverte, car selon lui, même si tel devait être le cas, cela ne changerait pas le fait que le protocole 10 l'emporte sur la CDI de 1996. En effet, tous droits fondamentaux, notamment le respect de la sphère privée, peuvent être restreints, dans la mesure où les conditions traditionnelles sont remplies (base légale, intérêt public et proportionnalité).

En l'espèce, la demande repose sur le protocole 10, accord international qui constitue une base légale suffisante. Certes, cette norme vise un concept, celui de fraude fiscale et délit analogue, mais pour un cas concret de personnes, soit 4450 clients de l'UBS. Cet accord est donc général et concret (et non abstrait). Mais il faut examiner l'exigence de la *base légale* selon l'article 8, paragraphe 2 CEDH qui ne correspond pas nécessairement à celles du droit suisse. Le protocole 10, selon le Tribunal administratif fédéral, est ainsi une base légale suffisante au sens de la CEDH. Cela paraît d'autant plus vrai que les données sur le revenu et la fortune d'une personne ne sont pas des informations particulièrement sensibles. L'article 8, paragraphe 2 CEDH exige en outre que la restriction au droit fondamental se fonde sur un *intérêt public* admissible, parmi lequel le bien économique d'un pays. En l'espèce, le Conseil fédéral repose sa demande sur un tel objectif d'intérêt public. Pour l'UBS, il s'agit d'une banque dans la taille est systémique. Enfin, la restriction doit être nécessaire dans une société démocratique, c'est à dire respecter le principe de *proportionnalité*. Tel apparaît bien être le cas ici, au vu de l'ampleur du problème posé. Le même raisonnement est aussi valable pour l'article 17 du Pacte ONU II.

En l'espèce, selon la décision finale de l'AFC, le cas correspond à celui de la catégorie 2/A/b de l'annexe au protocole 10, à savoir la situation d'une résidente aux Etats-Unis qui détient un compte non déclaré portant sur une

³³ Le TAF s'appuie notamment sur l'ATF 126 II 324, consid. 5.4.1 et sur la doctrine, en particulier FROWEIN JOCHEN, PEUKERT WOLFGANG, *Europäische Menschenrechtskonvention*, 3^{ème} éd., Kehl am Rhein, 2009, n° 5-6 *ad* Einführung ; VILLIGER MARK, *Handbuch der Europäischen Menschenrechtskonvention (EMRK)*, 2^{ème} éd., Zurich, 1999, n° 16.

soustraction continue de montants importants. Ni la CDI de 1996, ni l'accord international 10, ni l'ordonnance d'application de la CDI, ne contiennent des normes sur les exigences à remplir pour la demande de l'IRS. L'article 1, paragraphe 6 du protocole 10 confirme qu'il n'est pas nécessaire de mentionner les noms des clients américains d'UBS dans la procédure d'entraide.

Les accords de droit international public doivent être interprétés selon la CV. En particulier, il faut rappeler ici que le but de l'accord 10 est de régler un conflit de souveraineté entre la Suisse et les USA. D'un côté, la Suisse accepte – contrairement à sa pratique – de livrer l'assistance également en cas de soustraction lourde, de l'autre, les USA acceptent de recourir à l'assistance et ne pas utiliser des mesures unilatérales. Cet accord permet également de réduire la demande initiale de l'IRS, portant sur 52 000 comptes, à environ 4450 comptes.

Dans la catégorie visée, sont concernées les personnes physiques domiciliées aux USA qui, durant 2001 à 2008, disposent de « *undisclosed (non W9) custody accounts* » et « *banking deposits* » auprès de l'UBS et sur lesquels durant cette période plus d'un million de francs se trouvent. Le terme « et » vise logiquement une alternative. Pour que l'assistance soit accordée, il faut en outre que durant une période minimale de trois ans, le compte ait généré un revenu de 100'000 francs. Au surplus, la notion de « revenu » est définie de façon spécifique dans l'accord. Le gain en capital notamment correspond à 50% du produit brut de la vente. Certes, on doit reconnaître que la définition du gain en capital n'est pas adéquate. Elle peut même conduire à ce qu'une personne sans revenu soit visée. Le Tribunal administratif fédéral est toutefois lié par les critères ainsi fixés dans l'annexe. Enfin, il convient de préciser que la limite ainsi fixée vise non pas le titulaire du compte ou son ayant droit économique, mais le compte lui-même.

bd. Conclusion

En l'espèce, la recourante était domiciliée aux USA et ayant droit économique du compte. Elle remplit également les critères de l'annexe. Le fait que son mari, entretemps décédé, était également titulaire du compte ne joue aucun rôle car les critères visent le compte lui-même. Enfin, les griefs sur l'absence de tribunal impartial, ou le non-respect du droit d'être entendu, n'ont été développés que sommairement, de telle sorte que dans cette constellation on ne voit pas en quoi ils auraient été violés. Le recours est donc intégralement rejeté.

c. Commentaire

Cet arrêt mériterait à lui seul une analyse détaillée qui dépasse le cadre de cette contribution. Quant au résultat, il paraît discutable sur de nombreux

points. Fondamentalement, le Tribunal administratif fédéral conclut que le protocole de 2010, contrairement à l'accord précédent de 2009, est devenu un véritable traité international et qu'il peut par conséquent, en vertu des principes *lex posterior* et *lex specialis*, déroger à la CDI de 1996. Même si les définitions qu'il prévoit (notamment la notion de fraude fiscale élargie à la soustraction de montants importants d'impôts, ou la définition du « *capital gain* »), sont parfois hautement discutables, le Tribunal administratif fédéral est lié par cet accord international.

On ne peut s'empêcher de sentir un certain malaise à la lecture de cet arrêt. Déjà, le principe du parallélisme des formes n'est pas vraiment respecté car le protocole de 2010, contrairement à la CDI de 1996, n'a pas été soumis au référendum. De plus, le texte de cet accord – et notamment les fameuses annexes – correspond à l'accord 2009 et ce n'est que sous l'angle formel, de par la procédure d'adoption et l'abandon de la référence à la procédure amiable, que le protocole a été érigé au rang de traité international. Pour autant, le raisonnement du Tribunal administratif fédéral nous paraît encore défendable. En effet, il semble indéniable que le protocole a été renégocié comme un traité international et ratifié par le Conseil fédéral après soumission au Parlement. De plus, le protocole 10 est général et concret et certainement pas de même portée que la CDI de 1996. Sa non-soumission au référendum paraît encore soutenable³⁴.

Plus problématiques nous paraissent en revanche certaines considérations sur la rétroactivité de l'accord, d'une part, et sur la non-application des règles de la CEDH, tels que les articles 6 ou 8, d'autre part.

En premier lieu, le rejet pur et simple de l'application du principe de *non-rétroactivité* (art. 7 CEDH) paraît contestable³⁵. Pour le Tribunal administratif fédéral, ce principe est inopérant car on se trouve dans la procédure d'entraide administrative et non dans la procédure pénale. Il faut pourtant bien voir que l'accord, datant de 2010, porte sur les années 2001 à 2008 et englobe des comportements (notamment la soustraction de montants importants) qui n'étaient jusqu'ici pas qualifiés de « fraude et délit semblable » et donc ne pouvaient faire l'objet d'une demande d'entraide auparavant. La procédure d'assistance vise ici une procédure qui est qualifiée de fraude fiscale aux Etats-Unis et peut aboutir à l'emprisonnement du contribuable visé. On rappellera également que la Cour européenne a déjà jugé que les infractions fiscales (fraude fiscale ou soustraction d'impôt) constituent, de par leur finalité à la fois préventive et répressive, des sanctions « pénales » au sens de l'article 6

³⁴ En ce sens également, REICH (n. 24) p. 111 ss.

³⁵ Voir à ce propos, UHLMANN FELIX, TRÜMLER RALPH, « "Das Rückwirkungsverbot ist im Bereich der Amtshilfe nicht von Bedeutung" – Überlegungen zum Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 15. Juli 2010 betreffend den UBS-Staatsvertrag », *RDS* 2011 I p. 139 ss.

CEDH³⁶. On ne voit donc pas pourquoi le principe de non-rétroactivité ne serait pas applicable en l'espèce³⁷. Comme le relèvent certains auteurs, en droit administratif, l'idée de l'application immédiate de normes de procédure, vise les procédures en cours, et non pas l'introduction de nouvelles procédures – pouvant déboucher sur une condamnation de droit pénal fiscal – portant sur des états de faits achevés³⁸.

En second lieu, il nous paraît nécessaire aujourd'hui de remettre en cause la jurisprudence tendant à dénier aux parties concernées le droit d'invoquer l'article 6 CEDH dans la procédure d'assistance internationale. L'accent a été focalisé sur l'efficacité de l'échange de renseignements et des modifications fondamentales se sont produites dans ce domaine ces cinq dernières années en faveur des Etats. Il paraît indispensable que ces changements s'accompagnent de la mise en œuvre de règles de procédure tendant à protéger les droits constitutionnels et de procédure des parties concernées³⁹. La Suisse est consciente de cette exigence par la mise en œuvre d'une ordonnance d'application (OACDI)⁴⁰, entrée en vigueur le 1^{er} octobre 2010, et suivie vraisemblablement prochainement par une loi fédérale en la matière⁴¹.

En droit suisse, en matière d'assistance internationale en matière fiscale, les *garanties de procédure* administrative doivent être respectées. Contrairement à la procédure pénale fiscale interne contre le contribuable (p. ex. en cas de soustraction), qui a été considérée comme une accusation en matière pénale au sens de l'article 6 CEDH, le Tribunal fédéral a jugé, dans un arrêt ancien, que, quels que soient les enjeux, la procédure de coopération (assistance) interne qui se déroule en Suisse, en tant qu'Etat requis ou requérant, ne porte ni sur une accusation en matière pénale, ni sur une contestation de nature civile, au sens de l'article 6 CEDH⁴². Cette jurisprudence est en quelque sorte confirmée par le Tribunal administratif fédéral dans l'arrêt du 15 juillet 2010. Dans ce dernier arrêt, le Tribunal administratif fédéral a toutefois laissé ouverte la

³⁶ Voir, notamment, les ACEDH, *Benedouin c. France*, du 24 février 1994, n° 12547/86 ; et *J. B. c. Suisse*, du 3 mai 2001, n° 31827/96.

³⁷ Voir aussi les critiques de BONNARD/GRISEL (n. 29) p. 397 ; BEHNISH (n. 15) p. 745.

³⁸ UHLMANN/TRÜMLER, (n. 35) p. 154.

³⁹ Voir à ce propos OBERSON XAVIER, « Le modèle OCDE d'accord en matière d'échange de renseignements – un tournant », *StR* 2003 p. 423 ss ; GANGEMI BRUNO, « International Mutual Assistance Through Exchange of Information », IFA General Report, LXXVb *Cahiers de droit fiscal international*, The Netherlands, 1990, p. 74 ss.

⁴⁰ Ordonnance du Conseil fédéral du 1^{er} septembre 2010 relative à l'assistance administrative d'après les conventions contre les doubles impositions (OACDI ; RS 672.204).

⁴¹ Voir le projet de loi fédérale sur l'assistance internationale en matière fiscale (LAAF) dont la procédure de consultation vient de s'achever.

⁴² Voir, notamment, les ACEDH *Benedouin c. France*, du 24 février 1994, n° 12547/86 ; et *J. B. c. Suisse*, du 3 mai 2001, n° 31827/96 ; en droit suisse, voir ATF 118/1992 Ib 436, *B. et C. Corp.*, consid. 4a.

question de savoir si les normes de la CEDH (notamment l'art. 6 ou l'art. 8) ne faisaient pas partie d'une sorte « d'ordre public européen »⁴³.

Il n'est pas dans notre propos d'entrer en matière sur la qualification d'ordre public européen, dans le cadre restreint qui est ici le nôtre. Nous sommes toutefois d'avis que l'article 6 CEDH trouve application dans le cadre de la procédure d'assistance internationale, dans la mesure où elle porte sur une infraction fiscale qui tombe dans le champ d'application de cette norme en tant qu'« infraction pénale ». La procédure de soustraction d'impôt ou de fraude fiscale, selon la jurisprudence, est qualifiée de « pénale », au sens de l'article 6 CEDH⁴⁴. On ne voit guère pourquoi l'article 6 CEDH trouverait application dans le cadre de telles procédures purement internes et ne saurait ensuite plus être garanti dès que cette procédure dépasse la frontière d'un Etat⁴⁵.

L'article 6 CDEH inclut notamment la possibilité pour une personne de ne *pas témoigner contre soi-même*. Un Etat contractant pourrait ainsi refuser de fournir des renseignements dans la mesure où les règles internes sur la non-incrimination le lui empêcheraient. En principe, comme le relève le Commentaire OCDE, cette règle ne devrait avoir que peu d'incidence en matière d'assistance en matière fiscale, car le droit de ne pas témoigner contre soi-même (garanti notamment à l'art. 6 CEDH) ne s'applique qu'auprès d'une personne qui risque une poursuite pénale⁴⁶. Il nous paraît ainsi que la présomption d'innocence, qui inclut le droit de ne pas témoigner contre soi-même, devrait s'appliquer lorsque la procédure d'assistance porte sur des infractions fiscales (y compris la soustraction d'impôt).

Quoiqu'il en soit, la personne impliquée peut de toute manière invoquer en particulier le droit d'être entendu (en droit suisse, voir notamment l'art. 29, al. 2 de la Constitution fédérale), qui comprend le droit de consulter le dossier, le droit de participer à l'établissement des faits, comme de recevoir une décision motivée⁴⁷. Cet aspect sera d'ailleurs confirmé dans l'arrêt suivant du Tribunal administratif fédéral.

Enfin, on doit admettre également que le protocole 10 porte atteinte à l'article 8 CEDH. Le Tribunal administratif fédéral reconnaît d'ailleurs que les informations financières d'une personne font partie de sa sphère privée. L'application du droit à la protection de la sphère privée, garanti par la CEDH, à l'égard d'un accord international postérieur est toutefois laissée ouverte par le tribunal, dès lors que les conditions de restriction à ce droit sont remplies.

⁴³ ATAF 2010/40 du 15 juillet 2010 (A-4013/2010), consid. 6.4.

⁴⁴ Voir *supra* note 42.

⁴⁵ Dans le même sens, BONNARD/GRISEL (n. 29) p. 398 ss.

⁴⁶ Commentaire OCDE de convention de double imposition, ad art. 26.

⁴⁷ AUER ANDREAS, MALINVERNI GIORGIO, HOTTELLIER MICHEL, *Droit constitutionnel suisse*, vol. 2 « Les droits fondamentaux », 2^{ème} éd., Berne, 2006, p. 610.

La doctrine est de toute manière d'avis que, même si les droits de l'homme ne font pas partie du *jus cogens*, ils se caractérisent par une certaine permanence ou intangibilité⁴⁸. L'Etat, lorsqu'il a ratifié la CEDH, s'est donc engagé à respecter ces droits par la suite. Le Tribunal administratif fédéral a donc eu raison d'examiner si les conditions de restriction à l'article 8 étaient ou non remplies.

5. Arrêt du Tribunal administratif fédéral du 21 septembre 2010 (A-4936/2010) (« UBS V »).

La saga, que l'on croyait définitivement enterrée par l'arrêt de juin 2010, n'est pourtant pas encore achevée. Nombreuses sont les personnes concernées qui n'ont en réalité pas été entendues dans le cadre de la décision d'accorder l'assistance. Le Tribunal administratif fédéral, dans un nouvel arrêt de principe, doit ainsi examiner la validité de cette problématique.

a. Les faits

Dans cette affaire, le dossier de Monsieur X., visé par la procédure UBS, a été transmis par l'UBS à l'AFC en date du 19 janvier 2010. Dans une décision finale du 7 juin 2010, l'AFC conclut que les conditions de l'assistance administrative sont remplies. Elle a transmis cette décision au mandataire de X. le 7 juin 2010. Celui-ci interjette recours le 7 juillet 2010. Monsieur X. fait alors notamment valoir qu'il n'a pas été au courant de la procédure d'entraide contre lui et ne pas pu faire valoir ses arguments devant l'AFC. En particulier, il n'a pas eu l'occasion d'informer celle-ci du fait qu'il n'était pas le bénéficiaire économique du compte litigieux.

b. L'argumentation juridique

L'AFC admet ne pas pouvoir prouver que l'UBS avait informé le contribuable que son dossier avait été transmis à l'AFC. Elle invoque que la publication dans des articles de presse devrait largement suffire.

Le Tribunal administratif fédéral n'est pas de cet avis. En l'occurrence, le droit d'être entendu n'a été respecté à aucun stade de la procédure devant l'AFC, dont l'intéressé ignorait même l'existence. L'AFC doit donc rendre une nouvelle décision après lui avoir donné l'occasion d'exercer son droit d'être entendu. Au passage, le Tribunal administratif fédéral confirme que les publications dans les journaux américains ne sont pas suffisantes pour informer le contribuable de l'ouverture de la procédure d'entraide

⁴⁸ BONNARD/GRISEL (n. 29) p. 385, avec référence à DE FROUVILLE OLIVIER, *L'intangibilité des droits de l'homme en droit international*, Paris, 2004.

administrative contre lui. Le Tribunal administratif fédéral a donc annulé la décision, tout en rappelant le caractère formel du droit d'être entendu⁴⁹.

Suite à cette affaire, le Tribunal administratif fédéral a admis diverses procédures pour violation du droit d'être entendu. A chaque fois, il a enjoint l'AFC à rendre une nouvelle décision suite aux arguments du recourant.

c. Commentaire

Cet arrêt n'appelle pas de commentaire particulier. La solution paraît évidente car le droit d'être entendu n'a manifestement pas été respecté. La publication dans des journaux ne saurait en effet remplacer ce droit fondamental. Cela dit, le Tribunal administratif fédéral n'a pas tranché le fond dans ces arrêts et simplement enjoint l'AFC à respecter le droit d'être entendu. Ensuite, dans la mesure où l'AFC confirme que les conditions de l'assistance sont remplies, la personne concernée peut encore recourir au Tribunal administratif fédéral. La transmission de son nom aux Etats-Unis est alors possible si les conditions matérielles de l'assistance sont réalisées.

6. Arrêt du Tribunal administratif fédéral du 23 mars 2011 (« *trust discrétionnaire* »)

a. L'analyse juridique

Dans cet arrêt⁵⁰, le Tribunal administratif fédéral était confronté au bénéficiaire d'un trust discrétionnaire qui estimait ne pas être visé par une procédure d'assistance internationale concernant un compte UBS, ouvert au nom du trust par le trustee.

Le Tribunal administratif fédéral s'est penché sur le sens à donner aux termes « *beneficial owner* » d'un trust. Selon ce jugement, la notion « *beneficially owned* », contenue dans le protocole 10 et ses annexes, se trouve dans un contexte différent de celle de « *beneficial owner* » (bénéficiaire effectif), utilisée dans la CDI. Cela résulte des buts différents poursuivis par ces deux accords. Le premier vise la transmission de renseignements relatifs à d'éventuelles infractions fiscales (« *tax fraud and the like* »), tandis que le deuxième cherche à éviter les doubles impositions. Ainsi, l'accord UBS sert à appréhender des situations où la société *offshore* (notion qui inclut les trusts et les fondations) ne sert qu'à contourner l'obligation de déclarer, ou respectivement si cette dernière a été utilisée à des fins de soustractions fiscales à l'égard des Etats-Unis. A la lumière de ces réflexions, le Tribunal administratif fédéral juge que les bénéficiaires d'un trust discrétionnaire et irrévocable ne sont pas des « *beneficial owners* » selon le protocole 10, étant donné qu'ils ne disposent

⁴⁹ Arrêt du TAF du 21 septembre 2010 (A-4936/2010).

⁵⁰ Arrêt du TAF du 23 mars 2011 (A-6903/2010).

d'aucun pouvoir sur les avoirs dudit trust. Le nom de ces bénéficiaires ne peut dès lors pas être communiqué à l'IRS.

b. Commentaire

Cet arrêt nous paraît juste dans son résultat. Les bénéficiaires d'un trust irrévocable et discrétionnaire n'ont en effet qu'une expectative aux rendements de celui-ci. Ils ne sauraient être qualifiés d'ayants droit économique. Encore faut-il que, sur la base des documents du trust, les bénéficiaires soient réellement dans l'expectative et ne disposent pas de droit de contrôle ou de direction sur l'utilisation de la fortune de celui-ci.

7. *Arrêt du Tribunal administratif fédéral du 12 décembre 2011*

Cet arrêt (A-2866/2011), rendu après la rédaction de cette contribution, confirme que la soustraction d'impôt n'ouvre pas la porte à l'échange de renseignements. Il s'agissait de l'actionnaire américain d'une BVI détentrice d'un compte non déclaré à qui l'on ne pouvait reprocher, aux dires du Tribunal administratif fédéral, de ne pas avoir « joué le jeu de la société »⁵¹. Il faut préciser que l'accord UBS de 2010 n'était, dans cette constellation, pas applicable.

IV. Un nouveau départ. L'article 26 de la nouvelle CDI de septembre 2009 avec les Etats-Unis

La nouvelle CDI, signée le 23 septembre 2009, est désormais fondée sur le Modèle OCDE. La notion de « *tax fraud or the like* » passe à la trappe. Selon le nouvel article 26, paragraphe 1, les Etats échangent les renseignements vraisemblablement pertinents pour appliquer les dispositions de la CDI ou pour l'administration ou l'application de la législation interne des Etats contractants. Cette disposition est l'émanation d'un principe général en matière d'échange de renseignements, ancré à l'article 26, paragraphe 1 du Modèle OCDE. Le texte diffère quelque peu du Modèle OCDE car il parle de « *may be relevant* » plutôt que de « *foreseeably relevant* (vraisemblablement pertinent) ». Toutefois, cette légère divergence, inspirée du droit américain, ne modifie en rien la portée de l'exigence de la pertinence des renseignements demandés⁵². Ce principe général exclut en soi les demandes de renseignements non fondées sur des éléments concrets qui ne visent qu'à aller à la pêche aux renseignements.

⁵¹ Voir l'arrêt du TAF du 12 décembre 2011 (A-2866/2011, consid. 10.5.4.2., page 50).

⁵² Du même avis : WALDBURGER ROBERT, « Neue Amtshilfebestimmungen in schweizerischen Doppelbesteuerungsabkommen », *IFF Forum* 2009 p. 275 ss, 281.

Pour le surplus, la nouvelle CDI correspond à la pratique suivie par la Suisse pour les autres CDI. Elle se distingue de celle-ci dans la définition de la personne objet de l'enquête. En effet, l'article 4, lettre a (i) du protocole prévoit que, lors d'une demande de renseignements, les autorités compétentes fourniront, notamment, des informations suffisantes pour *identifier la personne* faisant l'objet de l'enquête (typiquement le nom et, dans la mesure où il est connu, l'adresse, le numéro de compte ou des informations similaires). Cette formulation, qui s'écarte du Modèle OCDE, s'inspire en réalité du modèle américain de l'article 26. Sans entrer dans l'exégèse de l'interprétation de cette norme⁵³, elle exige à notre avis que l'information soit suffisante pour identifier une personne *précise*, à savoir celle qui fait l'objet de la requête⁵⁴. Le Message conforte cette opinion en précisant que : « L'identification claire du contribuable concerné est notamment requise. Elle se fait typiquement en communiquant le nom du contribuable concerné ainsi que d'autres éléments permettant d'identifier une personne sans ambiguïté si ceux-ci sont connus, tels que son adresse, son numéro de compte bancaire ou sa date de naissance. En outre, l'indication du nom du détenteur de renseignements demandés est absolument nécessaire, contrairement aux autres éléments détaillés, qui ne sont donnés que s'ils sont connus. Il s'ensuit que l'échange de renseignements est limité aux demandes concrètes dans des cas particuliers »⁵⁵.

La CDI a été approuvée le 18 juin 2010 par les Chambres fédérales mais n'est pas encore en vigueur. En effet, le 15 février 2011, la Suisse a décidé d'assouplir les conditions d'identification des contribuables et adapter les CDI déjà conclues. Selon cette nouvelle approche, les conventions devront être interprétées de telle manière qu'une demande d'assistance administrative émanant de l'étranger et ne constituant pas une pêche aux renseignements (« *fishing expedition* ») soit acceptée si l'identité de la personne concernée est établie non pas à l'aide du nom et de l'adresse, mais par d'autres moyens et même si l'Etat requérant ne connaît pas le nom et l'adresse du détenteur de l'information (en vertu des principes de la proportionnalité et de la praticabilité). Les conventions déjà approuvées par le Conseil national et le Conseil des Etats le 18 juin 2010, notamment celle avec les Etats-Unis, seront complétées par une clause interprétative. A mentionner qu'une fois ratifié par les deux Etats, l'article 26 de la CDI avec les Etats-Unis déploiera des effets à partir de la signature de la convention, soit à partir de 23 septembre 2009.

Des discussions ont été entreprises avec les Etats-Unis en vue de s'entendre sur la portée précise de l'article 26 de la CDI de 2009 aux cas de demandes portant sur des comportements systématiques et groupes de

⁵³ Voir OBERSON (n. 2) p. 146 ss.

⁵⁴ Du même avis, OESTERHELT STEFAN, « Amtshilfe im internationalen Steuerrecht der Schweiz », *Jusletter* 12 octobre 2009, n° 3.2, p. 21.

⁵⁵ Message CDI, p. 217 ss, 224.

contribuables (« *pattern of facts* »). A notre avis, comme déjà relevé, l'arrêt du Tribunal administratif fédéral (« UBS I ») précité n'est pas transposable dans le cadre de cette nouvelle CDI qui exige expressément l'identification du contribuable. Dans l'arrêt du 3 mars 2009 le Tribunal administratif fédéral a certes admis des demandes groupées de la part de l'IRS, mais sur la base de l'article 26 de la CDI de 1996 qui ne mentionnait pas une telle exigence. Le Parlement fédéral vient toutefois d'approuver, le 16 mars 2012, un arrêté concernant un complément à la CDI de 2009 qui admet les demandes d'assistance basées sur un modèle de comportement.

V. Sept leçons à tirer de l'affaire UBS

Sept leçons principales se dégagent de l'abondante jurisprudence développée dans la saga UBS. Nous ajouterons une conclusion.

1. Selon la CDI de 1996, il n'est pas nécessaire de donner *les noms* des personnes soupçonnées d'avoir commis le délit fiscal en cause. En revanche, les demandes tendant à aller à la *pêche aux renseignements* sont prohibées. Il en découle que la demande doit en tous cas décrire un état de fait précis (« *pattern of facts* ») d'où l'on peut déduire avec vraisemblance qu'une fraude fiscale ou un délit analogue ait été commis. Tel n'est pas le cas de la nouvelle CDI de 2009 qui, à notre avis, prévoit indiscutablement l'exigence de l'identification du contribuable et, dans la mesure du possible, du détenteur de l'information. L'arrêt du 3 mars 2009 n'est donc pas transposable sur ce point pour interpréter la nouvelle CDI.

2. La notion de « *tax fraud and the like* » est une notion conventionnelle qui est définie dans la CDI de 1996. Elle correspond à celle d'escroquerie fiscale, inspirée de l'article 14, alinéa 2 DPA. Il y a notamment fraude fiscale, au sens de la CDI, lorsque des contribuables américains ouvrent des comptes auprès de l'UBS et abusent du rapport de confiance spécial créé par l'accord de « *Qualified Intermediary* » (QI) entre cette banque et l'IRS, en utilisant des structures *offshore* (sans jouer le « jeu de la société » pour dissimuler leur identité). Il est en tous cas nécessaire qu'un comportement frauduleux ait été commis et une simple soustraction d'impôt, même portant sur des montants importants n'est pas suffisante, à moins qu'un accord international, de même rang que la CDI de 1996, prévoie expressément une règle spéciale permettant d'élargir cette notion.

3. L'accord UBS d'août 2009, qui prévoit une notion élargie de « *tax fraud and the like* », est un *accord amiable* qui ne peut déroger à la CDI de 1996. En revanche, le nouveau protocole, de mars 2010, entre la Confédération et les Etats-Unis, ratifié par le Parlement fédéral en juin 2010 est un véritable *accord international* qui, en tant que *lex posterior* et *specialis*, l'emporte sur la CDI de 1996 et ne peut donc être revu par les tribunaux suisses.

4. Le droit international l'emporte sur le droit interne. Pour connaître le contenu du droit international déterminant en droit suisse, au sens de l'article 190 Cst., il faut d'abord clarifier la hiérarchie entre les différentes normes de droit international applicables. A cet égard, en l'absence de normes spécifiques, on peut appliquer les principes généraux (*lex specialis, lex posterior*). Les règles de droit international impératif (*jus cogens*) l'emportent en tous les cas.

5. Il est reconnu à ce stade que les articles 6, 7 et 8 de la CEDH ne constituent pas du *jus cogens*. D'ailleurs, selon le Tribunal administratif fédéral ni l'article 6, ni l'article 7 (non-rétroactivité) de la CEDH ne s'appliquent dans le cadre de la procédure d'assistance internationale en matière fiscale. On peut certes se demander si certaines règles de la CEDH (protection de la sphère privée, droits garantis à l'art. 6 CEDH, notamment) ne font pas partie d'un « ordre public européen ». La question est laissée ouverte et de toute façon les conditions pour restreindre un tel droit seraient remplies dans le cadre du protocole 10.

6. En revanche, il est nécessaire de respecter le droit d'être entendu dans la procédure d'assistance internationale en matière fiscale. Si tel n'est pas le cas, l'AFC doit rendre une nouvelle décision finale, susceptible de recours, en laissant au contribuable visé la possibilité de faire valoir ses arguments.

7. Les bénéficiaires d'un trust discrétionnaire et irrévocable ne sont pas des « *beneficial owners* », selon le protocole 10 à l'accord UBS. Partant, dès lors qu'ils ne disposent que d'une expectative sur les rendements du trust, leur identité ne doit pas être communiquée dans le cadre de la procédure d'assistance internationale.

VI. Conclusion

En moins de deux ans et demi, la Confédération, le Parlement, et les tribunaux suisses ont dû se prononcer sur des problèmes fiscaux trapus et parfois inédits. A ce jour, nonobstant la jurisprudence rendue par le Tribunal administratif fédéral et le Tribunal fédéral, ainsi que les nombreuses négociations tendant à régler le cas UBS ou à modifier la CDI de 1996, le problème n'est pas résolu. D'une part, d'autres établissements, non couverts par l'accord UBS, sont actuellement dans le collimateur du fisc américain. D'autre part, la nouvelle CDI de 2009 n'est toujours pas entrée en vigueur et bute sur des questions d'interprétation encore ouvertes. Le fisc américain souhaite notamment pouvoir effectuer des « demandes groupées » admises, dans le cadre de la CDI de 1996, sous certaines conditions énumérées par l'arrêt du Tribunal administratif fédéral du 9 mars 2009, mais pas possibles, à notre avis dans le cadre de la nouvelle CDI de 2009. Les tribunaux pourraient donc à nouveau devoir se prononcer sur ces questions dans le futur.

Une chose est sûre. Le droit de l'assistance internationale en matière fiscale est en train de s'écrire sous nos yeux. La rapidité du changement ne doit pas nous faire oublier que, après l'accent mis sur l'efficacité de l'échange, il est temps d'améliorer les droits de la défense à l'égard des personnes concernées. L'application des articles 6 et 7 CEDH doit être réexaminée par la jurisprudence. Le principe selon lequel ces droits ne s'appliquent pas dans la procédure d'assistance administrative nous paraît totalement dépassé aujourd'hui.

Libre circulation des OGM ou libre circulation des produits : problèmes de définition et problèmes de fond

ANNE PETITPIERRE SAUVAIN

*Professeure honoraire à la Faculté de droit de l'Université de Genève,
avocate au Barreau de Genève*

I. L'OGM en droit

En transformant, en 2001, un projet de modification de la loi fédérale du 7 octobre 1983 sur la protection de l'environnement (LPE)¹ en un projet de loi sur le génie génétique dans le domaine non humain², le Parlement a voulu souligner la spécificité des problèmes liés aux organismes génétiquement modifiés, par rapport aux substances (faisant déjà l'objet de la LPE) et aux organismes pathogènes (introduit dans la LPE lors de l'adoption de la LGG). Si une similitude entre les règles concernant les OGM et les organismes pathogènes subsiste, les règles introduites dans la LPE sur ces derniers reproduisant presque mot pour mot celles contenues dans la LGG³, le choix d'une loi spéciale pour les OGM a néanmoins mis en évidence le fait que ceux-ci ne sont pas, en soi, considérés comme des vecteurs d'atteintes à l'environnement, ni comme des vecteurs de maladie. Ils peuvent comporter néanmoins des risques, mais qui sont d'une autre nature.

A. Les organismes

1. La définition

L'article 5 LGG définit l'organisme comme « toute entité biologique, cellulaire ou non, capable de se reproduire ou de transférer du matériel génétique » (art. 5, al. 1 LGG). La même définition, reprise mot pour mot, figure à l'article 7, alinéa 5^{bis} LPE. Il est dès lors clair que lorsque la législation mentionne les

¹ RS 814.01 ; Message du Conseil fédéral du 1^{er} mars 2000, FF 2000 2283.

² Loi fédérale du 21 mars 2003 sur l'application du génie génétique au domaine non humain (LGG ; RS 814.91).

³ L'art. 29*b* LPE concernant les activités en milieu confinées reproduit pratiquement l'art. 10 LGG ; l'art. 29*c* LPE reprend le texte de l'art. 11 LGG, avec la seule réserve de l'al. 3 concernant les autorisations simplifiées et des dérogations ; l'art. 29*d*, al. 3 correspond à l'art. 12, al. 1 LGG ; lors de la modification du 19 mars 2010 concernant en particulier la procédure d'opposition, un système similaire a été introduit dans l'art. 29*d*^{bis} LPE et dans l'art. 12*a* LGG.

règles applicables aux « organismes » elle vise des entités biologiques cellulaires ou non, mais non des produits ou des marchandises particulières⁴.

Cette définition des organismes n'est pas spécifique au droit suisse. Elle est la même en droit européen⁵. Le Protocole de Cartagena sur la prévention des risques biologiques relatif à la Convention sur la diversité biologique, quant à lui, définit l'organisme vivant comme « toute entité biologique capable de transférer ou de répliquer du matériel génétique ». Si cette définition insiste sur le caractère vivant des organismes (dans lesquels on inclut les organismes stériles, les virus et les viroïdes), c'est précisément parce que la caractéristique de l'organisme est, au-delà de toute apparence, la possibilité de se reproduire⁶, plus précisément de transférer ou de répliquer du matériel génétique. L'objet spécifique de la Convention n'est pas non plus un produit, un objet ou une marchandise mais bien une entité présentant les caractéristiques biologiques particulières. La distinction est soulignée à l'article 5 du Protocole lorsqu'on précise qu'il ne s'applique pas aux mouvements transfrontières « d'organismes vivants modifiés qui sont des produits pharmaceutiques ». Il existe donc une différence entre l'organisme en tant que tel et la qualité de produit qu'il peut revêtir lorsqu'il est destiné à certains usages particuliers, même si ces usages ne comportent pas l'incorporation dans une entité différente.

2. *Les caractéristiques du droit suisse*

Le droit suisse opère une distinction, en ce qui concerne les relations avec l'environnement, entre les substances et les organismes, mais les soumet à une discipline similaire. Dans la LPE, les règles sur les organismes, comme celles sur les substances relèvent du Titre II sur la limitation des nuisances. Ils ne sont donc réglementés que dans la mesure où ils constituent une atteinte potentielle à l'environnement. Selon l'article 29a LPE quiconque utilise des organismes (respectivement leurs métabolites et déchets) doit veiller à ce qu'ils ne puissent pas constituer des menaces pour l'homme ou pour l'environnement, ni porter atteinte à la diversité biologique et à l'utilisation durable de ses éléments. L'article 29d LPE précise que la mise dans le

⁴ Sur l'approche du droit suisse en matière d'organismes, voir AYER ARIANE, in : MOOR/FAVRE/FLÜCKIGER (éd.), *Commentaire Stämpfli LPE*, Berne, 2010, Art. 5^{ter-quater} N 7-9, Art. 29a N 1-14.

⁵ En droit européen, l'organisme est défini par la directive 2001/18/CE du Parlement européen et du Conseil du 12 mars 2001 relative à la dissémination volontaire d'organismes génétiquement modifiés dans l'environnement, dans des termes applicables aux OGM pour l'ensemble de la législation, soit, « toute entité biologique capable de se reproduire ou de transférer du matériel génétique » (art. 2, point 1 de la directive 2001/18/CE) ; ég. règlement (CE) n° 1829/2003 du Parlement européen et du Conseil concernant les denrées alimentaires et les aliments pour animaux génétiquement modifiés, à l'art. 2, point 4.

⁶ En fait, l'inclusion d'organismes stériles dément cette caractéristique, de sorte que l'on doit parler plus précisément d'êtres vivants qui contiennent du matériel de reproduction susceptible, le cas échéant après manipulation, de se transmettre : voir le commentaire de l'arrêt C-442/09 de la Cour européenne de Justice, par ERRASS CHRISTOPHE, « Honig mit gentechnisch veränderten Pollen : Ein Urteil des EuGH und die Folgen für die Schweiz », *Jusletter* du 17 octobre 2011.

commerce des organismes qui présentent des risques de contrevenir aux principes définis à l'article 29a LPE est interdite. La même règle découle de l'article 26 LPE concernant les substances dangereuses pour l'environnement. Il s'agit d'un contrôle autonome qui incombe au fabricant ou à l'importateur. Pour les organismes pathogènes, la règle de base est l'obligation de notifier ou de demander une autorisation pour leur utilisation, qu'elle soit en milieu confiné ou sous toute autre forme (art. 29b - 29d LPE). Dans l'ensemble, pour la LPE, les organismes doivent être considérés en soi, et ils ne sont ni des substances, ni des produits, mais ils sont traités dans ce contexte comme des polluants potentiels, sur le modèle des substances.

La LGG, quant à elle, s'applique au génie génétique dans le domaine non humain, de manière générale. Elle a pour but de protéger l'être humain, les animaux et l'environnement contre les abus en matière de génie génétique, mais aussi de veiller à ce que celui-ci serve l'être humain, les animaux et l'environnement (art. 1, al. 1 LGG). La réglementation sur les OGM n'est donc pas traitée comme un cas particulier du droit applicable aux organismes, mais comme un problème en soi, qui ne relève en principe pas des atteintes à l'environnement, mais d'un encadrement du génie génétique. Elle s'écarte aussi de ce point de vue de la réglementation sur les produits ou substances.

B. Les OGM dans la loi

1. La notion d'OGM

L'OGM se caractérise d'une part, par sa nature d'organisme, et d'autre part, par son mode de création : il est le produit du génie génétique. L'article 5 LGG le définit comme « tout organisme dont le matériel génétique a subi une modification qui ne se produit pas naturellement, ni par multiplication, ni par recombinaison naturelle » (art. 5, al. 2 LGG). La même définition a été introduite dans la LPE lors de l'adoption de la LGG (art. 7, al. 5^{ter} LPE). Elle correspond également au droit européen : l'OGM est « un organisme, à l'exception des êtres humains, dont le matériel génétique a été modifié d'une manière qui ne s'effectue pas naturellement par multiplication et/ou par recombinaison naturelle » (art. 2, point 2 de la directive 2001/18/CE). Il se distingue donc clairement par ses caractéristiques biologiques et le processus « artificiel » qui préside à sa naissance, sans que cela comporte une appréciation du caractère positif ou négatif de son impact. Il diffère en cela de l'organisme pathogène, qui est en revanche défini par son effet négatif sur l'homme et l'environnement, soit sa capacité à provoquer des maladies (art. 7, al. 5^{quater} LPE).

Pour le Protocole de Cartagena, seule convention internationale à définir l'OGM, la définition repose également sur la caractéristique biologique de l'organisme et sur son mode de création. D'une part, l'OGM (qu'on appelle ici OVM, « organisme vivant modifié ») est une entité biologique capable de transférer ou de répliquer du matériel génétique. D'autre part, il possède une combinaison de matériel génétique inédite, obtenue par recours à la biotechnologie moderne (art. 3, let. g Protocole de Cartagena). Cette dernière est en outre décrite à l'article 3, lettre i du Protocole : elle va résulter de l'application de techniques *in vitro* aux acides nucléiques ou de la fusion cellulaire d'organismes n'appartenant pas à une même famille taxonomique. La caractéristique commune de ces techniques est qu'elles surmontent « les barrières naturelles de la physiologie de la reproduction ou de la recombinaison ». En outre, il ne s'agit pas de techniques utilisées pour la reproduction de type classique⁷. Ici aussi, on constate que l'organisme, dans ce cas modifié de façon particulière, présente des caractéristiques en tant que tel, qui sont à l'origine des règles qui lui sont applicables. Celles-ci, de même que les modes de création de l'OVM/OGM, sont indépendantes du type de produit qui pourra lui donner sa forme finale, en particulier lors d'une mise dans le commerce.

Si la LGG peut être considérée comme une réglementation qui s'applique à la fois à une technique (le génie génétique) et à son résultat, l'organisme génétiquement modifié, le Protocole de Cartagena ne vise, quant à lui, que ce dernier. De façon plus précise, il s'applique « aux mouvements transfrontières, au transit, à la manipulation et à l'utilisation » de l'OVM, afin d'en éviter les effets défavorables éventuels sur la conservation et l'utilisation durable de la diversité biologique. La santé humaine doit toutefois également être prise en compte (art. 4 Protocole de Cartagena), mais un effet pathogène n'est pas un élément constitutif. Dans les deux cas, toutefois, la réglementation vise l'organisme, indépendamment des modes de production, des éventuels produits ou objets dans lesquels il est incorporé, des vecteurs qui lui permettent de franchir les frontières ou qui en facilitent la manipulation ou l'utilisation. Cette approche est à l'origine de la difficulté de réconcilier les règles sur l'utilisation ou la circulation des OGM avec celles qui s'appliquent aux mouvements et aux manipulations d'objets ou de produits dans lesquels ils sont introduits.

⁷ De même, l'annexe I A de la directive 2001/18/CE indique-t-elle (de façon non exhaustive) les types de technologies visées, en particulier, celles basées sur la recombinaison de l'acide désoxyribonucléique par l'insertion de molécules d'acide nucléique, produit de n'importe quelle façon hors d'un organisme, l'incorporation directe dans un organisme de matériel héréditaire préparé à l'extérieur de l'organisme ou les techniques de fusion cellulaire au moyen de méthodes qui ne sont pas mises en œuvre de façon naturelle.

2. Les OGM et les produits

La définition générale n'exclut pas qu'un OGM puisse être considéré comme un produit. En Suisse, la loi fédérale du 18 juin 1993 sur la responsabilité pour le fait des produits (LRFP)⁸ les définit comme des choses mobilières (art. 3 LRFP). Pour la loi fédérale du 12 juin 2009 sur la sécurité des produits (LSPro)⁹, tout bien meuble prêt à l'emploi (même s'il s'agit de pièces détachées à installer ou assembler) est réputé produit (art. 2 LSPro). La loi fédérale du 15 décembre 2000 sur la protection contre les substances et les préparations dangereuses (LChim)¹⁰ ne fait pas des produits une catégorie particulière par opposition aux organismes ou aux substances. Ainsi, qualifie-t-elle de « produits biocides » certains « principes actifs », ce qui inclut les microorganismes, y compris les virus (art. 4, al. 1, let. b et d LChim). La LGG, en revanche, opère une distinction implicite entre organismes et produits dans la définition de son champ d'application : la loi s'applique dans son ensemble à « l'utilisation d'animaux, de végétaux et d'autres organismes génétiquement modifiés ainsi qu'à l'utilisation de leurs métabolites et de leurs déchets », alors qu'elle a une application limitée pour les « produits issus d'organismes génétiquement modifiés » (art. 3 LGG). Elle ne distingue toutefois pas toujours clairement les organismes eux-mêmes des produits issus de manipulations génétiques ou contenant des OGM. Ainsi, la LGG s'applique-t-elle à des produits, par exemple lorsqu'il s'agit d'empêcher « la fraude sur les produits » (art. 1, al. 2, let. e LGG) ou d'opérer une « séparation des flux des produits » (art. 16 LGG)¹¹.

De même, la loi distingue, aux fins d'étiquetage et d'information, les OGM eux-mêmes des mélanges, objets ou produits qui peuvent en contenir (art. 17, al. 2 LGG) et les produits « issus » d'OGM (particulièrement les denrées alimentaires : art. 17, al. 4 LGG). La même distinction apparaît à l'article 30 LGG relatif à la responsabilité civile pour l'usage des OGM qui distingue, en matière agricole, les moyens de production contenant des OGM des organismes issus de ces moyens de production (art. 30, al. 2 LGG). L'ensemble des normes sur la responsabilité s'applique néanmoins aux organismes sans égard aux produits qui pourraient les incorporer ou en être issus. L'article 30, alinéa 6 LGG mentionne toutefois les produits « composés d'OGM », mettant ainsi la distinction en évidence.

La LGG opère parfois des distinctions qui rendent une séparation nette entre organismes et produits plus difficile. Ainsi, distingue-t-elle d'une part les

⁸ RS 221.112.944.

⁹ RS 930.11.

¹⁰ RS 813.1.

¹¹ Il s'agit d'un moyen de garantir que les produits ne contenant pas d'OGM ne sont pas contaminés par ces derniers.

animaux, les végétaux et les « autres organismes génétiquement modifiés » (auxquels elle assimile leurs métaboliques et leurs déchets), et d'autres part, les « produits issus d'organismes génétiquement modifiés » (art. 3 LGG). L'article 3, alinéa 1 LGG se référant aux animaux et aux végétaux pourrait donc laisser supposer que la loi s'applique à des produits du génie génétique, au sens de produits susceptibles d'être mis sur le marché. Les définitions de l'article 5 LGG font apparaître, en revanche, une nette distinction entre organisme et produit. L'examen de ces différentes conceptions va mettre en évidence l'une des difficultés principales qui caractérise la relation entre l'approche de principe et les règles qui s'appliquent à la mise en circulation des produits.

C'est en matière de produits agricoles, en particulier ceux destinés à l'alimentation humaine, que la référence quasi interchangeable aux organismes et aux produits est la plus fréquente. L'article 27a de la loi du 29 avril 1998 sur l'agriculture (LAg)¹² vise, par exemple, les « produits agricoles » ainsi que les « matières auxiliaires de l'agriculture » considérés comme génétiquement modifiés (art. 27a, al. 1 LAg). Ce sont ces mêmes produits qui sont soumis à des dispositions particulières sur la responsabilité à l'article 30, alinéa 2 LGG. L'article 146a LAg s'applique en outre aux animaux de rente génétiquement modifiés. C'est également dans le domaine agricole, horticole et forestier que l'article 37a LGG impose un moratoire aux autorisations prévues par la loi concernant les plantes, parties de plantes, semences et autre matériel végétal de multiplication, ainsi que les animaux génétiquement modifiés. Néanmoins, l'article 12 LGG qui prévoit une autorisation de mise en circulation s'applique aux organismes en tant que tels et non à des produits. Il en va de même pour les mouvements transfrontières des OGM qui sont réglés par l'ordonnance de mise en œuvre du Protocole de Cartagena¹³.

Pour les produits alimentaires, on distingue les denrées alimentaires, les additifs et les auxiliaires technologiques qui sont des OGM de ceux qui « contiennent de tels organismes » ou qui « en sont issus » (art. 22, al. 1 ODAIOUs¹⁴). Ils sont toutefois tous soumis à une obligation d'autorisation. Pour l'ordonnance du DFI du 23 novembre 2005 sur les denrées alimentaires génétiquement modifiées (ODAIGM)¹⁵, sont considérés comme des « produits » OGM, « des denrées alimentaires, des additifs ou des auxiliaires technologiques qui : (a) sont des organismes génétiquement modifiés (OGM),

¹² RS 910.1.

¹³ Ordonnance du 3 novembre 2004 sur les mouvements transfrontières des organismes génétiquement modifiés (OCart ; RS 814.912.21) ; on relèvera que cette ordonnance utilise la terminologie du droit suisse (OGM) et non celle du Protocole de Cartagena (OVM), les considérant comme équivalentes.

¹⁴ Ordonnance du 23 novembre 2005 sur les denrées alimentaires et les objets usuels (ODAIIOUs ; RS 817.02).

¹⁵ RS 817.022.51.

(b) contiennent des OGM, (c) ont été obtenus à partir d'OGM, (d) sont issus d'un croisement entre OGM ou d'un croisement entre OGM et d'autres organismes » (art. 2 ODAIGM). Dans le même sens, l'Union européenne qualifie de denrées alimentaires génétiquement modifiées (produits) les denrées alimentaires contenant des OGM, consistant en de tels organismes ou produites à partir d'OGM (art. 2, point 6, règlement 1829/2003¹⁶), et les distingue de ceux produits « à partir d'OGM » qui sont issus, en tout ou en partie, d'OGM, mais ne sont pas eux-mêmes des OGM et n'en contiennent pas (art. 2, point 10 du règlement 1829/2003)¹⁷.

De l'ensemble de ces dispositions on peut conclure que les OGM peuvent être des produits, qu'ils peuvent être incorporés dans des produits ou permettre la fabrication de produits. En matière agricole, certains produits sont définis directement comme étant génétiquement modifiés, ce qui s'explique sans doute par le caractère biologique des produits agricoles. La loi prend toutefois soin de distinguer les OGM en tant que tels lors de la diffusion, ou dissémination, qui peut résulter de leur nature même, des produits pouvant contenir des OGM dont la mise en circulation résulte de l'activité humaine.

3. *Les instruments de contrôle des OGM*

La loi distingue l'utilisation d'OGM en milieu confiné, la dissémination expérimentale et la mise en circulation de ces organismes. Ces activités sont soumises à notification. Pour l'utilisation en milieu confiné, soit dans des installations impliquant des barrières physiques ou une combinaison de barrières physiques, chimiques ou biologiques visant à empêcher le contact des organismes avec l'homme ou l'environnement, l'ordonnance du 25 août 1999 sur l'utilisation des organismes en milieu confiné (OUC)¹⁸ impose une évaluation du risque (art. 8 OUC), un devoir de diligence (art. 4 OUC) et l'obligation de travailler en milieu confiné (art. 5 OUC). Pour les catégories comportant des dangers particuliers, une autorisation doit être demandée (art. 9, al. 2, let. c OUC). Pour les autres, une notification suffit (art. 9, al. 2, let. a et b OUC). Pour la dissémination dans l'environnement¹⁹, le régime de l'autorisation s'impose aussi bien pour les OGM que pour les organismes pathogènes ou les petits invertébrés exotiques (art. 17 ODE). Il en va de même pour la mise en circulation d'OGM (art. 12 LGG). L'OCart impose également

¹⁶ Règlement (CE) n° 1829/2003 du Parlement européen et du Conseil concernant les denrées alimentaires et les aliments pour animaux génétiquement modifiés.

¹⁷ Il convient aujourd'hui d'y ajouter des produits contenant des pollens provenant de plantes génétiquement modifiées, même s'ils ne sont plus en état de transmettre leur patrimoine génétique : arrêt de la Cour européenne de Justice C-442/09, ERRASS (n. 6).

¹⁸ RS 814.912

¹⁹ Selon l'ordonnance du 10 septembre 2008 sur l'utilisation d'organismes dans l'environnement (ODE ; RS 814.911).

des autorisations au sens de l'ODE ou de l'OUC pour leur importation. L'exportation doit faire l'objet d'une information à l'Office fédérale de l'environnement et être consignée dans un registre (art. 6 et 7 OCart).

Le Protocole de Cartagena subordonne tout premier mouvement transfrontière intentionnel d'OVM à une procédure d'accord préalable en connaissance de cause. Celle-ci implique la notification à l'autorité du pays d'importation du mouvement transfrontière envisagé (art. 8 Protocole de Cartagena). Le pays d'importation l'autorisera au terme d'une évaluation des risques décrite dans l'annexe III du Protocole (art. 15 Protocole de Cartagena). Le Protocole doit être mis en relation avec l'article 19 de la Convention sur la diversité biologique, qui traite indirectement des OGM dans le cadre de la gestion de la biotechnologie²⁰. Elle exprime le souci des parties de garantir l'accès aux résultats et avantages découlant des biotechnologies, notamment celles qui reposent sur des ressources génétiques fournies par des pays en développement (art. 19(1) et 19(2) CDB), mais renvoie au protocole la tâche de définir les procédures garantissant la sécurité lors des transferts d'organismes vivants modifiés (OVM) qui risqueraient d'avoir des effets défavorables sur la conservation et l'utilisation durable de la diversité biologique (art. 19(3) CDB). A cette fin, les parties assument d'ailleurs un devoir d'information réciproque quant à l'utilisation et aux règlements de sécurités exigés en matière de manipulation des OVM et sur l'impact défavorable potentiel de ces organismes (art. 19.4 CDB).

Pour la CDB et le Protocole de Cartagena la procédure appropriée d'accord préalable en connaissance de cause lors de tous mouvements transfrontières d'OVM doit assurer l'évaluation du risque que l'organisme peut représenter pour la diversité biologique dans le pays receveur. Une procédure particulière est en outre prévue pour ceux qui sont destinés à être utilisés directement pour l'alimentation humaine ou animale, ou encore pour ceux qui doivent être transformés (art. 11 Protocole de Cartagena). Les OVM qui constituent également des produits pharmaceutiques destinés à l'homme sont exclus du champ d'application du Protocole de Cartagena dans la mesure où ils relèvent d'autres accords ou organismes internationaux pertinents (art. 5 Protocole de Cartagena). En conséquence, les éléments de l'évaluation des risques laissent une très large place à la description des effets sur la diversité biologique, en particulier par l'examen des organismes qui peuvent s'avérer donneurs ou récepteurs de caractéristiques biologiques nouvelles (annexe III ch. 9 Protocole de Cartagena). La combinaison d'une procédure d'autorisation et d'une évaluation des risques doit ainsi permettre à l'Etat récepteur de contrôler l'impact d'un OGM nouvellement venu sur son propre territoire, en fonction des conditions locales.

²⁰ Convention du 5 juin 1992 sur la diversité biologique (CDB ; RS 0.451.43).

II. Les diverses approches de droit international

A. La biodiversité et le Protocole de Cartagena

Les normes contenues dans la CDB, de même que celles du Protocole de Cartagena, sont donc basées sur le postulat que les produits de la biotechnologie (les OGM) peuvent constituer un apport positif au développement économique, comme à la conservation de la diversité biologique, mais pour cette dernière, considérée globalement et en tant que telle, ils peuvent aussi représenter un danger. Le Protocole de Cartagena reprend cette appréciation positive lorsqu'il reconnaît dans son préambule « que la biotechnologie moderne offre un potentiel considérable pour le bien être de l'être humain ». Il doit néanmoins « contribuer à assurer un degré adéquat de protection pour le transfert, la manipulation et l'utilisation sans danger des organismes vivants modifiés résultant de la biotechnologie moderne qui peuvent avoir des effets défavorables sur la conservation et l'utilisation durable de la diversité biologique ». Le même préambule rappelle que l'adoption du Protocole répond à une décision II/5 du 17 novembre 1995 de la Conférence des Parties à la CDB²¹ allant dans ce sens et dont les termes sont repris à l'article 15 du Protocole s'agissant de l'identification des risques. Le bien protégé par l'ensemble des mesures envisagées est donc la diversité biologique. Celle-ci consiste, selon l'article 2 CDB dans la « variabilité des organismes vivants de toute origine y compris, entre autres, les écosystèmes terrestres, marins et autres écosystèmes aquatiques et les complexes écologiques dont ils font partie ». Les risques qui pourraient résulter des mouvements transfrontières d'OVM pour la santé humaine sont également mentionnés, mais de façon accessoire (art. 1 Protocole de Cartagena : « compte tenu également des risques pour la santé humaine »).

1. *L'impact des OGM sur la diversité biologique*

Les OGM n'ont pas nécessairement un impact négatif sur la diversité biologique. Le risque principal que peut toutefois représenter la diffusion des OGM dans le milieu naturel est celui d'une diminution des espèces et variétés, soit par l'effet de l'organisme lui-même, soit par les caractéristiques de son utilisation. Il peut donc s'agir de l'incidence des organismes diffusés sur des espèces ou variétés proches ou sur des parasites de celles qui ont été génétiquement modifiées. C'est une approche large allant au-delà de l'atteinte

²¹ Texte disponible sous www.cbd.int/decision/cop/?id=7078.

directe à d'autres organismes, qu'ils soient ou non jugés utiles, et qui inclut les processus qui se produisent chez les végétaux et la fertilité du sol²².

Les cultures de variétés génétiquement modifiées ont particulièrement retenu l'attention dans la mesure où elles peuvent avoir des effets directs sur l'environnement et sur la biodiversité. Il peut s'agir du développement de parasites résistants, soit par la culture d'OGM impliquant l'utilisation de produits chimiques spécifiques, soit parce que des caractéristiques génétiques peuvent être transmises à ces parasites. Un impact négatif peut également être constaté sur des organismes utiles ou sur des processus naturels contribuant à la fertilité du sol. Ces effets sont comparables à la diffusion de parasites ou d'organismes pathogènes. Ils seront donc le plus souvent traités comme des atteintes à l'environnement ou à la santé des animaux et des plantes. Leur effet sur la diversité biologique est indirect.

L'effet direct sur la diversité biologique, en revanche, découle de la diffusion des caractéristiques résultant du génie génétique. Il peut s'agir de la transmission de résistances à des espèces sauvages qui pourront proliférer au détriment de variétés naturelles ou cultivées existantes. En particulier, la crainte a été exprimée de la prolifération de « mauvaises herbes » résistantes aux herbicides. La création d'hybrides entre les variétés naturelles et celles génétiquement modifiées a également été envisagée. Enfin, l'interférence de certains OGM avec des processus naturels tels que la pollinisation constitue l'un des aspects les plus délicats de cette question, car les effets peuvent être à la fois directs, par la disparition de facteurs naturels de reproduction, et indirects, en compromettant la santé ou la survie d'espèces qui participent à cette reproduction²³.

Au-delà des aspects spécifiquement visés par la CDB, les préoccupations accessoires de retombées sur la santé humaine ou animale sont également évoquées, notamment lorsque des caractéristiques de défense contre les parasites pourraient entraîner des effets allergènes chez les animaux et les êtres humains. Il en va de même lors de l'utilisation d'antibiotiques pour la mise au point de végétaux ou animaux génétiquement modifiés. Ainsi, par exemple, l'article 7 ODE mentionne-t-il expressément les risques pour la santé humaine ou animale résultant de l'utilisation de substances toxiques ou allergènes ou de « la propagation de résistances aux antibiotiques »²⁴ (art. 7,

²² Ces questions ont été examinées dans le cadre du programme national de recherche PNR 59 sur l'utilité et les risques de la dissémination des plantes génétiquement modifiées : le rapport intermédiaire du Conseil fédéral est disponible sous www.nfp59.ch/files/downloads/rapport_intermediaire_PNR59.pdf à la rubrique « Communications ».

²³ Voir en particulier les problèmes de « coexistence » in : SANVIDO OLIVIER, WIDMER FRANCO, WINZELER MICHAEL, STREIT BERNHARD, SZERENCSITS ERICH, BIGLER FRANZ, « Coexistence de cultures avec et sans OGM en Suisse », *Revue suisse d'agriculture* 2005 p. 221-226.

²⁴ Actuellement interdits par l'art. 37 LGG pour les organismes utilisés dans le cadre de disséminations expérimentales.

al. 1, let. a ODE). On inclura dans cette préoccupation le souci d'assurer le libre choix du consommateur (art. 1, al. 2, let. d LGG). Il en découle une relation directe entre la protection de la diversité et les problèmes de coexistence entre cultures OGM et production biologique²⁵.

2. *L'évaluation des risques pour la diversité biologique*

Le Protocole de Cartagena prévoit l'évaluation des « effets défavorables potentiels des organismes vivants modifiés sur la conservation et l'utilisation durable de la diversité biologique » (art. 15 Protocole de Cartagena). Les évaluations de risque doivent avoir lieu sur la base de « méthodes scientifiques éprouvées » (art. 15(1) Protocole de Cartagena) qui sont explicitées à l'annexe III du Protocole. En outre, l'évaluation des risques pourra également tenir compte d'avis techniques et de directives d'organisations internationales compétentes. Deux principes généraux importants vont guider cette évaluation : d'une part, la nécessité d'évaluer les effets au cas par cas, en fonction des caractéristiques du milieu récepteur potentiel probable, et, d'autre part, l'application du principe de précaution, selon lequel on ne saurait déduire de l'absence de connaissances ou de consensus scientifiques la gravité ou l'absence d'un risque, ni l'existence d'un risque acceptable (annexe III Protocole de Cartagena, Principes généraux, ch. 4, 5 et 6).

L'évaluation des risques attribue une importance particulière à la relation entre l'OVM et les organismes auxquels il est confronté (organismes récepteurs, organismes parents) et les vecteurs. Le milieu récepteur doit également être examiné dans ses caractéristiques géographiques, climatiques et écologiques, en particulier quant à la diversité biologique qu'on peut y trouver (annexe III ch. 9, let. a, c et h Protocole de Cartagena). D'une façon générale, l'évaluation des risques dans le Protocole de Cartagena vise principalement à mettre en évidence les caractéristiques de l'OVM, sa relation avec la variété dont il est issu et celle qu'il peut avoir avec le milieu où il sera vraisemblablement inséré. Cette préoccupation se traduit directement dans les dispositions d'application de la CDB et, surtout, du Protocole de Cartagena. En Suisse, l'OCart mentionne dans les renseignements à fournir lors de l'importation d'un OVM, des informations concernant les caractéristiques des organismes récepteur et donneur, ainsi que la description de la modification génétique, de la technique employée et des caractéristiques de l'OGM (OVM) en question (art. 9, al. 1, let. e, annexe 2 OCart). En outre, l'ordonnance renvoie aux renseignements exigés par l'annexe IV ODE. Celle-ci exige l'examen de divers scénarios de dommages comprenant la fixation et la propagation des OGM, des transferts génétiques, en particulier de mécanismes de croisement

²⁵ Sur cet aspect : PETITPIERRE-SAUVAIN ANNE, « Coexistence and liability : implications for the international trade drawn from the Swiss example », in : WÜGER/COTTIER (ed.), *Genetic Engineering and the World Trade System*, Cambridge, 2008, p. 175-192.

ou de recombinaison, des atteintes à des organismes non cibles, qu'elles soient directes, par des produits toxiques ou des gènes, ou indirectes par une modification dans l'exploitation des sols, ainsi que le développement de résistances (annexe IV, ch. 2.2 ODE)²⁶.

B. L'OMC et l'accord SPS

Le litige qui a opposé l'Union Européenne aux Etats-Unis sur le « moratoire »²⁷ européen à la culture de plantes génétiquement modifiées, a été tranché par un Groupe spécial de l'OMC dans le cadre de l'Accord sur les produits sanitaires et phytosanitaires (Accord SPS ou PSP)²⁸. Cet accord permet aux membres de l'OMC de prendre, à l'égard de marchandises ou produits introduits sur leur territoire, toutes les mesures nécessaires à la protection de la santé et de la vie humaine, animale ou végétale (art. 2(1) Accord SPS). Les pays exportateurs d'OGM, en premier lieu les Etats-Unis²⁹, affirmaient que les Etats membres de l'Union européenne appliquaient depuis octobre 1998 un moratoire sur l'admission des produits biotechnologiques (sans même procéder à des évaluations de risques), ce qui aurait restreint les importations de produits agricoles et alimentaires en provenance des pays producteurs. En outre, un certain nombre d'Etats membres auraient maintenu, au niveau national, des interdictions de commercialiser et d'importer des produits biotechnologiques, par ailleurs approuvés au niveau européen pour le marché interne. Les griefs invoqués se référaient à l'importation de « produits » résultant de la mise en œuvre de technologies génétiques.

1. La nature et l'objet du moratoire européen

Le Groupe spécial a estimé que les Communautés européennes avaient appliqué un moratoire *de facto* général sur l'approbation de produits biotechnologiques entre juin 1999 et août 2003. Bien que les Communautés européennes aient catégoriquement nié l'existence d'un tel moratoire, le Groupe spécial a retenu qu'il s'est de fait appliqué à toutes les demandes d'approbation de produits biotechnologiques en souffrance en août 2003. La portée et les effets de ce moratoire ont été examinés dans le cadre de l'Accord SPS, et plus particulièrement de son article 8 et de son annexe C.

²⁶ Le droit suisse renvoie, pour les analyses et les dossiers techniques, aux informations exigées par les directives européennes pertinentes, soit en particulier, pour la mise en circulation d'organismes génétiquement modifiés (art. 28 ODE) celles contenues aux annexes III A, III B, IV de la directive 2001/18/CE (art. 28, al. 2, let. a ODE), informations et conditions qui s'appliqueront donc également dans le cadre du Protocole de Cartagena.

²⁷ Bien qu'ayant fait l'objet de contestation, l'existence d'un moratoire « *de facto* général sur l'approbation de produits biotechnologiques entre juin 1999 et août 2003, moment où le Groupe spécial avait été établi », a été retenue par le Groupe spécial de l'OMC.

²⁸ Rapport du Groupe spécial du 29 septembre 2006 : WT/DS291/R, WT/DS292/R, WT/DS293/R.

²⁹ Outre les Etats-Unis, le Canada et l'Argentine étaient plaignants dans cette affaire.

L'article 8 SPS s'applique aux opérations de contrôle sanitaire, y compris celles d'approbation d'additifs et de fixation de tolérances pour les contaminants des produits alimentaires, nourritures d'animaux et boissons. L'annexe C, qui définit les caractéristiques des procédures de contrôle et d'admission, exige que celles-ci ne comportent pas de retards injustifiés et soient menées de la même façon pour les produits importés que pour les produits indigènes similaires (annexe C ch.1 a). Selon l'interprétation admise par le Groupe spécial, les moratoires allégués devaient être appréciés dans le cadre des procédures sanitaires d'admission de produits (ou marchandises) et ne pouvaient dès lors être justifiés que par des évaluations scientifiques ou pour mettre en place un niveau approprié de mesures sanitaires (art. 2(2) et 5(1) Accord SPS)³⁰. Le retard qu'impliquait le moratoire sur des décisions individuelles n'a pas été considéré comme un moyen pour l'Union européenne d'assurer un niveau approprié de protection³¹, puisqu'il ne faisait que différer l'approbation finale³².

Alors même que l'annexe C de l'Accord SPS se réfère expressément à l'interdiction de discriminer (dans le cadre des procédures d'approbation) les produits importés par rapport aux produits indigènes « similaires », le Groupe spécial n'a pas estimé nécessaire d'examiner ce critère de similarité³³. Cette omission est peut-être compréhensible dans l'optique d'une comparaison de procédures sanitaires indépendamment de la nature des produits. En revanche, cet examen aurait été indispensable pour déterminer si, comme l'affirmaient les Etats-Unis, le Canada et l'Argentine, le moratoire s'appliquait de façon discriminatoire aux « produits » biotechnologiques par rapport à des produits agricoles « conventionnels », soit ceux qui ne sont pas issus du génie génétique. Il est néanmoins clair que les « objets » du rapport de l'OMC ne sont pas les organismes en tant que tels mais bien des « produits » (agricoles), soit des cultivars développés par recombinaison d'ADN³⁴. Un certain nombre de produits décrits comme génétiquement modifiés sont d'ailleurs clairement qualifiés de « produits alimentaires » (certains types de maïs ou de chicorées, du soja, des tomates), ce qui permettrait de les comparer à leurs homonymes obtenus de façon « naturelle ».

³⁰ « Le Groupe spécial a constaté que la décision des CE d'appliquer un moratoire général était une décision qui concernait l'application des procédures d'approbation, à savoir une décision procédurale de retarder les décisions de fond finales en matière d'approbation » (Résumé des principales constatations du Groupe spécial/Organe d'appel : www.wto.org).

³¹ L'art. 2(1) SPS permet aux Etats « de prendre les mesures sanitaires et phytosanitaires qui sont nécessaires à la protection de la santé et de la vie des personnes et des animaux ou à la préservation des végétaux à condition que ces mesures ne soient pas incompatibles avec les dispositions du présent accord », celles-ci pouvant aller au-delà de ce qu'imposent d'éventuels standards internationaux pour autant qu'un fondement scientifique existe (art. 3(3) SPS).

³² WT/DS291/R, WT/DS292/R, WT/DS293/R : par. 7.1391.

³³ WT/DS291/R, WT/DS292/R, WT/DS293/R : par. 8.3.

³⁴ WT/DS291/R, WT/DS292/R, WT/DS293/R : par. 2.2.

2. *Les mesures sanitaires ou phytosanitaires*

Les mesures sanitaires ou phytosanitaires sont celles nécessaires à la protection de la santé et de la vie humaine, animale ou végétale. Selon l'annexe A de l'Accord SPS, il s'agit de protéger (a) la santé et la vie des animaux ou préserver les végétaux des risques découlant de l'entrée, de l'établissement ou de la dissémination de parasites, maladies, organismes porteurs de maladies ou organismes pathogènes, (b) la santé et la vie des personnes et des animaux des risques découlant des additifs, contaminants, toxines ou organismes pathogènes présents dans les produits alimentaires, les boissons ou les aliments pour animaux, (c) la santé et la vie des personnes des risques découlant de maladies véhiculées par des animaux, des plantes ou leurs produits, ou de l'entrée, de l'établissement ou de la dissémination de parasites, ou (d) d'autres dommages découlant de l'entrée, de l'établissement ou de la dissémination de parasites.

En appliquant l'Accord SPS de façon générale aux produits de la biotechnologie sans examen de leur impact spécifique au cas par cas³⁵, le Groupe spécial admet implicitement que les impacts que peuvent avoir les OGM sur l'environnement relèvent toujours du domaine sanitaire. Ce faisant, il crée une confusion avec les organismes pathogènes dont l'impact sanitaire est inhérent à leur nature. Or, on peut se demander si le refus d'un OGM pouvant porter atteinte à la diversité biologique, par exemple en transmettant une résistance à un herbicide ou pesticide à un organisme récepteur, constitue une mesure sanitaire, lorsque ce dernier n'est pas lui-même un vecteur de maladie. Il paraît en effet difficile de considérer ces caractéristiques comme des « maladies », ou de traiter l'ADN génétiquement modifiée comme un « parasite » de la plante où il est inséré, comme le voudrait l'annexe A de l'Accord SPS.

C. **Pour une harmonisation des notions**

Le préambule du Protocole de Cartagena exprime la conviction des parties que « les accords sur le commerce et l'environnement devraient se soutenir mutuellement en vue de l'avènement d'un développement durable ». Une telle proposition devrait sans doute être considérée comme à la base du droit international en général. Une étape utile dans ce sens serait au moins franchie si les notions utilisées étaient univoques et, surtout, si pour un même objet, une seule qualification générale d'un même problème était admise. Si, par exemple, on veut contrôler la diffusion d'organismes, il convient de les appréhender conformément à leur nature physique, chimique ou biologique.

³⁵ Le Groupe a d'ailleurs indiqué qu'il n'estimait pas nécessaire de déterminer si les produits biotechnologiques sont inoffensifs ou non (WT/DS291/R, WT/DS292/R, WT/DS293/R : par. 8.3).

Une approche selon le vecteur dans lequel ils sont insérés provoquera des difficultés et des résultats contradictoires. L'approche par « produit » adoptée par le Groupe spécial de l'OMC dans le cas des produits de la biotechnologie en est une illustration. Si, par exemple, un pays, qu'il soit ou non lié par le Protocole de Cartagena, refuse d'autoriser la diffusion sur son territoire de semences de maïs transgénique résistant à un herbicide, ce n'est pas par hostilité au maïs résistant, mais par crainte que la résistance soit transmise à d'autres plantes. Cette caractéristique n'est pas pour autant une maladie³⁶.

Le « support mutuel » n'équivaut pas à appliquer dans le cadre d'un accord des règles qui lui sont étrangères (notamment entre Etats qui n'ont pas tous ratifié les mêmes accords³⁷), mais à fonder son analyse des problèmes sur les mêmes notions de fait pour en apprécier la portée juridique. L'interprétation de notions semblables ou le recours à des notions développées dans un accord pour comprendre les législations nationales des pays qui l'ont adopté ne sont pas incompatibles avec la mise en œuvre d'une convention internationale quelle qu'elle soit. L'Organe d'appel de l'OMC y a d'ailleurs recouru dans un autre cas, lorsqu'il a estimé que la notion de « ressource naturelle épuisable » figurant à l'article XX de l'accord GATT devait être interprétée selon la conception moderne de cette notion et non comme elle avait (peut-être) été envisagée lors de la conclusion de cet accord³⁸. Ainsi, la compréhension des problèmes posés par l'introduction d'organismes étrangers dans un environnement particulier comme des questions relevant de la diffusion d'organismes et non de l'importation de produits, lorsque ces organismes sont le résultat de manipulations génétiques, se justifie en recourant à des notions conçues pour ce problème spécifique plutôt qu'à des distorsions de concepts. La qualification de l'évaluation du risque présenté par les OGM comme une évaluation de risque sanitaire au lieu de rendre une cohérence aux règles sur l'environnement et le commerce les place dans une contradiction inextricable.

III. Biotechnologie et atteintes à l'environnement

Le traitement des OGM (OVM) en droit international, comme en droit suisse, fait apparaître une difficulté dans l'approche normative : l'objet des

³⁶ Le fait d'exclure l'application de l'Accord SPS pour le motif qu'il ne concerne que des cas pathologiques, n'entraîne pas pour autant l'impossibilité d'apprécier les effets du « moratoire » sur le commerce, et un éventuel aspect discriminatoire d'une telle restriction, car l'art. XX GATT aurait alors été applicable.

³⁷ WT/DS291/R, WT/DS292/R, WT/DS293/R : par. 7.75.

³⁸ « L'expression "ressources naturelles épuisables" figurant à l'article XX g) [du GATT] a en fait été façonnée il y a plus de 50 ans. Elle doit être analysée par un interprète des traités à la lumière des préoccupations actuelles de la communauté des nations en matière de protection et de conservation de l'environnement » : WT/DS/58AB/R : par. 129.

règlementations se veut le génie génétique lui-même dont les avantages sont maintes fois soulignés, mais le contenu des normes adoptées exprime avant tout le souci d'éviter des risques qui paraissent intrinsèquement liés à la technologie souhaitée. Cette difficulté résulte en outre d'une confusion entre les organismes qui sont l'objet formel des réglementations et les produits ou objets issus du génie génétique. Ces derniers ne seraient que le résultat de la mise en œuvre de techniques de production nouvelles dont il conviendrait de limiter d'éventuels effets secondaires. Ce faisant, on risque de traiter l'OGM comme un organisme pathogène, ce qui est contraire à toute systématique, en droit interne comme en droit international.

A. Les OGM sources d'atteintes à l'environnement

Les OGM peuvent sans doute être sources d'atteintes à l'environnement. Mais la réglementation qui les concerne ne repose pas sur un *a priori* dans ce sens. L'article 19 CDB exprime principalement l'objectif de rendre les avantages découlant des technologies génétiques accessibles à tous. Le contrôle d'éventuels effets négatifs n'est qu'un aspect accessoire de cette diffusion. L'organisme génétiquement modifié n'est donc pas en soi dangereux ou un élément dont la diffusion devrait être restreinte. Encore moins les produits issus du génie génétique. Les parties à la CDB ont toutefois exprimé dès 1995 des préoccupations quant au rapport entre OVM et biodiversité³⁹ et réclamé l'adoption du protocole prévu à l'article 19(3) CDB. Dans l'optique de l'évaluation des risques, l'OVM est alors largement traité comme un polluant. La diminution de la diversité biologique, résultant du transfert des caractéristiques biologiques nouvellement acquises est considérée comme une atteinte à l'environnement. On peut toutefois se demander si cette approche est entièrement compatible avec l'affirmation selon laquelle il conviendrait de promouvoir le partage des bienfaits découlant du génie génétique (art. 19(3) CDB). Cette apparente contradiction ne peut être résolue que si l'on intègre entièrement l'idée que la diversité génétique (ou biologique) est un bien en soi. L'appréciation du « bienfait » de l'organisme résistant doit alors résulter d'une pesée d'intérêt entre les avantages escomptés et le danger qu'il peut représenter pour la diversité biologique. Ce problème est particulièrement visible en droit interne.

En même temps que la LGG, le législateur suisse a inséré dans la LPE et dans l'ensemble des lois touchant à l'environnement, l'objectif de protéger la diversité biologique et la fertilité du sol. La LGG exige en outre que « quiconque utilise des organismes génétiquement modifiés doit veiller à ce

³⁹ Décision II/5 du 17 novembre 1995 de la Conférence des Parties à la CDB : www.cbd.int/decision/cop/?id=7078 ; on peut peut-être y voir un signe de l'évolution rapide des mentalités dans ce domaine.

que ces organismes, leurs métabolites et leurs déchets ne portent pas atteinte à une production exempte d'organismes génétiquement modifiés ni au libre choix des consommateurs » (art. 7 LGG). Une telle production (condition nécessaire du libre choix du consommateur) est donc également un bien que la loi entend protéger, de sorte que la diversité biologique comprend nécessairement la possibilité de produire certains biens sans recourir au génie génétique et sans intégrer des produits issus de manipulations génétiques⁴⁰. En conséquence, la contamination de produits « naturels » par des OGM, même licitement utilisés ou produits, peut constituer non seulement une atteinte à l'environnement, mais également une atteinte aux droits des producteurs biologiques (voire simplement « naturels ») et des consommateurs (indépendamment des atteintes éventuelles à la santé résultant du caractère allergène de certains produits)⁴¹.

B. Prévention et responsabilité

La prévention joue un rôle primordial dans le contrôle de la diffusion des OGM, comme cela résulte de la procédure prévue par le Protocole de Cartagena comme du système d'autorisation mis en place par la LGG⁴². Elle repose toutefois principalement sur une évaluation des risques *ex ante*, sans exigence de contrôler ultérieurement la pertinence des risques identifiés (et écartés). Seule la survenance d'éléments nouveaux doit faire l'objet d'une annonce du titulaire d'une autorisation en droit suisse (art. 13, al. 2 LGG). En revanche, l'autorité pourrait intervenir spontanément au titre du réexamen de l'autorisation octroyée (art. 13, al. 1 LGG). Compte tenu toutefois de la nature du risque pour la diversité biologique ou pour le voisinage de cultures biologiques, la concrétisation de risques non identifiés ou écartés au moment de l'évaluation préalable est probable avant que l'autorité n'envisage un réexamen⁴³. En outre, la « circulation » des organismes peut donner lieu à de nouvelles exigences d'autorisations dont le producteur n'est même pas conscient, comme dans le cas du miel résultant de la contamination du pollen utilisé par les abeilles⁴⁴. Il en découle qu'une place importante subsiste pour la responsabilité, soit du titulaire d'une autorisation, soit aussi de l'utilisateur d'OGM⁴⁵.

⁴⁰ Voir sur cette question en relation avec le cas emblématique de l'intégration de pollens génétiquement modifiés, ERRASS (n. 6) ch. III.

⁴¹ Sur la responsabilité qui pourrait en découler, voir notamment PETITPIERRE-SAUVAIN (n. 25) p. 182 ss.

⁴² Concernant la portée de l'art. 7 LGG, voir ERRASS (n. 6) ch. III.

⁴³ A nouveau, le cas récemment tranché par la Cour européenne de Justice concernant le miel contenant du pollen issu du génie génétique est éloquent (C-442/09 ; ERRASS [n. 6] ch. III).

⁴⁴ ERRASS (n. 6) ch. II et III.

⁴⁵ Sur cette question, PETITPIERRE-SAUVAIN ANNE, « Coexistence et responsabilité : "im Sinne der Vorsorge" », *DEP* 2007 p. 742-756.

Si les conditions d'octroi d'une autorisation, peuvent être considérées, à certaines conditions, comme des entraves aux échanges internationaux⁴⁶, la mise en œuvre de la responsabilité n'a pas, à ce jour donné lieu à une telle analyse⁴⁷. La cohérence nécessaire des systèmes nationaux de responsabilité impose toutefois de la lier aux effets des organismes. Ainsi, le droit suisse prévoit-il la responsabilité du titulaire d'une autorisation pour le dommage causé par la mise en circulation autorisée d'un organisme génétiquement modifié, pour autant qu'il soit « dû à la modification du matériel génétique de cet organisme » (art. 30, al. 4 LGG). Cette modification ne devient pas pour autant une maladie ou un défaut, puisque l'article 30, alinéa 4 LGG exige en outre que l'OGM soit « défectueux »⁴⁸. La responsabilité « du fait » des organismes cumule donc deux conditions et diffère de celle du fait des produits, qui ne repose que sur le défaut.

Que ce soit pour la prévention des risques ou pour apprécier la responsabilité des fabricants ou utilisateurs d'OGM, seul l'impact de l'organisme lui-même doit être apprécié. Si une atteinte à l'environnement est à craindre ou s'est produite, elle doit être mise en rapport avec les caractéristiques de l'organisme. Qu'il puisse par ailleurs, et selon certaines définitions, constituer également un bien, une marchandise ou un produit est sans pertinence pour apprécier cet impact.

IV. Conclusions quant à la diffusion des OGM

En dépit des efforts de clarification et de définition des notions relatives aux organismes issus de la biotechnologie, des confusions subsistent entre les organismes, objets de réglementations spécifiques et les objets, produits ou substances qui en sont dérivés ou en contiennent, et qui relèvent de réglementations générales sur le commerce, la protection de la santé ou les atteintes à l'environnement. Ces confusions ont contribué à des approches erronées dans l'application des règles sur la mise en circulation et le commerce international de ces produits. Pour garder la cohérence nécessaire à un contrôle efficace de ces organismes, il convient de garder à l'esprit, et d'appliquer systématiquement, les éléments suivants :

- les OGM qui font l'objet de diffusion ou de transferts sont (et doivent rester) soumis à des règles conçues en fonction de leurs caractéristiques biologiques, plus précisément de leur capacité à transférer du matériel génétique : vouloir les forcer dans d'autres

⁴⁶ Ci-dessus, le cas du « moratoire » européen critiqué par l'OMC : WT/DS291/R, WT/DS292/R, WT/DS293/R.

⁴⁷ Pour plus de détails, PETITPIERRE-SAUVAIN (n. 25) p. 182.

⁴⁸ Que cette exigence soit, au surplus, probablement inappropriée (PETITPIERRE-SAUVAIN [n. 45] p. 752), ne change rien au fait qu'il s'agit d'une notion différente.

catégories juridiques équivaut à nier leurs particularités pourtant reconnues par la plupart des législations ;

- les normes applicables aux OGM ne comportent, sauf exceptions, aucune appréciation positive ou négative, *a priori*, quant au caractère, nuisible ou particulièrement dangereux de ces organismes, ce qui les distingue des organismes pathogènes ;
- les OGM peuvent, dans des circonstances et à des conditions particulières comporter des dangers pour certains biens environnementaux : tel est le cas pour la diversité biologique, mais tel est également le cas pour la possibilité de maintenir dans un espace déterminé des cultures et des produits totalement exempts d'OGM ;
- s'agissant de produits d'un génie génétique dont les effets sont encore grevés d'incertitude, la prise en compte et la gestion des risques requiert l'application du principe de précaution, mais aussi un devoir de suivi de l'évaluation et de ses conséquences ;
- la responsabilité découlant de l'utilisation et de la diffusion des produits du génie génétique est, comme les conditions de leur mise en circulation, déterminée par les caractéristiques des OGM, soit en premier lieu par leur capacité de transférer du matériel génétique qui va également définir le dommage en rapport de causalité avec leur utilisation.

La définition des OGM est en conséquence déterminante pour l'application de l'ensemble des règles relatives à leur utilisation et leur diffusion. Les règles sur la circulation des produits ou marchandises, ou même des substances, ne sont pas conçues pour ce type d'organismes. Elles ne devraient donc leur être appliquées que lorsque les problèmes se posent dans les mêmes termes pour les organismes, les substances ou produits et les OGM. Tel est par exemple le cas pour d'éventuels effets allergènes. Tel n'est en revanche pas le cas pour l'évaluation des risques, les conditions de diffusion dans l'environnement ou de mise sur un marché, la définition des dommages qu'ils peuvent causer et la responsabilité qui peut découler de la réalisation des risques identifiés.

Völkerrecht und Landesrecht : Plädoyer eines Völkerrechtlers für SCHUBERT

MARCO SASSÒLI

*Professeur à l'Université de Genève**

I. Einleitung

Als der österreichische Staatsangehörige Ernst SCHUBERT im Jahre 1972 seine Liegenschaft in Brissago im Kanton Tessin durch den Zukauf einer weiteren Parzelle erweitern wollte, konnte er nicht ahnen, dass sein Name die nächsten 40 Jahre der juristischen Debatte über den Rang des Völkerrechts im Schweizer Landesrecht prägen würde. Das Bundesgericht entschied damals, dass ihm der Zukauf in völkerrechtswidriger Weise zu verweigern sei, da es ein vom Parlament angenommenes Bundesgesetz anwenden musste, auch wenn dieses einem früheren völkerrechtlichen Vertrag widersprach, weil sich der Gesetzgeber bei dessen Annahme bewusst war, dass es völkerrechtswidrig sein könnte. Noch im Jahre 2007 verlangte ein Postulat der Rechtskommission des Ständerates, der Bundesrat solle einen Bericht verfassen, der sich unter anderem « über die Weiterführung und allfällige gesetzliche Verankerung der <SCHUBERT-Praxis> ausspricht »¹. Der Bundesrat sprach sich « gegen eine Verankerung der SCHUBERT-Praxis aus, sei es auf Gesetzes- oder auf Verfassungsstufe »². Fast hätte es Ernst SCHUBERT also sogar in die Bundesverfassung geschafft. In einem Zusatzbericht aus dem Jahre 2011 über die (an sich unterschiedliche) Frage des Verhältnisses von Verfassungsinitiative und Völkerrecht behandelt ein ganzer Abschnitt die Frage der « Anwendung der (relativierten) SCHUBERT-Praxis auf späteres Verfassungsrecht ». In der Forschung wird die SCHUBERT-Rechtsprechung fast einmütig kritisiert, nicht nur von Völkerrechtlern³, sondern gerade auch von Staatsrechtlern⁴, die den Grundsatz des Vorrangs des Völkerrechts geradezu

* MARCO SASSÒLI ist Professor für Völkerrecht und Direktor des Departements für Völkerrecht und internationale Organisation an der Universität Genf. Er dankt Frau DJEMILA CARRON, Master en droit, LL.M., Assistentin an der juristischen Fakultät der Universität Genf für ihre Hilfe bei den Recherchen zu diesem Beitrag und Frau KATJA SCHÖBERL, Assistentin und Doktorandin an der Universität Genf, für sprachliche und inhaltliche Anregungen.

¹ Postulat 07.3764 der Kommission für Rechtsfragen des Ständerates vom 16. Oktober 2007.

² Bericht des Bundesrats, *Das Verhältnis von Völkerrecht und Landesrecht*, BBl. 2010, S. 2340.

³ PERRIN GEORGES, *Droit international public : sources, sujets, caractéristiques*, Zürich, 1999, S. 837-838; WILDHABER LUZIUS, « Bemerkungen zum Fall Schubert », in: *Schweizerisches Jahrbuch für Internationales Recht*, 1974, Bd. 30, S. 195-201.

⁴ AUER ANDREAS, MALINVERNI GIORGIO, HOTTETIER MICHEL, *Droit constitutionnel suisse*, Bd. I « L'Etat », Bern, 2006, Rz. 1304 ; RHINOW RENÉ, SCHEFER MARKUS, *Schweizerisches Verfassungsrecht*, 2. Auflage,

wie den ihnen besser bekannten Grundsatz « Bundesrecht bricht kantonales Recht » verstehen. Oft wird geradezu behauptet, die Rechtsprechung gelte nicht mehr⁵. Wie im Folgenden zu zeigen sein wird, ist die Rechtsprechung des Bundesgerichts selbst uneinheitlich. Oft hat es die SCHUBERT-Rechtsprechung in *obiter dicta* bestätigt, ebenso oft hat es offen gelassen, ob sie noch gilt, und manchmal hat es sie gar nicht erwähnt, obwohl sie anwendbar war.

Als Völkerrechtler bin ich natürlich für den Vorrang des Völkerrechts, nicht nur weil er als völkerrechtliche Regel unbestritten ist, sondern auch weil ich als Bürger eines Kleinstaats überzeugt bin, dass die Einhaltung des Völkerrechts im besten Interesse meines Landes ist, und weil die Einhaltung, Weiterentwicklung und unterschiedslose Durchsetzung des Völkerrechts einem aussenpolitischen Anliegen meines Landes entspricht. Vielleicht weil ich mich in Lehre, Forschung und Praxis oft mit Kriegsvölkerrecht befasse, bin ich auch der Meinung, dass die *rule of (international) law*, auf Französisch die *primauté du droit (international)* – man beachte die unterschiedliche Bedeutung in den beiden Sprachen, die man etwas hilflos mit internationaler Rechtstaatlichkeit übersetzen kann – im besten Interesse der Menschheit und aller Menschen liegt, obwohl sie leider noch nicht der Realität entspricht. Man denke nur, wie viel besser es der Menschheit ginge, wenn die – sicher ungenügenden und verbesserungswürdigen – Regeln des Völkerrechts auch nur so konsequent eingehalten und durchgesetzt würden wie das Landesrecht in der Schweiz. Selbst die Mächtigsten dieser Erde sollten sich einen Satz des Genfers Jean-Jacques ROUSSEAU zu Herzen nehmen, den er freilich nicht im hier verstandenen Sinne gemeint hat: « *Le plus fort n'est jamais assez fort pour être toujours maître, s'il ne transforme pas sa force en droit, et l'obéissance en devoir* »⁶.

Dennoch glaube ich, dass die SCHUBERT-Rechtsprechung ein Ventil sein kann, das sparsam angewandt und alle Interessen im Einzelfall berücksichtigend auch durch die gegenwärtige Struktur des Völkerrechts

Basel, 2009, Rz. 3615-3644; KÄLIN WALTER, « Schubert und der Rechtsstaat oder sind Bundesgesetze massgeblicher als Staatsverträge ? », *Zeitschrift für schweizerisches Recht* 1993, Bd. 112, S. 73-77; KÄLIN WALTER, « Der Geltungsgrund des Grundsatzes "Völkerrecht bricht Landesrecht" », in: VON GUIDO/KÄLIN, *Die schweizerische Rechtsordnung in ihren internationalen Bezügen*, Bern, 1988, S. 60-65; HANGARTNER YVO, « Ende oder Weiterführung der Schubert-Praxis », *AJP/PJA* 1997, S. 634-635; JACOT-GUILLARMOD OLIVIER, « La primauté du droit international face à quelques principes directeurs de l'Etat fédéral suisse », *Zeitschrift für schweizerisches Recht* 1985, Bd. 104, S. 406; TSCHANNEN PIERRE, *Staatsrecht der Schweizerischen Eidgenossenschaft*, 2. Auflage, Bern, 2007, S. 33-35; RHINOW RENÉ, *Die Bundesverfassung 2000 : eine Einführung*, Basel, 2000, S. 368; COTTIER THOMAS, HERTIG MAYA, « Das Völkerrecht in der neuen Bundesverfassung : Stellung und Auswirkungen », in: ZIMMERLI (Hrsg.), *Die neue Bundesverfassung : Konsequenzen für Praxis und Wissenschaft/Berner Tage für die juristische Praxis, BTJP* 1999, Bern, 2000, S. 13-17.

⁵ AUER/MALINVERNI/HOTTELER (n. 4) Rz. 1305-1306.

⁶ ROUSSEAU JEAN-JACQUES, « Du contrat social ou principes du droit politique », Livre I, Chapitre III, in: ROUSSEAU, *Du contrat social et autres œuvres politiques*, Paris, 1975, S. 238.

gerechtfertigt werden kann. Dies möchte ich in diesem Beitrag darlegen. Ich hoffe, dass mich dies nicht eines Tages vom Einlass in das Paradies der Völkerrechtler disqualifiziert, falls es ein solches gibt.

II. Die Rechtsprechung des Bundesgerichts

Die SCHUBERT-Praxis ist anderswo ausführlich und richtig dargestellt worden⁷. Im naturgemäss auf Italienisch verfassten Ausgangsentscheid hielt das Bundesgericht fest, dass es den Niederlassungsvertrag vom 7. Dezember 1875 zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und dem Kaiserreich Österreich-Ungarn⁸ als völkerrechtlichen Vertrag gegenüber dem späteren Bundesbeschluss über die Bewilligungspflicht für den Erwerb von Grundstücken durch Personen im Ausland von 1961 und 1970⁹ vorgehen lassen müsse, ausser wenn der Gesetzgeber « *risolva con piena consapevolezza di emanare una disposizione di diritto interno eventualmente in contrasto con il diritto internazionale* » (ganz bewusst eine möglicherweise dem Völkerrecht widersprechende landesrechtliche Regel angenommen habe)¹⁰. Hier möchte ich schon klarstellen, dass der Gesetzgeber in der Praxis natürlich nie explizit entscheidet, Völkerrecht zu verletzen. Es muss genügen, wenn die Frage der möglichen Völkerrechtswidrigkeit entweder in der Botschaft oder im Parlament aufgeworfen wurde und die entsprechende Bestimmung dennoch angenommen wurde. Dann war der Gesetzgeber « *consapevole dei riflessi e delle implicazioni che tale disciplina legale poteva eventualmente comportare in ordine al diritto internazionale* » (sich der möglichen Auswirkungen des Gesetzes in Bezug auf das Völkerrecht bewusst)¹¹. Auch im Fall SCHUBERT, war die Völkerrechtswidrigkeit des Bundesbeschlusses umstritten und diejenigen, die mit der Mehrheit für seine Annahme plädierten, führten an, er widerspreche dem Völkerrecht gar nicht. Wenn dann das Bundesgericht entsprechend seiner Aufgabe als Gericht zum Schluss kommt, dies sei dennoch der Fall, ist die SCHUBERT-Praxis anwendbar. In der Folge hat das Bundesgericht die SCHUBERT-Praxis mehrmals bestätigt¹². In anderen Entscheiden hat das Bundesgericht jedoch, meist in *obiter dicta*, den « grundsätzlichen » Vorrang des Völkerrechts ohne einen Vorbehalt der SCHUBERT-Praxis erwähnt. Dabei

⁷ BAUMANN ROBERT, « Die Tragweite der Schubert-Praxis », *AJP/PJA* 2010, S. 1009 ff ; Zusatzbericht des Bundesrats zu seinem Bericht vom 5. März 2010 über das Verhältnis von Völkerrecht und Landesrecht, BBl. 2011, S. 3655-3657.

⁸ SR 0.142.111.631.

⁹ Heutige Fassung : Bundesgesetz vom 16. Dezember 1983 über den Erwerb von Grundstücken durch Personen im Ausland (BewG ; SR 211.412.41).

¹⁰ BGE 99/1973 Ib 39 E. 3, 43, *Schubert*.

¹¹ *Ibid.* E. 4, 44.

¹² BGE 112/1986 II 1 E. 8, 13, *Wohnbau AG Giswil in Liquidation*, sowie in Erwägungen, die für den Ausgang des Verfahrens nicht entscheidend waren, BGE 117/1991 Ib 367 E. 2b, 370, *Eidg. Steuerverwaltung*, und 118/1992 Ib 277 E. 3b, 281, *S.*

ging es meistens – aber nicht immer¹³ – um Rechtshilfefragen, für die schon das Gesetz¹⁴ einen Vorrang völkerrechtlicher Vereinbarungen vorsieht¹⁵.

Seit dem PKK-Entscheid von 1999 scheint das Bundesgericht jedoch internationale Menschenrechtsgarantien, zumindest solche der EMRK, immer einem späteren Gesetz vorzuziehen¹⁶. Im PKK-Entscheid selbst heisst es noch etwas vage, Völkerrecht gehe « prinzipiell » vor und dies gelte « umso mehr [...] wenn sich der Vorrang aus einer völkerrechtlichen Norm ableitet, die dem Schutz der Menschenrechte dient »¹⁷. Das Bundesgericht fügt jedoch sogleich bei : « Ob in anderen Fällen [das Bundesgericht verweist ausdrücklich auf die SCHUBERT-Praxis] davon abweichende Konfliktlösungen in Betracht zu ziehen sind, ist vorliegend nicht zu prüfen »¹⁸. Gleichzeitig führt das Bundesgericht aus, der Vorrang des Völkerrechts ergebe sich schon aus Artikel 26 und 27 der Wiener Vertragsrechtskonvention¹⁹, die natürlich nicht nur für Menschenrechtsverträge gilt. Auf dieses Argument wird zurückzukommen sein. In späteren Entscheiden war das Bundesgericht bezüglich des Vorrangs von Menschenrechtsverträgen eindeutiger²⁰. In einem davon liess es eine ein Grundrecht schützende Norm des Freizügigkeitsabkommens mit der (damaligen) Europäischen Gemeinschaft und ihren Mitgliedstaaten einer späteren gesetzlichen Regelung vorgehen, obwohl der Gesetzgeber letztere zur Einschränkung der Tragweite des Vertrags beschlossen hatte²¹. Um seine Praxis noch verwirrender zu machen, fügte es in einem weiteren *obiter dictum* bei, dass direktdemokratisch legitimierte Verträge immer vorgehen sollen²². Bei allem Respekt ist das natürlich ein unbrauchbares Kriterium, da Verträge, gegen die das Referendum nicht ergriffen wurde, zumindest genauso direktdemokratisch legitimiert sind²³ und auch spätere Gesetze immer entweder ausdrücklich oder stillschweigend (durch Nicht-Ergreifen des Referendums) direktdemokratisch legitimiert sind. In einem neusten Entscheid führt die II. zivilrechtliche Abteilung des Bundesgerichts jedoch aus, es sei

¹³ Zuletzt BGE 136/2010 II 241 E. 16.1, 255, X.

¹⁴ Siehe Art. 1(1) des Bundesgesetzes vom 20. März 1981 über internationale Rechtshilfe in Strafsachen (IRSG ; SR 351.1).

¹⁵ BGE 102/1976 Ia 317 E. 1, 319, *Lanusse* ; BGE 106/1980 Ib 400 E. 5a, 402, *Lorenzo Bozano* ; BGE 109/1983 Ib 165 E. 7b, 173, *Maurel* ; BGE 122/1996 II 485 E. 3a, 487, S.

¹⁶ BGE 125/1999 II 417, A.

¹⁷ *Ibid.* E. 4c, 425.

¹⁸ *Ibid.*

¹⁹ Wiener Übereinkommen vom 23. Mai 1969 über das Recht der Verträge (WVK ; SR 0.111).

²⁰ BGE 128/2002 IV 117 E. 3b, 122, *Ministero pubblico del Cantone Ticino* ; BGE 128/2002 IV 201 E. 1.3, 305, X, Y. und Z. ; BGE 136/2010 II 120 E. 3.5.3, 131, X.

²¹ BGE 133/2007 V 367 E. 11, 386, *Segretariato di Stato dell'economia*.

²² *Ibid.* E. 11.4 und 11.5, 389.

²³ BAUMANN (n. 7) S. 1013.

« naheliegend » einen bewussten Verstoss des Gesetzgebers gegen die EMRK gemäss der SCHUBERT-Praxis für massgeblich zu erachten²⁴.

Zusammenfassend lässt sich ausführen, dass das Bundesgericht die SCHUBERT-Praxis, ausser für Menschenrechtsgarantien, nie entscheidrelevant aufgegeben hat, seine *obiter dicta* uneinheitlich sind, und neuestens sogar den Vorrang von Menschenrechtsgarantien in Frage stellen. Ich bin mit einem Teil der Forschung einverstanden, der argumentiert, dass das Bundesgericht gar nicht auf der Suche nach einer verbindlichen Konfliktlösungsregel ist, sondern frei sein will, die auf dem Spiele stehenden Interessen abzuwägen und im Notfall, im Sinne einer in der Schweiz an sich unbekanntenen *political question*-Doktrin, dem Landesrecht Vorrang zu geben und *self-restraint* auszuüben²⁵. Wie zu zeigen sein wird, kritisiere ich dies jedoch nicht, sondern halte es auch aus völkerrechtlicher Sicht für gerechtfertigt. Immerhin sollte das Bundesgericht offen dazu stehen, und sei es nur, um seine Praxis vorhersehbarer zu machen.

III. Völkerrecht und Landesrecht aus der Sicht des Völkerrechts

Auf internationaler Ebene geht Völkerrecht dem Landesrecht vor. Für Verträge wird das ausdrücklich in Artikel 27 der Wiener Vertragsrechtskonvention festgehalten, der besagt : « Eine Vertragspartei kann sich nicht auf ihr innerstaatliches Recht berufen, um die Nichterfüllung eines Vertrags zu rechtfertigen ». Dasselbe ergibt sich für alle völkerrechtlichen Verpflichtungen aus Artikel 3 der Artikel über Staatenverantwortlichkeit, der festhält : « Die Beurteilung der Handlung eines Staates als völkerrechtswidrig bestimmt sich nach dem Völkerrecht. Diese Beurteilung bleibt davon unberührt, dass die gleiche Handlung nach innerstaatlichem Recht als rechtmässig beurteilt wird »²⁶. Meines Erachtens ergibt sich das schon aus der Natur des Völkerrechts als zwischenstaatliche Ordnung. Wenn ein Staat gegenüber anderen Staaten den Vorrang seines Landesrechts gegenüber dem Völkerrecht geltend machen könnte, wäre das Völkerrecht kein internationales Recht, sondern nationales, « äusseres Staatsrecht »²⁷.

²⁴ BGE 136/2010 III 168 E. 3.3.4, 172, *Ma*.

²⁵ BAUMANN (n. 7) S. 1019 ; COTTIER/HERTIG (n. 4) S. 15, und in einem gewissen Sinne schon die Kritik von JACOT-GUILLARMO OLIVIER, « Fondements juridiques internationaux de la primauté du droit international dans l'ordre juridique suisse », *Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins* 1984, Bd. 120, S. 229-230.

²⁶ Resolution 56/83 der UNO-Generalversammlung vom 12. Dezember 2001, über Verantwortlichkeit der Staaten für völkerrechtswidrige Handlungen, Beilage, deutsch : <http://www.un.org/Depts/german/gv-56/band1/56bd-6.pdf>.

²⁷ HEGEL GEORG WILHELM FRIEDRICH, Grundlinien der Philosophie des Rechts, Berlin, 1821, Rz. 330-333.

Diese völkerrechtliche Regel wird jedoch oft missverstanden, insbesondere von Landesrechtlern. Sie besagt nicht, dass ein Staat in seinem Landesrecht Völkerrecht den Vorrang geben muss. Das Recht der Europäischen Union und die EMRK verlangen deren direkte Anwendbarkeit und deren Vorrang im Landesrecht vor entgegenstehendem Landesrecht. Im Allgemeinen verlangt jedoch Völkerrecht nur, dass es eingehalten wird, legt aber nicht fest, wie ein Staat dies in seinem Landesrecht sicherstellen muss. Ohne Völkerrecht zu verletzen, darf ein Staat vorsehen, dass Völkerrecht gar nicht Teil seines Landesrechts ist, womit es von seinen Gerichten und Behörden gar nicht angewandt werden kann und sich die Frage, ob es vor- oder nachrangig ist, gar nicht stellt. Dieses oft dualistisch genannte System gilt in fast allen Ländern englischer Rechtstradition (ausser den USA), auch etwa in Kanada, für das das Völkerrecht eine ähnlich wichtige Rolle in der Aussenpolitik spielt wie für die Schweiz, und welches das Völkerrecht nicht weniger einhält, als die Schweiz. Dieses dualistische System führt bloss dazu, dass der Staat sein Landesrecht an neue völkerrechtliche Pflichten anpassen muss, bevor er sie eingeht, wenn er nicht völkerrechtlich verantwortlich werden will. Wenn ein Staat, wie die Schweiz, ein monistisches System wählt, also Völkerrecht unmittelbar als Landesrecht gilt, schreibt ihm das Völkerrecht nicht den Rang desselben gegenüber dem Landesrecht vor. Dies ist eine rein verfassungsrechtliche Frage. Die Rechtsprechung eines gemäss seiner Verfassung monistischen Staates wie die USA stellt selbst völkerrechtliche Regeln, die *self-executing* sind, praktisch auf die gleiche Ebene wie Gesetzesrecht²⁸. Nur eine Minderheit der Staaten mit einem monistischen Verfassungssystem lassen Völkerrecht sogar der Verfassung vorgehen²⁹, obwohl natürlich auch für alle anderen die völkerrechtliche Regel gilt, dass sie sich nicht auf ihre Verfassung berufen können, um eine Verletzung ihrer völkerrechtlichen Verpflichtungen zu rechtfertigen.

IV. Die Geltung des Völkerrechts im Schweizer Landesrecht

Die Schweizer Bundesverfassung³⁰ sieht ein monistisches System vor. Artikel 5, Absatz 4 schreibt vor: « Bund und Kantone beachten das Völkerrecht ». Was nicht in dieser Bestimmung steht, aber zumindest für völkerrechtliche Verträge unbestritten ist, ist, dass dies noch nicht besagt, dass Gerichte und Behörden immer die völkerrechtliche Regel anwenden müssen. Im Gegenteil, wenn die betreffende Regel nicht direkt anwendbar, nicht *self-executing* ist, können sie sie gar nicht anwenden und müssen somit möglicherweise

²⁸ Siehe Reid v. Covert 354 US 1, 18.

²⁹ Siehe Art. 91 (3) der niederländischen Verfassung von 2008. Diesen Vorrang sieht jedoch die Verfassung selbst vor (und sie verlangt eine Zweidrittelmehrheit im Parlament für die Annahme solcher Verträge), womit sie doch Vorrang hat.

³⁰ Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 (BV ; SR 101).

entgegenstehendes Landesrecht anwenden, bis der Gesetzgeber die völkerrechtliche Regel ins Landesrecht umgesetzt hat³¹.

Immerhin könnte man einwenden, die Bundesversammlung und das Volk seien Organe des Bundes und müssen sich als solche bei ihrer Gesetzgebung an Artikel 5, Absatz 4 halten, also das Völkerrecht einhalten, ob es *self-executing* ist oder nicht. Einzig das Bundesgericht und die übrigen Behörden können dies nicht überprüfen, weil Artikel 190 BV bekanntlich vorsieht: « Bundesgesetze und Völkerrecht sind für das Bundesgericht und die anderen rechtsanwendenden Behörden massgebend ». Diese Bestimmung kann in der Tat als Regelung einer Kompetenzfrage angesehen werden und nicht als Regelung des Verhältnisses materieller Normen. So würde etwa niemand behaupten, die Bundesversammlung müsse sich nicht an die Bundesverfassung halten, nur weil das Bundesgericht dies vorderhand nicht durchsetzen kann. Man kann also behaupten, dass die Bundesverfassung Volk und Parlament vorschreibt, das Völkerrecht einzuhalten. Hingegen ist es meines Erachtens falsch zu behaupten, die Bundesversammlung habe die SCHUBERT-Rechtsprechung dadurch gegenstandslos gemacht, dass sie ihre Zustimmung zur Ratifikation von Artikel 27 der Wiener Vertragsrechtskonvention gegeben hat³². Erstens vermischt dieses Argument eine völkerrechtliche und eine landesrechtliche Frage. Die Bundesversammlung hat bloss den Bundesrat ermächtigt, die Schweiz zu verpflichten, gegenüber völkerrechtlichen Verpflichtungen kein entgegenstehendes Landesrecht geltend zu machen. Zweitens ist Artikel 27 nicht *self-executing*. Er betrifft eindeutig die zwischenstaatliche Ebene und kann nicht direkt innerstaatlich angewandt werden. Drittens könnte man genauso gut behaupten, mit der Annahme der Bundesverfassung von 1999 habe sich die Bundesversammlung verpflichtet, keine verfassungswidrigen Gesetze anzunehmen, weshalb das Bundesgericht die Verfassung vorgehen lassen müsse.

V. Landesrecht als Beitrag zur Entstehung neuen Völkerrechts

Völkerrecht entsteht in grundsätzlich anderer Weise als Landesrecht in allen modernen Staaten. Es fehlt ein zentraler, hierarchisch übergeordneter Gesetzgeber. Es fehlt auch eine anhaltende Kette von Präzedenzfällen in Form von Gerichtsentscheiden, wie diejenige, die das *common law* geschaffen hat. Die wichtigsten Rechtssubjekte, die Staaten, sind individuell Adressaten und zugleich kollektiv Rechtsetzer. Als Rechtssubjekte sind sie natürlich an das

³¹ BGE 133/2007 I 286 E. 3.2, 291, *Schmid und Mitb.*; BGE 129/2003 II 249 E. 3.3, 257, *A.X.*; BGE 126/2000 I 240 E. 2b, 242, *A. und B.*; BGE 124/1997 III 90 E. 3a, 91, *L.X.*, mit weiteren Verweisen.

³² AUER/MALINVERNI/HOTTELIER (n. 4) Rz. 1305.

Völkerrecht gebunden. Wenn sie neues Recht schaffen, sind sie hingegen nicht an die primären Regeln des Völkerrechts gebunden. Sie dürfen sie abändern. Eine strukturelle Schwäche des Völkerrechts ist es gerade, dass es über ungenügende Anpassungsmechanismen verfügt. Grundsätzlich kann neues Völkerrecht nur mit dem Einverständnis der Adressaten geschaffen werden, einschliesslich derer, die Interesse an der bisherigen Regel hatten. Bei der Schaffung von Völkerrecht gibt es keinen Mehrheitsentscheid. Im Allgemeinen herrscht Konsensprinzip.

Theoretisch sind Staaten bei der Rechtsetzung immerhin an die sekundären Regeln über die Verfahren, nach denen neues Völkerrecht geschaffen werden kann, gebunden. Auch diese könnten sie jedoch abändern, und zwar im selben Verfahren, in dem sie neue primäre Regeln schaffen. Wenn die Staaten wollten, könnten sie beschliessen, dass Resolutionen der UNO-Generalversammlung oder Enzykliken des Papstes verbindlich sind. Dies ist einfach nicht der Fall. Eine weitere Schranke bildet zwingendes Völkerrecht³³. Es kann nicht von einer beschränkten Anzahl an Staaten abgeändert werden. Doch kann auch es von der Staatengemeinschaft in ihrer Gesamtheit durch neues zwingendes Völkerrecht ersetzt werden.

Diese Unterscheidung zwischen Rechtsadressat und Rechtsetzer ist nicht für alle Völkerrechtsquellen gleich schwierig. Die wichtigste Völkerrechtsquelle sind Verträge. Wenn das Parlament (oder sogar das Volk) den Bundesrat ermächtigt, einen völkerrechtlichen Vertrag zu ratifizieren, ist es natürlich nicht an völkerrechtliche Verträge zum selben Inhalt gebunden. Das Verhältnis des neuen Vertrags zu bestehenden Verträgen regelt das Völkerrecht selbst und es kann meist davon ausgegangen werden, dass ein neuer völkerrechtlicher Vertrag unter den Vertragsparteien eine *lex specialis* und eine *lex posterior* im Verhältnis zu bestehendem Völkerrecht darstellt. Wenn das Parlament (oder das Volk) hingegen neue innerstaatliche Gesetze annimmt, muss es aus völkerrechtlicher Sicht, wie erwähnt, völkerrechtliche Verträge einhalten. Innerstaatlich kommt hinzu, dass das Parlament (und das Volk) zwar (gewisse) völkerrechtliche Verträge annehmen müssen, es aber immer der Bundesrat ist, der sie kündigt³⁴. Es ist umstritten, ob das Parlament den Bundesrat zur Kündigung eines Vertrages, den es selbst genehmigt hat³⁵, verpflichten kann³⁶. Wenn das Völkerrecht also nur auf Verträgen beruhte,

³³ Siehe Art. 53 WVK (n. 19).

³⁴ Auch dies ist umstritten EHRENZELLER BERHARD, THÜRER DANIEL, ISLIKER FRANZISKA, « Art. 166 », in : EHRENZELLER/MASTRONARDI/SCHWEIZER/WALLENDER, *Die Schweizerische Bundesverfassung, Kommentar*, 2. Auflage, Zürich, 2008, S. 2457-2458.

³⁵ Siehe zum Sonderfall völkerrechtlicher Verträge, die der Bundesrat in eigener Kompetenz abgeschlossen hat, Art. 7a (2) und 48a (2) des Regierungs- und Verwaltungsorganisationsgesetzes vom 21. März 1997 (RVOG ; SR 172.010).

³⁶ RHINOW/SCHEFER (n. 4) Rz. 3676 ; KÄLIN WALTER, EPINEY ASTRID, CARONI MARTINA, KÜNZLI JÖRG, *Völkerrecht : Eine Einführung*, 3. Auflage, Bern, 2010, S. 109.

könnte man zumindest konzeptuell und unter Vorbehalt dessen, was hiernach über Auslegung ausgeführt wird, zwischen dem Parlament als Rechtsadressaten und dem Parlament als Völkerrechtssetzer unterscheiden. Es gibt aber noch weitere Völkerrechtsquellen : das Völkergewohnheitsrecht und allgemeine Rechtsgrundsätze.

Ursprünglich beruhten allgemeine Rechtsgrundsätze auf den Landesrechten gemeinsamen Grundsätzen, die auf die Völkerrechtsordnung übertragen werden konnten. Hier ist die Rolle des nationalen Gesetzgebers als völkerrechtlicher Rechtsetzer offensichtlich : weil die nationalen Gesetzgeber in allen Rechtssystemen den Verhältnismässigkeitsgrundsatz vorsehen, ist er ein völkerrechtlicher allgemeiner Rechtsgrundsatz. In der Forschung werden andere allgemeine Rechtsgrundsätze postuliert, die sich aus der Natur der Völkerrechtsgemeinschaft ergeben sollen, wie zum Beispiel die souveräne Gleichheit der Staaten. Wenn sich die Staaten, ermächtigt durch ihre Verfassungsgeber, zu einem Weltstaat zusammenschliessen würden, wären sie aber nicht mehr souverän. Solche Grundsätze sind also auch nicht unabänderlich. Einzig die in einem Teil der Forschung ebenfalls zu den allgemeinen Rechtsgrundsätzen gezählten Grundsätze der Logik und diejenigen, die sich aus der Natur des Menschen ergeben sollen, wären wohl dem Einfluss des nationalen Gesetzgebers entzogen. Selbst überzeugte Naturrechtler behaupten jedoch nicht, dass die meisten Völkerrechtsregeln auf diese Weise entstehen.

Die dritte und vielleicht gerade heute wieder zunehmend wichtige Quelle des Völkerrechts ist das Völkergewohnheitsrecht, das ich lieber allgemeines Völkerrecht nenne, da die meisten seiner Regeln nur noch wenig mit tatsächlicher Übung der meisten Staaten zu tun haben, sondern mehr mit dem, was die Staaten erklären, akzeptieren, was von anderen internationalen Akteuren postuliert wird und wogegen sich die Staaten nicht energisch wehren. Solche Regeln werden heute immer wichtiger, da es unter zweihundert Staaten immer schwieriger wird, sich auf völkervertragliche Regeln zu einigen und diese dann auch für bindend anzuerkennen. Insbesondere im Rahmen internationaler Organisationen und anderer Foren können sich die Staaten viel schneller als im schwerfälligen Vertragsschlussverfahren über Regeln einigen, die den normativen Bedürfnissen der internationalen Gemeinschaft entsprechen.

Es ist unbestritten, dass Gesetze über völkerrechtlich relevante Sachverhalte tatsächliche Übung eines Staates darstellen und seine Rechtsüberzeugung ausdrücken³⁷. Obwohl der Gesetzgeber, wenn er Recht

³⁷ ANZILOTTI DIONISIO, *Corso di diritto internazionale*, Bd. I, 4. Auflage, Padua, 1955, S. 100. Auch ein anderer Altmeister des Völkerrechts schreibt : « *Le droit international coutumier se concrétise souvent sous forme de normes du droit interne. Le droit de la haute mer, celui de la mer territoriale et en particulier celui des ports maritimes a ses origines dans des règles de droit*

setzt, als Staatsorgan das Völkerrecht einhalten muss, trägt er also gleichzeitig zur Entstehung von Völkergewohnheitsrecht bei.

Hinzu kommt und damit zusammenhängt, dass im Völkerrecht die Abgrenzung zwischen Auslegung und Rechtsetzung noch fließender ist als im Landesrecht. Selbst völkerrechtliche Verträge müssen ausgelegt werden und ein Element der Auslegung ist die spätere Praxis der Vertragsstaaten³⁸. Es ist nicht einzusehen, warum nicht auch der nationale Gesetzgeber Völkerrecht auslegen muss und soll. Gerade wer der Meinung ist, späteres Landesrecht müsse früheres Völkerrecht einhalten, fordert vom Parlament eine Auslegung des Völkerrechts. Das Ergebnis ist die Praxis der Schweiz zum entsprechenden Vertrag, die zusammen mit derjenigen der anderen Vertragsstaaten ein Element der Auslegung des Vertrags ist. Eben diese Praxis der Staaten schafft jedoch, begleitet durch eine Rechtsüberzeugung, neues Völkerrecht, inklusive solches, das zur *desuetudo* eines früheren Vertrags führt³⁹. Für allgemeines Völkerrecht oder Völkergewohnheitsrecht ist die Unterscheidung zwischen Auslegung und Weiterentwicklung noch fließender.

VI. Gründe für einen Vorrang bewusst völkerrechtswidrigen späteren Landesrechts im Landesrecht

Hier soll nicht vorgeschlagen werden, dass bewusst völkerrechtswidrige Gesetze immer früherem Völkerrecht vorgehen sollen. Vielmehr sollen bewusst völkerrechtswidrige Bundesgesetze, ganz entsprechend der oben dargestellten tatsächlichen, aber nie zugestandenen Praxis des Bundesgerichts, nach Abwägung aller Interessen ausnahmsweise dem früheren Völkerrecht vorgehen können. Dafür gibt es völkerrechtliche und landesrechtliche Gründe.

A. Beitrag der Schweiz zur Auslegung und Weiterentwicklung des Völkerrechts

Die Schweiz (und nicht der Bundesrat) ist Subjekt des Völkerrechts. Als solches sind die Schweiz und all ihre Organe, also auch das Volk, die Stände und der Gesetzgeber an das Völkerrecht gebunden. Aber alle Organe tragen auch zur Bildung des Völkerrechts bei. Im Vertragsschlussverfahren ist der jeweilige Beitrag jedes Organs in der Bundesverfassung geregelt⁴⁰. Nicht so für

interne » (GUGGENHEIM PAUL, *Traité de droit international public : avec mention de la pratique internationale et suisse*, Bd. 1, Genf, 1953, S. 51).

³⁸ Art. 31(3)(b) WVK (n. 19).

³⁹ KOLB ROBERT, « La désuétude en droit international public », *Revue générale de droit international public* 2007, Bd. 111, Nr. 3, S. 577-608.

⁴⁰ Siehe Art. 140-141a und 166 BV (n. 30).

das Völkergewohnheitsrecht. Vielleicht könnte das Landesrecht eines Staates gar nicht regeln, welche Organe zu Völkergewohnheitsrecht beitragen können. Jedenfalls ist dies für die Schweiz nicht der Fall. Obwohl der Bundesrat die Aussenpolitik führt und nicht das Bundesgericht, stellt die Praxis des Bundesgerichts unbestrittenermassen völkerrechtliche Übung der Schweiz dar⁴¹. Sie hat auch schon wesentlich zur Entstehung (oder vielmehr Abänderung) einer völkerrechtlichen Regel beigetragen. So war das Schweizer Bundesgericht bereits 1918⁴² nach italienischen und belgischen Gerichten eines der ersten, das behauptete, Staaten geniessen für Handlungen *jure gestionis* keine Immunität⁴³. Damals war die herrschende Meinung, dass Staaten vor Gerichten anderer Staaten absolute Immunität geniessen, woran etwa die USA und das Vereinigte Königreich bis 1970 festhielten⁴⁴. Technisch gesehen verletzte die Schweiz im Jahre 1918 durch ein solches Urteil, dass einem Staat für Akte *jure gestionis* die Immunität vor Schweizer Gerichten verweigerte, das Völkerrecht. Andere Staaten sind jedoch der Schweiz gefolgt, manchmal durch ihre obersten Gerichte, manchmal durch ihre Gesetzgeber. Damit wurde die völkergewohnheitsrechtliche Regel geändert und heute handelt es sich um das geltende Völkergewohnheitsrecht⁴⁵. Der Gesetzgeber kann ebenfalls zur Entwicklung des Völkerrechts beitragen. Als er in Artikel 5, Absatz 1, Buchstabe b) des Schweizerischen Strafgesetzbuchs vom 21. Dezember 1937 (StGB)⁴⁶ den Weltrechtsgrundsatz für sexuelle Handlungen gegen Kinder unter 14 Jahren einführte, verletzte er wahrscheinlich das Völkerrecht. Ausser für internationale Verbrechen, zu denen sexuelle Handlungen mit Kindern nicht gehören (solange sie kein Kriegsverbrechen, Verbrechen gegen die Menschlichkeit oder Völkermord darstellen oder als Teil eines solchen Verbrechens begangen werden), muss ein Staat nämlich einen besonderen Bezug zu einer Tat haben, um diese seiner Strafhoheit zu unterstellen. Wenn hingegen, was zu erwarten ist, kein Staat gegen diese Bestimmung oder deren

⁴¹ Siehe allgemein der Ständige Internationale Gerichtshof im Fall *Lotus, Case of the SS Lotus (Turkey v France)*, 1927 PCIJ Series A, no. 10, S. 28-29 ; ANZILOTTI (n. 37) S. 74 und 100.

⁴² BGE 44/1918 I 49, *K. k. Oesterreich. Finanzministerium*.

⁴³ FAVRE DOMINIQUE, « L'immunité de juridiction des Etats et des organisations internationales : la pratique suisse », in : *Droit des immunités et exigences du procès équitable : actes du colloque du 30 avril 2004*, Paris, 2004, S. 44 ; CANDRIAN JÉRÔME, *L'immunité des Etats face aux Droits de l'homme et à la protection des biens culturels : immunité de juridiction des Etats et droits de l'homme, immunité d'exécution des Etats et de leurs biens culturels*, Zürich, 2005, S. 140.

⁴⁴ Botschaft betreffend das Übereinkommen über und das Zusatzprotokoll zu diesem Übereinkommen vom 27. Mai 1981, BBl. 1981 II, S. 979.

⁴⁵ BIANCHI ANDREA, « L'immunité des Etats et les violations graves des droits de l'homme : la fonction de l'interprète dans la détermination du droit international », in : *Revue générale de droit international public* 2004, Bd. 108, no 1, S. 68-73 ; CANDRIAN (n. 43) S. 141 ; BGE 106/1980 Ia 142 E. 3a, 147-148, *Sozialistische Libysche Arabische Volks-Jamahiriya* ; ZIEGLER ANDREAS, *Einführung in das Völkerrecht*, Bern, 2006, Rz. 656 ; DAILLIER PATRICK, FORTEAU MATHIAS, PELLET ALAIN, *Droit international public*, 8. Auflage, Paris, 2009, Rz. 289-291.

⁴⁶ SR 311.0.

Anwendung protestiert, hat der Schweizer Gesetzgeber damit vielleicht auf die Dauer zur Entstehung einer neuen völkerrechtlichen Regel beigetragen.

Die Schweiz ist ein Rechtsstaat. Damit sollte staatliches Handeln über eine gesetzliche Grundlage verfügen. Wieweit das Legalitätsprinzip auch für die Aussenpolitik gilt, ist zwar umstritten⁴⁷. Wenn jedoch völkerrechtswidrige Gesetze ausgeschlossen wären, dürfte aussenpolitisches Handeln, das auf Abänderung einer Völkerrechtsregel abzielt, gar keine gesetzliche Grundlage haben. Ausserdem trägt ein Staat nicht nur durch aussenpolitisches Handeln zu Völkergewohnheitsrecht bei. Wenn der Gesetzgeber sich somit nicht bewusst gegen die Einhaltung einer bestehenden Regel entscheiden dürfte, könnte die Schweiz auf vielen Gebieten überhaupt nicht zur Fortentwicklung des Völkergewohnheitsrechts beitragen.

Wer wie der Schreibende fordert, der Bundesgesetzgeber müsse die Möglichkeit haben, Völkerrecht auch entgegen bestehendem Völkerrecht weiterentwickeln zu wollen, muss immerhin vom Bundesgericht verlangen, dass es im Rahmen seiner SCHUBERT-Abwägung aller Umstände und Interessen, einschliesslich der Missbrauchsgefahr, auch berücksichtigt, ob sich aus den gesamten *travaux préparatoires* ein solcher Wille ergibt, im Fall einer Völkerrechtswidrigkeit des Erlasses möglicherweise zur Fortentwicklung und Auslegung des Völkerrechts beizutragen. Wenn der Gesetzgeber hingegen bloss will, dass sich die Schweiz nicht an eine Völkerrechtsregel hält, welche er an sich für sinnvoll hält und deren Einhaltung er von anderen Staaten weiterhin erwartet, sollte das Bundesgericht der Völkerrechtsregel den Vorrang geben. Auch wenn ein an sich gutgemeinter Vorstoss des Gesetzgebers zur Änderung des Völkerrechts erfolglos war, sollte das Bundesgericht dies in seiner Abwägung berücksichtigen.

B. Gewaltenteilung

Die Bundesverfassung regelt ausdrücklich den Beitrag der Bundesversammlung und des Volkes zur Entstehung von neuem, die Schweiz bindenden Völkervertragsrecht. In einem monistischen System wie dem schweizerischen gibt sie dem Gesetzgeber zu Recht eine entscheidende Rolle, weil Völkerrecht Individuen ebenso berechtigt und verpflichtet wie Gesetzesrecht. Innerstaatlich entspricht heute das Vertragsschlussverfahren weitgehend dem Gesetzgebungsverfahren. Völkerrecht entsteht jedoch nicht nur – und immer weniger ausschliesslich – durch Verträge. Es wäre im Hinblick auf den Grundsatz der Gewaltenteilung unbefriedigend, wenn nur

⁴⁷ WILDHABER LUZIUS, « Legalitätsprinzip und Aussenpolitik – eine Problemskizze », in : BRUNNER/MUHEIM/STÜCHELI /WIDMER (Hrsg.), *Einblick in die schweizerische Aussenpolitik, Festschrift für Staatssekretär Raymond Probst*, Zürich, 1984, S. 443 ff ; BORER THOMAS, *Das Legalitätsprinzip und die auswärtigen Angelegenheiten*, Basel, 1986.

die Exekutive (und wie erwähnt die Gerichte) zu Völkergewohnheitsrecht beitragen dürften. Wie erwähnt muss die Legislative aber, um zur Entwicklung des Völkerrechts beitragen zu können, auch Gesetze annehmen können, die dem geltenden Völkerrecht widersprechen.

C. Politischer Opportunismus

Populisten und selbsternannte Hüter der direkten Demokratie haben sich auf das Völkerrecht als etwas « undemokratisches » eingeschossen. Dies gilt insbesondere für alle Regeln, die sich nicht in Verträgen äussern, weil nur der Abschluss der letzteren formell das Volk einbezieht. In Wirklichkeit hat gerade Völkergewohnheitsrecht eine Art demokratische Legitimation, weil die Zivilgesellschaft immer mehr zur Entstehung neuer Regeln beiträgt (beispielsweise wenn Staaten es als Reaktion auf Forderungen von NGOs, Volksaufstände oder Medienkampagnen akzeptieren). Trotzdem ist es wichtig, das Völkerrecht nicht als Einschränkung, sondern als Chance zu sehen. Wie alle anderen Staatsorgane müssen sich das Volk und die von ihm gewählte Bundesversammlung an das Völkerrecht halten, aber sie können es auch beeinflussen. Daher müssen sie auch völkerrechtswidrige Gesetze annehmen können, wenn sie dies bewusst tun. So wird das Volk zum Miteigner und nicht bloss zum Unterworfenen des Völkerrechts.

VII. Konsequenzen einer Verletzung des Völkerrechts durch späteres Landesrecht

Aus völkerrechtlicher Sicht lässt sich gegen meine Rechtfertigung der SCHUBERT-Praxis einiges einwenden. Erstens ist es schwierig, « bewusst » völkerrechtswidrige Gesetzgebung auf Fälle zu beschränken, in denen die Schweiz Anstoss zu einer neuen Regel geben will. Wenn der Gesetzgeber aber auch dann Völkerrecht verletzen könnte, wenn er von den anderen Staaten weiterhin die Einhaltung der verletzten Regel erwarten würde, würde die Schweiz bloss den Grundsatz des Vorrangs des Rechts in der Völkergemeinschaft noch weiter schwächen. Zweitens kann die Schweiz alleine kein neues Völkerrecht schaffen und als Kleinstaat ist ihr Einfluss auf andere Staaten auf den meisten Gebieten gering. Der Gedanke, die Schweiz könnte z. B. zum Schutze der Umwelt ein Vorbild sein, das andere Staaten mitreisst, beruht weitgehend, aber nicht vollständig, auf einer Selbstüberschätzung.

Wenn der Versuch, das Völkerrecht zu beeinflussen, nicht erfolgreich ist, wird die Schweiz für völkerrechtswidrige Gesetzgebung oder zumindest für dessen Anwendung völkerrechtlich verantwortlich. Anderslautendes

innerstaatliches Recht schliesst völkerrechtliche Verantwortlichkeit nicht aus⁴⁸. Völkerrechtswidrigkeit führt zwar nicht zu Nichtigkeit, aber zur Verpflichtung zur Wiedergutmachung, was in erster Linie Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands bedeutet, d.h. die Aufhebung des völkerrechtswidrigen Gesetzes. Ansonsten können betroffene Staaten die verletzte Vertragsregel gegenüber der Schweiz selbst verletzen⁴⁹ oder Gegenmassnahmen ergreifen, d.h. ihrerseits gegenüber der Schweiz gewisse Völkerrechtsregeln nicht mehr einhalten⁵⁰.

All dies sollte der Gesetzgeber berücksichtigen, wenn er völkerrechtswidrige Gesetze annimmt. Erstens sollte er prüfen, ob das innerstaatliche Ziel (und der mögliche Anstoss zu einer Entwicklung des Völkerrechts) nicht auch ohne Verletzung des geltenden Völkerrechts erreicht werden kann. Zweitens muss der Gesetzgeber zwischen den Vorteilen einer völkerrechtswidrigen Gesetzgebung und der Konsequenz einer völkerrechtlichen Verantwortlichkeit sowie der nicht im Interesse der Schweiz liegenden Schwächung des Völkerrechts abwägen. Eine ebensolche Abwägung sollte auch das Bundesgericht vornehmen und oben wurde aufgezeigt, dass es dies unerklärtermassen auch schon tut.

VIII. Ausnahmen, insbesondere für Menschenrechte ?

Es fragt sich, ob die hier vertretene Möglichkeit, späteres « bewusst » völkerrechtswidriges Gesetzesrecht vorgehen zu lassen für alle völkerrechtlichen Regeln gelten soll, oder ob gewisse Völkerrechtsregeln immer vorgehen sollten. Als solche kommen die sich nur teilweise überschneidenden Kategorien des zwingenden Völkerrechts und der Menschenrechte in Frage.

A. Zwingendes Völkerrecht?

An sich gilt alles Vorstehende auch für zwingendes Völkerrecht. Es beruht auf dem Willen der Staatengemeinschaft in ihrer Gesamtheit. Auch zu ihm kann und soll die Schweiz beitragen und auch für seine Auslegung ist insbesondere an den Rändern die Staatenpraxis von Bedeutung (z.B. wie hoch das Risiko einer Verfolgung sein muss, um den im Folterverbot enthaltenen Grundsatz des *non-refoulement* zu verletzen). Die zwingende Natur einer völkerrechtlichen Regel hat an sich nichts mit dem Verhältnis von Völkerrecht

⁴⁸ Siehe Art. 3 über Staatenverantwortlichkeit (n. 26).

⁴⁹ Siehe Art. 60 VVK (n. 19). So hat Österreich infolge des SCHUBERT-Entscheids des Bundesgerichts der Schweiz mitgeteilt, dass es Art. 2 des Niederlassungsvertrags solange nicht anwenden wird, bis die Schweiz ihn wieder anwendet (siehe Notenwechsel publiziert in SR 0.142.111.631.2).

⁵⁰ Siehe Art. 49 über Staatenverantwortlichkeit (n. 26).

und Landesrecht zu tun. Ein Staat kann sich nicht auf sein Landesrecht berufen, um Verletzungen zwingender und nicht zwingender Völkerrechtsregeln zu rechtfertigen. In dualistischen Verfassungssystemen können auch zwingende Völkerrechtsregeln erst innerstaatlich angewandt werden, wenn sie ins Landesrecht umgesetzt worden sind. Immerhin kann eine Regel des zwingenden Völkerrechts nur durch eine neue Regel des zwingenden Völkerrechts ersetzt werden, die also von der Staatengemeinschaft in ihrer Gesamtheit als eine solche anerkannt wird, von der nicht abgewichen werden darf. Es ist fast nicht vorstellbar, dass Schweizer Gesetzgebung entgegen einer zwingenden Norm, welche von der Staatengemeinschaft in ihrer Gesamtheit anerkannt wird, diese Staatengemeinschaft in ihrer Gesamtheit bewegt, eine den Schweizer Vorstellungen entsprechende Norm nicht nur anzuerkennen, sondern anzuerkennen, dass keine Abweichung entsprechend der bisherigen zwingenden Norm zulässig ist. Hinzu kommt, was in unserem Zusammenhang von grösserer Bedeutung ist, dass nach Schweizer Recht sogar der Bundesverfassungsgeber zwingendes Völkerrecht einhalten muss. Wenn dies für den Verfassungsgeber gilt, muss das auch für den Gesetzgeber gelten und diese Ungültigkeit der innerstaatlichen späteren Norm, welche die Bundesversammlung für Volksinitiativen feststellen muss, muss für Bundesgesetze das Bundesgericht im Rahmen seiner SCHUBERT-Abwägung feststellen können.

B. Menschenrechte?

In seinem Zusatzbericht über das Verhältnis von Völkerrecht und Landesrecht von 2011 schreibt der Bundesrat, dass eine Verankerung der SCHUBERT-Praxis in der Bundesverfassung (die von verschiedenen Parlamentariern gefordert wurde) wie folgt lauten könnte :

« Bei einem Widerspruch zwischen dem Völkerrecht und der Bundesverfassung oder einem Bundesgesetz findet das innerstaatliche Recht Anwendung, wenn der Verfassungs- oder Gesetzgeber bewusst vom Völkerrecht abgewichen ist und die Bestimmung des Völkerrechts nicht dem Schutz der Menschenrechte dient »⁵¹.

Der Bundesrat verwirft schliesslich die Idee einer solchen Kodifizierung, aber nicht weil er keine Ausnahme für Menschenrechte gelten lassen will. Er findet bloss « die Tragweite der internationalen Menschenrechtsgarantien » seien noch « nicht klar bestimmt ». Hier könnte man einwenden, dass dies gerade die Aufgabe des Bundesgerichts sein könnte. Der Bundesrat meint jedoch ganz allgemein, die Nachteile einer Kodifizierung der SCHUBERT-Praxis

⁵¹ BBl. 2011, S. 3660.

überwiegen. In der Forschung wird vertreten, die SCHUBERT-Praxis finde angesichts der PKK-Praxis auf menschenrechtliche Bestimmungen keine Anwendung und dies scheint auch die Auslegung der Bundesgerichtspraxis im Bericht des Bundesrats zu sein, obwohl er eingesteht, diese sei noch nicht « gefestigt »⁵².

Aufgrund der europäischen geschichtlichen Erfahrungen im letzten Jahrhundert ist es sehr wichtig, dass Menschenrechte auch völkerrechtlich geschützt sind. Dieser internationale Schutz hat einen wichtigen Einfluss auf die Rechtswirklichkeit in Europa und Lateinamerika, zumindest theoretisch auch in Afrika, nicht aber in Nordamerika und Asien. Trotzdem werden Menschenrechte auch bei uns hauptsächlich durch das Verfassungsrecht geschützt. Den Schutz der Menschenrechte in erster Linie mit der Debatte über den Rang des Völkerrechts im Landesrecht in Verbindung zu bringen, ist eine Beleidigung der Bundesverfassung, die unbestrittenermassen späterem Gesetzesrecht vorgeht. Es lenkt auch von der wirklichen Frage ab, ob auch auf Bundesebene eine Verfassungsgerichtsbarkeit über Bundesgesetze eingeführt werden soll⁵³ und es führt in der politischen Debatte zum falschen Eindruck, Menschenrechte würden der Schweiz « von aussen » aufgezwungen. Mit Ausnahme von Menschenrechten, die zum zwingenden Völkerrecht gehören und die wir weiter oben behandelt haben, haben Menschenrechtsregeln auch keinen besonderen, höheren Status im Völkerrecht oder – mit einer sogleich zu behandelnden Ausnahme – im Schweizer Landesrecht. Es liegt daher nahe, auch Menschenrechtsregeln der allgemeinen SCHUBERT-Praxis zu unterstellen. Hoffentlich wird das Bundesgericht bald in der Lage sein, Menschenrechten als Verfassungsrecht auch gegenüber späterem Bundesrecht den Vorrang zu verschaffen – und dabei wird es wie bisher die Weiterentwicklung und Präzisierung gewisser Grundrechte durch völkerrechtliche Regeln bei der Auslegung berücksichtigen.

Abgesehen davon, dass es nicht leicht wäre, immer festzustellen, ob eine gewisse Völkerrechtsregel (z.B. in einem Abkommen der Internationalen Arbeitsorganisation) ein Menschenrecht schützt, ist es in meiner Sicht nicht angebracht, formell und absolut Menschenrechtsregeln in Bezug auf die hier abgehandelte Frage anders zu behandeln als andere Völkerrechtsregeln. Auch hier kann das Bundesgericht einem späteren Bundesgesetz in Abwägung aller Umstände und Interessen den Vorrang geben.

Eine landesrechtlich begründete Ausnahme, die sich aber auch aus völkerrechtlicher Sicht aufdrängt, gilt für die EMRK. Artikel 122 des

⁵² Ebenda.

⁵³ Siehe dazu Parlamentarische Initiative 05.445, Verfassungsgerichtsbarkeit, und Parlamentarische Initiative 07.476, Bundesverfassung massgebend für rechtsanwendende Behörden, Bericht und Vorentwurf der Kommission für Rechtsfragen des Nationalrates, vom 17. Februar 2011, online : http://www.admin.ch/ch/d/gg/pc/documents/2041/Verfassungsgerichtsbarkeit_Bericht_d.pdf.

Bundesgesetzes vom 17. Juni 2005 über das Bundesgericht (BGG)⁵⁴ sieht bekanntlich vor, dass das Bundesgericht sein Urteil revidieren muss, wenn der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte (EGMR) festgestellt hat, dass die Schweiz mit einem Urteil des Bundesgerichts die EMRK verletzt hat. Zu Recht wartet das Bundesgericht schon heute nicht darauf, dass « fremde » Richter es dazu zwingen, der EMRK gegenüber einem späteren Bundesgesetz den Vorrang zu gewähren, sondern wendet im Einzelfall schon ohne den Umweg über Strassburg das EMRK-widrige Bundesgesetz einfach nicht an. Diese Sonderbehandlung lässt sich damit begründen, dass Urteile des EGMR völkerrechtlich verbindlich sind⁵⁵ – hier also die Auslegung und Weiterentwicklung nicht den einzelnen Staaten als Adressaten überlassen wird. Die Praxis von Durchführungsorganen anderer menschenrechtlicher Verträge, z.B. der UNO-Pakte, ist nicht völkerrechtlich verbindlich. Immerhin sollte das Bundesgericht auch hier im Rahmen seiner SCHUBERT-Abwägung die blosse Existenz dieser Durchführungsorgane, deren Praxis und die Tatsache, dass sie der Meinung sein könnten, die Schweiz habe ihre vertraglichen Verpflichtungen verletzt, berücksichtigen. Dies gilt jedoch meines Erachtens nicht nur für menschenrechtliche Regeln.

IX. Ergebnis

Zusammenfassend lässt sich sagen, dass das Verhältnis von Völkerrecht und Landesrecht ein vielschichtiges ist, das wegen der Natur und Struktur der gegenwärtigen internationalen Gemeinschaft keineswegs mit dem Verhältnis von Bundesrecht und kantonalem Recht vergleichbar ist. In der SCHUBERT-Praxis behält es das Bundesgericht sich – und damit dem Gesetzgeber – vor, späteres Gesetzesrecht früherem Völkerrecht vorgehen zu lassen. Obwohl das Bundesgericht offiziell auf den « Willen » des Gesetzgebers abstellt (was unrealistisch ist), kann behauptet werden, es gehe ihm bloss um die Möglichkeit, in Ausnahmefällen, nach Abwägung aller Umstände, dem späteren Gesetz den Vorrang einzuräumen. Solche Ausnahmen lassen sich auch aufgrund der Natur und Struktur des Völkerrechts rechtfertigen – obwohl sie zunächst zu einer Verletzung des Völkerrechts durch die Schweiz führen – insbesondere wenn Bundesversammlung, Volk und Bundesgericht berücksichtigen, ob die Schweiz auch befürworten würde, dass sich andere Staaten nicht an die entsprechende Regel halten. Der Vorrang des Völkerrechts sollte aber die Regel bleiben.

⁵⁴ SR 173.110.

⁵⁵ Art. 46 (1) EMRK.

Le code de bonne administration du Conseil de l'Europe : quelle utilité pour la Suisse ?

THIERRY TANQUEREL

Professeur à l'Université de Genève

I. Introduction

Certains actes relevant de la *soft law* internationale ont connu en droit administratif suisse un succès remarquable. Le plus connu est sans doute la déclaration de Bologne¹, qui, sans la moindre portée juridique contraignante, a bouleversé le régime des études universitaires dans notre pays².

Bien que touchant un public encore plus large, le code de bonne administration adopté par le Comité des ministres du Conseil de l'Europe le 20 juin 2007 n'a pas bénéficié de la même popularité. Ce code n'est mentionné ni dans les ouvrages généraux de droit administratif ni dans les contributions récentes traitant de l'évolution du droit administratif et de la protection des droits individuels dans ce domaine³. Cette discrétion tient sans doute à l'absence d'effet spectaculaire du code et, sur un plan plus théorique, à la difficulté de cerner la notion même de bonne administration, comprise comme un élément de la notion de bonne gouvernance. Mais si ces notions restent assez floues, les principes énoncés par le code de bonne administration sont pour la plupart clairs et très concrets. Ils sont représentatifs de l'état actuel de ce que l'on pourrait appeler un « droit administratif européen commun ». La Suisse a au demeurant pris sa part à l'élaboration de la recommandation sur la bonne administration dont le code est une composante essentielle⁴. Il n'est

¹ <http://www.crus.ch/information-programmes/bologne-enseignement/la-reforme-de-bologne-en-bref.html?L=1> (les sites internet mentionnés dans la présente contribution ont été contrôlés le 29 mars 2012).

² MACHERET AUGUSTIN, « Le renouveau du paysage suisse des hautes écoles », in : ZUFFEREY/DUBEY/PREVITALI (éd.), *L'Homme et son droit – Mélanges en l'honneur de Marco Borghi*, Fribourg, 2011, p. 263 ss, spéc. p. 276 ss ; AUER ANDREAS, « La déclaration de Bologne et le fédéralisme universitaire en Suisse », *AJP/PJA* 2004 p. 712 ss.

³ On notera, par exemple, que le code n'est pas mentionné dans deux excellentes contributions récentes, l'une évoquant en passant le rôle du Conseil de l'Europe dans l'europanisation et l'internationalisation du droit administratif (FAVRE ANNE-CHRISTINE, « 100 ans de droit administratif : de la gestion des biens de police à celle des risques environnementaux », *RDS* 2011 II 227 p. 318 ss), l'autre faisant le point sur la protection des individus face à l'administration (MÄCHLER AUGUST, « Individualrechtsschutz in der Verwaltung », in : ZUFFEREY/DUBEY/PREVITALI [éd.], *L'Homme et son droit – Mélanges en l'honneur de Marco Borghi*, Fribourg, 2011, p. 281 ss).

⁴ GERBER PHILIPPE, « La recommandation 2007/(7) sur la bonne administration. Présentation générale » publié sous le titre « Zalecenie w sprawie dobrej administracji. Prezentacja ogólna », in : IZDEBSKI/MACHIŃSKA (éd.), *W poszukiwaniu dobrej administracji*, Varsovie, 2007, p. 23 ss.

donc pas inutile, après avoir situé le contexte dans lequel le code a été adopté et exposé ses principaux éléments, d'examiner dans quelle mesure il est déjà mis en œuvre en Suisse et si une marge de réception existe encore.

II. Le contexte

A. La recommandation CM/Rec(2007)7

1. *Présentation*

Suite à une impulsion donnée par l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe en 2003 et par une conférence européenne tenue la même année à Varsovie sur le droit à une bonne administration, le Comité des ministres du Conseil de l'Europe a adopté, le 20 juin 2007, la recommandation CM/Rec(2007)7 relative à une bonne administration (ci-après : la recommandation)⁵, en se fondant sur le travail préparatoire effectué par un groupe d'experts en droit administratif⁶.

Dans ses considérants, le Comité des ministres souligne clairement que « la bonne administration est un aspect de la bonne gouvernance ; qu'elle ne se limite pas à des modalités juridiques ; qu'elle est commandée par la qualité de l'organisation et de la gestion ; qu'elle doit répondre aux exigences d'efficacité, d'efficience et d'adaptation aux besoins de la société [...] ». Il évoque aussi, à plusieurs reprises, l'importance des droits des administrés vis-à-vis de l'administration.

Le contenu même de la recommandation rend justice à cette double approche de la bonne administration, à savoir, d'une part, une démarche visant à la qualité des prestations de l'administration et, d'autre part, un accent mis sur le respect des droits des personnes.

Ainsi, après avoir très généralement recommandé aux gouvernements des Etats membres de « promouvoir la bonne administration dans le cadre des principes de l'Etat de droit et de la démocratie », le Comité des ministres trace une première voie de cette promotion « par une organisation et un fonctionnement des administrations publiques assurant efficacité, efficience et économie », ce qui exige des Etats membres l'organisation d'un système d'objectifs et d'indicateurs de performance, l'injonction aux administrations publiques de vérifier si les services sont offerts à un coût approprié et s'ils doivent être remplacés ou supprimés, la recherche des meilleurs moyens pour

⁵ <https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?Ref=CM/Rec%282007%297&Language=lanFrench&Ver=original&Site=CM&BackColorInternet=DBDCF2&BackColorIntranet=FDC864&BackColorLogged=FDC864>.

⁶ GERBER (n. 4) p. 24 ss.

obtenir les meilleurs résultats, enfin l'instauration de mécanismes de contrôle de l'administration et de ses agents.

La recommandation porte ensuite sur la promotion du « droit à la bonne administration », qui passe, le cas échéant, par l'adoption des normes établies dans le code modèle qui lui est annexé et la garantie de leur application effective.

2. *Mise en perspective*

La bonne administration, et surtout la bonne gouvernance dont elle est un instrument de concrétisation⁷, sont des notions fuyantes⁸, parce que l'angle sous lequel elles ont été et sont toujours abordées est très variable⁹.

Une première divergence d'approches peut résulter du contexte analytique dans lequel se situe le débat. A l'époque moderne¹⁰, la notion de bonne gouvernance a d'abord été développée par les économistes. Mais elle a été reprise par les politologues, les spécialistes de science administrative, puis, notamment avec la recommandation discutée ici, par les juristes.

Une deuxième variable contextuelle a trait au degré de développement des pays à propos desquels une réflexion sur la bonne gouvernance et la bonne administration est menée. Historiquement, ces concepts ont été utilisés dans le cadre de la coopération avec les pays en voie de développement, aussi bien dans les organisations internationales que dans le contexte de la coopération bilatérale avec les pays développés¹¹. S'agissant du Conseil de l'Europe, le contexte est évidemment très différent : même s'il existe encore des écarts importants entre les membres du Conseil, on parle ici de bonne gouvernance

⁷ GERBER (n. 4) p. 31. Voir aussi Commission européenne pour la démocratie par le droit (Commission de Venise), *Bilan sur les notions de « bonne gouvernance » et de « bonne administration »*, Etude n° 470/2008, Strasbourg, 2011, n° 49 (<http://www.venice.coe.int/docs/2011/CDL-AD%282011%29009-f.pdf>).

⁸ Sur la notion de bonne administration, voir BOUSTA RHITA, *Essai sur la notion de bonne administration en droit public*, Paris, 2009, spéc. p. 24 ss, sur la difficulté mais aussi la nécessité de la définir.

⁹ TANQUEREL THIERRY, « La bonne administration au service de la bonne gouvernance : entre garantie des droits individuels et mise en œuvre des choix démocratiques », publié sous le titre « Dobra administracja w służbie dobrego rządzenia - zagwarantowanie praw podmiotowych i realizacja decyzji demokratycznych », in : IZDEBSKI/MACHIŃSKA (éd.), *W Poszukiwaniu Dobrej Administracji*, Varsovie, 2007, p. 49 ss ; voir aussi BOUSTA (n. 8) p. 65 ss et 167 ss.

¹⁰ La Commission de Venise (n. 7) n° 5 rappelle que le concept est déjà présent chez Aristote.

¹¹ Voir à ce sujet, parmi de nombreuses sources, le site de la Direction de la coopération pour le développement de l'OCDE (http://www.oecd.org/department/0,3355,fr_2649_33721_1_1_1_1_1,00.html), ainsi que la revue en ligne *Capacity.org* (<http://www.capacity.org/capacity/opencms/fr/index.html>). Voir aussi, pour l'Union européenne, la Communication de la Commission au Conseil, au Parlement européen et au Comité économique et social européen, « Gouvernance et Développement », du 20 octobre 2003 (http://europa.eu/legislation_summaries/development/sectoral_development_policies/r12524_fr.htm). Pour une définition doctrinale cherchant à distinguer cette notion de celle de bonne administration, voir BOUSTA (n. 8) p. 225 ss.

et de bonne administration dans un ensemble de pays économiquement beaucoup plus avancés que les pays du Sud. Il est frappant de constater à cet égard que la question du développement économique est absente des considérants de la recommandation.

La diversité des approches n'est pas moindre quant au contenu même des notions de bonne gouvernance et de bonne administration. On relèvera d'abord que les sources qui ont inspiré ce contenu sont multiples. Les considérants de la recommandation visent une longue liste de textes émanant du Conseil de l'Europe. Mais les sources matérielles des principes de la bonne administration sont aussi à rechercher dans la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne¹², dans le Code européen de bonne conduite administrative¹³ et bien sûr dans les droits nationaux des pays membres du Conseil. On remarquera aussi que les textes prétendant définir le contenu de la bonne gouvernance ou de la bonne administration mettent l'accent tantôt sur les résultats matériels et concrets de l'action de l'Etat, tantôt sur les procédures qu'il doit observer. Enfin, si l'on se réfère aux instruments juridiques pertinents en la matière, on observe une imbrication, très marquée dans la recommandation, entre principes et règles de droit impératif et simples maximes ou modèles de comportement.

Il n'est donc pas étonnant qu'il existe de nombreuses définitions de la bonne gouvernance¹⁴. Pour HUTHER et SHAH, la qualité de la gouvernance est déterminée par l'impact de l'exercice du pouvoir sur la qualité de vie des citoyens¹⁵. Le Haut Commissariat des Nations Unies aux droits de l'homme définit la bonne gouvernance comme l'exercice de l'autorité par le biais de processus politiques et institutionnels transparents, dont la responsabilité peut être mise en cause et qui encouragent la participation du public¹⁶. D'autres définitions ne recourent pas à un élément central d'identification de la notion, mais énoncent une série de critères qui sont censés caractériser la bonne gouvernance. Pour l'OCDE¹⁷, par exemple, ces critères sont l'obligation de rendre compte, la transparence, l'efficacité et l'efficacités, la réceptivité, la prospective et la primauté du droit¹⁸. Quant à l'Union européenne, elle met en

¹² Art. 41 de la Charte (http://www.europarl.europa.eu/charter/default_fr.htm).

¹³ Ce code a été approuvé par une résolution du Parlement européen sur proposition du Médiateur européen le 6 septembre 2001 (<http://ombudsman.europa.eu/code/fr/default.htm>).

¹⁴ Voir le large panorama in : Commission de Venise (n. 7) n° 12 ss.

¹⁵ HUTHER JEFF, SHAH ANWAR, « A Simple Measure of Good Governance », in : SHAH (éd.), *Public Services Delivery*, World Bank, Washington D.C., 2005, p. 39 ss, 40.

¹⁶ Haut Commissariat des Nations Unies aux Droits de l'Homme, *Pratiques de bonne gouvernance pour la protection des droits de l'homme*, New York et Genève, 2007, p. 2 (http://www.ohchr.org/Documents/Publications/GoodGovernance_fr.pdf).

¹⁷ http://www.oecd.org/document/48/0,3343,fr_2649_33735_1814576_1_1_1_1,00.html.

¹⁸ Sur les rapports entre les notions francophones de primauté du droit et Etat de droit et l'expression anglophone de « *Rule of Law* », voir Commission des questions juridiques et des droits de l'homme (ERIK JURGENS, rapporteur), « L'expression "principle of the Rule of Law" », Rapport à l'Assemblée

avant la démocratisation, la promotion et la protection des droits de l'homme, le renforcement de l'Etat de droit (*Rule of law*) et de l'administration de la justice, l'extension du rôle de la société civile, la réforme de l'administration publique, la décentralisation¹⁹.

L'hétérogénéité des critères de la « bonne gouvernance » est frappante : ils ne sont pas tous de même nature ni de même niveau, ne visent pas les mêmes fins et ne s'adressent pas nécessairement aux mêmes acteurs. Certains critères, comme le respect des droits de l'homme, la transparence ou la primauté du droit, sont clairement normatifs, d'autres, comme l'efficacité et l'efficacités, le rôle de la société civile ou la réforme de l'administration publique, sont davantage descriptifs, définissant des objets d'analyse. Certains peuvent être considérés comme des fins, d'autres sont de simples moyens. Cette hétérogénéité s'explique sans doute par la diversité des contextes dans lesquels les critères de la bonne gouvernance ont été élaborés.

Les droits fondamentaux et la démocratie ne figurent pas dans toutes les définitions de la bonne gouvernance, ou alors simplement en filigrane. Même dans la définition donnée par l'Union européenne, où ces notions sont mentionnées en tête, elles sont curieusement mises sur le même plan que la réforme de l'administration publique et la décentralisation. Ce nivellement des valeurs peut apparaître problématique. Les droits de l'homme, l'Etat de droit et la démocratie sont des principes structurants de niveau supérieur, plus fondamentaux que les autres critères évoqués à propos de la bonne gouvernance. Ils sont d'ailleurs, comme triptyque de valeurs essentielles, au cœur du Statut de Londres établissant le Conseil de l'Europe²⁰. On ne saurait ainsi, pour ne prendre qu'un exemple, réduire la démocratie, sous l'étiquette de « participation », à un simple moyen de parvenir à de meilleures décisions ou à un élément parmi d'autres de la qualité de vie des citoyens.

La recommandation reste imprégnée de ce contexte. Elle embrasse large et sa structure comme son contenu sont marqués par une certaine hétérogénéité. Mais, avec l'accent fort qu'elle porte sur le respect des droits des personnes, elle s'écarte clairement d'une conception technocratique de la bonne gouvernance qui ne s'articulerait pas suffisamment sur les droits fondamentaux et la démocratie.

parlementaire du Conseil de l'Europe du 4 juillet 2007 (<http://assembly.coe.int/MainF.asp?link=/Documents/WorkingDocs/Doc07/FDOC11343.htm>) et la résolution 1594 (2007) du 23 novembre 2007 qui en est résultée (<http://assembly.coe.int/mainf.asp?Link=/documents/adoptedtext/ta07/fres1594.htm>).

¹⁹ Handbook on Promoting Good Governance in EC Development and Co-operation, European Commission, 2003 (http://ec.europa.eu/europeaid/what/governance/documents/handbook_2004.pdf).

²⁰ Le préambule du Statut de Londres du 5 mai 1949 établissant le Conseil de l'Europe (RS 0.192.030) évoque ainsi les « principes de liberté individuelle, de liberté politique et de prééminence du Droit, sur lesquels se fonde toute démocratie véritable ». On peut aussi se référer à la résolution mentionnée *supra* note 18, qui évoque ce triptyque à son ch. 1.

B. Le code de bonne administration

Formellement, le code de bonne administration est annexé à la recommandation. Comme celle-ci, dans sa troisième invite, s’y réfère expressément, le code ne doit pas être considéré comme une simple illustration mais comme une partie intégrante de la recommandation.

Il s’agit d’un code modèle, qui n’est pas destiné à être repris tel quel par les Etats membres auxquels la recommandation s’adresse. Il appartient à ceux-ci d’évaluer comment intégrer les normes du code, par un acte similaire à celui-ci, par des adaptations ponctuelles de leur législation, voire, dans certains cas, par des ordonnances administratives internes²¹.

Le code est rédigé sous une forme clairement normative : les principes et règles qu’il contient sont formulés d’une manière permettant leur application directe. Si la recommandation s’adresse aux Etats, les normes du code peuvent être reprises telles quelles dans les droits nationaux²² : leurs destinataires potentiels sont donc bien les autorités et les administrés.

Dans cette perspective, le code apparaît donc d’abord comme une synthèse de droits individuels, même s’il n’est pas que cela. Il ne consacre pas textuellement un « droit à la bonne administration », contrairement à ce que fait la Charte des droits fondamentaux de l’Union européenne. Mais il reprend, sous une forme plus élaborée et détaillée, les éléments du droit à la bonne administration évoqués à l’article 41 de la Charte. En ce sens, il concrétise bel et bien le volet « droits individuels » d’une prétention générale à une bonne administration²³.

III. Les éléments principaux du code

Le code est divisé en trois sections portant respectivement sur les principes de bonne administration, sur le régime des actes administratifs et sur les recours. A vrai dire, cette nomenclature est un peu trompeuse, en tout cas, du point de vue des catégories usuelles du droit administratif suisse.

Si les principes de bonne administration s’imposent à l’administration comme des règles objectives, nombre d’entre eux constituent également des droits des individus. C’est clairement le cas des principes d’égalité (art. 3),

²¹ GERBER (n. 4) p. 25.

²² *Id.* p. 26.

²³ Sur le droit à la bonne administration, voir BOUSTA (n. 8) p. 91 ss ; JACQUÉ JEAN PAUL, « Le droit à une bonne administration dans la charte des droits fondamentaux de l’Union européenne », *Revue française d’administration publique* 1/2011 (n° 137-138) p. 79-83 ; DELVOLVÉ PIERRE, « Rapport général », publié sous le titre « Sprawozdanie generalne », in : IZDEBSKI/MACHIŃSKA (éd.), *W poszukiwaniu dobrej administracji*, Varsovie, 2007, p. 121 ss, spéc. p. 131 ss ; TANQUEREL (n. 9) p. 53 ss.

d'impartialité (art. 4), de respect de la vie privée (art. 9) ou de transparence (art. 10). La situation est plus nuancée pour d'autres principes mentionnés dans le code, qui n'ont valeur de droit subjectif, dans les conceptions suisses, que dans des circonstances particulières ou sous certains de leurs aspects. On évoquera ici les principes de la légalité (art. 2), de la proportionnalité (art. 5), de la sécurité juridique (art. 6), du délai raisonnable pour agir (art. 7) et de participation (art. 8).

Quant au régime des actes administratifs, il comporte surtout des règles de procédure, sur la saisine des autorités (art. 12 et 13), le droit d'être entendu (art. 14), la participation des personnes privées à la préparation des actes non réglementaires pouvant affecter un nombre indéterminé de personnes (art. 15), la forme et la publicité des actes administratifs (art. 17 et 18). Mais il comprend également des règles de fond, ou du moins « structurelles », sur la définition des actes administratifs (art. 11), la contribution aux coûts de ces actes (art. 16), leur entrée en vigueur (art. 19), leur exécution (art. 20) et leur modification (art. 21).

Enfin, la section sur les recours porte certes sur le droit à un contrôle juridictionnel (art. 22, al. 1) et au recours administratif (art. 22, al. 2), mais aussi sur l'obligation pour les administrations publiques de réparer les dommages résultant de leurs actes illégaux, de leurs comportements fautifs et de ceux de leurs agents (art. 23).

Le code offre donc un aperçu des grands enjeux du droit administratif contemporain, tels qu'ils sont perçus par les instances spécialisées et politiques du Conseil de l'Europe. Sa systématique peut surprendre le lecteur suisse, mais quiconque aura eu l'occasion de comparer les principaux ouvrages généraux de droit administratif suisse aura déjà remarqué qu'il n'existe pas de structure acceptée par tous de l'approche et de l'exposé de cette branche du droit.

Cet aperçu n'est toutefois pas exhaustif et ses accents sont variables. C'est ainsi que la saisine des autorités ou le droit de participation aux actes affectant un nombre indéterminé de personnes font l'objet de développements relativement détaillés, de même que le principe de proportionnalité. En revanche, le droit d'être entendu au sens strict n'est évoqué que sous un angle assez étroit. Quant aux principes de l'intérêt public et de la bonne foi, ils ne sont pas consacrés expressément, même si des aspects du second sont en filigrane dans divers articles du code, notamment l'article 6 sur la sécurité juridique et si le premier est évoqué pour la justification des atteintes aux droits acquis et aux « situations juridiquement constituées » (art. 6, al. 3).

IV. La conformité du droit suisse au code

Un examen détaillé et exhaustif de la conformité du droit suisse actuel au code de bonne administration se heurterait à trois difficultés majeures. La première est évidemment l'ampleur de la tâche, qui dépasserait le cadre de la présente contribution. La deuxième provient de la difficulté à déterminer la portée exacte des dispositions du code. Celles-ci résultent de la conjonction de diverses approches nationales et n'ont pas nécessairement le même sens pour les interprètes issus de différentes traditions. S'agissant d'une simple recommandation, il n'existe pas non plus d'organe centralisé qui pourrait, à l'instar de la Cour de Strasbourg pour la CEDH, donner du code une interprétation autonome et faisant autorité. La troisième difficulté, qu'on peut considérer comme une variante de la première, tient au caractère fédéral de la Suisse : pour les cas qui ne sont pas réglés uniformément en vertu de la Constitution fédérale²⁴, la vérification de la conformité du droit suisse aux dispositions du code implique un examen des solutions apportées par les 26 cantons en sus de l'analyse du droit fédéral. Les lignes qui suivent se limiteront donc à mettre en évidence, d'une manière plus exemplative que systématique, les éléments dont la transposition en droit suisse est assurée et les points sur lesquels la Suisse aurait encore des efforts à faire pour mettre pleinement le code en œuvre.

A. Les éléments pris en compte par le droit suisse

Certaines dispositions du code sont reprises par le droit suisse, en des termes identiques ou largement équivalents. Ainsi en est-il, au niveau constitutionnel, des principes de la légalité (art. 5, al. 1 et 36, al. 1 Cst.), de l'égalité (art. 8 Cst.), de la proportionnalité (art. 5, al. 2 et 36, al. 2 Cst.), du respect de la vie privée (art. 13 Cst.), du droit d'être entendu (art. 29, al. 1 Cst.), du droit au contrôle juridictionnel (art. 29a Cst.). On trouve également des échos du code dans la législation, par exemple en ce qui concerne la publicité et la notification des actes administratifs (pour les actes individuels, art. 34 ss de la loi fédérale sur la procédure administrative du 20 décembre 1968 [PA]²⁵, et les lois de procédure cantonale), le principe d'impartialité à travers les dispositions sur la récusation (art. 10 PA et les dispositions équivalentes de droit cantonal), l'obligation de transmettre une demande à l'autorité compétente (art. 8, al. 1 PA et les dispositions cantonales équivalentes), la transparence (loi fédérale sur le principe de transparence dans l'administration du 17 décembre 2004

²⁴ Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999 (RS 101).

²⁵ RS 172.021.

[LTrans]²⁶ et la législation des cantons qui ont opté pour le principe de transparence).

L'incorporation d'autres éléments du code résulte davantage de la jurisprudence et de la doctrine. En ce sens, le code formule des principes et des règles qui ne figurent pas expressément dans des actes normatifs helvétiques, mais font néanmoins l'objet d'un large consensus.

L'exemple le plus clair en est sans doute la formulation expresse, à l'article 5 du code, des principes d'aptitude, de nécessité et de proportionnalité au sens étroit, qui constituent, selon le Tribunal fédéral²⁷ et la doctrine²⁸, les trois composantes du principe de proportionnalité, sans figurer explicitement aux articles 5, alinéa 2 et 36, alinéa 2 Cst. On peut aussi considérer que l'article 16 du code sur la contribution des personnes privées au coût des actes administratifs est mis en œuvre en Suisse par les principes de couverture des frais et d'équivalence développés par la jurisprudence fiscale²⁹. Quant à l'article 21 relatif à la modification des actes administratifs individuels, ses exigences se retrouvent dans la jurisprudence relative à la révocation des décisions en force³⁰.

Le cas du principe de sécurité juridique consacré à l'article 6 du code est plus complexe. Les conséquences de cet article sont certainement reconnues par la jurisprudence helvétique, que ce soit sous l'angle de la rétroactivité³¹, de la protection des droits acquis³² ou de celle des délais transitoires d'application du nouveau droit³³, même si le fondement annoncé est plutôt la proportionnalité, la bonne foi ou la garantie de la propriété qu'un principe spécifique de sécurité du droit. La portée exacte qu'il convient de donner à l'article 6 du code est toutefois difficile à cerner. On peut ainsi se demander ce que recouvre la notion de « situation juridiquement constituée ». S'agit-il de tous les droits et obligations résultant à un moment donné du droit objectif, des droits et obligations reposant sur des décisions en force ou des « droits subjectifs » parfois évoqués dans la théorie suisse de la révocation des décisions³⁴ ? De la réponse à cette question dépendrait pourtant l'appréciation

²⁶ RS 152.3.

²⁷ ATF 135/2009 I 176, 186, A. et B.

²⁸ Pour se limiter aux ouvrages les plus récents, TSCHANNEN PIERRE, *Staatsrecht der Schweizerischen Eidgenossenschaft*, 3^{ème} éd., Berne, 2011, par. 7 n° 111 ; TANQUEREL THIERRY, *Manuel de droit administratif*, Genève/Zurich/Bâle, 2011, n° 552 ss.

²⁹ ATF 135/2009 I 130, 133-134, HCC La Chaux-de-Fonds SA et Neuchâtel Xamax SA.

³⁰ ATF 137/2011 I 69, 71-72, X ; 135/2009 V 215, 221-222, G.

³¹ ATF 135/2009 I 233, 256, A ; 125/1999 I 182, 186, *Association du Transport Aérien International (IATA)*.

³² ATF 128/2002 II 112, 125 ss, *Grande Dixence SA*.

³³ ATF 128/2002 I 92, 98 ss, *Schweizer Psychotherapeuten Verband SPV/ASP und Mitb.*

³⁴ Théorie dont l'utilité est mise en doute par la doctrine, TANQUEREL (n. 28) n° 954 ; MOOR PIERRE, POLTIER ETIENNE, *Droit administratif*, vol. II « Les actes administratifs et leur contrôle », 3^{ème} éd., Berne, 2011, p. 390 ss.

finale sur la prise en considération effective en droit suisse du principe de sécurité juridique tel que défini par le code.

B. Les lacunes

On évoquera ici, comme exemple de lacunes dans la mise en œuvre de la recommandation, quelques cas où le droit suisse ne tient pas compte ou ne tient que partiellement compte des règles et principes inscrits dans le code.

1. La participation à l'élaboration des actes réglementaires

Si l'article 14 du code sur le droit d'être entendu et l'article 15 sur le droit de participation des personnes privées ne concernent pas les actes réglementaires, il n'en est pas de même de l'article 8 sur le principe de participation, qui prévoit que les administrations publiques donnent aux personnes privées la possibilité de participer de manière appropriée à la préparation et à la mise en œuvre des actes administratifs qui affectent leurs droits et intérêts. Cette disposition vise les actes administratifs en général, qui comprennent, selon l'article 11 du code, également les actes réglementaires pris par les administrations publiques³⁵. L'article 18, alinéa 1 du code, qui prévoit la publicité des actes administratifs, par notification ou par publication, concerne également les actes réglementaires.

Il est plus que douteux que le droit suisse soit aujourd'hui conforme à ces exigences. Si certaines ordonnances du Conseil fédéral font l'objet d'une consultation sur la base de l'article 3, alinéa 2 de la loi fédérale sur la procédure de consultation du 18 mars 2005 (LCo)³⁶, tel n'est pas le cas d'une manière systématique et surtout tel n'est pas le cas pour la grande majorité des actes réglementaires cantonaux ou communaux. Quant aux ordonnances administratives internes, qui doivent être considérées comme des actes administratifs au sens de l'article 11 du code, en tout cas lorsqu'elles ont des effets externes, leur publication reste largement au bon vouloir des administrations concernées³⁷.

³⁵ GERBER (n. 4) p. 28.

³⁶ RS 172.061. Voir aussi l'article 7, alinéa 4 de la loi fédérale sur l'autorité de surveillance des marchés financiers du 22 juin 2007 (LFINMA; RS 956.1), qui prévoit que cette autorité « veille à la transparence du processus de réglementation et à la participation appropriée des milieux concernés ».

³⁷ TANQUEREL (n. 28) n° 338 ; PFISTERER LUKAS, *Verwaltungsverordnungen des Bundes*, Genève/Bâle/Zurich, 2007, p. 145 ss ; sur la pratique genevoise, voir WAELTI FABIEN, « La "directive" dans le paysage législatif genevois », in : HOFMANN/WAELTI (éd.), *Actualités juridiques de droit public 2011. Actes de la journée de formation continue du 24 juin 2011*, Berne, 2011, p. 123 ss, spéc. p. 123-124 et p. 157 ss.

2. *Le délai raisonnable pour agir*

L'article 7 du code prévoit que les administrations publiques agissent et exécutent leurs obligations dans un délai raisonnable. Ce principe est concrétisé en droit suisse, en ce qui concerne l'obligation de statuer, par l'interdiction du déni de justice formel et les recours fondés sur ce grief (p. ex. art. 46a PA, 56, al. 2 de la loi fédérale sur la partie générale du droit des assurances sociales du 6 octobre 2000 [LPGA]³⁸). Mais lorsque l'obligation de l'administration porte sur l'édiction d'un acte réglementaire ou l'accomplissement d'une action matérielle, les administrés concernés restent encore insuffisamment armés pour réagir. L'article 25a PA permet certes de contester des omissions de l'administration³⁹, mais, limité aux actes qui portent atteinte à des droits et obligations, il n'équivaut pas à une véritable action en exécution qui pourrait être dirigée contre toute carence de l'administration dans l'exécution de ses obligations.

Il n'existe pas non plus, en droit suisse, d'obligation générale de l'administration d'indiquer, en réponse à une demande d'acte administratif individuel, dans quel délai cet acte sera pris, au cas où la réponse ne comporte pas déjà promptement la décision, contrairement à ce que prévoit l'article 13, alinéa 4 du code.

3. *La transparence*

L'article 10 du code porte sur le principe de transparence. Les administrations publiques doivent agir dans le respect de ce principe (al. 1) et respecter le droit d'accès aux documents publics selon les règles relatives à la protection des données à caractère personnel (al. 3), ce qui ne fait pas obstacle à la protection par la loi de secrets légitimes (al. 4).

Le principe de transparence est consacré sur le plan fédéral par la LTrans. Il a aussi été adopté par de nombreux cantons⁴⁰. Il ne constitue cependant pas un principe de droit fédéral qui s'impose à tous les cantons. Dans cette mesure, sa réalisation en Suisse est encore lacunaire.

4. *Les recours administratifs*

Selon l'article 22, alinéa 2 du code, des recours administratifs préalables aux recours juridictionnels doivent, en principe, être possibles. Ils doivent pouvoir porter autant sur l'opportunité que sur la légalité d'un acte administratif.

³⁸ RS 830.1.

³⁹ TANQUEREL (n. 28) n° 696 et la doctrine citée.

⁴⁰ TANQUEREL (n. 28) n° 773 ; NUSPLIGER KURT, « Das Öffentlichkeitsprinzip in den Kantonen », in : BRUNNER/MADER (éd.), *Öffentlichkeitsgesetz : Bundesgesetz über das Öffentlichkeitsprinzip der Verwaltung vom 17. Dezember 2004 (BGÖ)*, Berne, 2008, p. 377 ss.

Or, la tendance en Suisse est plutôt au recul des recours administratifs. Sur le plan fédéral, l'extension de la juridiction administrative, qui s'est achevée avec la création du Tribunal administratif fédéral a été accompagnée d'une éradication quasi complète des recours administratifs⁴¹. En contrepartie, le législateur fédéral a prévu que l'opportunité pouvait être invoquée devant le Tribunal administratif fédéral (art. 49, al. 3 PA, par renvoi de l'art. 37 de la loi sur le Tribunal administratif fédéral du 17 juin 2005 [LTAF]⁴²). Cette solution n'est pas satisfaisante et ne permet pas de respecter le but de l'article 22, alinéa 2 du code. En effet, demander à un tribunal de contrôler l'opportunité, donc la composante politique, d'un acte administratif est contraire à la mission fondamentale des tribunaux, qui est de vérifier la conformité au droit des actes étatiques, et étranger à la logique de la séparation des pouvoirs. Dès lors, de manière tout à fait compréhensible, les tribunaux sont réticents à effectuer un véritable contrôle de l'opportunité, usant de divers prétextes pour en limiter la portée⁴³. Le contrôle de l'opportunité opéré par les tribunaux est ainsi moins aiguisé que celui que peut se permettre une autorité administrative supérieure, qui dispose de la légitimité politique pour ce faire⁴⁴.

5. *La responsabilité de l'Etat*

L'article 23, alinéa 1 du code prévoit que les administrations publiques doivent réparer les dommages résultant de leurs actes administratifs illégaux, de leurs comportements fautifs et de ceux de leurs agents.

En ce qui concerne les actes matériels de l'administration et de ses agents, le droit suisse respecte ces exigences et va même plus loin, puisque le droit fédéral et celui de la plupart des cantons⁴⁵ connaît une responsabilité pour actes illicites, sans qu'une faute ne soit en sus exigée. Sur le plan fédéral, la question est réglée par l'article 146 Cst. et par l'article 3, alinéa 1 de la loi sur la responsabilité de la Confédération, des membres de ses autorités et de ses fonctionnaires du 14 mars 1958 (LRFC)⁴⁶.

La situation est plus délicate pour les actes administratifs, en particulier les décisions. La jurisprudence considère en effet que la simple illégalité de ceux-ci ne constitue pas déjà une illicéité au sens des dispositions constitutionnelles et légales sur la responsabilité de l'Etat. Il faut encore que l'illégalité de l'acte résulte d'une violation d'une prescription importante des devoirs de

⁴¹ MÄCHLER (n. 3) p. 285 ss.

⁴² RS 173.32.

⁴³ TANQUEREL (n. 28) n° 522-523.

⁴⁴ MÄCHLER (n. 3) p. 292-293.

⁴⁵ Pour un panorama des réglementations cantonales, voir GROSS JOST, *Schweizerisches Staatshaftungsrecht : Stand und Entwicklungstendenzen*, 2^{ème} éd., Berne, 2001, p. 55 ss.

⁴⁶ RS 170.32.

fonction⁴⁷. On ne peut donc pas dire que le droit suisse prévoit une réparation pour les dommages résultant de tous les actes administratifs illégaux.

Le droit suisse est encore plus restrictif dans certains domaines. Ainsi, les dommages résultant d'actes - matériels ou juridiques - de l'autorité de surveillance des marchés financiers (FINMA) ne seront pas indemnisés par cette administration si l'assujetti à la surveillance de la FINMA les a causés en violant ses obligations. Un acte administratif illégal de la FINMA pourra ainsi n'entraîner aucune responsabilité étatique, quand bien même il résulterait d'une violation grossière des devoirs de fonction⁴⁸.

Le droit suisse est donc en retrait par rapport aux exigences de l'article 23, alinéa 1 du code en ce qui concerne la réparation des dommages causés par des actes administratifs illégaux.

V. Quels modes de réception

Si l'on se place dans la perspective d'une pleine mise en œuvre du code de bonne administration par la Suisse, la question de la réception de ce code ne peut être considérée comme entièrement réglée. Les exemples qui viennent d'être évoqués montrent l'existence de lacunes.

Cela étant, comme nombre des principes fondamentaux les plus importants sont consacrés au niveau constitutionnel et comme les éléments principaux de procédure sont d'ores et déjà codifiés sur le plan législatif, la question de l'adoption en Suisse d'un acte analogue au code ne se pose pas. Une telle voie ne serait au demeurant guère compatible avec notre fédéralisme, qui laisse aux cantons, en principe, la compétence d'organiser leur administration.

C'est donc, le cas échéant, d'abord par des modifications constitutionnelles ou législatives ponctuelles que les lacunes dans la réception de la recommandation pourraient être corrigées. On pourrait ainsi imaginer que le principe de transparence, qui a déjà été ancré dans plusieurs constitutions cantonales, trouve sa place dans la Constitution fédérale comme principe général de l'activité de l'Etat. On pourrait aussi envisager, au niveau législatif, l'introduction d'une procédure de consultation systématique pour les actes réglementaires, la réintroduction de recours administratifs au niveau fédéral, voire la correction d'innovations discutables en matière de responsabilité.

Mais plus modestement, certaines réformes visant une meilleure prise en compte de la recommandation pourraient être introduites par la voie de

⁴⁷ ATF 132/2006 II 305, 318, *Département fédéral des finances*.

⁴⁸ Sur cette question, TANQUEREL THIERRY, « La responsabilité des autorités administratives indépendantes », in : BELLANGER/TANQUEREL (éd.), *Les autorités administratives indépendantes*, Genève/Zurich/Bâle, 2011, p. 153 ss, spéc. p. 174 ss.

simples ordonnances administratives. Cette formule pourrait permettre de tester des moyens d'ouvrir davantage la procédure d'élaboration des actes réglementaires, elle suffirait aussi pour généraliser la communication aux administrés du délai dans lequel une décision pourra être rendue sur leur demande.

Enfin, on ne saurait exclure que le code constitue une source d'inspiration pour la jurisprudence. Cela pourrait conduire par exemple à une interprétation large du droit d'être entendu pour les actes non réglementaires de portée générale, voire pour des actes réglementaires qui touchent particulièrement certaines catégories de personnes.

VI. Conclusion

Si l'on considère le code de bonne administration du Conseil de l'Europe comme une image représentative du niveau de protection que le droit administratif européen « commun » accorde aux individus, la Suisse n'a certainement pas à rougir de la manière dont elle met aujourd'hui en œuvre la recommandation.

Dans ces conditions, la tentation peut être grande d'interpréter les exigences du code, en l'absence d'instance habilitée à en préciser la portée, de manière tellement souple qu'aucun effort supplémentaire ne saurait être requis de notre pays.

Les quelques exemples évoqués plus haut montrent cependant que, dans divers domaines, le droit administratif suisse comporte des processus ou des règles qui restent problématiques sous l'angle de la recommandation. Plutôt qu'une incitation à l'autosatisfaction, une meilleure connaissance de celle-ci devrait donc pousser à réfléchir aux moyens de perfectionner encore le fonctionnement de nos administrations et de leurs relations avec la population.

Le juge du voisin est-il fou ? Ou les vertus de la jurisprudence comparée

BÉNÉDICT WINIGER¹

Professeur à l'Université de Genève

I. Introduction : deux exemples pratiques

Dans une étude récente, un groupe de chercheurs a analysé la notion de causalité naturelle dans la jurisprudence des ordres juridiques européens. La publication de la recherche porte le titre : *Digest of European Tort Law I : Essential Cases on Natural Causation*². Au début de cette recherche, des représentants des ordres juridiques allemand, autrichien et suisse ont formulé un questionnaire avec 15 catégories de causalité naturelle.

Dans un deuxième temps, le questionnaire a été distribué aux représentants de 25 ordres juridiques européens, ainsi qu'à un historien du droit, un spécialiste de la Cour de Justice de l'Union Européenne et à un comparatiste, chargé de résoudre quelques cas particulièrement difficiles selon les règles des *Principles of European Tort Law* (PETL)³. Pour chacune des catégories du questionnaire, nous demandions aux rapporteurs de chercher trois décisions de sa Cour suprême. Les rapporteurs devaient résumer l'état de fait et la décision des juges et rédiger un petit commentaire pour chaque cas.

Au début de l'étude, nous étions naturellement convaincus que la causalité naturelle était un concept qui existait partout en Europe. En effet, il nous paraissait difficile de concevoir un ordre juridique qui faisait abstraction de cette catégorie purement logique. Comme on le sait, la causalité naturelle désigne le lien causal entre un acte (ou une abstention) et un effet – généralement un dommage. Pour vérifier ce lien causal, le juriste contrôle généralement si l'acte était une *conditio sine qua non* du dommage. En d'autres termes, il pose la question suivante : si l'auteur n'avait pas agi, le dommage se serait-il produit ? Si la réponse à la question est négative, on considère qu'il existe un lien causal entre l'acte et le dommage. En revanche, si la réponse est

¹ Cet article a été élaboré sur la base d'une conférence donnée à l'Université de Roma Tre le 11 juin 2011.

² WINIGER BÉNÉDICT, KOZIOL HELMUT, KOCH BERNHARD A., ZIMMERMANN REINHARD (ed.), *Digest of European Tort Law I : Essential Cases on Natural Causation*, Vienne 2007.

³ Les *Principles of European Tort Law* ont été publiés en 2005 par le *European Group on Tort Law* (EGTL) (Springer, Vienne).

positive, c'est-à-dire, si le dommage s'était produit, même si l'auteur n'avait pas agi, on considère qu'il n'y a pas de lien causal entre l'acte et le dommage.

Au début de notre étude, nous étions convaincus, je vous l'ai dit, que tous les ordres juridiques européens utilisaient le concept de causalité naturelle. Je dois avouer notre surprise, lorsque nous avons appris que certains ordres juridiques ne connaissent pas ce concept ou, à tout le moins, n'utilisent pas le test de la *conditio sine qua non*. On ne pourrait pas prétendre qu'ils le rejettent, mais on peut dire qu'ils n'en font pas état. Les auteurs de ces ordres juridiques nous expliquent, soit qu'ils ne prêtent pas attention à ce test (notamment Grèce, Pays-Bas, Espagne, Irlande, Norvège, Suède), soit que la question n'est simplement jamais posée (Lituanie, Estonie, Lettonie).

Evidemment, nous nous sommes d'abord posés la question, si les juges de ces pays n'étaient pas fous ! Bien sûr, la question était naïve. Un bref regard dans l'histoire aurait suffi pour savoir que, avant le 18^{ème} siècle, ni la jurisprudence, ni la doctrine ne distinguait explicitement entre causalités naturelle et adéquate. Mais, cette absence de distinction ne changeait évidemment rien à la manière de vérifier le lien causal sous son double angle de ce que nous appelons aujourd'hui la *conditio sine qua non* et l'adéquation entre acte et dommage. Notons ici en passant une trace – encore discrète mais dans une place plutôt éminente – à la fin du 18^e siècle. Dans le *Allgemeines Preussisches Landrecht* (ALR) de 1794, le législateur utilise l'expression : « *nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge* »⁴. Cette expression deviendra ultérieurement un élément fixe pour définir la causalité adéquate. Curieusement, le législateur prussien s'en sert non pas directement par rapport à la causalité, mais pour définir le *lucrum cessans*.

Plus récemment, une autre étude européenne a confirmé que la lecture de la jurisprudence étrangère procure parfois des expériences déconcertantes. Le même groupe s'est livré à une recherche sur la notion de dommage en Europe. Cette recherche a paru sous le titre *Digest of European Tort Law II : Essential cases on damage*⁵. Nous avons procédé selon le modèle que nous avons déjà utilisé pour le premier volume du *Digest*, sauf que le questionnaire avait été rédigé par un cercle plus étendu de juristes (qui venaient d'Allemagne, d'Angleterre, d'Autriche, de France, de Norvège et de Suisse). Le dommage avait été subdivisé en 27 catégories.

⁴ ALR Erster Theil, Sechster Titel, § 6 : « *Doch wird bey Bestimmung des entzogenen Gewinns nur auf solche Vortheile, die entweder nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge und der Geschäfte des bürgerlichen Lebens, oder vermöge gewisser schon getroffener Anstalten und Vorkehrungen, vernünftigerweise erwartet werden konnten, Rücksicht genommen.* » La formulation « *nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge* » va devenir au 19^{ème} siècle une partie de la formule consacrée pour définir la causalité adéquate. Aujourd'hui, la formule consacrée en droit suisse est « *nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge und der allgemeinen Lebenserfahrung* » ; en Allemagne et en Autriche, la causalité adéquate reçoit le même sens.

⁵ WINIGER BÉNÉDICT, KOZIOL HELMUT, KOCH BERNHARD A., ZIMMERMANN REINHARD (ed.), *Digest of European Tort Law II : Essential cases on damage*, Berlin, 2011.

A titre d'exemple pour une des surprises que la recherche nous a apportée, je voudrais citer la catégorie 5 de notre questionnaire, où nous posons la question suivante : *Do your courts distinguish between primary damage on the one hand and consequential damage suffered by a primary and/or secondary victim on the other ?* (Vos tribunaux distinguent-ils entre, d'une part, dommages primaires et, d'autre part, dommages soufferts par des victimes primaires et/ou secondaires ?). Cette question permet de distinguer entre quatre catégories de victimes et de dommages : dans la première catégorie se trouve la victime qui subit directement un dommage primaire, par exemple elle est blessée dans un accident de la circulation. La deuxième catégorie concerne la victime qui subit directement un dommage consécutif, par exemple elle doit payer le traitement médical consécutif à l'accident. La troisième catégorie vise la victime, qui subit indirectement un dommage primaire. Par exemple, suite à la rupture d'un câble électrique qui appartient à un tiers, la chaîne de production d'une usine est endommagée. La quatrième catégorie regroupe les victimes qui subissent indirectement un dommage secondaire, par exemple cette usine a une perte de production et accuse par conséquent un manque à gagner.

Dans certains pays, toutes ces distinctions n'ont absolument aucune importance. Le juge français, par exemple, se demande simplement, s'il existe un rapport de causalité entre l'acte en question et le dommage. Si ce rapport existe, l'auteur doit réparer le dommage causé. A l'extrême opposé, certains pays – surtout influencés par le droit germanique – admettent, que les dommages des deux premières catégories sont réparables, alors que les dommages des catégories trois et quatre ne le sont pas. Entre les deux extrêmes, on trouve toutes les nuances. On s'imagine aisément la réaction du juriste français, qui lit la jurisprudence des pays germaniques. A la lumière de sa solution très simple et basée sur la causalité, il se demande inévitablement si les juges voisins, qui ont compliqué cette question à l'infini, ne sont pas fous.

II. Les origines du problème

D'où vient cette difficulté de lire la jurisprudence du voisin ? Le 18^{ème} et le 19^{ème} siècle, on le sait, ont joué ici sans doute un rôle majeur. Au tournant de ces deux siècles, les codificateurs prussien, français et autrichien ont fixé, chacun à sa façon, le droit commun dans leurs codifications. Les trois législateurs se sont basés sur un fond de droit commun européen. Toutefois, déjà à l'époque ce fond commun a été teinté de la jurisprudence locale qui n'était pas identique en Prusse, Autriche-Hongrie et en France. Cela notamment, parce que le droit commun jouait, surtout en Prusse, un rôle subsidiaire, dominé par les droits locaux (*Landrechte*). La France non plus ne se présentait pas comme un bloc uni, vu les différences entre le nord, qui suivait les coutumes, et le sud qui était imprégné de la tradition de droit écrit.

Ces différences de lecture du droit commun se lisent d'ailleurs aussi dans la doctrine, où DOMAT et POTHIER reprennent le droit romain d'une autre manière que les auteurs de tradition germanique tels PUFENDORF ou WOLFF et leurs élèves. On pourrait citer ici comme exemple le rapport entre *iniuria* et *culpa* dans la responsabilité aquilienne. Un des fragments fondamentaux (ULPIANUS, *Digesta* 9,2,5,1) a reçu, au fil du temps, des interprétations extrêmement variées. Rappelons en passant que ce fragment a été analysé à la loupe par les romanistes spécialisés dans la théorie de l'interpolation et beaucoup d'entre eux y ont subodoré des corruptions. Peu importe, puisque c'est ce texte-ci, et non pas une hypothétique et invérifiable reconstruction, qui a influencé notre tradition juridique.

Mais, revenons-en à la différence de lecture faite par les traditions française et germanique. Déjà à la fin du 17^{ème} siècle, DOMAT ne mentionne plus la notion d'*iniuria*⁶. Dans son œuvre française, POTHIER n'en parle pas non plus⁷. Cela ne signifie pas pour autant que l'illicéité ait disparu, mais simplement qu'elle ait été intégrée dans la *culpa*. En cela, DOMAT et POTHIER suivent d'ailleurs l'école de Bourges, où CUJAS⁸ et DONNEAU⁹ avaient déjà soutenu des positions comparables. Dans la tradition germanique, la *culpa* joue également un rôle primordial, mais sans que l'*iniuria* ait été effacée. Ainsi, PUFENDORF¹⁰ et WOLFF¹¹ maintiennent cette dernière clairement comme un élément central de la responsabilité civile.

Quant aux codifications, les circonstances socio-politiques du moment y ont laissé des traces profondes. Le code prussien de 1794 a été rédigé posément par les wolffiens Carl Gottlieb SVAREZ et le Grand Chancelier Johann Heinrich Casimir VON CARMER. Le *Code civil français*, en revanche, a été écrit hâtivement et sous la pression de NAPOLÉON. Le *Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch* autrichien de 1811 (ABGB) a été composé dans des circonstances comparables à celles du ALR, sauf que les codificateurs autrichiens avaient le temps d'assimiler, comme d'ailleurs les français, les influences révolutionnaires de la philosophie kantienne.

Ces différences de circonstance vont évidemment se cristalliser dans les codes nationaux. Les auteurs du code prussien traduisaient le droit commun en un code méticuleux et par endroits même bavard, mais conceptuellement

⁶ DOMAT, *Loix civiles*, liv. 2, tit. 8, sect. 4,1.

⁷ POTIER ROBERT JOSEPH, « Traité des Obligations », part. 1, chap. 1, sect. 2, § 3, 123 in : *Œuvres de Pothier*, annotées et mises en corrélation avec le code civil et la législation actuelle par M. BUGNET, Paris, 1845-1848, vol. 2.

⁸ CUJAS JACQUES, *Ad legem IX*, Opera omnia VII, 92 E.

⁹ DONELLUS HUGO, *Opera omnia IV*, Lib. XV, Cap. XXVII, II 223/224.

¹⁰ PUFENDORF SAMUEL, *De Jure Naturae*, 3,1,§ 2. Notons que, dans ce passage, le terme « *iniuria* » est remplacé par celui de « *recte* ».

¹¹ Notamment WOLFF CHRISTIAN, « Jus Naturae 1 », § 859 ; « Jus Naturae 2 », § 530, in : *Gesammelte Werke II*. Abt., Bd. 17-24 reprint Hildesheim, 1968-1979.

plutôt fidèle au droit romain. Les codificateurs français, en revanche, fixaient seulement les grands principes et chargeaient le juge de leur donner substance. Conceptuellement, le code français est bien sûr basé sur la tradition de droit romain et sa relecture par le droit commun. Mais, le législateur a déclaré à maintes reprises de vouloir faire *tabula rasa* de la tradition et choisir librement parmi les concepts existants, de les rejeter, reprendre ou remplacer selon ses propres critères. Dans cette procédure qui impliquait une relecture du passé, le législateur s'est surtout basé sur les auteurs français de droit commun – avant tout sur DOMAT et POTHIER – et sur la pratique judiciaire du 18^{ème} siècle. De ce fait, le lien avec la tradition romaniste est plus distendu que dans le code prussien. En ce qui concerne le *Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch* autrichien de 1811 (ABGB), il est issu de la même tradition que le ALR, mais il a reçu une forme beaucoup plus accessible, tout en gardant un lien très étroit avec le droit romain et le droit commun.

En d'autres termes, ces trois grands codes du tournant des 18^{ème}/19^{ème} siècles ont bien des origines romaines communes. Mais, ils en sont trois interprétations différentes, influencées par leurs propres jurisprudences et doctrines et, naturellement, par leur contexte historique spécifique.

A partir de ces trois codes, il était inévitable que les jurisprudences et les doctrines du 19^{ème} siècle se développaient différemment. D'une part, on le sait, les formulations retenues dans chacun des trois codes ne posaient pas les mêmes problèmes. De ce fait, les tribunaux n'étaient pas confrontés aux mêmes questions et la jurisprudence de chaque pays commençait à accuser ses particularités. D'autre part, les juristes s'occupaient d'abord de leur propre code et cherchaient à en résoudre les problèmes qui se posaient dans l'immédiat. Surtout au début, il restait peu de temps pour s'occuper des évolutions juridiques chez les voisins.

S'y ajoutaient des différences peut-être dues au hasard. En Autriche, Franz VON ZEILLER, qui avait joué un rôle central dans la commission de rédaction du ABGB, avait publié en 1811 son commentaire extensif du code autrichien¹². Il fondait ainsi dès la mise en vigueur du code une tradition de commentaires d'un excellent niveau – tradition d'ailleurs qui se poursuit jusqu'à aujourd'hui. En France, la tradition des commentaires naît en même temps, mais ce n'est peut-être pas un hasard qu'elle ait été initiée par un auteur allemand, Karl Salomo ZACHARIAE, qui écrivait en allemand¹³. Les auteurs français commenceront seulement plus tard à rédiger les grands commentaires. En revanche, les juristes français publieront immédiatement et de manière extensive la jurisprudence, alors que les Autrichiens tarderont jusqu'au milieu du siècle pour diffuser systématiquement leurs décisions. Il serait certainement

¹² VON ZEILLER FRANZ, *Commentar über das allgemeine bürgerliche Gesetzbuch für die gesammten deutsche Erbländer der Österreichischen Monarchie*, Vienne, 1811.

¹³ ZACHARIAE KARL SALOMO, *Handbuch des französischen Civilrechts*, Heidelberg, 1811-1812.

téméraire de prétendre que le droit autrichien serait devenu un droit docte et le droit français un droit jurisprudentiel. Mais, on ne peut pas nier que, en droit français, la jurisprudence joue jusqu'à aujourd'hui un rôle prépondérant, alors que, en Autriche, la doctrine pétrit véritablement le droit civil.

La différence des rôles joués par la doctrine et la jurisprudence a peut-être été accentuée par l'évolution du droit en Allemagne. A défaut d'un code unifié jusqu'au 1^{er} janvier 1900, les Allemands disposaient seulement de jurisprudences locales des différents *Länder*, qui étaient évidemment d'un intérêt limité. Rien d'étonnant, dès lors, que les juristes allemands se soient tournés vers la doctrine pour développer successivement les fleurons de l'École historique du droit et du pandectisme. Toutefois, privés d'un code et d'une jurisprudence contemporaine qui auraient alimenté les réflexions doctrinales, l'École historique du droit et le pandectisme sont restés des plantes hors sol. Ils empruntaient évidemment d'autres chemins que les doctrines des voisins qui étaient nourries de la sève judiciaire et des errances magistrales.

Ainsi, les doctrines française, autrichienne et allemande, qui avaient déjà accusé des divergences sous l'Ancien Régime, s'éloignaient davantage encore au cours du 19^{ème} siècle et cessaient de parler un langage commun. De tous les côtés des nombreuses frontières en Europe, le même concept prenait des formes et des significations différentes. Nous en avons vu un exemple avec la distinction entre la causalité naturelle et adéquate. Certains pays retiennent cette distinction, d'autres la connaissent, mais n'y prêtent pas attention et d'autres encore l'ignorent purement et simplement.

Récapitulons brièvement trois points : (i) Les *codes* nationaux ont scindé le *ius commune* en différentes traditions juridiques qui sont certes restées proches, mais qui ont néanmoins développé des différences considérables. (ii) Les *jurisprudences* nationales issues des différents codes accusent les mêmes écarts que les codes, même si les juges se livrent régulièrement à des analyses comparées pour évaluer les solutions retenues par leurs voisins. (iii) La *doctrine* européenne a perdu toute unité à partir du 19^{ème} siècle pour se diviser en doctrines nationales.

III. Des remèdes possibles ?

Comment surmonter le Babel terminologique et conceptuel qui s'est développé surtout au fil du 20^{ème} siècle ? Les deux études citées plus haut nous fournissent quelques renseignements. Premièrement, il est en principe possible de faire des études comparées entre un nombre important d'ordres juridiques. Toutefois, il est vrai qu'une telle entreprise demande à tous les participants un effort considérable. Pour beaucoup d'entre eux, il faut se familiariser avec une manière d'aborder les problèmes qui ne correspond peut-être pas à celle

pratiquée dans leurs ordres juridiques. Dans certains cas, ils peuvent même se voir confrontés à des questions qui n'ont jamais été abordées dans leur pays.

Deuxièmement, ces recherches sont possibles surtout à partir de grands concepts connus dans tous les ordres juridiques européens. Il faut cependant préciser un point, auquel nous étions attentifs dès la formulation des questionnaires distribués aux différentes équipes participant à notre recherche : dans la formulation des documents expédiés aux participants, il est essentiel de renoncer le plus possible à un langage conceptuel, en faveur d'une description factuelle. Par exemple, pour savoir si un ordre juridique utilise le test de la *conditio sine qua non* pour contrôler l'existence d'un rapport de causalité, il était indispensable de décrire en un langage non technique la manière de procéder à ce test. Le langage non technique et purement descriptif s'imposait en raison du fait, que chaque ordre juridique a développé son propre langage juridique ; il est fréquent que le même mot ait une signification différente chez les voisins.

Troisièmement, et c'est un point essentiel, comment choisir le concept à analyser ? Il y a bien sûr toujours une multitude de sujets qui viennent à l'esprit, et de préférence les problèmes actuels qui nous préoccupent quotidiennement. Cependant, l'expérience avec notre première recherche, celle sur la causalité naturelle, a révélé un point auquel nous n'avions peut-être pas assez songé auparavant. La notion de causalité naturelle, nous l'avons dit, a été développée essentiellement par la doctrine du 19^{ème} siècle et seulement une partie des pays ont adopté ce concept. En nous intéressant dans notre recherche à la causalité naturelle, nous avons ainsi demandé, pour certains pays, de chercher de la casuistique à propos d'un concept inconnu dans leurs ordres juridiques. En l'occurrence, nous avons été sauvés par une particularité de la causalité naturelle : comme son nom le dit, la *conditio sine qua non* est une catégorie logique, sans laquelle aucun ordre juridique ne peut fonctionner. Nous pouvions donc partir de l'idée que, explicitement ou implicitement, la *conditio sine qua non* allait faire son apparition dans tous les pays sous analyse.

L'expérience acquise à travers nos deux recherches sur la causalité naturelle et le dommage suggère que nous devrions à l'avenir nous pencher de préférence sur des grands concepts du *ius commune*. Cela pour la simple raison que, généralement, ces concepts ont laissé des traces dans les grandes codifications. Toutefois, ce critère n'est pas suffisant, parce que certains de ces grands concepts du *ius commune* ont parfois été négligés par des législateurs. Je voudrais ici prendre comme exemple la notion d'illicéité. Même si le législateur français en a parlé dans les travaux préparatoires, il n'a pas inséré textuellement l'illicéité dans l'art. 1382 du Code civil français. Etant donné qu'un grand nombre de pays ont repris le code français, on peut dès lors se demander s'il serait raisonnable de faire une recherche sur la notion d'illicéité en Europe.

Personnellement, je trouverais cette expérience passionnante, mais je peux comprendre les collègues qui hésiteraient. Cette recherche m'intéresserait pour des raisons très simples. D'abord, l'illicéité est un concept clé de la responsabilité civile depuis l'Antiquité. Ensuite et par rapport au droit français, il a été démontré¹⁴ que, depuis 1804, l'illicéité n'a en réalité jamais disparu, mais qu'elle est condamnée en France à une existence clandestine, clandestinité dont tout le monde parle d'ailleurs. Il me paraîtrait dès lors intéressant d'examiner de plus près cette existence clandestine. Toutefois, un point me ferait hésiter. A ma connaissance, le juge français utilise très rarement le terme « illicéité ». Dès lors, il pourrait être difficile, dans une recherche basée essentiellement sur la jurisprudence, d'analyser ce terme dans les arrêts de la Cour de cassation.

Pour le choix des concepts à analyser, nous devrions dès lors trouver un critère supplémentaire. Je pense qu'il faudrait aussi vérifier, si le concept en question se trouve également dans les grands codes nationaux. Si tel est le cas, il est vraisemblable que la jurisprudence et la doctrine aient développé – ou à tout le moins discuté – ce concept. En revanche, si le concept n'a pas été repris dans les codes, il est hautement probable que les jurisprudences nationales – et dans leur sillage les doctrines – l'ont également perdu de vue. (Notons tout de suite que des exceptions sont possibles. Comme nous l'avons vu, l'illicéité ne figure pas dans l'article 1382 du Code civil et peu dans la jurisprudence, mais survit depuis deux siècles dans la doctrine).

Pour tester cette double règle – présence du concept dans le *ius commune* et dans les grands codes – essayons de l'appliquer à la responsabilité civile. Les six concepts classiques qui figurent en droit romain et dans le *ius commune* sont le dommage, l'acte dommageable, la causalité, l'illicéité, la faute et le calcul de la réparation. Tous ces concepts ont été repris dans les grands codes, à l'exception de l'illicéité, qui ne figure pas, nous l'avons vu, dans le code français et ses copies. Si la double règle est pertinente, dommage, acte dommageable, causalité, faute et calcul de la réparation devraient se prêter à une analyse dans tous les ordres juridiques européens. Pour les notions de causalité et de dommage, la preuve de la pertinence a été apportée par nos deux recherches citées plus haut. Pour la faute, un bref regard alentour confirme qu'elle tracasse tous les ordres juridiques européens. La même chose vaut évidemment pour le calcul de la réparation.

Reste la notion d'acte dommageable. Ici, des doutes sont permis. Les codifications ont introduit, à divers degrés, des clauses générales de responsabilité. Ces clauses ont surtout généralisé la notion de dommage, mais aussi celle d'acte dommageable. Si la jurisprudence et la doctrine ont développé sous le terme générique de « dommage » une respectable diversité

¹⁴ WINIGER BÉNÉDICT, *La responsabilité aquilienne au 19^e siècle*, Genève, 2009.

de sous-catégories – dans notre recherche, nous en avons retenu 27, l’acte dommageable a aujourd’hui peu de contours. Certes, nous discutons la notion d’acte par opposition à l’omission. Mais, cette discussion relève principalement de la causalité et beaucoup moins de l’acte dommageable.

J’ajouterais ici comme sujet classique la causalité adéquate, qui se prêterait sans doute à une grande étude comparative. Je suis conscient que le *ius commune* n’en parle pas et qu’aucun des grands codes ne la mentionne. Mais, comme la causalité naturelle, la causalité adéquate est un concept universel, car tous les juges du monde devront toujours limiter la longueur de la chaîne causale.

A cela s’ajoutent d’autres exceptions. Je pense ici notamment aux thématiques nouvelles qui sont nées après les grandes codifications, par exemple les questions liées aux progrès de la médecine. Ainsi, les cas de conception, naissance et vie non souhaitées (plus connues dans la terminologie anglaise comme *wrongful conception*, *wrongful birth* et *wrongful life*) ont occupé la plupart de nos tribunaux et ont provoqué, outre une riche doctrine et quelques textes légaux, plusieurs décisions de cours suprêmes nationales. Il va de soi que ces nouvelles thématiques se prêteraient merveilleusement à des recherches comparées.

En d’autres termes, je plaide ici pour un modèle en deux temps et deux critères d’exceptions au modèle : pour une grande recherche comparée de la jurisprudence européenne, nous devrions choisir des concepts qui se trouvent à la fois dans le *ius commune* et dans les grands codes. A titre d’exception, certains concepts peuvent échapper à ces deux critères, d’abord, lorsqu’il s’agit d’un concept qui relève de la logique (comme la causalité naturelle) ou d’un concept qui s’impose inévitablement (comme la causalité adéquate), et ensuite, lorsqu’on a affaire à un problème nouveau, postérieur aux codifications et qui a été abordé dans de nombreux ordres juridiques.

Le vrai but de ce petit modèle est de définir une voie pragmatique qui nous permettrait de rapprocher nos ordres juridiques nationaux ou, à tout le moins, de favoriser les échanges entre eux. Les études comparées, pour lesquelles je plaide ici, nous fournissent, notamment, une base ou un inventaire des concepts utilisés dans les différents pays et nous expliquent la manière des juristes étrangers de les utiliser. En même temps, elles mettent à la disposition des juges et avocats nationaux une collection extrêmement riche d’arguments et solutions judiciaires retenus chez les voisins. Ainsi, notre recherche sur la causalité naturelle a par exemple été utilisée par la Cour suprême d’Australie pour trancher un cas de perte d’une chance¹⁵.

¹⁵ <http://www.austlii.edu.au/au/cases/cth/HCA/2010/12.html>.

A côté des grandes études comparées, il existe bien sûr d'autres remèdes à notre Babel terminologique et conceptuel. Des études récentes¹⁶ montrent que, de manière générale, nos juges étendent à l'Europe entière une technique qui avait déjà été très appréciée sous l'Ancien Régime. Le juge qui ne savait pas comment résoudre un cas, lorgnait déjà à l'époque les ordres juridiques voisins. Par exemple, si le juge genevois du 18^{ème} siècle ne trouvait dans sa législation aucune norme applicable pour trancher un cas d'espèce, ni une jurisprudence analogique, il consultait les décisions prises par ses voisins au Pays de Gex ou en Savoie¹⁷. Philippe DE BEAUMANOIR nous décrit d'ailleurs le même processus pour la Picardie médiévale¹⁸. Comme leurs ancêtres, les juges d'aujourd'hui consultent et citent des décisions étrangères et parfois même des doctrines. Ce phénomène semble d'ailleurs être toujours plus fréquent. La discussion jurisprudentielle s'internationalise progressivement et les décisions peuvent avoir des influences au-delà des frontières nationales¹⁹.

S'il est peut-être prématuré de parler d'un nouveau *ius commune* européen, issu, cette fois-ci, de la jurisprudence, les instruments et les réflexes des juristes pourraient y conduire à terme. Nos similarités sociales et économiques ont comme effet que nous sommes confrontés aux mêmes problèmes et notre unité culturelle nous conduit à des solutions similaires. Evidemment, des différences subsistent entre les différents pays européens, mais elles sont rarement telles qu'il nous paraîtrait inconcevable de vivre sous le régime du voisin.

La doctrine a d'ailleurs été appelée plusieurs fois par le politique à fournir des contributions plus substantielles pour réduire les différences entre nos ordres juridiques²⁰. Elle pourrait notamment établir un catalogue des concepts de droit civil utilisés aujourd'hui partout en Europe et formuler des propositions pour en rapprocher ou unifier le contenu. Un tel catalogue serait nécessairement précédé d'une analyse approfondie de la jurisprudence nationale des pays européens. A défaut d'être nouvelle, cette proposition a l'avantage d'avoir fait ses preuves, puisqu'elle était un élément clé dans la naissance du *ius commune*. A l'époque, les juristes étaient également confrontés au choix entre différents ordres juridiques, à savoir, leur propre droit, celui des voisins et, évidemment, le droit romain. C'est par un tri judicieux des solutions

¹⁶ HENNINGER THOMAS, *Europäisches Privatrecht und Methode*, Tübingen, 2009.

¹⁷ Voir notamment ROTH-LOCHNER BARBARA, *De la banche à l'étude : une histoire institutionnelle, professionnelle et sociale du notariat genevois sous l'Ancien Régime*, Genève, 1997.

¹⁸ DE BEAUMANOIR PHILIPPE, *Coutume de Beauvaisis I*, Paris, 1970, Prologue, 1 ss.

¹⁹ Comme exemple, on pourrait citer l'affaire PERRUCHÉ (Cour de cassation française, assemblée plénière, 17 novembre 2000) qui a eu des répercussions internationales.

²⁰ Voir notamment la résolution du Parlement européen sur un effort de rapprochement du droit privé des Etats membres du 26 mai 1989, la résolution du Parlement européen sur l'harmonisation de certains secteurs de droit privé des Etats membres du 25 juillet 1994, la résolution du Parlement européen sur le programme législatif de la Commission pour l'année 2000 du 29 décembre 2000 et la communication de la Commission au Conseil et au Parlement européen concernant le droit européen des contrats du 11 juillet 2001.

existantes ici et là, qu'ils réussissent à extraire de l'ensemble de la tradition juridique un droit qui satisfaisait leurs besoins à la fois pratiques et théoriques. Rien ne nous empêche de nous atteler à ce même travail et de retracer les grandes lignes du droit civil européen – ces lignes qui sont le préalable à une harmonisation ou unification du droit.

Le travail de rapprochement des doctrines et jurisprudences ne sera sans doute pas facile à réaliser. Une première difficulté résulte, nous l'avons vu, de la disparité de la doctrine en Europe. Certains pays, comme l'Allemagne et l'Autriche, ont développé une doctrine extrêmement nuancée. D'autres, comme la France, l'Angleterre, l'Ecosse et l'Irlande, en sont restés à des conceptions plus pragmatiques et plus proches de la pratique judiciaire. Une doctrine unifiée exigerait des sacrifices des deux côtés. Il sera difficile d'expliquer aux juristes français pourquoi ils devraient adopter des subtilités, dont ils ne voient pas la pertinence pratique. Mais, il sera tout aussi difficile de faire avaler à un juriste allemand l'abandon de sa doctrine surdéveloppée.

On dira sans doute qu'il faudrait plutôt emprunter la voie royale et unifier le droit privé européen dans un code civil commun. Ce serait sans doute la voie la plus élégante. Mais elle ne dispenserait pas du travail d'élaboration des concepts communs, concepts qui, précisément, seraient tirés des ordres juridiques européens. Ce travail nous offrirait l'occasion de revoir de manière critique nos concepts de droit civil, de leur donner les structures qui répondent le mieux à nos besoins et de réécrire une doctrine de haut niveau, dépouillée des hypertrophies qui se sont accumulées au fil du temps.

Liste des ouvrages

- | | | | |
|---|------|--|------|
| <i>Alberini, Adrien</i> | 2010 | <i>Botoy Ituku, Elangi</i> | 2007 |
| Le transfert de technologie en droit communautaire de la concurrence | | Propriété intellectuelle et droits de l'homme | |
| Mise en perspective avec les règles applicables aux accords de recherche et développement, de production et de distribution | | L'impact des brevets pharmaceutiques sur le droit à la santé dans le contexte du VIH / SIDA en Afrique | |
| <i>Baddeley, Margareta</i> | 1994 | <i>Cattaneo, Daniele</i> | 1992 |
| L'association sportive face au droit | | Les mesures préventives et de réadaptation de l'assurance-chômage | |
| Les limites de son autonomie | | Prévention du chômage et aide à la formation en droit suisse, droit international et droit européen | |
| <i>Baddeley, Margareta (éd.)</i> | 1999 | <i>Chaix, François</i> | 1995 |
| La forme sociale de l'organisation sportive | | Le contrat de sous-traitance en droit suisse | |
| Questions de responsabilité | | Limites du principe de la relativité des conventions | |
| Actes de la Journée de Droit du sport de la Faculté de droit de l'Université de Genève 25 mars 1999 | | <i>Chappuis, Christine</i> | 1991 |
| <i>Bellanger, François (éd.)</i> | 2000 | La restitution des profits illégitimes | |
| L'Etat face aux dérives sectaires | | Le rôle privilégié de la gestion d'affaires sans mandat en droit privé suisse | |
| Actes du colloque du 25 novembre 1999 | | <i>Chatton, Gregor T.</i> | 2005 |
| <i>Bernard, Frédéric</i> | 2010 | Die Verknüpfung von Handel und Arbeitsmensenrechten innerhalb der WTO | |
| L'Etat de droit face au terrorisme | | Politisches Scheitern und rechtliche Perspektiven | |
| <i>Bino, Maria-Antonella</i> | 2006 | <i>Chavanne, Sylvie</i> | 1993 |
| Hospitalisation forcée et droits du malade mental | | Le retard dans l'exécution des travaux de construction | |
| Etude de droit international et de droit comparé | | Selon le Code des obligations et la norme SIA 118 | |

- Converset, Stéphanie* 2009
Aide aux victimes d'infractions
et réparation du dommage
De l'action civile jointe à l'indemnisation
par l'Etat sous l'angle du nouveau droit
- Curat, Philippe* 2006
Les crimes contre l'humanité dans le Sta-
tut de la Cour pénale internationale
- Défago Gaudin, Valérie* 2006
L'immeuble dans la LP: indisponibilité et
gérance légale
- Donatiello, Giuseppe* 2010
Responsabilité du débiteur:
de la délégation à l'organisation
de l'exécution des obligations
Codifications supranationales récentes
(CVIM, Principes d'UNIDROIT, Principes
européens) et Code des obligations suisse
- Droz, Johan* 2008
La substitution dans le contrat
de mandat
- Ducrot, Michel* 2005
La procédure d'expulsion du locataire
ou du fermier non agricole: quelques
législations cantonales au regard du droit
fédéral
- Dunand, Jean-Philippe* 2000
Le transfert fiduciaire:
«Donner pour reprendre»
Mancipio dare ut remancipetur
Analyse historique et comparatiste
de la fiducie-gestion
- Dupont, Anne-Sylvie* 2005
Le dommage écologique
Le rôle de la responsabilité civile en cas
d'atteinte au milieu naturel
- Favre-Bulle, Xavier* 1998
Les paiements transfrontières
dans un espace financier européen
- Fehlbaum, Pascal* 2007
Les créations du domaine
de la parfumerie: quelle protection?
- Foëx, Bénédicte* 1997
Le contrat de gage mobilier
- Gafner d'Aumeries, Sonja* 1992
Le principe de la double incrimination
En particulier dans les rapports d'entraide
judiciaire internationale en matière
pénale entre la Suisse et les Etats-Unis
- Garibian, Sévane* 2009
Le crime contre l'humanité au regard des
principes fondateurs de l'Etat moderne
Naissance et consécration d'un concept
- Garrone, Pierre* 1991
L'élection populaire en Suisse
Etude des systèmes électoraux
et de leur mise en œuvre sur le plan
fédéral et dans les cantons
- Gerber, Philippe* 1997
La nature cassatoire du recours
de droit public
Mythe et réalité
- Gonin, Luc* 2011
L'obsolescence de l'Etat moderne
Analyse diachronique et contextuelle
à l'exemple de l'Etat français
- de Gottrau, Nicolas* 1999
Le crédit documentaire et la fraude
La fraude du bénéficiaire,
ses conséquences et les moyens
de protection du donneur d'ordre
- Grant, Philip* 2000
La protection de la vie familiale et
de la vie privée en droit des étrangers

- Grodecki, Stéphane* 2008
L'initiative populaire cantonale
et municipale à Genève
- Guibentif, Pierre* 1997
La pratique du droit international et com-
munautaire de la sécurité sociale
Etude de sociologie du droit de la
coordination, à l'exemple du Portugal
- Gutzwiller, Céline* 2008
Droit de la nationalité et fédéralisme en
Suisse
- Hack, Pierre* 2003
La philosophie de Kelsen
Epistémologie de la *Théorie pure du droit*
- Henzelin, Marc* 2000
Le principe de l'universalité en droit pénal
international
Droit et obligation pour les Etats
de poursuivre et juger selon le principe
de l'universalité
- Hottelier, Michel* 1990
L'article 26 CEDH et l'épuisement des
voies de recours en droit fédéral suisse
- Hottelier, Michel* 1995
Le Bill of Rights et son application
aux Etats américains
Etude de droit constitutionnel des
Etats-Unis avec des éléments comparatifs
de droit suisse
- Issenhuth-Scharly, Ghislaine* 2009
Autonomie individuelle et biobanques
Etude de droit comparé (droit européen,
droit français, droit suisse)
- Jeanneret, Yvan* 2002
La violation des devoirs en cas
d'accident
Analyse critique de l'article 92 LCR
- Jeandin, Nicolas* 1994
Le chèque de voyage
- Jung, Anne* 2008
Jeremy Bentham et les mesures
de sûreté en droit actuel:
Suisse et Belgique
- Junod Moser, Dominique* 2001
Les conditions générales à la croisée du
droit de la concurrence et du droit de la
consommation
Etude de droit suisse et de droit européen
- Junod, Valérie* 2005
Clinical drug trials
Studying the safety and efficacy
of new pharmaceuticals
- Kastanas, Elias* 1993
Les origines et le fondement
du contrôle de la constitutionnalité
des lois en Suisse et en Grèce
- Lampert, Frank* 2000
Die Verlustverrechnung von
juristischen Personen im Schweizer Steu-
errecht unter besonderer
Berücksichtigung des DBG und StHG
- Languin, Noëlle/Liniger, Miranda/
Monti, Brigitte/Roth, Robert/Sardi,
Massimo/Strasser, François Roger* 1994
La libération conditionnelle:
risque ou chance?
La pratique en 1990 dans les cantons
romands
- Languin, Noëlle/Kellerhals, Jean/
Robert, Christian-Nils* 2006
L'art de punir
Les représentations sociales d'une
«juste» peine

- Lempen, Karine* 2006
Le harcèlement sexuel sur le lieu de travail et la responsabilité civile de l'employeur
Le droit suisse à la lumière de la critique juridique féministe et de l'expérience états-unienne
- Manai, Dominique* 1999
Les droits du patient face à la médecine contemporaine
- Mandofia Berney, Marina* 1993
Vérités de la filiation et procréation assistée
Etude des droits suisse et français
- Marchand, Sylvain* 1994
Les limites de l'uniformisation matérielle du droit de la vente internationale
Mise en œuvre de la Convention des Nations Unies du 11 avril 1980 sur la vente internationale de marchandises dans le contexte juridique suisse
- Martenet, Vincent* 1999
L'autonomie constitutionnelle des cantons
- Marti, Ursula* 2011
Das Vorsorgeprinzip im Umweltrecht
Am Beispiel der internationalen, europäischen und schweizerischen Rechtsordnung
- Morand, Charles-Albert (éd.)* 1991
Les instruments d'action de l'Etat
- Morand, Charles-Albert (éd.)* 1992
Droit de l'environnement: mise en œuvre et coordination
- Morand, Charles-Albert (éd.)* 1992
La légalité: un principe à géométrie variable
- Morand, Charles-Albert (éd.)* 1995
Aménagement du territoire et protection de l'environnement: la simplification des procédures
- Morand, Charles-Albert (éd.)* 1996
La pesée globale des intérêts
Droit de l'environnement et de l'aménagement du territoire
- Moreno, Carlos* 2002
Legal Nature and Functions of the Multimodal Transport Document
- Morin, Ariane* 2002
La responsabilité fondée sur la confiance
Etude critique des fondements d'une innovation controversée
- Oberson, Xavier* 1991
Les taxes d'orientation
Nature juridique et constitutionnalité
- Ordolli, Stiliano* 2008
Histoire constitutionnelle de l'Albanie des origines à nos jours
- Papaux van Delden, Marie-Laure* 2002
L'influence des droits de l'homme sur l'osmose des modèles familiaux
- Pavlidis, Georgios* 2012
Confiscation internationale: instruments internationaux, droit de l'Union européenne, droit suisse
- Peter, Henry* 1990
L'action révocatoire dans les groupes de sociétés
- Pont Veuthey, Marie-Claire* 1992
Le pouvoir législatif dans le canton du Valais

- Rohmer, Sandrine* 2006
Spécificité des données génétiques et protection de la sphère privée
Les exemples des profils d'ADN dans la procédure pénale et du diagnostic génétique
- Rubido, José-Miguel* 2012
L'exercice du droit de préemption immobilier au regard du droit privé
- Sambuc Bloise, Joëlle* 2007
La situation juridique des Tziganes en Suisse
Analyse du droit suisse au regard du droit international des minorités et des droits de l'homme
- Scartazzini, Gustavo* 1991
Les rapports de causalité dans le droit suisse de la sécurité sociale
Avec un aperçu des différentes théories de la causalité
- Schneider, Jacques-André* 1994
Les régimes complémentaires de retraite en Europe: Libre circulation et participation
Etude de droit suisse et comparé
- Schröter, François* 2007
Les frontières de la Suisse : questions choisies
- Soma, Abdoulaye* 2009
Droit de l'homme à l'alimentation et sécurité alimentaire en Afrique
- Stieger-Chopard, Arlette* 1997
L'exclusion du droit préférentiel de souscription dans le cadre du capital autorisé de la société anonyme
Etude de droit allemand et de droit suisse
- Tanquerel, Thierry* 1996
Les voies de droit des organisations écologistes en Suisse et aux Etats-Unis
- Tevini Du Pasquier, Silvia* 1990
Le crédit documentaire en droit suisse
Droits et obligations de la banque mandataire et assignée
- Tornay, Bénédicte* 2008
La démocratie directe saisie par le juge
L'empreinte de la jurisprudence sur les droits populaires en Suisse
- Trigo Trindade, Rita* 1996
Le conseil d'administration de la société anonyme
Composition, organisation et responsabilité en cas de pluralité d'administrateurs
- Voïnov Kohler, Juliette* 2006
Le mécanisme de contrôle du respect du Protocole de Kyoto sur les changements climatiques : entre diplomatie et droit
- Vulliéty, Jean-Paul* 1998
Le transfert des risques dans la vente internationale
Comparaison entre le Code suisse des Obligations et la Convention de Vienne des Nations Unies du 11 avril 1980
- Werly, Stéphane* 2005
La protection du secret rédactionnel
- Wisard, Nicolas* 1997
Les renvois et leur exécution en droit des étrangers et en droit d'asile
- Zellweger, Tobias* 2008
Les transports collectifs de personnes dans l'agglomération francogènevoise : Etude de droit transfrontalier

Recueils de textes

(anciennement « Série rouge »)

*Auer, Andreas/Flückiger, Alexandre/ 2007
Hottelier, Michel (éd.)*

Les droits de l'homme et la constitution.
Etudes en l'honneur du Professeur Giorgio Malinverni

*Auer, Andreas/Delley, Jean-Daniel/ 2001
Hottelier, Michel/Malinverni, Giorgio (éd.)*

Aux confins du droit
Essais en l'honneur du
Professeur Charles-Albert Morand

*François Bellanger/
Jacques de Werra (éds) 2012*

Genève au confluent du droit interne
et du droit international
Mélanges offerts par la Faculté de droit
de l'Université de Genève
à la Société Suisse des Juristes à
l'occasion du Congrès 2012

*Cassani, Ursula/Roth, Robert/
Sträuli, Bernhard (éd.) 2009*

Montrer la justice, penser le droit pénal
Colloque en l'honneur du Professeur
Christian-Nils Robert

*Chappuis, Christine/ 2006
Foëx, Bénédicte/Thévenoz, Luc (éd.)*

Le législateur et le droit privé
Colloque en l'honneur du professeur
Gilles Petitpierre

*Dufour, Alfred/Rens, Ivo/ 1998
Meyer-Pritzl, Rudolf/
Winiger, Bénédicte (éd.)*

Pacte, convention, contrat
Mélanges en l'honneur du Professeur
Bruno Schmidlin

Flückiger, Alexandre (éd.) 2010

Emouvoir et persuader pour
promouvoir le don d'organes ?
L'efficacité entre éthique et droit

Foëx, Bénédicte/Jeandin, Nicolas (éd.) 2011

Le Code de procédure civile
Aspects choisis

*Foëx, Bénédicte/Hottelier, Michel/ 2007
Jeandin, Nicolas (éd.)*

Les recours au Tribunal fédéral

Foëx, Bénédicte/Thévenoz, Luc (éd.) 2000

Insolence, désendettement
et redressement
Etudes réunies en l'honneur de Louis
Dallèves, Professeur à l'Université de
Genève

Hottelier, Michel (éd.) 2011

Albert Cohen
L'écrivain au service de l'Etat de droit
Actes du colloque organisé le 18 février
2011 par la Faculté de droit et la Fonda-
tion Mémoire Albert Cohen

*Kellerhals, Jean/Manai, Dominique/ 2002
Roth, Robert (éd.)*

Pour un droit pluriel
Etudes offertes au Professeur
Jean-François Perrin

Knapp, Blaise/Obersson, Xavier (éd.) 1997

Problèmes actuels de droit
économique
Mélanges en l'honneur du Professeur
Charles-André Junod

Reymond, Jacques-André 1998

De l'autre côté du miroir
Etudes récentes

Schönle, Herbert 1995

Droit des obligations et droit bancaire
Etudes

Thévenoz, Luc/Reich, Norbert (éd.) 2006
Droit de la consommation/
Konsumentenrecht/Consumer Law
Liber amicorum Bernd Stauder

Ouvrages collectifs
Présence et actualité de la constitution
dans l'ordre juridique
Mélanges offerts à la Société suisse
des juristes pour son congrès 1991
à Genève. 1991

Problèmes actuels de droit fiscal
Mélanges en l'honneur du Professeur
Raoul Oberson 1995

*Trigo Trindade, Rita/Peter, Henry/
Bovet, Christian (éd.)* 2009
Economie Environnement Ethique
De la responsabilité sociale et sociétale
Liber Amicorum Anne Petitpierre-Sauvain

Droit civil

Baddeley, Margareta (éd.) 2007
La protection de la personne
par le droit
Journée de droit civil 2006 en l'honneur
du Professeur Martin Stettler

*Baddeley, Margareta/
Foëx, Bénédicte (éd.)* 2009
La planification du patrimoine
Journée de droit civil 2008 en l'honneur
du Professeur Andreas Bucher

*Perrin, Jean-François/
Chappuis, Christine* 2008
Droit de l'association
3^e édition

Démocratie directe

Arx, Nicolas von 2002
Ähnlich, aber anders
Die Volksinitiative in Kalifornien
und in der Schweiz

Auer, Andreas (éd.) 1996
Les origines de la démocratie directe en
Suisse / Die Ursprünge der
schweizerischen direkten Demokratie

Auer, Andreas (éd.) 2001
Sans délais et sans limites?
L'initiative populaire à la croisée
des chemins
Ohne Fristen und Grenzen?
Die Volksinitiative am Scheideweg

*Auer, Andreas/
Treichsel, Alexander H.* 2001
Voter par Internet?
Le projet e-voting dans le canton
de Genève dans une perspective
socio-politique et juridique

Delley, Jean-Daniel (éd.) 1999
Démocratie directe et politique
étrangère en Suisse/
Direkte Demokratie und
schweizerische Aussenpolitik

Schuler, Frank 2001
Das Referendum in Graubünden
Entwicklung, Ausgestaltung, Perspektiven

Treichsel, Alexander/Serdült, Uwe 1999
Kaleidoskop Volksrechte
Die Institutionen der direkten
Demokratie in den schweizerischen
Kantonen 1970–1996

Trechsel, Alexander 2000
Feuerwerk Volksrechte
Die Volksabstimmungen in den
schweizerischen Kantonen 1970–1996

Droit et Histoire

(anciennement « Droit et Histoire »,
« Les grands juristes »
et « Grands textes »)

*Dufour, Alfred/Roth, Robert/
Walter, François (éd.)* 1994
Le libéralisme genevois, du Code civil aux
constitutions (1804–1842)

Dufour, Alfred (éd.) 1998
Hommage à Pellegrino Rossi
(1787–1848)
Genevois et Suisse à vocation
européenne

Dufour, Alfred (éd.) 2001
Rossi, Pellegrino
Cours d'histoire suisse

Dufour, Alfred 2003
L'histoire du droit entre philosophie
et histoire des idées

Dunand, Jean-Philippe 2004
Keller, Alexis (éd.)
Stein, Peter
Le droit romain et l'Europe
Essai d'interprétation historique,
2^{ème} édition

Hottelier, Michel (éd.) 2010
Fazy, James
De l'intelligence collective des sociétés
Cours de législation constitutionnelle

Manai, Dominique 1990
Eugen Huber
Jurisconsulte charismatique

Monnier, Victor (éd.) 2002
Bonaparte et la Suisse
Travaux préparatoires de l'Acte
de Médiation (1803)
(Préfacé par Alfred Kölz)

Monnier, Victor 2003
Bonaparte, la Suisse et l'Europe
Colloque européen d'histoire
constitutionnelle pour le bicentenaire
de l'Acte de médiation (1803–2003)

Dufour, Alfred/Monnier, Victor (Ed.) 2011
La Savoie, ses relations avec
Genève et la Suisse
Actes des journées d'étude à l'occasion
du 150^e anniversaire de l'Annexion
de la Savoie à la France organisées à
Genève, les 4 et 5 novembre 2010

*Quastana, François/
Monnier, Victor (Ed.)* 2008
Paoli, la Révolution Corse
et les Lumières
Actes du colloque international
organisé à Genève, le 7 décembre 2007

Reiser, Christian M. 1998
Autonomie et démocratie
dans les communes genevoises

Schmidlin, Bruno/ 1991
Dufour, Alfred (éd.)
Jacques Godefroy (1587–1652)
et l'Humanisme juridique à Genève
Actes du colloque Jacques Godefroy

Winiger, Bénédicte 1997
La responsabilité aquilienne romaine
Damnum Iniuria Datum

Winiger, Bénédicte 2002
La responsabilité aquilienne
en droit commun
Damnum Culpa Datum

*Hottelier, Michel/
Foëx, Bénédicte (éd.)* 2001
L'aménagement du territoire
Planification et enjeu

*Hottelier, Michel/
Foëx, Bénédicte (éd.)* 1999
Les gages immobiliers
Constitution volontaire et réalisation
forcée

Droit de la propriété

Foëx, Bénédicte (éd.) 2011
Droit de superficie et leasing
immobilier
Deux alternatives au transfert
de propriété

*Foëx, Bénédicte /
Hottelier, Michel (éd.)* 2009
La garantie de la propriété
à l'aube du XXI^e siècle
Expropriation, responsabilité de l'Etat,
gestion des grands projets et protection
du patrimoine

*Foëx, Bénédicte /
Hottelier, Michel (éd.)* 2007
Servitudes, droit de voisinage,
responsabilités du propriétaire
immobilier

*Hottelier, Michel/
Foëx, Bénédicte (éd.)* 2005
Protection de l'environnement
et immobilier
Principes normatifs et pratique
jurisprudentielle

*Hottelier, Michel/
Foëx, Bénédicte (éd.)* 2003
La propriété par étages
Fondements théoriques et questions
pratiques

Droit administratif

*Bellanger, François/
Tanquerel, Thierry (éd.)* 2002
Les contrats de prestations

*Tanquerel, Thierry/
Bellanger, François (éd.)* 2002
L'administration transparente

Droit de la responsabilité

*Chappuis, Christine/
Winiger, Bénédicte (éd.)* 2005
Le préjudice
Une notion en devenir
(Journée de la responsabilité civile 2004)

*Chappuis, Christine/
Winiger, Bénédicte (éd.)* 2007
Les causes du dommage
(Journée de la responsabilité civile 2006)

Chappuis, Christine/ 2009
Winiger, Bénédic (éd.)

La responsabilité pour l'information
fournie à titre professionnel
(Journée de la responsabilité civile 2008)

Chappuis, Christine/ 2011
Winiger, Bénédic (éd.)

La preuve en droit de la responsabilité
civile
(Journée de la responsabilité civile 2010)

Etier, Guillaume 2006

Du risque à la faute
Evolution de la responsabilité civile
pour le risque du droit romain au droit
commun

Winiger, Bénédic (éd.) 2008

La responsabilité civile européenne
de demain
Projets de révision nationaux et
principes européens
Europäisches Haftungsrecht morgen
Nationale Revisionsentwürfe und
europäische Haftungsprinzipien
(Colloque international à l'Université
de Genève)

Winiger, Bénédic 2009

La responsabilité aquilienne
au 19^{ème} siècle
Damnum iniuria et culpa datum

Droit international

Daboné, Zakaria/ 2012

Le droit international public relatif aux
groupes armés non étatiques

Noël Zoure, Théophile 2012

Le commerce des produits agricoles dans
le droit de l'OMC



La Faculté de droit de l'Université de Genève est heureuse de perpétuer la tradition et d'offrir à la Société Suisse des Juristes le présent recueil de contributions à l'occasion de la tenue du Congrès 2012 à Genève.

En écho à la thématique du Congrès qui est «Le droit suisse face aux défis du droit international», cet ouvrage présente quelques illustrations originales de l'interaction entre le droit interne et le droit international comme de l'apport du droit comparé et du droit international à la réflexion en droit interne, et ce, dans une perspective suisse, voire genevoise, démontrant ainsi que Genève, par son interaction naturelle avec le droit étranger et international, a le privilège d'être située au confluent du droit interne et du droit international.

Cet ouvrage rassemble des contributions rédigées par des professeurs de la Faculté sur des thèmes d'une grande variété (parmi lesquels figurent notamment le droit fiscal, le droit de la personnalité ainsi que le droit international privé et public) mais qui reflètent toutes une approche de la recherche et de l'enseignement juridiques caractérisée par l'ouverture sur le droit international et étranger. Il confirme la place occupée par Genève sur l'échiquier juridique mondial.