

# Adaptation du droit suisse au droit de l'EEE<sup>1</sup>

---

ANDREAS AUER

## 1. Le droit directement et le droit non directement applicable

A première vue, cette distinction paraît pertinente pour le motif que seule la mise en oeuvre des directives laisse au législateur suisse une marge de manoeuvre, une latitude de jugement, un choix du "comment", tandis que l'adaptation aux règles directement applicables le prive de toute liberté d'appréciation, tant le "si" que le "comment" découlant impérativement du droit de l'Espece économique européen (EEE).

A regarder de plus près, ce n'est pas l'existence ou l'absence de cette latitude de jugement du législateur national qui fonde la pertinence de la distinction entre les règles directement applicables et les autres. D'une part, même les règlements nécessitent parfois des normes nationales de concrétisation, par exemple pour compléter les règles communautaires par des modalités appropriées, définir les organes chargés de l'application, fixer les règles de procédure, prévoir des sanctions etc<sup>2</sup>. D'autre part et surtout, les directives ont souvent tendance à être si détaillées et précises que leur mise en oeuvre, n'impliquant plus aucun choix, se réduit à une transforma-

---

<sup>1</sup> Rapport d'audition soumis au Groupe de travail parlementaire "Intégration au droit de l'EEE" le 3 mai 1991. Les réflexions qui suivent se fondent sur l'hypothèse que la CEE et l'AELE parviennent à parapher avec succès un traité constitutif de l'EEE, la Suisse signe ce traité et que la Suisse reconnaît que la ratification du traité EEE n'est qu'un moyen, une étape provisoire, en vue d'une adhésion pleine et entière à la CE.

<sup>2</sup> G. ISAAC, Droit communautaire, 3e éd. Paris 1990 188; H. SEILER, EG, EWR und schweizerisches Staatsrecht, Berne 1990 65.

tion formelle<sup>3</sup>. Enfin, de façon générale, on sait que toute application du droit implique une part de création du droit.

Un deuxième critère qui semble justifier la distinction concerne la conséquence juridique en cas de défaut de concrétisation. La non-adaptation du droit national aux règles communautaires directement applicables n'empêche pas ces règles d'être appliquées par toutes les autorités judiciaires et administratives nationales, tandis que le refus de concrétisation d'une directive fait obstacle à l'application de celle-ci, de sorte que la responsabilité internationale de la Suisse serait engagée. On pourrait donc être tenté de conclure que dans le premier cas, la concrétisation nationale est sinon inutile du moins d'une importance pratique secondaire, alors que dans le second cas, elle s'avère indispensable au déploiement d'effets juridiques du droit communautaire.

Cependant, la jurisprudence de la Cour de justice a considérablement atténué la différence esquissée, à tel point que la conclusion précitée doit être considérée comme erronée. Il n'est pas vrai - précisa-t-elle en 1986 - que les principes de l'effet direct et de la primauté du droit communautaire dispensent le législateur national d'adapter le droit interne aux dispositions directement applicables<sup>4</sup>. Il n'est pas vrai non plus - répète-t-elle depuis plus de 20 ans - qu'une directive non concrétisée ne peut déployer d'effet direct: exceptionnellement et à certaines conditions, les directives sont directement applicables et directement invocables par les particuliers devant les instances nationales<sup>5</sup>. Dans les deux cas, la concrétisation du droit de l'EEE sera donc nécessaire, sans être indispensable à son efficacité.

Claire en théorie, la distinction l'est donc beaucoup moins dans la pratique. S'y ajoute une difficulté supplémentaire, à savoir celle de déterminer, dans chaque cas particulier, si une règle appartenant au droit de l'EEE est directement applicable ou non. Quelle autorité va

---

<sup>3</sup> ISAAC (note 2) 118, 187; SEILER (note 2) 67.

<sup>4</sup> SEILER (note 2) 31.

<sup>5</sup> ISAAC (note 2) 163 ss; SEILER (note 2) 62.

trancher cette question? En raison de la suprématie du droit de l'EEE et du monopole que la Cour de Justice s'est attribué dans l'interprétation et l'appréciation de validité du droit communautaire<sup>6</sup>, il ne pourra s'agir que d'une instance créée par le traité EEE. Or, cette détermination - à supposer qu'il y aura une instance judiciaire de l'EEE - sera toujours partielle et lacunaire. En droit interne, il serait certes tentant de demander à l'administration de faire la liste des règles directement applicables et d'indiquer au législateur s'il dispose encore d'une marge de manoeuvre. Tentant mais dangereux, dans la mesure où il s'agit, en dernière analyse, d'une décision politique qu'il n'appartient pas à l'administration de trancher, sans que, pour des raisons évidentes, le législateur soit lui-même en mesure de la faire.

Que le critère de l'applicabilité directe est inutilisable pour déterminer selon quelle procédure législative le droit suisse devra être adapté au droit de l'EEE résulte enfin de ce qu'il permet d'aboutir à deux conclusions radicalement différentes et même contradictoires:

- a. On peut en effet en déduire que l'adaptation au droit directement applicable, puisqu'elle ne laisse plus de marge de manoeuvre au législateur national, ne devrait relever ni du peuple ni même du parlement - tous deux indignes de servir de simple scribe - mais de l'exécutif voire de l'administration qui pourraient bénéficier de larges délégations. A quoi bon ouvrir un débat parlementaire voire la procédure référendaire s'il ne s'agit que de réécrire ce que d'autres ont décidé? Seule la mise en oeuvre des directives, impliquant un choix véritable, mériterait de se dérouler selon la procédure législative ordinaire.
- b. A l'opposé, on peut tout aussi bien soutenir que, puisque les autorités judiciaires et administratives devront de toute façon faire prévaloir les règles directement applicables sur les règles nationales qui lui sont contraires, rien ne justifie de faire une entorse au strict respect de la procédure législative ordinaire. En revanche, puisque la concrétisation des directives doit intervenir dans un délai déterminé et que toute erreur ou retard

---

<sup>6</sup> Art. 164 CEE; Arrêt du 22 octobre 1987 Foto-Frost, aff. 314/85.

empêche le droit de l'EEE de produire des effets et constitue un manquement aux obligations communautaires, il conviendrait de la déléguer, au moins à titre provisoire, à l'exécutif.

En conclusion, la distinction ne me paraît pas pertinente pour l'adaptation du droit suisse au droit de l'EEE. Ce droit ne tombe pas dans un espace vide mais trouvera place dans un ordre juridique complexe qui doit apprendre à vivre avec cette nouvelle donnée. Concrètement, il s'agira de réviser et/ou d'abroger les dispositions constitutionnelles, législatives et réglementaires qui s'appliquent aux différents domaines couverts par le droit de l'EEE. Vouloir distinguer les cas où il suffirait d'abroger les (anciennes) règles incompatibles avec les normes directement applicables de ceux où il conviendrait d'édicter les (nouvelles) règles nécessaires à la mise en oeuvre des normes non directement applicables paraît dès lors artificiel et non pertinent pour le choix de la procédure législative appropriée.

## **2. Modifications qui doivent être effectuées, au 1er janvier 1993 et modifications ultérieures**

Il est certain que ces échéances sont impératives pour toutes les autorités chargées de tâches d'adaptation. Mais il est tout aussi certain, s'agissant surtout de l'échéance du 1er janvier 1993, qu'il est illusoire de croire qu'il sera possible d'éliminer toute contradiction normative entre le droit suisse et le droit de l'EEE à cette date. Cela fait plus d'un siècle que le droit fédéral prime le droit cantonal et il se trouve encore des dispositions cantonales, parfois même anciennes, qui ne sont pas en harmonie avec le droit fédéral<sup>7</sup>. Même helvétique, la perfection n'est pas de ce monde. Le serait-elle, le droit - et

---

<sup>7</sup> Depuis 1891, le droit genevois permet la publication des jugements de divorce. Depuis 1953 au moins, l'OEC exclut la consultation des registres d'état civil (art. 29). C'est pourtant en 1988 seulement que le Tribunal fédéral a déclaré inconstitutionnelle cette "tradition genevoise", ATF 114 II 307 G.

les juristes - deviendraient inutiles tant il est vrai qu'une norme, pour être juridique, doit pouvoir être violée...<sup>8</sup>.

La vraie question est celle de savoir si le caractère impératif de ces délais justifie le recours à une procédure législative extraordinaire, inconnue en droit positif, qui devrait être approuvée par le constituant en même temps qu'il se prononce sur l'approbation du traité EEE. La réponse - à mon avis négative - dépend du principe directeur qui doit guider le processus d'adaptation du droit suisse au droit de l'EEE (infra III).

### 3. Le principe directeur du processus d'adaptation

Ce principe doit être le strict respect des procédures législatives ordinaires et extraordinaires que connaît notre ordre constitutionnel. Il s'impose pour des raisons tant juridiques que politiques.

Juridiquement, l'approbation et la ratification d'un traité, même important, n'est pas une chose nouvelle, imprévue ou extraordinaire pour notre ordre constitutionnel. Que le traité l'emporte sur le droit interne n'est, à vrai dire, pas non plus une surprise. Le principe du parallélisme des formes exige qu'une norme ne peut être modifiée ou abrogée que selon la même procédure qui a conduit à son adoption<sup>9</sup>. La Cour de Justice a confirmé son importance en jugeant que "*l'incompatibilité de la législation nationale avec les dispositions du traité ne (peut) être définitivement éliminée qu'au moyen de dispositions internes à caractère contraignant ayant la même valeur juridique que celles qui doivent être modifiées*"<sup>10</sup>. Le respect de ce principe essentiel s'impose pour des raisons tenant à la démocratie, à la séparation des pouvoirs et à la sécurité du droit. Il convient donc de recourir en premier lieu aux procédures constitutionnelles, législatives et réglementaires ordinaires pour mettre le droit interne en harmonie avec

---

<sup>8</sup> Jean-François AUBERT, La Constitution, son rôle, son utilité, RDS 1991 I.

<sup>9</sup> ATF 112 Ia 136, 139 X.

<sup>10</sup> Arrêt du 15 octobre 1985, Commission c. Italie, aff. 168/85, Rec. 1986 2946.

le droit de l'EEE. Le constituant et le législateur fédéraux, conscients de la complexité de ces procédures, ont par ailleurs prévu un certain nombre de procédures extraordinaires qu'il s'agira d'utiliser en second lieu. Ce n'est que lorsque ces deux types de procédures ne permettraient manifestement pas à la Suisse de remplir ses obligations découlant du traité EEE que la question d'une procédure ad hoc pourrait se poser. A mon avis, elle ne se pose pas.

Politiquement, l'obstacle principal sera le vote du constituant. Vu notamment les concessions importantes que l'AELE a dû faire pendant les négociations, le caractère ambigu de l'EEE, la complexité de la matière, etc., un résultat positif n'est pas d'emblée acquis, peu s'en faut. Or, plus on charge le bateau, moins ce résultat sera probable. Si, en plus du principe de l'approbation du traité EEE, le peuple et les cantons doivent se prononcer sur l'abrogation des dispositions constitutionnelles contraires au droit de l'EEE, le principe de la primauté du droit EEE, la délégation extraordinaire au Conseil fédéral ou au parlement, l'attribution d'une clause de compétence européenne à la Confédération, etc., il y a fort à parier que le projet de l'EEE sera noyé entre les adversaires de tout rapprochement à l'Europe, les partisans d'une adhésion directe, les démocrates, les fédéralistes et les habituels Nein-sager. D'où il semble résulter que, pour donner un maximum de chances à l'EEE, seule la question principale, à savoir l'approbation du traité, sera soumise au vote du peuple et des cantons.

On ne peut pas prétendre que le rapprochement de la Suisse au processus d'intégration de l'Europe n'est incompatible ni avec le fédéralisme<sup>11</sup> ni avec la démocratie directe<sup>12</sup> pour ensuite, à la première occasion - qui ne sera peut-être même pas la bonne - proposer que, pour adapter notre droit au droit européen, il convient d'écarter d'emblée l'exercice, par le peuple, le parlement et les cantons, de leurs compétences législatives ordinaires. Il convient au contraire de fournir la preuve que notre ordre constitutionnel est suffisamment développé, suffisamment souple et suffisamment efficace pour pou-

---

<sup>11</sup> Blaise KNAPP, *Quel fédéralisme demain?* RDS 1991 I 83-102.

<sup>12</sup> Andreas AUER, *La démocratie directe face à l'intégration européenne*, (1991).

voir digérer la reprise intégrale de l'acquis communautaire et l'adaptation à l'évolution future du droit de l'EEE dans le strict respect des compétences de tous les organes et collectivités qui participent aux procédures législatives.

On objectera peut-être qu'il vaut mieux exclure le référendum et la procédure parlementaire plutôt que de faire voter les électeurs et de faire discuter les députés sur une règle qui, en vertu du principe de la primauté du droit de l'EEE, devra de toute façon être appliquée. L'objection serait justifiée si la mise en oeuvre du droit de l'EEE directement applicable rendait inutile toute intervention du législateur national. On a vu que tel n'est pas le cas<sup>13</sup>. Or, du moment qu'une adaptation législative respectant le principe du parallélisme des formes s'impose, la mise à l'écart des compétences législatives du peuple, du parlement et des cantons et l'attribution de larges compétences à l'exécutif et à l'administration ne se justifie pas, au contraire: elle donnerait raison à tous ceux qui estiment que le rapprochement de la Suisse à l'Europe est incompatible avec la démocratie directe et la fédéralisme.

Par ailleurs, il n'y a rien d'antidémocratique ou de démagogique que de munir de la clause référendaire une loi qui doit être modifiée en raison d'une disposition impérative de l'EEE. La légitimité des institutions démocratiques découle de la possibilité qu'ont les citoyens de les utiliser; qu'ils ne les utilisent pas ne lui porte pas préjudice<sup>14</sup>. Que le Tribunal Fédéral puisse, sur recours de droit public, annuler une loi cantonale qui viole un droit constitutionnel n'est pas une raison pour empêcher les électeurs cantonaux de se prononcer sur cette loi. Qu'une disposition d'une loi d'adaptation refusée par le peuple doive le cas échéant néanmoins s'appliquer n'est pas une raison pour empêcher les électeurs fédéraux de se prononcer sur cette loi.

---

<sup>13</sup> *Supra* No 4.

<sup>14</sup> A. AUER, *Problèmes fondamentaux de la démocratie suisse*, RDS 1984 I 1, 94.

#### **4. La concrétisation du principe**

Selon le niveau normatif et l'échéance de l'adaptation, les procédures suivantes pourraient être utilisées:

##### **4.1 Dispositions constitutionnelles contraires au droit de l'EEE**

Pour des raisons que j'ai développées ailleurs<sup>15</sup>, ces dispositions, rares au demeurant, pourront être laissées "dans les livres". Elles ne seront plus appliquées, c'est tout. Une révision constitutionnelle indépendante n'aura pas d'effet juridique, une abrogation parallèle à l'approbation du traité EEE non plus, et une abrogation par le Conseil fédéral sur la base d'une autorisation spéciale conférée par la constitution encore moins. Notre constitution contient d'autres dispositions désuètes que personne ne songe à abroger<sup>16</sup>.

##### **4.2 Les révisions constitutionnelles**

On peut songer notamment à l'abrogation de l'art. 113 al. 3 Cst.<sup>17</sup>, à la consécration du principe de la primauté du droit international ou européen, etc. Ici, il conviendrait de suivre en tous points la procédure ordinaire qui s'achèvera le cas échéant par un référendum obligatoire indépendant de lui et qui portera sur l'approbation du traité EEE.

##### **4.3 Les modifications législatives qui doivent entrer en vigueur le 1er janvier 1993**

Il s'agit de la modification des 58 lois fédérales énumérées dans l'annexe du rapport du Conseil fédéral du 26 novembre 1990. C'est ici que semble se poser le plus grand problème de technique législa-

---

<sup>15</sup> AUER (note 12) No 21.

<sup>16</sup> Par exemple les art. 62, 63 Cst. et 6 DT.

<sup>17</sup> Andreas AUER, Rückwirkungen der europäischen Integration auf die schweizerische Verfassungsgerichtsbarkeit (1991) No 22 ss.



tive, un problème qu'il est cependant possible de résoudre en recourant successivement et subsidiairement aux trois procédures suivantes que prévoit le droit positif:

- a. Dès la signature du traité, le Conseil fédéral adresse aux Chambres les messages contenant les modifications législatives indispensables. La procédure de consultation et le traitement parlementaire devraient être simplifiés et raccourcis, ce qui paraît possible vu que l'on sait dans quel sens il faut aller. En cas de doute, des délégations à l'Assemblée fédérale<sup>18</sup> ou au Conseil fédéral sont possibles, dans le respect des conditions posées par la jurisprudence<sup>19</sup>. Si l'Assemblée parvient à voter les modifications jusqu'au printemps 92, elle pourrait fixer l'entrée en vigueur au 1er janvier 1993, mais la soumettre à la condition que le peuple et les cantons acceptent la ratification du traité EEE<sup>20</sup>. Si le référendum est demandé conformément à l'art. 89 al. 2 Cst., la votation du peuple devra avoir lieu entre le vote du constituant sur l'EEE et l'entrée en vigueur. Si le peuple rejette la modification d'une loi - il est peu probable qu'il les refuse toutes - la procédure décrite ci-dessous sous c. pourra s'appliquer. Mais il ne faut pas non plus exclure que, sur quelques points particulièrement controversés, les modifications législatives ne pourront peut-être entrer en vigueur à la date fixée. Ce serait regrettable, mais nullement catastrophique. La Suisse risquerait de faire l'objet d'une action en manquement déclenchée par la Commission ou un Etat membre<sup>21</sup>. C'est arrivé à d'autres et ils ont survécu.
- b. Si la procédure législative ordinaire avec référendum suspensif ne peut être respectée, le recours au mécanisme d'urgence prévu à l'art. 89bis Cst. s'impose dans un premier temps. On sait que l'urgence doit être temporaire et tel sera précisément le cas si les Chambres, pour une raison ou une autre, ne parviennent

---

<sup>18</sup> Art. 7 LRC.

<sup>19</sup> Voir ATF 115 Ia 378, 379/80 K. AG pour un résumé des quatre conditions.

<sup>20</sup> Andreas AUER, Contre-projet indirect, procédure à une phase et clause référendaire conditionnelle, RSJB 1986 209, 245.

<sup>21</sup> Art. 169-171 CEE.

pas à voter les modifications législatives au plus tard au printemps 1992. On pourra alors attendre le résultat du vote du peuple et des cantons sur l'approbation du traité EEE. Lors d'une session extraordinaire en décembre 1992, les Chambres voteront les modifications qui pourront entrer en vigueur dès leur adoption. En cas de demande de référendum - rappelons que jamais encore depuis 1949 une telle demande a été formulée - le Conseil fédéral disposera d'un délai d'un an pour choisir, en cas de rejet par le peuple, entre la procédure c. ou le risque d'une procédure en manquement devant la Cour de Justice.

- c. Si à la suite d'une demande de référendum, d'un résultat négatif d'une votation populaire ou d'un manquement prononcé par la Cour de Justice, le Conseil fédéral estime que, malgré l'inapplicabilité du droit national non conforme au traité EEE, il convient d'édicter sans retard des dispositions, il peut à mon avis se fonder sur l'art. 102 ch. 8 Cst. pour adopter, à titre temporaire, des ordonnances indépendantes. Il est vrai que cette disposition, qui charge le Conseil fédéral de "*veiller à l'observation de rapports internationaux*", a rarement servi de base à elle seule<sup>22</sup> pour des ordonnances. Tel a pourtant été le cas en 1965<sup>23</sup>, en 1975<sup>24</sup> et en 1989<sup>25</sup>. Et la doctrine récente estime expressément que les ordonnances fondées sur l'art. 102 ch. 8 Cst ne sont pas des ordonnances de police et peuvent dès lors être adoptées notamment pour "*éviter de perturber les relations avec d'autres Etats et avec les organisations internationales*"<sup>26</sup>, pour "*parer à des manquements au droit international dont la Suisse est responsable*", pour "*exécuter des mesures prescrites par le droit inter-*

<sup>22</sup> Le plus souvent, elle est invoquée concurremment avec les ch. 9 et 10 du même article, voir D. SCHINDLER in: Commentaire de la Constitution fédérale, art. 102 ch. 8 No 110 (1989).

<sup>23</sup> ACF du 17 décembre 1965 sur la limitations des importations de la Rhodesie du Sud, RO 1965 1217.

<sup>24</sup> Ordonnance du 30 avril 1975 sur l'importation de l'or du Vietnam du Sud et du Cambodge, RO 1975 843.

<sup>25</sup> Ordonnance du 22 février 1989 sur l'engagement du personnel dans des actions de maintien de la paix et de bons offices, RO 1989 350.

<sup>26</sup> SCHINDLER (note 22) No 116.

*national qu'un canton n'a pas exécutées" ou pour adopter "des dispositions provisoires lorsqu'un tribunal international déclare une norme du droit suisse contraire au droit international".*<sup>27</sup> Lorsque la lettre d'une disposition constitutionnelle ignorée pendant longtemps permet de résoudre un problème qui est nouveau - et tel me paraît être le cas des conséquences sur le droit suisse des dispositions communautaires directement applicables - il n'est pas interdit d'admettre qu'elle traduit son véritable sens. Les juristes ont tellement l'habitude de faire dire à la Constitution ce qu'elle ne dit pas qu'ils sont tout surpris lorsque la Constitution dit expressément ce qu'ils ont envie de lui faire dire. L'art. 102 ch. 8 Cst. rend, à mon avis, inutile une révision constitutionnelle ayant pour objet de conférer au Conseil fédéral la compétence, en cas d'urgence, d'adapter le droit suisse au droit de l'EEE directement applicable. En vertu du principe de la primauté du droit de l'EEE, les ordonnances fondées sur l'art. 102 ch. 8 Cst. l'emporteraient sur toute autre règle du droit interne, constitutionnelle ou législative, non conforme au droit de l'EEE<sup>28</sup>.

#### **4.4 Les modifications législatives pour lesquelles la Suisse disposera d'un délai transitoire**

Comme il y a moins d'urgence que dans le cas précédent, l'accent pourra être mis davantage encore sur le respect de la procédure législative ordinaire, complétée en cas d'urgence par des arrêtés fondés sur l'art. 89bis Cst. et, au besoin, par des ordonnances indépendantes fondées sur l'art. 102 ch. 8 Cst.

---

<sup>27</sup> SCHINDLER (note 22) No 119.

<sup>28</sup> SEILER (note 2) 67; AUER (note 12) No 23.

#### 4.5 L'application des règlements et la mise en oeuvre des directives ultérieures

Ici aussi, conformément au principe du parallélisme des formes, le respect des compétences législatives ordinaires du peuple, du parlement et du gouvernement s'impose. En cas d'urgence, on recourra à l'art. 89bis Cst., en cas de besoin impératif à l'art. 102 ch. 8 Cst.

#### 4.6 Adaptation et concrétisation par les cantons

Le principe directeur s'applique aussi lorsque l'adaptation au droit impératif de l'EEE et la mise en oeuvre des directives incombe, conformément à la répartition interne des compétences, aux cantons. Il est vrai qu'en cas de concrétisation incomplète ou tardive, c'est la Confédération qui est responsable au regard du droit de l'EEE. Mais le principe du parallélisme des formes et du respect de la structure fédéraliste exigent que, autant et aussi longtemps que possible, ce sont les cantons eux-mêmes qui se chargeront de l'adaptation de leur droit au droit de l'EEE. En cas de besoin, le Conseil fédéral pourra, ici aussi, se fonder sur l'art. 102 ch. 8 Cst. pour procéder à une exécution par substitution d'une obligation cantonale. Il ne sera donc pas nécessaire, à mon avis, d'adopter une nouvelle disposition constitutionnelle qui lui reconnaît cette compétence subsidiaire.

La question de savoir selon quelle procédure les cantons adapteront leur droit au droit de l'EEE se résoud en premier lieu selon le droit cantonal. Procédure ordinaire d'abord, procédure urgente - lorsqu'elle existe - ensuite. Dans les cantons qui ne reconnaissent pas au gouvernement un pouvoir normatif indépendant pour l'introduction du droit supérieur<sup>29</sup>, il peut paraître judicieux de prévoir, par une révision constitutionnelle, que le gouvernement ou le parlement peuvent, en cas d'urgence temporelle, adopter les dispositions d'exécution du droit supérieur par voie d'ordonnances provisoires qui devraient être sans retard remplacées par le droit ordinaire. Pareille clause remplirait le même rôle subsidiaire que l'art 102. ch. 8 Cst. paraît pouvoir remplir au plan fédéral.

<sup>29</sup> Voir par exemple Cst. TG art. 43 al. 1.