

XXII session du séminaire de Droit Administratif comparé, européen et global : « Les acteurs non étatiques dans la globalisation juridique »

Paris, 29 octobre 2010

Entre forme (étatique) et substance (transnationale): les mutations du droit au pays des Helvètes

Francesco Maiani

Professeur assistant, IDHEAP, UER « Europe et mondialisation »

Document de travail : ne pas citer sans l'autorisation de l'auteur

I. Introduction : pourquoi ce sujet dans ce séminaire ?

L'image que la Suisse projette à l'étranger n'a rien d'aventureux ni de très moderne. Pourquoi en parler dans un séminaire sur la globalisation ?

L'homme de la rue associe le pays à des mythes moyenâgeux (Guillaume Tell), à des produits traditionnels (chocolat, montres, fromages, etc.), à de jolis paysages alpestres¹. L'actualité politique ne manque d'ailleurs pas de suggérer, chez un public plus informé, l'image d'un pays quelque peu replié sur lui-même : peu coopératif dans les affaires fiscales (secret bancaire oblige), passablement islamophobe (la votation sur les minarets le suggère), obstinément réfractaire au projet intégrateur de l'Union européenne ...

Or, s'ils contiennent une part de vérité, ces lieux communs sont trompeurs. La Suisse est l'un des pays les plus « globalisés » qui soient². Par ailleurs, tout en ayant choisi son propre *Sonderweg* politique, la Suisse se trouve dans un rapport d'imbrication et d'interdépendance totales avec l'Union européenne (UE) et les sociétés qui en font partie – que ce soit d'un point de vue économique, démographique, ou culturel³.

Cette ouverture vers l'extérieur, cette dépendance des échanges avec l'extérieur, fait de la Suisse un « laboratoire avancé de la globalisation » juridique⁴. Je m'efforcerai de le démontrer, dans le temps qui m'est alloué, en abordant le thème des rapports de système entre droit suisse et droit de l'UE.

Avant d'entrer dans le vif du sujet, il est peut-être utile de situer plus précisément ma contribution dans le contexte de notre séminaire d'aujourd'hui.

D'autres contributeurs porteront leur regard « en amont » des processus normatifs inter-, supra-, ou transnationaux : ils se pencheront sur la *genèse* des normes internationales, supranationales, ou transnationales et, plus spécifiquement, sur le rôle qu'y jouent des acteurs *lato sensu* privés.

Ma contribution se concentre sur les phénomènes qui se produisent « en aval » : l'impact des normes formulées « au dessus » ou « à côté » de l'Etat – en l'espèce, dans l'UE – dans les ordres juridiques étatiques.

Il reste à expliquer ce que les « acteurs non-étatiques » viennent faire dans ce sujet. Affirmer que l'UE est elle-même un « acteur non étatique » serait formellement correct, mais sans doute discutable : l'UE est indiscutablement une entité investie de pouvoirs publics. Pourtant, les organisateurs de ce séminaire ont accepté le sujet que je leur avais proposé. Mon interprétation est la suivante. Le cœur du thème « globalisation et acteurs non étatiques » est le découplage entre la création et la diffusion des normes, d'une part, et l'exercice de l'autorité publique, d'autre part. Or, dans la perspective du *Drittstaat Schweiz*, le droit de l'UE est du droit étranger : il est dénué

¹ Cf. PASQUIER/YERSIN, *L'image de la Suisse à l'étranger*, 2009.

² Cf. Rapport du Conseil fédéral sur la Politique extérieure 2009, Feuille fédérale (FF) 2009 5673, 5690 ; KOF Index of Globalization 2010 < <http://globalization.kof.ethz.ch> >.

³ Cf. SCHWOK, *Suisse-Union européenne – l'adhésion impossible ?*, 2^e éd, 2010, 9 ss.

⁴ L'expression est empruntée à AUBY, *La globalisation, le droit et l'Etat*, 2^e éd, 2010, 33, où elle est référée à l'Union européenne.

d'autorité normative. Son rayonnement dans l'ordre juridique suisse participe donc pleinement de la mouvance de diffusion « horizontale » des normes à laquelle je viens de faire allusion.

Dans mon exposé je procéderai, très schématiquement en raison des contraintes d'espace et de temps, en deux temps. D'abord, il s'agira de décrire dans les grandes lignes les logiques et les formes de la réception du droit de l'UE par la Suisse. Ensuite, il s'agira de voir comment les formes rigides « étatiques » de cette opération de *norm reception* sont débordées par son caractère substantiellement transnational. En d'autres termes : de voir comment une entreprise d'« harmonisation conservatrice » du droit suisse au droit de l'UE débouche sur une transformation structurelle de l'ordre juridique suisse.

Au stade des conclusions, je me permettrai de mettre en contrepoint les quelques éléments qui seront ressortis de mon exposé avec deux observations, de portée plus générale, tirées de l'ouvrage « La globalisation, le droit et l'Etat » du Professeur AUBY.

II. L'eupérisation du droit suisse et ses vecteurs

1. La Suisse face à l'UE : coordonnées de base d'une relation complexe

Deux circonstances dominent les relations entre la Suisse et l'Union :

- La Suisse n'est pas membre de l'Union européenne. Initialement motivé par une conception exigeante de la neutralité, le choix de la non-adhésion repose aujourd'hui sur des considérations de politique intérieure : l'adhésion serait largement perçue comme une atteinte à la souveraineté nationale, ainsi qu'aux institutions de la démocratie directe et du fédéralisme. Au demeurant, ces mêmes raisons ont largement motivé le rejet populaire de l'entrée dans l'Espace économique européen – qui a fait de la Suisse le seul pays d'Europe occidentale, micro-Etats exceptés, à ne pas être membre de l'UE ou de l'EEE.
- La Suisse, toutefois, ne peut pas se passer de l'accès au marché de l'UE – qui est de très loin son principal partenaire économique – ni de la coopération de l'UE dans des domaines de plus en plus étendus (police, migrations, recherche, coopération judiciaire, etc.).

Ainsi, depuis le rejet de l'EEE, elle a inauguré une politique d'intégration (« voie bilatérale ») reposant sur la conclusion d'accords sectoriels avec l'UE (1) et sur ce qu'il est convenu d'appeler l'« adaptation autonome » du droit national à l'*acquis* de l'UE (2)

2. L'eupérisation par la voie des accords

L'UE n'entretient avec aucun autre Etat tiers des relations contractuelles aussi denses qu'avec la Suisse (et inversement). A ce jour, la Suisse et l'UE ont conclu plus de cent accords sectoriels, dont une vingtaine d'accord majeurs.

Or, plusieurs de ces accords – et les plus importants – ont pour objet d'« associer » la Suisse à certaines réalisations de l'UE (la libre circulation des personnes, la politique des transports, l'espace Schengen/Dublin). Le corollaire de cette association est l'obligation, faite à la Suisse, de reprendre

et d'appliquer l'*acquis* communautaire pertinent. Mais les choses sont bien plus complexes que cela.

L'UE insiste depuis toujours pour que chaque association sectorielle s'accompagne d'une reprise pleine et entière de l'*acquis* pertinent⁵.

La Suisse accepte cette exigence dans son principe, mais elle négocie opiniâtrement pour en limiter la portée et pour en atténuer les contours. Là où la reprise de l'*acquis* est susceptible de compromettre ses intérêts stratégiques (p.ex. le secret bancaire), elle s'emploie pour obtenir des exceptions. Plus généralement, la Suisse s'évertue à négocier des formules de reprise sauvegardant, dans toute la mesure du possible, son autonomie de décision. Il y a une « ligne rouge » qu'elle n'accepte en aucun cas de dépasser : pour des raisons de souveraineté, la Suisse n'accepte pas de se lier « automatiquement » à la reprise de l'*acquis* législatif ou judiciaire postérieur à la signature des accords sectoriels⁶.

Cette dialectique constante entre « homogénéité juridique » et « droit à la différence » se renoue à chaque négociation. Au gré des rapports de force dans chaque dossier, elle a produit toute une gamme de solutions institutionnelles plus ou moins proches des conceptions européennes ou suisses. Trois exemples peuvent suffire pour notre propos :

- L'association de la Suisse à l'espace Schengen/Dublin⁷ repose sur la reprise intégrale de l'*acquis*, et met en place des mécanismes institutionnels visant à assurer une interprétation « aussi uniforme que possible ». La Suisse n'est pas juridiquement tenue de reprendre l'*acquis* futur de l'UE, mais si elle s'y refuse les accords cessent en principe de s'appliquer ;
- Par l'Accord sur la libre circulation des personnes (ALCP)⁸, la Suisse s'est engagée à reprendre pratiquement l'ensemble de l'*acquis* qui existait à la date de signature (21 juin 1999) – bien que selon la formule atténuée de l'« équivalence des législations ». Pour assurer une application homogène de l'*acquis*, l'article 16, al. 2 de l'Accord stipule : « Dans la mesure où l'application du présent accord implique des notions de droit communautaire, il sera tenu compte de la jurisprudence pertinente de la [CJUE] antérieure à la date de sa signature ». Par contre, l'Accord est parfaitement « statique » sous l'angle des obligations de reprise. La Suisse n'est pas tenue de reprendre l'*acquis* postérieur à sa signature, et l'Accord ne rattache aucune conséquence automatique à la non-reprise. Quant à la jurisprudence « postérieure », elle est simplement « communiquée » à la Suisse, et le comité mixte est habilité à en « déterminer les conséquences » à l'unanimité des parties.

⁵ Cf. Communication de la Commission sur l'avenir des relations avec la Suisse (COM(1993)486 final).

⁶ Rapport du Conseil fédéral sur l'évaluation de la politique européenne de la Suisse, du 19 septembre 2010 (non encore paru à la Feuille fédérale), ch. 2.1 ss.

⁷ Accords publiés dans JO 2008 L 53/3 et 52.

⁸ JO 2002 L 114/6.

- L'Accord sur les transports par rail et par route⁹ ressemble à l'ALCP dans ses principes institutionnels, mais il se situe en retrait par rapport à celui-ci en termes de reprise de l'*acquis* : la reprise, qui se fait là aussi « par équivalence » et de manière statique, est plus sélective. Par ailleurs, l'Accord ne dit rien au sujet de la jurisprudence de la Cour de justice.

Les exemples pourraient se multiplier, mais il est préférable de s'en arrêter là pour fixer quelques idées :

- Face aux accords sectoriels, on peut décider de regarder l'arbre ou la forêt. Si on regarde la forêt, on ne peut que constater un « transfert » massif et unidirectionnel de régimes juridiques et de politiques publiques, qui se fait par la voie contractuelle. Si on veut bien s'arrêter à examiner les arbres, toutefois, on constate aussi que le transfert est toujours « imparfait » : plus ou moins stricte, plus ou moins sophistiquée, la reprise de l'*acquis* par la Suisse se fait toujours par approximation ;
- D'un point de vue politique et institutionnel, deux de ces « imperfections » revêtent une importance prépondérante : la Suisse ne se soumet pas à une juridiction supranationale – on l'a vu, pour assurer l'homogénéité des interprétations les Accords ont recours à des *Ersatz* normatifs plus ou moins aboutis – et elle ne s'engage pas à reprendre dynamiquement le droit européen.

3. L'« adaptation autonome » du droit suisse

Comme nous l'avons relevé, la politique d'intégration de la Suisse repose à la fois sur la conclusion d'accords sectoriels et sur le rapprochement unilatéral du droit suisse au droit de l'UE.

Les premiers jalons de ce rapprochement unilatéral ont été posés avec le Rapport sur l'intégration de 1988, dans lequel le gouvernement suisse (Conseil fédéral) préconisait notamment l'aménagement de la législation suisse « dans une optique favorable à l'intégration européenne »¹⁰.

C'est à cette époque que remonte la pratique d'introduire dans chaque projet législatif adressé au Parlement suisse (Assemblée fédérale) un chapitre spécial exposant dans quelle mesure les dispositions proposées sont compatibles avec le droit européen. Cette pratique a été généralisée et formalisée depuis. Désormais, le Conseil fédéral est tenu de « faire le point », dans chaque projet, au sujet « [des] relations [du projet] avec le droit européen » (art. 141 de la Loi sur l'Assemblée fédérale)¹¹.

Naturellement, cette disposition n'engage pas les autorités suisses à légiférer effectivement de manière « euro-compatible », son but étant plutôt de garantir une prise de décision informée.

En ce qui concerne l'alignement au droit européen proprement dit, la politique législative des autorités suisses a évolué au fil du temps :

⁹ JO 2002 L 114/91.

¹⁰ Rapport du Conseil fédéral sur la position de la Suisse dans le processus d'intégration européenne, FF 1988 III 233, ch. 64.

¹¹ Recueil systématique du droit fédéral (RS) 171.10.

- Au début, en 1988, il est essentiellement question « d'assurer dans toute la mesure du possible la compatibilité [des dispositions suisses] avec celles [de l'UE] dans tous les domaines ayant une dimension transfrontière (et seulement dans ceux-ci) »¹². Bref, il s'agit surtout de prévenir l'apparition d'obstacles techniques au commerce avec l'UE.
- Pendant les années 1990, après le rejet de l'EEE par le peuple, le processus connaît une forte accélération. Dans un rapport de 1999, le Conseil fédéral va jusqu'à dire que « [d]ans la pratique, le Parlement et le Conseil fédéral n'adoptent qu'exceptionnellement des actes qui ne sont pas [euro]compatibles »¹³. En gros, la politique législative de l'eurocompatibilité n'est plus suivie seulement dans les domaines « ayant une incidence transfrontalière » (règles techniques), mais dans l'ensemble du droit économique – public et privé. Par ailleurs, les logiques de la reprise de l'*acquis* se diversifient. Le droit européen représente certes le terme de référence de réformes visant l'eurocompatibilité en tant que telle – « adaptation autonome » au sens strict. Il devient également une source majeure d'inspiration dans une logique de *lesson drawing*. A titre d'exemple on citera la « Loi fédérale sur le marché intérieur » (LMI) de 1995¹⁴, qui vise à unifier l'espace économique suisse par l'application, au commerce intercantonal, du principe *Cassis de Dijon*.
- Pendant les années 2000, les autorités se montrent plus réservées à l'égard de l'adaptation autonome – les équilibres politiques ont changé en faveur de la droit eurosceptique. Ainsi, si en 1993 le Conseil fédéral qualifiait l'eurocompatibilité du droit suisse de « principe fondamental » de sa politique législative, dans le Rapport Europe 2006 il souligne que « l'adaptation autonome est uniquement poursuivie là où des intérêts économiques (capacité concurrentielle) le demandent ou le justifient », et que « concrètement, le rapprochement avec le droit communautaire devrait se faire non pas de manière autonome, mais sur la base d'accords »¹⁵. Nonobstant ces prises de position, la reprise unilatérale de l'*acquis* se poursuit et se diversifie encore :
 - La Suisse introduit unilatéralement le principe *Cassis de Dijon* dans le commerce avec l'UE¹⁶. Désormais, les produits légalement commercialisés dans les Etats membres pourront l'être aussi en Suisse, sous réserve de motifs d'intérêt public. Il s'agit d'une forme d'européisation inédite.
 - Par ailleurs, contrairement à ce que suggère le Rapport Europe 2006, la conclusion d'accords sectoriels n'est pas nécessairement une alternative à la réception unilatérale de l'*acquis*. Au contraire, l'européisation génère des effets de *spillover*. C'est l'effet de la logique de réseau. L'accord d'association au système de Dublin met en réseau les systèmes

¹² Rapport sur l'intégration de 1988, *op. cit.*, *loc. cit.*

¹³ Rapport sur l'intégration 1999 du Conseil fédéral, FF 1999 3600, 3634.

¹⁴ RS 943.02.

¹⁵ Rapport « Europe 2006 » du Conseil fédéral, FF 2006 6461, ch. 2.3.2.

¹⁶ Loi fédérale sur les entraves techniques au commerce (LETC), RS 946.51, art. 16a.

d'asile de la Suisse et des Etats membres, sans prévoir l'harmonisation des standards de protection. Un rapprochement du droit suisse aux standards européens s'avère néanmoins nécessaire pour des raisons fonctionnelles. C'est aussi la logique de l'égalité : l'ALCP confère des droits étendus de regroupement familial aux citoyens de l'UE résidant en Suisse. Il y a discrimination à rebours aux dépens des ressortissants suisses, qui sont soumis aux règles plus restrictives du droit interne. Résultat : le droit interne est aligné à la norme européenne. *Idem* pour les producteurs suisses, que l'introduction unilatérale du principe *Cassis de Dijon* met directement en concurrence avec des opérateurs produisant à la norme française, roumaine, etc... Désormais, les producteurs suisses pourront aussi produire, en Suisse, à la norme française, roumaine, etc...¹⁷ !

Bref, sur une période de vingt ans, des pans entiers de l'*acquis* de l'UE sont repris, petit à petit, en droit suisse. La surface du droit interne « européisé » est difficile à délimiter, d'autant plus que pour des raisons politiques les autorités sont peu enclines à dresser un état des lieux détaillé¹⁸. Il est clair toutefois que l'on a affaire à un phénomène de grande envergure, intéressant des domaines de plus en plus étendus : droit économique *in primis*, droit migratoire, droit de l'environnement et peut-être, dans un avenir proche, droit pénal ...¹⁹. Le phénomène est polymorphe et chaotique. Le seul élément systématique que l'on peut y déceler est l'examen préalable d'eurocompatibilité des projets de loi fédérale. Pour le reste, au gré des circonstances et des sensibilités politiques, on a affaire avec des reprises « en bloc » ou ponctuelles, avec des reprises au « mot par mot » ou *Sinn gemäss*, avec des reprises statiques – c'est le cas normal – ou dynamiques Et ces reprises sont sous-tendues par des logiques multiples – l'harmonisation au sens strict, le *lesson drawing*, l'élimination des discriminations à rebours ...

III. L'européisation du droit suisse : une affaire d'« applications » ou de « système d'exploitation » ?

1. Le « classicisme » de la reprise du droit de l'UE en Suisse

Perméabilité du droit suisse au droit européen ... diffusion horizontale de normes, standards, valeurs – sur fond de déterritorialisation des espaces socio-économiques, et de défis communs et externalités appelant une coopération accrue ... L'européisation du droit suisse s'inscrit pleinement dans les processus de globalisation et de régionalisation caractéristiques de notre époque.

Pourtant, à la surface, ses modalités et ses formes sont on ne pourrait plus classiques. Point de supranationalité, guère de souveraineté partagée. En lieu et place : lois et traités internationaux. Il y a une raison politique précise

¹⁷ Ibidem, art. 16b.

¹⁸ Cf. le postulat du Conseiller national Nordmann du 20 décembre 2006, n° 06.3839, et réponse du Conseil fédéral.

¹⁹ Rapport Europe 2006 précité, ch. 2.3.2.

derrière ce choix : la voie bilatérale se justifie aux yeux de l'électorat car elle préserve – en apparence du moins – la souveraineté nationale. Et la reprise « par doses homéopathiques »²⁰ du droit de l'UE, si elle se fait au travers de la loi ou de traités statiques, peut en effet être présentée en clé de « consentement souverain ».

Il demeure que la Suisse est engagée dans un processus complexe d'intégration régionale avec des moyens un peu « rétro ». En 1996 déjà, Roland BIEBER observe avec humour :

« La Suisse recourt [dans sa politique d'intégration] aux moyens d'action traditionnels de l'Etat, comme un vieux professeur qui continue à rédiger ses textes à la machine à écrire, et qui refuse de se servir d'un ordinateur car il estime que le changement serait trop grand (et coûteux), et car au fond il pense pouvoir obtenir les mêmes résultats avec les moyens habituels »²¹.

On le dira aussi différemment, pour mieux introduire notre prochain thème. Joseph WEILER a affirmé que « constitutionalism is the DOS or Windows of the European Community »²². Or, par sa politique d'intégration, la Suisse donne (délibérément) l'impression d'« installer » un grand nombre d'applications européennes dans son propre ordre juridique, sans toutefois toucher au « système d'exploitation » de ce dernier.

Ainsi, confronté à ses sources habituelles, le juriste suisse n'a qu'à poursuivre son travail selon les méthodes habituelles, sans trop se soucier de la nature substantiellement transnationale du droit qu'il est appelé à manier. Certes, ici et là on retrouve des dispositions, tel l'article 16 ALCP, qui le contraignent à parcourir le Recueil des arrêts de la Cour de justice de l'UE. Mais ce n'est rien de préoccupant. Au fond, de telles clauses sont rares, et elles sont ce qu'il y a de plus classique : des dispositions inscrites dans un traité avec le consentement des parties ...

Ce classicisme représente la surface du phénomène. En réalité, l'eupérisation du droit suisse travaille plus en profondeur. L'isomorphisme des règles juridiques tend à entraîner une osmose dynamique entre les ordres juridiques. Le droit suisse se trouve au milieu d'un processus de transformation qui touche bel et bien à son « système d'exploitation » – particulièrement, aux « méta-règles » qui président à la classification des sources et à l'interprétation du droit.

2. La « dynamisation » jurisprudentielle des accords sectoriels

Les accords sectoriels Suisse-UE s'interprètent, naturellement, à la lumière des principes généraux de la Convention de Vienne. Mais ils ne sont pas tous des accords ordinaires. Comme on l'a vu, plusieurs d'entre eux opèrent en substance un « transfert » du droit d'une partie contractante à l'autre partie contractante. Ceci pose une question essentielle : quel est le rapport de systèmes (droit de l'UE, droit « bilatéral ») institué par les accords ? Au centre

²⁰ FREIBURGHAUS, Königsweg oder Sackgasse? – Sechzig Jahre schweizerische Europapolitik, 2009, p. 364.

²¹ BIEBER, Staatlicher Alleingang als Alternative zur Integration?, Voträge, Reden und Berichte aus dem Europa-Institut der Universität des Saarlandes, n. 346, 1996, 1.

²² WEILER, The Reformation of European Constitutionalism, JCMS (1997), 97.

de cette question on en retrouve une autre, centrale d'un point de vue dogmatique et pratique : si les dispositions des accords reproduisent des dispositions de droit de l'UE, faut-il interpréter les premières à la lumière de l'interprétation que la Cour de justice donne des secondes ?

Cette question a été discutée surtout par rapport à l'Accord sur la libre circulation des personnes, dont nous nous sommes déjà occupés. Pour mémoire :

- L'accord vise, selon son préambule, à « réaliser la libre circulation des personnes entre [la Suisse et l'Union européenne] en s'appuyant sur les dispositions en application [dans l'Union] ». A cet effet il reprend, comme nous l'avons vu, pratiquement l'ensemble de l'*acquis* qui était en vigueur avant sa signature, et il impose, en son art. 16, al. 2, la prise en compte de la jurisprudence pertinente de la rendue avant sa signature. Il vise donc, indéniablement, à réaliser un régime « bilatéral » de libre circulation qui est parallèle au régime européen.
- Mais en raison la réserve de souveraineté suisse, le parallélisme visé ne peut pas être parfait. En particulier, la reprise de l'*acquis* est statique – alors que l'*acquis*, lui, est éminemment dynamique. Surtout, la jurisprudence rendue par la Cour après la signature de l'accord (« postérieure »), qui est le principal moteur de l'évolution du droit de la libre circulation, est simplement communiquée à la Suisse, et le comité mixte institué par l'accord peut en « déterminer les implications » – ce que, ajoutons maintenant, il n'a jamais fait à ce jour.

Bref, la structure et le dispositif de l'accord révèlent une certaine tension entre le but du « parallélisme » affiché dans le préambule et les marges d'autonomie – et donc de déviation par rapport à l'*acquis* – laissées à la Suisse. Cette ambivalence autorise plusieurs « lectures d'ensemble », notamment en ce qui concerne la question de la reprise de la jurisprudence postérieure. A une lecture strictement littérale de l'article 16 ALCP – seule la jurisprudence « antérieure » de la Cour compte, sous réserve d'une décision unanime du comité mixte – on peut opposer une lecture téléologique et dynamique – toute la jurisprudence pertinente de la Cour compte, sous réserve du droit des autorités suisses de refuser certains développements de la jurisprudence postérieure²³.

Or, par un processus tortueux d'apprentissage, le juge suisse a été graduellement amené à faire sienne la lecture la plus dynamique. Le fil rouge de ce processus a été la jurisprudence de la Cour de justice en matière de regroupement familial, de *Akrich* à *Metock*.

- L'arrêt *Akrich* de 2003 restreint fortement (et de manière inattendue) la portée du droit au regroupement familial tel que prévu par l'*acquis* de la libre circulation. Bien que « postérieur », il est très vite repris par le Tribunal fédéral (TF) aux fins de l'interprétation des dispositions correspondantes de l'ALCP²⁴. La décision du TF se prête à deux lectures :

²³ Cf. notamment EPINEY, Zur Bedeutung der Rechtsprechung des EuGH für Anwendung und Auslegung des Personenfreizügigkeitsabkommen, ZBJV (2005), p. 1.

²⁴ Arrêt du Tribunal fédéral (ATF) 130 II 1.

une lecture en clé de *souveraineté nationale* – reprendre *Akrich* permet, sur le plan matériel, d'élargir les marges d'autonomie de la Suisse en matière d'immigration ; et une lecture en clé *intégrationniste* – en reprenant *Akrich*, le TF ne fait qu'assurer le parallélisme des régimes juridiques de libre circulation.

- Peu après, en novembre 2003, le TF énonce sa position de principe sur la reprise de la jurisprudence « postérieure » : « Les arrêts rendus postérieurement à [la date de signature de l'ALCP] peuvent, le cas échéant, être utilisés en vue d'interpréter [l'accord], surtout s'ils ne font que préciser une jurisprudence antérieure »²⁵. A bien voir, le TF se laisse les mains entièrement libres dans le maniement de la jurisprudence de la Cour : les arrêts postérieurs ne le lient pas, et ils *peuvent* être utilisés aux fins de l'interprétation de l'ALCP, *surtout* s'ils sont peu novateurs ... mais aussi en cas contraire.
- Sur ces bases, le TF développe une jurisprudence casuistique, dans laquelle il a recours très fréquemment à la jurisprudence postérieure de la Cour – y compris aux arrêts les plus « novateurs » – sans pour autant laisser transparaitre les critères selon lesquels il reprend certains arrêts et en refuse d'autres²⁶.
- En 2007, la Cour de justice prend les distances de l'arrêt *Akrich* avec son arrêt *Jia*. Une année plus tard, avec l'arrêt *Metock*, elle enterme définitivement la jurisprudence *Akrich*. Les réactions du TF sont intéressantes. Peu après *Jia*, et anticipant la venue de *Metock*, il défend résolument le *statu quo* avec des arguments significatifs. Nous en retenons deux. Pour commencer, les arrêts postérieurs « ne le lient pas » et il est libre de les écarter. Ensuite, la jurisprudence *Akrich* présente cet avantage, qu'elle « [ménage] les prérogatives de la Suisse en matière migratoire »²⁷. Le deuxième argument est purement politique, et il éclaire rétrospectivement les raisons qui ont amené le TF à reprendre *Akrich*. Le premier, techniquement correcte, est intenable : si *Akrich*, arrêt postérieur à la signature de l'ALCP, a été repris, comment justifier la non-reprise d'un arrêt tout aussi postérieur, intervenant sur le même point de droit, et réformant *Akrich* ?
- Libre dans ses déterminations, mais coincé par le principe de non-contradiction, le TF se résout en septembre 2009 à reprendre *Metock*. Mais il va plus loin, et il énonce sa « nouvelle doctrine » en matière de reprise de la jurisprudence postérieure : « Selon l'art. 16, al. 2 ALCP, la jurisprudence de la CJUE rendue antérieurement à la signature de l'accord est déterminante pour l'interprétation de l'ALCP. Sans y être tenu, le Tribunal fédéral peut [...] prendre en compte également les arrêts rendus postérieurement par la Cour [...]. L'ALCP vise, pour les domaines qu'il

²⁵ ATF 130 II 113, cons. 5.2.

²⁶ Cf. MOCK/FILLIEZ, Libre circulation des personnes et regroupement familial : à propos de la prise en compte de la jurisprudence de la Cour de Luxembourg par le Tribunal fédéral, RSDIE (2006), p. 237 ; EPINEY/CIVITELLA, Zur schweizerischen Rechtsprechung zum Personenfreizügigkeitsabkommen, Annuaire du droit de la migration 2007/2008, p. 227, p. 237.

²⁷ ATF 134 II 10.

couvre, à réaliser des régimes juridiques parallèles [...]. Pour ne pas mettre en danger [ce but], le Tribunal *tiendra compte* de manière appropriée des changements intervenus dans la jurisprudence de la Cour après la date de signature de l'accord [...]. Puisque la CJUE n'est pas compétente pour se prononcer sur l'interprétation de l'accord avec valeur contraignante pour la Suisse, le Tribunal fédéral est toujours en droit de s'écarter de sa jurisprudence pour des *motifs valables*. Eu égard au parallélisme visé par l'accord, il convient toutefois de ne pas créer à *la légère* des divergences juridiques »²⁸.

La nouvelle doctrine du TF est, naturellement, bien meilleure de l'ancienne – plus transparente dans ses principes, (potentiellement) plus prévisible dans son application. Mais le point qui nous intéresse est un autre. Bousculé par les oscillations de la jurisprudence de la CJUE, coincé par le principe de non-contradiction, le TF a finalement délaissé une lecture essentiellement statique de l'ALCP – plus conforme aux stipulations de l'accord – et a adopté une lecture de nettement plus dynamique – plus conforme à la nature « harmonisatrice » de l'accord. Autrement dit : sous la pression de l'évolution du droit européen, les rapports de système entre celui-ci et le droit de l'ALCP ont mué – d'un parallélisme « congelé » et statique à un rapport dynamique d'osmose. Et la jurisprudence postérieure de la Cour, tout en demeurant non contraignante, a acquis pour le TF un statut juridique proche de celui d'une source formelle.

3. L'interprétation du droit interne « européisé » ... est-ce bien du droit suisse ?

Le problème des rapports de système, et donc celui de la valeur éventuelle de la jurisprudence européenne, se pose également pour le droit suisse reproduisant des éléments de l'*acquis* de l'Union européenne. Faut-il l'interpréter conformément à l'« original » européen ?

Une position de fermeture complète serait à tout le moins concevable. Après tout, quel que soit son rapport de « filiation » par rapport à un droit étranger, c'est bien du droit suisse qu'il s'agit d'interpréter. A défaut d'une disposition spéciale comparable à l'article 16 ALCP – il n'y en a aucune à ma connaissance – ce sont donc les principes d'interprétation (littérale, systématique, historique, téléologique) qui trouvent à s'appliquer, sans égard à la jurisprudence de Luxembourg.

Une telle position, mettant l'accent entièrement sur l'extranéité du droit de l'UE, serait néanmoins surprenante chez un juge suisse. Traditionnellement, en effet, celui-ci s'estime libre de « jeter un coup d'œil » aux sources étrangères pour interpréter le droit interne au titre de la méthode comparative – à plus forte raison lorsque le législateur s'est lui-même inspiré d'un droit étranger. Recours « libre » au droit et à la jurisprudence européennes donc ?

Il s'agit d'une option attrayante, car elle ne perturbe pas l'orthodoxie juridiques – après tout, le droit de l'UE est formellement un droit étranger – tout en étant méthodologiquement ouverte – après tout, le droit de l'UE est en substance de moins en moins un droit étranger. Le défaut d'une telle

²⁸ ATF 136 II 5, cons. 3.4, traduction libre.

approche, toutefois, est d'être inadaptée aux proportions qu'a pris l'européisation du droit suisse. Des pans entiers du droit interne sont désormais concernés. Est-il acceptable, du point de vue de la sécurité juridique, que le juge choisisse librement, au cas par cas, s'il faut procéder à une interprétation « eurocompatible » de ce *corpus* juridique ? Et dans la mesure où le législateur *visé* une harmonisation du droit interne avec le droit européen, ne faudrait-il pas procéder *obligatoirement* à une interprétation eurocompatible ?

Sur le plan doctrinaire, c'est bien cette opinion qui prévaut. Naturellement, l'accord sur ce principe de base – qui est en soi remarquable : le droit suisse *doit* dans certains cas être interprété à la lumière du droit européen – laisse la place à la dissension dès lors qu'on va plus en profondeur. Quelle est la base dogmatique de ce principe d'interprétation eurocompatible ? Une méthode comparative « renforcée », la méthode téléologique, un principe immanent d'interlégalité liant désormais le droit suisse au droit européen ? L'interprétation eurocompatible peut-elle se faire *contra verba legis* ? Et si le droit européen évolue alors que le droit suisse (originellement eurocompatible) ne suit pas, faut-il se référer au droit européen qui était connu du législateur, ou bien au droit européen sous sa forme actuelle ?

Ce débat n'est pas purement doctrinaire. Par la force des choses, les juges suisses se sont trouvés confrontés au problème de l'interprétation du droit suisse « adapté » au droit européen. L'arrêt le plus célèbre a été rendu en 2003 par la 1^e Cour civile du Tribunal fédéral. On peut y lire notamment ce qui suit :

« Le droit interne 'adapté' au droit européen doit, en cas de doute, être interprété de manière eurocompatible. Il s'agit d'un droit d'harmonisation et en tant que tel, en fin de compte, d'un 'droit unificateur' (*Einheitsrecht*) au même titre que le droit des traités. [...] [L]orsque l'ordre juridique suisse est rapproché à un ordre juridique étranger – ici, le droit européen – l'harmonisation ne doit pas être recherchée seulement au plan de la législation, mais aussi au plan de l'interprétation et de l'application, dans la mesure où les méthodes d'interprétation valables en droit interne le permettent »²⁹.

Retenons : (i) le droit « adapté » *doit* être interprété de manière eurocompatible ; (ii) la méthode d'interprétation eurocompatible est distincte des méthodes usuelles d'interprétation ; (iii) elle est subsidiaire par rapport à ces dernières. Le TF poursuit :

« Au niveau de l'application du droit, ce rapprochement ne se fait pas seulement par référence à la situation juridique qui existait au moment où le législateur a procédé à l'adaptation autonome. Plutôt, l'interprète doit surveiller (*im Auge behalten*) également l'évolution du droit avec lequel une harmonisation était recherchée »³⁰.

Donc : (i) l'interprétation eurocompatible est plutôt dynamique, même si (ii) le droit européen « postérieur » doit seulement être « surveillé » –

²⁹ ATF 129 II 335, cons. 6, traduction libre.

³⁰ Ibidem.

l'expression du TF suggère : pris en compte librement – dans l'interprétation du droit interne.

Le jugement est prudent dans ses expressions : subsidiarité du principe d'interprétation eurocompatible, prise en compte « libre » du droit européen « postérieur » ... Pourtant, il est audacieux dans son message. Les principes d'interprétation qui valent pour le droit interne doivent intégrer son éventuelle nature (substantiellement) transnational. L'interprète doit apporter sa propre contribution à l'osmose des systèmes juridiques. Les méta-règles du système juridique suisse doivent évoluer en fonction de son internationalisation, quoique celle-ci soit accomplie par des moyens traditionnels.

Peut-on conclure ici la discussion de cet aspect, pour passer aux conclusions générales ? Pas vraiment, pas encore. Car la prise de position audacieuse de la 1^e Cour civile du TF, confirmée par cette même Cour et souvent citée comme *leading case*³¹, n'a pas été suivie par l'ensemble des juridictions helvétiques.

D'autres Cours du Tribunal fédéral maintiennent, en effet, qu'en cas d'adaptation autonome, le juge peut – mais ne doit pas – tenir compte de la jurisprudence de Luxembourg pour interpréter le droit interne³². Dans un arrêt de 2007, le Tribunal administratif fédéral est allé jusqu'à affirmer que certes, la loi qu'il avait à interpréter en l'espèce avait été adaptée au droit européen, mais que

« On ne saurait [en] déduire que les dispositions suisses doivent se voir attribuer le même sens que le droit de l'UE, qui n'est pas directement applicable en Suisse. Au contraire, le droit suisse doit être interprété de façon autonome »³³.

En l'état, on dirait, plutôt que favoriser l'émergence d'un nouveau canon d'interprétation, l'europhésation du droit suisse a déstabilisé le canon existant.

Conclusions

Les détracteurs de la voie bilatérale soutiennent qu'elle est politiquement paradoxale : la Suisse refuse d'entrer dans l'UE pour préserver sa souveraineté, mais en fin de compte elle reprend des pans entiers de l'*acquis* de l'UE sans avoir le droit de participer à son élaboration. Enchaînons avec un paradoxe juridique : empreinte de méfiance à l'égard de toute méthode d'intégration supranationale, poursuivie par les moyens normatifs les plus classiques qui soient, la voie bilatérale génère des phénomènes juridiques infiniment plus déstabilisants que l'établissement de l'UE. La linéarité (relative) des principes d'intégration du droit européen au droit national est

³¹ Cf. p. ex. NYFFELER, Die Anwendung autonom nachvollzogener Normen des EU-Rechts, in Festschrift 100 Jahre Aargauischer Anwaltsverband, Zürich, 2005, 35.

³² Arrêt du Tribunal fédéral (non publié) du 14 novembre 2007, 2A.40/2007, cons. 2.4. Au lieu de s'appuyer sur ATF 129 III 335, cet arrêt se réfère au précédent établi dans ATF 124 II 193, cons. 6.

³³ Arrêt du Tribunal administratif fédéral du 5 décembre 2007, C-2092/2006, cons. 3.5.

supplantée par des méthodes expérimentales d'osmose juridique « horizontale ».

Le droit suisse, on l'a vu, est profondément influencé par le droit de l'UE, qui lui est formellement étranger. Il l'est « à grande échelle », mais ce n'est pas l'aspect quantitatif qui nous intéresse. Surtout il l'est, ou il commence à l'être, dans sa structure.

« Le droit notre ici, le droit leur là, le droit des uns d'un côté, le droit des autres d'un autre, le droit international et le droit interne superposés et séparés, le droit anglais et le droit français juxtaposés et strictement séparés ... Notre vision habituelle de l'univers juridique est une vision de géométrie plane. Cette vision, la globalisation nous contraint progressivement à l'abandonner »³⁴.

Ceci s'impose désormais à l'évidence en Suisse. Le droit de l'UE est sans le moindre doute un droit étranger. Mais la dichotomie « national/étranger » a déjà perdu une grande partie de sa netteté. Il faut désormais trouver un nouveau vocabulaire permettant de cerner les états intermédiaires.

La globalisation « tend à déstabiliser les canons, les principes, les hiérarchies dans lesquels nos droits semblent installés »³⁵.

Elle le fait en mettant en communication les systèmes juridiques, et en générant des besoins permanents de coordination et d'ajustement mutuels. En vertu de connections socio-économiques et juridiques de plus en plus denses, un arrêt de la Cour de justice est désormais susceptible de modifier sensiblement l'environnement normatif des dispositions en vigueur dans le *Drittstaat Schweiz*. Pour intégrer pleinement cette dimension, il faut alors ajuster et assouplir la définition de ce qui est « droit » en Suisse, et adapter les canons d'interprétation à ces circonstances d'ouverture. Ce processus a commencé en Suisse, et il avance lentement, parmi de compréhensibles résistances. Les canons existants ont été en partie déstabilisés, et un consensus sur des canons nouveaux peine encore à se former.

Il n'y a rien de surprenant à cela : après tout, redéfinir les fondamentaux d'un système juridique est nécessairement un travail de longue haleine.

³⁴ AUBY, *op. cit.*, p. 13.

³⁵ *Ibidem*, p. 14.