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

Herausgeber: Schweizerischer Juristenverein

Band: 125 (2006)

Artikel: Droit administratif international

Autor: Nguyen, Minh Son

DOI: https://doi.org/10.5169/seals-896060

Nutzungsbedingungen

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

Conditions d'utilisation

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

Terms of use

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

Download PDF: 02.07.2025

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

Droit administratif international

MINH SON NGUYEN*

* Avocat, docteur en droit, professeur à l'Université de Lausanne. – La présente contribution n'aurait pas pu voir le jour sans l'aide, la disponibilité et la perspicacité de notre assistante, Mlle CAROLE WAHLEN. Merci à elle.

Table des matières

I. Introduction 79
II. Quelques considérations générales 80
1. Droit administratif international et droit international administratif 80
2. Droit international privé et droit administratif international 81
3. Le droit administratif international à la lumière du principe de la territorialité 81
4. Le droit administratif international à la lumière du déploiement de l'activité administrative dans l'espace 84
5. Le droit administratif international à la lumière de la «Global Administration» 85
6. Le droit administratif international au sens de la présente contribution 88
III. Les notions fondamentales du droit administratif international 89
1. Les compétences de l'Etat en matière internationale 89
a) La portée spatiale des compétences de l'Etat – Le principe de la territorialité 89
b) Les compétences exercées par l'Etat hors de son territoire 91
2. L'effet extra-territorial des normes, des actes administratifs au sens large, et des plans 92
3. La compétence internationale des autorités suisses 97
4. Les conflits de compétence et leur résolution 97
5. Quelques exemples illustrant les conséquences et les enjeux de la souveraineté territoriale ainsi que du principe de la territorialité . . 98
IV. Le droit des règles de conflit et le droit administratif international . . . 105
1. Antagonisme entre le raisonnement conflictuel et le droit administratif? 105
2. Quelques notions de base pour appréhender le droit administratif international 107
V. Le droit applicable 112
1. L'application du droit administratif interne 112
2. L'application du droit administratif étranger 116
a) Introduction 116
b) La prédominance de l'unilatéralité en droit administratif international 119
c) Le droit administratif étranger est-il applicable même en l'absence de renvoi? 120
d) La possibilité d'une règle de conflit bilatérale 120
e) Les limites de l'application du droit administratif étranger 120
VI. La reconnaissance et l'exécution des actes administratifs étrangers . . 121
1. La notion de reconnaissance et d'exécution 121
2. Modalités de reconnaissance 122
3. La nature juridique de l'acte à reconnaître 125
4. L'obligation de reconnaissance 129
5. Etendue et effets de la reconnaissance 132

6. La reconnaissance des actes administratifs viciés 133
7. La compétence de révoquer l'acte reconnu? 133
VII. Quelques aspects de procédure en droit administratif international . . 134
VIII. Conclusion 135

I. Introduction

Dans un roman juridique intitulé *Introduction au droit martien*, un dénommé PHILIPPE LEDOUX a cherché à donner une présentation méthodique et systématique des règles de droit en vigueur sur le Principal Continent de la Planète Mars. L'auteur y consacre un paragraphe sur le lien entre le droit martien et le droit spatial. En effet, en date du 27 janvier 1967, a été ouvert à Londres, Moscou et Washington, un traité sur les principes régissant les activités des Etats en matière d'exploration et d'utilisation de l'espace extra-atmosphérique, y compris la lune et les autres corps célestes, dit Traité sur l'Espace Extérieur. Quel est le champ d'application spatial de ce traité? Est-il valable sur Mars? PHILIPPE LEDOUX a répondu à ces questions comme suit:

> «De prime abord, le fait qu'aucune entité martienne n'en soit signataire milite en faveur d'une réponse négative: pourquoi les Martiens seraient-ils liés par un accord qu'ils n'ont pas conclu? Mais à l'inverse, le Traité consacre des principes généraux qui paraissent inspirés du droit naturel et qui pourraient bien, à ce titre, constituer les fondements d'un Droit inter-planétaire public en devenir. Par exemple, il est certainement souhaitable que le principe du caractère nécessairement pacifique de l'exploration spatiale soit adopté même par les nations extra-terrestres.
>
> A l'inverse, l'interdiction d'appropriation des corps célestes posée à l'article II du Traité ne peut, à l'évidence, être imposée à d'autres que des Terriens. Comment en effet pourrait-on interdire aux Etats ou aux cités martiennes de prétendre à la souveraineté sur leurs territoires? Pis encore, comment contester au laboureur martien la propriété de son champ, à la compagnie la propriété des soucoupes qu'elle a élevées ou à la ‹maison› martienne propriété de ses habitants?
>
> Le Traité sur l'Espace Extérieur se révèle ici clairement trop géocentriste. Ses auteurs ont raisonné littéralement ‹à partir› de la Terre, dont l'atmosphère constituerait la frontière extérieure, en ignorant totalement la possible existence d'une humanité extra-terrestre. Bref, le Droit interplanétaire public doit encore faire sa propre révolution copernicienne. Il y a urgence, notamment en raison des frictions diplomatiques que peut susciter l'implantation de colonies terriennes sur la Planète rouge.»[1]

Que le lecteur de la présente contribution soit rassuré. Il n'est pas de notre propos de se lancer dans un roman juridique sur le droit administratif international. Mais on verra dans les lignes qui suivent que les interrogations de PHILIPPE LEDOUX au plan interplanétaire rejoignent en partie celles qui nous préoccupent, mais à un niveau bien plus modeste. On commencera par quelques considérations générales (ch. II). Ensuite, il sera question des notions fondamentales du droit administratif international (ch. III), des règles de conflit (ch. IV), du droit applicable (ch. V), de la reconnaissance et de l'exécution (ch. VI), de quelques aspects de procédure en droit administratif international (ch. VII) et enfin on terminera par une conclusion (ch. VIII).

---

1 PHILIPPE LEDOUX, Introduction au droit martien, Paris 2005, p. 53 ss.

II. Quelques considérations générales

La notion de droit administratif international est source de confusions, dès lors qu'il ne connaît pas encore de définition claire et précise. C'est pourquoi, il y a lieu de déterminer le lien entre le droit administratif international et le droit international administratif d'une part (ch. II.1), et entre le droit international privé et le droit administratif international d'autre part (ch. II.2). On verra qu'il y a plusieurs tendances dans la manière de concevoir le droit administratif international dont découlent trois subdivisions: le droit administratif international à la lumière du principe de la territorialité (ch. II.3), le déploiement de l'activité administrative dans l'espace (ch. II.4), la «Global Administration» (ch. II.5). Enfin, on expliquera les raisons de notre approche du droit administratif international (ch. II.6).

1. Droit administratif international et droit international administratif

A première vue, on pourrait penser que ces deux expressions sont synonymes. Tel n'est cependant pas le cas. Les qualificatifs ont leur importance. Au début du 20e siècle déjà, l'éminent auteur José Gascon y Marin a mis en évidence les différences entre ces deux notions:

> «Dans l'analyse des normes qui règlent l'activité administrative internationale, on emploie les dénominations ‹droit international administratif› ou ‹droit administratif international›.
>
> On peut penser que les deux dénominations sont synonymes, mais on peut aussi penser que chaque dénomination qualifie des ordres d'activité distincts, selon que prédomine la norme juridique émanée de la volonté interne d'un Etat ou les manifestations de volonté contractuelle de deux ou plusieurs Etats.
>
> De tout ceci, l'on peut déduire logiquement, à mon avis, la nécessité de préciser la terminologie en usage: ‹droit administratif international›, ‹droit international administratif›, d'expliquer les raisons pour lesquelles peut être interverti l'ordre des deux qualificatifs et de spécifier la portée et le contenu respectifs des deux branches de la science juridique ainsi dénommées.
>
> Il me semble pouvoir affirmer que, pour les relations où l'origine de la règle juridique applicable est de droit interne, la dénomination de ‹droit administratif international› semble plus particulièrement indiquée, car il s'agit de règles puisées à la même source qu'en droit interne, mais avec un but dépassant la règle purement nationale (par la nationalité et le territoire des personnes en cause et par le lieu où la relation se noue); et que, par contre, pour celles qui tirent leur origine d'une source différente, à savoir la volonté de plusieurs Etats, réagissant dans l'administration particulière de chacun d'eux ou créant des organes nouveaux dont la nature est, certes, très discutée, mais évidemment différente de celle des organes internes, l'expression ‹droit international administratif›, est, à mon avis, la plus adéquate»[2].

2 José Gascon Y Marin, p. 20 ss.

Le critère de l'origine de la règle juridique paraît séduisant. Cependant, comme on le verra ci-après, la distinction entre le droit administratif international et le droit international administratif résulte non pas de la source de la norme (source interne, source internationale), mais d'une approche profondément différente des rapports administratifs comportant un élément d'extranéité.

2. *Droit international privé et droit administratif international*

C'est à KARL NEUMEYER, professeur de droit international privé, qu'il faut attribuer la paternité de la conception selon laquelle il y a une structure comparable entre le droit international privé et le droit administratif international. Pour saisir sa manière de penser, il faut au préalable surmonter les pièges d'ordre linguistique. En effet, l'expression ‹droit international privé› est un terme conventionnel désignant une branche juridique qui ne relève ni du droit international au sens du droit des gens, ni du droit privé, car il s'agit d'un ensemble de normes fixant les limites de l'autorité de l'Etat[3]. Et c'est par extension de cette dénomination conventionnelle que l'auteur utilise l'expression ‹droit administratif international› pour désigner l'ensemble des normes fixant les limites de l'autorité d'un Etat vis-à-vis des autres en matière administrative.

3. *Le droit administratif international à la lumière du principe de la territorialité*

Notion. – Classiquement, le principe de la territorialité signifie qu'un Etat n'est pas habilité à accomplir des actes de puissance publique sur le territoire d'un autre[4]. Cela vaut pour la Suisse lorsqu'il est question d'actes de puissance publique susceptibles de déployer leurs effets hors du territoire helvétique. Mais cela vise aussi les actes de puissance publique émanant d'autres

3 NEUMEYER, Le droit administratif international, Revue générale du droit international public, 1911, p. 493.

4 On étudiera plus loin les différents contours de ce principe; BLAISE KNAPP, Précis de droit administratif, Bâle et Francfort-sur-le-Main 1991, p. 42 ss; MARKUS KRIECH, Grenzüberschreitender Umweltschutz im schweizerischen Recht, Zurich 1986, p. 57 ss; MARC LAHUSEN, Die unerlaubte Handlung durch Immissionen nach Art. 138 IPRG, Zurich 2001, p. 76 ss; PETER TSCHANNEN, Staatsrecht der Schweizerischen Eidgenossenschaft, Berne 2004, p. 199.

Etats qui pourraient avoir des incidences en Suisse. La règle est si importante qu'elle bénéficie d'une protection par le droit pénal[5] (art. 271[6] et 299[7] CP)[8].

Lien entre le principe de la territorialité et le droit administratif international. – Le droit public ne s'applique pas à tout ce qui se trouve ou qui se passe sur le territoire. Il existe de multiples formes de relation au territoire. Une personne, un objet ou un événement peut s'y trouver, respectivement s'y produire de manière momentanée, durable ou fixe. Il est donc indispensable de déterminer dans quels cas, et selon quels critères le droit public trouve application aux personnes et aux situations en cause. C'est la problématique des circonstances de rattachement qui doivent être objectives et pertinentes, comme par exemple, le domicile, la nationalité, le lieu de situation (pour les immeubles), les effets sur le territoire. Comme chaque Etat définit de manière autonome les conditions d'application de son droit public, il peut arriver que plusieurs législations nationales soient applicables – ou inapplicables en même temps. D'où la nécessité d'établir des règles de conflit. Mais, au-delà de la question du droit public matériel applicable, il faut également trancher

---

5 Pierre Moor, Droit administratif, volume I, Berne 1994, p. 159.

6 «1. Celui qui, sans y être autorisé, aura procédé sur le territoire suisse pour un Etat étranger à des actes qui relèvent des pouvoirs publics,
celui qui aura procédé à de tels actes pour un parti étranger ou une autre organisation de l'étranger,
celui qui aura favorisé de tels actes,
sera puni de l'emprisonnement et, dans les cas graves, de la réclusion.
2. Celui qui, en usant de violence, ruse ou menace, aura entraîné une personne à l'étranger pour la livrer à une autorité, à un parti ou à une autre organisation de l'étranger, ou pour mettre sa vie ou son intégrité corporelle en danger, sera puni de la réclusion.
3. Celui qui aura préparé un tel enlèvement sera puni de la réclusion ou de l'emprisonnement.»

7 «1. Celui qui aura violé la souveraineté territoriale d'un Etat étranger, notamment en procédant indûment à des actes officiels sur le territoire de cet Etat, celui qui aura pénétré sur le territoire d'un Etat étranger contrairement au droit des gens, sera puni de l'emprisonnement ou de l'amende.
2. Celui qui, du territoire suisse, aura tenté de troubler par la violence l'ordre politique d'un Etat étranger sera puni de l'emprisonnement.»

8 Mais l'application de ces deux normes pénales est exclue dans le domaine du droit cartellaire issu de l'accord sur le transport aérien conclu entre la Suisse et la Communauté européenne (RS 0.748.127.192.68). Selon Simon Hirsbrunner, Die kartellrechtlichen Bestimmungen des Abkommens über den Luftverkehr, in: Accords bilatéraux Suisse-UE, Bâle/Genève/Munich 2001, p. 474 ss, «Zur Wahrnehmung Ihrer Zuständigkeiten unter dem Abkommen können die EG-Institutionen, d. h. im Wesentlichen die EG-Kommission, in der Schweiz rechtmässig Entscheidungen zustellen und Untersuchungsmassnahmen vornehmen. Die Anwendung der Art. 271 und 273 StGB wird insofern ausgeschlossen. Die schweizerischen Behörden der EG-Mitgliedstaaten Beistand leisten. Auf ein entsprechendes Ersuchen unterstützen sie die Kommission bei Nachprüfungen (Durchsuchungen) oder führen eigene Nachprüfungen durch.»

d'autres questions, savoir la compétence, ou encore la reconnaissance des décisions étrangères. Toutes ces problématiques peuvent faire l'objet de normes internes. Dans certains domaines, il existe en outre des normes issues du droit international public traitant des mêmes objets. C'est par exemple le cas du droit fiscal, du droit des assurances sociales, du droit économique, ou encore du droit de la migration.

Définition du droit administratif international à partir du principe de la territorialité. – Des éléments qui précèdent, on constate qu'en prenant pour point de départ le principe de la territorialité, on parvient à une définition du droit administratif international qui présente, pour ce qui est des thèmes traités, des similitudes avec le droit international privé. C'est pourquoi, le droit administratif international, dont les normes sont issues tant du droit interne que du droit international, a pour objet de définir dans des règles de conflit, des circonstances de rattachement, soit un élément caractéristique dans la situation à régler dont la présence va déterminer la compétence et le droit applicable[9].

Similitudes et différences avec le droit international privé. – Défini comme tel, le droit administratif international présente des caractéristiques comparables au droit international privé. Pour KARL NEUMEYER, il faut cependant être conscient de l'existence d'une différence profonde qui sépare le droit administratif international du droit international privé (ou du droit civil international, autre expression équivalente):

> «En droit civil, la communauté internationale conduit les Etats à employer en commun les dispositions juridiques. Lorsqu'un Etat n'est pas lui-même compétent pour régler un cas déterminé, il ne reste pas inactif mais applique les lois de l'Etat étranger compétent et en reconnaît les actes spéciaux qui ont formé le cas en question. Pour le droit public et pour le droit administratif, en particulier, il n'en va pas de même. Ou bien l'Etat est compétent, ou bien il se désintéresse de la question. (. . .) Mais jamais s'il est lui-même incompétent, il n'a le devoir de régler les affaires des autres Etats. En d'autres termes, tandis qu'en droit civil les règles de compétence sont bilatérales, elles sont unilatérales en droit administratif.»[10]

9 NORBERT ACHTERBERG, Allgemeines Verwaltungsrecht, Heidelberg 1986, p. 36 ss; ALFRED GROF, Grundsatzfragen des internationalen Verwaltungsrechts am Beispiel des Umweltrechts, in: Die Leistungsfähigkeit des Rechts, Heidelberg 1988, p. 306 ss; MOOR (note 5), p. 160.

10 NEUMEYER (note 3), p. 496.

4. *Le droit administratif international à la lumière du déploiement de l'activité administrative dans l'espace*

Introduction. – Il y a lieu ici de déterminer s'il est justifié de définir le droit administratif international en prenant pour point de départ le principe de la territorialité. En effet, il est constant que le droit administratif «consiste en l'ensemble de normes juridiques qui régissent l'organisation et l'activité des administrations publiques»[11]. On voit dans cette définition que l'approche est bien différente que précédemment en ce sens qu'il ne s'agit pas de savoir quelle norme appliquer, par quelle autorité ou encore quelles sont les conditions de reconnaissance d'une décision. Le point de départ est autre. Il s'agit de l'administration: son organisation, ses activités.

Activités administratives internes et externes. – L'activité administrative ne se déploie pas seulement au plan interne, c'est-à-dire à l'intérieur du territoire de l'Etat, mais également dans le champ des relations internationales. Partant de ce constat, plusieurs auteurs ont, à la fin du XIXe siècle et au début du XXe siècle, étudié l'administration sous ses deux aspects: intérieur et extérieur, ce qui a donné lieu à des travaux sur l'administration internationale. Cette dernière notion n'est cependant pas circonscrite de la même manière.

Pour certains, l'administration internationale c'est «l'action de l'Etat pour défendre ses intérêts et les intérêts de ses ressortissants en face des autres Etats.»[12] Cette approche donne lieu à une conception du droit administratif international comparable à celle issue de l'analyse du principe de la territorialité.

Selon d'autres auteurs, l'administration internationale «c'est la formation, la conservation et le perfectionnement des institutions des Etats, créés pour gouverner et rendre possibles les relations sociales universelles et pour maintenir vivante et respectée la personnalité collective desdits Etats et, le cas échéant, celle de leurs membres.»[13]

Ou encore «c'est une conséquence de la communauté des Nations; c'est l'activité que, dans le domaine de la communauté générale, et en respectant les limites fixées par le droit international, exercent librement les Etats pour donner satisfaction à leurs intérêts essentiels».[14]

Partant, le droit administratif international a pour objet «l'ensemble des relations essentielles entre les Etats, les groupes sociaux, et les relations parti-

---

11 Moor (note 5), p. 1.

12 Gascon Y Marin (note 2), p. 8.

13 Il s'agit ici de la position de Posada, rapportée par Gascon Y Marin (note 2), p. 8.

14 Il s'agit ici de la position de Martens, rapportée par Gascon Y Marin (note 2), p. 9.

culières qui exigent le concours, l'appui de la protection des Gouvernements»[15].

José Gascon Y Marin donne une définition comparable mais plus détaillée:

> «est l'objet du droit administratif international l'activité développée pour les relations possédant un caractère international, caractère international qui peut tenir à diverses raisons: soit parce que les sujets en présence dans une relation juridique (d'un Etat vis-à-vis des ressortissants d'un autre) sont de nationalité différente, soit parce que l'élément national et l'élément territorial (actes administratifs) destinés à produire des effets en dehors du territoire de l'Etat qui les accomplit ne se confondent pas, cas dans lesquels les normes juridiques sont la plupart du temps des règles émanant du droit interne, du droit particulier de chaque Etat, soit parce qu'il y a des situations dans lesquelles l'administration apparaît liée par les actes de son propre Gouvernement, certes, mais résultant de conventions internationales qui, en agissant sur l'administration des divers Etats qui les concluent, agissent sur le droit administratif particulier de chacun d'eux en le modifiant.»[16]

En 2001, Christian Tietje a remis au goût du jour cette approche dans un ouvrage majeur intitulé Internationalisiertes Verwaltungshandeln[17]. L'auteur a analysé la naissance et le développement du concept de l'activité administrative internationalisée au travers de l'histoire du droit public allemand. Pour lui, les travaux de Robert von Mohl, puis de Lorenz von Stein ont été déterminants. S'ils ont été suivis par d'éminents auteurs comme Friedrich von Martens ou encore Georg Jellinek, leur conception a été fortement mise en cause par la *juristische Methode*, dont les plus illustres représentants ont été Paul Laband ou encore Otto Mayer; c'est dans cette lignée que s'inscrit Karl Neumeyer. Christian Tietje considère qu'il y a lieu de s'intéresser au contenu matériel de l'activité administrative au plan international et c'est dans cette perspective qu'il a rédigé son ouvrage.

5. *Le droit administratif international à la lumière de la «Global Administration»*

Notion. – Dans un article de fond intitulé «The Emergence of Global Administrative Law», trois auteurs anglo-saxons ont analysé le phénomène de la «global governance» en relation avec l'évolution du droit administratif. Ils ont cherché à systématiser les différentes études au niveau national, transnational et international et sont parvenus à la définition suivante:

---

15 Gascon Y Marin (note 2), p. 9.

16 Gascon Y Marin (note 2), p. 20; dans le même sens, Charles Rousseau, Principes généraux du droit international public, Paris 1944, p. 92.

17 Christian Tietje, Internationalisiertes Verwaltungshandeln, Berlin 2001, *passim*.

> «[We] define global administrative law as comprising the mechanisms, principles, pratices, and supporting social understandings that promote or otherwise affect the accountability of global administrative bodies, in particular by ensuring they meet adequate standards of transparency, participation, reasoned decision, and legality, and by providing effective review of the rules and decisions they make. Global administrative bodies include formal intergovernmental regulatory bodies, informal intergovernmental regulatory networks and coordination arrangements, national regulatory bodies operating with reference to an international intergovernmental regime, hybrid public-private regulatory bodies, and some private regulatory bodies exercising transnational governance functions of particular public signifiance.»[18]

L'approche des auteurs précités est comparable à celle de LORENZ VON STEIN ou de MARTENS. Elle part d'un constat de type sociologique, savoir l'existence d'une administration globale[19] ou transnationale. Selon eux, il est possible d'identifier un espace administratif global (global administrative space) occupé par une kyrielle d'institutions administratives et d'entités (individus, entreprises, ONG). Ils sont conscients du fait que leur conception peut faire l'objet de critiques, mais insistent sur l'existence de toute une série de structures internationales ou transnationales, notamment dans le domaine économique (l'OCDE, l'OMC, le G7/G8, les structures de coopération antitrust, le FMI) ou encore dans celui de l'environnement (processus de Kyoto), ou de la sécurité (AIEA pour la sécurité nucléaire, les mécanismes de contrôle dans le domaine des armes chimiques)[20]. BENEDICT KINGSBURY/NICO KRISCH/RICHARD B. STEWARD, se reconnaissent dans cette définition de PAUL NEGOLESCO[21]

> «le droit international administratif est une branche du droit public qui, examinant les phénomènes juridiques dont l'ensemble constitue l'Administration internationale, cherche à découvrir et à préciser les normes qui régissent ces activités et à les systématiser.»[22]

Pour ces auteurs, le «global administrative law» permet de rassembler différentes matières juridiques ayant trait à l'administration globale mais traitées de manière séparée souvent pour des raisons conceptuelles. Il comprend ainsi le «international administrative law» (c'est-à-dire l'ensemble des règles, des procédures et des institutions par lesquelles les organisations internationales règlent les conflits de travail ou des affaires internes), et le droit administratif international au sens défini par KARL NEUMEYER[23].

---

18 BENEDICT KINGSBURY/NICO KRISCH/RICHARD B. STEWARD, The Emergence of Global Administrative Law, 2005, *http://law.duke.edu/journals/lcp*, p. 17.

19 On traduit aussi l'adjectif «global» par mondial.

20 KINGSBURY/KRISCH/STEWARD (note 18), p. 18.

21 KINGSBURY/KRISCH/STEWARD (note 18), p. 28.

22 NEGULESCO, Les principes du droit international administratif, in: Recueil des cours 1935-I, tome 51, Paris 1935, p. 539.

23 KINGSBURY/KRISCH/STEWARD (note 18), p. 27–28.

Les cinq types d'administration globale. – BENEDICT KINGSBURY/NICO KRISCH/RICHARD B. STEWARD, ont mis en lumière cinq types d'administration globale qui peuvent être combinés entre eux, savoir:

- L'administration par des organisations internationales *(administration by formal international organizations)*. Cette forme d'administration résulte des traités de droit international public. Un des exemples les plus importants est le Conseil de sécurité des Nations Unies et ses comités. Il en va de même du Haut Commissariat des Nations Unies pour les Réfugiés (UNHCR), l'Organisation Mondiale de la Santé (OMS) ou encore de la Banque Mondiale[24].
- L'administration issue de l'action collective par les réseaux de coopération entre entités nationales *(administration based on collective action by transnational networks of cooperative arrangements between national regulatory officials)*. Ce secteur est caractérisé par l'absence de structure de prise de décision obligatoire et par la dominance de la coopération informelle des différents acteurs. A titre d'exemple, le Comité de Bâle, forum de coopération régulière en matière bancaire n'est investi d'aucune autorité supranationale et ses conclusions n'ont pas de force obligatoire[25].
- L'administration conduite par les régulateurs nationaux *(distributed administration conducted by national regulators under treaty, network, or other cooperative regimes)*. Dans ce cadre, les entités nationales agissent comme parties prenantes de l'espace administratif global en ce sens qu'elles prennent des décisions sur des thèmes dépassant le cadre national. Il y a, à titre d'exemple, l'activité extraterritoriale consistant, pour un Etat, à réguler une activité en provenance d'un autre Etat (interdiction d'importation de certains produits). Mais même une activité administrative interne sans effet extraterritorial immédiat peut participer de l'espace administratif global. C'est le cas des mesures prises dans le domaine de l'environnement: les entités nationales sont chargées de l'application du droit international de l'environnement pour atteindre des objectifs communs[26].
- L'administration par la collaboration entre les instances intergouvernementales et les privés *(administration by hybrid intergovernmental-private arrangements)*. C'est une forme d'administration hybride. Tel est le cas de la Commission Codex Alimentarius qui adopte les normes standard dans le domaine de l'alimentation et inclut en son sein une part significative d'acteurs non gouvernementaux. Dans le domaine de l'Internet, l'ICANN (Internet Corporation for Assigned Names and Numbers) a été créée en octobre 1998 à l'initiative du gouvernement américain, qui en a

24 KINGSBURY/KRISCH/STEWARD (note 18), p. 20 ss.
25 KINGSBURY/KRISCH/STEWARD ARD (note 18), p. 20 ss.
26 KINGSBURY/KRISCH/STEWARD (note 18), p. 20 ss.

décrit la mission dans son Livre blanc, soit de succéder au gouvernement américain dans l'administration de l'Internet. Elle doit traiter à ce titre des questions relatives aux noms de domaines, mais aussi aux adresses IP (numéros identifiant chaque machine sur l'Internet) et aux protocoles permettant aux machines de communiquer entre elles. L'ICANN est une organisation internationale: ses équipes et ses dirigeants sont des personnes de tous pays et disposant d'un large éventail de compétences. Elle est la plus haute autorité internationale pour toutes les questions liées aux noms de domaines, adresses et protocoles. Juridiquement, l'ICANN est une société à but non lucratif fonctionnant selon les lois de l'Etat de Californie[27].

- L'administration par les institutions privées *(administration by private institutions with regualtory functions)*. L'exemple le plus connu est l'Organisation internationale de normalisation (ISO). C'est un réseau d'instituts nationaux de normalisation de 156 pays, selon le principe d'un membre par pays, dont le Secrétariat central, situé à Genève, Suisse, assure la coordination d'ensemble. Il faut également mentionner le SWIFT (Society for Worldwide Interbank Financial Transaction), une société coopérative de droit belge, basée à Bruxelles, détenue et contrôlée par ses 1500 adhérents, parmi lesquels les 500 plus grosses banques mondiales. Fondée par un ensemble de 239 banques en 1973, elle a ouvert le réseau opérationnel de même nom en 1977 et gère l'ensemble de ses infrastructures[28].

6. *Le droit administratif international au sens de la présente contribution*

Des développements qui précèdent, on constate qu'il existe deux tendances. Dans la première, la substance du droit administratif international s'organise autour du principe de la territorialité. Quant à la seconde, elle a une conception beaucoup plus large, car elle embrasse non seulement les questions liées au principe de la territorialité, mais également l'ensemble de l'activité administrative au plan international.

A notre sens, il y a lieu de se référer à la première tendance lorsqu'on parle de droit administratif international[29]. On ne retient pas la seconde approche, car elle relève plutôt du droit international public, plus précisément du droit international administratif. Par ailleurs, la thématique de l'administration internationale, c'est-à-dire notamment les organisations internationales et les

27 Kingsbury/Krisch/Steward (note 18), p. 20 ss.

28 Kingsbury/Krisch/Steward (note 18), p. 20 ss.

29 Les travaux de Christine E. Linke, Europäisches Internationales Verwaltungsrecht, Frankfurt am Main 2001 nous ont été d'une grande utilité. C'est pourquoi, on la citera régulièrement.

règles qui les régissent, a déjà été traitée dans nombre d'ouvrages sur le droit international public.

III. Les notions fondamentales du droit administratif international

Au vu du choix que nous avons fait dans notre approche du droit administratif international, on étudiera les thèmes suivants: les compétences de l'Etat en matière internationale (ch. III.1), l'effet extra-territorial des normes et des actes administratifs (ch. III.2) – thèmes qu'on illustrera par quelques exemples (ch. III.3).

1. Les compétences de l'Etat en matière internationale

a) La portée spatiale des compétences de l'Etat – Le principe de la territorialité

Introduction. – Il s'agit ici des «compétences [qui] découlent de la souveraineté sur le territoire, et en sont des manifestations ou des conséquences, non le contenu»[30]. C'est pourquoi, l'expression «souveraineté territoriale» est considérée comme «une facilité de langage plus commode qu'exacte»[31]. Au-delà de la question de la délimitation du territoire étatique qui n'est pas traitée ici, il y a lieu de rappeler que la souveraineté territoriale a deux caractères fondamentaux: la plénitude de son contenu et l'exclusivité de son exercice.

La plénitude. – La plénitude de la souveraineté territoriale signifie que

> «le droit international reconnaît à l'Etat le droit d'exercer, selon sa propre appréciation discrétionnaire, toutes les fonctions de commandement destinées à favoriser les activités – licites au regard du droit international – qui se déroulent sur son territoire.»[32].

Cette caractéristique s'applique à toutes les fonctions étatiques qui peuvent être exercées par voie de législation, de réglementation, de juridiction civile, pénale, administrative ou d'administration.

Il existe cependant des exceptions qui découlent des engagements des Etats de s'abstenir de mener certaines politiques ou de réglementer certaines activités, d'élaborer une législation adaptée à telle ou telle fin; il y a égale-

30 Quoc Dinh Nguyen/Patrick Dailler/Alain Pellet, Droit international public, Paris 1999, p. 459. La souveraineté territoriale se manifeste aussi au travers du principe de la territorialité des langues ou encore de la souveraineté fiscale.

31 Nguyen/Dailler/Pellet (note 30), p. 459.

32 Nguyen/Dailler/Pellet (note 30), p. 470.

ment des engagements visant à prévoir certains principes dans l'exercice de la souveraineté territoriale à l'égard de telle catégorie de personnes ou d'activités. S'agissant des personnes, par exemple, on observe une réticence des Etats à l'égard de la notion «d'étrangers privilégiés», ce qui explique la préférence accordée aux accords bilatéraux, censés mieux garantir la réciprocité des sacrifices de souveraineté, et explique également les contestations à l'encontre des standards minimaux de traitement des étrangers, ou encore les régimes conventionnels disparates protecteurs des réfugiés, apatrides ou personnes déplacées[33].

L'exclusivité. – L'exclusivité dans l'exercice de la souveraineté territoriale signifie que l'Etat agit «par l'unique intermédiaire de ses propres organes, les pouvoirs de législation, d'administration, de juridiction et de contrainte sur son territoire»[34]. On en tire deux conséquences. La première: l'Etat est en droit de s'opposer aux activités des autres Etats sur son territoire (droit d'interdire l'accès au territoire et droit à l'intégrité territoriale ainsi qu'à la prohibition de l'ingérence). La seconde: l'illicéité de tout acte de contrainte en territoire étranger.

A titre d'exemple illustrant le principe de l'exclusivité de la souveraineté territoriale on mentionne l'article 4 de la Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée:

> «1. Les États Parties exécutent leurs obligations au titre de la présente Convention d'une manière compatible avec les principes de l'égalité souveraine et de l'intégrité territoriale des États et avec celui de la non-intervention dans les affaires intérieures d'autres États.
>
> 2. Aucune disposition de la présente Convention n'habilite un État Partie à exercer sur le territoire d'un autre État une compétence et des fonctions qui sont exclusivement réservées aux autorités de cet autre État par son droit interne.»[35]

Comme pour la plénitude, l'exclusivité peut connaître des exceptions issues des engagements pris par les Etats, ou en vertu du droit international coutumier, cela dans le cadre des rapports interétatiques, ou des rapports entre Etats et organisations internationales.

---

33 NGUYEN/DAILLER/PELLET (note 30), p. 474.

34 NGUYEN/DAILLER/PELLET (note 30), p. 474.

35 Message concernant l'approbation de la Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée, de son Protocole additionnel visant à prévenir, réprimer et punir la traite des personnes, en particulier des femmes et des enfants, ainsi que de son Protocole additionnel contre le trafic illicite de migrants par terre, air et mer du 26 octobre 2005, FF 2005, p. 6293.

b) Les compétences exercées par l'Etat hors de son territoire

Introduction. – L'exercice des compétences hors du territoire étatique n'est pas exclu, mais il doit reposer sur des titres de compétences, savoir: le droit de la guerre ou les «délégations» de pouvoirs consentis par la communauté internationale ou par le souverain territorial, le lien de nationalité, ou encore le service public.

Les compétences territoriales «mineures»[36]. – On utilise cette expression pour désigner la situation où l'Etat exerce certaines compétences sur des espaces qui n'appartiennent pas à son territoire. L'exercice peut être exclusif (cession territoriale sans transfert de la souveraineté, occupation militaire, servitude internationale, protectorat) ou collectif (condominum, occupation militaire collective) ou encore contrôlé (mandat, tutelle, territoires non autonomes).

La compétence personnelle. – C'est ici le lien d'allégeance particulier qui subordonne une personne donnée à l'Etat qui constitue le titre justifiant l'exercice des compétences hors du territoire étatique. La nationalité est le lien le plus fort, mais il n'est pas le seul. Les personnes physiques ou morales, de même que les engins peuvent en bénéficier[37].

En principe, quelle que soit sa nationalité, la personne est soumise à la souveraineté territoriale, plénière et exclusive, de cet Etat. C'est pourquoi,

> «la compétence personnelle de l'Etat d'origine ne peut s'exercer que dans les limites imposées par la compétence territoriale de l'Etat hôte.»[38]

A ce sujet, il y a lieu de se référer à l'affaire du *Lotus* (CPJI, 1927, série A, nº 10, p. 19). Il s'agit de l'abordage en haute mer d'un navire turc par un navire français, le *Lotus*, dont l'officier responsable au moment de l'accident fut ensuite l'objet de poursuites pénales lorsque le navire fit relâche dans un port turc[39]. Saisie de l'affaire, la Cour Permanente de Justice Internationale a déclaré:

> «Loin de défendre, d'une manière générale aux Etats d'étendre leurs lois et leurs juridictions à des personnes, des biens et des actes hors du territoire, le droit international leur laisse à cet égard une large liberté qui n'est limitée que dans quelques cas par des règles prohibitives; pour les autres cas, chaque Etat reste libre d'adopter les principes qu'il juge les meilleurs et les plus convenables».

Un Etat peut donc promulguer des normes ayant une portée extra-territoriale. Cependant, pour que cette législation produise ses effets,

---

36 On reprend ici la terminologie utilisée par NGUYEN/DAILLER/PELLET (note 30), p. 479 ss.

37 NGUYEN/DAILLER/PELLET (note 30), p. 487 ss.

38 NGUYEN/DAILLER/PELLET (note 30), p. 494.

39 Voir également à ce sujet PIERRE-MARIE DUPUY, Droit international public, Paris 1998, p. 75.

> «il faut que les autres Etats admettent la mise en œuvre sur leur territoire de ce droit étranger (...). Même lorsque c'est le cas, le souverain territorial se réserve – sauf convention contraire – la possibilité de délimiter le domaine en question»[40].

C'est pourquoi,

> «l'opposabilité du droit de l'Etat d'origine et son application à ses ressortissants à l'étranger sont déterminées soit par le droit international coutumier et les traités conclus avec l'Etat hôte, soit par le droit interne de ce dernier (...)»[41].

La compétence relative aux services publics[42]. – Cette thématique concerne les services diplomatiques et consulaires, les forces armées stationnées sur un territoire étranger, les services culturels, économiques, commerciaux ou financiers, ainsi qu'un certain nombre d'engins constitutifs de services publics (par exemple les aéronefs publics). Le service public constitue un troisième titre de compétence. Il permet à l'Etat de récuser l'application à certains engins et agents publics des règles sur l'utilisation des espaces ne relevant d'aucun Etat. Lorsqu'il s'agit de services publics étrangers, l'Etat est toujours en droit de refuser leur présence sur son territoire. Mais, au cas où il aurait donné son accord, il se doit d'en respecter les conséquences: l'exercice exclusif par l'Etat bénéficiaire des compétences correspondantes et le respect de la primauté des droits du service public en cause (régime de privilèges et immunités).

2. *L'effet extra-territorial des normes, des actes administratifs au sens large, et des plans*

Introduction. – On parle de validité d'un acte dans l'espace lorsqu'il s'agit de déterminer le territoire sur lequel il déploie ses effets, c'est-à-dire le territoire où les autorités et les juges sont liés par lui, et où les particuliers peuvent l'invoquer. On utilise dans la terminologie allemande la notion de *«Geltungsbereich»*, qu'on traduit par champ d'application territorial.

En vertu de la souveraineté territoriale plénière et exclusive, la validité des actes juridiques ou des plans d'un Etat est limitée à son territoire. C'est pourquoi, les autorités administratives et judiciaires d'un Etat ne sont liées que par les actes émanant de celui-ci. Les actes étrangers ne sont obligatoires pour les autorités que dans la mesure où le droit étranger est applicable par le truchement d'un renvoi, ou lorsqu'ils ont fait l'objet d'une reconnaissance[43].

---

40 NGUYEN/DAILLER/PELLET (note 30), p. 495.

41 NGUYEN/DAILLER/PELLET (note 30), p. 495.

42 Ici également, on reprend la terminologie utilisée par NGUYEN/DAILLER/PELLET (note 30), p. 496 ss.

43 LINKE (note 29), p. 93.

L'effet extra-territorial. – La notion d'effet extra-territorial est source de confusions, car la puissance publique ne peut précisément pas être exercée de manière extra-territoriale. L'effet extra-territorial peut être compris comme l'effet produit par un acte juridique ou un plan sur le territoire d'un autre Etat ou comme l'effet de tels actes au travers de la reconnaissance, ou encore comme le fait de respecter l'acte de puissance publique étranger dans le cadre du traitement d'une question préjudicielle[44].

Au plan du droit international public, il est indispensable de faire la distinction entre la compétence normative *(jurisdiction to prescribe)*, c'est-à-dire celle d'adopter des règles de portée générale ou individuelle, visant des personnes, des faits ou des situations localisées, et la compétence d'exécution *(jurisdiction to enforce)*, autrement dit la possibilité pour l'Etat auteur de la norme de prendre des mesures concrètes en vue de son application effective par les sujets qu'elle vise[45].

L'effet extra-territorial et la compétence normative[46]. – La jurisprudence *Lotus* constitue le point de référence. Comme on l'a exposé plus haut, un Etat est en droit, en vertu du droit international public, d'édicter des normes visant des personnes, des biens et des actes hors de son territoire[47]. C'est en ce sens qu'il y a lieu de parler d'effet extra-territorial des normes[48].

Exemples:
Le premier exemple est la loi sur l'acquisition d'immeubles par les personnes à l'étranger. Son article 1er est ainsi libellé:

> «La présente loi limite l'acquisition d'immeubles par des personnes à l'étranger dans le but de prévenir l'emprise étrangère sur le sol suisse.»

---

44 Linke (note 29), p. 33.

45 Thomas Merkli, Internationales Verwaltungsrecht: Das Territorialitätsprinzip und seine Ausnahmen, Lausanne 2002, p. 3.

46 Voir notamment Rolf Bär, Extraterritoriale Wirkung von Gesetzen, in: Die Schweizerische Rechtsordnung in ihren Internationalen Bezügen, Bern 1988, p. 248 ss; Knapp (note 4), p. 43 ss;

47 Voir François Knoepfler/Philippe Schweizer/Simon Othenin-Girard, Droit international privé suisse, Berne 2005, p. 189, nº 376b. S'agissant du droit communautaire, Roland Bieber/Francesco Maiani, Précis de droit européen, Berne 2004, p. 172, relèvent que «le droit européen a un champ d'application géographique délimité par le territoire des Etats membres (art. 299 TCE). Cette disposition n'exclut toutefois pas que les règles relatives à la libre circulation puissent avoir des effets en dehors du territoire de la Communauté; elles peuvent notamment ‹s'appliquer à des activités professionnelles exercées en dehors du territoire de la Communauté dès lors que la relation de travail garde un rattachement suffisant et étroit avec le territoire de la Communauté› (CJCE aff. C-214/94 Boukhalfa, Rec. 1996, I-2273)».

48 En droit international fiscal, cela signifie qu'un Etat est habilité à appliquer à des états de faits étrangers des conséquences juridiques déduites de son droit fiscal interne (Xavier Oberson, Précis de droit fiscal international, Berne 2001, p. 1, nº 2).

Le droit de l'énergie nucléaire nous fournit un deuxième exemple au travers de l'article 16 de l'ordonnance sur l'application de garanties du 18 août 2004 portant sur la comptabilité des matières nucléaires à l'étranger[49]:

«[1] Le propriétaire de matières nucléaires qui se trouvent à l'étranger a l'obligation de tenir une comptabilité de ses stocks à l'étranger. Il est tenu de déclarer:

a. la quantité de matières nucléaires;

b. le lieu de stockage ou l'adresse de la personne responsable de l'entreposage.

[2] Il est tenu de déclarer à l'office l'état des stocks à la fin de l'année civile le 15 avril de l'année suivante au plus tard.

[3] Des inspections peuvent être effectuées pour vérifier les déclarations.»

Cette norme vise des biens qui se trouvent hors du territoire suisse, en l'espèce des matières nucléaires.

Mais deux Etats peuvent très bien convenir par voie de traité que le droit de l'un s'applique sur une portion du territoire de l'autre. Tel est le cas, par exemple, du traité entre la Confédération suisse et la République fédérale d'Allemagne sur l'inclusion de la commune de Büsingen am Hochrhein dans le territoire douanier suisse conclu le 23 novembre 1962, entré en vigueur le 4 octobre 1976[50]. En effet, en vertu de l'article 1 du traité, le territoire de cette commune, qui forme une enclave en Suisse, reste exclu du territoire douanier allemand et est rattaché, nonobstant son appartenance à la République fédérale d'Allemagne, au territoire douanier. C'est pourquoi, il est prévu à l'article 2 ce qui suit:

«(1) Sous réserve des dispositions particulières figurant ci-après, les dispositions légales et réglementaires suisses (fédérales et cantonales) sont applicables à Büsingen en ce qui concerne les matières suivantes: (. . .)».

On a ainsi avec le cas de Büsingen une situation où, sur la base d'un traité, le droit suisse trouve application sur un territoire allemand. Mais l'effet extra-territorial n'est que partiel, car en matière de recouvrement des créances fiscales, l'article 3 § 1 du traité est ainsi libellé:

«(1) Les créances que les autorités suisses font valoir en vertu des dispositions figurant à l'article 2, alinéa §, à l'encontre d'un habitant de Büsingen seront recouvrées, à la demande de l'autorité suisse compétente, par l'office financier allemand compétent pour Büsingen *selon les dispositions allemandes au recouvrement de créances fiscales.*[51]»

L'effet extra-territorial et la compétence d'exécution. – Dans l'affaire *Lotus,* la Cour Permanente de Justice Internationale s'est exprimée au sujet de la compétence exécutoire en ces termes:

49 RS 732.12.

50 RS 0.631.112.136.

51 C'est nous qui soulignons.

«La limitation primordiale qu'impose le droit international à l'Etat est celle d'exclure – sauf l'existence d'une règle permissive contraire – tout exercice de sa puissance sur le territoire d'un autre Etat.»

Autrement dit, un Etat ne peut pas attribuer à un acte administratif des effets juridiques dans un autre Etat comme il pourrait le faire dans son propre ordre juridique[52]. C'est dire qu'un acte administratif n'est obligatoire pour les autorités administratives et judiciaires étrangères que dans la mesure où l'Etat étranger lui attribue de tels effets juridiques[53]. Partant, à la différence de la compétence normative, il n'y a pas d'effet extra-territorial s'agissant des actes administratifs, à défaut d'une règle permissive contraire. Concrètement, cela signifie qu'une autorité ne peut pas poursuivre une personne au-delà de ses frontières, procéder à des fouilles dans un appartement sis dans un autre Etat, ou encore notifier sans autre un acte administratif (ATF 105 Ia 310)[54].

Cette règle cardinale en droit international public n'a pas toujours été respectée. Un arrêt de la Cour suprême des Etats-Unis en donne une illustration dans l'affaire *Alvarez-Machain* du 15 juin 1992. Il s'agissait d'un ressortissant mexicain kidnappé au Mexique, par des agents secrets du gouvernement américain, transféré par avion privé au Texas, arrêté et traduit devant les tribunaux en raison d'un crime commis à l'encontre d'un agent américain anti-drogue. La question principale était celle de savoir s'il y a avait ou non violation du traité d'extradition américano-mexicain. Saisie en dernière instance de l'affaire, la Cour suprême a répondu par la négative en soutenant que le traité d'extradition se bornait à réglementer les procédures d'extradition sans interdire les enlèvements, et que les règles du droit international public général n'interdisaient pas qu'on parvienne à une telle conclusion. Au vu de la violation du principe de la non-applicabilité extra-territoriale de la législation nationale, les pays latino-américains ont demandé et obtenu l'examen de l'exercice extra-territorial des compétences nationales par la Commission juridique de l'Assemblée générale des Nations-Unies à sa 38e session, savoir en 1993[55].

---

52 Linke (note 29), p. 105 ss.

53 Linke (note 29), p. 29; Knoepfler/Schweizer/Othenin-Girard (note 47), p. 189, nº 376b.

54 Knapp (note 4), p. 42 ss. C'est précisément pour cette raison que si, en droit cartellaire, il est admis qu'en vertu du principe des effets ou d'extraterritorialité consacré à l'article 2 LCart la loi est applicable aux faits qui déploient leurs effets en Suisse, même s'ils se sont produits à l'étranger, la sphère d'intervention des autorités administratives «est cependant limitée au territoire de la Confédération. Le rassemblement de preuves à l'étranger ne peut avoir lieu que par le biais de l'entraide administrative (cf. art. 39 ss LCart).» (Pierre-Alain Killias, ad art. 2 LCart, Commentaire romand, Droit de la concurrence, Genève/Bâle/Munich 2002, p. 120, nº 74). En droit des accords bilatéraux I, l'article 6 § 3 de l'Accord relatif aux échanges de produits agricoles (RS 0.916.026.81) prévoit que comité mixte de l'agriculture dispose d'un pouvoir de décision dans des cas prévus par l'accord et ses annexes, mais «l'exécution de ces décisions est effectuée par les Parties selon leurs règles propres.»

55 Dupuy (note 39), p. 62 ss.

L'effet extra-territorial des actes de planification et des plans territoriaux. – En droit administratif, les moyens d'action de l'Etat ne se limitent pas à la loi au sens matériel et à l'acte administratif au sens large. Il existe une catégorie particulière, le plan, qui est défini comme suit par ALEXANDRE FLÜCKIGER:

> «C'est un acte de planification ou un plan territorial aux régimes juridiques spécifiques aptes à garantir le respect des fondements du principe de la légalité»[56].

S'agissant de l'acte de planification (ou plans-programmes), c'est «un acte reflétant l'instantané d'une planification dont il forme l'outil; la planification étant définie comme un processus formalisé qui a pour objet de produire un résultat articulé sous la forme d'un système intégré de mesures»[57]. Il existe à cet effet une multitude d'exemples: le plan cantonal de gestion des déchets, le plan sectoriel pour déchets nucléaires, la planification de la gestion forestière, le plan d'aménagement national, le plan global NLFA[58].

Quant au plan territorial, c'est «une représentation particulière d'un territoire ou d'une entité territorialisée, généralement sous forme graphique (carte).»[59] En voici quelques exemples parmi tant d'autres: les secteurs de protection des eaux, les périmètres de protection des eaux souterraines, le cadastre viticole, les plans d'affectation ou encore les plans relatifs à la construction de la ligne ferroviaire suisse à travers les Alpes[60].

Le problème de l'effet extra-territorial des plans est complexe. Il n'est pas possible de donner une réponse univoque. Pour ce qui est du plan directeur, l'article 11, alinéa 2 LAT prévoit que «l'approbation des plans directeurs par le Conseil fédéral leur confère force obligatoire pour les autorités de la Confédération et pour celles des cantons voisins». Il y a donc un effet extra-territorial, mais il est de nature intercantonale. Quant aux plans de gestion des déchets ils ne produisent pas d'effets juridiques hors du canton[61]. Mais ce qui nous intéresse ici ce sont les effets produits sur le territoire d'un Etat étranger. Et, sur ce point, il y a lieu de citer le passage suivant tiré du Message relatif au projet de loi fédérale sur le raccordement de la Suisse orientale et occidentale au réseau ferroviaire européen à grande vitesse du 26 mai 2004[62]:

> «(...) la plupart des planifications prennent fin à la frontière du pays, (...), d'où la nécessité de conclure des accords[63] (...).»

---

56 ALEXANDRE FLÜCKIGER, Le régime juridique des plans, Berne 1996, p. 94.

57 FLÜCKIGER (note 56), p. 94.

58 Pour de plus amples exemples, voir FLÜCKIGER (note 56), p. 475 ss.

59 FLÜCKIGER (note 56), p. 94.

60 Pour de plus amples exemples, voir FLÜCKIGER (note 56), p. 495 ss.

61 FLÜCKIGER (note 56), p. 402 ss.

62 FF 2004, p. 3542.

63 Pour des nombreux exemples de collaboration transfrontalière, voir FLÜCKIGER (note 56), p. 406 ss

C'est dire donc que du point de vue de l'effet extra-territorial (au sens d'effets hors de la frontière suisse), le plan connaît le même régime que l'acte administratif au sens large.

3. *La compétence internationale des autorités suisses*

Introduction. – Par la compétence internationale des autorités suisses on entend celle de statuer sur des causes comportant un élément d'extranéité. La détermination de cette compétence revient au législateur qui n'est ici tenu que par le droit international public.

Les critères permettant de déterminer la compétence des autorités suisses. – Selon une première approche, les autorités suisses sont compétentes lorsqu'il s'agit de l'application du droit administratif suisse. Cela résulte du fait que l'application du droit matériel commande la détermination de l'autorité qui en est chargée. En d'autres termes, les autorités administratives ne peuvent se fonder que sur le droit de leur Etat pour prendre une décision. Le rattachement de la compétence internationale au droit applicable mène à une impasse lorsqu'une autorité suisse doit appliquer le droit administratif étranger en vertu d'un renvoi. En outre, il peut arriver que le droit étranger trouve application dans le cadre d'une question préjudicielle.

D'après une autre conception, s'il est admis qu'il y a une correspondance entre le droit matériel et l'autorité compétente, tel n'est cependant pas toujours le cas, car une autorité administrative interne peut être amenée à appliquer le droit public étranger. C'est pourquoi, il convient de distinguer entre la compétence et le droit applicable. A défaut d'une réglementation expresse, la compétence internationale des autorités suisses doit résulter des dispositions sur la compétence à raison du lieu (*örtliche Zuständigkeit*). Si une autorité suisse est compétente à raison du lieu, cela entraîne en règle générale sa compétence internationale.

4. *Les conflits de compétence et leur résolution*

Introduction. – En matière internationale, les faits impliquent nécessairement au moins deux Etats. Les conflits de compétence sont donc inhérents à ce genre de situations, qu'ils soient positifs (les ordres juridiques en cause se déclarent compétents) ou négatifs (aucun des ordres juridiques n'est compétent).

Résolution des conflits par des accords de droit international public. – Bien entendu, une telle manière de résoudre les conflits de compétence ne pose pas

de problèmes particuliers. En droit fiscal international, les conventions de double imposition sont une illustration de ce procédé[64].

En l'absence d'accords. – Lorsqu'il n'existe aucun accord pour régler un conflit de compétences, plusieurs théories entrent en considération, savoir celle du principe de la territorialité, celle du principe de la proportionnalité, celle de l'interdiction de l'abus de droit ou encore la théorie du lien le plus étroit[65].

L'approche par le principe de la territorialité ne permet pas de résoudre les conflits de compétence, par exemple dans le cas où un Etat se réfère au critère de domicile, et un autre se fonde sur celui de l'activité. Dans les deux cas, le principe de la territorialité conduit à la reconnaissance de la compétence des deux Etats[66].

Dans l'optique du principe de la proportionnalité, une solution n'est admissible que dans la mesure où elle correspond au besoin de protection des intérêts de l'Etat. L'autorité doit ainsi procéder à une pesée des intérêts des Etats concernés et faire abstraction de toute solution qui favorise les intérêts des autres Etats. Le droit international public n'assure qu'un standard minimal et autorise les Etats à rechercher la solution la meilleure pour eux[67].

Quant à l'abus de droit, il signifie que la compétence d'un Etat ne saurait être admise lorsque la résolution d'un cas comportant un élément d'extranéité repose sur des considérations abusives. Mais on sait qu'en droit international public l'existence même du principe de l'abus de droit est contestée[68].

Il reste la théorie selon laquelle la compétence est donnée à l'Etat avec lequel la cause présente les liens les plus étroits. Mais ici encore, que faut-il entendre par «liens les plus étroits»? De plus, dans une situation transfrontalière, un état de fait peut avoir des liens étroits avec plusieurs Etats[69].

Au vu des controverses, il n'est donc pas possible, à l'heure actuelle, de dégager des règles valables issues du droit international public. Cela signifie donc que le droit national ou les conventions entre Etats sont déterminants[70].

5. *Quelques exemples illustrant les conséquences et les enjeux de la souveraineté territoriale ainsi que du principe de la territorialité*

Introduction. – La souveraineté territoriale, le principe de la territorialité, ne sont pas des expressions vides de sens. Dans les lignes qui suivent, on tâchera

64 Peter Locher, Einführung in das internationale Steuerrecht der Schweiz, Berne 2005, p. 67 ss; Xavier Oberson (note 48), p. 13 ss.

65 Linke (note 29), p. 100 ss.

66 Linke (note 29), p. 100 ss.

67 Linke (note 29), p. 100 ss.

68 Linke (note 29), p. 100 ss.

69 Linke (note 29), p. 100 ss.

70 Linke (note 29), p. 100 ss.

de donner plusieurs exemples destinés à mettre en évidence les enjeux et les conséquences.

Droit des transports publics. – Le fait que chaque Etat se charge de la planification, du financement et de la réalisation de l'infrastructure sur son propre territoire est un des corollaires du principe de la territorialité[71]. Les autorités suivent les développements qui ont eu lieu dans les pays voisins. Mais comme la plupart des planifications prennent fin à la frontière du pays, il n'y a que très peu de possibilités d'influencer ces développements, d'où la nécessité de conclure des accords pour permettre à un Etat de participer au financement des projets d'un autre Etat. C'est le cas, par exemple, de la convention bilatérale entre la France et la Suisse, du 5 novembre 1999, permettant à la Suisse de financer les mesures de construction en France[72]. En date du 25 août 2005, trois accords visant à améliorer les raccordements ferroviaires de la Suisse au réseau TGV français ont été conclus. Ils prévoient la participation financière de la Suisse dans la modernisation de la ligne ferroviaire Paris–Dijon–Dôle–Lausanne/Neuchâtel–Berne (Arc jurassien), dans la revitalisation de ligne du Haut-Bugey, et dans la construction de la ligne à grande vitesse Rhin–Rhône[73].

Droit de la protection des animaux. – La protection des animaux et la consommation de la viande kascher ou halal constituent un sujet qui a suscité une vive polémique. L'abattage des mammifères sans étourdissement précédant la saignée fait partie des règles religieuses propres aux communautés juives et musulmanes. Le Conseil fédéral a proposé d'assouplir l'interdiction de l'abattage sans étourdissement préalable des animaux, ce qui a provoqué de vives discussions. C'est pourquoi, il a été décidé de maintenir l'interdiction de l'abattage des mammifères sans étourdissement précédant la saignée. Toutefois, pour que l'approvisionnement de ces communautés religieuses soit assuré, il est prévu d'inscrire dans la LPA la légitimité de l'importation de viande d'animaux ayant fait l'objet d'un abattage rituel (viande kascher et

71 Message relatif au projet de loi fédérale sur le raccordement de la Suisse orientale et occidentale au réseau ferroviaire européen à grande vitesse du 26 mai 2004, FF 2004, p. 3542. C'est dans cette optique du principe de la territorialité que le 6 septembre 1996, la Suisse et l'Allemagne ont signé, à Lugano, une convention relative à la garantie de la capacité d'accès nord à la NLFA, car chaque pays est compétent pour planifier et réaliser les projets sur son propre territoire (FF 2004, p. 4813). Voir également Centrale de documentation de l'Assemblée fédérale, Rétrospective de la législature 1995–1999, p. 276.

72 Pour ce qui est de l'Allemagne, il existe une possibilité de stimuler le trafic transfrontalier avec l'Allemagne par un financement préalable de projets d'investissement par des tiers, par exemple des Länder allemands et la Suisse (FF 2004, p. 3543).

73 DETEC, Communication du 25 août 2005, Le raccordement LGV en bonne voie de réalisation.

viande halal) (FF 2002, p. 4651)[74]. Cela dit, au nom de la protection des animaux, est-il possible d'interdire non seulement l'abattage rituel, mais également l'importation de la viande kascher ou de la viande halal? C'est un des problèmes induits par l'initiative populaire «Pour une conception moderne de la protection des animaux (Oui à la protection des animaux!)», car un des principes énoncés dans ce texte est libellé comme suit: «des animaux et des produits d'origine animale ne peuvent être importés en Suisse que si, respectivement, leur détention et leur fabrication à l'étranger ne contreviennent pas aux principes de la législation fédérale sur la protection des animaux.»[75] Cette question nous intéresse directement, car il s'agit de déterminer si la loi sur la protection des animaux peut être appliquée à des élevages hors du territoire suisse. Le Conseil fédéral a répondu par la négative. Selon lui, en vertu du principe de la territorialité,

> «les produits d'origine animale obtenus à l'étranger de manière non conforme au droit suisse sur la protection des animaux ne peuvent être interdits d'importation en Suisse pour des raisons de protection des animaux. Tant que ces produits ne mettent pas en danger la santé de la population suisse ou qu'ils ne portent pas atteinte à l'environnement en Suisse, leur importation doit être autorisée, comme l'exigent les règles du droit international[76]. L'attribution de compétence, déjà contenue à l'art. 9,

74 La disposition est entrée en vigueur le 1er janvier 2004, et il n'y a pas eu de referendum.

75 Art. 80 al. 2 lit. i Cst. dans la version des initiants.

76 Dans le Message concernant l'initiative populaire «Pour une conception moderne de la protection des animaux (Oui à la protection des animaux!)» du 7 juin 2004 (FF 2004, p. 3085 ss), le Conseil fédéral a précisé qu'une telle interdiction viole l'accord du GATT, repris par l'accord de l'OMC. Selon l'art. XI, al. 1, de l'accord du GATT, il est interdit d'instituer des prohibitions ou des restrictions à l'importation ou à l'exportation de produits. Aux termes de l'art. XX, let. b de l'accord du GATT, des mesures restrictives sont toutefois permises lorsque celles-ci sont «nécessaires à la protection de la santé et de la vie des personnes et des animaux ou à la préservation des végétaux». Partant, une interdiction d'importer du type de celle proposée dans l'initiative enfreint l'interdiction des restrictions quantitatives visée à l'art. XI de l'accord du GATT de 1994 et la règle du traitement équitable des produits importés et des produits indigènes selon l'art. III de l'accord du GATT de 1994. L'art. XVI, al. 5, de l'accord de l'OMC exclut en tout cas une réserve comme celle proposée à l'art. 80, al. 2, let. i, Cst. Le sens de l'art. XX de l'accord du GATT est qu'il faut une atteinte à la santé et à la vie des personnes, des animaux ou à la préservation des végétaux du pays importateur pour pouvoir restreindre les importations et que la restriction des importations soit le seul moyen de combattre cette atteinte à la santé. Ces critères ne sont clairement pas réunis pour des animaux et des produits d'origine animale respectivement détenus ou obtenus à l'étranger dans des conditions contraires aux principes de la législation suisse sur la protection des animaux. A cela faut ajouter que l'interdiction d'importation – combinée à l'interdiction de l'abattage rituel – empêcherait les communautés juives et musulmanes de s'approvisionner en viandes. Ces interdictions poseraient des problèmes sérieux à la lumière de l'art. 9 de la CEDH (seul ou en relation avec l'interdiction de discrimination visée à l'art. 14 CEDH). Elles seraient problématiques également au regard des garanties analogues visées à l'art. 18 (liberté de pensée, de conscience et de religion) et à l'art. 2, al. 1 (interdiction accessoire de la discrimination) du Pacte II des Nations Unies.

al. 1, LPA, ne doit pas être considérée comme inutile. Sur la base de cette disposition, le Conseil fédéral a interdit l'importation de chiens aux oreilles et/ou à la queue coupées. Cette interdiction vise, d'une part, à prévenir que vivent sur notre territoire, donc dans le champ d'application de la LPA, des chiens ayant subi les mutilations citées, interdites en Suisse; elle a pour but, d'autre part, d'empêcher que la loi soit contournée (exportation du chien pour lui couper les oreilles ou la queue, suivie d'une réimportation). La réserve en faveur de l'importation de viande kascher et de viande halal est un élément du projet *Politique agricole 2007*.»

Droit de la coopération militaire. – Le rapport de la commission d'étude Brunner ainsi que les directives politiques du Conseil fédéral, sur lesquelles a reposé l'élaboration du rapport sur la politique de sécurité 2000, ont mis en évidence qu'il était nécessaire que la Suisse, dans son propre intérêt, tienne mieux compte des possibilités de collaboration internationale en matière de politique de sécurité. Le contingent militaire de l'armée qui prend part, sous le nom de «SWISSCOY», à l'opération multinationale de paix de la KFOR au Kosovo, la participation aux activités du Partenariat pour la Paix (PPP) en sont quelques exemples. Mais la collaboration internationale implique aussi la présence des militaires étrangers en Suisse. De multiples problèmes se posent nécessairement sur le plan pratique, comme le franchissement de la frontière, la juridiction, la responsabilité civile, les plaques minéralogiques, les prescriptions en matière d'importation et d'exportation du matériel apporté, y compris les véhicules, les aéronefs, les armes et les munitions, le port de l'uniforme et de l'arme, l'utilisation d'infrastructures du pays hôte, la responsabilité civile en cas de dommages aux personnes ou aux biens ou encore la compétence disciplinaire. Dans ce contexte, le principe de la territorialité postule que le droit qui s'applique est celui de l'Etat sur le territoire duquel se trouvent les militaires ou le territoire où se sont produits les faits. Or, particulièrement en ce qui concerne la juridiction pénale, la plupart des Etats, y compris la Suisse, veulent soumettre leurs militaires, à l'étranger également, à leur juridiction militaire propre. C'est pourquoi, la pratique internationale veut que l'on conclue des conventions sur le statut des forces (SOFA[77]), par lesquelles les parties contractantes se garantissent ou se concèdent mutuellement le meilleur statut possible pour leurs militaires[78]. S'agissant du Partenariat pour la Paix, par exemple, on mentionne la Convention entre les Etats parties au Traité de l'Atlantique Nord et les autres Etats participant au Partenariat pour la paix sur le statut de leurs Forces (SOFA du PPP) du 19 juin 1995 (instrument de ratification déposé par la Suisse le 9 avril 2003 et entrée en vigueur pour la Suisse le 9 mai 2003).

77 Status of Forces Agreement.

78 FF 1999, p. 443 ss.

Droit de la circulation routière. – Soit un conducteur domicilié en Suisse qui viole des règles de circulation à l'étranger. Quid de la compétence des autorités administratives suisses à ce sujet? C'est un problème relevant typiquement du droit administratif international. Son traitement juridique a subi une évolution intéressante.

D'après une jurisprudence constante du Tribunal fédéral, et cela malgré les critiques formulées notamment par René Schaffhauser[79], une infraction aux règles de la circulation commise à l'étranger peut aussi donner lieu au retrait du permis de conduire en Suisse[80].

L'article 30, alinéa 4 aOAC[81] qui ne faisait que consacrer la jurisprudence, avait la teneur suivante:

> «Lorsque l'usage d'un permis de conduire suisse est interdit par des autorités étrangères, le canton compétent pour retirer le permis examinera si une mesure doit être prise contre le coupable.»

L'article 30, alinéa 4 aOAC est fondé sur l'idée que la mesure administrative prononcée par l'autorité de l'Etat de l'infraction (*Tatortstaat*) ne déploie ses effets que dans le cadre du territoire de cet Etat. Un permis de conduire suisse ne peut pas en tant que tel être retiré par dite autorité, ce qui signifie que l'effet produit par cette mesure est limité, alors qu'elle a pour finalité d'amender le conducteur. C'est pourquoi, sur la base de l'article 30, alinéa 4 aOAC, l'autorité administrative suisse est habilitée à examiner s'il y a lieu de retirer le permis du conducteur en question, même s'il n'a commis aucune infraction en Suisse. Selon la jurisprudence citée par Bussy/Rusconi,

> «L'application de cette disposition doit tenir compte des particularités des règles de droit étranger de la circulation, qui peuvent être différentes de celles du droit suisse. L'autorité administrative du canton de domicile doit être suffisamment renseignée sur l'état de fait, par exemple à la suite d'une enquête approfondie de la police ou des autorités pénales étrangères. Les faits établis ne doivent laisser place à aucun doute, car les autorités administratives saisies ne pourront guère administrer elles-mêmes les preuves nécessaires. Le jugement pénal étranger ne doit pas contrevenir aux principes du droit suisse (ATF 102 Ib 59; ATF 108 Ib 69)»[82].

Dans ATF 123 II 464, le Tribunal fédéral a franchi un pas supplémentaire en ajoutant que les autorités suisses doivent examiner si une mesure doit être ordonnée, cela même si l'Etat étranger a renoncé à interdire l'usage du permis de conduire suisse.

Mais, dans ATF 128 II 133 il a jugé que lorsqu'une personne domiciliée en Suisse viole des règles de la circulation à l'étranger, l'autorité administrative

---

79 SJZ 1982, p. 69 ss.

80 ATF 102 Ib 59; ATF 108 Ib 69; ATF 109 Ib 304.

81 RS 741.51.

82 Voir à ce sujet André Bussy/Baptiste Rusconi, Code suisse de la circulation routière, Commentaire, Lausanne 1996, ad art. 30 OAC, p. 1160.

cantonale peut prononcer un retrait d'admonestation du permis de conduire uniquement si le droit de conduire a été retiré également par l'Etat où la violation a été commise. Cette réserve ne vaut pas en matière de retrait de sécurité. Lorsque l'Etat où la violation a été commise prononce une autre mesure administrative que le retrait du permis, l'autorité examine, dans les limites de son pouvoir d'appréciation, s'il y a lieu de prononcer un avertissement. Ce changement par rapport à l'ATF 123 II 464 est motivé par le fait qu'en date du 21 novembre 2001, le Conseil fédéral a décidé d'harmoniser le droit suisse du permis de conduire au droit communautaire (voir en particulier la Convention établie sur la base de l'article K.3 du traité sur l'Union européenne, relative aux décisions de déchéance du droit de conduire (C 216/2, Journal officiel des Communautés européennes, 10 juillet 1998). C'est pourquoi, l'article 30, alinéa 4 OAC a été abrogé et remplacé par l'article 34 OAC[83] qui a la teneur est la suivante:

> «Lorsque l'usage du permis de conduire national a été interdit à l'étranger, l'autorité compétente examine s'il y a lieu de prononcer, en plus, un retrait du permis d'élève conducteur ou du permis de conduire. Si une autre mesure a été décidée à l'étranger, elle doit examiner s'il convient d'infliger un avertissement.»

Toujours en droit de la circulation routière, mais s'agissant d'un tout autre problème, savoir l'article 45, alinéa 4 OAC[84] prévoit de manière générale que le permis de conduire étranger dont l'usage a été interdit n'est pas restitué à son titulaire lorsque celui-ci quitte la Suisse alors qu'il y a son domicile. Cette disposition viole – faute de base légale – le principe de la territorialité issu du droit international public[85].

Deux domaines voisins du droit administratif: le droit des assurances sociales et le droit fiscal. – Ce sont des branches du droit public, devenues autonomes de par leur matière et leur développement considérable. Mais on peut également en tirer quelques enseignements pour le droit administratif international.

En droit des assurances sociales, le financement de la santé publique est souvent régi par le principe de la territorialité, d'où un fort cloisonnement des marchés nationaux[86]. Comme d'autres Etats en Europe, la Suisse applique le

---

83 Entré en vigueur le 1er janvier 2005.

84 «Le permis de conduire étranger dont l'usage a été interdit sera déposé auprès de l'autorité. Il sera rendu à son titulaire:

a. à l'expiration de la période d'interdiction ou à la levée de l'interdiction;

b. sur demande, lorsqu'il quitte le pays et n'y a pas de domicile. Lorsque la durée de l'interdiction est illimitée, il est possible d'inscrire dans le permis qu'il n'est pas valable en Suisse, s'il existe un risque d'usage abusif.»

85 ATF 121 II 447.

86 SECO, Rapport comparatif sur la libéralisation des services en Suisse et dans l'UE du 29 novembre 2005, p. 115.

principe de la territorialité en matière d'assurances sociales[87]. On mentionne à ce titre l'article 34, alinéa 2 LAMal: «Le Conseil fédéral peut décider de la prise en charge, par l'assurance obligatoire des soins, des coûts des prestations prévues aux art. 25, al. 2, ou 29 fournies à l'étranger pour des raisons médicales. Il peut désigner les cas où l'assurance obligatoire des soins prend en charge les coûts d'accouchements à l'étranger pour des raisons autres que médicales. Il peut limiter la prise en charge des coûts des prestations fournies à l'étranger.»[88] Selon le SECO, cette disposition, qui est une expression du principe de la territorialité, empêche une ouverture qui permettrait d'acheter des prestations à meilleur prix dans le reste de l'Europe. C'est pourquoi, dans la perspective d'une libéralisation, il prône un assouplissement du principe de territorialité notamment par la levée de l'obligation contractuelle dans le domaine des prestations ambulatoires[89]. En matière d'assurance–chômage, le principe de la territorialité se concrétise notamment par le fait que, pour avoir droit à l'indemnité chômage, il faut avoir cotisé en qualité de salarié à l'assurance chômage suisse. Au chapitre des exceptions, il y a celles prévues dans le cadre des accords bilatéraux entre la Suisse et l'UE ainsi que l'article 14, alinéa 3 LACI qui accorde un droit à l'indemnité de chômage aux Suisses de retour au pays après un séjour de plus d'un an dans un pays non membre de la Communauté européenne ou de l'AELE en les libérant de la condition relative à la période de cotisation pour autant qu'ils puissent justifier de l'exercice d'une activité salariée à l'étranger de douze mois au moins durant les deux dernières années[90]. Toujours en droit de l'assurance-chômage, en vertu du principe de la territorialité, la jurisprudence du Tribunal fédéral des assurances ne reconnaît au demandeur d'emploi le droit de suivre des cours à l'étranger aux frais de l'assurance-chômage que dans des cas tout à fait exceptionnels[91], lorsqu'il n'existe en Suisse aucune possibilité de parvenir de manière appropriée et efficace au but poursuivi[92]. Les prestations de l'assurance-chômage pour des cours de perfectionnement à l'étranger ne peuvent

87 Dans le domaine de la LAMal, «sans le principe de la territorialité, il serait impossible par exemple de faire prévaloir les conditions d'admission suisses (notamment admission cantonale, reconnaissance par l'OFSP) et les prescriptions de garantie de la qualité applicables aux laboratoires, comme d'assurer un remboursement équitable des analyses de laboratoire» (voir à ce sujet Information importante concernant la liste des analyses du 1er janvier 2006, p. 30).

88 L'article 36, alinéa 2 OAMal se rattache également au principe de la territorialité.

89 SECO, Rapport comparatif sur la libéralisation des services en Suisse et dans l'UE du 29 novembre 2005, p. 115; dans le même sens, Frank Stüssi, L'achat transfrontalier des prestations médicales, in: La Vie économique – Revue de politique économique, 2005/9, p. 51 ss.

90 ATA-VD PS. 2005.0080 du 11.11.2005 où le Tribunal administratif vaudois considère que le calcul du délai-cadre, en tant que tel, n'est pas soumis au principe de territorialité.

91 Il s'agit d'un objectif de politique économique: les prestations d'une assurance sociale ne devraient pas sortir du pays (ATA-VD P2.2003.0020 du 15 août 2003).

92 ATF 112 V 397 ss; voir également Circ. MP, 01.92 ch. 28.

donc être versées que s'il n'existe en Suisse aucune possibilité d'atteindre avec le même succès, de façon aussi rationnelle et avec des frais comparables l'objectif visé[93].

Le principe de la territorialité constitue un fondement du droit fiscal. Dans le domaine de la TVA, par exemple, il signifie qu'un Etat ne peut, en règle générale, prélever un impôt que pour autant que celui-ci vise des opérations réalisées sur son territoire[94].

IV. Le droit des règles de conflit et le droit administratif international

1. Antagonisme entre le raisonnement conflictuel et le droit administratif?

Introduction. – Les règles de conflit *(Kollisionsregel)* constituent une thématique essentielle en droit international privé. Cependant, on doit au préalable se poser la question de savoir si ce qui y a été développé peut être repris en droit administratif.

En effet, il est prévu à l'article 18 LDIP que

> «Sont réservées les dispositions impératives du droit suisse qui, en raison de leur but particulier, sont applicables quel que soit le droit désigné par la présente loi.»

Cette disposition a trait aux lois d'application immédiate, c'est-à-dire des règles matérielles qui, en vertu de la volonté exprimée ou inexprimée du législateur, doivent s'appliquer impérativement et indépendamment de toute désignation par les règles de conflit de lois générales[95]. Les lois de police forment un sous-ensemble des lois d'application immédiate, en ce sens qu'elles constituent «une catégorie de lois concrétisant, sous forme de règles, certaines valeurs essentielles de l'ordre juridique, d'où l'appellation de l'ordre public positif.»[96] Selon le Tribunal fédéral, elles répondent le plus

---

93 Pour d'autres cas où il a été question du principe de la territorialité en droit des assurances sociales: ATF 118 V 47 (étendue d'une assurance pour soins à l'étranger), ATF 128 V 75 (litige portant sur la prise en charge du coût de soins fournis à l'étranger, hors cas d'urgence, à défaut de pouvoir être administrés en Suisse), ATF 131 V 271 (assurance maladie, prestation obligatoire, traitement à l'étranger: lorsqu'une mesure thérapeutique disponible en Suisse n'entraîne pas de risque important et notablement plus élevé pour le patient par rapport à l'alternative de traitement à l'étranger, la prise en charge, par l'assurance obligatoire des soins, des coûts d'une opération fournie à l'étranger doit être niée. Le fait que le traitement proposé à l'étranger et non disponible en Suisse diminue les risques de récidive dans une mesure difficile à évaluer n'est pas suffisant pour justifier sa prise en charge par l'assurance obligatoire des soins).

94 Alois Camenzind, Internationale Aspekte bei der Mehrwertsteuer, Archives vol. 63, p. 368; Oberson, Les principes constitutionnels et directeurs régissant la taxe sur la valeur ajoutée, in: RDAF II 41 ss;

95 Knoepfler/Schweizer/Othenin-Girard (note 47), p. 188 ss, n° 375 ss.

96 Knoepfler/Schweizer/Othenin-Girard (note 47), p. 189, n° 376c ss.

souvent à des intérêts essentiels d'ordre social, politique ou économique[97]. A titre d'exemple, il y a lieu de mentionner les dispositions de protection du marché interne par des mesures relatives à la préservation de la concurrence et à la limitation, voire l'interdiction des arrangements cartellaires, celles concernant la protection des produits nationaux face à la production étrangère (limitation à l'importation, tarifs douaniers) ou encore les règles relevant du droit des étrangers[98].

Dans son commentaire, BERNARD DUTOIT relève ce qui suit:

> «Il existe un antagonisme fondamental entre les règles de conflit et les lois d'application immédiate, qui suppriment tout recours au raisonnement conflictuel.»[99]

A suivre l'auteur, qui considère que «théoriquement, il convient de distinguer les règles de conflit unilatérales et les lois d'application immédiate»[100], le droit administratif international n'existerait pas, puisque les normes du droit administratif sont, pour reprendre la terminologie du droit international privé, d'application immédiate.

Toutefois, l'application du droit administratif interne résulte de la règle de conflit unilatérale. ANDREAS BUCHER/ANDREA BONOMI s'expriment à ce sujet comme suit:

> «Une loi d'application immédiate étant assortie, par définition, d'un domaine d'application affectant des situations à caractère international, celui-ci pourra, en effet, toujours être exprimé sous la forme d'une règle unilatérale de conflits de lois; lorsque le législateur ne l'a pas fait, cette règle est implicite et peut être dégagée par l'interprétation. Les lois d'application immédiate sont ainsi liées, eu égard à leur fonction, à des règles unilatérales de conflit, explicites ou implicites. Certaines de ces lois peuvent, de surcroît, voir leur domaine d'application fixé par des règles bilatérales de conflit. La solution dégagée de la législation suisse sur les cartels par le Tribunal fédéral se trouve aujourd'hui consacrée à l'art. 137 al. 1 LDIP. Il s'avère ainsi que les règles unilatérales et bilatérales de conflit de lois peuvent absorber la fonction «spatiale», initialement attribuée de façon exclusive aux lois d'application immédiate.»[101]

En outre, comme on le verra plus loin, le droit administratif étranger peut trouver application, comme cela est reconnu en droit international privé, en vertu des articles 13 et 19 LDIP[102]. C'est pourquoi, on considère que le ré-

---

97 ATF 125 III 443; ATF 128 III 201).

98 Voir à ce sujet KNOEPFLER/SCHWEIZER/OTHENIN-GIRARD (note 47), p. 190 ss, n° 378.

99 BERNARD DUTOIT, Droit international privé suisse, Bâle/Genève/Munich 2005, ad art. 18, p. 73.

100 DUTOIT (note 99), ad art. 18, p. 72.

101 ANDREAS BUCHER/ANDREA BONOMI, Droit international privé, Bâle/Genève/Munich 2004, p. 98, n° 372. Ces auteurs précisent cependant que la doctrine européenne classique insiste sur la spécificité des règles de conflit résultant, de façon explicite ou implicite, des lois d'application immédiate, qui seraient différentes, dans leur nature et fonction, des règles de conflit généralement retenues et considérées comme des règles indépendantes ou «neutres» par rapport au droit matériel.

102 KNOEPFLER/SCHWEIZER/OTHENIN-GIRARD (note 47), p. 195 ss, n° 386 ss.

gime des lois d'application immédiate n'exclut pas fondamentalement un droit administratif international.

2. *Quelques notions de base pour appréhender le droit administratif international*

Introduction. – A notre sens, il existe, en droit public, en particulier en droit administratif, un espace pour les règles de conflit. C'est pourquoi, il y a lieu de se référer à ce qui a déjà été développé en droit international privé[103]. Dans la mesure du possible, on illustrera les différentes notions par des exemples tirés du droit administratif.

Fonction et structure. – La règle de conflit a pour fonction de désigner l'autorité compétente et le droit applicable à une situation de fait. Elle ne doit pas être confondue avec une règle de droit matériel, ou de fond. Compte tenu de sa fonction, la règle de conflit a une structure particulière: elle est composée de deux éléments au moins, savoir l'objet auquel se rapporte la désignation et l'objet même de la désignation.

Rapport de base. – Cette expression désigne un état de fait pour lequel une conséquence juridique est recherchée et suppose qu'il existe des situations identiques ou comparables dans les ordres juridiques étrangers.

Exemple:
Dans la Convention entre les Etats parties au Traité de l'Atlantique Nord et les autres Etats participant au Partenariat pour la paix sur le statut de leurs Forces (SOFA du PPP) du 19 juin 1995 (instrument de ratification déposé par la Suisse le 9 avril 2003 et entrée en vigueur pour la Suisse le 9 mai 2003), on trouve plusieurs règles de conflit dont l'article IX § 4:

> «Les besoins locaux en main-d'oeuvre civile d'une force ou d'un élément civil sont satisfaits de la même manière que ceux des services analogues de l'Etat de séjour, avec leur assistance et par l'entremise des services de la main-d'oeuvre. Les conditions d'emploi et de travail, notamment les salaires et accessoires de salaires et les conditions de protection des travailleurs, sont réglées conformément à la législation en vigueur dans l'Etat de séjour. Ces travailleurs civils employés par une force ou par un élément civil ne sont considérés en aucun cas comme membres de cette force ou de cet élément civil.»

103 Que les spécialistes du droit international privé nous pardonnent d'avoir gommé ici les multiples nuances et subtilités de leur branche.

Au vu de la teneur de la disposition, le rapport de base a trait «aux conditions d'emploi et de travail, notamment les salaires et accessoires de salaires et les conditions de protection des travailleurs», lorsque la force ou l'élément civil de l'Etat d'origine fait appel à la main-d'œuvre civile existant au sein de l'Etat de séjour.

Circonstance de rattachement. – C'est l'élément qui permet de lier le rapport de base à un droit ou une autorité, cela en rapport avec une personne, une chose ou un événement.

Si on se réfère à l'exemple qui précède, la circonstance de rattachement est le lieu de situation de la main-d'œuvre civile. Cela ressort de l'expression «les besoins *locaux* de main-d'œuvre civile».

Elément désigné. – Il s'agit ici de l'autorité compétente ou du système juridique.

Pour revenir à notre cas initial, l'élément désigné est le droit applicable: «Les conditions d'emploi et de travail, notamment les salaires et accessoires de salaires et les conditions de protection des travailleurs, sont réglées *conformément à la législation en vigueur dans l'Etat de séjour.*»

Le droit d'asile connaît un exemple très intéressant. Il s'agit de l'Accord entre la Confédération suisse et la Communauté européenne relatif aux critères et aux mécanismes permettant de déterminer l'Etat responsable de l'examen d'une demande d'asile introduite dans un Etat membre ou en Suisse, accepté par le peuple le 5 juin 2005[104]. C'est l'illustration typique d'une convention comportant des règles de conflit de juridiction:

> «Si le demandeur d'asile est un mineur non accompagné, l'État membre responsable de l'examen de la demande est celui dans lequel un membre de sa famille se trouve légalement, pour autant que ce soit dans l'intérêt du mineur. En l'absence d'un membre de la famille, l'État membre responsable de l'examen de la demande est celui dans lequel le mineur a introduit sa demande d'asile.»[105]
>
> «Si un membre de la famille du demandeur d'asile, que la famille ait été ou non préalablement formée dans le pays d'origine, a été admis à résider en tant que réfugié dans un État membre, cet État membre est responsable de l'examen de la demande d'asile, à condition que les intéressés le souhaitent.»[106]

Règle de conflit de juridiction et règles de conflit de lois. – Ces deux types de règles se distinguent par leur fonction, et non par leur structure. La première a trait à l'autorité compétente, et la seconde vise le droit applicable.

---

104 La date de l'entrée en vigueur n'est pas encore déterminée.

105 Art. 6 Règlement Dublin.

106 Art. 7 Règlement Dublin. Voir également les articles 8 à 14 du même Règlement.

Règle de conflit unilatérale et bilatérale. – Lorsqu'un Etat décide dans quels cas son droit est applicable, on est en présence d'une règle unilatérale[107]. Par contre, s'agissant de la règle bilatérale, elle désigne un droit qui, selon les circonstances, peut être celui du for ou un droit étranger.

Exemples:
La loi sur l'aviation (LA)[108] nous fournit un exemple de règle de conflit unilatérale. Son article 14 (applicabilité du droit quant au lieu) est ainsi formulé:

> «[1] L'espace aérien au-dessus de la Suisse est soumis au droit suisse.
> [2] Pour les aéronefs étrangers, le Conseil fédéral peut admettre des exceptions, si les dispositions sur la responsabilité civile et les dispositions pénales de la présente loi n'en sont pas affectées.
> [3] Le droit suisse est applicable à bord des aéronefs suisses à l'étranger, en tant que le droit de l'Etat dans lequel ou au-dessus duquel les aéronefs se trouvent ne s'applique pas d'une manière impérative.
> [4] Les dispositions des conventions internationales, les règles reconnues du droit international et les dispositions de la présente loi sur l'applicabilité des dispositions pénales quant au lieu, sont réservées dans tous les cas.»

L'article IX § 4 SOFA du PPP cité plus haut est de nature bilatérale, car il désigne le droit de l'Etat de séjour, et non le droit suisse ou le droit d'un autre Etat.

Règle de conflit objective et subjective. – Le critère de distinction est l'autonomie des parties au rapport juridique en cause. Une règle est objective si l'autorité compétente ou le droit applicable ne sont pas désignés par les parties. Elle est subjective dans le cas contraire. Du point de vue du droit administratif international, au vu de l'impérativité des normes de droit public, il n'y a, à notre sens, pas de place pour une règle de conflit subjective.

Règle de conflit de juridiction directe et indirecte. – La règle de conflit de juridiction directe détermine la compétence de l'autorité au moment où elle est saisie. Elle doit, dans ce cas, consulter les règles de conflit du for et décider si sa compétence est établie. Par contre, une telle règle est indirecte lorsqu'elle désigne une autorité étrangère pour rendre une décision dont la reconnaissance et l'exécution sont demandées dans un autre Etat.

Qualification. – La qualification est une opération qui consiste à «attribuer (ou [à] ne pas attribuer) une constellation de fait (vie commune durable) au concept (mariage) envisagé par une règle déterminée, ou d'attribuer au

---

107 C'est par exemple le cas de l'article 2 LCart, voir KILLIAS, ad art. 2 LCart, Commentaire romand, Droit de la concurrence, Genève/Bâle/Munich 2002, p. 118, n° 58.

108 RS 748.0.

concept (prescription) à une catégorie plus vaste (fond, forme), dont dépendra la règle de conflit appliquée et, peut-être la loi applicable et la solution du litige»[109]. Cette démarche a pour but de déterminer «si une situation entre dans les prévisions du rapport de base mentionné par une telle règle plutôt que telle autre.»[110]

Il faut en outre préciser que «la qualification ne se confond pas avec l'opération qui consiste, lors de l'application de la règle de conflit choisie grâce à elle, à déterminer quel système est désigné par le facteur de rattachement.»[111]

Un conflit de qualification surgit lorsque l'application du droit du for donne un résultat différent de celui du droit étranger d'où provient l'institution en cause ou qui est désigné par la règle de conflit du for[112]. Plusieurs solutions se présentent. La méthode la plus courante consiste à qualifier selon la loi du for *(lege fori)*. Une autorité procède à partir de ses propres concepts. Cette approche se justifie de deux manières: a) la qualification doit précéder la détermination de la loi applicable, et b) elle est liée à l'interprétation de la règle de conflit du for[113]. Mais il existe également la qualification *lege causae*. Cette manière de procéder implique une préqualification permettant d'identifier la loi étrangère désignée par la règle de conflit du for. Cette méthode prête le flanc à des critiques: elle confond la qualification au premier degré et celle au deuxième degré, elle peut conduire à un cercle vicieux, et elle induit un risque de cumul[114]. C'est pourquoi, il est prévu des assouplissements via la théorie de l'adaptation:

> «si la qualification des deux lois en présence *(lex fori* et *lex causae)* ne coïncide pas, la loi étrangère pourra tout de même être prise en considération. Par l'adaptation des lois *(Ausgleichung)*, on recrée l'harmonie compromise par leur confrontation.»[115]

En outre, il y a lieu de mentionner le concept de qualification autonome. Cette approche tend à dépasser les divergences nationales pour détacher les catégories de rattachement du droit interne et pour tenir compte d'institutions différentes connues à l'étranger. On y parvient de deux manières: soit en élargissant les catégories internes à des fins de droit international, soit par la création des règles de conflit communes à plusieurs Etats au moyen de conventions internationales[116].

---

109 Knoepfler/Schweizer/Othenin-Girard (note 47), p. 145, n° 278.
110 Knoepfler/Schweizer/Othenin-Girard (note 47), p. 145, n° 278.
111 Knoepfler/Schweizer/Othenin-Girard (note 47), p. 147, n° 289.
112 Knoepfler/Schweizer/Othenin-Girard (note 47), p. 148, n° 91.
113 Knoepfler/Schweizer/Othenin-Girard (note 47), p. 149, n° 294.
114 Knoepfler/Schweizer/Othenin-Girard (note 47), p. 150, n° 299.
115 Knoepfler/Schweizer/Othenin-Girard (note 47), p. 151, n° 300.
116 Bucher/Bonomi (note 101), p. 144, n° 533 ss; Knoepfler/Schweizer/Othenin-Girard (note 47), p. 152, n° 301 ss.

Question préalable. – Le problème de la question préalable *(Vorfrage)* surgit

> «lorsque la lex causae étrangère, applicable à une question dite principale, se réfère à une condition de droit, soit un concept préjudiciel, et que le droit international privé de l'Etat de la lex causae d'une part, et celui de l'Etat du for d'autre part, soumettent ce concept à des lois différentes, aboutissant de surcroît à des solutions de droit matériel également différentes.»[117]

Pour résoudre le problème, il existe deux approches. La première se réfère à l'harmonie internationale des solutions pour justifier l'application de la *lex causae*, étant précisé que cette méthode comporte un inconvénient:

> «la même question préalable (. . .) n'est, le cas échéant, pas résolue de la même manière lorsque les divers effets du rapport préjudiciel sont soumis à des lois étrangères différentes et que leur position relative à l'existence ou à la validité de ce rapport n'est pas identique.»[118]

C'est pourquoi, au nom de l'harmonie interne (ou harmonie matérielle), une thèse opposée considère que la question préalable doit être régie par une loi unique, soit celle désignée par les règles de conflit du for (rattachement indépendant)[119].

Renvoi. – Le renvoi est au premier degré lorsque la règle de conflit de lois du for désigne comme droit applicable un droit dont la règle de conflit désigne quant à elle la loi du for. Dans ce cas, si le renvoi est admis, l'autorité applique sa propre loi. On parle de renvoi au second degré pour désigner une situation dans laquelle la règle de conflit de lois du for désigne la loi d'un pays étranger, dont la règle de conflit désigne à son tour la loi d'un autre pays étranger, laquelle, en vertu de sa règle de conflit, accepte d'être appliquée.

Les règles sur l'entraide judiciaire et administrative. – Certains auteurs[120] les incluent dans le droit administratif international. En réalité, dans la mesure où il s'agit de règles définissant les conditions et le mode de mise en œuvre une entraide, on est en présence de règles matérielles. C'est pourquoi, avec Christine E. Linke, il convient d'admettre que les règles sur l'entraide administrative internationale ne constituent pas une catégorie de normes particulière en droit administratif international[121].

---

117 Bucher/Bonomi (note 101), p. 150, n° 554.

118 Bucher/Bonomi (note 101), p. 151, n° 556.

119 Bucher/Bonomi (note 101), p. 151, n° 557.

120 Comme par exemple Helmut Coing, Das Baseler Concordat von 1975 – ein Beitrag zur Entwicklung des internationalen Verwaltungsrecht, in: Mélanges Vischer 1983, p. 123 ss.

121 Linke (note 29), p. 39.

V. Le droit applicable

La détermination du droit d'application est une opération essentielle en droit administratif international. On traitera de cette thématique sous deux angles: l'application du droit administratif interne (ch. V.1) et l'application du droit administratif étranger (V.2).

1. L'application du droit administratif interne

Les principes généraux en matière de circonstances de rattachement. – La détermination du droit applicable doit se faire en fonction d'une circonstance de rattachement pertinente *(genuine link)*[122]. A titre d'exemple, compte tenu de la Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale, la race ne l'est pas. Il s'agit-là d'un principe du droit international public.

On est en présence d'un critère pertinent lorsqu'il n'induit pas un résultat qui n'a aucun sens ou qui est injuste. De manière générale, les circonstances de rattachement constituent des expressions différentes soit du principe de la territorialité, soit du principe de la personnalité. Dans la première catégorie, il s'agit des éléments qui ont trait à la relation au territoire, comme par exemple le lieu d'activité, le domicile ou le lieu de situation de la chose. S'agissant de la seconde catégorie, il y a lieu de mentionner la nationalité. La compétence personnelle habilite ainsi l'Etat à régler la situation d'un ressortissant même s'il se trouve à l'étranger. Dans certains domaines particuliers, on fait appel au critère des effets en relation avec celui du bien juridique protégé par la norme (principe de protection, *«Schutzprinzip»*)[123].

Les circonstances de rattachement en droit privé. – Dans le cadre du droit international privé, on a tenté de trouver en droit international public conventionnel et coutumier les fondements d'un système général de rattachement, mais en vain. Certes, il existe des circonstances de rattachement qui se retrouvent dans plusieurs ordres juridiques, mais l'absence d'*opinio juris* empêche la reconnaissance de l'existence d'un droit coutumier.

---

122 En droit international fiscal, «le droit international public autorise un Etat à imposer des transactions internationales pour autant qu'un lien suffisant existe entre le contribuable et l'Etat qui prélève l'impôt notamment en raison de la résidence, du séjour habituel, de la citoyenneté, du «situs» du capital, etc.» (Oberson, [note 48], p. 1, nº 2).

123 ATF 118 Ia 137, *B*.

Les circonstances de rattachement en droit pénal. – S'agissant du droit pénal, il est reconnu en droit international public que prédominent le principe de la territorialité et celui de la personnalité active. Un Etat est habilité à infliger des sanctions pénales en raison de tout fait ayant eu lieu sur son territoire, indépendamment de la nationalité de l'auteur (principe de la territorialité). En outre, l'Etat est également habilité à sanctionner ses ressortissants pour des faits survenus à l'étranger (principe de la personnalité active). Par contre, le volet passif du principe de la personnalité est controversé.

Le droit fiscal. – Le droit fiscal se réfère à plusieurs critères: la nationalité ou le domicile de la personne, le lieu de travail, le lieu de l'exploitation de l'entreprise, le siège d'une personne morale ou le lieu de situation des biens patrimoniaux. S'agissant des réglementations sur les importations et les exportations, du droit de la concurrence (droit des cartels, législation anti-trust), les circonstances telles que le siège de la personne morale ainsi que le lieu où les effets se sont produits ne sont pas reconnues par tous les Etats.

Les circonstances de rattachement en droit administratif. – En *droit des étrangers*, la nationalité peut être acquise soit en raison de la nationalité des parents *(ius sanguinis)*, soit par le lieu de naissance *(ius soli)*. Lorsque la nationalité s'acquiert dans le cadre d'une procédure de naturalisation, d'autres critères entrent en considération, comme par exemple le domicile ou encore les relations familiales. Le droit d'asile connaît, avec le système Dublin, une réglementation complexe et hiérarchisée de plusieurs critères pour déterminer l'Etat compétent. Fondamentalement, c'est le lieu du dépôt de la demande d'asile qui est déterminant[124]. Toutefois, dans plusieurs situations, on se réfère au critère du lien familial: membre de la famille d'un demandeur d'asile mineur qui se trouve légalement dans un Etat partie, pour autant que ce soit dans son intérêt[125], membre de la famille admis à résider en tant que réfugié[126], membre de la famille dont la procédure d'asile est en cours de traitement[127]. A côté du lien familial, il y a d'autres critères de rattachement: la possession d'un titre de séjour en cours de validité ou d'un visa[128], les circonstances liées à l'entrée irrégulière[129] ou encore le premier Etat membre auprès duquel la demande a été déposée[130]. En matière financière, il est fait

124 Une expression de cette règle: l'art. 12 Règlement Dublin prévoit qu'en cas de demande d'asile dans la zone de transit d'un aéroport d'un Etat membre, cet Etat est responsable.
125 Art. 6 Règlement Dublin.
126 Art. 7 Règlement Dublin.
127 Art. 8 Règlement Dublin.
128 Art. 9 Règlement Dublin.
129 Art. 10 Règelement Dublin.
130 Art. 13 Règlement Dublin.

appel à d'autres critères comme le siège ou l'incorporation d'une société, mais c'est la théorie de l'incorporation qui est principale, et celle du siège subsidiaire[131].

Une circonstance de rattachement particulière: celle des effets (Auswirkungsprinzip)[132]. – Le principe dit des effets est bien connu en droit des brevets[133], en droit de la concurrence déloyale[134], ou encore dans les relations intercantonales[135]. Dans la cause *Hachette SA*[136], il est question de l'application de la loi sur les cartels. Il s'agit d'un cas où des personnes domiciliées en Suisse ont attaqué devant un juge suisse (Genève) des personnes suisses et françaises, parties à un accord vertical de cartel. Saisi d'un recours en nullité et en réforme déposé contre un jugement incident rejetant le déclinatoire, le Tribunal fédéral a admis le recours. Au sujet de la question du principe des effets, la Haute Cour a relevé que s'agissant des cas où les défendeurs sont domiciliés à l'étranger, en restreindre la portée aux seules entraves à la concurrence décidées en Suisse reviendrait à lui refuser presque tout effet pratique. Il ne s'appliquerait plus alors qu'au cartel dont aucun des membres n'aurait de domicile en Suisse et qui conclut, dans ce pays, ses accords tendant à entraver la concurrence. Il leur suffirait donc, pour se soustraire entièrement à la juridiction suisse, de prendre leurs engagements à l'étranger. Tel ne saurait être le sens de la loi. Elle permet au contraire d'assigner en Suisse des organisations étrangères dont les accords de cartel produisent en Suisse des résultats illicites, quel que soit le lieu où ces accords ont été conclus. Cela est conforme à son but qui est de protéger la libre concurrence,

---

131 Merkli (note 45), p. 13; ATF 2A.65/2002 du 22 mai 2002.

132 On se permet ici de reprendre les développements qui se trouvent dans la contribution de Merkli; voir aussi Rolf Bär, Das Auswirkungsprinzip im schweizerischen und europäischen Wettbewerbsrecht, in: Die neue schweizerische Wettbewerbsordnung im internationalen Umfeld, Berne 1997, p. 87 ss; Pierre Tercier, Introduction générale, in: Commentaire romand, Droit de la concurrence, Genève/Bâle/Munich 2002, p. 34, n° 193 ss; Pierre-Alain Killias, ad art. 2 LCart, Commentaire romand, Droit de la concurrence, Genève/Bâle/Munich 2002, p. 117 ss, n° 56 ss.

133 ATF 82 II 159.

134 ATF 89 II 42.

135 ATF 125 II 474; ATF 124 IV 73; ATF 118 Ia 137: Il s'agit en l'espèce de l'application de la législation grisonne qui interdit à certaines conditions l'emploi de véhicules automobiles en dehors du canton dans le but de se livrer à la chasse dans les Grisons. Selon le Tribunal fédéral, les règles de conflit des articles 3 à 7 CP (principes de territorialité et d'ubiquité) ne fournissent aucune règle de rattachement pour l'application de cette disposition pénale cantonale. Il n'en découle pour autant aucune extension inadmissible de la souveraineté cantonale en matière pénale. Le bien juridique protégé par la législation du canton des Grisons en matière de chasse est touché de manière suffisamment intense par le comportement incriminé, qui déploie ses effets aux Grisons, de sorte qu'une relation interne suffisante est admissible.

136 ATF 93 II 192.

jugée conforme à l'intérêt général. Il y a lieu dès lors de réprimer les entraves à la concurrence d'où qu'elles viennent, dès qu'elles ont un effet direct sur le jeu de la concurrence à l'intérieur du territoire suisse. C'est pourquoi, du reste, la loi réserve un traitement exceptionnel aux mesures qui visent à assurer l'application d'un cartel sur les marchés étrangers (art. 5 al. 2 litt. d)[137].

Une autre affaire[138] concerne une décision de la Commission de la concurrence infligeant à Rhône-Poulenc SA et Merck & co. Inc une amende de Fr. 60 000.–, réduite, après réexamen, à Fr. 23 625.– pour avoir réalisé une opération de concentration pendant le délai d'interdiction provisoire de l'article 32, alinéa 2 LCart. La Commission de recours ayant annulé la décision attaquée, le département fédéral de l'économie publique a saisi le Tribunal fédéral. S'agissant desdites sociétés, elles ont leur siège respectivement en France et aux Etats-Unis. En outre, elles ne possèdent pas d'établissements ou filiales en Suisse. Une des questions centrales qui devait être traitée a trait au champ d'application de la loi sur les cartels. Sur ce point, et en particulier au sujet de l'effet extra-territorial, la Haute Cour a relevé que

> «la loi du 6 octobre 1995 innove en ce sens qu'elle précise expressément son champ d'application géographique et le définit en fonction du principe des effets sur le marché suisse, même si les restrictions à la concurrence se sont produites à l'étranger (art. 2 al. 2 LCart.; Message concernant la loi sur les cartels du 23 novembre 1994 in FF 1995 I 535/536). Avec *l'art. 2 al. 2 LCart*, le principe des effets («Auswirkungsprinzip»), largement reconnu sur le plan international[139], est donc maintenant inscrit dans la loi. Il ne s'agit cependant que des effets sur le marché suisse prévisibles d'emblée, afin de réserver à l'autorité compétente la possibilité de procéder ensuite à un examen plus approfondi (...). *L'art. 2 al. 2 LCart* est donc une règle de conflit qui fixe les conditions d'application de la loi suisse sur les cartels et oblige la Commission de la concurrence à exercer un contrôle préventif, en examinant l'influence de la concentration sur le marché suisse déjà au stade de la notification de l'opération en cause selon *l'art. 9 al. 1 LCart* (...). b) Conscient des difficultés qui pouvaient survenir lorsqu'aucune des entreprises concernées ne relevait de la juridiction suisse et que tout leur patrimoine se trouvait à l'étranger, le Conseil fédéral avait certes introduit une règle de conflit spéciale qui visait à limiter l'application du principe des effets. L'art. 9 al. 4 du projet de loi prévoyait ainsi qu'une concentration d'entreprises n'était pas soumise au régime de l'autorisation lorsque toutes les entreprises participantes avaient leur siège à l'étranger et n'étaient pas affiliées à une

137 Cela dit, compte tenu des règles prévues dans la Convention franco-suisse du 15 juin 1869, lesquelles l'emportent sur les règles du droit interne, le Tribunal fédéral a admis le recours, dès lors que les conclusions prises étaient des réclamations personnelles.

138 ATF 127 III 219.

139 Pour une application de ce principe en droit communautaire de la concurrence, voir Roland Bieber/Francesco Maiani, Précis de droit européen, Berne 2004, p. 248 ss, qui citent l'affaire des «pâtes de papier» CJCE affaires jointes 89, 104, 114, 117 et 125 à 129/85 Ahlströhm et al./Commission, Rec. 1988, 5193, consid. 17 ss, et TPI aff. T-102/96 Gencor, Rec. 1999, II-753.

entreprise en Suisse, ni ne disposaient d'un établissement en Suisse actif sur les mêmes marchés ou sur les marchés voisins (FF 1995 I 575/576). La Commission du Conseil national a cependant décidé de supprimer cette disposition, jugeant préférable de ne pas se priver de toute possibilité d'intervention. Le Parlement a ensuite approuvé sans discussion cette modification (...). Il s'ensuit que l'obligation d'annoncer les opérations de concentration selon le droit suisse peut déjà résulter des effets potentiels que lesdites opérations sont susceptibles de produire sur le marché suisse, même si les entreprises concernées ne sont pas physiquement présentes en Suisse (...).»

2. *L'application du droit administratif étranger*

a) Introduction

A l'aune du droit international public. – Comprise de manière absolue, le principe de l'exclusivité de la souveraineté territoriale signifie qu'un Etat n'a pas à appliquer le droit étranger. Mais une telle attitude conduit à des conflits (positifs et négatifs). C'est pourquoi, on considère qu'il s'agit là d'un faux dogme[140]. En effet, le principe de la territorialité n'a rien à voir avec l'application du droit public étranger et il n'existe aucun principe de droit international public interdisant une telle application, car cela ne saurait, en aucune manière, heurter la souveraineté de l'Etat étranger. D'un autre côté, il n'existe, en droit international public, aucune obligation enjoignant un Etat à appliquer le droit public étranger. C'est dire donc que fondamentalement, un Etat est libre de soumettre un état de fait donné à son droit ou au droit étranger[141]. Dans ATF 131 III 418, le Tribunal fédéral devait statuer sur la question de savoir s'il est tenu d'appliquer la loi de l'Union de l'Inde concernant l'interdiction d'exporter les antiquités et trésors artistiques. A cette occasion, il a rappelé ce qui suit:

> «aucun Etat n'est tenu, sous réserve d'accords internationaux, d'appliquer les règles de droit public étrangères à l'intérieur de ses frontières.»

Cependant, compte tenu du fait que la Convention de l'Unesco du 14 novembre 1970 concernant les mesures à prendre pour interdire et empêcher l'importation, l'exportation et le transfert de propriété illicites de biens culturels a été approuvée par l'Assemblée fédérale le 12 juin 2003 et qu'elle est entrée en vigueur le 3 janvier 2004, et compte tenu de l'entrée en vigueur au 1er juin 2005 de la loi fédérale sur le transfert international des biens culturels[142], la Haute Cour a relevé que dans le cadre de l'application de la LTBC,

140 Linke (note 29), p. 103.
141 Linke (note 29), p. 104.
142 LTBC; FF 2003, p. 4019; RO 2005, p. 1869; RS 444.1.

«l'application des règles de droit public étranger peut conduire à la restitution, à l'Etat d'origine, d'un bien culturel illicitement exporté dont la propriété a été valablement transférée – ou qui a été valablement grevé d'un droit de gage – au regard des normes de droit privé applicables. L'exportation illicite d'un bien culturel selon le droit public de l'Etat d'origine ne saurait en revanche affecter la validité, sur le plan du droit privé, du transfert de la propriété du bien en question ou de la constitution d'un droit de gage sur ce bien. C'est d'ailleurs précisément pour cela qu'il a fallu mettre en place, sur la base de la convention de l'UNESCO, un système d'actions en retour permettant de faire droit aux prétentions de droit public de l'Etat d'origine en dehors des mécanismes du droit international privé.»

Il existe cependant une controverse sur la question de savoir si l'application du droit public étranger doit être soumise à la volonté d'application extra-territoriale de l'auteur de la norme. Sur ce point, LINKE relève que chaque norme, chaque acte administratif reflète une volonté d'application extra-territoriale, dans la mesure où les éléments d'extranéité sont également pris en considération. Le droit international public interdit à un Etat d'imposer l'application de son droit à un autre, mais il n'exclut pas la volonté d'application extra-territoriale. En outre, une telle volonté ne signifie pas encore qu'elle mène inévitablement à l'effet extra-territorial lui-même[143].

Il est donc indispensable de lever les obstacles à l'application du droit étranger. Compte tenu de la souveraineté des Etats, et de son corollaire c'est-à-dire l'autonomie des ordres juridiques, c'est le droit national de chaque Etat qui détermine les règles applicables en la matière. Il en va ainsi du droit international privé dont une des composantes essentielles est l'ensemble des règles de conflits de lois.

En droit international privé. – Selon la LDIP,

«l'application du droit étranger n'est pas exclue du seul fait qu'on attribue à la disposition un caractère de droit public» (art. 13, 2e phr. LDIP).

Le législateur a ainsi infirmé la jurisprudence du Tribunal fédéral selon laquelle le droit public étranger ne trouverait application que dans la mesure où il servirait, au moins de façon médiate, des intérêts privés (ATF 80 II 53, *Royal Dutch Company*; ATF 107 II 189, *Barmer Ersatzkasse*[144])[145]. Les auteurs du droit international privé distinguent entre le droit public étranger

143 LINKE (note 29), p. 103.

144 Il s'agit en l'espèce de l'application d'une norme allemande de subrogation du droit des assurances sociales. A cette époque-là, le Tribunal fédéral a relevé qu'il convenait de tenir compte du droit public étranger en Suisse, lorsqu'il complète le droit privé applicable dans ce dernier Etat. Des clauses de subrogation appartenant au droit public étranger des assurances sociales doivent être appliquées en Suisse sous réserve d'analogie, pour autant que la situation juridique du responsable n'en soit pas aggravée.

145 BUCHER/BONOMI (note 101), p. 121; DUTOIT (note 99), ad art. 13, p. 38; KNOEPFLER/SCHWEIZER/OTHENIN-GIRARD (note 47), p. 95.

protégeant les intérêts privés (lois sur le travail par exemple) et les lois politiques *(Eingriffsnormen)*,

> «c'est-à-dire le droit public étranger qui s'attache exclusivement ou principalement à la protection d'intérêts publics, comme par exemple les lois sur les devises, les restrictions à l'exportation ou encore les dispositions sur l'embargo.»

Pour Bernard Dutoit,

> «en principe, la formulation générale de l'art. 13, 2e phrase LDIP, ne permet pas d'exclure a priori de telles dispositions du droit étranger, pourvu qu'elles ne heurtent pas l'ordre public suisse»[146]. Ce dernier «englobe aussi les cas de violation des principes du droit international par le droit public étranger.»

Pour Andreas Bucher/ Andrea Bonomi,

> «il n'en demeure pas moins que, dans le contexte de la réserve générale de l'ordre public suisse, la difficulté subsiste de définir la portée du droit public étranger. Il conviendra de mettre l'accent davantage sur l'influence effective exercée par le droit public étranger sur le rapport de droit privé et l'équilibre entre les droits et obligations des parties. L'application du droit public étranger pourrait, en particulier, heurter le sentiment de justice s'il a pour effet de priver une partie de son droit, et ce de manière discriminatoire ou sans compensation équitable. Ce serait alors à cause de son résultat, et non en raison de son caractère de droit public, que l'application de la norme étrangère serait refusée en Suisse»[147].

Dans l'optique de l'article 13 LDIP, il s'agit du droit public désigné par une règle de conflit suisse. Qu'en est-il lorsqu'il s'agit du droit public non désigné? A ce sujet, l'article 19 LDIP est libellé comme suit:

> «[1] Lorsque des intérêts légitimes et manifestement prépondérants au regard de la conception suisse du droit l'exigent, une disposition impérative d'un droit autre que celui désigné par la présente loi peut être prise en considération, si la situation visée présente un lien étroit avec ce droit.
>
> [2] Pour juger si une telle disposition doit être prise en considération, on tiendra compte du but qu'elle vise et des conséquences qu'aurait son application pour arriver à une décision adéquate au regard de la conception suisse du droit.»

Il s'agit là d'une disposition qui reflète une conception moderne se trouvant à l'opposé de celle qui considère que les autorités doivent faire abstraction du droit public étranger. Cela dit, il est question ici d'une simple prise en considération,

> «ce qui permet au juge, cas échéant, d'adapter la règle étrangère à la situation litigieuse pour parvenir à un résultat tenant compte de toutes les circonstances. Dans ce contexte également, les buts visés par le législateur étranger, ainsi que les conséquences que l'application de la règle étrangère entraînerait pour le rapport juridique en cause doivent être examinés. La prise en compte d'une règle de droit public étrangère appartenant à un système dont le droit n'est pas applicable résultera de la pondération de plusieurs éléments géographiques, économiques, politiques et sociaux, combinés avec des considérations d'équité.»[148]

---

146 Dutoit (note 99), ad art. 13, p. 38; dans le même sens Bucher/Bonomi (note 101), p. 121.

147 Bucher/Bonomi (note 101), p. 121.

148 Knoepfler/Schweizer/Othenin-Girard (note 47), p. 97.

En droit administratif international. – L'application du droit administratif étranger par une autorité suisse n'est pas exclue. Le principe de la territorialité ne signifie pas qu'une autorité n'est pas habilitée à appliquer une norme étrangère. Preuve en est que lorsqu'il y a lieu de déterminer, au préalable, la nationalité d'une personne, ce ne sont pas les règles internes, mais les normes d'un Etat étranger qui trouvent application (ATF 112 V 151).

Dans cette perspective, l'application du droit administratif étranger se heurte cependant à des considérations d'ordre constitutionnel, en l'occurrence le principe de la légalité, car le contenu des normes que l'administration doit appliquer n'est plus défini par le législateur interne, mais par le pouvoir législatif étranger[149]. Un tel obstacle ne peut être surmonté que dans la mesure où la norme qui désigne applicable le droit administratif étranger repose sur une loi au sens formel, ou lorsqu'elle a un caractère infra-légale, elle doit au moins trouver un fondement dans la loi interne[150].

b) La prédominance de l'unilatéralité en droit administratif international

Introduction. – En droit international privé, l'application du droit étranger résulte des règles de conflit qui sont, en grande partie, de nature bilatérale. Tel n'est cependant pas le cas en droit administratif international[151]. Il convient d'en déterminer les raisons.

La non-applicabilité du droit public étranger? – Il s'agit ici d'une des conséquences possibles de l'unilatéralité en droit administratif international. Cependant, comme on l'a vu plus haut, le droit international privé s'est écarté de cette approche, cela *via* les articles 13 et 19 LDIP. En outre, d'après la conception dominante, le principe de la territorialité n'interdit pas l'application du droit public étranger[152].

Le faible intérêt pour un Etat d'appliquer le droit public étranger. – A la différence du droit privé, le droit public est marqué par l'empreinte de l'intérêt public. Si l'Etat prend une certaine distance vis-à-vis du droit privé, tel n'est pas le cas en droit public, car il s'agit ici de préserver les intérêts étatiques. C'est pourquoi, dès lors qu'un Etat n'a, en règle générale, aucun intérêt à promouvoir les intérêts d'un autre Etat, il n'y a pas lieu de procéder au renvoi au droit public étranger, ce qui a pour conséquence que l'on se trouve en pré-

149 Linke (note 29), p. 129–130.
150 Grof (note 9), p. 317 ss.
151 Grof (note 9), p. 312 ss.
152 Linke (note 29), p. 123–124.

sence de règles unilatérales[153]. Une application du droit public étranger n'intervient que dans la mesure où il existe un intérêt interne à promouvoir les intérêts d'autres Etats.

c) Le droit administratif étranger est-il applicable même en l'absence de renvoi?

On pourrait s'inspirer ici de la réglementation qui existe en droit international privé, en particulier de l'article 19 LDIP. Il convient cependant d'être prudent, car les deux matières présentent des différences essentielles. En effet, le principe de la base légale, élément cardinal au droit public, conduit à une réponse différenciée. Lorsqu'il s'agit d'une matière relevant de l'administration de police, une base légale est indispensable, sans exception. Partant, l'application du droit public étranger ayant pour conséquence d'imposer des obligations à un particulier doit reposer sur une base légale. Par contre, s'agissant de l'administration de prestation, un renvoi explicite au droit étranger n'est pas nécessaire, lorsqu'il s'agit par exemple de régler une question préjudicielle[154].

d) La possibilité d'une règle de conflit bilatérale

Des auteurs du droit international privé considèrent qu'il est possible de procéder à une bilatéralisation des lois de police. Selon François Knoepfler/Philippe Schweizer/Simon Othenin-Girard

> «la construction est possible si l'on respecte le domaine d'application autolimité de la loi de police et si, en l'absence d'une règle d'application immédiate étrangère, on revient au système ordinaire des conflits de lois»[155]

Fondamentalement, rien n'interdit de prévoir une règle de conflit bilatérale en droit administratif international, dès lors que le système unilatéral comporte des désavantages (conflits positif ou négatif). En outre, lorsqu'il s'agit d'un domaine qui requiert la coopération de différents Etats, l'élaboration de règles bilatérales est un instrument adéquat.

e) Les limites de l'application du droit administratif étranger

Introduction. – Il convient de distinguer entre le droit public et l'ordre public. Comme on l'a vu plus haut, le droit administratif étranger peut trouver appli-

153 Linke (note 29), p. 125.
154 Linke (note 29), p. 127–128.
155 Knoepfler/Schweizer/Othenin-Girard (note 47), p. 195, nº 385.

cation dans l'ordre juridique interne. Cela dit, l'ordre public constitue une limite à cette application. On trouve en droit international privé la même règle, à l'article 17 LDIP qui est libellé comme suit:

> «L'application de dispositions du droit étranger est exclue si elle conduit à un résultat incompatible avec l'ordre public suisse.»

Le contenu et les différentes facettes de l'ordre public. – La réserve d'ordre public est une clause qui ne peut être invoquée que de manière exceptionnelle, dans des situations profondément choquantes. Les disparités qui résultent de l'application d'un droit dont le contenu diffère de celui du for ou du lieu de reconnaissance d'une décision étrangère ne suffisent pas. L'ordre public est avant tout national (ordre du public de l'Etat du for, ou ordre public étranger)[156]. Mais il convient également de prendre en considération l'ordre public transnational dont la source se trouve en droit international public, étant précisé que cette notion est controversée[157].

VI. La reconnaissance et l'exécution des actes administratifs étrangers

La reconnaissance et l'exécution des actes administratifs étrangers constituent un des volets essentiels du droit administratif international, d'où plusieurs subdivisions consacrées à cette problématique: la notion de reconnaissance et d'exécution (ch. VI.1), les modalités de reconnaissance (ch. VI.2), la nature juridique de l'acte à reconnaître (ch. VI.3), l'obligation de reconnaissance (ch. VI.4), l'étendue et les effets de la reconnaissance (ch. VI.5), la reconnaissance des actes administratifs viciés (ch. VI.6), ainsi que la compétence de révoquer ou non l'acte administratif reconnu (ch. VI.7).

1. La notion de reconnaissance et d'exécution

La reconnaissance est une décision par laquelle une autorité accepte, sur le territoire de l'Etat requis, les effets des actes étrangers. Par la reconnaissance, l'acte étranger produit dans l'Etat requis les effets qui lui ont été attribués dans son Etat d'origine (procédure de reconnaissance)[158]. Il peut dès lors

156 Bucher/Bonomi (note 101), p. 125 ss, nº 470 ss; Dutoit (note 99), ad art. 17, p. 67 ss; Knoepfler/Schweizer/Othenin-Girard (note 47), p. 174 ss, nº 354 ss.

157 Knoepfler/Schweizer/Othenin-Girard (note 47), p. 170 ss, nº 348a ss. Bucher/Bonomi (note 101), p. 139 ss, nº 518 sont plus affirmatifs sur l'ordre public de source internationale.

158 Linke (note 29), p. 31.

être exécuté, c'est-à-dire mis en œuvre dans l'Etat requis avec les moyens de contrainte disponibles dans cet Etat (procédure d'exequatur)[159].

2. *Modalités de reconnaissance*

Notion. – La reconnaissance peut se faire soit par voie légale – ce qui signifie qu'un acte particulier de reconnaissance n'est pas indispensable, soit dans un cas particulier au travers d'un acte administratif ou d'un jugement[160].

On illustre cette thématique par quelques exemples.

En droit des étrangers. – Le 26 octobre 2004, un accord a été conclu entre la Confédération suisse, l'Union européenne et la Communauté européenne sur l'association de la Confédération suisse à la mise en œuvre, à l'application et au développement de l'acquis de Schengen. L'Annexe A de l'accord énumère les textes applicables, dont la Convention d'application de l'Accord de Schengen du 14 juin 1985 signée à Schengen le 19 juin 1990. L'article 10 de cette convention est applicable, à l'exception de son § 2. Il est libellé comme suit:

> «1. Il est institué un visa uniforme valable pour le territoire de l'ensemble des Parties Contractantes. Ce visa, dont la durée de validité est régie par l'article 11, peut être délivré pour un séjour de trois mois au maximum.
> 2. (...)
> 3. Par dérogation aux dispositions des paragraphes 1 et 2, chaque Partie Contractante se réserve le droit de restreindre la validité territoriale du visa selon les modalités communes déterminées dans le cadre des dispositions pertinentes du présent Chapitre.»

Le visa est une décision attestant que les conditions d'entrée et de séjour sont réalisées. Le visa Schengen est valable sur l'ensemble de l'espace Schengen. On est ici en présence d'une reconnaissance de par la loi *(ex lege)*: une décision de reconnaissance n'est pas nécessaire pour que le visa Schengen déploie ses effets sur le territoire d'un Etat membre.

Dans le domaine du droit des étrangers, il y a lieu de mentionner la thématique de la reconnaissance des diplômes. Le principe de la reconnaissance mutuelle, consacré par voie conventionnelle, est une condition *sine qua non* de la libre circulation des personnes[161]. La reconnaissance des diplômes est ainsi un des exemples typiques de la reconnaissance en droit administratif in-

---

159 Bucher/Bonomi (note 101), p. 60, nº 239 ss; Dutoit (note 99), p. 95 ss; Knoepfler/Schweizer/Othenin-Girard (note 47), p. 408 ss, nº 715 ss.

160 Linke (note 29), p. 31.

161 Message relatif à l'approbation des accords sectoriels entre la Suisse et la Communauté européenne, FF 1999, p. 58.

ternational. Le 21 juin 1999, la Suisse et la Communauté européenne ainsi que ses Etats membres ont conclu un accord sur la libre circulation des personnes, lequel est entré en vigueur le 1er juin 2002. L'Annexe III de l'accord est consacrée à la reconnaissance mutuelle des qualifications professionnelles (diplômes, certificats et autres titres)[162]. Dans le système instauré, il est fait référence à plusieurs textes du droit communautaire, dont la directive 89/48/CEE du Conseil, du 21 décembre 1988, relative à un système général de reconnaissance des diplômes d'enseignement supérieur qui sanctionnent les formations professionnelles d'une durée minimale de trois ans[163]. L'article 1er définit toute une série de notions (diplôme, Etat membre d'accueil, profession réglementée ou encore expérience professionnelle). A l'article 2, il est question du champ d'application personnel de la directive. Et c'est à l'article 3 que l'on trouve une règle sur la reconnaissance qui est libellée comme suit:

> «Lorsque, dans l'État membre d'accueil, l'accès à une profession réglementée ou son exercice est subordonné à la possession d'un diplôme, l'autorité compétente ne peut refuser à un ressortissant d'un État membre, pour défaut de qualification, d'accéder à cette profession ou de l'exercer dans les mêmes conditions que les nationaux:
>
> a) si le demandeur possède le diplôme qui est prescrit par un autre État membre pour accéder à cette même profession sur son territoire ou l'y exercer et qui a été obtenu dans un État membre, ou bien
>
> b) si le demandeur a exercé à plein temps cette profession pendant deux ans au cours des dix années précédentes dans un autre État membre qui ne réglemente pas cette profession au sens de l'article 1er point c) et de l'article 1er point d) premier alinéa en ayant un ou plusieurs titres de formation:
>
> – qui ont été délivrés par une autorité compétente dans un État membre, désignée conformément aux dispositions législatives, réglementaires ou administratives de cet État,
>
> – dont il résulte que le titulaire a suivi avec succès un cycle d'études postsecondaires d'une durée minimale de trois ans, ou d'une durée équivalente à temps partiel, dans une université ou un établissement d'enseignement supérieur ou dans un autre établissement du même niveau de formation d'un État membre et, le cas échéant, qu'il a suivi avec succès la formation professionnelle requise en plus du cycle d'études postsecondaires, et
>
> – qui l'ont préparé à l'exercice de cette profession.

---

162 Voir à ce sujet Rudolf Natsch, Gegenseitige Anerkennung beruflicher Qualifikationen, in: Bilaterale Verträge Schweiz-EG, Zurich 2000, p. 195 ss; Max Wild, Die Anerkennung von Diplomen im Rahmen des Abkommens über die Freizügigkeit der Personen, in: Accords bilatéraux Suisse-UE, Bâle/Genève/Munich, 2001, p. 383 ss; sur les avocats, voir Hans Nater/Thomas Wipf, Internationale Freizügigkeit nach dem Bundesgesetz über die Freizügigkeit der Anwältinnen und Anwälte, in: Bilaterale Verträge Schweiz-EG, Zurich 2000, p. 247 ss; sur les médecins, voir Erika Schmidt, Die Medizinalberufe und das Abkommen über die Freizügigkeit der Personen, in: Accords bilatéraux Suisse-UE, Bâle/Genève/Munich, 2001, p. 405 ss.

163 JO nº L 19 du 24.1.1989, p. 16.

Est assimilé au titre de formation visé au premier alinéa tout titre ou ensemble de titres qui a été délivré par une autorité compétente dans un État membre, dès lors qu'il sanctionne une formation acquise dans la Communauté et qu'il est reconnu comme équivalent par cet État membre, à condition que cette reconnaissance ait été notifiée aux autres États membres et à la Commission.»

En droit de la navigation aérienne. – Il existe un règlement du DETEC concernant les licences du personnel navigant de l'aéronautique (RPN) du 25 mars 1975[164]. Son article 25 est libellé comme suit:

«[1] Les étrangers et les citoyens suisses titulaires d'une licence valable d'un Etat membre de l'Organisation de l'aviation civile internationale (OACI) sont autorisés à recevoir, en Suisse et à bord d'aéronefs suisses, une instruction en double commande dans une école autorisée ou reconnue par l'office.

[1bis] Les étrangers et les citoyens suisses domiciliés à l'étranger sont également autorisés à effectuer occasionnellement, en Suisse et à bord d'aéronefs suisses, des vols à vue non commerciaux de jour lorsqu'ils possèdent une licence valable d'un Etat membre de l'OACI.

[2] Les étrangers sont autorisés à exercer occasionnellement, en dehors de la Suisse, une activité soumise à autorisation à bord d'aéronefs suisses lorsqu'ils sont titulaires d'une licence étrangère validée par écrit par l'office, qui fixe les conditions à remplir.

[3] Si une activité soumise à autorisation doit être exercée de manière durable à bord d'aéronefs suisses, une licence suisse est nécessaire. L'office fixe les conditions à remplir.

[4] L'office décide dans chaque cas s'il peut reconnaître des licences délivrées à des citoyens suisses par des Etats étrangers.»

Dans cette disposition, sont prévues tant la reconnaissance ex lege que la reconnaissance par décision d'espèce. Entre dans le cadre du premier cas de figure l'étranger «titulaire d'une licence valable d'un Etat membre de l'Organisation de l'aviation civile internationale (OACI)». Sa licence est *ipso iure* reconnue, car il est autorisé à recevoir, en Suisse et à bord d'aéronefs suisses, une instruction en double commande dans une école autorisée ou reconnue par l'office. Il en va de même de l'article 25, alinéa 1bis RPN pour les vols à vue non commerciaux de jour. Par contre, la décision d'espèce de reconnaissance est indispensable pour les cas suivants: les étrangers qui exercent occasionnellement, en dehors de la Suisse, une activité soumise à autorisation à bord d'aéronefs suisses, dès lors que leur licence étrangère est «validée par écrit par l'office, qui fixe les conditions à remplir.» Tel est également le cas du Suisse titulaire d'une licence délivrée par un Etat étranger, car selon l'article 25, alinéa 4 RPN, «l'office décide dans chaque cas s'il peut reconnaître des licences».

164 RS 748.222.1.

Le cas de la commune de Büsingen. – En matière de créances fiscales, l'article 3 du traité conclu entre la Suisse et l'Allemagne[165] comporte des règles relatives à la reconnaissance de par la convention:

> «(2) La base légale de la saisie d'un objet à l'égard duquel il n'existe pas de droit de gage douanier est constituée par une décision définitive et exécutoire de l'autorité compétente suisse. Sur cette décision, l'autorité suisse à désigner selon les dispositions du Protocole final devra attester la compétence de l'autorité dont émane la décision, ainsi que le caractère définitif et exécutoire de cette dernière.
> «(3) La décision suisse n'est pas sujette à un examen de fond par les autorités allemandes. Si toutefois celles-ci constatent que la décision contient des inexactitudes évidentes, elles peuvent la restituer à l'autorité suisse. Celle-ci prend une décision définitive et obligatoire au sujet de la rectification.»

3. *La nature juridique de l'acte à reconnaître*

En droit international privé. – L'acte faisant l'objet de la reconnaissance est «une décision de l'autorité juridictionnelle jouissant d'un pouvoir inhérent à l'existence de la souveraineté d'un Etat étranger»[166], ou encore une décision ou un acte rendu par une juridiction gracieuse (ou non contentieuse)[167]. Dans le même sens, BERNARD DUTOIT relève que le concept de décision

> «englobe toute décision, quelle que soit la dénomination qui lui est donnée et quel que soit le nom de l'autorité qui l'a rendue (tribunal, autorité, commission)»[168].

En droit administratif international. – Ces considérations peuvent être reprises en droit administratif international, étant précisé que l'on se doit d'être prudent, car le droit administratif n'a pas la même structure que le droit privé. En effet, à côté de la décision émanant de l'autorité administrative ou du juge administratif, il existe toute une série d'actes administratifs de nature particulière, comme l'acte matériel, l'ordonnance administrative, le plan ou en-

---

165 RS 0.631.112.136.

166 BUCHER/BONOMI (note 101), p. 61, nº 242.

167 Art. 31 LDIP; BUCHER/BONOMI (note 101), p. 62, nº 244; voir également KNOEPFLER/SCHWEIZER/OTHENIN-GIRARD (note 47), p. 426 ss, nº 739 ss qui énumèrent les cas suivants: les constatations officielles (art. 35, 38, 398, 490, 553, 559 CC, art. 15 CO, etc.), les interventions d'autorité, à caractère constitutif (art. 870 CC, art. 1072 CO, etc.), les opérations disparates visant à préserver une situation (art. 552 CC), à vérifier le sérieux d'une manifestation de volonté (art. 117, 507, 570 CC, etc.), à liquider un patrimoine (art. 594 ss), à assurer la régularité et la publicité d'un transfert (vente aux enchères), la surveillance d'une personne morale (art. 84 ss CC) ou physique (art. 413 al. 2, art. 420, art. 423 CC).

168 DUTOIT (note 99), ad art. 25, p. 98. L'auteur mentionne en outre un arrêt du Tribunal fédéral (ATF 122 III 344) qui étend le concept de «décision» aussi aux divorces privés prononcés selon le droit coutumier ghanéen, sans le concours d'aucune autorité; voir également KNOEPFLER/SCHWEIZER/OTHENIN-GIRARD (note 47), p. 422 ss, nº 723 ss.

core le contrat. De plus, il y a lieu de prendre en considération la problématique de l'exécution des tâches publiques par les particuliers.

Le problème de la qualification. – La variété des actes soumis au droit administratif soulève la délicate question de leur qualification. S'agissant par exemple de la décision, qui est un concept central, sa place dans les rapports de nature bilatérale n'est pas définie de la même façon en droit français et en droit suisse. En effet, si la théorie de l'acte détachable connaît une assise solide en droit administratif français, tel n'est pas le cas en droit suisse. Se pose alors le problème de la qualification. Il en va de même du plan d'affectation qui est une norme selon le droit allemand, alors qu'il est soumis, malgré sa nature juridique particulière, au régime de la décision pour ce qui est de l'aspect procédural[169].

La décision. – A l'évidence, une décision entrée en force émanant d'une autorité administrative ou d'un juge administratif est susceptible d'être reconnue. Mais quid des autres types d'actes?

L'acte matériel. – S'agissant tout d'abord de l'acte matériel, il est défini, par la doctrine dominante, comme étant un acte dont l'objet premier n'est pas de produire un effet juridique, mais de susciter un effet de fait, ce qui n'exclut pas que des effets juridiques – voulus ou non – puissent en résulter, mais que ceux-ci seront engendrés de manière secondaire[170]. A notre sens, au vu de ces caractéristiques particulières, il ne saurait être question ni de reconnaissance, ni d'exécution. Tout au plus, le juge administratif et l'autorité administrative en Suisse peuvent-il considérer l'acte matériel étranger comme un fait.

L'ordonnance administrative. – Quant à l'ordonnance administrative, elle n'a pas le statut de décision au sens de la PA. Suivant les cas, elle peut déployer ou non des effets juridiques. Mais il ne s'agit pas ici d'un acte individuel et concret[171]. Dans ces conditions, on considère que l'ordonnance administra-

---

169 FLÜCKIGER, L'extention du contrôle juridictionnel des activités de l'administration, Berne 1998, p. 161 ss.

170 FLÜCKIGER (note 169), p. 5 ss. Il peut s'agir de déclarations simples (ex: mises en garde, rapports, renseignements, recommandations, instructions internes, mesures internes préparatoires), d'actes matériels proprement dit (ex: aménagement de ralentisseurs de trafic, accrochage de crucifix, dénomination d'une rue, ouverture, mise à disposition ou fermeture d'installations ou d'établissements publics ou encore destruction de données personnelles).

171 En droit allemand, la jurisprudence considère que dans l'intérêt de la protection juridique, une ordonnance administrative *(Verwaltungsvorschrift)* qui porte atteinte indirectement aux droits d'un administré et déploie par là des effets juridiques externes est un acte administratif. Voir à ce sujet FLÜCKIGER (note 169), p. 5 ss.

tive doit être prise en considération non pas dans le cadre de la reconnaissance, mais plutôt au travers de la thématique du droit applicable.

Le plan. – S'agissant du plan d'affectation, par exemple, c'est une norme en droit allemand et, en droit suisse, c'est un acte d'une nature particulière qui peut être qualifié, dans certains cas, comme étant une décision[172]. Si donc un plan d'affectation étranger ayant des caractéristiques comparables à celui qui est qualifié, en droit suisse, de décision, on pourrait imaginer une possibilité de reconnaissance. Mais on se heurte ici à une autre question: existe-t-il réellement un cas où il pourrait s'agir de la reconnaissance d'un tel plan? Lorsqu'il est question d'un visa ou encore d'un diplôme, la reconnaissance a un sens parce que le fait de leur attribuer, par décision de l'autorité, des effets juridiques permet à un étranger de pénétrer sur notre territoire ou au titulaire du diplôme étranger d'accéder à une activité (faire des études ou encore exercer une profession). Pour le plan, on considère que la reconnaissance ne saurait, en fin de compte, entrer en considération. Tout au plus pourrait-on le prendre en considération dans le cadre du droit applicable.

Le contrat de droit administratif ou de droit privé. – D'emblée, on peut écarter le contrat de droit privé, car il est soumis au droit international privé et non pas au droit administratif international. Quant au contrat de droit administratif, peut-il, par le truchement de la reconnaissance, produire des effets juridiques en Suisse? On pourrait penser que l'institution de la reconnaissance est inutile ici, car dès lors qu'il est un acte de nature bilatérale, le contrat de droit administratif n'est pas un acte de puissance publique. A notre sens, on ne saurait être aussi affirmatif. Il existe en effet des cas où un particulier exécute une tâche publique cela sur la base d'un contrat conclu avec une collectivité publique (contrat de collaboration). Reconnaître le contrat, c'est au fond admettre que le particulier remplit les conditions pour exécuter la tâche publique en cause, ce qui permet de reconnaître également les actes qu'il accomplit. L'exemple mentionné ci-après nous en fournit une illustration.

Actes émanant des particuliers chargés d'exécuter des tâches publiques. – Dans le cadre de sa collaboration avec une collectivité publique, un particulier peut être habilité à prendre des décisions. A notre sens, celles-ci peuvent tout à fait faire l'objet d'une reconnaissance. Par contre, les actes matériels, les contrats ou encore les actes de planifications dont il est l'auteur suivent le même sort que précédemment.

172 ZBl 1996, p. 373; FLÜCKIGER (note 169), p. 161 ss.

Exemple:
On signale ici le cas de l'accord entre la Suisse et la Communauté européenne relatif à la reconnaissance mutuelle en matière d'évaluation de la conformité conclu le 21 juin 1999[173] et entré en vigueur le 1er juin 2002. Par définition, l'évaluation de la conformité est un «examen systématique de la mesure dans laquelle un produit, un procédé ou un service satisfont aux exigences spécifiées»[174]. Elle est le fait d'un organisme d'évaluation de la conformité, «entité de droit public ou *privé*[175] dont les activités visent l'exécution de tout ou partie du processus d'évaluation de la conformité»[176]. On voit bien ici qu'un particulier (entité de droit privé) peut être habilité à faire une évaluation de la conformité susceptible de faire l'objet d'une reconnaissance par la Suisse. En outre, selon l'article 5 de l'accord:

> «Les Parties reconnaissent que les organismes figurant à l'annexe 1 remplissent les conditions pour procéder à l'évaluation de la conformité.»

Cet exemple est intéressant à un double titre. D'une part, il confirme qu'un contrat de droit administratif (ici le contrat de collaboration) peut faire l'objet d'une reconnaissance. D'autre part, il montre qu'un acte accompli avec le particulier (organisme d'évaluation de la conformité) est également susceptible d'être reconnu.

Synthèse. – Il ressort de ce qui précède que de la panoplie des actes relevant du droit administratifs (décision, acte matériel, plan ou encore contrat), seuls la décision (de première et/ou sur recours) et le contrat de droit administratif entrent en considération dans le processus de reconnaissance et d'exécution.

---

173 RS 0.632.401; voir à ce sujet Theodor Bühler, Abkommen über die gegenseitige Anerkennung von Konformitätsbwertungen, in: Bilaterale Verträge Schweiz-EG, Zurich 2000, p. 517 ss.

174 Art. 2 § 1 Accord entre la Suisse et la Communauté européenne relatif à la reconnaissance mutuelle en matière d'évaluation de la conformité conclu le 21 juin 1999. Dans le cadre de l'accord, sont visés: les machines, les équipements de protection individuelle, les jouets, les dispositifs médicaux, les appareils à gaz, chaudières, les appareils à pression, les équipements terminaux de télécommunication, les appareils et systèmes de protection destinés à être utilisés en atmosphère explosible, le matériel électrique et la compatibilité électromagnétique, les engins et les matériels de chantier, les instruments de mesurage et de préemballage, les véhicules à moteur, les tracteurs agricoles ou forestiers, les bonnes pratiques de laboratoire, ou encore l'inspection de bonnes pratiques de fabrication des médicaments et certification des lots.

175 C'est nous qui soulignons.

176 Art. 2 § 1 Accord entre la Suisse et la Communauté européenne relatif à la reconnaissance mutuelle en matière d'évaluation de la conformité conclu le 21 juin 1999.

4. *L'obligation de reconnaissance*

A l'aune du droit international public. – Il n'existe pas, en droit international public, une obligation générale des Etats de reconnaître les actes administratifs étrangers. En vertu de leur souveraineté territoriale, les Etats sont libres de déterminer si un acte administratif donné est susceptible de produire des effets sur leur territoire.

Obligation explicite. – En revanche, certaines conventions de droit international public comportent des clauses de reconnaissance des actes administratifs étrangers. On présente ci-après quelques exemples tirés du droit des accords bilatéraux:

- 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[177].

  «*Art. 9 Diplômes, certificats et autres titres*
  Afin de faciliter aux ressortissants des Etats membres de la Communauté européenne et de la Suisse l'accès aux activités salariées et indépendantes et leur exercice, ainsi que la prestation de services, les parties contractantes prennent les mesures nécessaires, conformément à l'annexe III, concernant la reconnaissance mutuelle des diplômes, certificats et autres titres et la coordination des dispositions législatives, réglementaires et administratives des parties contractantes concernant l'accès aux activités salariées et non salariées et l'exercice de celles-ci ainsi que la prestation de services.»
- Accord entre la Confédération suisse et la Communauté européenne sur le transport de marchandises et de voyageurs par rail et par route conclu le 21 juin 1999, entré en vigueur le 1er juin 2002[178].

  «*Art. 25 Licences ferroviaires*
  1. L'octroi d'une licence appropriée au type de service ferroviaire en question est un préalable à toute demande d'accès ou de transit de l'infrastructure ferroviaire et, donc, au droit d'exploiter des services de transport. Cette licence ne donne pas droit par elle-même à l'accès à l'infrastructure ferroviaire. (...)
  4. Les licences sont reconnues dans la Communauté ou en Suisse sur base de réciprocité.»
- Accord entre la Suisse et la Communauté européenne relatif à la reconnaissance mutuelle en matière d'évaluation de la conformité conclu le 21 juin 1999 et entré en vigueur le 1er juin 2002[179].

---

177 RS 0.142.112.681.

178 RS 0.740.72; voir au sujet de cet accord Rolf H. Weber/Max Friedli, Abkommen über den Güter- und Personenverkehr auf Schiene und Strasse, in: Bilaterale Verträge Schweiz-EG, Zurich 2000, p. 38 ss;

179 RS 0.632.401.

«*Art. 1 Objet*

1. La Communauté et la Suisse acceptent mutuellement les rapports, certificats, autorisations et marques de conformité délivrés par les organismes figurant à l'annexe 1 ainsi que les déclarations de conformité du fabricant, attestant la conformité aux exigences de l'autre Partie dans les domaines couverts par l'art. 3.»

Obligation tacite. – Pour trancher la question de savoir s'il existe, dans le silence de la loi, une obligation de reconnaissance, LINKE relève qu'il faut distinguer entre l'acte administratif pris en faveur ou en défaveur du particulier. Dans le premier cas, une reconnaissance est possible sans qu'une norme ne l'autorise expressément, tandis que pour le second cas, il faut une base légale expresse[180].

Les limites de l'obligation de reconnaissance. – Même dans un cas où il existe une obligation de reconnaître un acte administratif, une autorité peut refuser de le faire s'il viole le droit international public ou est contraire à l'ordre public.

Exemple:
En droit des étrangers, un mariage polygamique[181] peut-il justifier un regroupement familial? En droit suisse, un tel mariage est prohibé: il est sanctionné pénalement (art. 215 CP[182]) et civilement (art. 105 ch. 1 CC[183]). Mais s'agissant d'un mariage polygamique contracté à l'étranger, conformément au droit étranger, se pose le problème de la reconnaissance, car la polygamie est «incompatible avec un système de droit fondé sur la morale chrétienne»[184]. Cela dit, ANDREAS BUCHER/ANDREA BONOMI considèrent que la non-reconnaissance

> «ne signifie pas que le mariage polygamique soit privé de tout effet et considéré comme inexistant en Suisse, de telle sorte que la seconde épouse devrait être traitée comme une concubine, soit moins bien que la femme au bénéfice d'un mariage putatif. La seconde épouse a un intérêt légitime à une certaine protection juridique, dont on doit tenir compte. Si l'ordre public suisse ne tolère en effet pas le mariage polygamique avec tout ce qu'il impliquerait s'il était assimilé au mariage du droit

180 LINKE (note 29), p. 133.

181 Sur cette question, voir notamment SIMON OTHENIN-GIRARD, La réserve d'ordre public en droit international privé suisse, Neuchâtel 1999, p. 381 ss.

182 «Celui qui, étant marié, aura contracté un nouveau mariage, celui qui aura contracté mariage avec une personne mariée, sera puni de l'emprisonnement.»

183 «Le mariage doit être annulé lorsqu'un des époux était déjà marié au moment de la célébration et que le précédent mariage n'a pas été dissous par le divorce ou par le décès de son conjoint»; cause absolue de nullité.

184 BUCHER/BONOMI (note 101), p. 175, n° 638.

suisse, l'atteinte au sentiment de la justice au sens suisse est moindre si l'équivalence se limite à certains effets seulement.»[185]

Du point de vue du droit des étrangers, la reconnaissance du mariage par l'autorité d'état civil lie les autorités de police des étrangers[186], à moins que ces dernières soient en présence d'une décision absolument nulle[187]. S'agissant du couple polygame, la non-reconnaissance signifie que la seconde épouse ne saurait, par exemple, invoquer un droit à une autorisation de séjour selon l'article 17, alinéa 2 LSEE, par exemple, dès lorsqu'elle n'a pas le statut de conjointe, au sens compris par le droit suisse. Par contre, comme Andreas Bucher/Andrea Bonomi l'ont exposé, rien n'empêche qu'elle soit assimilée à une concubine, ce qui conduit à l'octroi du regroupement familial (art. 8 CEDH). Une telle solution s'impose d'autant plus si la seconde épouse est mère d'enfants issus du couple en question[188]. S'agissant du même problème, le raisonnement en droit d'asile se fait *via* l'article 51, alinéa 1 LAsi,

«Le conjoint d'un réfugié et leurs enfants mineurs sont reconnus comme réfugiés et obtiennent l'asile, pour autant qu'aucune circonstance particulière ne s'y oppose.»

Cette disposition, qui reconnaît le droit au regroupement familial, est fondée sur l'idée que le réfugié est une personne à qui la protection doit être accordée en raison de la persécution dont il fait l'objet. Les membres de sa famille sont donc exposés à des mesures de représailles, d'où la nécessité de leur accorder également une protection. Une interprétation stricte de la notion de conjoint qui exclut la seconde épouse d'un mariage polygamique place celle-ci dans une situation où elle est mise en danger. On pourrait ainsi se référer à l'ordonnance 1 sur l'asile relative à la procédure[189] qui prévoit ce qui suit à son article 1, lettre e:

«famille: les conjoints et leurs enfants mineurs. Sont assimilées aux conjoints les personnes qui vivent en concubinage de manière durable».

On constate dès lors que si l'ordre public empêche à un mariage polygamique de produire tous les effets d'un mariage valablement reconnu en Suisse, il ne fait pas obstacle à des effets au plan du droit administratif, en particulier le droit de la LSEE et de la LAsi. Dans une décision d'espèce du 4 août 2003, la Commission de recours en matière d'asile (CRA) a été confrontée à un mariage polygamique (ressortissants d'Irak). Elle a rappelé l'article 215 CP qui prohibe pénalement un tel mariage en Suisse, ainsi que les dispositions du Code civil. En outre, elle a invoqué la clause de l'ordre public en faisant ré-

185 Bucher/Bonomi (note 101), p. 175, nº 638.

186 Thomas Geiser, Ausländische Staatsangehörige als Ehepartner, in: Ausländerrecht, Bâle/Genève/Munich 2002, p. 429, ch. 11.24.

187 ATF du 2 juin 1999 cité par Geiser (note 186), p. 429, ch. 11.24.

188 Dans ce cas, il y a lieu de tenir compte en outre de la Convention internationale relative aux droits de l'enfant (RS 0.107).

189 RS 142.311.

férence à l'article 17 LDIP puis a procédé a l'examen du problème sous l'angle de la reconnaissance. Elle est arrivée à la conclusion que l'article 51, alinéa 1 LAsi ne trouve pas application, contrairement à ce qu'on préconise plus haut. Mais la CRA s'est appuyée sur la présence d'enfants et a relevé que la mère pouvait invoquer l'article 8 CEDH auprès des autorités de police des étrangers pour requérir une autorisation de séjour. Quoi qu'il en soit, elle n'a pas mis en question l'admission provisoire que l'office fédéral a accordée au titre de l'inexigibilité du renvoi[190].

5. *Etendue et effets de la reconnaissance*

Etendue. – De manière générale, un acte administratif ne peut pas produire les mêmes effets juridiques au sein de l'ordre juridique d'un autre Etat, à moins que cela soit prévu au sein des deux ordres juridiques[191]. La reconnaissance ne signifie pas nécessairement que l'acte administratif étranger est mis sur un pied d'égalité avec un acte administratif interne, dès lors que le premier ne peut se voir attribuer un effet juridique limité[192]. Tout dépend de l'étendue de la reconnaissance et c'est le droit interne qui est déterminant à ce sujet[193]. On peut ici reprendre l'exemple fourni par Christine E. Linke: S'agissant d'un diplôme étranger, la reconnaissance peut porter sur des éléments d'ordre académique pour permettre à l'intéressé de poursuivre telles ou telles études, ou sur la question de la capacité d'exercer une profession[194].

Effets. – La reconnaissance a pour conséquence de lier les autorités internes à l'acte administratif étranger reconnu. Autrement dit, elles sont liées de la même manière que par les autres actes administratifs internes[195].

---

190 Décision du 4 août 2003 III/N 361 985/SZ; En droit français, un ressortissant laotien et ses deux épouses ayant chacun obtenu le statut de réfugié au début des années 80 ont obtenu une carte de résident, jusqu'à ce que ces cartes leur soient retirées à la suite de la loi du 24 août 1993 posant le principe que la carte de résident ne peut pas être délivrée à un ressortissant étranger qui vit en état de polygamie. Pour le juge administratif français, l'impossibilité de délivrer une carte de résident de 10 ans à un réfugié polygame n'est pas en elle-même contraire aux stipulations de la convention de Genève. Cependant, en tant que réfugiés, les trois Laotiens en question ont un droit de séjour et l'état de polygamie ne peut pas leur être opposé. C'est pourquoi, ils ont été mis au bénéfice d'une carte de séjour temporaire. Voir à ce sujet AJDA 1/2006, p. 47 ss.

191 Linke (note 29), p. 30.

192 Linke (note 29), p. 30.

193 Linke (note 29), p. 30.

194 Linke (note 29), p. 30.

195 Linke (note 29), p. 31.

6. *La reconnaissance des actes administratifs viciés*

La doctrine de l'«Acte of State». – En droit international public, une autorité est habilitée à apprécier la légalité internationale d'un acte administratif étranger et de refuser le cas échéant de lui donner tout effet. Dans les pays anglo-saxons, la doctrine de l'«Acte of State», fondée sur l'idée de non-ingérence dans l'exercice des compétences de l'Etat tiers sur son territoire, y compris dans ses implications extraterritoriales, amène les autorités à ne pas se prononcer sur la validité des actes administratifs étrangers. Cette conception repose sur deux considérations pragmatiques: a) l'absence de critères sûrs permettant d'apprécier la validité des actes de puissance publique d'un Etat étranger, et b) la nécessité d'éviter toute contradiction entre la position qu'une autorité serait amenée à prendre et l'appréciation que d'autres autorités pourraient porter sur les mêmes actes[196].

Lorsqu'il existe une obligation de reconnaissance. – En pareil cas, un examen de la validité de l'acte administratif n'est pas admissible, car lorsqu'un Etat s'est engagé à reconnaître un acte administratif, il ne peut pas, dans le cadre du processus de la reconnaissance, le soumettre à un examen de sa conformité au droit. Une exception ne peut être admise qu'en cas de nullité de l'acte, car dans cette hypothèse, un acte administratif à reconnaître fait précisément défaut.

Lorsqu'il n'existe aucune obligation de reconnaissance. – Dans cette hypothèse, l'autorité est habilitée à déterminer quelles sont les conditions de reconnaissance de l'acte administratif. Par conséquent, elle est en mesure d'en examiner la conformité au droit. En l'absence d'une obligation de reconnaissance, l'Etat d'origine ne dispose d'aucune prétention à ce que son acte administratif produise des effets sur un territoire étranger[197].

7. *La compétence de révoquer l'acte reconnu?*

On considère généralement qu'une autorité ne peut pas abroger un acte administratif étranger, car cela porte atteinte à la souveraineté de l'Etat d'origine. LINKE n'est cependant pas du même avis. Selon l'auteur, cette souveraineté n'est affectée que dans la mesure où l'abrogation produit des effets également sur le territoire de l'Etat d'origine. A y regarder de plus près, l'abrogation n'est pas autre chose que la révocation de la reconnaissance[198].

---

196 NGUYEN/DAILLER/PELLET (note 30), p. 503.
197 LINKE (note 29), p. 111.
198 LINKE (note 29), p. 112.

VII. Quelques aspects de procédure en droit administratif international

L'autorité compétente et le droit de procédure applicable. – Le problème de la compétence internationale des autorités suisse a déjà fait l'objet d'un examen sous chiffre 2. On se contente ici d'un renvoi. Pour ce qui est de la procédure applicable, ce sont les règles habituelles qui régissent la procédure devant l'autorité en question (droit fédéral, droit communal, suivant l'autorité et le domaine en cause).

La qualité de partie[199]. – Le droit d'être partie à une procédure administrative d'une personne à l'étranger n'est ni prévu, ni exclu par la PA ou l'OJF[200]. Les articles 6 et 48 PA, ainsi que l'article 104 OJF prévoient comme condition l'existence d'un intérêt digne de protection, soit un intérêt de fait. En outre, au vu du libellé de l'article 150, alinéa 2 OJ (si une partie n'a pas de domicile fixe en Suisse ou qu'il soit établi qu'elle est insolvable, elle peut être invitée par le président ou le juge chargé de l'instruction, à la demande de la partie adverse, à fournir des sûretés en garantie des dépens qui pourraient être alloués à la partie adverse [art. 159 et 160]), le fait de se trouver à l'étranger ne saurait donc être une circonstance excluant la possibilité de participer à une procédure[201].

Markus Kriech, fait état de deux décisions du Conseil fédéral relatives aux recours déposés par des personnes à l'étranger. Dans JAAC 41 (1977), n° 84, p. 100 ss, il s'agit du recours d'une personne habitant en Allemagne contre la première autorisation partielle de construire la centrale nucléaire de Leibstadt. Le Conseil fédéral a laissé ouvert la question de la qualité pour recourir. Toutefois, dans JAAC 44 (1980), n° 22, p. 86 ss, deux personnes habitant en Allemagne ont recouru contre la seconde autorisation partielle relative à dite centrale nucléaire. Le Conseil fédéral est entré en matière, car il considère que ni la PA ni la LENu ne comportent des dispositions niant la qualité pour recourir des personnes domiciliées à l'étranger. Par contre, elles ne peuvent invoquer que la violation du droit suisse et non celle des normes de leur Etat de domicile.

Même des collectivités publiques étrangères (ici plusieurs communes sises en territoire allemand) ont la qualité pour recourir dans une procédure de concession relative au projet d'agrandissement de l'aéroport de Zurich-Kloten[202]. En effet, en 1995, la Direction de l'économie publique du canton de Zurich a requis l'octroi d'une concession-cadre pour la cinquième étape de

199 Voir aussi les cas cités par Grof (note 9), p. 303 ss (droit autrichien).

200 Kriech (note 4), Zurich 1986, p. 71.

201 Kriech (note 4), p. 69 ss; Lahusen (note 4), p. 139.

202 ATF 124 II 293, résumé en français in: RDAF 1999 I p. 569 ss, p. 604 ss.

construction de l'aéroport de Kloten. Le Département fédéral des transports et de l'énergie l'a accordée, avec diverses charges. Cette décision a fait l'objet d'un recours de droit administratif, notamment par plusieurs communes allemandes. Le canton de Zurich a contesté leur qualité pour recourir en invoquant le principe de la territorialité. Saisi de l'affaire, le Tribunal fédéral a rappelé les conditions de recevabilité de l'article 103, lettre a OJF, lequel suppose notamment une relation spéciale, digne de protection et suffisamment proche avec l'objet du litige. A cet égard, la situation des communes allemandes qui se trouvent dans le périmètre des émissions sonores de l'aéroport de Zurich est tout à fait comparable à celle des communes suisses; par exemple la commune allemande de Hohentengen n'est séparée de la commune suisse de Kaisersthuhl que par le Rhin et elle est exposée au bruit dans la même mesure que cette dernière. La Haute Cour a soulevé la question de savoir si la qualité pour recourir des communes allemandes ne pourrait pas être reconnue en leur qualité de collectivités publiques locales assumant des tâches de droit public; il a laissé toutefois cette question ouverte, car elles sont à tout le moins touchées en leur qualité de propriétaires fonciers au même titre que des particuliers.

Par contre, en droit de la LPE, la qualité pour recourir des associations de défense de l'environnement n'est reconnue qu'aux organisations nationales (art. 55 al. 1 LPE). Selon Markus Kriech, cela exprime la peur, injustifiée, du législateur à l'égard des organisations étrangères ainsi que d'une avalanche de recours[203].

VIII. Conclusion

Le droit administratif international, au sens où on l'entend dans le cadre de cette contribution, a suscité un certain engouement au début du siècle passé, cela surtout en Allemagne. Les travaux de Karl Neumeyer ont été, à cet effet, déterminants, et ils sont toujours cités. Dans nos contrées, c'est un thème assez marginal. A notre sens, cela tient probablement au fait que les auteurs des traités de droit administratif parviennent à exposer cette matière dans un chapitre consacré à la validité du droit administratif dans l'espace. Une autre raison réside dans l'importance des accords de droit international public qui comportent bien davantage de règles matérielles que de règles de conflit. Le droit de l'environnement international en est un exemple parmi d'autres. C'est dire que dans les différents domaines du droit administratif où l'élé-

203 Kriech (note 4), p. 65.

ment international est présent, le droit international administratif prend une place plus importante que le droit administratif international.

A la différence du droit privé, une systématisation des règles de conflits n'est pas aisée, car ce secteur du droit connaît ses propres caractéristiques, lesquelles commandent l'adoption de normes particulières dans les cas où il y a un élément d'extranéité[204]. La variété des circonstances de rattachement le montre.

Cela dit, quel que soit le sens de l'évolution, on pense que le droit administratif international est promis à un bel avenir, car les problèmes qu'il examine se présentent à tous les niveaux spatiaux: de l'inter-planétaire – clin d'œil au droit martien mentionné dans notre introduction, jusqu'au niveau le plus terre à terre, comme par exemple de cas de la commune de Büsingen am Hochrhein.

204 Le même constat a été fait pour le droit allemand par LINKE (note 29), p. 119 s.