

L'Espace économique européen: conséquences législatives pour la Confédération et les cantons

OLIVIER JACOT-GUILLARMOD

1. Introduction

Le 14 décembre 1990, la conseillère nationale Nabholz déposait un postulat (90.979), appuyé par 31 cosignataires, invitant le Conseil fédéral à présenter aux Chambres un rapport qui exposerait les adaptations législatives prévisibles rendues nécessaires par la reprise de l'acquis communautaire dans le cadre de la création d'un Espace économique européen (EEE) et qui exposerait de surcroît les modifications supplémentaires qu'impliquerait une éventuelle adhésion à la Communauté.

Il appartiendra au Conseil fédéral, le moment venu, de donner suite à ce postulat. On voudrait se borner, ici, à "camper le décor" d'une entreprise législative qui ne connaît pas de précédent dans l'histoire de la Confédération suisse. C'est en effet la première fois que l'entrée en vigueur pour la Confédération d'un traité international - le Traité instituant l'EEE devrait entrer en vigueur le 1er janvier 1993 - impliquera des adaptations législatives d'une telle ampleur, tant pour la Confédération que pour les cantons.

Il est permis de penser que l'adoption de ce "paquet législatif EEE" entraînera également quelques bouleversements chez les principaux acteurs de la procédure législative traditionnelle (administration, parlement, peuple), mais aussi, sans doute, chez ceux qui, sous l'égide de la Société suisse de législation, s'efforcent de développer dans notre pays la conscience de la nécessité d'une approche scientifique de la "méthode législative".

Pour bien comprendre le phénomène dans ce qu'il a de nouveau, il convient de rappeler brièvement le *cadre politique européen* et les *contraintes juridiques internationales* - voilà la nouveauté - qui détermineront largement cette aventure législative que la Suisse s'apprête à vivre.

2. Le cadre politique européen

La réunion ministérielle AELE-CE de Bruxelles du 19 décembre 1990 a clairement montré que tant les pays de l'AELE que ceux de la Communauté tiennent fermement à ce qu'un accord EEE, partie intégrante de la nouvelle architecture européenne, entre en vigueur le 1er janvier 1993, simultanément avec la mise en place du marché intérieur communautaire.

Le rapprochement des liens entre l'AELE et la Communauté, juridiquement fondés sur des accords de libre-échange de 1972, a connu un développement pragmatique depuis le 9 avril 1984 (déclaration CE-AELE de Luxembourg), et subi une accélération et une systématisation spectaculaires depuis le 17 janvier 1989 (discours de M. Jacques Delors devant le Parlement européen). Les négociations formelles tendant à la mise en place d'un EEE à partir du 1er janvier 1993 ont débuté le 20 juin 1990 et devraient s'achever en juillet 1991.

Les profonds changements de l'environnement politique européen de ces deux dernières années (dont les deux dates symboles demeureront sans doute la chute du mur de Berlin le 9 novembre 1989 et l'unification allemande le 3 octobre 1990) ont eu pour conséquence d'imposer aux pays de l'AELE de mettre une sourdine sur leurs particularismes nationaux (notamment juridiques et législatifs) et de leur imposer de parler, à la table de négociation, d'une seule voix.

3. Les contraintes juridiques

C'est dans le prolongement de cette vague de fond politique que s'est imposée, avec une vigueur inattendue, l'exigence de la Communauté que les pays de l'AELE reprennent tout "l'acquis communautaire" se situant dans le prolongement de la mise en place du marché intérieur communautaire. Certes, on souligne avec force, du côté AELE, la nécessité de mettre en place des solutions institutionnelles satisfaisantes ainsi que le fait que l'EEE ne sera qu'une construction de droit international "classique", se démarquant clairement de l'ordre juridique communautaire, dont on sait qu'il se situe à mi-chemin entre le droit international et le droit interne. On ne saurait cependant nier la force d'attraction considérable de cet ordre juridique "sui generis" qu'est le droit communautaire sur la construction de l'EEE. Car le but des futures parties à l'accord (soit de la Communauté et des 6 pays de l'AELE, qui seront 7 en 1993, par suite de l'entrée du Liechtenstein dans l'organisation) est de créer un EEE non seulement économiquement, mais juridiquement "homogène". Enoncer le principe revenait, dans une certaine mesure, à en déduire la conséquence au plan normatif: il fallait sinon utiliser, du moins s'inspirer des moules juridiques préexistants que sont les règlements, les directives et les décisions communautaires.

Rappelons que selon l'article 189 du Traité CEE, le "règlement" a une portée générale, il est obligatoire dans tous ses éléments et directement applicable dans tout Etat membre; la "directive" lie tout Etat membre quant au résultat à atteindre, tout en laissant aux instances nationales la compétence quant à la forme et aux moyens; quant à la "décision", elle est obligatoire en tous ses éléments pour les destinataires qu'elle désigne.

Par ailleurs, il était impossible de prétendre créer une homogénéité juridique au sein de l'EEE sans trouver des solutions satisfaisantes en ce qui concerne le problème de l'"effet direct" du droit de l'EEE et de sa "primauté" sur le droit des parties contractantes. Des solutions sont en vue dans le cadre des négociations en cours. Restait à régler le problème de la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes, dont on sait qu'elle revêt une importance capitale pour l'interprétation et la cohérence du droit com-

munautaire. Malgré certains points en suspens, il est prévisible que cette jurisprudence fera partie intégrante de la substance normative de l'EEE.

4. Le choix d'une méthode d'intégration de l'acquis communautaire dans l'ordre juridique suisse

L'expression "acquis communautaire" recouvre l'ensemble des sources écrites ou non écrites de l'ordre juridique des Communautés européennes. Il s'agit du droit *primaire* (Traités CECA, CEE, Euratom et actes de rang équivalent, tel que l'Acte unique européen de 1986); du droit *secondaire* (pour l'essentiel les catégories d'actes mentionnées à l'art. 189 CEE précité); du droit des relations extérieures de la Communauté (dont l'Accord de libre-échange Suisse-CEE de 1972 fait partie); et de divers actes de droit "complémentaire", ensemble assez hétéroclite de normes qui se situent à la périphérie du droit communautaire et qui y sont rattachés par des liens plus lâches. La jurisprudence de la Cour de Luxembourg représente une importance si grande que certains, non sans raison, y voient une expression, parmi d'autres, du droit constitutionnel communautaire.

Dans le cadre de la mise en place de l'EEE, la Communauté et les Etats membres de l'AELE n'envisagent de reprendre que l'acquis communautaire "pertinent" (ce qui exclut l'acquis communautaire relatif à la politique agricole commune, à la politique commerciale commune, à l'union douanière et, a fortiori, à l'Union économique et monétaire et à l'Union politique, deux projets en chantier). Il n'en demeure pas moins que l'acquis communautaire pertinent revêt une ampleur quantitative considérable: dans le communiqué final de la réunion ministérielle de Bruxelles du 19 décembre 1990, il est fait mention de 1400 actes. Ce sont eux qui détermineront, dans une large mesure, le paquet législatif EEE qui devra être adopté en Suisse, pour une bonne part au 1er janvier 1993, pour le reste dans les termes prévus par les périodes de transition qui restent à négocier.

L'auteur de ces lignes a esquissé récemment quelques problèmes juridiques liés à la reprise de l'acquis communautaire dans l'ordre juridique suisse (*Zentralblatt* 91, 1990, p. 425-440, spéc. p. 433 ss). Il voudrait se borner à souligner ici, dans l'optique de la méthode législative, que l'intégration de l'acquis communautaire dans l'ordre juridique suisse aura lieu en deux phases.

Il s'agira d'abord - tel est l'un des objets essentiels de la négociation en cours - d'intégrer l'acquis communautaire pertinent dans le futur *Traité EEE*. Le corps principal de ce dernier comprendra d'une part un certain nombre de dispositions qui seront largement inspirées du *Traité CEE* lui-même, d'autre part un nombre considérable d'annexes, qui intégreront les 1400 actes précités (en s'y référant). On parle de quelque 12'000 pages de textes juridiques.

Il s'agira ensuite de veiller à la bonne intégration du *Traité EEE* dans l'ordre juridique suisse, de manière à garantir tant la légitimation démocratique du processus que la sécurité et l'accessibilité juridiques des textes. Une attention particulière devra non seulement être consacrée aux modalités de l'approbation parlementaire et du référendum constitutionnel, mais aussi à la maîtrise des aspects de technique juridique, essentiels eux-aussi (publication adéquate; mise au point d'une version consolidée des textes intégrant les modifications des actes de base, à l'instar de notre recueil systématique).

5. Un impressionnant échéancier législatif

C'est la procédure d'approbation en Suisse du *Traité EEE* lui-même qui déterminera l'échéancier correspondant de la législation d'accompagnement à adopter dans le cadre du programme de législation *EEE*.

Concrètement, si l'on procède à un simple compte à rebours, on tombe brusquement sur quelques évidences peu rassurantes: entrée en vigueur du *Traité* le 1.1.1993; référendum constitutionnel en sep-

tembre 1992; traitement parlementaire lors du 1er semestre 1992; traitement du dossier au sein des commissions parlementaires en automne 1991; donc rédaction du message en été 1991, immédiatement après la signature du Traité en juin ou juillet 1991.

Il serait évidemment tentant de remettre à plus tard les adaptations législatives qu'impliquera l'entrée en vigueur du Traité EEE. Mais il faut se rendre compte que pour créer une situation de transparence juridique et, par conséquent, un climat de confiance chez le citoyen qui sera appelé à se prononcer, il faudra bien se préoccuper de mettre le droit suisse en harmonie avec le droit de l'EEE. Il serait erroné de penser que l'octroi de périodes de transition dans les domaines les plus sensibles (libre circulation des personnes, achat d'immeubles par les personnes domiciliées à l'étranger, droit des sociétés, etc.) nous permettra de reporter massivement ces échéances législatives. Il faut au contraire penser qu'une bonne partie du paquet législatif EEE devra être adopté au 1er janvier 1993. Comment, du point de la méthode législative, relever ce défi?

6. Utilité et limites de certains modèles

Par sa dimension interdisciplinaire, la procédure d'adoption du paquet législatif EEE ressemblera, par certains côtés, à la procédure qui a abouti à l'adoption des deux paquets de la nouvelle répartition des tâches entre la Confédération et les cantons. Mais là s'arrêtent les comparaisons. Le paquet législatif EEE impliquera la modification, parfois profonde - ou la création, dans certains cas - de plus de 60 lois fédérales, de nombreux arrêtés fédéraux de portée générale, et de dizaine d'ordonnances du Conseil fédéral, sans parler des modifications législatives dans les cantons.

La possibilité qu'offre l'article 7 de la loi sur les rapports entre les conseils (RS 171.11) de ne pas soumettre au référendum certains actes législatifs offre également certains perspectives, mais, ne représente pas non plus une panacée, du moins en tant que technique législative isolée.

La possibilité d'habiliter le Conseil fédéral à procéder à des adaptations législatives par voies d'ordonnances (exemples: RO 1985, 699; 1987, 808; 1989, 2116) présente un intérêt, mais ne constitue assurément pas une méthode qui pourrait être généralisée.

Même remarque pour l'octroi aux commissions parlementaires de compétences législatives ou de la compétence d'approuver des ordonnances du Conseil fédéral (voir, *mutatis mutandis*, l'approbation parlementaire des ordonnances du Conseil fédéral sujettes à approbation).

A la recherche de solutions originales, relevons l'intérêt de la possibilité d'assortir une délégation législative au Conseil fédéral d'un droit d'évocation de l'Assemblée fédérale (voir l'art. 10 al. 2 de la loi fédérale sur les mesures économiques extérieures, RS 946.01, avec droit d'approbation et de modification; voir également JAAC 1987 no 58, en matière internationale). On rapprochera de ce modèle l'article 106, adopté en 1978, de la Constitution du canton de Berne de 1893 (RS 131.212), qui donne compétence au Conseil-exécutif de "procéder à l'adaptation rédactionnelle de lois et décrets qu'implique la séparation" (avec le Jura), et qui oblige l'exécutif cantonal à présenter au Grand Conseil "un rapport portant sur les adaptations qu'il opérera", le Grand Conseil pouvant à cette occasion "former opposition contre chacune d'elles".

Toutes ces techniques législatives présentent, à un titre ou à un autre, un intérêt dans l'optique de l'intégration dans l'ordre juridique suisse du droit de l'EEE. Mais leur simple énoncé montre les limites des modèles et la nécessité de procéder, ici, par une démarche plus fondamentale que celle de la simple reproduction de modèles éprouvés.

L'imagination est au pouvoir, mais le temps presse. Que faire pour "digérer", sur le plan législatif, cette énorme avalanche prévisible d'actes normatifs EEE?

7. Nécessité d'une approche législative "macroscopique"

Dans un brillant ouvrage paru en 1975 (au Seuil, aujourd'hui en Livre de poche), le biologiste et informaticien Joël de Rosnay, adepte de la réflexion systémique, avait suggéré qu'en cette fin de siècle, pour observer et comprendre l'infiniment complexe, nous ne fassions pas seulement usage du microscope et du télescope, pour regarder l'infiniment petit et l'infiniment grand, mais que nous nous dotions d'un nouvel outil, le "macroscopie", pour observer et comprendre l'infiniment complexe et l'infiniment changeant.

Peut-être est-ce d'un outil intellectuel de ce type qu'il nous faut pour mener à bien le paquet législatif EEE. Nous avons en effet besoin, dans ce contexte, non seulement d'une méthode législative efficace, mais d'une méthode rapide, fiable, et respectueuse des exigences démocratiques de notre Etat. En même temps, nous devons admettre, de manière réaliste, que tout perfectionnisme risquerait de faire échouer lamentablement l'entreprise. Comment, dès lors, réussir cette quadrature du cercle législatif?

Qu'il me soit permis, ici, en respectant le secret de fonction, de lever un coin du voile sur des réflexions très préliminaires que nous avons actuellement au sein de l'administration fédérale, tout spécialement au sein de l'Office fédéral de la justice.

Il nous semble en premier lieu que la procédure législative ordinaire, qui est évidemment irréprochable - du moins formellement - pour l'exercice de la démocratie, ne semble guère praticable intégralement ici en raison de l'ampleur du paquet législatif EEE et des contraintes de temps rappelées ci-dessus. On a également relevé dans ce contexte le caractère pour le moins ingrat d'une telle tâche législative pour le Parlement, qui souhaite lui-même se concentrer sur l'essentiel, lorsque l'on sait que les futures règles du droit EEE ne laisseront souvent aucune ou peu de marge d'appréciation dans leur mise en oeuvre (cas des règlements; cas de certaines directives).

Assurément le plus expéditif, le moyen consistant à recourir systématiquement à des délégations législatives de la part du Parlement

au Conseil fédéral (voir même à des délégations accordées par le constituant dans l'arrêté fédéral d'approbation) serait politiquement et démocratiquement critiquable s'il devait s'appliquer à des domaines de législations fondamentaux.

Il paraît ensuite difficile de ne prévoir qu'une seule loi d'application, de mise en oeuvre ou d'introduction du Traité EEE, en raison de l'hétérogénéité et du nombre des textes législatifs à adopter dans le cadre du paquet législatif EEE.

De même, s'il est prévisible qu'il faudra néanmoins adopter une loi fédérale et un ou plusieurs arrêtés fédéraux de mise en oeuvre du Traité EEE pour régler certaines questions institutionnelles ou pratiques (par ex. pour désigner les membres suisses dans l'organe parlementaire EEE), ces actes ne permettront pas de procéder aux modifications législatives autres que ponctuelles.

Par ailleurs l'on a déjà relevé plus haut qu'il serait probablement fatal, pour le projet EEE tout entier de ne soumettre au Constituant que l'approbation du Traité EEE, en remettant à des jours plus cléments les modifications législatives nécessairement impliquées par elles.

Ces diverses réflexions incitent à se demander s'il ne conviendrait pas de donner la préférence à une option législative intermédiaire à certains égards nouvelle, de caractère global, qui consisterait à confier au Parlement le soin de fixer les choix législatifs principaux (*Grundsätze der Anschlussgesetzgebung*) et au Conseil fédéral le soin de légiférer provisoirement, jusqu'au 1er janvier 1993, par voie d'ordonnances, dans le cadre ainsi fixé par le Parlement. Passé le délai du 1er janvier 1993 (délai impératif pour les règles EEE qui doivent s'appliquer dès cette date), le Parlement pourrait transformer ce droit réglementaire en législation en bonne et due forme, dans le respect bien entendu des contraintes fixées par le droit matériel EEE lui-même.

Une telle méthode aurait l'avantage de permettre au Parlement de se concentrer sur l'essentiel et au Conseil fédéral de concrétiser ces

mandats législatifs afin de respecter les échéances européennes, in-contournables.

Mais tout cela n'est que premières réflexions.

8. Conséquences législatives pour les cantons

La mise en place de l'EEE posera également, ainsi que l'a montré un premier éventaire entrepris au sein de l'Office fédéral de la justice, des problèmes législatifs importants aux cantons.

Sans doute leur incombera-t-il de résoudre eux-mêmes ces problèmes, en fonction de leur sensibilité, de leurs moyens et de leurs ambitions. Chacun d'eux sera toutefois fortement tributaire de la façon dont le législateur fédéral s'acquittera de sa tâche, dans tous les domaines où les compétences fédérales et cantonales sont complémentaires.

Le Groupe de contact de la Confédération et des cantons, qui s'est consacré à trois reprises en 1990 aux questions d'intégration européenne, a montré que les cantons souhaitent connaître dès que possible la mesure de l'intervention du législateur fédéral dans le cadre de la mise en place de l'EEE, afin qu'une action législative conséquente puisse être entreprise au niveau cantonal.

Dans ce domaine aussi, on pense à certains modèles.

Des lois cantonales euro-compatibles, prises par le législateur cantonal ordinaire, sont évidemment l'idéal à atteindre, mais il n'est guère réaliste d'espérer que tous les cantons puissent se mettre, sans exception, au diapason du droit européen dans tous les domaines où ils seront obligés d'intervenir jusqu'au 1er janvier 1993.

La forme du concordat, si lourde à négocier et si rarement créatrice d'un régime uniforme par suite de la lenteur des procédures d'adoption ou de ratification, n'est manifestement pas le modèle idéal non plus. Il est même à déconseiller, pensons-nous.

Les lois-cadres pourront présenter un intérêt lorsqu'il s'imposera de régir de manière cohérente une matière sur tout le territoire de la Confédération.

Enfin, l'usage de modèles de lois pourrait s'avérer approprié dans certains cas.

Certaines dispositions du Titre final du Code civil suisse pourrait également présenter un intérêt. Ainsi, dans l'esprit de l'article 52 du Titre final, il pourrait s'avérer nécessaire d'habiliter provisoirement les cantons à légiférer par ordonnances d'exécution toutes les fois que les règles complémentaires du droit cantonal seront nécessaires à l'application du droit de l'EEE dans les délais prescrits par le Traité EEE. Selon le cas, ces règles pourraient être soumises à notification au Conseil fédéral ou à sanction de ce dernier (voir sur ce dernier point l'art. 52 al. 3 du Titre final). Enfin, dans l'esprit de l'article 53 du Titre final, il pourrait s'avérer nécessaire, si un canton ne prenait pas en temps utile les dispositions complémentaires indispensables, d'habiliter le Conseil fédéral à rendre provisoirement, "en son lieu et place", les ordonnances nécessaires en portant le fait à la connaissance de l'Assemblée fédérale.

9. L'importance cardinale de l'arrêté d'approbation du Traité EEE

Il est prévisible que l'arrêté d'approbation du Traité EEE sera soumis à l'acceptation du peuple et des cantons, donc revêtira un rang constitutionnel, comme ce fut le cas lors de l'adhésion de la Suisse à la Société des Nations ou lors de l'approbation de l'Accord de libre-échange de 1972.

Plusieurs auteurs (notamment MM. Dietrich Schindler, Aldo Lombardi et Hansjörg Seiler) ont estimé qu'il conviendrait d'utiliser cet arrêté pour procéder à certaines modifications constitutionnelles fonctionnellement nécessaires à une intégration claire et sans faille du Traité EEE dans notre ordre constitutionnel (question de la primauté du droit de l'EEE; des répercussions sur le droit d'initiative et

de référendum; obligation des organes d'application du droit de ne pas appliquer le droit interne contraire au droit directement applicable de l'EEE, etc.). Il ne saurait être question, ici, d'entrer dans le vif de cette passionnante discussion constitutionnelle. L'auteur de ces lignes voudrait seulement dire qu'il est favorable aux thèses qui ont été soutenues - pour l'essentiel de manière concordante - par ses trois auteurs (voir les références aux publications correspondantes dans l'article récemment publié par A. Lombardi dans *Zentralblatt* 91, 1990, p. 441-472, note 1). Il ne croit en effet pas que l'on puisse, comme le préconisent certains (Raimund E. Germann, *RDS* 109, 1990, I, p. 1-16 et *NZZ* du 11.1.1991; et Jörg Paul Müller, dans "*Der Bund*", janvier 1991), d'abord procéder à une révision totale de la Constitution avant de s'intégrer en Europe.

Ce qui paraît essentiel, dans l'optique du paquet législatif EEE, c'est que l'arrêté fédéral en question contienne une disposition selon laquelle ledit paquet législatif EEE devant entrer en vigueur le 1er janvier 1993 ne serait pas formellement soumis au référendum facultatif: ce qui reviendrait à dire que l'acceptation du Traité EEE par le peuple et les cantons permettrait également de sanctionner - politiquement - les différentes composantes du paquet législatif EEE (directives de législation précitées du Parlement; modifications législatives spécifiques; légitimation des ordonnances législatives à prendre dans le cadre de cette délégation législative par le Conseil fédéral).

Ainsi serait assurée la cohérence juridique entre les aspects internationaux, constitutionnels et législatifs de la mise en place de l'EEE dans l'optique suisse.