



20 avril 2026

# Possibilité d'inscrire la pratique Schubert dans le droit suisse

Rapport à l'intention de la CER-E (séance du 27 avril 2026)

## Table des matières

1	Remarques liminaires.....	1
2	Gestion des conflits de normes entre le droit international et les lois fédérales....	1
3	Gestion des conflits de normes entre les accords du paquet Suisse-UE et les lois fédérales.....	2
4	Inscription de la pratique Schubert au niveau constitutionnel .....	3
5	Inscription de la pratique Schubert au niveau légal.....	5

## 1 Remarques liminaires

Le présent rapport a été rédigé sur mandat de la Commission de l'économie et des redevances du Conseil des États (CER-E) en vue de sa séance du 27 avril 2026. Dans le cadre des auditions et de la discussion initiale du 23 mars 2026 relatives au projet de loi fédérale sur la surveillance des aides d'État, qui est une composante du paquet Suisse-UE (Bilatérales III), la question a notamment été soulevée de savoir **comment la jurisprudence Schubert du Tribunal fédéral pourrait être ancrée dans le droit suisse**. Le Secrétariat d'État du DFAE (Division Europe), le Secrétariat d'État à l'économie (SECO) et le Secrétariat d'État aux migrations (SEM) ont contribué à la rédaction du rapport.

## 2 Gestion des conflits de normes entre le droit international et les lois fédérales

Conformément à l'art. 5, al. 4, de la Constitution (Cst. ; RS 101), la Confédération et les cantons doivent respecter le droit international. L'art. 190 Cst. spécifie en outre que le Tribunal fédéral (TF) et les autres autorités sont tenus d'appliquer les lois fédérales et le droit international. **La Constitution n'indique pas comment résoudre un conflit entre la législation fédérale et le droit international dans un cas concret, pas plus qu'elle n'institue la primauté absolue du droit international**. Cela découle de la volonté du constituant, qui souhaitait laisser aux autorités chargées d'appliquer le droit le soin de procéder à une pesée des intérêts et à une résolution appropriée des conflits dans les cas d'application concrets. Une interprétation conforme au droit international contribue de manière décisive à éviter autant que possible les conflits avec le droit international. Si, dans des cas extrêmement rares, un conflit survient malgré tout, la norme de droit interne contraire au droit international n'est en principe pas appliquée.



**Dans sa jurisprudence, le TF a développé une exception à ce principe** : le droit international passe ainsi au second plan lorsque le législateur a sciemment dérogé au droit international dans une loi fédérale (pratique Schubert)<sup>1</sup>. Dans ce cas, le TF se considère lié par cette décision pour des raisons de séparation des pouvoirs, bien que l'application de la loi fédérale en question puisse engager la responsabilité de la Suisse en vertu du droit international. Le TF a développé et affiné cette pratique dans une série d'arrêts : si la norme de droit international contient des obligations relatives aux droits de l'homme, elle l'emporte sur la norme de droit interne (jurisprudence PKK)<sup>2</sup>. Ces règles de primauté montrent que le TF procède de manière différenciée lorsqu'il s'agit de résoudre des conflits de normes entre la législation fédérale et le droit international, afin de tenir compte des principes centraux de l'ordre constitutionnel. Il n'existe pas de règle de primauté absolue, fixée à l'avance. Cette manière de procéder permet d'effectuer des arbitrages avec discernement et de trouver des solutions pragmatiques adaptées à chaque cas d'espèce.

**Dans la pratique, il n'existe guère de conflits entre les lois fédérales et le droit international qui ne puissent être résolus par voie d'interprétation et que le législateur ait sciemment acceptés. C'est pourquoi la pratique Schubert est rarement appliquée.** Le TF l'a néanmoins confirmée de manière répétée. Pour la période antérieure à 2010, le rapport additionnel du Conseil fédéral sur la relation entre droit international et droit interne cite de nombreux exemples<sup>3</sup>. Depuis 2010, le TF a évalué, dans plusieurs arrêts de principe, si la pratique Schubert devait être appliquée dans le cas d'espèce, confirmant ainsi la pratique<sup>4</sup>. La jurisprudence PKK constitue pour sa part une contre-exception à la pratique Schubert et confirme en ce sens la validité de principe de celle-ci. Depuis 2010, le TF a réaffirmé la validité de la jurisprudence PKK dans plusieurs arrêts de principe<sup>5</sup>. La pratique Schubert a donc toujours valeur de jurisprudence établie.

### **3 Gestion des conflits de normes entre les accords du paquet Suisse-UE et les lois fédérales**

**Des conflits de normes peuvent également survenir entre les accords du paquet Suisse-UE et les lois fédérales.** Il peut ainsi arriver qu'une autorité d'application du droit en Suisse doive décider dans un cas particulier de la conformité au droit international d'une mesure prise en droit interne. De telles situations peuvent se présenter pour tous les accords relatifs au marché intérieur, voire les autres accords du paquet Suisse-UE, en particulier l'accord sur la santé. Dans le contexte des aides d'État, l'Assemblée fédérale pourrait par exemple adopter un régime d'aides dans le cadre d'une loi fédérale incompatible avec les dispositions de droit international en matière d'aides d'État. Au ch. 4.1 du message, le Conseil fédéral a expliqué comment, selon lui, la nouvelle situation de départ en matière de droit international public se répercute sur le traitement de ce type de cas.

**Compte tenu des règles de primauté précédemment exposées, les conflits de normes entre une loi fédérale et un accord du paquet Suisse-UE devront en règle générale être résolus sur la base de la primauté fondamentale du droit international.** La question décisive est de savoir si l'accord peut prévaloir même si le législateur a volontairement tenu à s'en

<sup>1</sup> ATF 99 Ib 39 consid. 3 et 4 ; cf. aussi ATF 138 II 524 consid. 5.3.2.

<sup>2</sup> ATF 125 II 417

<sup>3</sup> FF 2011 3401, p. 3441 ss.

<sup>4</sup> ATF 138 II 524 (2012) ; 144 II 293 (2018) ; 146 V 87 (2020) ; 147 IV 182 (2020) ; 148 II 169 (2022)

<sup>5</sup> ATF 136 II 241 (2010) ; 138 II 524 (2012) ; 139 I 16 (2012) ; 142 II 35 (2015) ; 144 I 126 (2018) ; 147 I 280 (2020)

écarter. Dans deux arrêts, le TF a laissé entendre que la totalité de l'accord sur la libre circulation des personnes (ALCP ; RS 0.142.112.681) a la primauté et que la jurisprudence Schubert ne s'applique pas au droit de la libre circulation des personnes<sup>6</sup>. Dans les deux arrêts, toutefois, les considérants correspondants du TF n'étaient pas déterminants pour résoudre le cas d'espèce (*obiter dicta*). Dans l'ATF 142 II 35, le TF a rejeté l'existence d'un conflit de normes entre le droit interne et l'ALCP, étant donné l'absence d'applicabilité directe de l'art. 121a Cst. L'ATF 148 II 169 concernait le règlement Dublin III et non l'ALCP. En d'autres termes, le TF n'a jusqu'à présent jamais eu à trancher un cas concret dans lequel le législateur avait explicitement voulu déroger à l'ALCP au sens de la pratique Schubert. Il n'y a de ce fait pas encore de jurisprudence établie sur cette question.

**Du point de vue du Conseil fédéral, l'élément déterminant dans la gestion des conflits de normes entre les accords relatifs au marché intérieur du paquet Suisse-UE et les lois fédérales est que le nouveau mécanisme de règlement des différends modifie la situation en matière de droit international par rapport au droit conventionnel bilatéral en vigueur.** Si, dans le cadre du règlement d'un différend, la violation d'un accord est constatée par le tribunal arbitral, la partie qui succombe est tenue contractuellement de respecter la décision arbitrale. Si, malgré tout, elle ne rétablit pas la situation conforme à l'accord, les éléments institutionnels prévoient désormais que l'autre partie peut, le cas échéant, prendre des mesures de compensation proportionnées. Ces mesures de compensation visent à rétablir un nouvel équilibre dans les relations conventionnelles entre les parties. Même si elles ne font pas disparaître la violation établie par le tribunal arbitral, elles permettent de compenser le désavantage causé par la violation. Ce mécanisme offre aux parties une nouvelle marge de manœuvre les permettant exceptionnellement de renoncer à remplir une obligation découlant d'un accord relatif au marché intérieur, à condition d'accepter d'éventuelles mesures de compensation.

**En dernière instance, il appartiendra au TF de prendre en considération de manière appropriée cette marge de manœuvre dans sa pratique.** La marge de manœuvre ménagée par les accords, qui permet exceptionnellement de renoncer à remplir une obligation en acceptant d'éventuelles mesures de compensation, disparaîtrait si les obligations découlant des accords étaient considérées comme prioritaires sans exception en cas de conflit. Le Conseil fédéral part du principe que cette nouvelle situation jouera un rôle décisif dans la résolution des conflits de normes dans le domaine des accords relatifs au marché intérieur. Cela serait conforme à l'approche suivie jusqu'ici par le TF, qui s'est toujours caractérisée par une gestion différenciée et pragmatique des conflits entre les lois fédérales et le droit international. De l'avis du Conseil fédéral, l'application de la pratique Schubert – également en ce qui concerne l'ALCP – permettrait de préserver la marge de manœuvre ménagée par les accords concernés même en cas de conflits de normes. Dans ce cas, selon les strictes conditions de la pratique Schubert, les dispositions légales plus récentes l'emporteraient sur les accords.

## 4 Inscription de la pratique Schubert au niveau constitutionnel

**Dans le cadre de son rapport sur la relation entre droit international et droit interne (2019)<sup>7</sup> et de son rapport additionnel sur la relation entre droit international et droit interne (2011)<sup>8</sup>, le Conseil fédéral s'est penché sur les possibilités d'inscrire la pratique Schubert dans la Constitution.** Les considérations exposées dans ce chiffre 3 se basent sur

<sup>6</sup> ATF 142 II 35 consid. 3.3 ; 148 II 169 consid. 5.2

<sup>7</sup> FF 2010 2067

<sup>8</sup> FF 2011 3401

ces deux rapports et sur l'avis du Conseil fédéral concernant la motion 25.3435 Reimann « Inscrire la pratique Schubert dans la Constitution », en cours d'examen au Conseil national.

**En ce qui concerne le contenu d'une telle disposition, il conviendrait en tout premier lieu de déterminer si la formulation doit être potestative (autrement dit s'il faut seulement permettre aux autorités d'application du droit de faire primer les lois fédérales postérieures lorsque le législateur s'écarte délibérément du droit international) ou impérative (autrement dit s'il faut les y obliger).** La première option ne changerait pratiquement rien à la situation actuelle, tandis que la seconde aurait des conséquences importantes sur la relation entre législation et jurisprudence. Sur le plan matériel, il conviendrait également de se demander si la jurisprudence PKK doit elle aussi être inscrite dans la Constitution. Enfin, il faudrait décider si la primauté du droit interne doit s'appliquer à l'ensemble du droit international public – soit également au droit international coutumier et aux principes généraux du droit – ou seulement aux traités internationaux. En tout état de cause, toute primauté sur les dispositions impératives du droit international public (*ius cogens*) resterait à exclure. Afin d'inscrire dans la Constitution la pratique Schubert, modifiée en ce sens par la jurisprudence PKK, l'art. 190 Cst. pourrait être complété par une nouvelle règle de primauté. Celle-ci pourrait avoir la teneur suivante, qui s'inspire de la formulation discutée dans chiffre 5.6 dans le rapport additionnel (2011) : « *En cas de contradiction entre le droit international et la Constitution ou une loi fédérale, le droit national s'applique dès lors que le constituant ou le législateur s'est délibérément écarté du droit international et que la disposition de droit international ne sert pas la protection des droits de l'homme.* »

**Le Conseil fédéral s'est prononcé à plusieurs reprises contre l'inscription de la pratique Schubert au niveau constitutionnel.** Chaque fois, il a motivé son refus par la nécessité d'exécuter les traités de bonne foi (principe *pacta sunt servanda*, art. 26 de la Convention de Vienne sur le droit des traités [CV ; RS 0.111]) et par l'impossibilité pour la Suisse d'invoquer son droit interne pour justifier l'inexécution d'un traité international (art. 27 CV). Une disposition constitutionnelle qui accorderait de manière générale la primauté sur le droit international à une loi fédérale violant délibérément ce dernier entrerait en contradiction avec les obligations de la Suisse en matière de droit international. Pour résoudre les conflits, le TF ne mise pas sur une approche schématique ou mécanique, mais sur une démarche flexible. Une consécration de la pratique Schubert affaiblirait cette approche et, par sa rigidité, ne tiendrait pas compte de la complexité et de l'importance des différents traités internationaux. Quant à une constitutionnalisation de la pratique Schubert actuelle, elle n'apporterait pas de réelle valeur ajoutée. Elle ne ferait que restreindre la marge de manœuvre disponible pour l'application et le développement des règles de conflit éprouvées établies par le TF. Or, c'est précisément cette marge de manœuvre qui est essentielle pour une gestion appropriée et équilibrée des conflits entre le droit international et les lois fédérales, car elle permet de procéder à des pondérations avec discernement. À cela s'ajoute enfin le fait que les conflits directs entre les lois fédérales postérieures et le droit international sont rares et que la Constitution en vigueur est déjà formulée de telle sorte que la pratique Schubert peut être maintenue même si elle n'est pas expressément codifiée.

**Le Parlement s'est lui aussi prononcé à plusieurs reprises contre une inscription explicite de la pratique Schubert** (Mo. 16.3241 Reimann ; Iv. pa. 13.458 Stamm ; Iv. pa. 09.414 Groupe UDC ; Mo. 08.3249 Reimann), indiquant ainsi clairement qu'une approche différenciée doit rester possible dans la pratique.

## 5 Inscription de la pratique Schubert au niveau légal

**La possibilité d'inscrire la pratique Schubert à l'échelon légal n'a guère été discutée jusqu'à présent.** En principe, les questions se posant à cet égard sont similaires à celles que soulève une inscription dans la Constitution (ch. 4).

**La première question concernerait l'opportunité d'adopter une réglementation générale de la primauté en cas de conflit concret entre une disposition de droit interne et une disposition de droit international** et – dans l'affirmative – la manière de formuler une telle réglementation. **Plusieurs raisons s'opposent à l'adoption d'une telle réglementation générale.** Premièrement, à l'instar d'une inscription dans la Constitution, cela irait à l'encontre de l'approche suivie jusqu'ici, selon laquelle il doit être possible de procéder à un examen flexible au cas par cas, en fonction des intérêts concrets en jeu. Comme indiqué plus haut, le Conseil fédéral et le Parlement ont toujours privilégié le maintien d'une marge de manœuvre permettant au TF d'appliquer et de développer ses règles de conflit éprouvées dans des cas particuliers (ch. 4). Deuxièmement, dans les deux *obiter dicta* discutés ci-dessus, le TF a laissé entendre la primauté inconditionnelle de l'ALCP, et non celle de tous les accords relatifs au marché intérieur avec l'UE ni celle du droit international public en général (ch. 3). Troisièmement, en ce qui concerne spécifiquement l'inscription au niveau légal, la question de savoir si une réglementation trop générale puisse être efficace en pratique n'est pas encore définitivement tranchée, étant donné que les règles de base relatives à l'application du droit international public découlent en premier lieu de la Constitution elle-même (art. 5, al. 4, et art. 190 Cst.). Quatrièmement, selon l'appréciation du Conseil fédéral, les éléments institutionnels des accords relatifs au marché intérieur modifient de manière décisive la situation de départ en matière de droit international. La valeur ajoutée d'un cadre légal formulé en termes généraux est donc discutable (cf. fin de la section).

**Même sans codification de la pratique Schubert, le législateur restera libre de prévoir expressément, lors de l'adoption d'une loi fédérale, qu'elle prime les obligations de droit international.** Il en a déjà la possibilité aujourd'hui. En d'autres termes, cette approche ne nécessite pas que la pratique Schubert soit inscrite dans une loi fédérale adoptée en même temps que le paquet Suisse-UE. Si le législateur souhaitait ultérieurement adopter une loi fédérale prévalant sur un accord relatif au marché intérieur avec l'UE (ou sur un autre traité international), il pourrait faire précéder la disposition légale correspondante de la formule suivante : « *Par dérogation à l'article [disposition d'un traité international] ...* » Il pourrait en outre ajouter à la disposition légale correspondante un alinéa formulé comme suit : « *[L'alinéa précédent] prévaut sur [disposition d'un traité international] et s'applique.* » La pratique Schubert peut s'appliquer même en l'absence d'une telle formulation, dès lors que le législateur a délibérément décidé de s'écarter du droit international. Toutefois, en optant pour une formulation explicite telle qu'esquissée ci-dessus, le législateur peut s'assurer que le TF considérera que cette condition est remplie. En même temps, il peut ainsi exprimer sa volonté de voir le TF appliquer la pratique Schubert. On pourra certes aussi objecter à cette manière de procéder que les règles de base concernant le traitement du droit international public découlent de la Constitution elle-même et non d'une loi fédérale. La prise en compte de la volonté clairement exprimée du législateur et de la séparation des pouvoirs était cependant déjà déterminante pour justifier la pratique Schubert.

**De l'avis du Conseil fédéral, la procédure décrite peut justement aussi être appliquée dans le domaine des accords relatifs au marché intérieur du paquet Suisse-UE.** Comme expliqué précédemment, les éléments institutionnels des accords relatifs au marché intérieur laissent une marge de manœuvre permettant, moyennant l'acceptation d'éventuelles mesures

de compensation, de renoncer à titre exceptionnel à remplir un engagement contracté. Cette marge de manœuvre disparaîtrait si les obligations découlant des accords devaient prévaloir sans exception en cas de conflit de normes. En conséquence, le législateur dispose, selon l'appréciation du Conseil fédéral, de la marge de manœuvre nécessaire pour prévoir exceptionnellement, dans un cas concret, la primauté d'une loi fédérale sur un accord relatif au marché intérieur avec l'UE. L'application de la pratique Schubert permettrait de préserver cette marge de manœuvre du législateur (ch. 3). On peut s'interroger, dans un tel contexte, sur la plus-value concrète d'une codification de la pratique Schubert en termes généraux. En effet, la procédure décrite ne doit pas nécessairement être réglée dans une loi fédérale indépendamment du cas d'espèce, mais peut simplement rester disponible à l'avenir, dans la mesure où le Parlement souhaiterait expressément inscrire dans une loi fédérale une disposition incompatible avec une disposition du droit international et devant prévaloir sur celle-ci. L'avantage de la réglementation ponctuelle par le législateur est qu'elle arbitre uniquement entre une disposition concrète d'une loi fédérale et une disposition concrète d'un traité international, sans remettre fondamentalement en question la séparation des pouvoirs par rapport au TF. Dans tous les cas de figure non concernés par la réglementation, les règles de conflit éprouvées du TF pourraient continuer d'être appliquées et développées de manière flexible en fonction de l'évolution de la situation.

**Enfin, il convient de noter que l'Assemblée fédérale aura toujours la possibilité de codifier la pratique Schubert ultérieurement.** Avec le paquet Suisse-UE, le Conseil fédéral sera tenu de faire rapport une fois par législature sur la mise en œuvre des éléments institutionnels des accords relatifs au marché intérieur (art. 147a, al. 2, P-LParl). Il pourra alors également rendre compte de la manière de gérer d'éventuels conflits entre des lois fédérales et les accords relatifs au marché intérieur. S'il devait s'avérer dans un cas concret, après l'entrée en vigueur du paquet Suisse-UE, que le TF donne la priorité à un accord sur le marché intérieur alors que le législateur voulait expressément s'en écarter, le Parlement pourrait à tout moment, en vertu de ses droits d'initiative et de proposition, charger le Conseil fédéral d'élaborer un projet visant à inscrire la pratique Schubert au niveau constitutionnel ou légal. D'autres possibilités d'inscrire la pratique Schubert au niveau légal pourraient, elles aussi, être approfondies à cette occasion, par exemple une limitation de l'accès à l'examen judiciaire par une restriction des motifs de recours. Compte tenu de l'expérience acquise entre-temps avec les éléments institutionnels, la réglementation pourrait être axée dans ce cadre sur les situations de conflit de normes et les accords concrètement concernés.