

## Avis de droit

par Christine Kaddous  
Professeur à l'Université de Genève, LL.M.  
Chaire Jean Monnet *ad personam*  
Directeur du Centre d'études juridiques européennes

### Sommaire

	page
<b>Objet de l'avis de droit</b>	2
<b>Eléments de discussion</b>	2
<b>I. Cadre de la confrontation du projet de modification de la LTRA avec l'accord bilatéral sur les transports terrestres</b>	2
A. Objet de la modification de la LTRA	3
B. Eléments essentiels de l'accord bilatéral sur les transports terrestres	5
<b>II. Examen de la compatibilité du projet de modification de la LTRA avec l'accord bilatéral sur les transports terrestres</b>	7
A. Notion de restrictions quantitatives unilatérales	9
B. Notion de mesures d'effet équivalent	12
C. Justifications au moyen d'objectifs d'intérêt général	15
<b>III. Examen des possibilités de contestation judiciaire de la compatibilité des mesures prises pour la réfection du tunnel avec l'accord sur les transports terrestres</b>	19
A. Mécanisme de règlement des différends dans l'accord sur les transports terrestres	19
B. Voies de droit ouvertes devant la Cour de justice de l'Union européenne	21
C. Voies de droit ouvertes devant les juridictions suisses	22
<b>Conclusions</b>	24

## **Objet de l'avis de droit**

- Le Conseil d'Etat du Canton et République du Tessin souhaite savoir si la construction d'un second tube au tunnel routier du Gothard sans augmentation de la capacité telle que prévue par le projet relatif à la modification de la loi fédérale sur le transit routier dans la région alpine (réfection du tunnel routier du Gothard), en particulier la limitation prévue à une voie par sens de circulation ainsi que le système de régulation pour les poids lourds, est compatible avec l'article 32 de l'accord sur le transport de marchandises et de voyageurs par rail et par route entre la Suisse et l'Union européenne de 1999 (accord sur les transports terrestres).
- Il souhaite également connaître les possibilités de contestation judiciaire de la compatibilité des mesures prises pour la réfection du tunnel avec l'accord bilatéral sur les transports terrestres, et les moyens à cet effet.

## **Eléments de discussion**

Les questions posées par le Conseil d'Etat tessinois nécessitent de prendre position sur une série de points dont l'exposé est nécessaire à la compréhension des problèmes soulevés. Il y aura ainsi lieu de présenter le cadre de la confrontation du projet de construction d'un second tube au tunnel routier et de l'accord sur les transports terrestres (I) en exposant l'objet du projet de modification de la loi fédérale sur le transit routier dans la région alpine (LTRA) et les éléments essentiels de l'accord bilatéral sur les transports terrestres, avant de prendre position sur sa compatibilité avec l'article 32 de l'accord bilatéral (II). On analysera aussi les possibilités de contestation judiciaire de la compatibilité des mesures prises pour la réfection du tunnel (III). Enfin, il conviendra de dresser un tableau des résultats auxquels on est parvenu.

### **I. Cadre de la confrontation du projet de modification de la LTRA avec l'accord bilatéral sur les transports terrestres**

Il convient d'exposer successivement l'objet de la modification de la LTRA (A) ainsi que les caractéristiques principales de l'accord bilatéral sur les transports terrestres (B).

## A. Objet du projet de modification de la LTRA

L'objet de la modification de la loi fédérale sur le transit routier dans la région alpine (LTRA) doit être présenté afin de permettre l'examen de sa compatibilité avec l'accord bilatéral sur les transports terrestres, en particulier avec son article 32<sup>1</sup>.

**Le projet de modification vise à préparer et à régir la future réfection du tunnel routier du Gothard.** Le Conseil fédéral propose d'inscrire dans la loi fédérale sur le transit routier dans la région alpine la **possibilité de construire un second tube, suivie d'une réfection du tunnel existant, avec une limitation des capacités à une voie par tube.** Une fois la réfection du tunnel actuel terminée, il ne sera possible d'exploiter qu'une seule voie de circulation dans chacun des deux tubes, l'objectif étant en particulier de respecter l'article constitutionnel sur la protection des Alpes<sup>2</sup>.

Le Message relatif à la modification de la LTRA précise en outre que ce régime de circulation garantit que la construction d'un second tube sera conforme à la Constitution fédérale, qu'il permet **d'améliorer significativement la sécurité et la disponibilité**, et qu'il est dépourvu d'incidences négatives sur le transfert de la route au rail du trafic lourd transalpin<sup>3</sup>.

Quelques éléments factuels : l'axe du Gothard est la principale liaison routière transalpine de Suisse. Elle relie Göschenen dans le canton d'Uri à Airolo dans le canton du Tessin. **Le tunnel est en service depuis plus de 30 ans (1980-2014).** Selon le Message du Conseil fédéral, le tunnel doit faire l'objet d'une **réfection complète**

---

<sup>1</sup> Accord du 21 juin 1999 entre la Confédération suisse et la Communauté européenne sur le transport de marchandises et de voyageurs par rail et par route, RS 0.740.72 ; JO L 114 du 30 avril 2002, p. 91.

<sup>2</sup> En 1994, le peuple et les cantons ont adopté un article constitutionnel destiné à protéger les Alpes des répercussions négatives du transit routier (art. 84 Cst.). Cette disposition interdit notamment toute augmentation de la capacité des routes alpines de transit. Elle doit être mise en œuvre de manière non-discriminatoire. L'article 84 Cst. dispose que :

«<sup>1</sup> La Confédération protège les régions alpines contre les effets négatifs du trafic de transit. Elle limite les nuisances causées par le trafic de transit afin qu'elles ne portent pas atteinte aux êtres humains, aux animaux, aux plantes, ni à leurs espaces vitaux.

<sup>2</sup> Le trafic de marchandises à travers la Suisse sur les axes alpins s'effectue par rail. Le Conseil fédéral prend les mesures nécessaires. Les dérogations ne sont accordées que si elles sont inévitables. Elles doivent être précisées dans une loi.

<sup>3</sup> La capacité des routes de transit des régions alpines ne peut être augmentée. Les routes de contournement qui déchargent les localités du trafic de transit ne sont pas soumises à cette disposition. »

<sup>3</sup> Message relatif à la modification de la loi fédérale sur le transit routier dans la région alpine (réfection du tunnel routier du Gothard), du 13 septembre 2013, FF 2013 6539, 6540.

dans les huit à treize prochaines années, soit entre 2020 et 2025<sup>4</sup>. Si ces travaux ne sont pas entrepris, il ne serait plus possible de garantir le bon fonctionnement et la sécurité de l'ouvrage à partir de 2025<sup>5</sup>.

Le tunnel routier du Gothard (TRG) est composé d'un tube bidirectionnel et d'une galerie de sûreté parallèle. Il ne comporte pas de bandes d'arrêt d'urgence. Les voies d'accès au nord et au sud sont des autoroutes à quatre voies.

**L'article 3 a du projet est rédigé comme suit :**

- «<sup>1</sup> La construction d'un second tube au tunnel routier du Gothard est autorisée.
- <sup>2</sup> La capacité du tunnel ne peut être augmentée. Il n'est possible d'exploiter qu'une seule voie de circulation par tube; si un seul tube est ouvert au trafic, il est possible de mettre en service deux voies dans le tube concerné, soit une voie pour chaque sens de circulation.
- <sup>3</sup> Un système de régulation du trafic des poids lourds est mis en place au tunnel routier du Gothard. L'Office fédéral des routes définit une distance de sécurité minimale à l'intérieur du tunnel pour les véhicules motorisés lourds destinés au transport de marchandises ».

Conformément à l'article 2 de la LTRA, les **routes de transit dans la région alpine** sont exclusivement: la route du San Bernardino: tronçon Thusis-Bellinzone nord; la route du Gothard: tronçon Amsteg-Göschenen-Airolo-Bellinzone nord; la route du Simplon: tronçon Brigue-Gondo/Zwischbergen (frontière); et la route du Grand Saint-Bernard: tronçon Sembrancher-portail nord du tunnel<sup>6</sup>.

En outre, l'article 3 de cette même loi, relatif à la capacité, prévoit que la **capacité des routes de transit ne peut être augmentée**<sup>7</sup> et que par augmentation de la capacité, il est notamment entendu la construction de nouvelles routes qui, de par leur fonction, déchargent ou complètent les routes existantes, ou l'élargissement de routes par des voies supplémentaires<sup>8</sup>. Cette disposition précise enfin que la transformation de routes existantes dans le but premier d'entretenir et de renouveler les routes et d'améliorer la

---

<sup>4</sup> Message mentionné (note 3), FF 2013 6539, 6542. Il est question de la rénovation de la structure, de la mise en conformité avec les normes et les directives en vigueur ainsi que la ventilation du tunnel, voir Message, p. 6543.

<sup>5</sup> Message mentionné (note 3), FF 2013 6539, 6542.

<sup>6</sup> Loi fédérale sur le transit routier dans la région alpine (LTRA), du 17 juin 1994, RS 725.14.

<sup>7</sup> Article 3, alinéa 1, de la LTRA.

<sup>8</sup> Article 3, alinéa 2, de la LTRA.

sécurité du trafic, n'est pas considérée comme une mesure visant une augmentation de la capacité<sup>9</sup>.

Compte tenu de ces éléments, l'article 3 a, alinéa 1, du projet prévoit l'autorisation de la construction d'un second tube au TRG. L'alinéa 2 de cette même disposition précise que la capacité du tunnel ne peut être augmentée et indique comment la **non-augmentation de capacité** sera garantie : **il ne sera possible d'exploiter qu'une seule voie de circulation par tube** (même en cas d'embouteillage en période de vacances<sup>10</sup>). Si un seul tube devait être ouvert au trafic, il sera possible de mettre en service deux voies dans le tube concerné, soit une voie pour chaque sens de circulation. Enfin, l'alinéa 3 prévoit la **mise en place d'un système de régulation du trafic des poids lourds**. Le **système dit du « compte-gouttes »**, instauré en 2002 suite à l'accident grave qui a eu lieu dans le tunnel, devrait être maintenu. L'écoulement du trafic est notamment régi par des feux et par une distance de sécurité minimale entre les véhicules à l'intérieur du tunnel<sup>11</sup>.

## **B. Éléments essentiels de l'accord bilatéral sur les transports terrestres**

Afin d'examiner la compatibilité du projet de modification de la LTRA avec l'accord bilatéral sur les transports terrestres, il convient au préalable de présenter les éléments essentiels de l'accord qui serviront de base à l'analyse.

Signé le 21 juin 1999 dans le cadre des « Bilatérales I » et entré en vigueur le 1<sup>er</sup> juin 2002, **l'accord bilatéral vise à libéraliser l'accès des parties contractantes au marché des transports routier et ferroviaire des marchandises et des voyageurs** de manière à assurer un écoulement plus efficace du trafic sur « l'itinéraire techniquement, géographiquement et économiquement le plus adapté pour tous les modes de transport visés par l'accord » (article 1, § 1).

Les dispositions de l'accord et leur application sont fondées sur les **principes de réciprocité et du libre choix du mode de transport** (article 1, § 2). En outre, les

---

<sup>9</sup> Article 3, alinéa 3, de la LTRA.

<sup>10</sup> Message mentionné (note 3), FF 2013 6539, 6554. En outre, la deuxième voie de circulation requise pour la réfection sera utilisée en temps normal comme bande d'arrêt d'urgence. En cas d'accident, elle peut également être utilisée par les secours. Par ailleurs, une utilisation bidirectionnelle ne sera possible, à l'issue de la réfection, que si l'un des deux tubes du tunnel devait être complètement fermé à la circulation, par exemple en cas d'accident, pour cause de travaux de réfection ou pour d'autres raisons.

<sup>11</sup> Message mentionné (note 3), FF 2013 6539, 6555.

parties contractantes s'engagent à ne pas prendre de mesures discriminatoires dans le cadre de l'application de l'accord (article 1, § 3).

**L'accord est divisé en cinq parties** : dispositions générales (titre I, articles 1 à 4), transports routiers internationaux (titre II, articles 5 à 22), transports ferroviaires internationaux (titre III, articles 23 à 29), politique coordonnée des transports (titre IV, articles 30 à 48), et dispositions générales et finales (titre V, articles 49 à 58).

Le titre IV relatif à la **politique coordonnée des transports**, dans lequel l'article 32 est intégré, définit les objectifs à atteindre en matière de politique des transports, les mesures à prendre en vue d'améliorer l'offre de transports ferroviaires et combinés, le système de redevances pour les transports routiers, les mesures d'accompagnement, ainsi que les clauses de sauvegarde.

En vertu de l'article 30 de l'accord, la Suisse et l'Union européenne sont convenues de développer autant que de besoin une politique coordonnée des transports de marchandises et de voyageurs. L'objectif de cette politique est d'allier l'efficacité des systèmes de transport à la protection de l'environnement assurant ainsi une mobilité durable. La réalisation de cette politique est particulièrement importante dans la région alpine.

L'accord mentionne un **certain nombre de mesures à prendre par la Suisse et l'Union en vue de réaliser ces objectifs en matière de politique coordonnée des transports** (article 31, § 1). Le texte indique l'adoption de mesures visant à assurer une saine concurrence entre et à l'intérieur des modes de transport et à faciliter l'utilisation de moyens de transport de marchandises et de voyageurs plus respectueux de l'environnement. L'accord précise que les mesures comprennent notamment le développement des infrastructures ferroviaires traversant les Alpes et la mise à disposition de services de transports ferroviaires et combinés compétitifs, en termes de prix et de qualité ; l'établissement de systèmes appropriés de redevances pour les transports routiers ; des dispositions d'accompagnement (article 31, § 2). Enfin, les mesures prises par la Suisse et l'Union dans le cadre de l'accord sont mises en œuvre progressivement et, si possible, de manière coordonnée (article 31, § 3).

En vertu de l'**article 32 de l'accord**, et sous réserve des dispositions de l'article 47, lequel concerne les mesures de sauvegarde consensuelles, les mesures prises par la Suisse et l'Union, et visées à l'article 31, doivent être conformes aux **principes** suivants :

- non-discrimination, directe ou indirecte, en raison de la nationalité du transporteur ou du lieu d'immatriculation du véhicule ou de l'origine et/ou de la destination du transport;
- libre choix du mode de transport;
- non-introduction de restrictions quantitatives unilatérales;
- territorialité;
- proportionnalité de l'imposition aux coûts liés au transport, y compris en fonction de critères relatifs au type de véhicule;
- transparence;
- comparabilité des conditions d'usage entre passages transalpins;
- évitement de distorsions dans les flux de trafic dans les régions alpines;
- réciprocité.

## II. Examen de la compatibilité du projet de modification de la LTRA avec l'accord bilatéral sur les transports terrestres

La compatibilité de la modification de la LTRA sera examinée sur la base de l'article 32 de l'accord bilatéral sur les transports terrestres. Parmi les exigences énoncées dans cet article, c'est celle qui pose le **principe de non-introduction de restrictions quantitatives unilatérales** qui doit être précisément examinée.

En effet, les **autres exigences établies par l'article 32 de l'accord**<sup>12</sup>, à savoir le principe de non-discrimination, le libre choix du mode de transport, le principe de territorialité, le principe de la proportionnalité de l'imposition aux coûts liés au transport, le principe de transparence, le principe de la comparabilité des conditions d'usage entre passages transalpins et le principe de l'évitement de distorsions dans les flux de trafic dans les régions alpines, ainsi que le principe de réciprocité, ne sont nullement affectés par le dispositif mis en place.

Aux termes de l'article 32, troisième tiret, les mesures prises par la Suisse et l'Union européenne en vue d'assurer une saine concurrence entre et à l'intérieur des modes de transports et à faciliter l'utilisation de moyens de transport de marchandises et de

---

<sup>12</sup> Sur l'article 32 de l'accord sur les transports terrestres, voir notamment Astrid Epiney, Kaspar Sollberger, *Zum Gestaltungsspielraum der Vertragsparteien : die rechtliche Tragweite des Art. 32 des Abkommens über den Güter- und Personenverkehr aus Schiene und Strasse*, in : D. Felder/Ch. Kaddous (éd.), *Accords bilatéraux Suisse-UE (Commentaires)*, Dossier de droit européen n° 8, Bâle/Bruxelles (Helbing & Bruylant), 2001, p. 521- 545. Voir aussi pour une contribution plus générale Rolf Weber, Max Friedli, *Abkommen über den Güter- und Personenverkehr auf Schiene*, in : Daniel Thürer et al. (Hrsg.), *Bilaterale Verträge I und II Schweiz-EU*, Zurich, Schulthess, 2007.

voyageurs plus respectueux de l'environnement doivent être conformes au principe de non-introduction de restrictions quantitatives unilatérales.

Pour déterminer la portée de ce dernier principe contenu dans l'article 32, il convient de se référer aux **règles d'interprétation des accords internationaux**. La Convention de Vienne sur le droit des traités prévoit, en son article 31, paragraphe 1, la disposition selon laquelle un traité « doit être interprété de bonne foi suivant le sens ordinaire à attribuer aux termes du traité dans leur contexte et à la lumière de son objet et de son but »<sup>13</sup>.

Dans la série des accords bilatéraux de 1999, seuls deux accords contiennent des dispositions expresses sur la **prise en compte de la jurisprudence de la Cour de justice** de l'Union européenne. Il s'agit de l'accord sur la libre circulation des personnes (article 16, § 2<sup>14</sup> et de l'accord sur le transport aérien (article 1, § 2)<sup>15</sup>. Malgré l'absence d'une référence expresse à la jurisprudence de la Cour de justice dans l'accord sur les transports terrestres, il convient d'examiner la portée des notions contenues dans celui-ci à la lumière des dispositions similaires ou identiques de droit de l'Union européenne<sup>16</sup>.

Dès lors, dans l'analyse qui suit, il convient de **déterminer la portée de l'article 32**, troisième tiret, en examinant la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne relative à l'application des articles 34 et 35 du traité FUE.

Il convient de préciser, d'ores et déjà, que la Cour de justice a considéré, dans l'*avis 1/91* qu'un **traité international doit être interprété « non pas uniquement en fonction des termes dans lesquels il est rédigé, mais également à la lumière de ses objectifs »**<sup>17</sup>. Sur la base de cette règle, la Cour de justice n'a pas hésité, en présence de dispositions d'un accord international similaires ou identiques à des dispositions du traité FUE, dans les affaires *Polydor* puis *Metalsa*, à leur donner une interprétation différente en fonction des objectifs poursuivis par l'un et l'autre texte<sup>18</sup>. En outre, dans le contexte des accords bilatéraux entre la Suisse et l'Union européenne, elle a eu

---

<sup>13</sup> Convention de Vienne sur le droit des traités du 23 mai 1969, RS 0.111.

<sup>14</sup> Accord du 21 juin 1999 entre la Communauté européenne et ses Etats membres, d'une part, et la Suisse, d'autre part, sur la libre circulation des personnes, RS 0.142.112.681 ; JO L 114, du 30 avril 2002, p. 6.

<sup>15</sup> Accord du 21 juin 1999 entre la Confédération suisse et la Communauté européenne sur le transport aérien, RS 0.748.127.192.68 ; JO L 114, du 30 avril 2002, p. 91.

<sup>16</sup> Christine Kaddous, *Les accords sectoriels dans la systématique des relations extérieures de l'Union européenne*, in : D. Felder/Ch. Kaddous (éd.), *Accords bilatéraux Suisse-UE (Commentaires)*, Dossier de droit européen n° 8, Bâle/Bruxelles (Helbing & Bruylant), p. 77-116, p. 94.

<sup>17</sup> CJCE, *avis 1/91* du 14 décembre 1991, Rec. 1991, p. I-6079, pt 14.

<sup>18</sup> Voir notamment CJCE, arrêt *Polydor* du 9 février 1982, aff. 270/80, p. 329, pts 15 à 18 ; CJCE, arrêt *Metalsa* du 1<sup>er</sup> juillet 1993, aff. C-312/91, Rec. 1993, p. I-3769, pts 11 à 18.

récemment l'occasion de préciser à propos de l'accord sur la libre circulation des personnes de 1999 que « l'interprétation donnée aux dispositions de droit communautaire concernant le marché intérieur ne peut pas être automatiquement transposée à l'interprétation de l'accord, sauf dispositions expresses à cet effet prévues par l'accord lui-même »<sup>19</sup> et a renvoyé en ce sens à l'arrêt *Polydor* de 1982.

Dans le cas qui nous occupe, il convient d'interpréter la **notion de restriction quantitative unilatérale**, visée à l'article 32 de l'accord sur les transports terrestres (A), la **notion de mesure d'effet équivalent**, laquelle ne figure pas dans l'accord bilatéral (B), ainsi que les **justifications susceptibles de fonder l'existence de ces restrictions**, telles qu'elles résultent du droit de l'Union européenne (C).

## A. Notion de restrictions quantitatives unilatérales

Deux restrictions potentielles doivent être examinées sous cet aspect : la première résultant de la non-augmentation de la capacité du tunnel, la seconde résultant d'un système de régulation du trafic, dit de « compte-gouttes ».

### 1. Non-augmentation de la capacité du tunnel

Il convient de se demander, en premier lieu, si la restriction résultant de la modification de la LTRA qui empêche l'augmentation de **capacité du tunnel** constitue ou non une restriction quantitative au sens de l'article 32 de l'accord sur les transports terrestres.

La notion de **restriction quantitative** correspond à une **notion classique** du droit des échanges internationaux. Depuis plus d'un demi-siècle, des accords internationaux, tels que le GATT ou le code de libération des échanges de l'OCDE, ont posé expressément le principe de l'interdiction des restrictions quantitatives dans les échanges entre les Etats parties à de tels accords. Dans le cadre des Communautés européennes, les trois traités constitutifs avaient établi l'interdiction des restrictions quantitatives laquelle demeure dans les traités constitutifs actuels, tant à l'importation qu'à l'exportation dans les échanges entre Etats membres : articles 34 et 35 du traité FUE. De nombreux accords liant la Communauté, puis l'Union européenne, à des

---

<sup>19</sup> CJCE, arrêt *Grimme* du 12 novembre 2009, aff. C-351/08, Rec. 2009, p. I-10777, pt 29.

Etats tiers ont interdit l'introduction de restrictions quantitatives<sup>20</sup>. C'est précisément dans le cadre des échanges avec les pays tiers que la Cour de justice a précisé, dans une affaire *Geddo*, que l'interdiction des restrictions quantitatives visait « des mesures ayant le caractère de prohibition totale ou partielle, d'importation, d'exportation ou de transit suivant le cas »<sup>21</sup>.

L'article 32 de l'accord sur les transports terrestres prévoit la non-introduction de « restrictions quantitatives unilatérales ». **L'adjectif « unilatérales » désigne les restrictions quantitatives introduites par une seule des parties à l'accord**, c'est-à-dire la Suisse ou l'Union européenne. Si la notion de « restrictions quantitatives » correspond à la notion qui est consacrée dans le droit des échanges internationaux, elle doit être également entendue conformément à l'esprit de l'accord sur les transports terrestres. Aussi, l'Union européenne a disposé, dès l'entrée en vigueur de l'accord, d'un contingent annuel d'autorisations pour des véhicules de 40 tonnes<sup>22</sup>, ce qui s'est traduit par la fixation, en vertu de l'article 8 de l'accord, d'un régime transitoire pour le poids des véhicules. Ce régime de contingents a pris fin au 1<sup>er</sup> janvier 2005, conformément à l'article 8, paragraphe 6, de l'accord. Une telle **élimination des contingents au terme d'une période transitoire** a été nécessairement assortie d'une **interdiction**, plus générale, **de l'introduction de « restrictions quantitatives unilatérales »**, correspondant à une **clause dite de « stand still »**. C'est sur ce mode que le traité instituant la CEE avait opéré en vue d'éliminer les restrictions quantitatives entre Etats membres : suppression des contingents existants au terme d'une période de transition et interdiction des restrictions quantitatives.

La restriction résultant de la modification de la LTRA qui empêche l'augmentation de capacité du tunnel ne constitue nullement une restriction quantitative au sens de la définition généralement admise de cette notion. En effet, ce qui est au cœur de la notion est **l'aspect quantitatif de la restriction** : il s'agit de l'ensemble des règles et des mesures administratives qui excluent totalement ou partiellement l'importation

---

<sup>20</sup> Voir notamment l'accord de libre-échange entre la Confédération suisse et la Communauté économique européenne du 22 juillet 1972, RS 0.632.401.

<sup>21</sup> CJCE, arrêt *Geddo* du 12 juillet 1973, aff. 2/73, Rec. 1973, p. 865, att. 7.

<sup>22</sup> Jean-Claude Schneuwly, *Principales caractéristiques de l'Accord sur le transport de marchandises et de voyageurs par rail et par route*, in : D. Felder/Ch. Kaddous (éd.), *Accords bilatéraux Suisse-UE (Commentaires)*, Dossier de droit européen n° 8, Bâle/Bruxelles (Helbing & Bruylant), 2001, p. 491-508, p. 496.

(l'exportation ou le transit) d'un ou de plusieurs produits, considérée du point de vue de leur mesure ou de leur nombre et indépendamment de leur qualité<sup>23</sup>.

Les **restrictions quantitatives ainsi définies** s'étendent « aux interdictions totales d'importation, d'exportation ou de transit, aux contingents ou quotas appliqués à l'ensemble des marchandises ou à certaines d'entre elles et déterminés en fonction de la valeur de celles-ci »<sup>24</sup>.

La restriction résultant de la modification de la LTRA qui empêche l'augmentation de capacité du tunnel **ne constitue donc nullement une restriction quantitative** : aucun quantum d'importation, d'exportation ou de transit de marchandises n'est fixé. Il ne s'agit pas davantage d'un quantum de circulation des véhicules de transport.

## 2. Système de régulation du trafic dit de « compte-gouttes »

Il convient de se demander, en second lieu, si la restriction résultant d'un système de régulation dit de « compte-gouttes » consistant à imposer une distance de sécurité minimale entre les poids lourds constitue ou non une restriction quantitative au sens de l'article 32 de l'accord sur les transports terrestres.

Un **tel système ne constitue pas un contingent de marchandises ni même de véhicules**. Il impose une distance minimale entre les poids lourds afin d'éviter de graves accidents tels que celui survenu en 2001.

Certes, il ne serait pas impossible, au terme d'un calcul minutieux, de déterminer le nombre maximum de poids lourds susceptibles de circuler, compte tenu de ce système de régulation ainsi que de l'interdiction de circulation de tels véhicules la nuit et le dimanche prévue par l'article 15 de l'accord sur les transports terrestres. Toutefois, un tel seuil, déterminé de manière indirecte, **ne constitue pas une restriction quantitative en tant que telle**. Il **pourrait, le cas échéant, être assimilé à une mesure d'effet équivalent**, notion destinée à appréhender des procédés qui, en pratique, ont des effets similaires ou comparables ou bien produisent les mêmes

---

<sup>23</sup> E. Fanara, in : Rolando Quadri, Ricardo Monaco et Alberto Trabucchi (éd.), *Trattato istitutivo dell Comunità economica europea*, Milano, Giuffrè, 1965, p. 177 ; Michel Waelbroeck, in : Commentaire Mégret, vol. 1, Bruxelles, éd. de l'Université, 1970, p. 101 ; Lucette Defalque, in : Commentaire Mégret, vol. 1, Bruxelles, éd. de l'Université, 2<sup>ème</sup> éd., 1992, p. 225.

<sup>24</sup> Fabrice Picod, *Réglementations nationales et libre circulation des marchandises*, thèse, Strasbourg, 1994, p. 102. Voir aussi Daniel-Erasmus Khan und Dominik Eisenhut, *Artikel 34 AEUV*, in : Christoph Vedder und Wolff Heinegg (Hrsg.), *Europäisches Unionsrecht*, Baden-Baden, Nomos, 2012, p. 308-323, p. 315 ; Ulrich Becker, *Artikel 34 AEUV*, in : Jürgen Schwarze (Hrsg.), *EU-Kommentar*, Baden-Baden, Nomos, 3. Auflage 2012, p. 572-602, p. 582.

résultats qu'une restriction quantitative. On verra que cette **notion de mesure d'effet équivalent n'est pas visée par l'article 32 de l'accord sur les transports terrestres**<sup>25</sup>.

## **B. Notion de mesures d'effet équivalent**

**L'article 32 de l'accord se limite à interdire l'introduction de restrictions quantitatives unilatérales et n'interdit pas les mesures d'effet équivalent.** Compte tenu de la proximité de ces notions en droit de l'Union européenne, il convient de se demander si l'interdiction des restrictions quantitatives établie par l'accord sur les transports terrestres inclut aussi l'interdiction des mesures d'effet équivalent.

On sait que la notion de « mesures d'effet équivalent » a été introduite par le traité CEE de manière originale aux côtés de celle de « restrictions quantitatives » de manière à viser d'autres procédés restrictifs que ceux découlant de ces dernières. Comme la Cour de justice l'a observé dans l'arrêt *Geddo* précité, **la notion de mesure d'effet équivalent désigne des entraves, quelle que soit leur application ou leur technique, qui ont le même effet que des prohibitions.** Suivant une définition constante, dégagée dans l'arrêt *Dassonville*, la Cour de justice considère que sont visées les mesures qui sont « susceptible(s) d'entraver directement ou indirectement, actuellement ou potentiellement le commerce intracommunautaire »<sup>26</sup>.

A la différence des restrictions quantitatives qui fixent un quantum maximum d'importation, d'exportation ou de transit de marchandises, les mesures d'effet équivalent peuvent s'appliquer à des **restrictions les plus diverses**, qu'il s'agisse de restrictions relatives aux caractéristiques, à la dénomination, à la présentation des produits, aux modes de commercialisation des produits, à leurs modes de transport ou d'utilisation<sup>27</sup>. De surcroît, il importe peu, en principe, que la réglementation soit discriminatoire ou indistinctement applicable.

En vertu de la jurisprudence de la Cour de justice, une **réglementation qui restreint l'usage de certains modes de transport en certains lieux** peut avoir pour effet

---

<sup>25</sup> Voir infra sous B. 2.

<sup>26</sup> CJCE, arrêt *Dassonville* du 11 juillet 1974, aff. 8/74, Rec. 1974, p. 837, att. 5.

<sup>27</sup> Voir notamment Daniel-Erasmus Khan und Dominik Eisenhut, *Artikel 34 AEUV*, in : Christoph Vedder und Wolff Heinegg (Hrsg.), *Europäisches Unionsrecht*, Baden-Baden, Nomos, 2012, p. 308-323, p. 315-320 ; Ulrich Becker, *Artikel 34 AEUV*, in : Jürgen Schwarze (Hrsg.), *EU-Kommentar*, Baden-Baden, Nomos, 3. Auflage 2012, p. 572-602, p. 583-598.

d'entraver la circulation des marchandises<sup>28</sup>. Ainsi, un règlement autrichien interdisant aux camions de plus de 7,5 tonnes, transportant certaines marchandises, de circuler sur un tronçon d'autoroute de première importance, constituant l'une des principales voies de communication terrestres entre le sud de l'Allemagne et le nord de l'Italie a été considéré comme une mesure d'effet équivalant à une restriction quantitative, en ce qu'il était susceptible de limiter les possibilités d'échanges entre l'Europe septentrionale et le nord de l'Italie<sup>29</sup>. Ultérieurement, l'Autriche avait adopté un règlement interdisant aux poids lourds de plus de 7,5 tonnes transportant certaines marchandises de circuler sur un tronçon d'autoroute. Ce règlement a été considéré comme faisant « obstacle à l'utilisation, dans un couloir de transit transalpin, d'un mode de transport pour ces produits »<sup>30</sup>.

### 1. Non-augmentation de la capacité du tunnel

Si elle s'appliquait aux échanges entre Etats membres de l'Union européenne, la restriction résultant de la modification de la LTRA qui empêche l'augmentation de capacité du tunnel pourrait, dans une certaine mesure, être assimilée à une mesure d'effet équivalent. Toutefois, aucun arrêt de la Cour de justice ne permet à ce jour de l'établir avec certitude. **Il peut dès lors être soutenu que la modification législative suisse ne serait pas qualifiée de mesure d'effet équivalent dans la mesure où la restriction considérée n'empêche pas la circulation de telle ou telle catégorie de véhicules comme dans l'affaire autrichienne, mais se limite à permettre de maintenir le système actuel de régulation des véhicules à l'intérieur du tunnel (avant réfection du tunnel).** Un tel système n'aura pas pour effet de rendre la situation nouvelle plus difficile ou moins attrayante que la situation actuelle, au sens de la jurisprudence de la Cour de justice qui s'attache à la notion d'entrave.

### 2. Système de régulation du trafic dit de « compte-gouttes »

Le système de régulation dit de « compte gouttes » n'a pas non plus été soumis à l'examen de la Cour de justice dans le cadre des échanges entre les Etats membres, alors qu'il est en application dans des tunnels, tels que le tunnel du Mont-Blanc qui relie la France à l'Italie. S'il est susceptible d'avoir des effets restrictifs potentiels sur

---

<sup>28</sup> CJCE, arrêt *Commission c. Autriche* du 15 novembre 2005, aff. C-320/03, Rec. 2005, p. I-9871, pt 66.

<sup>29</sup> Ibid., pt 69.

<sup>30</sup> CJUE, arrêt *Commission c. Autriche* du 21 décembre 2011, aff. C-28/09, Rec. 2011, p. I-13525, pt 114.

les échanges, en ce sens qu'il ralentit les échanges, **il ne constitue pas pour autant un obstacle à l'accès au marché, au sens de la jurisprudence de la Cour de justice**. Il ne rend pas non plus le trafic plus difficile qu'il ne l'est actuellement, dans la mesure où un système de distance minimale entre les poids lourds dans le tunnel du Gothard est appliqué depuis 2002.

De surcroît, il importe de relever que **l'accord sur les transports terrestres**, à la différence du traité FUE applicable aux échanges entre les Etats membres de l'Union européenne, **n'interdit nullement les mesures d'effet équivalent à des restrictions quantitatives**. C'est en principe en toute connaissance de cause que les signataires de cet accord liant la Suisse et l'Union européenne n'ont pas repris dans l'accord la notion de mesure d'effet équivalent issue du traité CEE compte tenu de l'interprétation extensive de cette notion par la Cour de justice dans les échanges entre Etats membres. Pour nous limiter à une comparaison avec l'accord de libre-échange de 1972 entre la Suisse et l'Union européenne, les parties contractantes ont prévu expressément qu'aucune nouvelle restriction quantitative à l'importation ou à l'exportation ni mesure d'effet équivalent ne sont introduites dans les échanges entre la Communauté et la Suisse<sup>31</sup>. Dans ce dernier accord, les parties contractantes ont clairement voulu, à la différence de l'accord sur les transports terrestres, viser les deux notions.

Il apparaît que dans les accords internationaux régissant les échanges avec les Etats tiers ou dans certains traités d'adhésion à l'Union européenne, **les notions de restrictions quantitatives et de mesures d'effet équivalent n'ont pas toujours été soumises au même régime** au point parfois que seules les restrictions quantitatives, comme dans l'accord sur les transports terrestres, aient été visées, ce qui justifie l'intérêt de la distinction<sup>32</sup>.

De telles différences s'expliquent par la **différence d'objectifs** de tels accords. **L'accord sur les transports terrestres** se limite à libéraliser le transport de marchandises et de personnes entre la Suisse et les Etats membres et à prévoir quelques mesures d'accompagnement. Le **traité constitutif de l'Union européenne** vise à réaliser, dans un esprit d'intégration, un véritable marché intérieur et à instituer des politiques communes. L'interdiction des mesures d'effet équivalent en plus des restrictions quantitatives était, dans les échanges entre Etats membres, un élément essentiel à la constitution d'un marché intérieur et d'une politique commerciale

---

<sup>31</sup> Articles 13 et 13 bis de l'ALE précité, RS 0.632.401.

<sup>32</sup> Voir en ce sens Wilma Dona-Viscardini, *Les mesures d'effet équivalent à des restrictions quantitatives*, RMC 1973, p. 224 et ss, p. 229.

commune, lesquels ne sont nullement recherchés dans le cadre des relations entre la Suisse et l'Union européenne.

Lorsque les dispositions de l'accord international et du traité FUE sont identiques ou analogues, mais que les objectifs de l'accord et ceux du traité FUE sont différents, la Cour de justice n'hésite pas à ne pas transposer l'interprétation donnée de la disposition du traité FUE à la disposition de l'accord international<sup>33</sup>. Ceci est le **cas classique d'interprétation différente de dispositions similaires ou identiques contenues dans un accord international et dans le traité FUE**. Le **cas qui nous est soumis est encore différent** : la disposition de l'accord international se limite à la notion de restriction quantitative, alors que la disposition correspondante du traité FUE vise aussi bien la restriction quantitative que la mesure d'effet équivalent. Il ne s'agit donc même pas d'un cas de dispositions similaires ou identiques, ce qui **renforce la thèse selon laquelle il n'y pas lieu d'admettre que l'article 32, troisième tiret, vise la non-introduction de mesures d'effet équivalent**.

### **C. Justifications au moyen d'objectifs d'intérêt général**

Même si nous considérons que la non-augmentation de la capacité du tunnel n'est pas une restriction quantitative au sens de l'article 32 de l'accord bilatéral, et que le système de régulation dit de « compte-gouttes » n'est ni une restriction quantitative ni une mesure d'effet équivalent (de surcroît non visée par l'accord), nous nous proposons d'examiner, dans la présente section, **l'hypothèse – que nous réfutons – selon laquelle il serait possible de s'inspirer de la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union pour soutenir que les deux éléments de la proposition de modification de la LTRA sont des mesures d'effet équivalent**.

Dans cette hypothèse d'inspiration de la jurisprudence de la Cour de justice au sujet des mesures d'effet équivalent, **il y aurait aussi lieu de prendre en considération la jurisprudence relative aux objectifs d'intérêt général susceptibles de justifier des restrictions** apportées par les réglementations nationales qualifiées de mesures d'effet équivalent.

La reconnaissance de telles raisons fondées sur des objectifs d'intérêt général ne suffit pas à justifier une réglementation restrictive des échanges. Les mesures nationales susceptibles de gêner ou de rendre moins attrayant l'exercice des libertés

---

<sup>33</sup> Arrêts *Polydor* et *Metalsa* précités.

fondamentales garanties par le traité doivent **remplir quatre conditions** aux termes d'une jurisprudence bien établie<sup>34</sup> : elles doivent s'appliquer de manière non discriminatoire, elles doivent se justifier par des raisons impérieuses d'intérêt général, elles doivent être propres à garantir la réalisation de l'objectif qu'elles poursuivent et elles ne doivent pas aller au-delà de ce qui est nécessaire pour l'atteindre.

Selon une jurisprudence constante, il appartient aux autorités nationales compétentes de démontrer que leur réglementation répond à de tels critères<sup>35</sup>. De surcroît, une telle démonstration ne peut être faite que concrètement, par rapport aux circonstances du cas d'espèce<sup>36</sup>.

Parmi les **justifications reconnues au titre des exigences impératives d'intérêt général** par la Cour de justice de l'Union européenne, il convient de citer, en rapport avec le problème soulevé, la **protection de l'environnement** et la **protection de la sécurité routière** qui sont toutes deux reconnues par une jurisprudence bien établie<sup>37</sup>.

De telles exigences ne peuvent être invoquées que si la réglementation en cause est indistinctement applicable aux marchandises nationales et aux produits importés, autrement dit que si elle n'est pas discriminatoire<sup>38</sup>, ce qui est le cas des deux dispositifs envisagés dans le tunnel du Gothard. En effet, il n'est fait aucunement référence à l'origine de la marchandise transportée ni à l'origine des camions qui circulent.

Afin de vérifier si les conditions énoncées par la jurisprudence peuvent être satisfaites il y a lieu d'examiner successivement les deux restrictions.

## 1. Non-augmentation de la capacité du tunnel

En ce qui concerne l'exigence de non-augmentation de la capacité du tunnel, il est clair qu'elle est dictée par une **préoccupation environnementale** qui vise à ne pas

---

<sup>34</sup> CJCE, arrêt *Gebhard* du 30 novembre 1995, aff. C-55/94, Rec. 1995, p. I-4165, pt 37. Voir également CJCE, arrêt *Commission c/Italie* du 15 janvier 2002, aff. C-439/99, Rec. 2002, p. I-305, pt 23.

<sup>35</sup> CJCE, arrêt *Commission c. Pays-Bas* du 20 septembre 2007, aff. C-297/05, Rec. 2007, p. I-7467, pt 76 ; CJCE, arrêt *Commission c. Portugal* du 10 avril 2008, aff. C-265/06, Rec. 2008, p. I-2245, pt 39 ; CJCE, arrêt *Commission c. Belgique* du 6 septembre 2012, aff. C-150/11, non encore publié, pt 54.

<sup>36</sup> CJCE, arrêt *ATRAL* du 8 mai 2003, aff. C-14/02, Rec. 2003, p. I-4431, pt 67 ; CJCE, arrêt *Commission c. Belgique* du 6 septembre 2012, aff. C-150/11, non encore publié, pt 54.

<sup>37</sup> CJCE, arrêt *Commission c. Pays-Bas* du 20 septembre 2007, aff. C-297/05, Rec. 2007, p. I-7467, pt 77 ; CJCE, arrêt *Commission c. Belgique* du 6 septembre 2012, aff. C-150/11, non encore publié, pt 55.

<sup>38</sup> Voir notamment CJCE, arrêt *Gilli et Andres* du 26 juin 1980, aff. 788/79, Rec. 1980, p. 2071, pt 6 ; CJCE, arrêt *Du Pont de Nemours Italiana* du 20 mars 1990, aff. C-21/88, Rec. 1990, p. I-889, pt 14.

augmenter le trafic et, partant, à ne pas augmenter la pollution résultant des gaz d'échappement des véhicules.

Dans l'affaire de la **restriction du tronçon autoroutier en Autriche**, la Cour de justice a constaté que les mesures nationales susceptibles d'entraver le commerce intracommunautaire pouvaient être « justifiées par des exigences impératives relevant de la protection de l'environnement pourvu que les mesures en question soient proportionnées à l'objet visé »<sup>39</sup> et que tel était le cas du règlement litigieux qui restreignait la circulation des poids lourds de plus de 7,5 tonnes « dans le but de garantir la qualité de l'air ambiant dans la zone concernée » et était « donc **justifié par des motifs liés à la protection de l'environnement** »<sup>40</sup>. La Cour a été amenée à rappeler que la protection de l'environnement constituait l' « un des objectifs essentiels » de l'Union européenne et qu'il incombait à l'Union, conformément au traité constitutif, de « promouvoir un niveau élevé de protection et d'amélioration de la qualité de l'environnement »<sup>41</sup>. Dans la seconde affaire autrichienne, la Cour de justice a mis justement en lumière le rapport étroit entre la protection de l'environnement et la protection de la santé, étant observé que la lutte contre la pollution de l'air vise à limiter les dangers pour la santé liés à une dégradation de l'environnement<sup>42</sup>.

**La réglementation doit être propre à garantir la réalisation de l'objectif recherché**, ce qui peut imposer une exigence, exprimée dans la seconde affaire autrichienne, selon laquelle la réglementation doit répondre « véritablement au souci d'atteindre celui-ci d'une manière cohérente et systématique »<sup>43</sup>. La Cour de justice a admis, contrairement à la position de la Commission européenne, qu'une interdiction sectorielle de circuler entraînait une réduction des émissions de polluants atmosphériques et contribuait ainsi à l'amélioration de la qualité de l'air<sup>44</sup> et, partant, qu'elle était « propre à garantir la réalisation de l'objectif de protection de l'environnement »<sup>45</sup>.

**L'exigence de proportionnalité** requiert ensuite que les autorités nationales n'adoptent **pas de mesures qui aillent « au-delà de ce qui est nécessaire » pour**

---

<sup>39</sup> CJCE, arrêt *Commission c. Autriche* du 15 novembre 2005, aff. C-320/03, Rec. 2005, p. I-9871, pt 70.

<sup>40</sup> Ibid., pt 71.

<sup>41</sup> Ibid., pt 72.

<sup>42</sup> CJUE, arrêt *Commission c. Autriche* du 21 décembre 2011, aff. C-28/09, Rec. 2011, p. I-13525, pt 121 et 122.

<sup>43</sup> CJUE, arrêt *Commission c. Autriche* du 21 décembre 2011, aff. C-28/09, Rec. 2011, p. I-13525, pt 136.

<sup>44</sup> CJUE, arrêt *Commission c. Autriche* du 21 décembre 2011, aff. C-28/09, Rec. 2011, p. I-13525, pt 129.

<sup>45</sup> CJUE, arrêt *Commission c. Autriche* du 21 décembre 2011, aff. C-28/09, Rec. 2011, p. I-13525, pt 138.

**garantir que l'objectif soit atteint**<sup>46</sup>. Cette exigence imposait ainsi aux autorités autrichiennes « d'examiner attentivement la possibilité de recourir à des mesures moins restrictives de la liberté de circulation et de ne les écarter que si leur caractère inadéquat, au regard de l'objectif poursuivi, était clairement établi »<sup>47</sup>. Comme la Cour l'a observé, cette exigence de rechercher des mesures moins entravantes s'imposait d'autant plus qu'il s'agissait d'une « mesure aussi radicale qu'une interdiction totale de circuler »<sup>48</sup>. La Cour a également considéré qu'une période de transition limitée à deux mois entre l'adoption du règlement litigieux et la mise en œuvre de l'interdiction sectorielle de circuler était « manifestement insuffisant pour permettre raisonnablement aux opérateurs concernés de s'adapter aux nouvelles circonstances »<sup>49</sup>. C'est pour ces raisons que le règlement litigieux avait été jugé disproportionné par la Cour de justice.

La prétendue restriction tirée de **la non-augmentation des capacités du tunnel** du Gothard est d'une tout autre intensité. En premier lieu, elle ne consiste pas en une aggravation de la situation existante qui obligerait les opérateurs à s'adapter aux nouvelles circonstances comme dans l'affaire autrichienne mais **consiste en un maintien du *statu quo***. En second lieu, elle ne constitue pas une restriction aussi radicale que dans l'affaire autrichienne, dans la mesure où tous les véhicules normaux, y compris les poids lourds de fort tonnage, sont autorisés à circuler.

## **2. Système de régulation du trafic dit de « compte-gouttes »**

En ce qui concerne le système de régulation, dit de compte-gouttes, il est commandé principalement par des exigences de **sécurité routière**. Il s'agit en effet de veiller à ce que les poids lourds respectent une distance de sécurité suffisante leur permettant en cas de collision ou d'obstacle sur la voie de circulation, de ralentir non brutalement en vue de s'immobiliser sans créer de perturbation, voire d'accident.

La protection de la sécurité routière est reconnue depuis un arrêt rendu en l'an 2000 par la Cour de justice en tant qu'**exigence impérative d'intérêt général** susceptible de justifier des entraves à la libre circulation des marchandises<sup>50</sup>.

---

<sup>46</sup> CJUE, arrêt *Commission c. Autriche* du 21 décembre 2011, aff. C-28/09, Rec. 2011, p. I-13525, pt 125.

<sup>47</sup> CJCE, arrêt *Commission c. Autriche* du 15 novembre 2005, aff. C-320/03, Rec. 2005, p. I-9871, pt 87.

<sup>48</sup> Ibid, pt 87.

<sup>49</sup> Ibid, pt 90.

<sup>50</sup> CJCE, arrêt *Snellers* du 12 octobre 2000, aff. C-314/98, Rec. 2000, p. I-8633, pt 55 ; CJCE, arrêt *Commission c. Italie* du 10 février 2009, aff. C-110/05, Rec. 2009, p. I-519, pt 60.

Selon la jurisprudence de la Cour de justice, il appartient aux **Etats membres**, en l'absence de dispositions d'harmonisation complète dans le droit de l'Union européenne, de « **décider du niveau auquel ils entendent assurer la sécurité routière sur leur territoire** », tout en tenant compte des exigences de la libre circulation des marchandises<sup>51</sup>. Ce niveau peut varier d'un Etat à un autre, les Etats devant se voir reconnaître une marge d'appréciation<sup>52</sup>.

Il s'agit de s'assurer que la réglementation adoptée est **apte à assurer l'objectif poursuivi et ne crée pas d'entrave disproportionnée dans les échanges**.

A supposer que le système de régulation, dit de compte-gouttes, soit mis en cause au regard de l'interdiction des mesures d'effet équivalent, ce qui ne peut pas être le cas en vertu des termes de l'article 32 de l'accord sur les transports terrestres, il pourrait être justifié sur le fondement de la protection de la sécurité routière.

En effet, le dispositif mis en place a pour effet de **limiter les risques d'accident**. Ce système de distance de sécurité, assorti d'une signalisation adéquate et d'une limitation de vitesse, est apte à protéger de manière efficace la sécurité routière. Un tel système a d'ailleurs fait ses preuves dans de nombreux tunnels dans le monde. Il n'apparaît pas que des mesures alternatives, moins entravantes, telle qu'une limitation de vitesse non assortie d'une obligation de respect minimum des distances, permettraient d'atteindre les mêmes résultats.

Il y a lieu d'ajouter que l'existence de règles moins contraignantes dans un autre Etat en matière de sécurité routière ne signifie pas que les règles contestées sont disproportionnées<sup>53</sup>.

Ainsi, dans l'Union européenne, **dans les relations entre Etats membres**, les **dispositifs mis en place** en vue de la non-augmentation du trafic dans un tunnel et le système de régulation, dit de compte-gouttes, **seraient jugés aptes à protéger des intérêts d'intérêt général légitimes**, tels que la protection de l'environnement et de la sécurité routière, et ne seraient pas jugés disproportionnés par rapport à l'objectif poursuivi au regard des restrictions engendrées. ***A fortiori*, ce serait le cas aussi dans le cadre de l'accord sur les transports terrestres.**

---

<sup>51</sup> CJCE, arrêt *Commission c. Italie* du 10 février 2009, aff. C-110/05, Rec. 2009, p. I-519, pt 61 ; CJCE, arrêt *Commission c. Belgique* du 6 septembre 2012, aff. C-150/11, non encore publié, pt 59.

<sup>52</sup> CJCE, arrêt *Commission c. Italie* du 10 février 2009, aff. C-110/05, Rec. 2009, p. I-519, pt 65.

<sup>53</sup> CJCE, arrêt *Commission c. Italie* du 10 février 2009, aff. C-110/05, Rec. 2009, p. I-519, pt 65.

### **III. Examen des possibilités de contestation judiciaire de la compatibilité des mesures prises pour la réfection du tunnel avec l'accord sur les transports terrestres**

Les possibilités de contestation judiciaire doivent être envisagées dans le cadre de l'**accord bilatéral** sur les transports terrestres (A), devant les **juridictions européennes** (B) et **nationales** (C). Compte tenu du cadre déterminé du présent avis de droit, les développements qui suivent se limiteront à une **analyse des règles de base** applicables en la matière.

#### **A. Mécanisme de règlement des différends dans l'accord sur les transports terrestres**

Les accords bilatéraux entre la Suisse et l'Union européenne prévoient, en règle générale, un système de **règlement des différends de caractère intergouvernemental**. Chaque partie contractante peut soumettre au **comité mixte** tout différend relatif à l'interprétation et à l'application de l'accord. Celui-ci s'efforcera de résoudre le différend.

L'accord sur les transports terrestres suit ce modèle. L'article 54 de l'accord précise en outre que tous les éléments d'information utiles pour permettre un examen approfondi de la situation en vue de trouver une solution acceptable sont fournis au Comité mixte. Celui-ci examinera toutes les possibilités permettant de maintenir le bon fonctionnement de l'accord.

Le **comité mixte prend ses décisions par consensus**<sup>54</sup>. Aucune procédure de règlement n'est prévue en cas d'échec des pourparlers ou des négociations au sein du comité mixte. L'accord sur les transports terrestres ne prévoit donc pas la possibilité d'un règlement judiciaire des différends entre parties contractantes. **Aucun tribunal n'est créé par l'accord** qui pourrait être saisi par la Suisse ou l'Union européenne pour régler un litige sur l'interprétation ou l'application de l'accord sur les transports terrestres. Donc, si l'Union européenne devait vouloir mettre en cause la compatibilité des mesures prévues par la modification de la LTRA avec l'accord sur les transports terrestres, elle devrait soumettre la question au Comité mixte « transports terrestres », lequel devrait chercher une solution à l'amiable. Si celui-ci ne parvient pas à une

---

<sup>54</sup> Article 51, paragraphe 1, de l'accord sur les transports terrestres.

solution mutuellement acceptable par la Suisse et l'Union européenne, il n'y aura **pas de recours possible à un tribunal indépendant susceptible de trancher le litige.**

Il convient toutefois de noter que l'accord sur les transports terrestres prévoit, à l'article 50, la possibilité pour une partie contractante, qui constaterait que l'autre partie contractante ne respecterait pas les obligations fixées par l'accord ou qu'elle ne mettrait pas en œuvre une décision du comité mixte, de prendre, après consultation au sein du comité mixte, les mesures appropriées pour maintenir l'équilibre de l'accord. Cette possibilité d'adopter des « **mesures de rééquilibrage** » pourrait, le cas échéant, être utilisée par l'Union européenne, si celle-ci devait considérer que la mesure de non-augmentation de la capacité du tunnel et/ou la mise en place d'un système de régulation dit de « compte-gouttes » sont contraires à l'article 32 de l'accord et qu'après la consultation au sein du comité mixte le différend subsiste. Si de telles mesures devaient être adoptées, l'accord bilatéral ne prévoit pas la possibilité d'en faire examiner la conformité ou la proportionnalité avec l'accord. Aucun organe ou mécanisme n'a été prévu à cet effet, à la différence de ce qui est prévu dans l'accord sur la facilité et sécurité douanières entre la Suisse et l'Union européenne<sup>55</sup>.

## **B. Voies de droit ouvertes devant la Cour de justice de l'Union européenne**

**Les voies de droit prévues devant la Cour de justice de l'Union européenne ne sont pas ouvertes à ce type de contestation,** qu'il s'agisse des recours directs ou des renvois préjudiciels.

Les **recours directs** prévus par les traités constitutifs de l'Union européenne ne peuvent en effet viser que les Etats membres (articles 258 à 260 du traité FUE) ou les institutions, organes et organismes de l'Union européenne (articles 263, 265 et 268 du traité FUE). L'accord sur les transports terrestres n'a confié aucune compétence à la Cour de justice pour l'examen d'éventuels litiges qui pourraient résulter de l'accord.

---

<sup>55</sup> Cet accord prévoit, à l'article 29, paragraphe 1, la possibilité pour une partie contractante de prendre, après consultation au sein du comité mixte, des mesures de rééquilibrage appropriées, y compris la suspension de l'application de certaines dispositions de l'accord lorsqu'elle constate que l'autre partie contractante n'en respecte pas les conditions ou lorsque l'équivalence des mesures douanières de sécurité des parties contractantes n'est plus assurée. De surcroît, une partie contractante pourra demander au comité mixte de procéder à des consultations quant à la proportionnalité de ces mesures et, le cas échéant, de décider de soumettre un différend à ce sujet à un arbitrage conformément à la procédure prévue dans l'annexe III ; Accord entre la Confédération suisse et la Communauté européenne relatif à la facilitation des contrôles et des formalités lors du transport des marchandises ainsi qu'aux mesures douanières de sécurité, RS 0.631.242.05. Cette possibilité d'arbitrage relative à la proportionnalité des mesures n'est pas prévue dans l'accord sur les transports terrestres.

Les **renvois préjudiciels** à la Cour de justice ne peuvent être opérés que par une juridiction d'un Etat membre et ne peuvent porter que sur l'interprétation du droit de l'Union européenne et l'appréciation de validité des actes des institutions de l'Union européenne (article 267 du traité FUE). Une juridiction d'un Etat tiers n'est pas recevable à interroger la Cour de justice en vertu du traité constitutif de l'Union européenne. L'accord sur les transports terrestres ne prévoit pas davantage ce type de renvoi.

Demeure **l'hypothèse exceptionnelle d'une demande de renvoi préjudiciel en interprétation** de l'accord sur les transports terrestres qui serait soulevée par une juridiction d'un Etat membre à l'occasion d'un litige entre deux entreprises, dans le cadre duquel l'une des parties soulèverait la non-conformité de la loi fédérale suisse par rapport à l'accord en vue d'atténuer sa responsabilité, voire de s'exonérer. A supposer que l'une des parties réussisse à convaincre une juridiction d'un Etat membre d'interroger la Cour de justice sur l'interprétation de l'accord, il ne serait pas certain que la Cour de justice accepte de répondre aux questions préjudicielles compte tenu de sa jurisprudence *Foglia*. Dans cette affaire italienne qui tendait à mettre en cause le régime juridique français, la Cour de justice s'est déclarée incompétente pour répondre à la demande préjudicielle en raison du caractère fictif du litige qui visait, selon elle, à mettre en cause le régime fiscal d'un autre Etat membre<sup>56</sup>.

### **C. Voies de droit ouvertes devant les juridictions suisses**

En vertu de l'article 5, alinéa 4, Cst., la **Confédération et les cantons doivent respecter le droit international**. Cette disposition codifie le principe de la primauté du droit international, lequel découle de l'obligation pour les Etats d'appliquer les normes de droit international par lesquelles ils sont liés (principe *Pacta sunt servanda*). Ainsi, les mesures prévues par la modification de la LTRA doivent être conformes avec les dispositions de l'accord bilatéral sur les transports terrestres.

Le Tribunal fédéral connaît, conformément à l'article 189, alinéa 1, lettre b) Cst., des **contestations pour violation du droit international**. En ce sens, les utilisateurs routiers, que ce soient des ressortissants suisses ou des ressortissants des Etats membres de l'Union européenne, pourraient en principe faire contrôler la légalité des

---

<sup>56</sup> CJCE, arrêt *Foglia* du 11 mars 1980, aff. 104/79, Rec. 1980, p. 745. Voir ensuite CJCE, arrêt *Foglia* du 16 décembre 1981, aff. 104/79, Rec. 1981, p. 3045.

mesures prises dans le cadre de la réfection du tunnel, s'ils démontrent qu'ils ont en été affectés. Toutefois, il convient de rappeler que **le Tribunal fédéral est aussi tenu d'appliquer les lois fédérales**, conformément à l'article 190 Cst. Et, comme on le sait, le Tribunal fédéral a établi, dans l'**arrêt Schubert**<sup>57</sup>, que lorsqu'il existe une contradiction entre un traité international et une loi fédérale, il est exceptionnellement tenu d'appliquer la loi fédérale si le législateur fédéral avait pleinement conscience, en édictant la loi, que celle-ci était contraire au droit international, en vue de sauvegarder d'autres intérêts très importants. En l'espèce, il nous paraîtrait difficile de soutenir que le législateur fédéral aurait adopté, en toute connaissance de cause, une modification de la LTRA contraire à l'accord sur les transports terrestres, à moins que cela ne ressorte ultérieurement des débats parlementaires à venir. Or, comme on l'a démontré plus haut, les dispositions prévues dans la modification de la LTRA sont en principe compatibles avec l'article 32 de l'accord bilatéral<sup>58</sup>. En outre, même si l'arrêt *Schubert* a été confirmé par plusieurs arrêts ultérieurs<sup>59</sup>, cette pratique devrait être considérée comme une exception<sup>60</sup> et progressivement évoluer en faveur d'un plus grand respect du principe de la primauté du droit international<sup>61</sup>.

En tout état de cause, le **grief de la violation d'un accord international par la Suisse** peut être soulevé, en dernière instance devant le Tribunal fédéral, au moyen de tous les recours unifiés prévus par le droit fédéral<sup>62</sup>. Il convient de préciser que la juridiction suprême ne sera en mesure de contrôler le grief de la violation d'accords internationaux que lorsque la disposition prétendument violée, contenue dans l'accord international, peut être reconnue d'**effet direct**. Selon la jurisprudence du Tribunal fédéral, pour qu'une règle soit directement applicable, il faut que « le contenu de la disposition en cause soit suffisamment clair et précis pour servir de fondement à une décision d'espèce ». La règle en cause doit aussi « être susceptible d'application sur le plan judiciaire, porter sur des droits et des devoirs particuliers et s'adresser aux autorités chargées de l'application du droit »<sup>63</sup>. A cet égard, il peut être considéré que la **règle de non-introduction de restrictions quantitatives unilatérales** de l'article 32, troisième tiret, de l'accord sur les transports terrestres répond aux critères de clarté

---

<sup>57</sup> ATF 99 Ib 39.

<sup>58</sup> Voir supra sous II.

<sup>59</sup> ATF 129 II 249, A.X., 125II 417 A., 118 Ib 277 S.

<sup>60</sup> Dietrich Schindler, *La Suisse et le droit international public dans le Nouveau manuel de la politique extérieure suisse*, 1992, Berne, Stuttgart, Vienne, p. 114-115.

<sup>61</sup> Voir notamment Andreas Auer, Giorgio Malinverni, Michel Hottelier, *Droit constitutionnel suisse*, volume I, Stämpfli, Berne, 2013, p. 462, n° 1357.

<sup>62</sup> Articles 72, 78, 82 et 95, lettre b), de la loi sur le Tribunal fédéral (LTF), RS 173.110.

<sup>63</sup> ATF 124 III 90, 91 L. X., ATF 136 I 290 X., ATF 136 II 241 X., ATF 121 V 246 T., ATF 119 V 171 X.

et de précision nécessaires à la reconnaissance de l'effet direct et que la disposition en cause peut être directement appliquée par les juridictions internes. Le grief de violation de cette disposition pourrait donc en principe être exercé par le Tribunal fédéral, mais comme rappelé plus haut, les dispositions envisagées dans le projet de modification de la LTRA devraient être considérées comme compatibles avec l'article 32 de l'accord bilatéral sur les transports terrestres.

\*\*\*\*\*

## Conclusions

### I.

- Au vu des éléments de droit étudiés, la construction d'un second tube au tunnel routier du Gothard sans augmentation de la capacité telle que prévue par **le projet relatif à la modification de la loi fédérale sur le transit routier dans la région alpine** (réfection du tunnel routier du Gothard), en particulier la limitation prévue à une voie par sens de circulation ainsi que le système de régulation pour les poids lourds, **nous paraît compatible avec l'article 32, troisième tiret**, de l'accord sur les transports terrestres.
- En effet, les conditions ainsi imposées à la circulation dans le tunnel routier du Gothard **ne constituent nullement des restrictions quantitatives unilatérales** interdites par l'article 32 de l'accord sur les transports terrestres.
- Elles **ne paraissent pas davantage constituer des « mesures d'effet équivalent à des restrictions quantitatives »**, au sens du droit de l'Union européenne. **A supposer qu'elles le soient, au prix d'une interprétation extensive, elles ne seraient pas interdites par l'article 32 de l'accord sur les transports terrestres, qui se limite à interdire les restrictions quantitatives sans viser les mesures d'effet équivalent**, à la différence de l'article 34 du traité FUE.
- **On ne saurait interpréter les règles d'un accord passé par l'Union européenne avec un Etat tiers tel que la Suisse de la même manière que le traité constitutif de l'Union européenne**, particulièrement lorsque les

dispositions d'un tel accord sont énoncées dans des termes plus restrictifs et que ledit accord poursuit des finalités plus restreintes que le traité constitutif.

- A supposer, par extraordinaire, que les conditions ainsi imposées à la circulation dans le tunnel routier du Gothard au prix d'une interprétation, très extensive, de l'article 32 de l'accord, issue d'une extrapolation hasardeuse de la jurisprudence de la Cour de justice, soient considérées comme des mesures d'effet équivalent, il conviendrait alors de prendre en compte les objectifs poursuivis par les mesures envisagées, à savoir la **protection de l'environnement et de la sécurité routière**, lesquels objectifs correspondent à des justifications admises par la jurisprudence de la Cour de justice. Il apparaît que les mesures envisagées **satisferaient tous les critères imposés par la Cour de justice** : non discriminatoires, ces mesures sont aptes à protéger l'environnement et la sécurité routière et ne sont pas disproportionnées au regard des limitations qu'elles pourraient créer.

## II.

- L'accord bilatéral sur les transports terrestres prévoit un **mécanisme de règlement des différends de caractère intergouvernemental**. Les litiges relatifs à l'interprétation et à l'application de l'accord sont soumis au comité mixte, lequel prend ses décisions par consensus. Il n'y a **pas de tribunal indépendant créé par l'accord** susceptible de trancher le litige entre parties contractantes. L'adoption de mesures de rééquilibrage par une partie contractante est possible.
- **Les voies de droit prévues devant la Cour de justice de l'Union européenne ne sont pas ouvertes à ce type de contestation**, qu'il s'agisse des recours directs ou des renvois préjudiciels. En effet, les recours directs ne peuvent viser que les actes imputables à l'Union européenne et les renvois préjudiciels ne peuvent pas émaner des juridictions suisses. Reste l'**hypothèse exceptionnelle** d'une demande préjudicielle formée par une juridiction d'un Etat membre à l'occasion d'un litige devant elle qui mettrait en cause la loi fédérale discutée au regard de l'accord bilatéral sur les transports terrestres.
- La Constitution fédérale prévoit que **la Confédération et les cantons doivent respecter le droit international**. En cela, les mesures prévues par la

modification de la LTRA doivent être conformes à l'accord bilatéral. Le Tribunal fédéral peut connaître des **contestations pour violation du droit international**, mais il doit aussi appliquer les lois fédérales (solution pragmatique – pratique Schubert). Il ne sera en mesure de contrôler le grief de la violation de droit international que lorsque la disposition prétendument violée est reconnue d'**effet direct**, ce qui serait le cas de l'article 32, troisième tiret de l'accord bilatéral.

Genève, le 7 mars 2014

Prof. Dr. Christine Kaddous