



Schweizerische Eidgenossenschaft
Confédération suisse
Confederazione Svizzera
Confederaziun svizra

Permanent Mission of Switzerland to the United Nations

United Nations Headquarters
Attn: Secretariat of the International Law
Commission
Office of Legal Affairs
405 E 42nd St
Room: M-13065
New York, NY 10017

New York, le 27 janvier 2014

Madame, Monsieur,

Donnant suite à l'invitation mentionnée au paragraphe 27 du Rapport de la Commission du droit international sur les travaux de sa soixante-cinquième session (A/68/10), la Suisse a l'honneur d'adresser au Secrétariat de la Commission, dans le délai imparti échéant au 31 janvier 2014, des observations et informations concernant l'**application provisoire des traités**. La nécessité de cette institution n'est plus à démontrer. A titre préliminaire, la Suisse exprime sa reconnaissance envers la Commission pour toute l'attention qu'elle porte à ce thème, afin de contribuer à un développement harmonieux du droit des traités.

Par la présente, la Suisse souhaite aborder les questions spécifiques sur lesquelles la Commission désire obtenir des informations, assorties d'exemples, de la part des Etats, à savoir la décision d'appliquer provisoirement un traité (ch. 1), la cessation de l'application provisoire (ch. 2) et les effets juridiques de l'application provisoire (ch. 3).

1. Décision d'appliquer provisoirement un traité

a) Bases légales et pratique suisses

En Suisse, l'Assemblée fédérale (parlement) approuve les traités internationaux, à l'exception de ceux dont la conclusion relève de la seule compétence du Conseil fédéral (gouvernement) en vertu d'une loi ou d'un traité international.¹ Ainsi, en principe, le parlement approuve, avant leur entrée en vigueur, les traités qui ont été négociés et signés par le gouvernement. Mais celui-ci peut, lorsqu'une loi ou un traité international approuvé par le parlement l'y autorise, conclure les traités seul, sans approbation parlementaire.

La compétence de décider l'application provisoire d'un traité appartient en Suisse au gouvernement. Cette compétence du Conseil fédéral a toujours été déduite, implicitement, de sa compétence constitutionnelle dans le domaine des affaires étrangères en général.² Ainsi est apparu un «droit constitutionnel coutumier»³. Conformément à une pratique qui n'a, pendant longtemps, guère été

¹ Art. 166, al. 2, de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999 (Cst.; Recueil systématique [RS] 101).

² L'art. 184, al. 1, Cst. prévoit que «le Conseil fédéral est chargé des affaires étrangères sous réserve des droits de participation de l'Assemblée fédérale; il représente la Suisse à l'étranger». L'art. 102, ch. 8, de l'ancienne Constitution fédérale du 29 mai 1874 (RS 1 3) prévoyait quant à lui que «[le Conseil fédéral] veille aux intérêts de la Confédération au dehors, notamment à l'observation de ses rapports internationaux, et il est, en général, chargé des relations extérieures».

³ Communication de la Direction du droit international public DDIP et de l'Office fédéral de la justice OFJ du 14 décembre 1987, JAAC/VPB 51.58, cf. ch. 8.

contestée⁴, le Conseil fédéral décidait une telle application provisoire lorsque l'exigeait la sauvegarde d'intérêts suisses essentiels ou une situation d'urgence particulière.⁵

Sous l'angle du droit interne, ces conditions ne doivent bien sûr être satisfaites que pour les traités soumis à l'approbation de l'Assemblée fédérale. Pour les traités dont l'approbation relève de sa seule compétence, le Conseil fédéral peut décider l'entrée en vigueur dès la signature; a fortiori peut-il décider de les appliquer provisoirement.⁶ Toutefois, même pour les traités qui relèvent de sa propre compétence d'approbation, le Conseil fédéral fait un usage relativement restreint de l'application provisoire, à laquelle il préfère une entrée en vigueur du traité dès la signature lorsque les partenaires peuvent aussi l'accepter.⁷

La pratique tenant ces deux conditions pour alternatives (intérêts essentiels *ou* urgence particulière) pour les traités soumis à l'approbation de l'Assemblée fédérale a toutefois évolué dès fin 2001.

→ *Le Conseil fédéral avait alors décidé l'application provisoire de l'Accord du 18 octobre 2001 entre la Suisse et l'Allemagne relatif à la fourniture de services de la navigation aérienne au-dessus d'une partie du territoire allemand par la Suisse et aux effets de l'exploitation de l'aéroport de Zurich sur le territoire de l'Allemagne. Or l'Assemblée fédérale a ensuite refusé d'approuver ce traité.*⁸

Dans une intervention parlementaire a dès lors été requise en un premier temps la création d'une base légale explicite pour permettre une application provisoire.⁹ Une telle base légale semblait nécessaire du fait que «l'application provisoire peut, de facto, porter atteinte à la compétence du Parlement en matière d'approbation de traités, dans la mesure où l'application provisoire risque de créer une situation de fait sur laquelle il est difficile de revenir»¹⁰. En un second temps, il a été prévu que les deux conditions précitées devaient être cumulativement remplies (intérêts essentiels *et* urgence particulière) pour qu'un traité puisse être appliqué provisoirement.¹¹ Les débats relatifs à cette intervention parlementaire ont fait apparaître qu'il était «indéniable que l'application à titre provisoire d'un traité international est, sous certaines conditions, adéquate et nécessaire. La nature même des relations internationales implique parfois qu'il faille agir vite pour préserver les intérêts de la Suisse. Cela peut être le cas, par exemple, pour des traités économiques, où il importe d'éviter de voir l'économie suisse désavantagée en raison du fait qu'elle ne peut encore bénéficier des effets d'un nouve[au] traité étant donné que ce dernier n'est pas appliqué immédiatement»¹².

Dès lors, depuis le 1^{er} avril 2005, une disposition légale régit en Suisse explicitement l'«application à titre provisoire de traités internationaux par le Conseil fédéral»¹³. Elle prévoit en substance que les deux conditions précitées doivent être remplies cumulativement pour que puisse être décidée l'application provisoire d'un traité dont l'approbation relève de l'Assemblée fédérale. En outre, obligation est faite au Conseil fédéral de soumettre à l'Assemblée fédérale ce traité pour approbation dans un délai de six mois à compter du début de l'application provisoire. Enfin, selon une autre disposition entrée en vigueur en même temps, «le Conseil fédéral consulte les commissions [parlementaires] compétentes avant d'appliquer à titre provisoire un traité international dont

⁴ Cf. cependant VALENTIN ZELLWEGER, *Die demokratische Legitimation staatsvertraglichen Rechts*, in: *Der Staatsvertrag im schweizerischen Verfassungsrecht*, Stämpfli Verlag AG, Berne 2001, p. 251–416, 395–400.

⁵ Cf. p. ex. Avis du Conseil fédéral du 18 février 2004 sur le rapport du 18 novembre 2003 de la Commission des institutions politiques du Conseil des Etats relatif à l'initiative parlementaire «Application à titre provisoire de traités internationaux», Feuille fédérale (FF) 2004 939, 942; Message du Conseil fédéral du 4 juillet 2012 concernant la loi fédérale sur la compétence de conclure des traités internationaux de portée mineure et sur l'application provisoire des traités internationaux (Modification de la loi sur l'organisation du gouvernement et de l'administration et de la loi sur le Parlement), FF 2012 6959, 6970s. Cf. aussi FF 1995 IV 749, 755 et 1999 IV 4471, 4492.

⁶ Cf. l'Avis du Conseil fédéral du 18 février 2004 cité sous note n° 5 (FF 2004 939), p. 940, note 4.

⁷ CLAUDE SCHENKER, *Guide de la pratique en matière de traités internationaux*, Département fédéral des affaires étrangères DFAE, Berne 2010, p. 14, ch. 55.

⁸ FF 2002 3171. Pour un résumé de l'historique de cet accord, cf. le Message du Conseil fédéral du 4 juillet 2012 cité sous note n° 5 (FF 2012 6959), p. 6965s.

⁹ Initiative parlementaire Spoerry du 3 octobre 2002: rendre impossible l'application provisoire des traités internationaux entraînant des effets négatifs (02.456; Bulletin officiel de l'Assemblée fédérale [BO] 2003 E 75 ss).

¹⁰ Rapport du 18 novembre 2003 de la Commission des institutions politiques du Conseil des Etats, 03.459, FF 2004 703, 706. Dans son avis du Conseil fédéral du 18 février 2004 cité sous note n° 5 (FF 2004 939), le Conseil fédéral a répondu à ce rapport en se disant favorable, pour des raisons de clarté, à la création d'une base légale réglant les conditions matérielles de l'application provisoire des traités et en exprimant ses préférences concernant la formulation de la base légale.

¹¹ *Idem*, p. 709s.

¹² *Ibidem*. C'est notamment avec ces arguments que, lorsque le fait d'éventuellement supprimer toute application provisoire a été évoqué, le maintien de cette possibilité a alors été décidé.

¹³ L'art. 7b, al. 1, de la loi du 21 mars 1997 sur l'organisation du gouvernement et de l'administration (LOGA; RS 172.010), a la teneur suivante: «Si l'approbation d'un traité international relève de l'Assemblée fédérale, le Conseil fédéral peut décider ou convenir de son application à titre provisoire si la sauvegarde d'intérêts essentiels de la Suisse et une urgence particulière l'exigent.»

l'approbation relève de l'Assemblée fédérale»¹⁴. Dans les cas où le Conseil fédéral décide d'appliquer provisoirement un tel traité, l'Assemblée fédérale reste compétente pour l'approbation dudit traité. Celle-ci a cependant lieu a posteriori.¹⁵

D'autres dispositions légales concernant l'application provisoire des traités doivent encore être signalées. Ainsi la loi suisse sur les mesures économiques extérieures prévoit-elle que, «[a]fin de sauvegarder des intérêts économiques suisses essentiels, le Conseil fédéral peut appliquer provisoirement des accords non sujets au référendum qui touchent le trafic des marchandises, des services et des paiements. En cas d'urgence, l'application provisoire d'accords qui prévoient l'adhésion à une organisation internationale est aussi possible.»¹⁶ De même, la loi sur le tarif des douanes prévoit que «[l]orsque les intérêts de l'économie suisse l'exigent, le Conseil fédéral peut appliquer provisoirement les accords portant sur des droits de douane et mettre provisoirement en vigueur les taux du tarif qui en résultent. Il peut également mettre provisoirement en vigueur les taux du tarif qui résultent d'accords que le Conseil fédéral peut appliquer provisoirement selon [la loi] sur les mesures économiques extérieures.»¹⁷ Ces deux dispositions permettent une application provisoire si des intérêts économiques (essentiels) l'exigent, la condition de l'urgence ne devant être cumulativement satisfaite que pour des accords qui prévoient l'adhésion à une organisation internationale. En tant que *lex specialis*, ces règles priment la disposition précitée qui prévoit dans tous les cas un cumul de ces deux conditions.

Le nombre de traités appliqués provisoirement par la Suisse est relativement modeste. Ces dernières années, ils ont représenté moins d'une demi-douzaine de traités par an. Ce nombre témoigne néanmoins de la nécessité, ou du moins de l'utilité, de l'institution. L'application provisoire des traités n'a posé, dans la grande majorité des cas, aucun problème.

→ *Un seul traité appliqué à titre provisoire par le Conseil fédéral n'a pas été approuvé par l'Assemblée fédérale.*¹⁸

→ *Un autre accord appliqué provisoirement a été rejeté dans un premier temps par le parlement pour d'autres motifs. Le parlement a alors confirmé l'application provisoire nonobstant son refus de l'accord. Celui-ci a finalement été adopté après présentation d'un message additionnel du Conseil fédéral. Il s'agit de l'Accord du 11 octobre 2007 entre la Suisse et la Communauté européenne dans le domaine de l'audiovisuel, établissant les termes et conditions pour la participation de la Suisse au programme communautaire MEDIA 2007.*¹⁹

b) Développements récents

Les dispositions légales suisses entrées en vigueur en 2005 n'ont ensuite plus donné lieu à discussions jusqu'au 31 mars 2010.

→ *A cette date, le Conseil fédéral a décidé d'appliquer provisoirement le Protocole du 31 mars 2010 modifiant l'Accord du 19 août 2009 entre la Confédération suisse et les Etats-Unis d'Amérique concernant la demande de renseignements de l'Internal Revenue Service des Etats-Unis d'Amérique relative à la société de droit suisse UBS SA²⁰, malgré le préavis négatif des commissions parlementaires consultées²¹.*

Des interventions parlementaires ont alors demandé une modification des bases légales existantes, afin que l'application provisoire ne puisse plus être décidée sans une approbation des commissions parlementaires compétentes.²²

¹⁴ Art. 152, al. 3^{bis}, de la loi du 13 décembre 2002 sur le Parlement (LParl; RS 171.10). A noter le rejet d'une proposition parlementaire de minorité qui voulait octroyer au Parlement, voire en cas d'urgence à ses commissions compétentes, une véritable compétence d'approbation de l'application provisoire (Rapport du 18 novembre 2003 cité sous note n° 10 [FF 2004 703], p. 713s.).

¹⁵ Message du Conseil fédéral du 4 juillet 2012 cité sous note n° 5 (FF 2012 6959), p. 6972.

¹⁶ Art. 2 (application provisoire d'accords) de la loi fédérale du 25 juin 1982 sur les mesures économiques extérieures (RS 946.201).

¹⁷ Art. 4, al. 1, de la loi du 9 octobre 1986 sur le tarif des douanes (LTaD; RS 632.10). Cf. aussi ZELLWEGGER, *op. cit.* note n° 4, p. 396s.

¹⁸ Cf. ci-dessus ch. 1.a) ad note n° 8.

¹⁹ RS 0.784.405.226.8. Les présidents des commissions parlementaires compétentes, consultés en urgence, avaient émis un avis positif concernant l'application provisoire. Cf. Message du Conseil fédéral du 26 novembre 2008 additionnel au message du 21 septembre 2007 portant approbation de cet accord, FF 2008 8165, 8170; Message du Conseil fédéral du 4 juillet 2012 cité sous note n° 5 (FF 2012 6959), p. 6972 et les références.

²⁰ Cf. RS 0.672.933.612 et le Message du Conseil fédéral du 14 avril 2010 relatif à l'approbation de cet accord, FF 2010 2693, 2714ss.

²¹ Ce traité a toutefois ensuite été approuvé par le Parlement. Pour un résumé de l'historique de cet accord, cf. FF 2012 6959, 6964s.

²² Motion de la Commission de politique extérieure du Conseil des Etats du 27 mai 2010: base légale pour la conclusion de traités internationaux par le Conseil fédéral (10.3354, BO 2010 E 435); Motion de la Commission de l'économie et des redevances du Conseil national du 2 juin 2010: révision des bases légales régissant la conclusion d'un traité international par le Conseil fédéral (10.3366, BO 2010 N 830); cf. aussi Initiative parlementaire Joder du 17 juin 2010: conclusion et approbation des traités internationaux, revoir les compétences respectives du Parlement et du gouvernement (10.457, BO 2013 N 635). A noter qu'une proposition comparable prévoyant l'approbation de l'application provisoire par les commissions parlementaires n'avait pas été retenue lors de l'adoption des art. 7b LOGA et 152, al. 3^{bis}, LParl entrés en vigueur le 1^{er} avril 2005, motifs pris notamment que le Conseil fédéral doit toujours être en

Pour y donner suite, le Conseil fédéral, reconnaissant que la situation actuelle n'était pas entièrement satisfaisante, a présenté un projet de loi. Celui-ci prévoit que le Conseil fédéral serait lié, en matière d'application provisoire d'un traité, par un préavis négatif des commissions compétentes si ce préavis a été décidé à une majorité qualifiée des deux tiers dans les commissions des deux chambres du parlement. Le gouvernement estime qu'il se justifie de renforcer ainsi dans une certaine mesure l'implication du parlement. Il a toutefois proposé non pas une approbation de l'application provisoire par les commissions parlementaires, mais la possibilité d'un veto de celles-ci en cas de majorité qualifiée. Il motive en substance cette position par:

- 1) son désir d'éviter l'application provisoire en présence d'un «risque considérable» que le traité en question ne soit pas, ultérieurement, approuvé par le parlement;
- 2) le souhait de se garantir une certaine marge de manœuvre «nécessaire à une politique extérieure active et adaptée aux circonstances»;
- 3) sa volonté de ne pas modifier dans son principe la répartition des compétences entre législatif et exécutif, la décision sur l'application provisoire d'un traité restant du ressort du Conseil fédéral.²³

c) Tensions entre droit international et droit interne

Ce projet de loi étant actuellement débattu au sein de l'Assemblée fédérale, il n'est pas encore possible de se prononcer sur les contours précis des dispositions légales qui régiront en Suisse, ces prochaines années, l'application provisoire des traités. Les débats se poursuivent et, dès lors, la question est encore ouverte de savoir si l'approbation de l'application provisoire pourrait en Suisse tendre à se transformer, d'une mesure gouvernementale d'urgence et de nécessité, en une prérogative parlementaire²⁴ d'approbation provisoire en procédure accélérée.

Quoi qu'il en soit, il est possible et il semble souhaitable d'ancrer dans le droit interne des dispositions pour déterminer les compétences et les conditions de l'application provisoire d'un traité. Une brèche peut être ainsi faite dans le régime relatif à l'approbation et à la ratification des traités;²⁵ mais elle est pleinement justifiée par l'utilité indéniable, voire la nécessité, de l'institution de l'application provisoire dans le droit des traités internationaux.

2. Cessation de l'application provisoire

a) Bases légales et pratique suisses

La loi suisse prévoit que «[l']application à titre provisoire d'un traité international prend fin si, dans un délai de six mois à compter du début de l'application à titre provisoire, le Conseil fédéral n'a pas soumis à l'Assemblée fédérale le projet d'arrêté fédéral portant approbation du traité concerné. Le Conseil fédéral notifie aux Etats contractants la fin de l'application à titre provisoire.»²⁶ Commentant cette disposition avant qu'elle ne soit adoptée, le Conseil fédéral affirme que, dans la grande majorité des cas, il respectera ce délai. En cas de retard, la règle ne posera pas de problème si l'application provisoire résulte d'un acte unilatéral de la Suisse: lorsque le Conseil fédéral décide de l'application provisoire, il peut également décider de la fin de cette application provisoire par notification aux Etats contractants. En revanche, lorsque l'application à titre provisoire résulte d'un accord entre les parties, cette disposition n'aura qu'une portée limitée.²⁷

mesure de choisir d'appliquer provisoirement un traité pour assumer ses responsabilités en matière de conduite de la politique étrangère et que, le Conseil fédéral étant compétent en matière d'affaires étrangères (art. 184, al. 1, Cst.), il convient de ne pas diluer les responsabilités dans ce domaine (cf. Rapport du 18 novembre 2003 cité sous note n° 10 [FF 2004 703], p. 712 et 714 et Message du Conseil fédéral du 4 juillet 2012 cité sous note n° 5 [FF 2012 6959], p. 6971).

²³ Message du 4 juillet 2012 cité sous note n° 5 (FF 2012 6959), p. 6976.

²⁴ Selon ANTHONY AUST (*Modern Treaty Law and Practice*, 2nd ed., University Press, Cambridge 2007, p. 173 ad note 47), la nécessité d'une approbation parlementaire de l'application provisoire est un fait dans plusieurs Etats.

²⁵ Cf. à cet égard p. ex. DENISE MATHY, *Article 25*, in: Olivier Corten and Pierre Klein (eds), *The Vienna Conventions on the Law of Treaties: A Commentary*, vol. I, University Press, Oxford 2011, p. 653s., ch. 8.

²⁶ Art. 7b, al. 2 et 3, LOGA.

²⁷ Le Conseil fédéral poursuit ainsi: «En particulier, la Suisse ne pourra pas, dans tous les cas, mettre fin à l'application provisoire sans notifier en même temps aux Etats co-contractants sa volonté de renoncer à la ratification du traité. Cependant, l'éventuel retard du Conseil fédéral à présenter un message à l'Assemblée fédérale relatif à un traité appliqué à titre provisoire ne signifie pas nécessairement que la Suisse n'entend pas ratifier cet accord. Or, pour pouvoir mettre fin néanmoins à l'application provisoire, cette possibilité devrait avoir été prévue dans l'accord lui-même ou les co-contractants devraient consentir à la fin de cette application à titre provisoire. Pour éviter des problèmes de droit international public, le Conseil fédéral ne devrait accepter une clause prévoyant l'application provisoire que si cette clause réserve la possibilité de mettre fin à cette application par un acte unilatéral. Une telle politique est en principe possible, elle a pourtant comme conséquence de limiter encore la marge de négociation. De plus, la Suisse susciterait l'incompréhension des autres Parties au traité si elle se réserv[ait] la possibilité de mettre fin à l'application provisoire d'un traité tout en

Cette disposition légale couvre toutefois uniquement l'hypothèse d'un non-respect par le Conseil fédéral du délai qui lui est imposé pour soumettre le traité en question à l'approbation du parlement. Et cette hypothèse ne s'est jamais réalisée à ce jour. Le cas d'un refus d'approbation par l'Assemblée fédérale d'un traité appliqué provisoirement et soumis à elle dans le délai imparti n'est quant à lui pas évoqué dans la loi. Toutefois, dans cette hypothèse également, le Conseil fédéral doit notifier aux autres Etats signataires l'intention de la Suisse de ne pas devenir partie au traité, mettant ainsi fin automatiquement à l'application provisoire, conformément à l'article 25, paragraphe 2, de la Convention de Vienne sur le droit des traités (Convention de Vienne).²⁸

→ *Comme il a été dit, au cours de ces dernières années, un seul traité, bilatéral, appliqué provisoirement par le Conseil fédéral a été rejeté par l'Assemblée fédérale²⁹. Ce fut le 18 mars 2003, soit avant l'entrée en vigueur des dispositions légales précitées. Le Conseil fédéral avait alors informé le partenaire le 28 mars 2003 de ce refus parlementaire et, partant, de l'intention de la Suisse de ne pas devenir partie à ce traité.*

b) Délais

La Suisse souhaite aborder la question des éventuels délais à respecter par un Etat qui, en l'absence de disposition dans un traité, voudrait unilatéralement mettre fin à l'application provisoire de celui-ci. En règle générale, la fin de l'application provisoire doit être possible avec effet immédiat, du moins dans les cas où la notification en serait faite dans un délai raisonnable après le début de l'application provisoire.

→ *Ainsi, dans le cas du traité bilatéral précité, conclu le 18 octobre 2001 mais rejeté par le parlement suisse le 18 mars 2003, la Suisse a notifié cette information à son partenaire le 28 mars 2003, date à laquelle l'application provisoire a pris fin, immédiatement.*

Cet effet immédiat peut être nécessaire sous l'angle des procédures et du droit internes, un parlement pouvant s'attendre à ce qu'il soit mis fin très rapidement à l'application provisoire d'un traité qu'il rejette aux termes d'une procédure ordinaire de durée raisonnable.

Dans certaines situations toutefois, plus l'application provisoire effective aura duré, plus il sera difficile de prétendre à une fin immédiate. En cas d'une longue durée d'une application provisoire, le principe de la bonne foi peut imposer un délai raisonnable pour la fin de l'application provisoire et ainsi exclure qu'une telle application soit terminée avec effet immédiat. De l'avis de la Suisse, ce principe peut même imposer, selon les circonstances, que la fin de l'application provisoire soit soumise aux clauses et délais relatifs à la dénonciation du traité en question. Dès lors, la possibilité pour un Etat de mettre un terme unilatéralement à tout moment à l'application provisoire doit être nuancée, notamment au regard du principe de la bonne foi³⁰.

→ *Ainsi la Suisse a-t-elle signé en 1997 un traité bilatéral en vue d'éviter les doubles impositions en matière d'impôts sur le revenu et sur la fortune, puis elle a notifié au partenaire en 1998 l'accomplissement de ses procédures permettant une entrée en vigueur définitive. En l'absence de notification correspondante du partenaire, les gouvernements signataires ont, à fin 2000, amendé ce traité et se sont en outre mis d'accord pour appliquer provisoirement dès le 1^{er} janvier 2001 le traité de 1997 tel qu'amendé en 2000. En janvier 2012, le partenaire a notifié à la Suisse son intention de ne pas devenir partie au traité de 1997 amendé, qui était pourtant appliqué dans les faits. Il a indiqué que l'application provisoire prenait fin avec effet immédiat. En février 2012, la Suisse a fait savoir au partenaire qu'elle ne partageait pas son approche concernant les modalités de fin de l'application provisoire du traité de 1997 amendé. Elle a fait valoir que, s'agissant d'un accord de double imposition – dont l'application avait débuté un 1^{er} janvier pour couvrir entièrement chaque année fiscale – et après onze ans d'application provisoire effective, le principe de la bonne foi exigeait une application mutatis mutandis du délai de dénonciation prévu par le traité, en l'espèce un avis de dénonciation écrit au minimum six mois avant la fin de l'année civile.*

le ratifiant quand même par la suite (après l'approbation du Parlement) et en le mettant en vigueur définitivement... ». (Avis du Conseil fédéral du 18 février 2004 cité sous note n° 5 [FF 2004 939], p. 943s.).

²⁸ Cf. Message du Conseil fédéral du 4 juillet 2012 cité sous note n° 5 (FF 2012 6959), p. 6972.

²⁹ Il s'agit de l'accord bilatéral conclu avec l'Allemagne le 18 octobre 2001, cf. ci-dessus ad note n° 8.

³⁰ Cf. à cet égard les considérations du Mémoire du 1^{er} mars 2013 du Secrétariat (A/CN.4/6589), p. 10 ad note 48 et p. 24–26 par. 74–79, selon lesquelles, nonobstant les termes « en vigueur » de l'art. 26 de la Convention de Vienne, le principe *pacta sunt servanda* [et donc l'exigence d'exécution de bonne foi] s'appliquent aussi aux traités appliqués provisoirement; cf. aussi MARK E. VILLIGER, *Commentary on the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties*, Martinus Nijhoff, Leiden et Boston 2009, p. 357, ch. 11; MATHY, *op. cit.* note n° 25, p. 652, ch. 25.

c) Fin de l'application provisoire en vertu du traité ou d'une entente

Il est probablement peu fréquent que des traités contiennent des dispositions explicites relatives aux modalités et délais de fin de l'application provisoire. La Suisse se demande toutefois s'il ne s'agirait pas d'une piste permettant d'apporter une plus grande sécurité juridique aux relations contractuelles en général et une plus grande crédibilité à l'institution de l'application provisoire en particulier. Il semble en effet en pratique que, lorsqu'un traité est appliqué provisoirement, certaines des parties qui sont liées par cette application provisoire ont parfois tendance à négliger les démarches encore nécessaires à la mise en vigueur définitive du traité. L'accord étant déjà appliqué dans les faits, l'urgence ou l'importance d'une entrée en vigueur définitive peut effectivement tendre à disparaître, ne serait-ce par exemple que lorsque les objectifs du traité sont atteints avant que l'application provisoire n'ait pris fin. Des parties peuvent en outre bien sûr s'entendre sur une fin de l'application provisoire, mais une telle entente est fréquemment illusoire dans les circonstances décrites.

Parmi les autres motifs qui peuvent être invoqués lorsqu'une application provisoire se prolonge, la Suisse souhaite relever les possibles difficultés de droit interne, d'ordre constitutionnel voire procédural.

→ *Ainsi la Suisse a-t-elle conclu un accord bilatéral qui est formellement appliqué provisoirement depuis sa signature en 1989, puis elle a notifié au partenaire en 1990 l'accomplissement de ses procédures permettant une entrée en vigueur définitive. Mais cet accord n'a jamais été matériellement appliqué et le partenaire a informé la Suisse, en 2005 encore, que son parlement ne l'avait pas encore ratifié. Or il semble dans les faits qu'à la suite de modifications constitutionnelles octroyant des compétences internationales dans le domaine du traité aux entités décentralisées de l'Etat partenaire, le gouvernement central n'ait plus la compétence de ratifier lui-même cet accord. Aucun des deux Etats n'a cependant notifié son intention de ne pas devenir partie au traité.*

L'application provisoire devrait par définition se terminer relativement rapidement. Les deux principales hypothèses sont alors soit la mise en vigueur définitive du traité soit, à titre exceptionnel, l'annonce de la fin de l'application provisoire selon l'article 25, paragraphe 2, de la Convention de Vienne. A cet égard, toutefois, une alternative qui semble constituer l'une des meilleures solutions pourrait être de prévoir en outre d'emblée, dans les traités sujets à l'application provisoire, que celle-ci aura une durée maximale prédéterminée³¹.

→ *A titre d'exemples n'exigeant ni acte ni déclaration des Etats, deux traités multilatéraux dont la Suisse est dépositaire et qui prévoient une possibilité d'application provisoire disposent en outre que «[l]a période de l'application provisoire ne pourra pas dépasser cinq ans»: Convention sur l'utilisation de la Plateforme de la Commission internationale de l'état civil de communication internationale de données d'état civil par voie électronique, faite à Rome le 19 septembre 2012 (art. 15, par. 1, i.f.); Convention relative à la délivrance d'extraits et de certificats plurilingues et codés d'actes de l'état civil, adopté à Berne le 26 septembre 2013 (art. 13, par. 1, i.f.)³².*

La Suisse estime en outre que, pour des traités dépourvus d'une telle clause, qui sont certes formellement appliqués provisoirement mais qui matériellement ne le sont pas ou ne le sont plus depuis un certain temps, une présomption de fin d'application provisoire serait souhaitable à l'échéance d'un délai raisonnable déterminé, pour les Etats qui ont appliqué un traité provisoirement sans (parvenir à) le ratifier. Une telle présomption devrait être limitée bien sûr à des traités dont les Etats signataires ne font pas usage. Seraient en revanche plus difficilement concevables, à l'inverse, la présomption d'une entrée en vigueur définitive, puisque l'acte essentiel de la ratification fait défaut, et la présomption d'une application de durée indéterminée qui pourrait être d'autant plus définitive qu'elle dure. Cela contredirait en effet le caractère de l'application provisoire, par définition temporaire, également en vertu d'exigences de droit interne.

→ *Ainsi la Suisse considère-t-elle qu'est toujours appliqué provisoirement un accord bilatéral de commerce et de protection des investissements applicable provisoirement dès sa signature en 1963 mais qui n'a pas été ratifié. Le partenaire, relancé à cet égard à plusieurs reprises notamment en 1973 et 1974, s'était limité à des déclarations orales imprécises et suivie ni de faits ni d'écrits, selon lesquelles il n'entendait plus se lier à de tels accords mais allait encore examiner la question.*

³¹ A l'image notamment de l'art. 7, par. 3, de l'Accord du 28 juillet 1994 relatif à l'application de la partie XI de la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer, RS n° 747.305.151 = RTNU n° 31364, vol. 1836, p. 3.

³² Cf. www.dfae.admin.ch/depositaire. Ces deux traités ne sont encore ni en vigueur ni appliqués provisoirement. Il est probable que le dépositaire introduira les modifications relatives à des déclarations d'application provisoire que celle-ci produira des effets au plus durant 5 ans en précisant l'échéance de cette durée maximale. Cette solution semble en effet préférable à celle nécessitant une nouvelle notification *motu proprio* du dépositaire à l'échéance du délai de 5 ans.

3. Effets juridiques de l'application provisoire

a) Bases légales et pratique suisses

Pour la Suisse, l'application provisoire d'un traité international vise à permettre à celui-ci de déployer pleinement ses conséquences juridiques avant son approbation par l'Assemblée fédérale. L'application provisoire permet d'adopter en toute validité l'ensemble des actes d'application prévus par le traité. Celui-ci est cependant soumis à la force résolutoire d'une éventuelle décision négative du parlement. Une telle interprétation découle de l'intention qui animait le législateur suisse lorsqu'il a élaboré les bases légales susmentionnées.³³

La législation suisse prévoit d'ailleurs en toute logique que «[l]es traités appliqués à titre provisoire avant leur entrée en vigueur sont publiés dans le Recueil officiel dès que possible une fois que la décision relative à l'application provisoire est tombée»; or les obligations juridiques naissent dès que les textes en question ont été dûment publiés.³⁴

L'une des principales différences entre l'application provisoire et l'entrée en vigueur définitive est justement qu'il est en principe possible de mettre fin à l'application provisoire d'un traité plus facilement qu'à un traité qui serait entré en vigueur de manière définitive et qui serait alors soumis à des délais, voire à des conditions, de dénonciation souvent prévus dans ses dispositions finales. De l'avis de la Suisse, il faut toutefois réserver certains cas, tels que celui susmentionné³⁵, dans lesquels il se justifierait d'appliquer à la fin de l'application provisoire les mêmes délais que ceux qui sont justement prévus par le traité pour la dénonciation.

b) Application provisoire partielle

L'application provisoire partielle d'un traité, également prévue par l'article 25, paragraphe 1, de la Convention de Vienne, peut en pratique soulever d'intéressantes questions, par exemple en lien avec le nécessaire équilibre à maintenir entre toutes les dispositions du traité. Ainsi une application provisoire partielle apparaît-elle difficile s'agissant d'un traité dit «intégral»³⁶.

De même que, sauf accord contraire ou si le traité le prévoit, des parties ne peuvent unilatéralement mettre en vigueur ou dénoncer partiellement un traité, de même ne peuvent-elles appliquer provisoirement celui-ci que partiellement. Et même lorsqu'un traité prévoit une application provisoire (totale), un Etat ne peut pas, sauf entente contraire, en appliquer provisoirement une partie seulement. Il faut en effet éviter que cet Etat applique provisoirement les seules dispositions qui lui seraient par exemple favorables.

→ *La Suisse a conclu avec l'Union européenne (UE) le 14 août 2013 un Accord sous forme d'échange de notes concernant la reprise du Règlement UE n° 604/2013 du Parlement européen et du Conseil du 26 juin 2013 établissant les critères et mécanismes de détermination de l'Etat membre responsable de l'examen d'une demande de protection internationale introduite dans l'un des Etats membres par un ressortissant de pays tiers ou un apatride*³⁷. *Ce règlement est appliqué par les Etats membres de l'UE dès le 1^{er} janvier 2014*³⁸. *Or la Suisse s'est engagée par ailleurs*³⁹ *à «applique[r] provisoirement, dans la mesure du possible» le contenu de tels actes à partir de la date fixée pour leur entrée en vigueur et jusqu'à ce qu'elle notifie l'accomplissement de ses exigences constitutionnelles. La Suisse a donc décidé d'appliquer provisoirement dès le 1^{er} janvier 2014 ce règlement, à l'exception toutefois – le partenaire ne s'y opposant pas – des dispositions de ce règlement qui nécessitent en Suisse des modifications législatives, car l'entrée en vigueur de celles-ci prend davantage de temps.*

c) Applicabilité d'autres dispositions de la Convention de Vienne

i) Entrée en vigueur provisoire ou application provisoire

³³ FF 2010 2693, 2717; cf. ci-dessus ch. 1.a), ad notes n°s 13 et 14.

³⁴ Art. 8, al. 1, de la loi du 18 juin 2004 sur les publications officielles (LPubl; RS 170.512) et art. 33, al. 6, de l'ordonnance du 17 novembre 2004 sur les publications officielles (OPubl; RS 170.512.1).

³⁵ Cf. ci-dessus ch. 2.b).

³⁶ VILLIGER, *op. cit.* note n° 29, p. 355, ch. 6.

³⁷ RS 0.142.392.680.01, cf. aussi Journal officiel de l'union européenne (JO) L 180 du 29 juin 2013, p. 31.

³⁸ *Idem*, cf. art. 49.

³⁹ En application de l'art. 4, al. 3, *in fine*, de l'Accord du 26 octobre 2004 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 (RS 0.142.392.68).

La Suisse souhaite brièvement revenir d'abord sur la controverse terminologique entre «entrée en vigueur provisoire» et «application provisoire». Elle partage l'avis selon lequel ces deux expressions sont interchangeables en pratique et ne désignent pas des notions juridiques distinctes⁴⁰. Dans les faits, la Suisse a recours dans l'immense majorité des cas aux termes «application provisoire», mais il lui arrive d'accepter les termes «entrée en vigueur provisoire»⁴¹, essentiellement lorsque les partenaires le requièrent.

Parmi les motifs pour lesquels ce sont les termes «application provisoire» qui ont été retenus dans la Convention de Vienne figure en bonne place l'argument selon lequel l'application provisoire «consiste, non pas à mettre en vigueur tout le traité, avec son mécanisme conventionnel, y compris les clauses finales notamment, mais à prendre des dispositions pour appliquer immédiatement les règles de fond contenues dans le traité».⁴² Les clauses finales relatives notamment aux modalités de dénonciation ne seraient donc logiquement pas directement invocables sous le régime de l'application provisoire. De l'avis de la Suisse toutefois, cela n'empêche pas que de telles clauses puissent être appliquées *mutatis mutandis* ou par analogie selon les circonstances, comme dans le cas susmentionné⁴³, à plus fortes raisons que ces clauses ont été prévues en tenant compte du contenu et de la nature des règles de fond qui, elles, sont appliquées.

ii) Applicabilité des règles sur les réserves

Dans la mesure où la formulation de réserves est possible dès la signature (art. 19 de la Convention de Vienne), y compris sous réserve de ratification (cpr. art. 23, par. 2), et dans la mesure où les dispositions du traité qui réglementent les réserves sont applicables dès l'adoption du texte (art. 24, par. 4), il semble n'y avoir aucun motif pour ne pas appliquer ces règles également dès le début de l'application provisoire, ou du moins s'en inspirer car il s'impose de les adapter à la nature de cette institution.

Il serait dès lors hautement souhaitable que soit précisée l'éventuelle nécessité de confirmer, lors de la ratification, les réserves et déclarations faites lors de la signature d'un traité appliqué provisoirement dès celle-ci ou faites lors de la notification par laquelle un Etat déclenche pour lui une application provisoire. Mais une telle confirmation ne semble *de lege lata* pas forcément indispensable. En effet, ces réserves et déclarations ont déjà dû produire leurs effets dès le début de l'application provisoire et il ne ferait guère de sens, en l'absence de nouvelle prise de position du réservataire ou déclarant, de les ignorer dès l'entrée en vigueur. Dans le doute, la Suisse conseillerait certes que de telles réserves et déclarations soit confirmées, ou alors formellement retirées, lors de la ratification.

De même faudrait-il préciser que la formulation de nouvelles réserves, à un traité pourtant applicable provisoirement sans le bénéfice de ces réserves, n'est pas exclue lors de la ratification. En effet, l'autorité interne compétente pour approuver définitivement un traité appliqué provisoirement peut exiger que soit formulée lors de la ratification une réserve que n'avait pas formulée l'autorité qui a décidé l'application provisoire.

Devrait être ensuite résolue en conséquence la question de savoir si le délai pour objecter à une telle réserve (cf. art. 20, par. 5, de la Convention de Vienne) commence à courir dès la réception de la notification relative à la signature ou à l'acceptation de l'application provisoire ou dès la réception de la notification relative à la ratification seulement. Il semblerait a priori raisonnable qu'un tel délai d'objection commence à courir dès que le depositaire a notifié la formulation d'une réserve; dès lors, le délai ne commencerait à courir après la ratification que si celle-ci a donné lieu à la formulation de nouvelles réserves.

iii) Applicabilité des clauses mentionnées à l'article 24, paragraphe 4, de la Convention de Vienne

⁴⁰ Cf. Rapport de la Commission du droit international, Soixante-cinquième session (6 mai-7 juin et 8 juillet-9 août 2013), New York 2013 (A/68/10), p. 106, ch. 112, p. 107, ch. 121.

⁴¹ Encore très récemment à l'occasion de la négociation de deux accords bilatéraux non encore signés, l'un relatif à la suppression réciproque de l'obligation de visa pour les détenteurs de passeports diplomatiques ou de service, l'autre en matière de migration.

⁴² Selon l'avis exprimé par PAUL REUTER reproduit dans le Mémoire du Secrétariat cité sous note n° 30, p. 16s. ch. 48.

⁴³ Cf. ci-dessus ch. 2.b).

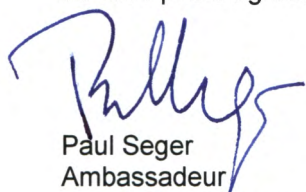
Selon l'avis précité de PAUL REUTER⁴⁴, l'application provisoire «consiste, non pas à mettre en vigueur tout le traité, avec son mécanisme conventionnel, y compris les clauses finales notamment, mais à prendre des dispositions pour appliquer immédiatement les règles de fond contenues dans le traité». L'article 24, paragraphe 4, de la Convention de Vienne précise quant à lui que «les dispositions d'un traité qui réglementent l'authentification du texte, l'établissement du consentement des Etats à être liés par le traité, les modalités ou la date d'entrée en vigueur, les réserves, les fonctions du dépositaire, ainsi que les autres questions qui se posent nécessairement avant l'entrée en vigueur du traité, sont applicables dès l'adoption du texte». Or nombre de ces dispositions appartiennent aux clauses finales. Pour lever cette apparente contradiction, il serait souhaitable de préciser quelles sont les clauses (finales) qui ne trouvent pas application dès le début de l'application provisoire. Une attention toute particulière devant, de l'avis de la Suisse, être portée aux clauses et délais de dénonciation, ceux-ci n'étant en principe pas applicables à la fin de l'application provisoire (cf. art. 25, par. 2, de la Convention de Vienne), mais pouvant l'être *mutatis mutandis* ou par analogie selon les circonstances, comme il a été dit ci-dessus⁴⁵.

iv) Article 46 de la Convention de Vienne

Enfin, de l'avis de la Suisse, l'article 46 de la Convention de Vienne est aussi pleinement valable s'agissant des traités appliqués provisoirement. Dès lors, si le consentement d'un Etat à appliquer provisoirement un traité a été exprimé en violation d'une disposition de son droit interne concernant la compétence pour décider de cette application provisoire, cet Etat ne peut faire valoir que son consentement serait vicié, à moins que cette violation n'ait été manifeste et ne concerne une règle de son droit interne d'importance fondamentale. Tout Etat doit se renseigner, mais dans une mesure assez restreinte seulement, sur les procédures à suivre par ses partenaires. Les dispositions de droit interne concernant la compétence pour décider de l'application provisoire peuvent être plus difficiles à connaître ou à établir que les règles en matière de consentement à être lié. Le caractère manifeste d'une violation ou l'importance fondamentale d'une règle pourrait être encore plus difficile à établir en matière d'application provisoire, mais cela ne semble pas aller à l'encontre de la nature de cette institution. Il semble dès lors n'y avoir aucun motif pour ne pas appliquer l'article 46 en cas d'application provisoire, ce d'autant plus qu'un Etat peut en principe mettre fin à celle-ci de manière simplifiée⁴⁶.

La Suisse espère vivement que les informations et observations qui précèdent constitueront une contribution utile pour les travaux de la Commission.

Je vous prie d'agréer, Madame, Monsieur, l'assurance de ma haute considération.



Paul Seger
Ambassadeur
Représentant Permanent

⁴⁴ Cf. ad note n° 42.

⁴⁵ Cf. ci-dessus ch. 2.b) et ad note n° 43.

⁴⁶ Cpr. MATHY, *op. cit.* note n° 25, p. 645s., ch. 11; Rapport de la Commission du droit international cité sous note n° 40 (A/68/10), p. 107, ch. 119.