

Universités de Fribourg, Genève,
Lausanne et Neuchâtel

Programme doctoral romand de droit

L'influence du droit de l'Union européenne et de la Convention européenne des droits de l'homme sur le droit suisse

Édité par

Véronique Boillet
Francesco Maiani
Etienne Poltier
Daniel Rietiker
Barbara Wilson

Avec la collaboration
d'Alexandre Biedermann

Schulthess
ÉDITIONS ROMANDES



Universités de Fribourg, Genève,
Lausanne et Neuchâtel

Programme doctoral romand de droit

L'influence du droit de l'Union européenne et de la Convention européenne des droits de l'homme sur le droit suisse

Édité par

Véronique Boillet
Francesco Maiani
Etienne Poltier
Daniel Rietiker
Barbara Wilson

Avec la collaboration
d'Alexandre Biedermann

Schulthess § 2016
ÉDITIONS ROMANDES

Citation suggérée de l'ouvrage: VÉRONIQUE BOILLET, FRANCESCO MAIANI, ÉTIENNE POLTIER, DANIEL RIETIKER, BARBARA WILSON (éds), *L'influence du droit de l'Union européenne et de la Convention européenne des droits de l'homme sur le droit suisse*, collection CUSO, Genève/Zurich 2016, Schulthess Éditions Romandes

Publié avec l'aide de la Conférence universitaire de Suisse occidentale

ISBN 978-3-7255-8614-1

© Schulthess Médias Juridiques SA, Genève · Zurich · Bâle 2016
www.schulthess.com

Diffusion en France: Lextenso Éditions, 70, rue du Gouverneur Général Éboué,
92131 Issy-les-Moulineaux Cedex
www.lextenso-editions.com

Diffusion et distribution en Belgique et au Luxembourg: Patrimoine SPRL,
Avenue Milcamps 119, B-1030 Bruxelles; téléphone et télécopieur:
+32 (0)2 736 68 47; courriel: patrimoine@telenet.be

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

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

Table des matières

| | |
|---|-------------|
| Sommaire | V |
| Table des matières | VII |
| Liste des contributeurs | XV |
| Liste des abréviations | XVII |
| Avant-propos | 1 |
| VÉRONIQUE BOILLET/FRANCESCO MAIANI/ETIENNE POLTIER DANIEL RIETIKER/BARBARA WILSON | |
| 1^{ère} Partie : L'influence du droit de la CEDH sur le droit suisse | 5 |
| La prise en compte de la CEDH dans la mise en œuvre des initiatives populaires | 7 |
| GUILLAUME LAMMERS | |
| Introduction..... | 8 |
| I. Les fondements..... | 8 |
| 1. La prise en compte du droit international lors de l'élaboration, de l'application et de la mise en œuvre des normes constitutionnelles | 8 |
| 2. Les principes applicables à la mise en œuvre législative des initiatives populaires..... | 10 |
| II. Les cas d'application | 12 |
| 1. L'initiative populaire <i>Internement à vie</i> | 12 |
| 2. L'initiative populaire <i>Pour le renvoi des étrangers criminels</i> | 14 |
| 3. L'initiative populaire <i>Pour que les pédophiles ne travaillent plus avec des enfants</i> | 17 |
| 4. L'initiative populaire <i>Contre l'immigration de masse</i> | 18 |
| III. Observations..... | 20 |
| 1. La mise en œuvre législative comme étape permettant d'éviter les conflits avec le droit international..... | 20 |
| 2. Les tensions entre la volonté populaire et la prise en compte du droit international | 21 |
| 3. La prise en charge du processus de mise en œuvre par les initiants | 23 |
| Conclusion | 24 |

| | |
|---|----|
| Bibliographie..... | 26 |
| Rapports relatifs à la mise en œuvre des initiatives populaires | 27 |

La réception de la CEDH en droit suisse au travers de la procédure de révision : analyse récente de la pratique du Tribunal fédéral..... 29

ALEXANDRE BIEDERMANN

| | |
|--|----|
| Introduction..... | 29 |
| I. La révision comme moyen de mise en œuvre des arrêts de la CourEDH | 30 |
| 1. Le cadre juridique et les types de mesures d'exécution..... | 30 |
| 2. La procédure de révision suisse..... | 31 |
| II. Les arrêts récents en révision (2012-2015)..... | 33 |
| 1. Les révisions admises..... | 34 |
| 2. La révision refusée | 44 |
| Conclusion | 45 |
| Bibliographie..... | 47 |

L'armée suisse face à la CourEDH..... 51

GRÉGOIRE GEISSBÜHLER

| | |
|--|----|
| Introduction..... | 51 |
| I. Aperçu de droit militaire..... | 52 |
| 1. Place dans l'ordre juridique suisse | 52 |
| 2. Droits fondamentaux et armée | 54 |
| II. Arrêts de la CourEDH | 56 |
| 1. <i>Sutter c. Suisse</i> | 56 |
| 2. <i>Glor c. Suisse</i> | 60 |
| Conclusion | 65 |
| Bibliographie..... | 67 |

CEDH et développement territorial : implications actuelles et potentielles..... 69

NESA ZIMMERMANN

| | |
|---------------------------------------|----|
| Introduction..... | 69 |
| I. Droit à un procès équitable | 70 |
| 1. Jurisprudence de la Cour..... | 70 |
| 2. Implications pour la Suisse | 71 |
| II. Protection environnementale | 73 |
| 1. Jurisprudence de la Cour..... | 73 |
| 2. Implications pour la Suisse | 75 |
| III. Modes de vie minoritaires | 76 |

| | |
|--------------------------------------|----|
| 1. Jurisprudence de la Cour | 76 |
| 2. Implications pour la Suisse | 80 |
| Conclusion | 84 |
| Bibliographie..... | 85 |

**L'impact en Suisse de l'arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme
Y. Y. c. Turquie sur la question de la stérilisation prévue par le régime suisse
actuel en matière de reconnaissance officielle de changement de sexe 89**
LOUISE PATRY

| | |
|--|-----|
| Introduction..... | 89 |
| I. Rappel des faits..... | 91 |
| II. La décision de la CourEDH..... | 92 |
| 1. Grievs, arguments des parties et appréciation de la Cour | 92 |
| 2. L'influence extérieure de la décision | 94 |
| III. L'impact sur le droit suisse | 96 |
| 1. Le régime suisse en matière de reconnaissance officielle de changement de sexe | 96 |
| 2. L'influence de la décision sur le droit suisse..... | 97 |
| IV. La situation actuelle en Suisse et perspectives..... | 103 |
| 1. L'approche nationale actuelle | 103 |
| 2. Perspectives pour le Tribunal fédéral..... | 105 |
| Conclusion | 106 |
| Bibliographie..... | 108 |

« Luke, I am your father » ou de la paternité biologique : aspects choisis 111
MANUELA SAENZ DEVIA

| | |
|--|-----|
| Introduction..... | 111 |
| I. Vie privée et vie familiale..... | 112 |
| II. Deux problèmes spécifiques à la contestation de la filiation | 114 |
| 1. Qualité pour agir en désaveu | 114 |
| 2. Contestation de la paternité établie par jugement..... | 119 |
| III. Droit aux relations personnelles..... | 122 |
| 1. Circonstances exceptionnelles..... | 122 |
| 2. Intérêt de l'enfant..... | 123 |
| IV. Droit à la connaissance de sa descendance | 125 |
| Conclusion | 127 |
| Bibliographie..... | 129 |

Tourisme procréatif et reconnaissance des liens de filiation : la jurisprudence embryonnaire de la CourEDH et du TF 133

TIFFAINE STEGMÜLLER

| | |
|--|-----|
| Introduction..... | 134 |
| I. La jurisprudence de la CourEDH..... | 135 |
| 1. L'application de l'art. 8 CEDH et l'intérêt de l'enfant..... | 135 |
| 2. Les différents arrêts..... | 136 |
| 3. Les affaires pendantes..... | 141 |
| II. Le début de jurisprudence suisse..... | 142 |
| 1. L'application des règles de droit international privé et l'ordre public matériel..... | 142 |
| 2. Les deux arrêts du TF..... | 144 |
| 3. La conformité des arrêts suisses avec la pratique de la CourEDH..... | 147 |
| III. Les tendances et influences..... | 149 |
| 1. Les développements jurisprudentiels futurs..... | 149 |
| 2. Le changement de pratique nécessaire des autorités suisses..... | 150 |
| 3. La suite et les éventuelles modifications du droit..... | 151 |
| Conclusion..... | 152 |
| Bibliographie..... | 153 |

La prescription de la réparation des dommages différés en droit suisse face à la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme 157

ADRIEN VION

| | |
|--|-----|
| Introduction..... | 157 |
| I. La jurisprudence suisse face à l'arrêt <i>Howald Moor c. Suisse</i> | 158 |
| 1. Résumé des développements jurisprudentiels récents..... | 158 |
| 2. Impact de ces arrêts sur le droit suisse de la prescription..... | 161 |
| II. Le projet de révision du droit suisse de la prescription face à l'arrêt <i>Howald Moor c. Suisse</i> | 165 |
| 1. Le projet de révision du droit suisse de la prescription..... | 165 |
| 2. Incompatibilité des solutions législatives envisagées avec l'arrêt <i>Howald Moor c. Suisse</i> | 167 |
| 3. Quid en cas d'adoption d'une solution incompatible avec la CEDH ?..... | 168 |
| Conclusion..... | 171 |
| Bibliographie..... | 172 |

2^{ème} Partie : L'influence du droit de l'UE sur le droit suisse 177**Droit de révocation et mise en œuvre du droit de la concurrence
par le consommateur : *tempori servire* ? 179**
JULIEN DELAYE/DARIO HUG

| | |
|---|-----|
| Introduction..... | 179 |
| I. Notions | 180 |
| 1. Droit de révocation légal | 180 |
| 2. Droit privé de la concurrence | 183 |
| II. Influence européenne..... | 185 |
| 1. Avant le rejet de l'accord EEE | 185 |
| 2. Après le rejet de l'accord EEE | 187 |
| III. Implications..... | 190 |
| 1. Droit privé de la concurrence | 190 |
| 2. Droit de révocation légal | 192 |
| Conclusion | 194 |
| Bibliographie..... | 196 |

L'influence du droit européen sur le droit suisse des marchés financiers..... 199
ALAIN BINGGELI

| | |
|--|-----|
| Introduction..... | 199 |
| I. La réglementation applicable dans l'UE | 200 |
| 1. Généralités | 200 |
| 2. Aperçu de la législation européenne..... | 202 |
| II. Influence et reprise autonome du droit européen des marchés financiers en droit suisse..... | 206 |
| 1. Généralités | 206 |
| 2. Les influences et reprises du droit européen en droit suisse avant la crise financière..... | 207 |
| III. L'accès au marché intérieur des services financiers pour les prestataires et produits de pays tiers après la crise | 209 |
| 1. Les débats au sein de l'UE | 209 |
| 2. Les solutions adoptées dans l'UE..... | 211 |
| 3. Les conséquences en Suisse | 213 |
| Conclusion | 216 |
| Bibliographie..... | 218 |

**L'influence des réformes européennes sur la protection des données
en Suisse : questions choisies 221**

EVA CELLINA

| | |
|--|-----|
| Introduction | 221 |
| I. Etat des lieux | 223 |
| 1. Union européenne | 223 |
| 2. Suisse | 226 |
| 3. Différences | 230 |
| II. Projet de Règlement européen | 231 |
| 1. Présentation générale..... | 231 |
| 2. Questions choisies | 232 |
| III. Implications pour la Suisse | 234 |
| 1. Projet de révision de la LPD..... | 234 |
| 2. Questions choisies..... | 234 |
| Conclusion | 238 |
| Bibliographie..... | 240 |

**L'influence des directives européennes en matière de marchés publics
sur le droit suisse 243**

SARAH VITTOZ

| | |
|---|-----|
| Introduction | 243 |
| I. Sources du droit des marchés publics | 245 |
| 1. L'AMP | 245 |
| 2. Le droit suisse | 245 |
| 3. Le droit de l'Union européenne..... | 246 |
| II. Influences du droit de l'Union sur le droit suisse des marchés publics | 247 |
| 1. La portée de l'AMP sur le droit communautaire | 247 |
| 2. L'Accord bilatéral sur les marchés publics | 248 |
| 3. Adaptation autonome des directives ? | 251 |
| 4. Influence de la jurisprudence CJUE en matière de marchés publics sur le droit suisse..... | 253 |
| III. Perspectives ouvertes par les révisions en cours | 255 |
| 1. Aperçu des révisions en cours | 256 |
| 2. Influences respectives de ces révisions | 258 |
| Conclusion | 262 |
| Bibliographie..... | 264 |

L'observation de la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne par les tribunaux suisses dans le cadre de l'interprétation des accords bilatéraux..... 267

EMILIE KOHLER

| | |
|---|-----|
| Introduction..... | 267 |
| I. Règles générales d'interprétation..... | 268 |
| II. L'accord sur la libre circulation des personnes..... | 270 |
| 1. L'art. 16 al. 2 ALCP..... | 270 |
| 2. L'observation de la jurisprudence de la CJUE..... | 272 |
| III. L'accord sur le transport aérien..... | 274 |
| 1. L'art. 1 ^{er} al. 2 ATA..... | 275 |
| 2. L'observation de la jurisprudence de la CJUE..... | 275 |
| IV. Les accords d'association à Schengen et à Dublin..... | 276 |
| 1. L'art. 8 al. 1 AAS et l'art. 5 AAD..... | 276 |
| 2. L'observation de la jurisprudence de la CJUE..... | 277 |
| V. La Convention de Lugano..... | 278 |
| 1. L'art. 1 ^{er} du Protocole n° 2..... | 278 |
| 2. L'observation de la jurisprudence de la CJUE..... | 280 |
| Conclusion..... | 280 |
| Bibliographie..... | 282 |

Accord-cadre institutionnel : entre le droit de l'UE et les particularités suisses 285

YULIYA KASPIAROVICH

| | |
|---|-----|
| Introduction..... | 285 |
| I. Les solutions institutionnelles envisagées..... | 288 |
| 1. L'adhésion de la Suisse aux institutions de l'AELE..... | 290 |
| 2. Les institutions ad hoc communes..... | 291 |
| 3. Les institutions existantes pour une coopération juridictionnelle..... | 292 |
| II. Le choix suisse et le mécanisme institutionnel de l'EEE..... | 293 |
| 1. L'architecture institutionnelle de l'EEE..... | 294 |
| 2. Les avis 1/91 et 1/92 de la CJCE..... | 296 |
| Conclusions..... | 301 |
| Bibliographie..... | 303 |

| | |
|--|------------|
| L'influence du droit européen sur le droit suisse de la révision : entre <i>Sonderweg</i> et reprise..... | 305 |
| AXEL SCHMIDLIN | |
| Introduction..... | 305 |
| I. Analyse comparative..... | 307 |
| 1. Obligations clefs..... | 307 |
| 2. Mécanismes d'implémentations..... | 314 |
| II. Conséquences..... | 318 |
| 1. Equivalence..... | 318 |
| 2. Concurrence..... | 322 |
| Conclusion..... | 327 |
| Bibliographie..... | 328 |

L'armée suisse face à la CourEDH

| | |
|--|-----------|
| Introduction | 51 |
| I. Aperçu de droit militaire | 52 |
| 1. Place dans l'ordre juridique suisse | 52 |
| 2. Droits fondamentaux et armée | 54 |
| II. Arrêts de la CourEDH | 56 |
| 1. <i>Sutter c. Suisse</i> | 56 |
| 2. <i>Glor c. Suisse</i> | 60 |
| Conclusion | 65 |
| Bibliographie | 67 |

Introduction

Instrument de l'unification de notre pays, l'armée suisse a toujours tenu une place particulière dans les esprits et la législation¹. Suivant l'idée du citoyen-soldat, un système juridique parallèle s'est mis en place, qui dispose de ses propres lois et tribunaux.

Elle ne saurait toutefois se placer complètement en dehors du cadre juridique national et bafouer les droits fondamentaux. Nous proposons donc un bref aperçu du droit militaire suisse (I.), avant d'examiner les interactions entre la législation militaire et la Cour européenne des droits de l'homme, au travers de deux affaires : *Sutter c. Suisse*² et *Glor c. Suisse*³ (II.).

¹ ZIEGLER, p. 3, 5 ss.

² CourEDH, arrêt du 22 février 1984, *Sutter c. Suisse*, req. n° 8209/78 [CourEDH, *Sutter c. Suisse*].

³ CourEDH, arrêt du 30 avril 2009, *Glor c. Suisse*, req. n° 13444/04 [CourEDH, *Glor c. Suisse*].

Pour des raisons de clarté, nous n'utiliserons pas les abréviations militaires typiques (par exemple : mil pour militaire, ou EM EM A pour l'état-major de l'Etat-major de l'armée).

I. Aperçu de droit militaire

Afin de définir le cadre de cet article, il convient selon nous de commencer par donner un aperçu général du droit militaire suisse, qui reste peu étudié. Nous examinerons tout d'abord sa place dans l'ordre juridique suisse (1.), avant de nous interroger sur la place qu'il accorde aux droits fondamentaux.

1. Place dans l'ordre juridique suisse

Logiquement, la Constitution fédérale prévoit l'existence de l'armée. L'art. 58 al. 1, première phrase l'énonce clairement : « La Suisse a une armée. ». Les art. 58 à 60 en fixent les buts et les grands principes⁴ – notamment qu'il s'agit d'une armée de milice, composée d'hommes suisses⁵, et que la compétence dans ce domaine appartient exclusivement à la Confédération (art. 60 Cst.)⁶. La taxe d'exemption est également prévue au niveau constitutionnel (art. 59 al. 3 Cst.)⁷, ce qui aura son importance dans la suite de nos développements.

Les lois et ordonnances fédérales relatives à l'armée sont nombreuses. Le Conseil fédéral et le Département fédéral de la défense, de la protection de la population et des sports (DDPS) sont également compétents pour régler certains aspects du droit militaire, ce qui aboutit à un complexe de normes extrêmement vaste. Nous nous limiterons à en présenter quelques-unes, qui sont importantes pour notre propos.

Certaines normes sont « purement » militaires, en ce sens qu'elles règlent les aspects fondamentaux de l'organisation de l'armée. La norme pivot en la matière est la Loi fédérale du 3 février 1995 sur l'armée et l'administration militaire (Loi sur l'armée, LAAM)⁸, qui fixe la plupart des principes, des droits et devoirs des militaires, ainsi

⁴ BSK BV-DIGGELMANN/ALTWICHER, N 1 *ad* art. 58.

⁵ Art. 58 al. 1 *in fine* et 59 al. 1 Cst., art. 2 al. 1 LAAM ; BSK BV-DIGGELMANN/ALTWICHER, N 8 *ad* art. 58. Les Suissesses ne sont pas astreintes au service militaire, peuvent le faire à titre volontaire – art. 59 al. 2 Cst., art. 3 al. 1 LAAM ; BSK BV-DIGGELMANN/ALTWICHER, N 6 *ad* art. 59.

⁶ BSK BV-DIGGELMANN/ALTWICHER, N 1 *ad* art. 58, N 1 *ad* art. 60.

⁷ *Idem*, N 19 *ad* art. 59.

⁸ RS 510.10.

que les délégations législatives au pouvoir exécutif. Cette loi est notamment complétée par le Règlement de service de l'armée suisse (RS 04) du 22 juin 1994⁹, l'Ordonnance du 19 novembre 2003 concernant les obligations militaires (OOMi)¹⁰ ou encore l'Ordonnance du 24 novembre 2004 concernant l'appréciation médicale de l'aptitude au service militaire et de l'aptitude à faire du service militaire (OAMAS)¹¹.

Parmi les lois qui ne règlent pas directement l'organisation de l'armée, les plus connues sont certainement le Code pénal militaire du 13 juin 1927 (CPM)¹² et la Procédure pénale militaire du 23 mars 1979 (PPM)¹³. Les militaires sont en effet soumis à une réglementation pénale spécifique, qui est généralement similaire au droit pénal « civil », mais s'en distingue notamment par les infractions réprimées¹⁴ et par la procédure disciplinaire pour les cas de peu de gravité (art. 180 ss CPM)¹⁵. Un élément très particulier dans ce système est l'existence du Tribunal militaire de cassation (TMC), dont le rang est égal à celui du Tribunal fédéral¹⁶. Nous reviendrons sur ces éléments lorsque nous parlerons de l'arrêt *Sutter c. Suisse*¹⁷.

Il existe également une loi fiscale spécifique, la Loi fédérale du 12 juin 1959 sur la taxe d'exemption de l'obligation de servir (LTEO)¹⁸ – accompagnée de l'Ordonnance sur la taxe d'exemption de l'obligation de servir (OTEO)¹⁹ – qui assujettit à un impôt spécial les hommes suisses ne faisant pas leur service militaire. Les conditions d'application de cette taxe ont fait l'objet de l'arrêt *Glor c. Suisse*²⁰.

Relevons qu'un certain nombre de normes relevant du droit des assurances sociales touchent de près ou de loin les militaires : La Loi fédérale du 19 juin 1992 sur l'assurance militaire (LAM)²¹ et la Loi fédérale du 25 septembre 1952 sur les allocations pour perte de gain en cas de service et de maternité (Loi sur les

⁹ RS 510.107.0. Ce règlement se distingue notamment par un vocabulaire volontairement plus accessible et moins technique que celui auquel le juriste est habitué. Un communiqué des autorités fédérales va jusqu'à le qualifier de « convivial[!] » :

<https://www.admin.ch/cp/f/3fe2c4d7_1@presse1.admin.ch.html>.

¹⁰ RS 512.21.

¹¹ RS 511.12.

¹² RS 321.0.

¹³ RS 322.1.

¹⁴ Par exemple : la maraude et le pillage, qui nécessitent tous deux de se trouver « en temps de guerre ou en service actif » (art. 138 et 139 CPM) n'ont pas d'équivalent civil.

¹⁵ ZIEGLER, p. 35 ss, 140 ss.

¹⁶ Comm. LTF-FERRARI, N 21 *ad* art. 78 ; Comm. PPM-JABORNIGG/SPENLÉ, N 4 *ad* art. 13 ; STEGMANN, p. 27 ; Comm. LTF-WURZBURGER, N 6 *ad* art. 1.

¹⁷ Voir *infra* II.1.

¹⁸ RS 661.

¹⁹ RS 661.1.

²⁰ Voir *infra* II.2.

²¹ RS 833.1.

allocations pour perte de gain, LAPG)²², qui ne concernait lors de son adoption que les militaires en service, avant d'être étendue aux cas de maternité.

Enfin, il existe une foule de règlements et directives internes, qui ne sont publiés ni au recueil officiel, ni au recueil systématique. Il s'agit de normes à caractère essentiellement techniques, comme le règlement 53.096f (« Fusil d'assaut 5,6 mm 1990 ») ou 51.009f (« Habillement et paquetage »). Nous n'y consacrerons pas de développements particuliers, qui seraient hors du champ de notre étude, mais l'étude de leur caractère juridique – par exemple en termes de sécurité et responsabilité – serait sans nul doute intéressante.

L'armée suisse n'est pas détachée du reste du monde. La primauté du droit international²³ et le système moniste qui prévaut en suisse font que les conventions internationales s'appliquent de plein droit à l'armée suisse, sauf réserve expresse. Certains de ces traités sont bien connus – par exemple les Conventions de Genève, dont la Suisse est dépositaire²⁴ – et nul ne songerait à dispenser l'armée de leur respect.

Dans cette optique, la CEDH s'applique également directement, mais nous consacrerons d'abord quelques développements aux droits fondamentaux dans l'armée avant de l'aborder.

2. Droits fondamentaux et armée

Vu la place particulière occupée par l'armée au sein de l'ordre juridique suisse, on pourrait s'attendre à ce que les droits fondamentaux soient réduits à leur plus simple expression dans le cadre militaire. Nous verrons toutefois qu'il n'en est rien – même si des restrictions sont inévitables.

L'art. 28 LAAM, est la disposition générale en matière de droit fondamentaux durant le service²⁵. Il est « traduit » par l'art. 93 RS 04, qu'il nous semble judicieux de citer en entier :

«¹ Lorsqu'ils sont au service, les militaires bénéficient également de leurs droits constitutionnels et légaux, notamment en ce qui concerne la protection

²² RS 834.1.

²³ AUER/MALINVERNI/HOTTELIER, vol. 1, N 1353 ss.

²⁴ Art. 57 de la Convention de Genève du 12 août 1949 pour l'amélioration du sort des blessés et des malades dans les forces armées en campagne (RS 0.518.12) ; art. 56 de la Convention de Genève du 12 août 1949 pour l'amélioration du sort des blessés, des malades et des naufragés des forces armées sur mer (RS 0.518.23) ; art. 137 de la Convention de Genève du 12 août 1949 relative au traitement des prisonniers de guerre (RS 0.518.42) ; art. 152 de la Convention de Genève du 12 août 1949 relative à la protection des personnes civiles en temps de guerre (RS 0.518.51).

²⁵ BSK BV-DIGGELMANN/ALTWICHER, N 10 *ad* art. 59.

de la personnalité, la liberté de croyance et de conscience, le droit à la libre expression de ses idées et l'exercice des droits politiques.

² Les droits fondamentaux et les libertés subissent toutefois des limitations pendant le service. Celles-ci ne peuvent excéder ce qui est indispensable à l'accomplissement de la mission de l'armée, de la troupe et de chaque militaire. »

À la lecture de cet article, deux éléments ressortent. Tout d'abord, un catalogue exemplatif, qui reprend pour partie les droits fondamentaux énoncés dans la Constitution fédérale. Ensuite, une reprise de l'art. 36 Cst.²⁶, déclinée pour correspondre au système militaire. Ce système en deux parties ne nous paraît pas rigoureusement nécessaire, vu que la Constitution s'applique à l'ensemble de la population – militaire ou civile – mais il s'agit certainement d'un rappel utile.

Le Règlement de service décline ensuite plusieurs de ces droits fondamentaux : respect de la personnalité et de la sphère privée (art. 94 RS 04), liberté de croyance (art. 95 RS 04), libertés politiques et d'expression (art. 96-99 RS 04). À part ces libertés, les droits à la solde, à la substance, à la perte de gain, à l'assurance militaire, au transport et au service postal sont également prévus (art. 101 RS 04), même s'ils relèvent généralement d'autres lois – par exemple, la Loi sur l'assurance militaire.

L'armée ne se place donc pas complètement en dehors du cadre des droits fondamentaux. D'ailleurs, même sans ces rappels, on ne pourrait sérieusement penser que la Constitution cesse de déployer ses effets dès qu'un citoyen enfle son uniforme. De même, la CEDH s'applique nécessairement à l'armée, vu son caractère de traité international. L'absence d'une référence explicite dans le Règlement de service n'y change rien.

La CEDH fait également une place à l'armée, notamment à son art. 4. Celui-ci interdit le travail forcé, mais exclut de cette définition « [...] tout service de caractère militaire ou [...] autre service à la place du service militaire obligatoire ». Le service civil est inclus dans cette définition²⁷.

²⁶ Les restrictions aux droits fondamentaux ne sont possibles que si elles sont prévues par une base légale, justifiées par un intérêt public, proportionnées (aptées, nécessaires et respectant la proportionnalité au sens étroit) et qu'elles ne portent pas atteinte à l'essence du droit fondamental en question : ATF 141 I 20, consid. 6 ; AUER/MALINVERNI/HOTTELIER, vol. 2, N 138, 168 ss ; BSK BV-EPINEY, N 6, 29 ss *ad* art. 36.

²⁷ BSK BV-DIGGELMANN/ALTWICHER, N 17 *ad* art. 59.

II. Arrêts de la CourEDH

Seuls deux arrêts ont été rendus dans des affaires concernant l'armée suisse. Nous les examinerons chronologiquement.

1. *Sutter c. Suisse*

Le 22 février 1984 est rendu le premier arrêt relatif à l'armée suisse – le quatrième à concerner la Suisse depuis l'entrée en vigueur de la CEDH, dix ans auparavant.

Cet arrêt n'est toutefois pas isolé, il fait suite à deux affaires tranchées par le Comité des ministres, suivant la procédure en vigueur à l'époque. Dans ces deux cas, *Eggs c. Suisse* et *Santschi et autres c. Suisse*, les conséquences ont été mineures, car même si les requérants avaient été injustement privés de leur liberté (art. 5 par. 1 CEDH) dans le cadre de sanctions disciplinaires, la réforme de la Procédure pénale militaire de 1979 mettait un terme à cette situation²⁸. Le Conseil des ministres s'est borné à constater une violation – uniquement dans l'affaire *Santschi* – et à prendre acte de la modification du droit.

a) Affaire

Le point de départ de l'affaire *Sutter c. Suisse* paraît bien banal. M. Sutter s'est présenté lors d'un cours de répétition avec une coupe de cheveux ne correspondant pas au règlement en vigueur²⁹. Cela a conduit à sa condamnation à une peine de dix

²⁸ Comité des Ministres, Résolution DH(79)7 du 19 octobre 1979, *Eggs c. Suisse*, req. n° 7431/76. Comité des Ministres, Résolution DH(83)5 du 24 mars 1983, *Santschi et autres c. Suisse*, req. n° 7468/76, 7938/77, 8018/77, 8106/77, 8325/78 et 8778/79. Cette décision peut également être trouvée dans la JAAC 1983 n° 231 p. 641. Voir également : Rapport CEDH, FF 2014 353, p. 389 ; BARRAS, p. 412 ss ; HOTTELIER/MOCK/PUÉCHAVY, p. 24 ss.

²⁹ CourEDH, *Sutter c. Suisse*, consid. 10 ss.

jours d'emprisonnement par le tribunal militaire de division³⁰, ce que M. Sutter a contesté devant le Tribunal militaire de cassation³¹.

L'arrêt du Tribunal militaire de cassation (ATMC 9/136) reconnaît le caractère directement applicable de la CEDH aux tribunaux civils comme militaires³², ce qui est déjà un résultat des plus intéressants, prouvant si cela était encore nécessaire que l'armée ne se trouve pas hors du champ d'application des droits fondamentaux. Il se penche ensuite sur les griefs invoqués par M. Sutter, relatifs aux art. 6³³, 8 et 14³⁴ CEDH.

M. Sutter critique principalement l'indépendance des tribunaux militaires³⁵. Il est vrai que la position de l'auditeur en chef dans l'organisation de la justice militaire prête le flanc à la critique³⁶, mais des garde-fous ont été instaurés tant dans la loi que dans les faits pour éviter toute pression. Notamment, le fait que les militaires exerçant une fonction de juge ne puissent recevoir d'ordres quant au jugement qu'ils doivent rendre a été pris en compte. Le caractère de milice de l'armée suisse, avec des juges militaires non-professionnels – donc plus indépendants de l'autorité hiérarchique, est aussi vu comme une garantie de bon fonctionnement³⁷.

À notre sens, c'est sur ce point que l'arrêt est le moins convaincant. Certes, M. Sutter n'a sans doute pas pâti de l'organisation militaire, mais l'apparence d'une justice partielle est toujours néfaste.

Ce point n'est pas porté devant la CourEDH. Toutefois, nous doutons que cela ait pu avoir une influence particulière sur le jugement. Dès lors que le mouvement de réforme visant à séparer plus nettement encore les fonctions judiciaires et administratives était déjà en marche, la constatation d'une violation n'aurait guère eu de sens.

³⁰ Cette appellation a été remplacée par « tribunal militaire », suite à la réforme « Armée XXI » : Comm. PPM-JABORNIGG/SPENLÉ, N 5 *ad* art. 2. Il est désormais nécessaire de recourir contre leurs décisions auprès d'un « tribunal militaire d'appel » (art. 9 PPM), avant de pouvoir procéder devant le Tribunal militaire de cassation (art. 13 PPM) : Comm. PPM-JABORNIGG/SPENLÉ, N 4 *ad* art. 9, N 2 *ss ad* art. 13 ; STEGMANN, p. 26 s. Sur la procédure selon l'ancien droit : ZIEGLER, p. 112 *ss*.

³¹ CourEDH, *Sutter c. Suisse*, consid. 15 *ss*.

³² ATMC 9/136, consid. 1b. Sur la notion d'applicabilité directe : AUER/MALINVERNI/HOTTELIER, vol. 1, N 1359 *ss*.

³³ ATMC 9/136, consid. 2.

³⁴ *Idem*, consid. 3.

³⁵ *Idem*, consid. 2a.

³⁶ Le fait que l'auditeur en chef, représentant l'accusation et disposant sous l'ancien droit de fonctions juridictionnelles, soit simultanément en charge de la surveillance des tribunaux militaires a été fortement critiqué. Cela a conduit le législateur à supprimer cette dualité de fonctions dans la nouvelle Procédure pénale militaire : HOTTELIER/MOCK/PUÉCHAVY, p. 24 ; Comm. PPM-MARTIN, N 2 *ad* art. 16 PPM. Sur la restriction des pouvoirs de l'auditeur en chef aux questions administratives dans le nouveau droit et la garantie d'impartialité des tribunaux : STEGMANN, p. 26 *ss*.

³⁷ ATMC 9/136, consid. 2a.

Une seconde critique, relative à la composition du tribunal, est rapidement écartée par le Tribunal militaire de cassation, M. Sutter n'ayant subi aucun désavantage du fait que les juges aient été des suppléants³⁸.

Enfin, un grief relatif à la publicité des débats et au prononcé oral du jugement est rejeté³⁹. Ces arguments seront à nouveau soulevés devant la CourEDH, nous en traiterons plus loin.

La seconde partie de l'arrêt porte sur la violation alléguée des art. 8 et 14 CEDH. Le Tribunal militaire de cassation relève tout d'abord que la liberté personnelle était un droit constitutionnel reconnu en suisse avant la ratification de la CEDH, mais qu'il a toujours été accompagné de restrictions, dûment prévues par la loi. Le Règlement de service avait été adopté en vertu d'une délégation valable, et prévoyait clairement à son art. 203^{bis}, dans sa version de l'époque, l'obligation d'adopter une certaine coupe de cheveux⁴⁰. Les restrictions étant proportionnées et conformes au but visé – notamment l'hygiène et la prévention de certains accidents – le recours est également rejeté sur ce point⁴¹.

Suite à la décision du Tribunal militaire de cassation, M. Sutter porte l'affaire devant la Cour de Strasbourg. Le grief relatif à l'obligation d'une coupe de cheveux, sous l'angle de sa conformité à l'art. 8 CEDH, a été déclaré irrecevable car manifestement dépourvu de fondement⁴². Seuls deux points restent litigieux : l'absence de débats publics et l'absence de prononcé public du jugement.

Un des buts de l'art. 6 CEDH est de garantir un procès équitable, notamment en permettant le contrôle par le citoyen des décisions de justice⁴³. Le risque d'abus est en effet plus grand si la justice est secrète.

Le respect de la garantie d'un procès équitable doit être apprécié sur l'ensemble de la procédure judiciaire⁴⁴, principe dont la CourEDH ne s'est jamais départi depuis⁴⁵. Dans le cas qui nous occupe, cela inclut la procédure devant le tribunal de division. Or, les débats devant ce dernier sont publics, ce qui suffit au regard de l'art. 6 CEDH, même si le Tribunal militaire de cassation s'est borné à une procédure écrite⁴⁶.

³⁸ ATMC 9/136, consid. 2b.

³⁹ *Idem*, consid. 2c.

⁴⁰ *Idem*, consid. 3b.

⁴¹ *Idem*, consid. 3b.

⁴² CourEDH, *Sutter c. Suisse*, consid. 21 ; BARRAS, p. 415 s.

⁴³ CourEDH, *Sutter c. Suisse*, consid. 26. Guide de l'art. 6, N 160.

⁴⁴ CourEDH, *Sutter c. Suisse*, consid. 28.

⁴⁵ HOTTELIER/MOCK/PUÉCHAVY, p.149.

⁴⁶ CourEDH, *Sutter c. Suisse*, consid. 30. Voir également : HOTTELIER/MOCK/PUÉCHAVY, p. 149 s.

La CourEDH valide également la limitation du contrôle judiciaire de l'autorité nationale suprême au droit, un autre point commun entre le Tribunal militaire de cassation et le Tribunal fédéral⁴⁷.

Le second point litigieux suscite une controverse quant à l'interprétation du texte de la CEDH. Les versions françaises et anglaises, qui toutes deux font foi (art. 59 al. 5 CEDH), semblent différer sur la publicité du jugement. L'art. 6 par. 1 CEDH prévoit en français que « [l]e jugement doit être rendu publiquement », alors que la version anglaise statue : « [j]udgment shall be pronounced publicly » – ce qui laisserait à penser que le jugement doit être lu à haute voix⁴⁸.

Les juges rejettent cette dernière interprétation, trop littérale⁴⁹. Dès lors que toute personne justifiant d'un intérêt à consulter la décision peut y avoir accès, et que les arrêts sont à terme publiés, les buts de l'art. 6 par. 1 CEDH que nous mentionnions plus haut sont respectés⁵⁰.

La CourEDH conclut, à l'unanimité, que l'absence de débats publics devant le Tribunal militaire de cassation ne viole pas la CEDH, et parvient à la même conclusion par onze voix contre quatre, en ce qui concerne l'absence de prononcé public. M. Sutter n'obtient donc pas gain de cause.

b) Effets

En toute logique, dès lors que la Suisse n'a pas violé la CEDH dans cette affaire, l'influence sur le droit suisse devrait être minime. Toutefois, il est impossible d'affirmer que la CEDH n'a eu aucun rôle à jouer dans l'évolution du droit militaire suisse.

Comme nous l'avons relevé, les principes de la CEDH avaient déjà imprégné la procédure suisse. Le Tribunal militaire de cassation se prêtant à une analyse très détaillée des droits fondamentaux dans cette affaire.

Les conséquences de cet arrêt ne se limitent à notre avis pas au simple contexte militaire. Les arrêts précédents traitaient déjà de questions procédurales⁵¹, mais c'est la première fois que les garanties en termes de publicité des débats et de procédure écrite sont analysées pour la Suisse. Le résultat auquel parvient la CourEDH ne

⁴⁷ CourEDH, *Sutter c. Suisse*, consid. 29 s.

⁴⁸ *Idem*, consid. 31 ss.

⁴⁹ *Idem*, consid. 30. Guide de l'art. 6, N 179.

⁵⁰ CourEDH, *Sutter c. Suisse*, consid. 34.

⁵¹ Art. 5 par. 3 dans CourEDH, arrêt du 4 décembre 1979, *Schiesser c. Suisse*, req. n° 7710/76. Art. 6 par. 2 dans CourEDH, arrêt du 25 mars 1983, *Minelli c. Suisse*, req. n° 8660/79. Art. 6 par. 1, sous l'angle de la durée de la procédure, dans CourEDH, arrêt du 13 juillet 1983, *Zimmermann et Steiner-Ebner c. Suisse*, req. n° 8737/79.

s'applique pas uniquement au contexte militaire, mais concerne aussi le Tribunal fédéral et les cours cantonales.

Comme le relève l'opinion dissidente, l'affaire Sutter était soumise à la Procédure pénale militaire de 1889 et l'arrêt n'a été publié que six ans plus tard, ce qui nuit au caractère véritablement « public » de la décision⁵². Comme dans les affaires Eggs et Santschi, cette critique aurait sans doute eu plus de poids si la Suisse n'avait pas fait évoluer sa législation.

Ainsi, le législateur suisse a anticipé les critiques relatives aux droits fondamentaux, et s'est mis en conformité avec la CEDH. Cela a permis à la Suisse d'échapper à une constatation de violation sans doute été inutile – et politiquement dangereuse, au regard des débats actuels. L'adoption de la nouvelle Procédure pénale militaire et la résolution des problèmes d'indépendance qui subsistaient sous l'ancien droit est accompagnée, plutôt que forcée, par la CourEDH⁵³.

Cela démontre à notre avis de la bonne volonté de la part des autorités suisses et de la confiance mutuelle dans l'application de la CEDH et dans son contrôle judiciaire. Toutes deux sont nécessaires pour qu'une institution supranationale ayant des pouvoirs aussi étendus que la CourEDH puisse fonctionner dans de bonnes conditions.

2. *Glor c. Suisse*

Tout oppose la seconde décision à celle que nous avons précédemment traitée : le résultat, avec la constatation par la CourEDH d'une violation de la CEDH, le tribunal dont la décision est attaquée, le contexte, avec la fin de la guerre froide, l'émergence de nouvelles formes de conflit et la réduction des effectifs de l'armée suite à la réforme Armée XXI⁵⁴, ou encore les motivations des recourants : M. Sutter cherchait visiblement à s'opposer à l'armée suisse en tant qu'institution, alors que M. Glor souhaitait la rejoindre – ne serait-ce que pour éviter le paiement de la taxe.

a) **Affaire**

Le droit suisse prévoit que les hommes en âge de faire service, mais qui n'accomplissent pas leurs obligations militaires, doivent payer une taxe

⁵² CourEDH, *Sutter c. Suisse*, opinion dissidente de MM. CREMONA, GANSHOF VAN DER MEERSCH, WALSH ET MACDONALD.

⁵³ Sur l'évolution vers la nouvelle procédure pénale militaire, voir : Comm. PPM-SCHMIDT, N 42 ss *ad Historische Einleitung*.

⁵⁴ Il y est fait référence, sans que cela ne semble avoir un impact direct sur la décision : CourEDH, *Glor c. Suisse*, consid. 70, 86.

d'exemption. Le montant de cet impôt est de 3% du revenu net de l'assujetti (art. 13 al. 1 LTEO). Le mode de calcul est identique à celui de l'impôt fédéral direct (art. 11 LTEO). Une exonération de cet impôt n'est possible que si l'assujetti est invalide à plus de 40%⁵⁵ – art. 4 al. 1 LTEO et art. 1 al. 2 OTEO revoyant à l'art. 28 al. 2 de la Loi fédérale du 19 juin 1959 sur l'assurance-invalidité (LAI)⁵⁶.

Le montant minimal de la taxe d'exemption est de CHF 400.- depuis la réforme de 2010 (art. 13 al. 2 LTEO)⁵⁷. Ce montant est réduit de moitié pour les assujettis non exemptés en raison de leur handicap. Relevons toutefois que cette différenciation est antérieure à l'arrêt *Glor c. Suisse*. Le Conseil fédéral relève dans le message qu'il serait difficile d'augmenter encore le montant de cette taxe, pour des motifs d'équité fiscale⁵⁸.

Un des buts est d'éviter la « voie bleue », à savoir le fait de se faire dispenser de l'armée pour un motif autre que la conscience – ce qui permet d'échapper au service civil – en plaçant une inaptitude médicale à faire service⁵⁹. Mais cela relègue à l'arrière-plan le but initial de la loi, qui était de rétablir une forme d'égalité entre les hommes astreints à faire service et ceux déclarés inaptes.

Ainsi, celui dont le taux d'invalidité est inférieur à 40% devra payer la taxe même si il est affecté d'une pathologie handicapante. Cette inégalité est à la base de l'arrêt *Glor c. Suisse*.

M. Glor a été déclaré inapte au service militaire pour diabète de type 1⁶⁰. Il a par la suite été incorporé dans la protection civile, sans jamais être appelé, ce qui a conduit à son assujettissement à la taxe d'exemption⁶¹ (art. 4 al. 1 LTEO et art. 24 de la Loi fédérale du 4 octobre 2002 sur la protection de la population et sur la protection civile (LPPC)⁶² *a contrario*). S'estimant victime d'une discrimination en raison de son handicap, il a fait recours jusqu'au Tribunal fédéral contre cette décision.

Dans l'arrêt 2A.590/2003, le Tribunal fédéral a rejeté ce recours. Il relève notamment que, loin d'être discriminatoire, la taxe d'exemption a au contraire pour but de rétablir une forme d'égalité entre ceux devant accomplir leur service militaire et ceux en étant dispensés sans être invalides⁶³. De plus, s'agissant d'une loi fédérale dont le contrôle est exclu⁶⁴ – art. 190 Cst.⁶⁵ – et d'une obligation trouvant une assise

⁵⁵ CourEDH, *Glor c. Suisse*, consid. 16 ss ; TF, 2A.590/2003, c. 2.2.

⁵⁶ RS 831.20.

⁵⁷ Message LTEO, FF 2008 2379, p. 2391.

⁵⁸ *Idem*, p. 2391.

⁵⁹ *Idem*, p. 2397.

⁶⁰ CourEDH, *Glor c. Suisse*, consid. 11. Ce type de diabète est – ou du moins, était – un motif impératif d'inaptitude au service : Bulletin des médecins suisses 2008;89, p. 1582.

⁶¹ CourEDH, *Glor c. Suisse*, consid. 13 ss.

⁶² RS 520.1.

⁶³ TF, 2A.590/2003, c. 2.3.1.

⁶⁴ *Idem*, c. 2.3.2.

claire dans la Constitution, il n'appartient pas au Tribunal fédéral de la remettre en cause⁶⁶.

À la suite de cet arrêt, M. Glor porte cette affaire devant la CourEDH, en se plaignant – à nouveau – d'un traitement discriminatoire.

L'art. 14 CEDH, relatif à l'égalité de traitement et à l'interdiction des discriminations, ne peut pas fonder seul une prétention, il faut qu'il soit combiné avec un droit garanti par la CEDH⁶⁷. Cela conduit M. Glor à invoquer également une violation de l'art. 8 CEDH, relatif au « respect de la vie privée et familiale ».

A priori, une affaire militaire ou de taxation ne peut guère entrer dans le champ d'application de cet article. Cependant, pour la CourEDH, l'art. 8 CEDH inclut la protection des personnes atteintes d'un handicap – ce qui inclut les cas de maladie, comme le diabète – même si dans le cas d'espèce, seul un intérêt pécuniaire est en cause⁶⁸. Cela est cohérent avec l'interprétation très large que donne la CourEDH de cet article⁶⁹.

La CourEDH considère qu'il y a une double discrimination dans ce cas. D'une part entre les personnes handicapées et les objecteurs de conscience, car seuls ces derniers peuvent bénéficier d'un service de remplacement. D'autre part entre les personnes inaptes, avec une discrimination selon que le d'invalidité supérieur ou inférieur à 40%⁷⁰. La CourEDH relève également que l'interprétation de ce seuil ne prend pas en compte la situation personnelle de M. Glor, le seul point de comparaison étant l'amputation d'une jambe – cas fort éloigné d'un diabète⁷¹.

Simultanément, la taxe d'exemption peut être disproportionnée pour les personnes handicapées. En effet, celles-ci touchent généralement de plus bas salaires, sans que cela ne se répercute nécessairement sur le montant de la taxe d'exemption – à cause du taux fixe et du montant minimal de celle-ci⁷².

Les raisons avancées par la législateur suisse, notamment l'égalité de traitement entre personnes faisant ou ne faisant pas leur service militaire, ne trouvent pas grâce

⁶⁵ AUER/MALINVERNI/HOTTELIER, vol. 2, N 97 ; BSK BV-EPINEY, N 2, 8 et 22 *ad art.* 190. Un contrôle de conventionalité – soit l'examen de la conformité d'une loi aux principes d'un traité international – reste cependant possible : AUER/MALINVERNI/HOTTELIER, vol. 2, N 97 ; BSK BV-EPINEY, N 35 *ss ad art.* 190.

⁶⁶ TF, 2A.590/2003, c. 2.3.3 ; HOTTELIER/MOCK/PUÉCHAVY, p. 321.

⁶⁷ CourEDH, *Glor c. Suisse*, consid. 45.

⁶⁸ *Idem*, consid. 54.

⁶⁹ *Idem*, consid. 52. Voir également : AUER/MALINVERNI/HOTTELIER, vol. 2, N 382.

⁷⁰ CourEDH, *Glor c. Suisse*, consid. 80. Voir également dans la doctrine : AUER/MALINVERNI/HOTTELIER, vol. 2, N 1069 ; BSK BV-DIGGELMANN/ALTWICHER, N 22 *ad art.* 59 ; HOTTELIER/MOCK/PUÉCHAVY, p. 322.

⁷¹ CourEDH, *Glor c. Suisse*, consid. 91.

⁷² *Idem*, consid. 93.

aux yeux de la CourEDH. Elles ne suffisent en tout cas pas à rétablir l'équilibre entre l'intérêt privé de M. Glor et l'intérêt public⁷³.

Ce raisonnement conduit la CourEDH à constater une violation de l'art. 14 CEDH, combiné avec l'art. 8 CEDH, par la Suisse dans cette affaire.

M. Glor n'a cependant jamais pu obtenir le remboursement de la taxe militaire qu'il avait payée au cours des années précédentes, car il a manqué le délai de révision de 90 jours, au sens des articles 122 et 124 al. 1 let. c LTF⁷⁴.

b) Effets

L'arrêt *Glor c. Suisse* pourrait laisser croire à un changement radical du système militaire suisse en vigueur : la taxe d'exemption était-elle vouée à disparaître ? Le système suisse de milice était-il remis en cause ? À l'heure où certains partis souhaiteraient que le droit suisse prime le droit international⁷⁵, les effets de cet arrêt permettent de mesurer concrètement l'impact d'une violation reconnue de la CEDH par la Suisse.

Nous avons vu que la taxe d'exemption reposait sur la Constitution fédérale, la loi topique et son ordonnance. Mais aucun de ces textes n'a subi de modifications suite à l'arrêt de la CourEDH⁷⁶. Quant au Tribunal fédéral, les arrêts subséquents en matière de taxe d'exemption ne montrent pas une remise en cause du système prévalant avant l'arrêt, même s'il fait régulièrement référence à l'arrêt *Glor c. Suisse*⁷⁷. Cela ne veut toutefois pas dire que la Suisse s'est opposée à sa mise en œuvre – même si sa demande de renvoi devant la grande chambre, au sens de l'art. 43 CEDH, a été rejetée⁷⁸.

⁷³ CourEDH, *Glor c. Suisse*, consid. 96 ss. HOTTELIER/MOCK/PUÉCHAVY, p. 322 s.

⁷⁴ FOPPA Daniel, *Wenn das Urteil des Gerichtshofs für Menschenrechte nichts gilt*, Tages Anzeiger du 14 décembre 2010. <<http://www.tagesanzeiger.ch/schweiz/standard/Wenn-das-Urteil-des-Gerichtshofs-fuer-Menschenrechte-nichts-gilt/story/18393746>>. De façon générale, sur le délai de révision, voir : HOTTELIER/MOCK/PUÉCHAVY, p. 339.

⁷⁵ Voir l'initiative «Le droit suisse au lieu de juges étrangers (initiative pour l'autodétermination)» : FF 2015 1831. Sur les critiques générales contre la CourEDH : Rapport CEDH, FF 2014 353, p. 392 ss. Plus généralement, sur la controverse de la primauté du droit international sur la Constitution : AUER/MALINVERNI/HOTTELIER, vol. 1, N 1350 ss.

⁷⁶ En 2011 : HOTTELIER/MOCK/PUÉCHAVY, p. 323.

⁷⁷ Aucun arrêt publié n'est à recenser, mais le Tribunal fédéral a déjà rejeté trois recours où une personne tentait de se prévaloir de l'arrêt *Glor c. Suisse* pour échapper à la taxation : TF, 2C_221/2009 ; TF, 2C_396/2012 ; TF, 2C_924/2012. Il a également admis un recours de l'administration fiscale contre un arrêt cantonal donnant une interprétation trop large dudit arrêt : TF, 2C_285/2011.

⁷⁸ HOTTELIER/MOCK/PUÉCHAVY, p. 320 n. 1. La Suisse a par exemple fait usage de cette possibilité dans la récente affaire *Perinçek* : CourEDH, arrêt du 15 octobre 2015, *Perinçek Dogu c. Suisse*, req. n° 27510/08.

Au final, le seul changement induit par cette décision est la modification d'une annexe à l'OAMAS, pour prendre en compte les cas tels que ceux de M. Glor⁷⁹. Une nouvelle décision d'aptitude est depuis possible : « Apté au service militaire uniquement dans des fonctions particulières, sous réserve »⁸⁰.

Les conditions sont taillées sur mesure pour satisfaire aux conditions posées par l'arrêt : seules les personnes déclarés inaptes, mais qui doivent toute de même payer la taxe sont concernées. Il leur faut dans ce cas demander, par écrit, d'être intégrées dans l'armée malgré leur handicap. Les autorités militaires ont alors la possibilité – non l'obligation⁸¹ – de leur offrir une incorporation correspondant à leurs capacités et aux besoins de l'armée.

Par exemple, M. Glor, chauffeur de camion dans le civil⁸², ne pourrait sans doute pas suivre une école de recrues classique à l'école circulation et transport 47, mais ses compétences seraient mises à profit dans un autre détachement, tout en réduisant les risques pour sa santé. Cette pratique existait déjà sous l'ancien droit⁸³, mais elle a été explicitée et sans doute élargie.

La Suisse s'est donc pliée aux « demandes » des juges de Strasbourg – même si la CourEDH n'a pas le pouvoir de contraindre un État à modifier sa législation⁸⁴ – mais uniquement *a minima*. Là où on aurait pu voir une remise en cause fondamentale du système de la taxe d'exemption, seule est survenue une adaptation des règles d'aptitude. La possibilité d'une remise à plat du système s'est présentée suite à cet arrêt, mais le législateur a préféré conserver les normes actuelles en l'état, en les adaptant à la situation de fait ayant donné lieu à l'arrêt.

Il est en effet difficile d'aligner complètement les motifs d'inaptitude militaire et l'invalidité au sens du droit des assurances sociales. Fondamentalement, les buts et les besoins sont trop différents. L'instruction militaire est bien plus éprouvante physiquement que la plupart des professions, et n'est obligatoire que pour les jeunes hommes. La Loi sur l'invalidité doit prendre en compte toute la population en âge de travailler, et son but est d'offrir un revenu aux personnes ne pouvant subvenir elles-mêmes à leurs besoins.

Il était donc plus simple d'offrir une nouvelle voie d'incorporation, plutôt que de restreindre drastiquement les motifs d'inaptitude et risquer de mettre en danger la

⁷⁹ Voir le communiqué du DDPS [en ligne] : <<http://www.bevoelkerungsschutz.admin.ch/internet/bs/fr/home/dokumente/mitteilungen/20121114a.html>>. Rapport CEDH, FF 2014 353, p. 390.

⁸⁰ Annexe 1, let. E OAMAS : « La personne examinée [...] peut être incorporée comme soldat d'exploitation dans une formation de l'instruction et du support «dét exploit» [détachement d'exploitation] par une CVS constituée spécialement à cet effet. ». Mise en évidence par l'auteur.

⁸¹ Annexe 1, let. E OAMAS.

⁸² CourEDH, *Glor c. Suisse*, consid. 10.

⁸³ Bulletin des médecins suisses 2000;81, p. 2737.

⁸⁴ HOTTELIER/MOCK/PUÉCHAVY, p. 334 s.

santé de certains ou d'étendre largement la notion d'invalidité, et augmenter de façon inconsidérée les coûts de protection sociale en Suisse⁸⁵. Ce choix politique n'a pas à être remis en cause. Cela n'exclut toutefois pas que d'autres cas surviennent en lien avec la taxe d'exemption, et donnent lieu à un nouvel arrêt de la CourEDH – constatant ou non une violation.

Le résultat de cette affaire ne nous étonne guère. La CourEDH n'est pas une institution ayant pour but de changer fondamentalement le système juridique interne d'un pays. Loin des fantasmes qu'elle suscite parfois, elle se limite à son rôle, celui d'offrir un standard minimum de protection à tous les citoyens des États parties.

Conclusion

Alors que l'armée suisse – comme toutes les armées – traîne la désagréable réputation de ne se soucier que marginalement des droits fondamentaux, il s'agit d'un point crucial dans son organisation. Certes, la bonne marche du service commande parfois des restrictions, mais ces droits restent garantis. Une des preuves de cette garantie est que l'armée, alors même qu'elle reste étroitement liée à la souveraineté et à l'indépendance de l'État, doit respecter les principes posés par la CEDH.

Les deux affaires que nous avons analysées peuvent paraître anecdotiques, elles nous interpellent sur la question de la justiciabilité des droits fondamentaux et de l'égalité des hommes suisses devant les obligations militaires qui leur incombent.

La CourEDH n'a pas une interprétation trop rigide de la CEDH, et ne s'arc-boute pas sur son rôle de juridiction supranationale. Lorsque des progrès sont en cours dans le pays, elle est prête à renoncer à une sanction qui serait contre-productive.

Même lorsqu'une violation survient et est constatée, cela ne signifie pas une refonte complète du droit national. L'État concerné dispose encore d'une certaine marge de manœuvre. Cela montre à notre avis que les critiques envers des décisions trop « politiques » de la CourEDH ne sont pas nécessairement fondées. Il s'agit plus d'une impulsion, en vue d'une meilleure protection des droits fondamentaux.

La Suisse n'est cependant pas toujours prête à renoncer à certains principes ancrés dans son histoire et son système juridique. Pour satisfaire à ses obligations, elle choisira la voie entraînant le moins de réformes, du moins tant que les citoyens ne sont pas en faveur d'un changement plus profond.

⁸⁵ Sur la volonté politique de réduire les coûts de l'assurance-invalidité, voir par exemple le Message AI, FF 2005 4215, p. 4216 et 4258 ss.

S'il fallait résumer notre contribution en deux phrases, nous dirions ceci : la Suisse et son armée sont prêtes à prendre en compte la CEDH lors d'une évolution législative, mais le changement doit venir de l'intérieur. À défaut d'une telle volonté, elles resteront l'une comme l'autre « droites dans leurs bottes (de combat 90) ».

Bibliographie

- AUER Andreas/MALINVERNI Giorgio/HOTTELIER Michel, *Droit constitutionnel suisse*, 2 vol., 3^e éd., Berne 2013 (cité : AUER/MALINVERNI/HOTTELIER).
- BARRAS Raphaël, « La Convention européenne des droits de l'homme et ses incidences militaires », in : *Revue Militaire Suisse* 1983, p. 410 ss (cité : BARRAS).
- CORBOZ Bernard/WURZBURGER Alain/FERRARI Pierre/FRÉSARD Jean-Maurice/AUBRY-GIRARDIN Florence, *Commentaire de la LTF*, 2^e éd., Berne 2014 (cité : Comm. LTF-AUTEUR).
- DIGGELMANN Oliver/ALTWICHER Tilmann, *ad art. 58-60*, in : *Basler Kommentar zum Bundesverfassung*, Bâle 2015 (cité : BSK BV-DIGGELMANN/ALTWICHER).
- EPINEY Astrid, *ad art. 36*, 190, in : *Basler Kommentar zum Bundesverfassung*, Bâle 2015 (cité : BSK BV-EPINEY).
- FERRARI Pierre, *ad art. 78*, in : *Commentaire de la LTF*, 2^e éd., Berne 2014 (cité : Comm. LTF-FERRARI).
- HOTTELIER Michel/MOCK Hanspeter/PUÉCHAVY Michel, *La Suisse devant la Cour européenne des droits de l'homme*, 2^e éd., Zurich 2011 (cité : HOTTELIER/MOCK/PUÉCHAVY).
- JABORNIGG Daniela Verena /SPENLÉ Christoph A., *ad art. 5-15a*, in : *Kommentar zum Militärstrafprozess/Commentaire de la Procédure pénale militaire*, Zurich 2008 (cité : Comm. PPM-JABORNIGG/SPENLÉ).
- MARTIN Jean Daniel, *ad art. 16 PPM*, in : *Kommentar zum Militärstrafprozess/Commentaire de la Procédure pénale militaire*, Zurich 2008 (cité : Comm. PPM-MARTIN).
- SCHMIDT Stefan G., *ad Historische Einleitung*, in : *Kommentar zum Militärstrafprozess/Commentaire de la Procédure pénale militaire*, Zurich 2008 (cité : Comm. PPM-SCHMIDT).
- STEGMANN Mario, *Über die Unabhängigkeit der militärischen Gerichtsbarkeit*, in : *Sicherheit & Recht* 1/2015 p. 22 ss (cité : STEGMANN).
- WALDMANN Bernhard/BELSER Eva Maria/EPINEY Astrid (édit.), *Basler Kommentar zum Bundesverfassung*, Bâle 2015 (cité : BSK BV-AUTEUR).
- WEHRENBURG Stefan/MARTIN Jean-Daniel/FLACHSMANN Stefan/BERTSCHI Martin/SCHMID Stefan G. (édit.), *Kommentar zum Militärstrafprozess/Commentaire de la Procédure pénale militaire*, Zurich 2008 (cité : Comm. PPM-AUTEUR).
- WURZBURGER Alain, *ad art. 1*, in : *Commentaire de la LTF*, 2^e éd., Berne 2014 (cité : Comm. LTF-WURZBURGER).
- ZIEGLER Martin, *Der Rechtsschutz des Angehörigen der Armee in der Schweiz: unter besonderer Berücksichtigung der militärischen Straf- und Disziplinarrechtspflege*, thèse, Bâle 1988 (cité : ZIEGLER).

Documents officiels

CONSEIL DE L'EUROPE, Guide de l'art. 6 : Droit à un procès équitable (volet pénal), s. I. 2014 [en ligne] <www.echr.coe.int/Documents/Guide_Art_6_criminal_FRA.pdf> (cité : Guide de l'art. 6).

CONSEIL FÉDÉRAL, Message concernant la modification de la loi fédérale sur l'assurance-invalidité (5e révision de l'AI) du 22 juin 2005, in : FF 2005 4215 (cité : Message AI).

CONSEIL FÉDÉRAL, Message concernant la modification des lois fédérales sur le service civil et sur la taxe d'exemption de l'obligation de servir du 27 février 2008, in : FF 2008 2379 (cité : Message LTEO).

CONSEIL FÉDÉRAL, 40 ans d'adhésion de la Suisse à la CEDH : Bilan et perspectives, Rapport du 19 novembre 2014 en exécution du postulat Stöckli 13.4187 du 12 décembre 2013, in : FF 2014 353 (cité : Rapport CEDH).

SERVICE MÉDICO-MILITAIRE, Médecin civil – Service militaire II, in : Bulletin des médecins suisses 2000; 81: No 48, p. 2734 ss (cité : Bulletin des médecins suisses 2000; 81).

SERVICE MÉDICO-MILITAIRE, Aptitude au service 2008, in : Bulletin des médecins suisses 2008; 89: No 37, p. 1578 ss (cité : Bulletin des médecins suisses 2008; 89).