



**HAL**  
open science

## L'interprétation des accords bilatéraux Suisse-UE : une lecture de droit international

Samantha Besson, Odile Ammann

► **To cite this version:**

Samantha Besson, Odile Ammann. L'interprétation des accords bilatéraux Suisse-UE : une lecture de droit international. Epiney, Astrid and Diezig, Stefan. Schweizerisches Jahrbuch für Europarecht 2013/2014 / Annuaire suisse de droit européen 2013/2014, 11 (2013/2014), Schulthess, pp.331–358, 2014, Schweizerisches Jahrbuch für Europarecht / Annuaire suisse de droit européen, 978-3-7255-7084-3. hal-02516201

**HAL Id: hal-02516201**

**<https://hal.science/hal-02516201>**

Submitted on 3 May 2020

**HAL** is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

# L'interprétation des accords bilatéraux Suisse-UE

## Une lecture de droit international

*Samantha Besson/Odile Ammann*

### Sommaire

- A. Introduction
- B. L'interprétation de l'ALCP par la CJUE et le TF: un état des lieux
  - I. Auto-interprétation et auto-détermination des méthodes d'interprétation
  - II. La CJUE: les méthodes d'interprétation du droit UE entre parenthèses
  - III. Le TF: le « pluralisme méthodologique » appliqué au droit bilatéral
  - IV. Accord hybride, méthode d'interprétation hybride?
- C. L'interprétation de l'ALCP: le point de vue du droit international
  - I. La CVDT comme cadre interprétatif
  - II. L'équivalence des méthodes d'interprétation
  - III. L'interprétation judiciaire à l'épreuve de la politique
- D. Vers une solution institutionnelle en matière d'interprétation?
  - I. L'interprétation des accords dans le cadre d'un différend porté devant un tribunal suisse
  - II. L'interprétation des accords en cas de différend entre les parties
- E. Conclusion

### A. Introduction

Une comparaison des méthodes d'interprétation des accords bilatéraux entre la Suisse et l'Union européenne (UE)<sup>1</sup> utilisées par le Tribunal fédéral (TF) et la

<sup>1</sup> Voir notamment *Astrid Epiney/Beate Metz/Benedikt Pirker*, Zur Parallelität der Rechtsentwicklung in der EU und in der Schweiz, Ein Beitrag zur rechtlichen Tragweite der « Bilateralen Abkommen », 2012; *Astrid Epiney/Beate Metz/Robert Mosters* (éd.), Das Personenfreizügigkeitsabkommen Schweiz-EU, Auslegung und Anwendung in der Praxis – L'accord sur la libre circulation des personnes Suisse-UE, Interprétation et application dans la pratique, 2011; *Matthias Oesch*, Die Auslegung und Weiterentwicklung des Freizügigkeitsabkommens Schweiz-EU, Zugang zum Beruf des Notars und Anerkennung von Berufsqualifikationen als aktuelle Beispiele, in: Zufferey/Dubey/Previtali (éd.), L'Homme et son droit, Mélanges en l'honneur de Marco Borghi à l'occasion de son 65<sup>ème</sup> anniversaire, 2011, 361; *Astrid Epiney/Florence Rivière* (éd.), Auslegung und Anwendung von « Integrationsverträgen », Zur Übernahme des gemeinschaftlichen Besitzstandes durch Drittstaaten, insbesondere die Schweiz – Interpretation et application des « traités d'intégration », De la reprise de l'acquis communautaire par des Etats tiers, notamment par la Suisse, 2006; *Thomas Cottier/Erik Evtimov*, Die sektoriellen Abkommen der Schweiz mit der EG: Anwendung und Rechtsschutz, ZBJV 2003, 77.

Cour de justice de l'Union européenne (CJUE) révèle des résultats différents selon la juridiction examinée: interprétation à l'aune des méthodes du droit interne et adaptée à certaines spécificités du droit des accords bilatéraux pour le premier, interprétation selon les méthodes classiques du droit international public bien qu'adaptée aux circonstances du droit UE pour la seconde.

Le choix de la méthode d'interprétation revient aux autorités judiciaires habilitées à interpréter le droit d'un ordre juridique donné. Ainsi n'est-il pas surprenant pour le TF d'interpréter le droit suisse, y compris le droit s'inspirant de manière autonome du droit UE, selon la méthode du « pluralisme méthodologique pragmatique »,<sup>2</sup> aussi critiquable et controversé ce pluralisme de méthodes soit-il. Il en va de même pour la CJUE, qui jouit du monopole interprétatif au sein de l'ordre juridique autonome de l'UE, et dont le raisonnement juridique s'est peu à peu affranchi des méthodes interprétatives traditionnelles du droit international public, notamment par la doctrine de l'effet utile.<sup>3</sup>

La question est cependant plus délicate s'agissant de l'interprétation d'un accord de droit international public qui n'institue pas d'autorité commune habilitée à trancher les différends portant sur son interprétation. Du fait qu'un tel accord se situe à la charnière de plusieurs ordres juridiques, comment partager l'autorité interprétative entre les parties à l'accord? Dans quelle mesure l'interprétation par chacune des parties peut-elle déroger aux méthodes classiques d'interprétation des traités internationaux destinées à couvrir ce genre de situations? Ce sont là quelques-uns des nombreux problèmes qui se posent dans le cadre de l'interprétation des accords bilatéraux entre la Suisse et l'UE, dont la nature internationale doit être réconciliée avec les idiosyncrasies interprétatives des parties à ces accords.

A la différence des nombreuses études sur l'interprétation des accords bilatéraux Suisse-UE parues à ce jour et qui se concentrent sur les aspects de droit suisse ou européen de l'interprétation juridique,<sup>4</sup> la présente contribution propose une lecture de droit international de l'interprétation des accords bilatéraux Suisse-UE.<sup>5</sup> Elle prend l'exemple de l'Accord sur la libre circulation des personnes

<sup>2</sup> Voir p.ex. ATF 139 V 537, cons. 5.1 (OFAS c. G., interprétation de la législation suisse); ATF 129 III 335 (Metallbau X. GmbH, interprétation du droit interne constituant une reprise autonome du droit UE), commenté par *Marc Amstutz*, Interpretatio multiplex: Zur Europäisierung des schweizerischen Privatrechts im Spiegel von BGE 129 III 335, in: Honsell et al. (éd.), *Privatrecht und Methode*, Festschrift für Ernst A. Kramer, 2004, 67.

<sup>3</sup> Voir p.ex. *Samantha Besson/Nicolas Levrat/Evelyne Clerc* (éd.), *Interprétation en droit européen – Interpretation in European Law*, 2011; *Michael Potacs*, Effet utile als Auslegungsgrundsatz, *EuR* 2009, 465; *Giulio Itzcovich*, The Interpretation of Community Law by the European Court of Justice, *German Law Journal* 2009, 537.

<sup>4</sup> Voir *supra*, note 1.

<sup>5</sup> Pour une telle approche, voir *Olivier Jacot-Guillarmod*, Strasbourg, Luxembourg, Lausanne et Lucerne: Méthodes d'interprétation comparées de la règle internationale conventionnelle, in: Perrin (éd.), *Les règles d'interprétation, Principes communément admis par les juridictions*, Enseignement du 3e cycle de droit 1988, 1989, 109. Voir également récemment *Martina Sunde*, Entfalten die Grundfreiheiten ihre steuerlichen Auswirkungen auch im Verhältnis zur Schweiz? Besprechung des EuGH-Urteils vom 28.2.2013, C-425/11, Etwain, *IStR* 2013, 568.

(ALCP).<sup>6</sup> Elle exclut ainsi de son analyse les accords qui, comme l'Accord sur le transport aérien (ATE), prévoient une reprise dynamique du droit UE et l'attribution de compétences de contrôle à la CJUE.<sup>7</sup> Notre argument porte sur la méthode d'interprétation de l'ALCP, sur laquelle il commence par prendre position (B.). En tant qu'accord de droit international, cet accord appelle une approche qui prenne davantage en compte le droit international des traités et notamment les méthodes internationales d'interprétation du droit issu de ces traités (C.). Ce contexte de droit international étant posé, il s'agit de discuter certaines des implications de l'accord institutionnel en cours de négociation entre la Suisse et l'UE pour l'interprétation des accords bilatéraux à l'avenir (D.).

Les changements à venir dans la politique suisse d'immigration suite au vote du 9 février 2014 remettent en cause les accords existants entre la Suisse et l'UE ou, du moins, leur contenu. L'heure n'est pas encore venue d'en anticiper le détail. Une chose est certaine, néanmoins: le besoin de revenir à une lecture de droit international des relations bilatérales entre la Suisse et l'UE et, par conséquent, de l'interprétation des accords bilatéraux qui les lient.

## B. L'interprétation de l'ALCP par la CJUE et le TF: un état des lieux

En tant qu'accord de droit international public n'établissant pas d'autorité commune d'interprétation, l'ALCP est interprété par l'une et l'autre des parties en tant que sujets égaux de droit international public, ce qui rend possible des divergences interprétatives, et cela non seulement dans le contenu, mais aussi dans les méthodes d'interprétation (I.). Ainsi, même si les art. 31 et 32 de la Convention de Vienne sur le droit des traités (CVDT)<sup>8</sup> s'appliquent dans l'un et l'autre cas, les pratiques de la CJUE et du TF diffèrent. Tandis que la CJUE choisit le plus souvent de ne pas transposer les méthodes d'interprétation du droit UE à l'ALCP (II.), le TF raisonne de manière pragmatique (III.).

### I. Auto-interprétation et auto-détermination des méthodes d'interprétation

Le premier constat, lorsqu'on examine l'interprétation des accords bilatéraux dans la jurisprudence de la CJUE et du TF, est celui de la divergence entre les deux tribunaux dans le choix des méthodes d'interprétation. Cette divergence

<sup>6</sup> Accord entre la Confédération suisse, d'une part, et la Communauté européenne et ses Etats membres, d'autre part, sur la libre circulation des personnes du 21 juin 1999 (RS 0.142.112.681).

<sup>7</sup> Cf. art. 1 al. 2 et art. 20 de l'Accord entre la Confédération suisse et la Communauté européenne sur le transport aérien du 21 juin 1999 (RS 0.748.127.192.68).

<sup>8</sup> Convention de Vienne sur le droit des traités du 23 mai 1969 (RS 0.111).

peut amener des différences de contenu interprétatif en pratique, mais pas nécessairement.<sup>9</sup>

En soi, la possibilité même d'une divergence de contenu interprétatif entre les parties à un accord international est une caractéristique de l'interprétation des traités internationaux. En effet, les Etats délèguent rarement la compétence d'interpréter un traité à une autorité commune d'interprétation, comme un organe d'interprétation des traités (qu'il soit judiciaire ou non). Dans la plupart des cas, les parties à un accord de droit international public jouissent donc d'une autorité égale pour interpréter celui-ci. Ce qu'on appelle parfois l'« auto-interprétation » en droit international<sup>10</sup> est l'une des conséquences de l'égalité des sujets de droit international, et surtout des Etats.

Ainsi, la CJUE a jugé, dans l'affaire *Haegeman*, qu'elle était compétente pour interpréter les accords internationaux conclus par l'Union avec des Etats tiers,<sup>11</sup> accords qui font partie de l'ordre juridique de l'UE dès leur entrée en vigueur.<sup>12</sup> Ces Etats ne sont toutefois pas liés par l'interprétation de la Cour.<sup>13</sup> Ceci vaut par conséquent aussi en matière d'accords bilatéraux avec la Suisse.

Le TF, quant à lui, répète dans sa jurisprudence sur l'ALCP qu'il n'est pas formellement lié par l'interprétation de la CJUE.<sup>14</sup> Ceci vaut cependant uniquement pour les interprétations de la CJUE postérieures à la signature de l'Accord. En effet, l'art. 16 al. 2 ALCP, phr. 1, précise que « [d]ans la mesure où l'application du présent accord implique des notions de droit communautaire, il sera tenu compte de la jurisprudence pertinente de la Cour de justice des Communautés européennes antérieure à la date de sa signature. » Cette disposition établit donc une exception à l'auto-interprétation: certaines notions de droit UE, c'est-à-dire les notions ayant une portée autonome en droit UE et dans la jurisprudence de la

<sup>9</sup> Voir *Michael Waibel*, Uniformity Versus Specialisation: A Uniform Regime of Treaty Interpretation?, in: Tams/Tzanakopoulos/Zimmermann (éd.), *Research Handbook on the Law of Treaties*, 2014 (à paraître). Plus généralement, sur la fragmentation du droit international résultant d'interprétations divergentes de ce droit, voir CDI, *Fragmentation du droit international: difficultés découlant de la diversification et de l'expansion du droit international*, Rapport du Groupe d'étude de la CDI, 2006, UN Doc A/CN.4/L.682, 32 ss.

<sup>10</sup> *Leo Gross*, States as Organs of International Law and the Problem of Autointerpretation, in: *Essays on International Law and Organization*, vol. 1, 1984, 367. Voir plus récemment *Georges Abi-Saab*, « Interprétation » et « Auto-Interprétation »: quelques réflexions sur leur rôle dans la formulation et la résolution du différend international, in: *Le développement du droit international, Réflexions d'un demi-siècle*, vol. 1, *Théorie générale du droit international public*, 2013, 209; *Robert Kolb*, *Interprétation et création du droit international*, Esquisse d'une herméneutique juridique moderne pour le droit international public, 2007, 292 ss.

<sup>11</sup> CJCE, aff. 181/73, *Haegeman*, Rec. 1974, 449, cons. 6.

<sup>12</sup> CJCE, 181/73, *Haegeman* (note 11), cons. 5; voir aussi CJCE, aff. 12/86, *Demirel*, Rec. 1987, 3719, cons. 7.

<sup>13</sup> *Christine Kaddous*, *Le droit des relations extérieures dans la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes*, 1998, 326, qui cite à titre d'illustration la divergence qui a longtemps subsisté entre le TF et la CJUE au sujet de l'effet direct de l'Accord de libre-échange entre la Confédération suisse et la Communauté économique européenne du 22 juillet 1972 (RS 0.632.401). Sur ce dernier point, lire p.ex. *Daniel Wüger*, *Bundesgericht wendet Freihandelsabkommen erstmals unmittelbar an – ein Schritt vorwärts, ein Schritt zurück*, Jusletter du 04.04.2005.

<sup>14</sup> Voir p.ex. ATF 139 II 393, cons. 4.1.1 (*Ibrahim/Teixeira*); ATF 136 II 5, cons. 3.4 (*Metock*). Voir cependant ATF 140 II 112, cons. 3.2 (Fachgruppe Dolmetscherwesen).

CJUE, doivent être prises en compte dans l'interprétation de l'ALCP par toutes les parties à l'accord. Quant à la jurisprudence ultérieure à la date de signature de l'accord, l'art. 16 al. 2, phr. 2 et 3 ALCP prévoit qu'elle « [...] sera communiquée à la Suisse. En vue d'assurer le bon fonctionnement de l'accord, à la demande d'une partie contractante, le Comité mixte déterminera les implications de cette jurisprudence. »

Si l'auto-interprétation est la règle en matière d'interprétation du droit international, elle n'implique pas en revanche l'auto-détermination des méthodes d'interprétation. L'art. 31 CVDT, en particulier, établit une « règle générale d'interprétation ». Il prévoit, en son paragraphe 1, qu'« un traité doit être interprété de bonne foi suivant le sens ordinaire à attribuer aux termes du traité dans leur contexte et à la lumière de son objet et de son but ». Tandis que l'art. 31 par. 2 à 4 CVDT traite des autres éléments (principalement contextuels) à prendre en compte dans ce cadre, l'art. 32 concerne les « moyens complémentaires d'interprétation », c'est-à-dire les travaux préparatoires et les circonstances de conclusion du traité, auxquels il peut être recouru à titre subsidiaire.

Afin de saisir en quoi la CJUE et le TF divergent dans le choix de leurs méthodes interprétatives et se distancient en cela de ce que requiert le droit international, leurs méthodes seront présentées tour à tour (II.-III.). Il s'agira ensuite d'examiner la validité de l'argument selon lequel l'ALCP aurait une nature hybride qui rendrait ses méthodes d'interprétation distinctes de celles du droit international (IV.).

## II. La CJUE: les méthodes d'interprétation du droit UE entre parenthèses

Même si du point de vue du droit international, le droit UE peut être considéré comme un régime juridique autonome, les règles du droit international dit général, et notamment les règles d'interprétation de la CVDT, y demeurent applicables.<sup>15</sup>

L'applicabilité du droit international général et de la CVDT à l'interprétation du droit UE concerne *a fortiori* le droit des relations extérieures de l'UE et notamment l'interprétation des traités conclus par l'UE. Selon une jurisprudence constante de la CJUE, les accords qui lient l'UE à d'autres sujets du droit international s'interprètent selon les règles applicables du droit international public.<sup>16</sup> Autrement dit, comme le précise la Cour, ce sont les art. 31 et 32 CVDT, et non

<sup>15</sup> Samantha Besson, *How International is the European Legal Order?*, NoFo 2008, 50, 51. Pour l'usage que fait la CJUE de l'art. 31 CVDT, voir Pieter Jan Kuijper, *The European Courts and the Law of Treaties: The Continuing Story*, in: Cannizzaro (éd.), *The Law of Treaties Beyond the Vienna Convention*, 2011, 256; Jean-Marc Sorel/Valérie Boré Eveno, *Article 31*, in: Corten/Klein (éd.), *The Vienna Convention on the Law of Treaties: A Commentary*, 2011, 804, 822.

<sup>16</sup> CJUE, aff. C-386/08, *Brita*, Rec. 2010, I-1289, cons. 39 ss (accord d'association CE-Israël); CJCE, aff. C-312/91, *Metalsa*, Rec. 1993, I-3751, cons. 12 (accord de libre-échange entre la CEE et l'Autriche).

les méthodes européennes d'interprétation du droit UE, qui s'appliquent dans le cadre de l'interprétation d'un accord externe de l'UE.<sup>17</sup>

Ceci vaut même lorsqu'un traité conclu par l'UE comprend des termes semblables, voire identiques au droit UE. La question d'une transposition des méthodes européennes d'interprétation du droit UE à un accord externe doit en effet, comme toute autre question d'interprétation, être résolue à la lumière de la CVDT. Dans un arrêt concernant l'interprétation d'un accord externe et, de manière intéressante, sans citer la CVDT, la CJUE précise – et l'ordre dans lequel sont citées les différentes « méthodes » n'est pas anodin<sup>18</sup> – qu'il s'agit de considérer « à la fois l'esprit, l'économie et les termes »<sup>19</sup> de l'accord et de la disposition en question. L'ordre choisi par la CJUE a son importance car en pratique, dans la jurisprudence de la CJUE sur les accords externes, l'objectif poursuivi par l'accord est déterminant pour trancher la question d'une transposition éventuelle des méthodes d'interprétation du droit UE à l'accord en question.<sup>20</sup> Ainsi, dans de nombreuses affaires (*Polydor*, *Kupferberg*, *Metalsa*, *Anastasiou*, et d'autres),<sup>21</sup> la CJUE a refusé d'étendre les méthodes d'interprétation du droit UE aux accords conclus avec des Etats tiers, considérant que l'objectif poursuivi par les accords concernés différait des objectifs du droit UE. Dans d'autres cas, cependant, ces objectifs ont été considérés comme identiques, et la CJUE a transposé son interprétation du droit UE aux dispositions de l'accord.<sup>22</sup>

L'interprétation des accords bilatéraux Suisse-UE par la CJUE, et en particulier de l'ALCP, n'échappe pas à cette tendance. La CJUE, dans sa jurisprudence, souligne l'importance de l'objectif de l'accord pour son interprétation.<sup>23</sup> Si cet objectif consiste à la fois, pour la CJUE, à établir un rapprochement entre la Suisse et l'UE, et à garantir à la Suisse un traitement différencié, la CJUE considère dans la plupart des cas qu'une transposition des méthodes d'interprétation du

<sup>17</sup> CJCE, avis 1/91, Rec. 1991, I-6099, cons. 14 (Accord sur l'EEE); voir toutefois CJCE, aff. C-87/75, *Bresciani*, Rec. 1976, 129, cons. 16 (Convention d'association entre la CEE et les Etats africains et malgache associés à cette Communauté). Pour les méthodes applicables à l'interprétation du droit européen, voir p.ex. CJCE, aff. C-283/81, *CILFIT*, Rec. 1982, 3415, cons. 18 ss; *Samantha Besson/Marie-Louise Gächter-Alge*, L'interprétation en droit européen: quelques remarques introductives, in: Besson/Levrat/Clerc (éd.), L'interprétation en droit européen – Interpretation in European Law, 2011, 3; *Potacs* (note 3); *Itzcovich* (note 3); *Nial Fennelly*, Legal Interpretation at the European Court of Justice, *Fordham International Law Journal* 1996, 656.

<sup>18</sup> *Kaddous* (note 13), 327.

<sup>19</sup> CJCE, C-87/75, *Bresciani* (note 17); 129, cons. 16; voir déjà CJCE, aff. C-26/62, *van Gend en Loos*, Rec. 1963, 3, 22.

<sup>20</sup> Cf. CJCE, avis 1/91 (note 17), cons. 14 ss.

<sup>21</sup> Voir CJCE, aff. 270/80, *Polydor*, Rec. 1982, 329; CJCE, aff. 104/81, *Kupferberg*, Rec. 1982, 3641; CJCE, C-312/91, *Metalsa* (note 16); CJCE, aff. C-432/92, *Anastasiou*, Rec. 1994, I-3087; voir aussi récemment CJUE, arrêt du 24.09.2011, aff. C-221/11, *Demirkan*.

<sup>22</sup> CJCE, aff. C-163/90, *Legros*, Rec. 1992, I-4625; CJCE, aff. C-207/91 *Eurim-Pharm*, Rec. 1993, I-3723; CJCE, aff. C-228/91, *Commission c. Italie*, Rec. 1993, I-2701; CJCE, aff. C-125/94, *Aprile*, Rec. 1995, I-2919. Voir également T, aff. T-115/94, *Opel Austria*, Rec. 1998, II-2739.

<sup>23</sup> Pour l'ALCP, voir CJUE, aff. C-70/09, *Hengartner et Gasser*, Rec. 2010, I-7233, cons. 36; CJUE, arrêt du 28.02.2013, aff. C-425/11, *Ettwein*, cons. 50. Voir également CJUE, arrêt du 07.03.2013, aff. C-547/10 P, *Suisse c. Commission*, cons. 78 ss (Accord sur le transport aérien).

droit UE à l'accord bilatéral Suisse-UE n'est pas justifiée en raison d'une différence d'objectifs.<sup>24</sup>

Trois autres points méritent d'être relevés au sujet de la jurisprudence de la CJUE relative à son interprétation des traités internationaux qui lient l'UE.

Premièrement, la fidélité affichée par la Cour aux méthodes de la Convention de Vienne est une pratique qui correspond à celle de la plupart des tribunaux internationaux, soucieux d'assurer la légitimité de leur jugement en se référant à des règles communes d'interprétation. Il est fréquent, en effet, que les tribunaux internationaux utilisent la CVDT à des fins de « marketing judiciaire »,<sup>25</sup> sans pour autant adhérer strictement aux règles interprétatives de la Convention. Deuxièmement, le caractère décisif de l'objectif de l'accord pour son interprétation par la CJUE lui permet de justifier une éventuelle transposition des méthodes interprétatives propres au droit UE. Vu la prépondérance que prend ainsi l'interprétation téléologique en pratique, il y a lieu de se demander, d'une part, si la CJUE ne se permet pas ainsi de réintroduire indirectement ses méthodes d'interprétation du droit UE, et, d'autre part, si ce choix ne permet pas à la CJUE d'échapper aux contraintes que pourraient lui imposer les règles de la CVDT.<sup>26</sup> Troisièmement, l'extension des méthodes d'interprétation du droit UE à certaines dispositions de l'accord sur l'Espace économique européen (EEE) suggère que l'interprétation dépend, en grande partie, de l'objectif politique poursuivi par l'accord de l'UE en cause.<sup>27</sup> Etant donné que ce contexte politique peut évoluer de manière substantielle, il y a lieu de se demander si, et dans quelle mesure, l'interprétation devrait refléter les variations de cet objectif.

### III. Le TF: le « pluralisme méthodologique » appliqué au droit bilatéral

En matière d'interprétation, le TF pratique depuis longtemps ce qu'il appelle lui-même un « pluralisme méthodologique pragmatique »,<sup>28</sup> et ce tant à l'égard du droit interne (1.) que de l'ALCP (2.).

<sup>24</sup> CJUE, C-70/09, *Hengartner et Gasser* (note 23), cons. 41 ss. Pour une approche contraire, voir Conclusions de l'AG Colomer dans CJUE, aff. C-339/05, *Zentralbetriebsrat der Landeskrankenhäuser Tirols*, Rec. 2006, I-7097, cons. 40 ss.

<sup>25</sup> L'expression est empruntée à *Isabelle Van Damme*, *Treaty Interpretation by the WTO Appellate Body*, EJIL 2010, 605, 640. Voir aussi *Michael Waibel*, *Demystifying the Art of Interpretation*, EJIL 2011, 571, 580; *Sorell/Boré Eveno* (note 15), 836.

<sup>26</sup> Voir p.ex. CJCE, C-163/90, *Legros* (note 22), cons. 23 ss et CJUE, aff. C-265/03, *Simutenkov*, Rec. 2005, I-2579, cons. 35 ss, où la Cour tranche la question de l'interprétation à donner à des accords externes en se référant à la notion de l'effet utile.

<sup>27</sup> T, T-115/94, *Opel Austria* (note 22); *Kaddous* (note 13), 346.

<sup>28</sup> Voir récemment p.ex. ATF 139 V 537, cons. 5.1 (OFAS c. G.); ATF 140 V 8, cons. 2.2.1 (OFAS c. D.); ATF 140 IV 28 (Ministère public du canton de Saint-Gall c. X.), cons. 4.3.1.

### 1. Le pluralisme méthodologique et l'interprétation du droit interne

Le pluralisme méthodologique pragmatique consiste, pour le TF, à admettre une absence de hiérarchie entre les méthodes d'interprétation, et à pratiquer un pluralisme de méthodes orientées vers un objectif « pragmatique ».<sup>29</sup>

Le pluralisme méthodologique pragmatique guide l'interprétation des lois internes, tous domaines confondus (y compris le droit pénal),<sup>30</sup> mais aussi l'interprétation d'autres actes juridiques comme les ordonnances ou les conventions collectives.<sup>31</sup> Ce pluralisme de méthodes concerne aussi l'interprétation de lois présentant un lien avec des Etats étrangers. Ainsi, il a été utilisé pour interpréter la Loi fédérale sur l'entraide pénale internationale,<sup>32</sup> ou encore la Loi fédérale sur le droit international privé.<sup>33</sup> Le TF a également recouru au pluralisme méthodologique pour distinguer si une disposition relevait du droit privé ou du droit public.<sup>34</sup> Le pluralisme s'applique en outre à l'interprétation constitutionnelle<sup>35</sup> et au contrôle de la validité matérielle des initiatives cantonales.<sup>36</sup>

Enfin, plus près de notre thème, l'interprétation de dispositions de droit interne constituant une reprise autonome du droit UE s'effectue à la lumière de ce même pluralisme méthodologique.<sup>37</sup> Ce dernier cas de figure, dit d'« interprétation conforme au droit européen »,<sup>38</sup> est autonome et s'opère sans obligation de droit international et sans référence aux méthodes d'interprétation du droit international. Il ne fait donc pas l'objet du présent article, qui se concentre exclusivement sur

<sup>29</sup> Voir p.ex. ATF 139 III 225, cons. 2.2 (procédure civile).

<sup>30</sup> Voir ATF 139 II 173, cons. 2.1 (Loi fédérale sur la libre circulation des avocats du 23 juin 2000, RS 935.61); ATF 139 III 225, cons. 2.2 (procédure civile); ATF 138 IV 65, cons. 4.3.1 (droit pénal); ATF 138 II 217, cons. 4 (Loi fédérale sur l'acquisition et la perte de la nationalité suisse du 29 septembre 1952, RS 141.0); ATF 133 IV 228, cons. 2.2 (procédure pénale).

<sup>31</sup> ATF 137 V 434, cons. 3.2 (Ordonnance sur les prestations complémentaires à l'assurance-veillesse, survivants et invalidité du 15 janvier 1971, RS 831.301); ATF 136 III 283, cons. 2.3.1 (convention collective de travail).

<sup>32</sup> Loi fédérale sur l'entraide internationale en matière pénale du 20 mars 1981 (RS 351.1); voir ATF 123 II 595 (Marcos), cons. 4 a).

<sup>33</sup> ATF 130 III 76, cons. 4. (arbitrage international).

<sup>34</sup> ATF 138 I 274, cons. 1.2 (CFF c. A. et APG).

<sup>35</sup> Voir dernièrement ATF 139 I 16, cons. 4.2.1 (initiative sur le renvoi); ATF 125 II 326, cons. 5 (disposition constitutionnelle transitoire); ATF 116 Ia 359, cons. 5 c) (Theresa Rohner et consorts c. Appenzell Rhodes-Intérieures).

<sup>36</sup> ATF 129 I 392, cons. 2.2 (initiative communale « SchweizerInnen zuerst »).

<sup>37</sup> Lire à ce sujet *Thomas Cottier et al.*, *Die Rechtsbeziehungen der Schweiz und der Europäischen Union*, Berne 2014, 147 ss; *Francesco Maiani*, *Lost in Translation: Euro-Compatibility, Legal Security, and the Autonomous Implementation of EU Law in Switzerland*, ELR 2013, 29; *Amstutz* (note 2); *Thomas Probst*, *Der Einfluss des europäischen Gemeinschaftsrechts auf das schweizerische Privatrecht*, in: *Werro/Probst* (éd.), *Le droit privé suisse face au droit communautaire européen – Das schweizerische Privatrecht im Lichte des europäischen Gemeinschaftsrechts*, 2004, 13; *Wolfgang Wiegand/Marcel Brühlhart*, *Die Auslegung von autonom nachvollzogenem Recht der Europäischen Gemeinschaft*, 1999.

<sup>38</sup> Voir p.ex. ATF 137 III 487, cons. 4.6 (Swissair); ATF 137 II 199, cons. 4.3.1 (Swisscom); ATF 129 III 335, cons. 6 et 7 (Metallbau X. GmbH; voir à ce sujet *supra*, note 2).

les défis méthodologiques que pose l'interprétation du droit des accords bilatéraux Suisse-UE.<sup>39</sup>

Dans le cadre de l'interprétation du droit interne, le droit international et le droit européen ne sont cependant pas absents. Ils sont parfois cités par le TF comme un indice parmi d'autres permettant de soutenir ou d'infirmer une interprétation précise.<sup>40</sup> Ainsi, selon le TF, en dehors de la méthode du « pluralisme méthodologique », la Constitution s'interprète en ayant égard aux principes structurels, à la conformité au droit international et à une unité minimale.<sup>41</sup> Lorsque l'interprétation du droit interne concerne des dispositions mettant en œuvre la CEDH, elle est restreinte en fonction de la marge d'appréciation conférée aux Etats parties dans le domaine en question.<sup>42</sup>

Si le pluralisme méthodologique du TF est une pratique établie, sa critique ne date pas d'hier non plus.<sup>43</sup> Le pragmatisme interprétatif du TF a été qualifié de méthode « self-service »<sup>44</sup> (« Selbstbedienungsladen ») ou encore de « méthode sans méthode »<sup>45</sup> (« grundsätzliche Grundsatzlosigkeit »<sup>46</sup>). Dans le cadre de la

<sup>39</sup> Pour un traitement conjoint, mais parfois trop proche des deux questions: *Fatimata Niang*, De quelques contraintes européennes sur le juge suisse, in: Besson/Ziegler (éd.), *Le juge en droit européen et international – The Judge in European and International Law*, 2013, 194, 200-206.

<sup>40</sup> Voir p.ex. ATF 139 II 173, cons. 5 (Loi fédérale sur la libre circulation des avocats, interprétée à la lumière du Pacte II de l'ONU, de la CEDH, d'une directive européenne et de la jurisprudence de la CourEDH et de la CJUE).

<sup>41</sup> ATF 139 I 16, cons. 4.2.1 (initiative sur le renvoi).

<sup>42</sup> Arrêt du TF 2C\_162/2012 du 12 octobre 2012, cons. 3.2.2 (X. c. Amt für Migration des Kantons Luzern). Pour un commentaire, voir *Giovanni Biaggini*, *Über die Auslegung der Bundesverfassung und ihr Verhältnis zur EMRK*, ZBl 2013, 316.

<sup>43</sup> Voir à ce sujet *Hans Peter Walter*, *Die Praxis hat damit keine Mühe... oder worin unterscheidet sich die pragmatische Rechtsanwendung von der doktrinären Gesetzesauslegung – wenn überhaupt?*, ZBJV 2008, 126, avec références.

<sup>44</sup> *Ernst A. Kramer*, *Juristische Methodenlehre*, 2013, 179.

<sup>45</sup> *Pascal Pichonnaz/Stefan Vogenauer*, *Le « pluralisme pragmatique » du Tribunal fédéral: une méthode sans méthode? Réflexions sur l'ATF 123 III 292*, PJA 1999, 417, et la réponse de *Hans Peter Walter*, *Der Methodenpluralismus des Bundesgerichts bei der Gesetzesauslegung*, recht 1999, 157. Concernant le pluralisme pragmatique du TF et l'interprétation du droit suisse constituant une reprise autonome du droit UE, voir les critiques de *Maiani* (note 37) et *Carl Baudenbacher*, *From Diplomacy to Judicialisation? Some Thoughts on EU-Swiss Relations*, in: Cardonnel/Rosas/Wahl (éd.), *Constitutionalising the EU Judicial System – Essays in Honour of Pernilla Lindh*, 2012, 39, 47 ss. Pour une approche plus philosophique – et nuancée – du pluralisme méthodologique pragmatique, voir *Marc Amstutz*, *Ouroboros – Nachbemerungen zum pragmatischen Methodenpluralismus*, in: Gauch et al. (éd.), *Mélanges en l'honneur de Pierre Tercier*, 2008, 19; *Marc Amstutz*, *Der Text des Gesetzes – Genealogie und Evolution von Art. 1 ZGB*, RDS 2007, 233, 268 ss; *Alain Papaux*, *Introduction à la philosophie du « droit en situation » – De la codification légaliste au droit prudentiel*, 2006, 171 ss. En faveur du pluralisme méthodologique pragmatique, voir p.ex. *Biaggini* (note 42), 336; *Pierre Moor/Alexandre Flückiger/Vincent Martenet*, *Droit administratif*, vol. 1, 2012, 131 ss; *Walter* (note 43 et ci-dessus); *Giovanni Biaggini*, *Methodik in der Rechtsanwendung*, in: Peters/Schefer (éd.), *Grundprobleme der Auslegung aus Sicht des öffentlichen Rechts*, Symposium zum 60. Geburtstag von René Rhinow, 2004, 27.

<sup>46</sup> Voir *Arthur Meier-Hayoz*, Art. 1 ZGB, in: *Meier-Hayoz* (éd.), *Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Einleitung*, Artikel 1-10 ZGB, 1966, 138 s. Cette expression, fréquemment citée dans la doctrine suisse, concerne cependant le contexte bien précis de l'interprétation histo-

présente contribution, deux éléments problématiques du pluralisme méthodologique méritent d'être soulignés: premièrement, en invoquant l'argument du pragmatisme, le TF fait dépendre son choix interprétatif du résultat livré par chacune des différentes méthodes d'interprétation, ce qui met en doute la rationalité d'une « méthode » ne servant finalement qu'à justifier une décision *a posteriori*.<sup>47</sup> Deuxièmement, et cela est encore plus problématique, le TF masque une préférence pour l'argument téléologique derrière le pluralisme méthodologique.<sup>48</sup>

Ces critiques à l'encontre du pluralisme méthodologique pragmatique ayant été formulées avant tout dans le cadre de l'interprétation du droit interne, que faut-il en penser pour ce qui est de l'interprétation du droit international et notamment de l'ALCP?

## 2. *Le pluralisme méthodologique et l'interprétation de l'ALCP*

Le pluralisme méthodologique ne se restreint pas à l'interprétation du droit national, mais concerne aussi l'interprétation du droit international dans la jurisprudence du TF.

Certes, lorsqu'il interprète le droit international, le TF fait, comme la CJUE, preuve d'allégeance à la CVDT et la cite de manière régulière dans sa jurisprudence relative aux traités internationaux. Ainsi la CVDT sert-elle de point de départ à l'interprétation des traités tant multilatéraux<sup>49</sup> que bilatéraux<sup>50</sup>. L'ALCP ne fait pas exception à cet égard: selon la jurisprudence du TF, l'Accord doit s'interpréter sur la base des méthodes d'interprétation du droit international, c'est-à-dire les art. 31 ss CVDT.<sup>51</sup>

Certes, et *a priori* du moins, les règles de la Convention de Vienne ne sont guère différentes du pluralisme méthodologique pratiqué par le TF. Elles n'établissent en effet aucune hiérarchie entre les différentes méthodes d'interprétation. Par ailleurs, en pratique, on constate que la jurisprudence du TF se caractérise par son pragmatisme, et par la prévalence de l'argument téléolo-

---

rique, et la manière dont le TF tient compte des travaux législatifs. L'auteur s'est par ailleurs montré plus nuancé par la suite: voir *Walter* (note 43), 128 s.

<sup>47</sup> Voir p.ex. ATF 137 V 434, cons. 3.2: « Das Gesetz muss in erster Linie aus sich selbst heraus, das heisst nach dem Wortlaut, Sinn und Zweck und den ihm zugrunde liegenden Wertungen auf der Basis einer teleologischen Verständnismethode ausgelegt werden. Die Gesetzesauslegung hat sich vom Gedanken leiten zu lassen, dass nicht schon der Wortlaut die Norm darstellt, sondern erst das an Sachverhalten verstandene und konkretisierte Gesetz. Gefordert ist die sachlich richtige Entscheidung im normativen Gefüge, ausgerichtet auf ein befriedigendes Ergebnis der ratio legis. Dabei befolgt das Bundesgericht einen pragmatischen Methodenpluralismus und lehnt es namentlich ab, die einzelnen Auslegungselemente einer hierarchischen Ordnung zu unterstellen. »

<sup>48</sup> Pour ce constat, voir *Pichonnaz/Vogenaier* (note 45), 424 s. Ce constat rejoint les remarques de *Walter* (note 43), 136 ss, qui soulignent l'importance pour le juge de s'orienter au résultat de l'interprétation.

<sup>49</sup> Arrêt du TF 4A\_736/2011 du 11 avril 2012, cons. 3.3.1 (Convention de Lugano); ATF 138 III 708, cons. 3.1 (Convention relative au contrat de transport international de marchandises par route du 19 mai 1956, RS 0.741.611).

<sup>50</sup> Voir p.ex. ATF 138 II 524, cons. 3.1 (Convention entre la Suisse et l'Italie relative au trafic de frontière et au pacage du 2 juillet 1953, RS 0.631.256.945.41).

<sup>51</sup> ATF 139 II 393, cons. 4.1.1 (*Ibrahim/Teixeira*).

gique. En cela, à nouveau, la méthode retenue le plus souvent en pratique diffère peu de celle qui prévaut dans l'interprétation des traités internationaux.<sup>52</sup> C'est du moins ce que révèle l'analyse de la jurisprudence du TF portant sur l'ALCP.

Premièrement, le TF raisonne avec pragmatisme, c'est-à-dire au cas-par-cas, en tenant compte du résultat d'une interprétation et en évitant ainsi d'établir des critères interprétatifs rigides. Ce pragmatisme se traduit dans la manière sélective dont est reprise la jurisprudence de la CJUE postérieure à la signature de l'Accord.<sup>53</sup> Les modalités et critères de cette reprise restent flous, ce qui donne au TF une grande flexibilité, mais va à l'encontre de la prévisibilité juridique.<sup>54</sup> Deuxièmement, comme en droit interne, le TF accorde une préférence à l'argument téléologique dans le cadre de l'interprétation du droit international, c'est-à-dire, dans le cas d'accords internationaux, à l'objet et au but du traité. L'argument est en effet souvent décisif lorsque le TF interprète un accord international.<sup>55</sup> La prévalence de la méthode téléologique est également évidente en ce qui concerne l'ALCP. Lorsque le TF interprète l'Accord, il considère, au regard de l'art. 16 al. 2 ALCP, que l'objectif de l'Accord est de garantir une interprétation du droit bilatéral « parallèle » à celle du droit de l'Union.<sup>56</sup> Celle-ci consiste en un alignement de principe à la jurisprudence de la CJUE dans l'interprétation de l'ALCP, alignement que le TF justifie principalement par référence au préambule de l'accord et à l'art. 16 al. 1 ALCP.<sup>57</sup>

Ce qui est problématique du point de vue des méthodes d'interprétation de la CVDT, c'est le choix affirmé dans la jurisprudence récente du TF de suivre en principe les arrêts postérieurs de la CJUE, et de ne s'en détacher qu'exceptionnellement, en présence de « motifs sérieux ».<sup>58</sup> Ce choix ne résulte pas d'une obligation de droit international fixée par l'accord, mais d'un alignement sur le droit UE et, indirectement, sur ses méthodes d'interprétation que le TF s'impose à lui-même.<sup>59</sup> L'identification du but de l'Accord – et des accords bilatéraux en général – n'est en effet pas exempte de difficultés, car cet objectif se prête à des lectures contradictoires. Ni l'art. 31 par. 1 CVDT, ni l'art. 16 al. 2

<sup>52</sup> Comparer p.ex. ATF 139 II 173, cons. 2.1 (interprétation de la législation suisse) et l'arrêt du TF 4A\_736/2011 du 11 avril 2012, cons. 3.3.2 et 3.3.3 (interprétation d'un traité international).

<sup>53</sup> Pour une illustration dans le domaine du regroupement familial, voir *Francesco Maiani*, La « saga Metock », ou des inconvénients du pragmatisme helvétique dans la gestion des rapports entre droit européen, droit bilatéral et droit interne, RDS 2011, 27, avec référence aux arrêts suivants: ATF 130 II 1 (*Basso*, reprise de la jurisprudence *Akrich* de la CJUE); ATF 130 II 113 (possibilité de reprise d'arrêts postérieurs de la CJUE, en particulier s'ils précèdent la jurisprudence antérieure); ATF 134 II 10 (refus de reprendre l'arrêt *Jia* de la CJUE); ATF 136 II 5 (reprise de la jurisprudence *Metock* de la CJUE; la reprise des arrêts postérieurs de la CJUE devient la règle, à moins de « motifs sérieux » justifiant exceptionnellement de s'en distancer).

<sup>54</sup> *Maiani* (note 53), 29 ss.

<sup>55</sup> Voir p.ex. l'arrêt du TF 4A\_736/2011 du 11 avril 2012, cons. 3.3.3 (interprétation de la Convention de Lugano et d'une réserve de la Suisse à celle-ci); ATF 138 II 524, cons. 3.1 (Convention entre la Suisse et l'Italie relative au trafic de frontière et au passage).

<sup>56</sup> Voir également en ce sens *Astrid Epiney*, Das Verbot der Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit im Personenfreizügigkeitsabkommen, RSJ 2009, 25, 27.

<sup>57</sup> Voir dernièrement ATF 140 II 112 (Fachgruppe Dolmetscherwesen), cons. 3.2.

<sup>58</sup> Voir p.ex. ATF 136 II 5, cons. 3.4 (*Metock*).

<sup>59</sup> *Maiani* (note 53), 48 s.

ALCP ne fournissent, en tant que tels, de critères permettant d'identifier le but de l'accord en question.<sup>60</sup>

En fait, le TF va très loin dans son entreprise d'interprétation « parallèle ». Ainsi, dans sa jurisprudence récente, le TF cite certes la date butoir de la signature de l'Accord, mais s'appuie sur sa jurisprudence antérieure consistant à ne dévier de la jurisprudence de la CJUE qu'en présence de justes motifs (« triftige Gründe »).<sup>61</sup> Malgré les termes de l'art. 16 al. 2 ALCP, le TF souligne que « la jurisprudence postérieure à la date de la signature de l'Accord est cependant prise en compte par le TF pour assurer le parallélisme du système qui existait au moment de la signature de l'Accord et tenir compte de l'évolution de la jurisprudence de l'Union européenne ». <sup>62</sup> Ce faisant, le TF confond l'art. 16 al. 2, phr. 1 ALCP (qui concerne l'autorité de la jurisprudence de la CJUE jusqu'à la signature de l'Accord) et l'art. 16 al. 2, phr. 2 ALCP (« La jurisprudence postérieure à la date de la signature du présent accord sera communiquée à la Suisse »).

En résumé, l'interprétation des accords bilatéraux Suisse-UE par le TF n'échappe pas à la méthode du pluralisme méthodologique pragmatique, et cela est problématique à plusieurs titres du point de vue des méthodes d'interprétation du droit international.

Premièrement, en dépit du fait que le TF se réfère à la CVDT, son approche ne tient pas compte de la nature internationale de l'Accord, qu'il interprète selon les principes pragmatiques applicables au droit interne, sans adaptation aucune. Pire, il troque les contraintes réelles du droit international de l'interprétation pour des contraintes inexistantes issues du droit UE.<sup>63</sup> Deuxièmement, l'approche du TF, orientée au résultat et à l'argument téléologique, nuit à la sécurité juridique, car elle ne prévoit pas de critères clairs guidant la reprise de la jurisprudence de la CJUE postérieure à l'Accord et la distinguant de celle de la jurisprudence antérieure. Enfin, la jurisprudence du TF semble avant tout guidée par des considérations d'opportunité politique,<sup>64</sup> que le TF n'assume toutefois pas ouvertement. Il semble pour le moins problématique de masquer un choix méthodologique déterminé (en l'occurrence, une préférence donnée à la méthode téléologique) en invoquant la pluralité de méthodes qui s'offrent à l'interprète, tant en vertu de la CVDT que du pluralisme méthodologique pragmatique.

#### IV. Accord hybride, méthode d'interprétation hybride?

De nombreux auteurs ont mis en évidence la tension qui existe entre les caractéristiques formelles d'accord de droit international public de l'ALCP, d'une part, et le contenu substantiel de ses dispositions, inspirées du droit UE, d'autre part.<sup>65</sup>

<sup>60</sup> Pour les difficultés liées à l'interprétation de l'objet et du but d'un accord de droit international, voir *infra*, C.II.

<sup>61</sup> Voir dernièrement l'ATF 140 II 112 (Fachgruppe Dolmetscherwesen), cons. 3.2 et 3.6.2.

<sup>62</sup> Arrêt du TF 2C\_1178/2012 du 4 juin 2013, cons. 2.2 (X. c. Service de la population du canton de Vaud).

<sup>63</sup> Niang (note 39), 205; Maiani (note 53), 48 s.

<sup>64</sup> Maiani (note 53), 43 s.

<sup>65</sup> Stefan Breitenmoser, *Sectoral Agreements between the EC and Switzerland: Contents and Context*, CMLR 2003, 1137, 1144; Oesch (note 1), 379; Thomas Cottier/Nicolas Diebold,

Selon certains, le contenu de l'Accord (et en particulier l'art. 16 al. 2 ALCP) conférerait à l'accord un caractère hybride,<sup>66</sup> voire même ferait de lui un accord d'intégration.<sup>67</sup> D'autres parlent d'une « repris[e] » du droit européen « en droit bilatéral ».<sup>68</sup> L'une des conséquences de cette qualification serait que l'ALCP ne devrait pas être interprété en tant qu'accord de droit international et selon les méthodes du droit international, mais selon des méthodes d'interprétation hybrides ou *sui generis*.<sup>69</sup>

Cette argumentation paraît problématique à plus d'un titre. Premièrement, si la prise en compte des objectifs du législateur est un argument interprétatif recevable pour interpréter le droit interne, il en va autrement de l'interprétation d'accords internationaux: dans ce dernier cas de figure, il n'appartient pas au juge national de mettre en œuvre l'objectif d'euro-compatibilité poursuivi par le législateur dans le cadre du droit interne.<sup>70</sup> Deuxièmement, l'existence d'une tension entre les caractéristiques formelles de droit international de l'ALCP et son contenu n'a pas pour corollaire que les méthodes d'interprétation doivent changer, mais plutôt le constat que la structure institutionnelle actuellement en place pour la mise en œuvre des accords bilatéraux ne permet pas une méthode d'interprétation « hybride », voire même homogène par rapport à l'interprétation du droit UE.<sup>71</sup> Etant donné que les accords ont été conçus de manière statique,<sup>72</sup>

---

Warenverkehr und Freizügigkeit in der Rechtsprechung des Bundesgerichts zu den Bilateralen Abkommen, Jusletter du 02.02.2009, 16.

<sup>66</sup> Voir p.ex. *Matthias Oesch*, Die Europäisierung des schweizerischen Rechts, in: Cottier (éd.), Die Eurokompatibilität des schweizerischen Wirtschaftsrechts: Konvergenz und Divergenz, ZSR-Beiheft 50, 2012, 13, 25 (« [Das Unionsrecht] verliert seinen europarechtlichen Charakter nicht, nur weil es kraft Verweis formell in ein staatsvertragliches Kleid gehüllt wird »); *Cottier/Evtimov* (note 1), 81 (« hybride Struktur »). *Cottier et al.* (note 37), 110 s, quant à eux, distinguent trois types d'accords entre la Suisse et l'UE: les accords classiques de droit international, auxquels s'appliquent les art. 31 et 32 CVDT; les accords contenant ou s'inspirant de normes de droit européen; et les accords qui, comme l'ALCP, contiennent une *lex specialis* concernant la prise en compte de la jurisprudence de l'autre partie, et de la CJUE le cas échéant.

<sup>67</sup> *Astrid Epiney*, Zur Bedeutung der Rechtsprechung des EuGH für Anwendung und Auslegung des Personenfreizügigkeitsabkommens, ZBJV 2005, 1, 31; *Breitenmoser* (note 65), 1144 (« partly integrational or *sui generis* »). Plus nuancés: *Cottier/Diebold* (note 65), 14 (« eine weniger weitgehende Integration [...] als [...] im Luftverkehrsabkommen »). Sur les défis juridiques liés à la prolifération de régimes d'« intégration sans adhésion » ou de bi-/multilatéralisme « renforcé », voir *Adam Łazowski*, Enhanced Multilateralism and Enhanced Bilateralism: Integration without Membership in the European Union, CMLR 2008, 1433.

<sup>68</sup> *Maiani* (note 53), 28.

<sup>69</sup> *Oesch* (note 66), 25; *Cottier/Diebold* (note 65), 16; *Maiani* (note 53), 51 ss.

<sup>70</sup> Voir à ce sujet *Cottier/Diebold* (note 65), 16: « Eine weite Auslegung von Art. 16 Abs. 2, Satz 2 FZA und grosszügige Übernahme der EuGH Praxis wird im Übrigen auch von einem Grossteil der Lehre befürwortet. Im Rahmen des Möglichen trägt sie dazu bei, das Spannungsfeld zwischen formell statischen Abkommen und einem dynamischen Inhalt zu reduzieren [...]. Die Praxis setzt, mit andern Worten, die Politik der Eurokompatibilität auch in der Rechtsprechung um. » Voir également la position plus nuancée de *Maiani* (note 53), 51 ss, qui semble toutefois favorable à une méthode d'interprétation unifiée pour le droit bilatéral (international) et le droit interne constituant une adaptation autonome du droit UE.

<sup>71</sup> Voir en ce sens *Oesch* (note 1), 379.

<sup>72</sup> *Oesch* (note 66), 25. Voir également ATF 139 II 393, cons. 4.1.1 (*Ibrahim/Teixeira*).

une participation automatique de la Suisse au processus dynamique d'intégration exigerait une modification de l'Accord. La tension qui existe entre un accord statique et un droit européen dynamique doit être résolue, si un tel changement est considéré comme nécessaire, en adaptant la structure institutionnelle des accords bilatéraux; vu les implications d'un tel changement, celui-ci ne peut avoir lieu à la seule initiative du juge suisse.

Enfin, l'ALCP n'instaure pas d'ordre juridique autonome de droit international, comme c'est le cas des traités européens.<sup>73</sup> Par conséquent, seules les méthodes d'interprétation de la Convention de Vienne s'y appliquent. Si les parties avaient eu l'intention d'instaurer une obligation de reprise automatique du droit UE par le biais de l'art. 16 al. 2 ALCP, il est probable que cette obligation, atypique pour un accord classique de droit international public et aux implications particulièrement importantes pour les relations Suisse-UE, aurait été expressément inscrite dans le texte de l'Accord.<sup>74</sup>

En l'absence d'arguments permettant de défendre une vision « hybride » des accords bilatéraux, le TF ne peut outrepasser la décision politique de s'en tenir, d'un point de vue formel, à la nature internationale de ces accords. L'interprétation de l'ALCP doit s'orienter en conséquence.

### C. L'interprétation de l'ALCP: le point de vue du droit international

L'analyse comparée des méthodes d'interprétation de la CJUE et du TF a permis de relever trois éléments communs entre les deux juridictions. Premièrement, tant l'une que l'autre se réfère à la CVDT lorsqu'elle est appelée à interpréter un accord de droit international, une référence qui pourrait préjuger d'un véritable langage commun entre les deux cours dans l'interprétation du droit international, mais qui affecte peu leurs méthodes d'interprétation en pratique. Deuxièmement, en effet, chacune d'entre elles semble en réalité accorder une préférence à l'interprétation téléologique, outil interprétatif qui livre souvent des résultats ambigus, de sorte qu'il est permis de douter que celui-ci puisse véritablement être considéré comme décisif pour départager des indices interprétatifs contradictoires. Troisièmement, les méthodes d'interprétation pratiquées par la CJUE et le TF révèlent une perméabilité à des considérations d'ordre politique, approche qu'aucun des deux tribunaux n'assume toutefois ouvertement.

Devant ce triple constat, il s'agit d'identifier quelques pistes permettant de surmonter les obstacles cités. C'est en revenant à une lecture de droit international des accords bilatéraux Suisse-UE et donc de leur interprétation que différentes solutions se dessinent. L'approche proposée de l'interprétation se traduit avant tout par une utilisation conséquente de la CVDT et du cadre interprétatif qu'elle fixe (I.). Elle exige par ailleurs une prise en compte équivalente des différents moyens d'interprétation (II.) et, enfin, une distanciation de l'interprète des consi-

<sup>73</sup> Voir en particulier CJCE, C-26/62, *van Gend en Loos* (note 19), 23; CJCE, aff. C-6/64, *Costa c. E.N.E.L.*, Rec. 1964, 1141, 1159 s.

<sup>74</sup> Comparer p.ex. l'art. 16 al. 2, phr. 1 ALCP (« il sera tenu compte ») et l'art. 1 al. 2 ATE (« sont interprétées [...] conformément »). Voir aussi *Cottier/Diebold* (note 65), 14.

dérations politiques qui pourraient influencer sa décision, autant que faire se peut (III.).

## I. La CVDT comme cadre interprétatif

Un premier moyen d'améliorer l'interprétation actuelle des accords bilatéraux Suisse-UE consisterait, pour les deux cours, à faire un usage plus conséquent de la CVDT. Il semble en effet problématique d'invoquer les dispositions de la CVDT alors même qu'ensuite, celles-ci n'ont pas d'impact tangible sur la manière dont est abordée l'interprétation. En particulier, si invoquer la CVDT n'a pas pour corollaire de traiter le texte à interpréter comme du droit international, il est permis de douter du motif de son invocation.

Quelles seraient les implications concrètes du respect des règles de la CVDT pour l'interprétation des accords bilatéraux Suisse-UE? De prime abord, la grande flexibilité<sup>75</sup> que permet la CVDT peut sembler insuffisante pour permettre l'élaboration d'une véritable « méthode de droit international ». L'art. 31 CVDT, en particulier, laisse suffisamment de latitude aux interprètes.<sup>76</sup> Comme le révèlent les travaux de la Commission du droit international (CDI), « l'application d'un grand nombre [des] principes [d'interprétation] est plutôt discrétionnaire qu'obligatoire et l'interprétation des [traités] est dans une certaine mesure un art, non une science exacte ».<sup>77</sup>

En fait, plutôt que de proposer des méthodes interprétatives précises et de fixer leur articulation, la CVDT définit un cadre de référence commun aux interprètes.<sup>78</sup> Selon la CDI, l'une des raisons d'entreprendre leur codification était de donner à la règle *pacta sunt servanda* « une portée réelle »,<sup>79</sup> en soulignant l'importance de l'interprétation de bonne foi et conformément au droit. La CVDT restreint le champ des arguments interprétatifs acceptables dans le cadre de l'interprétation du droit international et plante le décor devant lequel se déploie l'activité des interprètes. Vu sous cet angle, ceux-ci doivent, lorsqu'ils invoquent la CVDT et en appliquent les art. 31 et 32, prendre conscience du fait que leur fonction ne peut être tout à fait identique à celle qui est la leur lorsqu'ils interprètent le droit du régime dont ils sont issus (en l'occurrence, le droit suisse pour le TF et le droit UE pour la CJUE).

<sup>75</sup> Voir à ce sujet *Jean d'Aspremont*, Formalism versus Flexibility in the Law of Treaties, in: Tams/Tzanakopoulos/Zimmermann (éd.), *Research Handbook on the Law of Treaties*, 2014 (à paraître).

<sup>76</sup> *Sorel/Boré Eveno* (note 15), 817. Voir également *Fouad Zarbiev*, Les règles d'interprétation de la Convention de Vienne sur le droit des traités: un outil d'harmonisation en droit international?, in: Chappuis/Foëx/Kadner Graziano (éd.), *L'harmonisation internationale du droit*, Enseignement de 3<sup>e</sup> cycle de droit, 2007, 75.

<sup>77</sup> CDI, *Projet d'articles sur le droit des traités et commentaires*, Annuaire de la CDI 1966, vol. 2, 238.

<sup>78</sup> Pour un tel constat, voir p.ex. *Zarbiev* (note 76); *d'Aspremont* (note 75).

<sup>79</sup> CDI, *Projet d'articles sur le droit des traités et commentaires*, Annuaire de la CDI 1966, vol. 2, 238.

Les implications de la nature internationale du droit interprété sont nombreuses et controversées,<sup>80</sup> et il serait trop ambitieux de vouloir en livrer ici une liste exhaustive. Il convient cependant d'en souligner deux, qui sont les plus immédiates et aussi celles au sujet desquelles un désaccord raisonnable entre les interprètes ne devrait pas être admis. Ce sont aussi celles qui revêtent une importance toute particulière pour l'interprétation de l'ALCP.

Premièrement, l'art. 27 CVDT et la référence à la bonne foi de l'art. 31 par. 1 CVDT, qui soulignent tous deux le devoir d'impartialité des interprètes, impliquent une distanciation des méthodes d'interprétation propres à un ordre juridique interne (dans le cas du droit suisse) ou intégré (dans le cas du droit UE).

Ainsi pourrait-il être adéquat, pour le TF, de pratiquer un « pluralisme méthodologique pragmatique », mais à la condition de tenir compte des spécificités de droit international et de ses méthodes d'interprétation. Ceci impliquerait, par exemple, d'accorder une importance accrue au principe d'interprétation systématique de l'art. 31 par. 3 lit. c CVDT.<sup>81</sup> Ceci permettrait aussi de clarifier autant que faire se peut l'étendue de la marge d'appréciation conférée par l'art. 16 al. 2 ALCP dans l'interprétation de l'Accord. Quant à la CJUE, elle devrait assumer les conséquences qui découlent de l'invocation des règles de la CVDT, et adapter ses méthodes à celles du droit international. En d'autres termes, elle devrait renoncer à appliquer ses méthodes propres, pratiquées dans le cadre de l'interprétation du droit UE, telles que la prévalence donnée au but, l'interprétation évolutive, la tendance au comblement des lacunes, et la référence à sa jurisprudence antérieure et aux instruments juridiques de son propre régime plutôt qu'au droit international général.<sup>82</sup> L'usage de la maxime de l'effet utile, par exemple, a explicitement été restreint par la CDI, qui considère que l'effet utile est incorporé dans l'interprétation de bonne foi et à la lumière de l'objet et du but du traité de l'art. 31 par. 1 CVDT.<sup>83</sup>

Deuxièmement, comme le fait remarquer *Zarbiev*, les idiosyncrasies interprétatives en droit international sont souvent liées à la conception trop limitée que se fait chaque interprète du droit international de sa fonction.<sup>84</sup> D'où d'ailleurs une référence à la fameuse idée du « dédoublement fonctionnel »<sup>85</sup> de *Scelle*, selon

<sup>80</sup> Voir p.ex. *Zarbiev* (note 76); *Sorel/Boré Eveno* (note 15); *Markus E. Villiger*, *The Rules on Interpretation: Misgivings, Misunderstandings, Miscarriage? The « Crucible » Intended by the International Law Commission*, in: *Cannizzaro* (éd.), *The Law of Treaties Beyond the Vienna Convention*, 2011, 105.

<sup>81</sup> A ce sujet, voir p.ex. *Jean d'Aspremont*, *The Systemic Integration of International Law by Domestic Courts: Domestic Judges as Architects of the Consistency of the International Legal Order*, in: *Fauchald/Nollkaemper* (éd.), *The Practice of International and National Courts and the (De-)Fragmentation of International Law*, 2012, 141.

<sup>82</sup> Ces caractéristiques sont relevées par *Joost Pauwelyn/Manfred Elsig*, *The Politics of Treaty Interpretation: Variations and Explanations across International Tribunals*, in: *Dunoff/Pollack* (éd.), *Interdisciplinary Perspectives on International Law and International Relations*, 2013, 445, 460. Au sujet de l'interprétation en droit UE, voir également *Besson/Gächter-Alge* (note 17), avec de nombreuses références, et les références *supra*, note 17.

<sup>83</sup> CDI, *Projet d'articles sur le droit des traités et commentaires*, *Annuaire de la CDI* 1966, vol. 2, 238 s.

<sup>84</sup> Voir, au sujet de la CourEDH, *Zarbiev* (note 76), 90.

<sup>85</sup> Voir p.ex. *Georges Scelle*, *Précis de droit des gens – Principes et systématique*, 2008, 56; *Georges Scelle*, *Le phénomène juridique du dédoublement fonctionnel*, in: *Schät-*

laquelle les autorités nationales, y compris les juges, rempliraient une dualité de rôles, en tant qu'acteurs nationaux dans l'ordre juridique national et en tant qu'acteurs internationaux dans l'ordre juridique international.<sup>86</sup> Par conséquent, les interprètes devraient s'efforcer de tenir compte autant que possible du contexte international dans lequel s'inscrit l'interprétation, et de la manière dont leur interprétation affecte elle-même ce contexte. Assumer le rôle d'interprète du droit international exige notamment une connaissance approfondie des règles et des spécificités du droit international.<sup>87</sup>

Sur cette base, le TF devrait, en tant que tribunal national, interpréter les accords bilatéraux Suisse-UE en tant qu'interprète du droit international et non pas du droit suisse uniquement. Cette responsabilité des tribunaux nationaux a depuis longtemps été relevée par la doctrine internationale.<sup>88</sup> Ce fut d'ailleurs aussi le cas de *Jacot-Guillarmod* à la veille de la ratification par la Suisse de la CVDT.<sup>89</sup> Il en va de même pour la CJUE qui, dans le cadre des relations extérieures de l'UE, devrait assumer la même place qu'un autre interprète national du droit international. Elle ne pourrait se défaire de cette fonction que lorsque les accords qu'elle conclut avec des Etats tiers constituent de véritables accords d'intégration au marché intérieur,<sup>90</sup> et non lorsqu'il s'agit d'interpréter des accords ordinaires de droit international. A cet égard, l'ambiguïté de l'art. 16 al. 2 ALCP semble difficilement pouvoir être exploitée pour défendre le point de vue que l'ALCP constituerait un accord d'intégration.<sup>91</sup> Remarquons à cet égard que, selon la Cour, même l'Accord sur le transport aérien, qui pourtant a été désigné par le Conseil

---

zel/Schlochauer (éd.), *Rechtsfragen der internationalen Organisation*, Festschrift für Hans Wehberg zu seinem 70. Geburtstag, 1956, 324. Sur l'actualité de cette notion, voir *James Crawford*, *Chance, Order, Change: The Course of International Law*, 2013, 180-182.

<sup>86</sup> Sur le rôle du juge national dans l'ordre juridique international, voir p.ex. *Antonios Tzanakopoulos/Christian J. Tams*, Introduction: Domestic Courts as Agents of Development of International Law, *LJIL* 2013, 531; *Antonios Tzanakopoulos*, Domestic Courts in International Law: The International Judicial Function of National Courts, *Loyola of Los Angeles International and Comparative Law Review* 2011, 153; *André Nollkaemper*, National Courts and the International Rule of Law, 2011; *Anthea Roberts*, Comparative International Law? The Role of National Courts in Creating and Enforcing International Law, *ICLQ* 2011, 57.

<sup>87</sup> Sur les différentes implications de ce rôle, voir *Hersch Lauterpacht*, Municipal Decisions as a Source of International Law, *BYIL* 1929, 65, 92-95.

<sup>88</sup> *Lauterpacht* (note 87), 67. Voir aussi, plus récemment, *Antonios Tzanakopoulos*, Domestic Judicial Law-Making, in Brölmann/Radi (éd.), *Research Handbook on the Theory and Practice of International Law-Making*, 2014 (à paraître); *Pierre-Marie Dupuy*, Unité d'application du droit international à l'échelle globale et responsabilité des juges, *EJLS* 2007, disponible sous <<http://www.ejls.eu/issue/2/>> (consulté le 30.04.2014).

<sup>89</sup> *Jacot-Guillarmod* (note 5).

<sup>90</sup> Voir p.ex. T, T-115/94, *Opel Austria* (note 22); CJCE, C-163/90, *Legros* (note 22); sur les principes régissant la transposition d'une interprétation d'une disposition du droit UE à un accord externe, voir *Kaddous* (note 13), 325 ss.

<sup>91</sup> Voir en particulier CJUE, aff. C-351/08, *Grimme*, Rec. 2009, I-10777, cons. 26 ss, ainsi que *Laura Melusine Baudenbacher*, Das Personenfreizügigkeitsabkommen EU-Schweiz ist doch kein Integrationsvertrag, *ELR* 2010, 34; *Christa Tobler*, Die EuGH-Entscheidung *Grimme*: Die Wiederkehr von *Polydor* und die Grenzen des bilateralen Rechts, in: *Epi-ney/Gammenthaler* (éd.), *Annuaire suisse de droit européen 2009/2010*, 2010, 369.

fédéral comme un « accord d'intégration partiel », <sup>92</sup> ne permet pas de transposition automatique de la jurisprudence de la CJUE. <sup>93</sup>

En somme, il convient d'aborder les règles d'interprétation de la CVDT comme un « code de conduite » gouvernant l'interprétation des traités internationaux. <sup>94</sup> Il ne suffit pas que les interprètes l'invoquent « par principe », sans que ni le processus, ni le résultat matériel de l'interprétation n'en soient réellement affectés. Se fondant ensemble sur les art. 31 et 32 CVDT, les interprètes du droit international doivent assumer pleinement leur fonction d'interprètes communs du droit international.

## II. L'équivalence des méthodes d'interprétation

Une deuxième proposition pour améliorer les méthodes d'interprétation des accords bilatéraux Suisse-UE consisterait à aborder l'interprétation sans *a priori* du point de vue des différentes méthodes, en leur accordant une attention égale et une analyse approfondie. La CVDT conçoit en effet l'interprétation comme une activité intégrée, ou, selon les termes exacts de la CDI, comme « une seule opération complexe », n'admettant pas de hiérarchie entre les moyens d'interprétation. Selon elle, « tous les différents éléments, tels qu'ils se trouvent présents dans une situation donnée, seraient jetés dans le creuset et la résultante de leur interaction constituerait l'interprétation juridiquement pertinente ». <sup>95</sup>

Il est vrai que c'est également cette approche du « creuset » <sup>96</sup> que privilégie (officiellement) le TF en pratiquant un « pluralisme méthodologique pragmatique ». Cependant, tant pour le TF que pour la CJUE, l'argument téléologique constitue souvent l'élément décisif et permet de justifier une solution interprétative précise. Cette méthode d'interprétation doit cependant être maniée avec une certaine prudence, son application soulevant encore de nombreuses difficultés en droit international. <sup>97</sup> Comme le relevait déjà *Pescatore*, le fait que les parties sont tombées d'accord sur le texte d'un accord ne signifie en effet nullement qu'elles se sont accordées sur l'entier de son sens. <sup>98</sup> Certains auteurs vont jusqu'à dire

<sup>92</sup> Message du Conseil fédéral relatif à l'approbation des accords sectoriels entre la Suisse et la CE, FF 1999 5440, 5468.

<sup>93</sup> Voir CJUE, C-547/10 P, *Suisse c. Commission* (note 23), cons. 78 ss.

<sup>94</sup> Sur la question de la nécessité d'un tel « code de conduite », voir *Geir Ulfstein*, *The International Judiciary*, in: *Klabbers/Peters/Ulfstein* (éd.), *The Constitutionalization of International Law*, 2010, 126, 144.

<sup>95</sup> CDI, *Projet d'articles sur le droit des traités et commentaires*, Annuaire de la CDI 1966, vol. 2, 239.

<sup>96</sup> A ce sujet, lire p.ex. *Villiger* (note 80).

<sup>97</sup> Voir *David S. Jonas/Thomas N. Saunders*, *The Object and Purpose of a Treaty: Three Interpretive Methods*, *Vanderbilt Journal of Transnational Law* 2010, 565; *Richard Gardiner*, *Treaty Interpretation*, 2008, 189 ss; *Kolb* (note 10), 531 ss; *Isabelle Buffard/Karl Zemanek*, *The « Object and Purpose » of a Treaty: An Enigma?*, *ARIEL* 1998, 311; *Jan Klabbers*, *Some Problems Regarding the Object and Purpose of Treaties*, *Finnish Yearbook of International Law* 1997, 138.

<sup>98</sup> *Pierre Pescatore*, *Discussion*, in: *Dix ans de jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes*, 1965, 201 s.

qu'un traité est un désaccord qui a été réduit à un texte (« a disagreement reduced to writing »).<sup>99</sup>

Comme le souligne la doctrine internationale, la notion d'« objet et but » de l'art. 31 par. 1 CVDT est elle-même indéterminée et permet une grande flexibilité à l'interprète.<sup>100</sup> La pratique du droit international démontre d'ailleurs que cette flexibilité est souvent utilisée par les Etats à leurs propres fins.<sup>101</sup> Or vu l'impact qu'est susceptible d'avoir l'objet et le but d'un traité sur son interprétation, et vu les enjeux de cette notion, il semble problématique que les parties puissent déterminer son sens de manière unilatérale dans le cadre de l'auto-détermination des méthodes d'interprétation, lorsque l'objet et le but n'ont pas été fixés de manière précise par les parties à l'accord.

Il est également possible qu'un traité poursuive plusieurs buts, comme l'ALCP, ce qui ne facilite guère la tâche de l'interprète. La jurisprudence de la CJUE et du TF, mais aussi les conclusions des avocats généraux de la Cour révèlent la variété de buts susceptibles d'être identifiés dans l'ALCP, et en particulier le paradoxe entre un objectif de rapprochement entre les deux parties et celui de trouver une solution « sur-mesure » pour leurs relations.<sup>102</sup> Les affaires mettent en évidence tantôt la similitude entre les objectifs de certaines dispositions des traités UE et celles de l'ALCP, tantôt le refus délibéré de la Suisse d'intégrer le marché intérieur et sa préférence pour la conclusion d'accords sectoriels. L'ALCP ne poursuit donc pas un seul objectif, comme le prétendent ceux qui défendent une interprétation « parallèle » et comme semble le suggérer la jurisprudence récente du TF,<sup>103</sup> mais au moins deux objectifs,<sup>104</sup> qu'il convient de concilier autant que possible dans l'interprétation de l'Accord: l'aménagement d'une voie bilatérale, d'une part, par opposition à une adhésion au marché intérieur, et le resserrement des liens entre les parties contractantes, d'autre part. Il se pose par ailleurs la question de savoir dans quelle mesure le ou les buts de l'ALCP dépend(ent) de celui ou ceux des six autres accords sectoriels auxquels il est rattaché par la clause guillotine.<sup>105</sup>

Face à ces difficultés importantes et à l'ambivalence du but de l'ALCP, il semble douteux de faire de l'argument téléologique la seule justification d'une interprétation donnée, ce d'autant plus dans le contexte international, où chaque interprétation affecte potentiellement d'autres Etats ou parties. Au contraire, il

<sup>99</sup> Philip Allott, *The Concept of International Law*, EJIL 1999, 31, 43.

<sup>100</sup> Voir p.ex. *Klabbers* (note 97), 139; *George Letsas*, *Strasbourg's Interpretive Ethic: Lessons for the International Lawyer*, EJIL 2010, 509, 532-536.

<sup>101</sup> Voir p.ex. *Klabbers* (note 97), 142-144.

<sup>102</sup> Comparer p.ex., d'une part, les Conclusions de l'AG Colomer dans CJUE, C-339/05, *Zentralbetriebsrat der Landeskrankenhäuser Tirols* (note 24), cons. 40 ss; CJUE, aff. C-257/10, *Bergström*, Rec. 2011, I-13227, cons. 43; et, d'autre part, CJUE, C-351/08, *Grimme* (note 91), cons. 27 s; CJUE, aff. C-506/10, *Graf et Engel*, Rec. 2011, I-9345, cons. 33. Pour le TF, comparer p.ex., d'une part, ATF 137 II 242, cons. 3.2.1 (aide aux victimes d'infraction); ATF 140 II 112, cons. 3.2 et 3.6.2 (Fachgruppe Dolmetscherwesen); et, d'autre part, ATF 139 II 393, cons. 4.1.1 (*Ibrahim/Teixeira*); ATF 130 II 1, cons. 3.6.1 (*Basso*).

<sup>103</sup> Voir p.ex. ATF 140 II 112 (Fachgruppe Dolmetscherwesen).

<sup>104</sup> Voir les Conclusions de l'AG Jääskinen dans CJUE, C-425/11, *Ettwein* (note 23), cons. 37.

<sup>105</sup> Sur la question de l'interprétation de l'objet et du but d'un traité lorsque celui-ci est lié, d'un point de vue formel, à d'autres instruments juridiques, voir *Klabbers* (note 97), 153-155.

convient de résoudre cette ambiguïté en ayant recours à d'autres arguments interprétatifs, et à ne pas faire reposer le résultat de l'interprétation sur l'argument téléologique uniquement. Par ailleurs, la dualité d'objectifs de l'ALCP évoquée précédemment doit être dûment prise en compte dans l'interprétation. Ce n'est en effet pas au pouvoir judiciaire de l'une d'entre elles, mais bien aux parties de décider d'une éventuelle hiérarchie entre ces deux objectifs.

### III. L'interprétation judiciaire à l'épreuve de la politique

Un troisième élément permettant d'assurer une interprétation des accords bilatéraux Suisse-UE en meilleure conformité avec les exigences du droit international reviendrait à mieux protéger l'interprétation judiciaire de ces accords du contexte politique de l'interprétation.

A cet égard, la CVDT avait pour ambition de fixer des « principes strictement juridiques qui paraissent constituer les règles générales régissant l'interprétation des traités ». <sup>106</sup> Cette distance de la politique est d'autant plus importante dans le cadre des relations internationales, où les intérêts nationaux sont exacerbés. <sup>107</sup> Lorsqu'il assume la tâche d'un interprète du droit international, le pouvoir judiciaire, qu'il soit national ou international, doit s'efforcer de rester un « gardien » du droit international. <sup>108</sup> C'est d'ailleurs cette même idée qui, selon certains, aurait permis, dans un autre contexte, de renforcer l'autorité de la CJUE en tant qu'interprète du droit UE. <sup>109</sup>

Dans le contexte de l'ALCP, au contraire, l'incertitude qui règne au sujet des méthodes gouvernant son interprétation a pour conséquence que des considérations politiques sont trop souvent susceptibles d'influencer les interprètes. <sup>110</sup> La pratique confirme par ailleurs qu'un poids important accordé à l'interprétation téléologique est susceptible de créer davantage de tensions que d'en résoudre. <sup>111</sup> On peut ainsi voir une certaine « dimension punitive » <sup>112</sup> à l'égard de la Suisse dans l'interprétation de l'ALCP par la CJUE. Inversement, l'interprétation « euphorique » de l'ALCP par le TF suggère une déférence de celui-ci à l'égard de la

<sup>106</sup> CDI, *Projet d'articles sur le droit des traités et commentaires*, Annuaire de la CDI 1966, vol. 2, 238.

<sup>107</sup> Voir p.ex. CIJ, *Affaire des activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. Etats-Unis d'Amérique)*, fond, arrêt, Rec. 1986, 14; CIJ, *Questions d'interprétation et d'application de la convention de Montréal de 1971 résultant de l'incident aérien de Lockerbie (Jamahiriya arabe libyenne c. Etats-Unis d'Amérique)*, exceptions préliminaires, arrêt, Rec. 1998, 115.

<sup>108</sup> *Lauterpacht* (note 87), 93 (« states, on whose behalf [municipal courts] administer international law, are the guardians of the international legal order »); voir également *Tzanakopoulos* (note 88).

<sup>109</sup> *Pauwelyn/Elsig* (note 82), 468. Sur la différence entre le juge international en général et la CJUE, cependant, voir *Samantha Besson*, *Legal Philosophical Issues of International Adjudication – Getting over the amour impossible between International Law and Adjudication*, in: *Alter/Romano/Shany* (éd.), *Oxford Handbook on International Adjudication*, 2014, 413.

<sup>110</sup> Pour un tel constat, voir p.ex. *Chantal Delli*, *Verbotene Beschränkungen für Arbeitnehmende?*, 2009, 325.

<sup>111</sup> Pour un tel constat, voir *Buffard/Zemanek* (note 97), 343.

<sup>112</sup> *Niang* (note 39), 197.

CJUE que ne justifie pas l'art. 16 al. 2 ALCP (voir *supra*, B.III.2.). Dans ce contexte, le juge suisse semble d'ailleurs étendre à l'interprétation des accords bilatéraux l'objectif d'euro-compatibilité poursuivi par le législateur suisse dans le cadre du droit interne, depuis le refus du peuple et des cantons d'adhérer à l'EEE.<sup>113</sup>

La votation populaire du 9 février 2014, dont l'issue a pour effet de remettre en cause la libre circulation entre la Suisse et l'UE, montre à quel point la perception de l'objectif poursuivi par un accord de droit international public donné est susceptible d'évoluer au fil du temps et des circonstances politiques. A l'occasion de ce scrutin, la majorité du peuple et des cantons suisses se sont prononcés en faveur de l'initiative populaire « Contre l'immigration de masse ». La disposition constitutionnelle acceptée, qui introduit un changement du système suisse d'immigration, remet en question le principe de la libre circulation des personnes telle que garanti par l'ALCP.<sup>114</sup> Suite à cette votation, et étant donné que la disposition constitutionnelle ne pourra pas être interprétée de manière conforme à l'ALCP (si l'on en croit le Conseil fédéral lui-même),<sup>115</sup> l'ALCP devra être renégocié, à moins d'être dénoncé par l'une des parties sur la base de sa « clause-guillotine ».<sup>116</sup>

Dès à présent et jusqu'à l'entrée en vigueur de la législation mettant en œuvre la nouvelle disposition constitutionnelle, il est permis de se demander dans quelle mesure le résultat du vote est, en tant que tel, susceptible d'influencer l'interprétation de l'ALCP. Plus précisément, il convient de distinguer, d'un point de vue temporel, entre l'interprétation de l'ALCP actuellement et jusqu'à la fin de la période de trois ans destinée à la mise en œuvre de la nouvelle disposition constitutionnelle,<sup>117</sup> et l'interprétation après l'entrée en vigueur du nouveau cadre juridique. Il s'agit également de tenir compte du risque éventuel de dénonciation de l'accord par l'une ou l'autre des parties avant la fin de la période de mise en œuvre.

Dans l'immédiat et durant la phase de transition de trois ans, d'éventuelles hésitations quant à l'interprétation de l'ALCP peuvent être résolues par référence au droit international des traités. Puisqu'en vertu de l'art. 27 CVDT, la Suisse ne peut invoquer son droit national pour justifier le non-respect de l'ALCP<sup>118</sup> et que la disposition constitutionnelle n'est dans tous les cas pas directement applicable, le TF doit opter pour une interprétation de l'Accord conforme au droit international.<sup>119</sup> C'est aux instances politiques qu'il appartient de mettre en œuvre la dispo-

<sup>113</sup> *Cottier/Diebold* (note 65), 14-16.

<sup>114</sup> Pour une analyse des conséquences de cette votation, voir p.ex. *Christa Tobler*, « Die Geister, die ich rief... », RSDIE 2014, 3.

<sup>115</sup> Message du Conseil fédéral relatif à l'initiative populaire « Contre l'immigration de masse », FF 2013 279, 306, 323.

<sup>116</sup> Voir p.ex. l'art. 25 al. 3 ALCP. Cf. également l'art. 25 al. 4 ALCP, qui prévoit que les sept accords deviennent caducs en cas de dénonciation de l'un d'eux.

<sup>117</sup> Nouvel art. 197 ch. 9 Cst., al. 1: « Les traités internationaux contraires à l'art. 121a doivent être renégociés et adaptés dans un délai de trois ans à compter de l'acceptation dudit article par le peuple et les cantons. »

<sup>118</sup> Cf. également ATF 138 II 524, cons. 5.1 (Convention entre la Suisse et l'Italie relative au trafic de frontière et au pacage).

<sup>119</sup> Pour une primauté du droit international public avant l'édition de dispositions de mise en œuvre: *Astrid Epiney*, *Das Freizügigkeitsabkommen Schweiz-EU: Erfahrungen*, Herausfor-

sition constitutionnelle, et de préciser la relation entre le nouvel article constitutionnel et le droit international concerné par la votation.<sup>120</sup> Certes, en s'en tenant au *statu quo* et en maintenant, par conséquent, une interprétation de l'ALCP conforme au droit international, le TF s'expose davantage qu'avant à la critique de ne pas respecter la volonté populaire.<sup>121</sup> La question de l'interprétation durant cette période transitoire montre bien le défi auquel sont confrontées les autorités judiciaires lorsqu'elles font face à des prétentions plurielles et donc potentiellement conflictuelles à l'autorité légitime.<sup>122</sup>

Il est vrai que le cadre de la CVDT est relativement peu contraignant. Cependant, si les art. 31 par. 3 lit. a et b CVDT permettent à l'interprète de tenir compte d'un accord ou d'une pratique ultérieurs, ces développements doivent concerner l'ensemble des parties.<sup>123</sup> Par ailleurs, s'il adaptait sa perception de l'objectif de l'Accord aux circonstances politiques suisses actuelles, le TF modifierait de manière unilatérale le but d'un accord bilatéral.<sup>124</sup> Il est problématique qu'une partie puisse contourner les procédures internes d'adoption et de révision d'un traité en réinterprétant le but de celui-ci.<sup>125</sup> L'interprétation évolutive ne saurait permettre de réviser un traité, et ce même si la limite entre interprétation et modification demeure floue en pratique.<sup>126</sup>

En fin de période de transition, le rôle du TF changera. Il devra démontrer de manière convaincante dans sa jurisprudence (ce qui sera difficile) qu'une interprétation conforme au droit international du droit interne adopté en application de l'initiative est possible.<sup>127</sup> A cet égard, il a déjà souvent rappelé qu'une disposition constitutionnelle ne s'interprète pas exclusivement d'après la volonté des initiants, mais d'une manière holistique, en assurant une « unité minimale » de la Constitution fédérale et en tenant compte du droit international en vigueur pour la Suisse.<sup>128</sup>

En somme, l'ALCP doit être considéré comme un traité international,<sup>129</sup> avec pour corollaire l'application des méthodes d'interprétation de la CVDT. Que l'ALCP soit dénoncé ou non, la question de l'interprétation des accords bilatéraux

derungen und Perspektiven, in: Achermann et al. (éd.), Annuaire du droit de la migration 2011/2012, 2012, 81, 109 (dans le contexte de l'initiative sur le renvoi).

<sup>120</sup> Voir ATF 139 I 16, cons. 4.3.4 (initiative sur le renvoi).

<sup>121</sup> Voir à ce sujet *Niang* (note 39), 204 s. Pour des exemples d'arrêts rédigés durant la période qui a précédé et suivi immédiatement le vote, voir p.ex. ATF 140 II 112 (Fachgruppe Dolmetscherwesen); Arrêt du TF 2C\_792/2013 du 11 février 2014.

<sup>122</sup> Voir à ce sujet *Nollkaemper* (note 86), 13-15.

<sup>123</sup> CDI, *Projet d'articles sur le droit des traités et commentaires*, Annuaire de la CDI 1966, vol. 2, 241 s.

<sup>124</sup> Voir en ce sens *Marcelo G. Kohen*, *Keeping Subsequent Agreements and Practice in Their Right Limits*, in: Nolte (éd.), *Treaties and Subsequent Practice*, 2013, 34, 34 s.

<sup>125</sup> *Kohen* (note 124), 36.

<sup>126</sup> Voir p.ex. CDI, *Troisième rapport sur le droit des traités par Sir Humphrey Waldock, Rapporteur spécial*, Annuaire de la CDI 1964, vol. 2, 61 : « Si [...] la limite entre interprétation et modification par la pratique ultérieure tend parfois à s'effacer du point de vue juridique, il s'agit cependant de deux processus tout à fait distincts. »

<sup>127</sup> Sur l'obligation d'interprétation conforme du droit suisse au droit international en général, voir ATF 94 I 669, cons. 6 a) (Frigerio).

<sup>128</sup> ATF 139 I 16, cons. 4.2.1 (initiative sur le renvoi). Voir aussi Message du Conseil fédéral (note 115), 302.

<sup>129</sup> Et non pas comme un accord hybride, voir p.ex. *Cottier/Evtimov* (note 1), 81.

promet de rester d'actualité entre les deux parties. Après la votation du 9 février 2014, l'avenir des relations Suisse-UE demeure incertain. De manière fort intéressante, le règlement des questions institutionnelles, qui constituait une priorité pour la politique européenne de la Suisse avant la votation, prend une nouvelle signification dans ce contexte. En effet, si l'on adopte une approche de droit international de l'interprétation des accords bilatéraux Suisse-UE, l'un des enjeux de la refonte institutionnelle des relations entre la Suisse et l'UE serait la possibilité de l'établissement d'une autorité commune d'interprétation de ces accords.

## D. Vers une solution institutionnelle en matière d'interprétation?

En l'état du droit des accords bilatéraux entre la Suisse et l'UE, et en l'absence d'une autorité suprême obligatoire en matière d'interprétation des accords bilatéraux, la CJUE et le TF sont chacun habilités à interpréter ces accords. Cet arrangement dit des « deux piliers »<sup>130</sup> remonte aux négociations sur l'EEE et s'inspire des structures de ce dernier.<sup>131</sup> On l'explique aussi souvent par référence à la peur, en Suisse, d'une soumission à un « juge étranger ».<sup>132</sup> En cas de différend sur l'interprétation des accords, des comités mixtes décident s'il convient d'adapter les accords bilatéraux au droit UE et à ses développements. Or, cette situation ne satisfait plus l'UE. Comme l'a exprimé la Commission européenne fin 2012, l'avenir de la voie bilatérale dépendra en grande partie du règlement de ces questions dites « institutionnelles ».<sup>133</sup>

Dans son avis de droit à l'intention du Conseil fédéral de 2011, *Thürer* identifie trois options institutionnelles permettant d'assurer la mise en œuvre des accords bilatéraux en Suisse en cas de différend sur leur interprétation: la soumission de la Suisse aux mécanismes de contrôle de l'UE, considérée comme peu réaliste d'un point de vue politique; l'établissement d'organes de surveillance et de contrôle communs, option que la CJUE a toutefois rejetée par le passé;<sup>134</sup> enfin, la poursuite, avec des modifications, de l'approche des deux piliers, seule option réaliste et donc considérée comme « inéluctable ».<sup>135</sup> Ce sont ces mêmes

<sup>130</sup> « Zwei-Säulen-System », voir p.ex. *Epiney* (note 119), 104.

<sup>131</sup> Message du Conseil fédéral relatif à l'approbation de l'accord sur l'Espace économique européen, FF 1992 IV 1; *Cottier/Diebold* (note 65), 3 s.

<sup>132</sup> Voir, à ce sujet: *Lukas Gschwend*, *Fremde Richter, fremde Gerichte, fremdes Recht*, Justice – Justiz – Giustizia 2014, disponible sous <<http://richterzeitung.weblaw.ch>> (consulté le 30.04.2014); *Michael Beusch*, *Der Einfluss « fremder » Richter – Schweizer Verwaltungsrechtspflege im internationalen Kontext*, RSJ 2013, 349; *Clausdieter Schott*, « Fremde Richter – fremde Gerichte » – Mythos, Tradition oder Missverständnis?, PJA 2013, 1368; *Wolfgang Ernst*, *Fremde Richter – damals und heute*, PJA 2013, 1374.

<sup>133</sup> Voir p.ex. la lettre de la Commission européenne à la Suisse du 21.12.2012, disponible sous: <<http://www.europa.admin.ch/themen/00499/00503/01777/?lang=fr>> (consulté le 30.04.2014).

<sup>134</sup> Voir CJCE, avis 1/91 (note 17), confirmé dans CJUE, avis 1/09, Rec. 2011, I-1137.

<sup>135</sup> *Daniel Thürer*, *Gutachten über mögliche Formen der Umsetzung und Anwendung der Bilateralen Abkommen*, 2011, disponible sous: <<http://www.europa.admin.ch/themen/00499/00503/01777/?lang=fr>> (consulté le 30.04.2014), 17. D'après *Thürer*, cette dernière approche

options qui semblent avoir été retenues par le Secrétaire d'Etat du Département fédéral des affaires étrangères (DFAE) et le directeur général administratif du Service européen pour l'action extérieure dans leurs négociations préliminaires.<sup>136</sup> En juin 2013, le Conseil fédéral a opté pour la troisième option et a chargé le DFAE d'élaborer sur cette base un projet de mandat de négociation avec l'UE, mandat que le Conseil fédéral a adopté de manière définitive en décembre 2013.<sup>137</sup> Après avoir été gelé pendant quelques mois suite à la votation du 9 février 2014, le mandat de négociation de l'UE a lui aussi été finalisé.<sup>138</sup>

Tous les éléments du mandat de négociation helvétique ne sont pas connus à ce jour, mais le Conseil fédéral et le DFAE en ont révélé les éléments principaux.<sup>139</sup> Le mandat ne prévoit pas l'établissement d'une institution supranationale, chacune des parties continuant à veiller à la bonne application des accords sur son propre territoire et, par conséquent, à son interprétation. La surveillance générale continue d'être assurée par les comités mixtes, qui restent également les organes chargés du règlement des différends. Toutefois, « [l]a Suisse et l'UE peuvent, au besoin, soumettre à la Cour de justice de l'Union européenne (CJUE) les questions d'interprétation du droit européen repris dans un accord bilatéral. Sur la base de l'interprétation de la CJUE, le Comité mixte recherchera ensuite une solution acceptable pour les deux parties. A défaut, des mesures compensatoires proportionnées, pouvant aller jusqu'à la suspension de tout ou partie de l'accord concerné, pourraient être prises ».<sup>140</sup>

Deux éléments (distincts)<sup>141</sup> du mandat de négociation ont des implications importantes pour l'interprétation des accords bilatéraux à l'avenir: la question de l'interprétation commune des accords, d'une part, et celle du règlement des différends d'interprétation entre la Suisse et l'UE, d'autre part. L'option proposée par le Conseil fédéral envisage en effet deux cas de figure. Le premier concerne les questions d'interprétation du droit bilatéral soulevées dans le cadre d'un différend

---

peut être réalisée par le biais de trois modèles: premièrement, le recours aux institutions de l'EEE et en particulier à la Cour AELE; deuxièmement, l'approche dite « minimale », consistant à certains réaménagements de l'ordre institutionnel suisse en confiant la mise en œuvre des accords à un organe spécialisé et à une chambre spécialisée du Tribunal fédéral; troisièmement, la création d'un nouvel organe inspiré de l'ordre juridique de l'EEE/AELE et séparé des institutions suisses existantes, modèle qui, selon *Thürer*, semble le mieux répondre aux exigences formulées par l'UE.

<sup>136</sup> Voir DFAE, Documentation – Questions institutionnelles Suisse-UE: renouvellement de la voie bilatérale, septembre 2013.

<sup>137</sup> Voir DFAE, Relations Suisse-UE: négocier les questions institutionnelles pour renforcer la voie bilatérale, Communiqué de presse du 18.12.2013.

<sup>138</sup> Conseil de l'Union européenne, Mandat de négociations pour un accord UE-Suisse sur un cadre institutionnel, Communiqué de presse du 06.05.2014.

<sup>139</sup> Voir notamment: DFAE, Le Conseil fédéral poursuit une stratégie à moyen terme pour la consolidation de la voie bilatérale, Communiqué de presse du 26.06.2013; DFAE, Europe: le Conseil fédéral envoie le projet de mandat sur l'institutionnel en consultation, Communiqué de presse du 21.08.2013; DFAE, Relations Suisse-UE (note 137); DFAE, Documentation – Questions institutionnelles (note 136); DFAE, Fiche d'information – Questions institutionnelles, 19.12.2013.

<sup>140</sup> DFAE, Fiche d'information – Questions institutionnelles (note 139).

<sup>141</sup> Voir en ce sens *Christine Kaddous*, La Suisse sous le joug des « juges étrangers »?, *Le Temps* du 28.08.2013; *Christa Tobler*, *Verwirrung über Auslegung und Streitschlichtung*, *NZZ* du 29.06.2013.

entre particuliers ou entre un particulier et une autorité (I.). Le second cas a trait à la situation où des questions d'interprétation donnent lieu à un différend entre la Suisse et l'UE au sein d'un comité mixte; elles relèvent alors de la problématique du règlement des différends entre les parties aux accords elles-mêmes (II.). Ici, à nouveau, une approche de l'interprétation plus clairement fondée sur le droit international offrirait selon nous une meilleure grille de lecture.

## I. L'interprétation des accords dans le cadre d'un différend porté devant un tribunal suisse

Le premier élément du projet de mandat de négociation consiste à mettre à disposition du TF un mécanisme en partie semblable à celui du renvoi préjudiciel en droit UE. Le TF pourrait alors, dans le cadre d'un différend concret, requérir un « avis interprétatif » auprès de la CJUE, qui éclairerait le TF sur l'interprétation du droit UE concerné. Le TF resterait toutefois le seul habilité à trancher le litige en question.

Cette solution est accueillie favorablement par certains, qui soulignent qu'elle conduit à accentuer le caractère juridique des relations bilatérales et à en atténuer les aspects politiques.<sup>142</sup> Par ailleurs, une telle solution se justifierait au regard de la jurisprudence actuelle du TF, tournée aujourd'hui déjà vers une interprétation parallèle de l'ALCP avec le droit UE.<sup>143</sup>

Bien sûr, s'adresser à la CJUE signifie se tourner vers une instance en apparence supranationale, et non vers une autorité internationale, comme c'est le cas, par exemple, dans l'Accord EEE, où les Etats membres de l'AELE s'adressent non pas à la CJUE, mais à la Cour AELE. C'est précisément cet élément qui a été souligné par la lettre adressée par divers professeurs de droit au Conseil fédéral en août 2013,<sup>144</sup> et que relèvent les auteurs soutenant le projet de soumission de l'interprétation des accords bilatéraux Suisse-UE aux mécanismes institutionnels existant dans l'EEE/AELE.<sup>145</sup> Ces critiques mettent en cause la légitimité démocratique de la solution proposée par le TF, puisque la Suisse se soumettrait ainsi à l'autorité interprétative d'une instance dans laquelle elle ne pourrait faire siéger de juge suisse, et dont elle ne pourrait pas influencer la composition.<sup>146</sup>

Ces craintes sont exagérées, cependant. Il y a lieu de souligner en effet que la CJUE ne trancherait pas le différend en question, et que son interprétation se limiterait à l'interprétation abstraite du droit UE. La Cour demeurerait donc dans

<sup>142</sup> Voir p.ex. *Astrid Epiney*, *Quadratur des Kreises in der Europapolitik gelungen*, NZZ du 23.08.2013.

<sup>143</sup> *Epiney* (note 142).

<sup>144</sup> Voir *Christa Tobler et al.*, *Lettre au Conseil fédéral, août 2013*, disponible sous: <<http://files.newsnetz.ch/upload/2/8/28285.pdf>> (consulté le 30.04.2014); *Tobler* (note 141).

<sup>145</sup> Voir p.ex. *Carl Baudenbacher*, *Europarechtliche Missverständnisse*, NZZ du 16.08.2013; *Thomas Cottier*, *Für eine Anbindung an bestehende Efta-Strukturen*, NZZ du 12.07.2013; *Christa Tobler*, *Die Erneuerung des bilateralen Wegs: eine wachsende Annäherung an den EWR in den zur Diskussion stehenden Modellen*, Jusletter du 03.06.2013. *Contra* p.ex. *Epiney* (note 142); *Andreas Glaser/Lorenz Langer*, *Die Institutionalisierung der Bilateralen Verträge: Eine Herausforderung für die schweizerische Demokratie*, RSDIE 2013, 563, 577 ss.

<sup>146</sup> *Tobler et al.* (note 144); plus nuancés: *Glaser/Langer* (note 145), 575 ss.

son rôle, et le TF dans le sien, ce dernier restant seul habilité à déterminer dans quelle mesure son interprétation du droit bilatéral devrait se conformer au droit UE. Il est toutefois fort souhaitable que la portée de l'art. 16 al. 2 ALCP soit clarifiée en marge de ces efforts institutionnels. L'incertitude créée par cette disposition au sujet de la portée de l'autorité de la jurisprudence de la CJUE et de l'étendue de la marge d'appréciation du TF fait en effet obstacle au développement d'une méthodologie solide dans l'interprétation actuelle de l'ALCP, et nuit à la sécurité juridique même après l'entrée en vigueur d'un accord institutionnel prévoyant ce genre de demande en interprétation à la CJUE.

## II. L'interprétation des accords en cas de différend entre les parties

Pour ce qui est de la surveillance de la mise en œuvre des accords, plus généralement, l'option proposée par le Conseil fédéral prévoit que l'organe de règlement des différends demeure le Comité mixte. Celui-ci aurait la possibilité, en cas de différend sur l'interprétation des accords, de requérir un « avis interprétatif » de la CJUE, sur demande de l'UE ou de la Suisse. Au cas où le Comité mixte ne parviendrait pas à assurer une entente entre les parties dans un certain délai, la partie lésée serait habilitée à prendre des mesures de rééquilibrage et de compensation dont la portée, la durée et la proportionnalité pourraient être examinées par un tribunal arbitral. Partant, la Suisse conserverait la possibilité de ne pas suivre l'interprétation donnée par la CJUE,<sup>147</sup> en s'exposant toutefois à des mesures de rétorsion de la part de l'UE.

Ceux qui se sont exprimés en faveur de cette proposition soulignent que la Suisse resterait bel et bien souveraine dans sa décision de suivre ou non l'interprétation de la CJUE. La décision de la CJUE serait certes contraignante et ne constituerait pas, du point de vue juridique, un simple « avis »,<sup>148</sup> mais la porte de sortie laissée à la Suisse permettrait d'éviter une intégration *de facto* à l'Union.<sup>149</sup> Ces auteurs reconnaissent le déséquilibre structurel entre l'Union et ses Etats membres, d'une part, et la Suisse, d'autre part, mais considèrent que les mesures de rétorsion que pourrait prendre l'UE à l'encontre de la Suisse ne représenteraient rien de nouveau.<sup>150</sup>

Pour d'autres auteurs, en revanche, le fait que la Suisse conserve la possibilité de rejeter l'interprétation de la CJUE rend cette proposition problématique car peu convaincante dans les négociations avec l'UE. Le législateur suisse, par exemple, pourrait refuser d'appliquer la décision de la CJUE par crainte de s'exposer à l'argument d'une soumission à un « juge étranger ».<sup>151</sup> Par ailleurs, la possibilité de mesures de rétorsion de l'UE dans un tel cas inquiète un certain

<sup>147</sup> DFAE, Documentation – Questions institutionnelles (note 136), 3.

<sup>148</sup> *Contra* Dieter Freiburghaus, Luftspiegelungen über der schweizerischen Europapolitik, NZZ du 29.06.2013.

<sup>149</sup> Glaser/Langer (note 145), 571 ss et 579 ss; Epiney (note 142); Kaddous (note 141).

<sup>150</sup> Kaddous (note 141).

<sup>151</sup> Epiney (note 142); Freiburghaus (note 148).

nombre d'auteurs et devra être discutée de manière approfondie et clarifiée dans le cadre des négociations.<sup>152</sup>

Il semble effectivement souhaitable d'éviter autant que possible un rapport de force.<sup>153</sup> Il paraît préférable d'instaurer une autorité chargée de régler les différends entre les parties de manière impartiale et conforme au droit international. La question se pose par conséquent de savoir si le Comité mixte ne devrait pas être doté de compétences supplémentaires pour le rapprocher d'un organe arbitral international.

Quant à la possibilité du Comité de s'adresser à la CJUE, la compétence interprétative de celle-ci et la portée de son « avis interprétatif » pour le Comité mixte doivent encore être clarifiées autant que possible. Le fait de maintenir une distinction entre l'interprétation du droit UE (interprété par la CJUE) et celle de l'ALCP (interprété par les deux parties) doit être salué : cette distinction permettrait de sauvegarder le principe international de l'auto-interprétation en matière d'ALCP. Il convient d'ajouter que le recours à la CJUE sur l'interprétation du droit UE ne se ferait qu'au titre de mécanisme international de règlement des différends institué par le biais d'un accord de droit international (l'accord institutionnel). L'autorité ainsi reconnue à la CJUE sur la Suisse, qui reste d'ailleurs à déterminer selon qu'elle serait de nature judiciaire ou non, relève du droit international uniquement, et ne saurait être confondue avec celle des décisions que prend la CJUE sur renvoi préjudiciel dans l'ordre juridique de l'UE.<sup>154</sup> Cette autorité de droit international n'affecterait en rien, d'ailleurs, son autorité, en vertu du droit UE, d'interprète ultime du droit UE pour les sujets de ce droit.<sup>155</sup> Il n'y aurait là rien de plus qu'un nouveau dédoublement fonctionnel de la CJUE, dédoublement caractéristique de l'exercice de la fonction judiciaire en droit international.

## E. Conclusion

L'auto-interprétation des traités internationaux par leurs parties qui prévaut en droit international n'implique pas l'auto-détermination des méthodes d'interprétation. C'est la CVDT qui fixe un cadre aux interprètes, certes minimal mais fondamental. Une comparaison des méthodes d'interprétation utilisées par le TF et la CJUE dans l'interprétation de l'ALCP révèle, derrière la façade de la référence commune à la CVDT et une apparente convergence méthodologique no-

<sup>152</sup> *Glaser/Langer* (note 145), 581; *Epiney* (note 142) suggère la possibilité de faire examiner la proportionnalité de ces mesures par un tribunal arbitral.

<sup>153</sup> Cette préoccupation a été exprimée par le Conseil fédéral par le passé, cf. p.ex. Rapport du Conseil fédéral sur l'évaluation de la politique européenne de la Suisse (en réponse au postulat Markwalder [09.3560] « Politique européenne. Evaluation, priorités, mesures immédiates et prochaines étapes d'intégration »), FF 2010, 6615, 6618: « Des mesures de compensation appropriées doivent pouvoir être prises au cas où la Suisse ne reprendrait pas un développement de l'acquis, mais celles-ci ne devraient pas entraîner nécessairement la dénonciation de l'accord dans son intégralité. ».

<sup>154</sup> Art. 267 TFUE. *Contra* p.ex. *Nicolas Levrat*, *Réflexions sur les enjeux juridiques dans notre relation avec l'UE*, europa.ch 2013, 3, 4, disponible sous: <[http://www.europa.ch/Images/europa\\_f\\_2\\_13\\_low\\_%282%29.pdf](http://www.europa.ch/Images/europa_f_2_13_low_%282%29.pdf)> (consulté le 07.05.2014).

<sup>155</sup> Art. 19 al. 1 TUE.

tamment en matière d'interprétation téléologique, une tendance à négliger la nature internationale de cet accord et à opter pour des méthodes d'interprétation nationales (TF) ou européennes (CJUE).

En réponse à cet état de chose, la présente contribution propose une lecture de droit international de l'interprétation des accords bilatéraux, et de l'ALCP en particulier. Cet accord, en tant que traité international, doit être interprété conformément au cadre méthodologique posé à cette fin par la CVDT. Ainsi s'agit-il premièrement, pour les deux juridictions, de mieux s'acquitter de leurs fonctions d'interprètes du droit international. Deuxièmement, et plus spécifiquement, elles devraient accorder une attention égale aux différentes méthodes interprétatives proposées par la CVDT, et ne pas céder à un *a priori* méthodologique en faveur de l'interprétation téléologique. Enfin, l'interprétation judiciaire devrait être conçue comme une opération strictement juridique, ce qui implique une meilleure distanciation des arguments de nature politique interne souvent exacerbés lorsque l'interprétation porte sur le droit international.

La solution institutionnelle que s'efforceront prochainement de négocier la Suisse et l'UE constitue une ouverture intéressante dans la perspective de la lecture de droit international proposée ici. Tout en restant fidèle au système des deux piliers et de l'auto-interprétation par conséquent, l'accord institutionnel pourrait, tout d'abord, permettre de conférer aux comités mixtes certains pouvoirs plus proches de ceux d'une autorité arbitrale internationale. Ensuite, en cas de différend sur l'interprétation de notions de droit UE comprises dans les accords bilatéraux, l'« avis interprétatif » qu'il est projeté de pouvoir demander à la CJUE pourrait permettre non seulement de préciser la portée de l'art. 16 al. 2 ALCP lorsqu'il s'applique, mais aussi, en séparant l'interprétation du droit UE de celle des accords eux-mêmes, de rappeler le caractère international de ces accords, et par-là même l'importance des méthodes d'interprétation du droit international pour leurs deux interprètes.