BERNARD DUBEY
Chargé de cours

INTRODUCTION AU DROIT
ET AU DROIT DES AFFAIRES

2004 / 2005

1^{ère} partie : Le droit public

Objet et plan du cours en général :

Après quelques notions générales sur l'ordre juridique (Introduction générale), le but du cours consistera à présenter :

- dans une première partie, une introduction au droit public économique applicable en Suisse, à savoir, en particulier, la constitution économique, quelques lois de droit public économique et, enfin, les règles de droit public économique relevant de l'ordre juridique international ;
- dans une seconde partie, une introduction au droit privé, dans laquelle on s'attachera à déterminer quels sont les acteurs, l'objet et les instruments de la vie économique suisse au regard de l'ordre juridique ; y seront également abordées les questions liées aux relations de droit privé avec l'étranger, ainsi que celles liées aux procédures permettant l'application du droit privé et à l'exécution forcée des obligations.

TABLE DES MATIERES

INTRODUCTION GENERALE : L'ORDRE JURIDIQUE	5
§ 1 LA NOTION DE DROIT	5
1.1 La définition	5
1.2 Les délimitations	6
1.3 Les distinctions	6
1.4 Problèmes particuliers, exercices, jurisprudence.....	7
§ 2. LES SOURCES DU DROIT.....	8
2.1 Les sources formelles du droit (en général)	8
2.2 Les sources du droit suisse	11
2.3 Problèmes particuliers, exercices, jurisprudence.....	12
§ 3. LES DOMAINES DU DROIT.....	12
3.1 Les principaux domaines du droit.....	13
3.2 Problèmes particuliers, exercices, jurisprudence.....	18
1 ^{ère} PARTIE : LE DROIT PUBLIC.....	20
Introduction	20
Chapitre 1 L'ordre constitutionnel suisse	22
A. La Constitution fédérale et les droits constitutionnels.....	22
§ 4. LA CONSTITUTION	22
4.1 Droit constitutionnel : sens formel et sens matériel.....	22
4.2 La procédure de révision.....	23
4.3 La portée des règles constitutionnelles et la hiérarchie des normes	
24	
4.4 La structure fédérale.....	26
4.5 La répartition des compétences.....	28
4.6. Problèmes particuliers, exercices, jurisprudence.....	31
§ 5 LES DROITS CONSTITUTIONNELS	32
5.1 La notion.....	32
5.2 Les caractéristiques et la liste des droits constitutionnels	32
5.3 Le principe de l'égalité de traitement (art. 8 nCst ; art. 4 aCst).....	36
5.4 Problèmes particuliers, exercices, jurisprudence.....	37
B. La constitution économique de la Suisse	40
§ 6 LA NOTION ET L'OBJET	40
6.1 Généralités.....	40
6.2 La Constitution économique	40
6.3 Problèmes particuliers, exercices, jurisprudence.....	42
§ 7 LA GARANTIE DE LA PROPRIETE	43
7.1 La notion.....	43

7.2	Les restrictions à la garantie de la propriété	44
7.3	Problèmes particuliers, exercices, jurisprudence.....	44
§ 8.	LA LIBERTE ECONOMIQUE.....	46
8.1	La notion.....	46
8.2	Les restrictions à la liberté économique	48
8.3	Problèmes particuliers, exercices, jurisprudence.....	49
Chapitre 2 Quelques lois de droit public économique		51
§ 9.	LE DROIT DE LA CONCURRENCE.....	51
9.1	La notion.....	51
9.2	La loi contre la concurrence déloyale (LCD ;RS 241).....	53
9.3	La loi sur les cartels et les autres restrictions à la concurrence (LCart ; RS 51).....	55
9.4	La loi sur la surveillance des prix (LSPr ; RS 942.20)	57
9.5	La loi sur le marché intérieur (LMI ; RS 943.02).....	58
9.6	Problèmes particuliers, exercices, jurisprudence.....	59
§ 10.	LE DROIT BANCAIRE ET LE DROIT BOURSIER.....	61
10.1	La notion.....	61
10.2	La loi sur les banques et les caisses d'épargne (LB ; RS 952.0)	62
10.3	La loi sur les bourses et le commerce de valeurs mobilières (LBVM ; RS 954.1)	65
10.4	La loi sur le blanchiment d'argent (LBA ; RS 955.0)	66
10.5	Problèmes particuliers, exercices, jurisprudence.....	67
Chapitre 3 : Le droit international public.....		68
A.	Le droit international public et les organisations internationales.....	68
§ 11.	L'OBJET DU DROIT INTERNATIONAL PUBLIC	68
11.1	La notion.....	68
11.2	Les sujets de droit et les instruments du droit international public	68
11.3	Quelques domaines particuliers.....	69
11.4	Problèmes particuliers, exercices, jurisprudence.....	72
§ 12	LE CONSEIL DE L'EUROPE	73
12.1	Généralités.....	73
12.2	L'organisation.....	73
12.3	La Convention européenne des Droits de l'Homme	73
12.4	Problèmes particuliers, exercices, jurisprudence.....	77
§ 13	L'ORGANISATION DES NATIONS UNIES (ONU)	79
13.1	Généralités.....	79
13.2	Les buts et les principes	80
13.3	Les structures institutionnelles	81
13.4	L'appartenance à l'ONU	86
13.5	La Cour pénale internationale (CPI).....	87
13.6	Problèmes particuliers, exercices, jurisprudence.....	87
§ 14	UN CAS PARTICULIER : L'UNION EUROPEENNE (UE)	88

14.1	L'importance pratique de l'UE.....	88
14.2	L'évolution de l'UE.....	89
14.3	Les institutions de l'Union européenne	93
16.4	L'ordre juridique communautaire.....	104
16.5.	Les rapports entre le droit communautaire et le droit national	106
16.6.	Problèmes particuliers, exercices, jurisprudence.....	108
B.	IA SUISSE ET SON ECONOMIE DANS LE CONTEXTE INTERNATIONAL	
	109	
§ 17	LA SUISSE, PARTENAIRE ET MEMBRE DE LA COMMUNAUTE INTERNATIONALE	109
17.1	Une lente évolution.....	109
17.2	Les relations entre le droit international et le droit interne.....	110
17.3	Problèmes particuliers, exercices, jurisprudence.....	112
§ 18	LA SUISSE ET L'UNION EUROPEENNE : LES ACCORDS BILATERAUX.....	114
18.1.	Généralités.....	114
18.2.	La nature juridique	114
18.3	Le contenu des accords	115
18.4.	L'application.....	116
18.5	L'effet des accords sur l'ordre juridique interne	118
18.6	Les négociations bilatérales II	118
18.7	Problèmes particuliers, exercices, jurisprudence.....	120
§ 19	LA SUISSE ET L'AELE (POUR MEMOIRE)	121
19.1.	Généralités.....	121
19.2.	Le contenu des accords AELE (en bref)	122
19.3.	Problèmes particuliers, exercices, jurisprudence.....	123
§ 20	LA SUISSE ET L'OMC (BREF SURVOL)	124
20.1	L'Accord GATT.....	124
20.2.	L'accord OMC de Marrakech	124
20.3.	Les Accords GATS et TRIPs et l'Accord sur les marchés publics	125
20.4.	Problèmes particuliers, exercices, jurisprudence.....	125

INTRODUCTION GENERALE :

L'ORDRE JURIDIQUE

§ 1 LA NOTION DE DROIT

Textes législatifs : –

Bibliographie : M. DELMAS-MARTY, Pour un droit commun, Paris, 1994 ; Y. LE ROY, Introduction générale au droit suisse, Zurich, 2002 ; Ch. ROTEN / P. TERCIER, La recherche et la rédaction juridiques, 4^e éd., Zurich, 2003.

1.1 La définition

Le droit est un ensemble de règles régissant les relations sociales.

L'adoption de règles implique l'existence d'un groupe de personnes. Un groupe social engendre diverses sortes de règles : règles morales, règles religieuses (cf. ci-dessous 1.2).

Comme d'autres règles, la règle juridique est une formule générale et abstraite :

- 47.1. Une formule générale, c'est-à-dire applicable à un nombre indéterminé de cas (et non pas prévue pour un cas particulier).
- Une formule abstraite, c'est-à-dire prévue pour un nombre indéterminé de personnes (et non pas pour une personne en particulier).

Ce qui distingue la règle juridique d'autres règles sociales de comportement, c'est son origine et son caractère obligatoire :

- L'origine de la règle de droit : d'où vient la règle juridique ? Depuis longtemps les philosophes du droit disputent la question :
  - Selon la théorie du droit naturel, les règles de conduite des hommes sont intemporelles et universelles car elles appartiennent à la nature humaine et à la nature des choses. En les inscrivant dans une loi, le législateur ne fait que reproduire ces règles du droit naturel pour les rendre obligatoires.
  - Selon les positivistes, la règle juridique ne peut exister que si elle est adoptée par un organe compétent, le législateur. Seule compte la cohérence du système juridique organisé selon le degré d'importance des règles (Constitution, loi, arrêté, ordonnance).

Quelle que soit l'école suivie, dans une démocratie, la loi est adoptée par le peuple ou ses représentants. Il existe encore d'autres sources du droit (cf. § 2). Ces représentants adoptent une loi lorsque le besoin s'en fait sentir dans la société (sources matérielles). Les lois votées par le législateur reflètent les valeurs dominantes d'une société.

- La force contraignante : la règle juridique indique ce qui doit être fait ; elle énonce un comportement obligatoire, ce qui implique une punition ou une réparation lorsque la règle n'est pas respectée.

La définition peut alors être complétée comme suit :

Le droit (objectif) est l'ensemble des règles :

- publiquement adoptées ou reconnues par un organe officiel ;
- qui régissent l'organisation et le déroulement des relations sociales ;
- et dont le respect est en principe assuré par des moyens de contrainte organisés.

1.2 Les délimitations

Il existe un grand nombre de règles de nature différente qui régissent les relations sociales. Toutes ne sont pas du droit. Il convient de distinguer le droit des mœurs, de la morale et de la religion. Les convenances (mœurs), les règles morales ou les règles religieuses n'ont pas le caractère de règles juridiques. La sanction qu'entraîne leur violation n'est pas de même nature. Il est cependant évident que les mœurs, la morale et la religion jouent un rôle important dans l'adoption des règles juridiques (cf. les sources matérielles).

Un même comportement social (par exemple le mariage) est souvent réglé par plusieurs types de règles : des règles de droit, des règles religieuses et des règles dictées par les mœurs.

Ce qui donne à une règle son caractère juridique et la distingue des autres règles, c'est le caractère officiel et la force contraignante du droit.

Sur la distinction entre règles de droit et règles de jeu, cf. 1.4 ci-dessous.

1.3 Les distinctions

Il convient de distinguer diverses notions de droit :

- Le droit objectif : c'est l'ensemble des règles de droit tel que défini ci-dessus (ch. 1.1).
- Le droit positif : c'est l'ensemble du droit actuellement en vigueur dans une collectivité publique (Etat, commune, ...) ou dans une entité donnée (UE, ...).
- Le droit subjectif : c'est la faculté appartenant à une personne (sujet de droit) de faire ou d'exiger quelque chose, en vertu d'une règle de droit objectif.

C'est le système juridique qui détermine quels sont les sujets de droit qui peuvent bénéficier de ces facultés :

- Toute personne physique ; pour déterminer qui est une « personne physique », il faut une définition du début de la vie et de la mort.
- Les personnes morales ; c'est la loi qui les définit (CO ; qu'en est-il des personnes morales de droit étranger exerçant une activité ou un droit en Suisse ? cf. art. 154 LDIP).
- Certaines entités de droit public (par exemple un canton, une commune, ou encore un service public institué de manière autonome tel qu'un service cantonal des automobiles).

1.4 Problèmes particuliers, exercices, jurisprudence

a. Problèmes particuliers

- Faut-il légaliser la consommation du cannabis ?
- Dans le cas du génie génétique relatif au corps humain, quelle est la portée des règles déontologiques des médecins ?
- Les règles comptables du Code des obligations peuvent-elles renvoyer aux normes IAS ?

b. Exercices

- 1° Au cours d'une partie de football, à la 90^{ème} minute, l'arbitre siffle un penalty pour une faute que personne d'autre que lui n'a constatée.

Le Président du club qui a perdu le match suite au but marqué sur penalty veut déposer un protêt ou un recours ; l'entraîneur lui explique que l'on ne peut déposer protêt contre ce genre de décision ; le Président veut saisir le juge civil (s'il n'y a pas de recours possible au sein de la Fédération Suisse de Football), car il avait investi beaucoup d'argent pour cette équipe qui ne pourra pas accéder à la ligue supérieure suite à cette défaite ; quid ?

- 2° Au cours d'un match de hockey sur glace un joueur est victime d'une charge incorrecte ; selon des témoins et les images de la télévision, la charge était intentionnelle.

La victime, qui a été projetée contre la bande, et dont plusieurs vertèbres ont été fracassées, est paralysée à vie. Le comportement de l'auteur de la charge incorrecte sera-t-il apprécié uniquement selon les règles de la Ligue Suisse de Hockey sur glace ou d'autres règles pourraient-elles être appliquées ? La victime peut-elle introduire une action en justice ?

- c. Jurisprudence : cf. Annexes 1

§ 2. LES SOURCES DU DROIT

Textes législatifs : Art. 1^{er} CC.

Bibliographie : H. DESCHENAUX, Le titre préliminaire du Code civil, Fribourg, 1969, p. 63-133 ; D. DÜRR, Commentaire zurichois (ZKomm), Ad art. 1, vol. I.1, Zurich 1998.

2.1 Les sources formelles du droit (en général)

- a. La notion

Les sources (formelles) du droit sont les formes sous lesquelles doivent être manifestées les règles de droit pour être reconnues dans un ordre juridique.

Le droit peut en effet se manifester sous plusieurs formes :

- Ce sera le plus souvent le droit écrit ; mais ce n'est pas la seule source, et de loin.
- C'est aussi la jurisprudence, c'est-à-dire les jugements des tribunaux.
- C'est encore la coutume, la source la plus ancienne, mais actuellement la moins importante.

Il faut distinguer les sources formelles des sources matérielles. Celles-ci sont les faits ou les réalités qui incitent le législateur à adopter des règles juridiques. Ainsi, au vu des résultats obtenus par la science en génie génétique (source matérielle), le

législateur décide de tracer certaines limites à l'activité scientifique en adoptant une loi (source formelle).

b. Le droit écrit

Le droit écrit est l'ensemble des règles juridiques contenues dans les textes édictés ou approuvés par l'autorité compétente (lois, ordonnances, arrêtés, etc.).

Le droit écrit est (en Europe continentale) la principale source du droit. Cela n'est le cas que depuis le début du XIX^{ème} siècle, lorsque les coutumes – qui étaient alors la principale source du droit – furent remplacées par des codes. En adoptant un code (civil, pénal, administratif), le législateur n'a pas simplement transcrit la coutume ; il a ordonné la matière d'une manière systématique, afin de traiter tous les problèmes qui peuvent se présenter dans un domaine juridique.

La loi n'est pas la seule source de droit écrit. Constituent également des sources de droit écrit :

- les contrats, les conditions générales ou les statuts adoptés par les particuliers ;
- les conventions collectives de travail.

c. La jurisprudence

i. La notion de jurisprudence :

La jurisprudence est l'ensemble des règles juridiques qui se dégagent des décisions rendues par les autorités judiciaires ou administratives.

ii. Le syllogisme judiciaire :

la règle de droit étant l'expression générale et abstraite d'une situation de fait à laquelle est attachée un effet juridique, le syllogisme judiciaire est le raisonnement qui permet d'appliquer à une situation de fait donnée la solution prévue par une règle de droit (voir ci-dessous, § 4).

NB : Le raisonnement appliqué est le syllogisme :

- majeure : tous les hommes sont mortels (règle) ;
- mineure : or, je suis un homme (constatation des faits) ;
- conclusion : donc, je suis mortel (application de la règle).

Exemple : Celui qui aura intentionnellement tué une personne sera puni de la réclusion pour cinq ans au moins (art. 111 CP ; majeure). Si André tue Jacques intentionnellement (mineure), André sera condamné à une peine de réclusion de cinq ans au moins (conclusion). Afin d'arriver à cette conclusion, le Tribunal devra constater que c'est bien André qui a tué Jacques et qu'il l'a fait intentionnellement. En effet, si la mort n'est pas le résultat d'une intention mais d'une négligence, c'est l'art. 117 CP qui s'applique et qui prévoit une peine d'emprisonnement (c'est-à-dire, en principe, une peine que le Tribunal fixera de trois jours à trois ans) ou l'amende (maximum de Fr. 40'000.- ; art. 48 CPS). D'autres circonstances peuvent également intervenir : meurtre sur la demande de la victime (art. 114 CPS).

iii. L'interprétation :

L'application de la règle au cas d'espèce oblige souvent le juge à interpréter le texte légal, c'est-à-dire à en dégager le véritable sens, au moyen de certaines méthodes (cf. ci-dessous § 38).

L'interprétation ne doit pas être confondue avec l'usage du pouvoir d'appréciation ou le jugement rendu en équité. Si le juge se prononçait toujours selon les règles de l'équité, il y aurait de trop grandes disparités entre les décisions judiciaires. C'est pourquoi le juge ne peut statuer en équité ou user de son pouvoir d'appréciation pour préciser des notions juridiques indéterminées (p.ex. les « justes motifs ») que lorsque la loi le prévoit expressément (art. 4 CC ; ex. : art. 337 al. 3 CO).

Pour interpréter le texte légal, le juge s'appuie sur les précédents judiciaires, en particulier les arrêts des tribunaux supérieurs rendus dans des affaires semblables. Ainsi, peu à peu, d'un ensemble de décisions individuelles, rendues dans des cas dont l'état de fait n'est jamais tout à fait semblable se dégage une nouvelle règle générale qui complète la règle légale : la jurisprudence (casuistique).

d. La coutume

Le droit coutumier est l'ensemble des règles juridiques qui résultent d'un usage implanté dans une collectivité et tenu par elle comme juridiquement obligatoire.

Les coutumes ne jouent plus qu'un rôle marginal. Elles ont été peu à peu remplacées par des règles de droit écrit :

- en droit civil (adoption des codes) ;
- en droit international public (adoption de traités) ;
- en droit commercial international (adoption des INCOTERMS et des règles et usances uniformes de la Chambre de commerce internationale ; cf. § 43 ci-dessous).

A noter qu'un droit coutumier complémentaire de la loi ne peut naître qu'en cas de lacune proprement dite, c'est-à-dire lorsque le législateur s'est abstenu de régler un point qu'il aurait dû régler et qu'aucune solution ne se dégage du texte légal ou de son interprétation, mais jamais en cas de silence qualifié.

2.2 Les sources du droit suisse

Quelles sont les sources du droit suisse et leurs relations entre elles ?

a. Les principes

Les principes généraux relatifs aux sources du droit suisse sont énoncés à l'art. 1^{er} CC :

- La loi est la première source du droit ; elle prime sur les autres (« à défaut... »).
- La coutume est la deuxième source du droit.
- Il arrive que le juge ne trouve pas de règle ni dans le droit écrit, ni dans la coutume. Le juge doit alors établir lui-même une règle pour trancher le cas qui lui est soumis. C'est ce que l'on appelle le droit prétorien (art. 1^{er} al. 2 CC).

b. Le rôle de la jurisprudence constitutionnelle

En principe, dans le système juridique suisse, la jurisprudence n'est donc pas une source de droit. Mais selon les termes de l'art. 1^{er} al. 3 CC, le juge « *s'inspire des solutions consacrées par la doctrine et la jurisprudence* ».

Il faut encore souligner l'importance de la jurisprudence du Tribunal fédéral et de la Cour européenne des droits de l'homme en matière de droits constitutionnels. Par sa jurisprudence, le Tribunal fédéral a par exemple reconnu l'existence de droits constitutionnels non-écrits. Quant à la Cour européenne des droits de l'homme (CourEDH), dont les arrêts doivent être reconnus par les autorités suisses, elle a, par son interprétation de la Convention européenne des droits de l'homme (CEDH), dégagé de nombreux principes juridiques qui s'imposent aux Etats signataires (cf. 6.4. ci-dessous).

c. La détermination du droit applicable

La détermination de la règle de droit applicable joue un rôle essentiel pour l'application du droit (cf. § 44).

En effet, le juge ou l'autorité appelé à appliquer le droit dans une situation particulière doit d'abord déterminer quelle est la règle juridique applicable en l'espèce. Cela fait,

le juge constate les faits et, le cas échéant, applique la conclusion prévue par la règle de droit (cf. le mécanisme du syllogisme judiciaire, § 4).

La constatation des faits et la manière d'y procéder sont l'objet des règles de procédure (cf. § 44).

2.3 Problèmes particuliers, exercices, jurisprudence

a. Problèmes particuliers

- 1° La règle de droit doit être rédigée dans un langage compréhensible pour les justiciables qui doivent la respecter et pour les autorités d'application (administration ou tribunaux).

Lorsque le législateur adopte des règles dans un domaine technique, il a recours à des termes techniques qui donneront lieu à une interprétation juridique. Dans des domaines économiques, tels que le droit de la concurrence, on aura donc une conception juridique de concepts économiques.

- 2° Dans un Etat fédéral tel que la Suisse, il s'agira toujours de déterminer quel est le législateur compétent pour édicter une règle de droit (législateur fédéral ou législateur cantonal ?).

Une question supplémentaire se pose lorsqu'un Etat fédéral tel que l'Allemagne fait partie d'une autre entité, comme l'Union européenne.

b. Exercice

Le juge peut-il renoncer à appliquer une règle qu'il considère désuète (dépassée) et rendre un jugement plus conforme à la réalité actuelle ?

- c. Jurisprudence : cf. Annexes 2

§ 3. LES DOMAINES DU DROIT

Textes législatifs : art. 5 et 6 CC ; art. 61 CO.

Bibliographie (limitée au droit économique) : A. JACQUEMIN et G. SCHRANS, Le droit économique, Paris 1974 ; G. FARJAT, Droit économique, 1971 ; A. de LAUBADERE, Droit public économique, Paris 1979 ; L. SCHUERMANN, Wirtschaftsverwaltungsrecht, Berne 1978 ; J.-B. ZUFFEREY, Protection de l'investisseur et de la fonction, in RDS 1996 I 169 ss ; R. RHINOW / G. SCHMID / G. BIAGGINI, Öffentliches Wirtschaftsrecht, Bâle 1998.

Malgré l'abondance et le développement continu des règles de droit, le but de l'ordre juridique n'est pas de créer toujours plus de règles, mais de protéger les sujets de droit et d'organiser les entités juridiques (par exemple, l'administration fédérale, cantonale ou communale) qui doivent être au service de la communauté ou des personnes.

3.1 Les principaux domaines du droit

Les règles juridiques étant adoptées soit au sein d'un Etat (droit interne), soit par un Etat dans un accord international (traité), il faut d'abord situer les Etats dans le contexte international.

a. Le droit international public

i. La notion

Le droit international public règle les relations entre les Etats (droit des traités) et détermine qui sont les sujets de droit dans ce domaine (cf. § 13 ci-après).

Le droit international public comprend aussi de nombreux domaines spécialisés (droit humanitaire, droit de la coopération, protection des biens culturels, ...).

ii. Les distinctions

Il ne faut pas confondre le droit international public et le droit international privé : ce dernier est l'ensemble des règles de droit (national ou international) qui détermine quel est le juge compétent et la loi applicable dans les conflits entre personnes privées comprenant un élément d'extranéité (étranger) (cf. § 9). (En revanche, le droit privé international est l'ensemble des règles de droit international (traités, conventions) qui règlent de manière uniforme une matière de droit privé).

b. Le droit interne

i. La distinction droit public / droit privé

En vertu de cette subdivision, le droit public règle les relations de l'individu avec l'Etat, alors que le droit privé règle les relations des individus entre eux.

1° L'intérêt de la distinction :

En Suisse, cette distinction n'a pas seulement un but didactique. Elle présente en effet un intérêt pour trois raisons, dans la mesure où elle permet de :

- Déterminer la compétence en matière législative : Selon la Constitution fédérale, l'Etat fédéral est en principe compétent pour légiférer en droit privé ; alors que les cantons sont présumés compétents en droit public aussi longtemps que cette compétence n'a pas été accordée à l'Etat fédéral (art. 3 Cst.).
- Déterminer le droit applicable à certains rapports de droit (par ex : un chirurgien qui opère dans un hôpital public ; cf. art. 61 CO).
- Déterminer la voie juridictionnelle ou de recours : le tribunal compétent ou la voie de recours ne seront pas les mêmes, selon que le problème concerne le droit public ou le droit privé.

2° Les critères de distinction :

Les critères de distinction sont :

- les intérêts en cause : la norme vise-t-elle à protéger les intérêts de l'Etat ou des corporations de droit public (droit public), ou vise-t-elle à protéger ceux des particuliers (droit privé) ?
- les personnes en cause : la norme vise-t-elle le comportement de l'Etat ou des corporations de droit public (droit public), ou vise-t-elle celui des particuliers (droit privé) ?
- la nature des relations entre les personnes en cause : ces personnes sont-elles dans un rapport de subordination (droit public) ou sur un pied d'égalité (droit privé) ?

3° Les définitions :

Un seul critère ne peut être décisif. La distinction se fonde sur une combinaison des critères :

- Le droit public comprend dès lors l'ensemble des normes applicables aux relations dans lesquelles l'Etat ou les corporations ou établissements de droit public interviennent comme détenteurs de la puissance publique et visent l'intérêt général.

- Avec la réserve relative au droit pénal et au droit de procédure, le droit privé peut être défini *a contrario* comme l'ensemble des normes n'étant pas de droit public et applicable entre les sujets de droit agissant sur un pied d'égalité.

ii. Le droit public

Le droit public comprend l'ensemble des règles relatives à l'organisation de l'Etat et à son fonctionnement, au sens large, ainsi qu'à ses rapports avec les individus. Il est subdivisé en deux grandes parties : le droit constitutionnel et le droit administratif.

- Le droit constitutionnel comprend l'ensemble des règles fondamentales de l'Etat et de son fonctionnement, soit :
  - les règles sur la structure de l'Etat (en Suisse, le fédéralisme, la répartition des compétences entre l'Etat fédéral et les cantons) ;
  - les règles relatives au territoire et à l'acquisition et la perte de la nationalité ;
  - les règles sur le régime politique (fonctionnement de la démocratie) ;
  - les règles sur les droits fondamentaux droits constitutionnels; droits de l'homme) ;
  - les règles sur la révision de la Constitution.
- Le droit administratif, au sein duquel on distingue :
  - le droit administratif général, qui comprend les règles relatives à l'organisation de l'administration, à l'activité administrative, aux biens de l'administration et au domaine public ;
  - le droit administratif spécial, qui comprend notamment :
    - le droit fiscal ;
    - le droit économique (au sens des règles relatives à l'intervention de l'Etat dans la vie économique) ;
    - le droit social (qui s'étend du droit du travail au droit des assurances sociales) ;
    - le droit de l'aménagement du territoire ;
    - le droit de l'environnement ;
    - le droit des étrangers.

iii. Le droit privé

Le droit privé comprend les règles relatives aux rapports entre particuliers. Il peut être subdivisé en deux catégories principales :

- Le droit civil comprend les règles relatives aux domaines suivants :
  - le droit des personnes (art. 11 à 38; 52 à 89 CC) ;
  - le droit de la famille (art. 90 à 359 CC) ;

- le droit des successions (art. 457 à 640 CC) ;
  - les droits réels (droits sur les biens matériels par opposition aux biens immatériels qui font l'objet de la propriété intellectuelle) (art. 641 à 977 CC) ;
  - le droit des obligations (contrat, responsabilité civile, enrichissement illégitime ; exécution des obligations) (art. 1 à 182 CO).
- Le droit commercial, qui comprend les règles relatives à l'entreprise, à ses relations avec ses fournisseurs et avec ses clients, soit les règles relatives :
    - à la raison sociale et aux sociétés commerciales (art. 944 à 956) ;
    - au registre du commerce (art. 927 à 943) ;
    - à la représentation commerciale (art. 458 à 465) ;
    - aux contrats commerciaux spéciaux (vente, mandat, entreprise, etc.) ;
    - à la propriété intellectuelle ;
    - au droit de la concurrence (droits des cartels et droit de la concurrence déloyale).

iv. Deux domaines autonomes

En raison des règles particulières qui les régissent, deux domaines ont pris leur autonomie par rapport à la subdivision droit public / droit privé. Il s'agit du droit pénal et du droit de procédure.

- Le droit pénal comprend l'ensemble des règles applicables aux individus qui, par leur comportement, auront porté atteinte non seulement à des intérêts juridiquement protégés (vie, intégrité corporelle, patrimoine, liberté, intégrité sexuelle, famille, honneur, etc.), mais encore à l'ordre social. Autrement dit, il s'agit de l'ensemble des règles qui décrivent et sanctionnent les comportement portant atteinte aux biens juridiquement protégés et/ou à l'ordre social.
- Le droit de procédure comprend l'ensemble des règles applicables aux règlements des conflits entre les particuliers (procédure civile) et entre les particuliers et l'Etat (procédure pénale ou procédure administrative). En d'autres termes, il s'agit de l'ensemble des règles qui instituent et organisent les moyens que l'Etat met à la disposition des particuliers et/ou des collectivités publiques en cas de litiges entre eux, pour faire reconnaître leur droit.

v. Le droit européen

Du point de vue suisse, le droit de l'Union européenne (droit communautaire et droit de l'Union) est du droit étranger. Mais il est aussi devenu partiellement du droit interne (équivalence des droits) depuis l'entrée en vigueur des Accords bilatéraux

entre la Suisse et l'Union européenne, le 1^{er} juin 2002. En outre, la Suisse a repris presque sans changement et « transformé » en droit suisse (lois fédérales) une importante quantité de textes de droit édictés par la Communauté européenne (règlements et directives).

Du point de vue d'un pays membre de l'Union européenne, le droit européen est devenu, dans les domaines de sa compétence, du droit supranational (droit supérieur, primauté), à l'instar de ce qui prévaut pour le droit fédéral du point de vue des cantons.

NB : Au sens large, le droit européen comprend encore, en sus du droit de l'Union européenne, le droit édicté par le Conseil de l'Europe.

c. Le droit économique ?

Le fonctionnement de l'économie fait depuis longtemps l'objet de règles juridiques (il existe un droit constitutionnel économique, un droit administratif économique, un droit pénal économique et un droit commercial).

Au cours des dernières décennies, la réglementation a pris une telle ampleur (droit international économique, droit de la concurrence, droit des marchés financiers) que l'on s'est demandé si le droit économique ne constituait pas un domaine autonome du droit. Il n'existe pas de procédure ou de tribunaux particuliers pour trancher les conflits relatifs à des problèmes économiques, comme on les rencontre en droit civil, pénal ou administratif.

Depuis quelques années, économistes et juristes sont plus sensibles à l'interaction des domaines économiques et juridiques :

- Ainsi, les économistes s'intéressent aux effets économiques des règles juridiques (cf. p. ex. R. Posner, *Economic Analysis of Law*, Boston 1977).
- Et les juristes acceptent d'analyser la réalité sous l'angle économique ; c'est depuis longtemps le cas en droit fiscal. Cette manière de voir est évidemment utile et nécessaire en droit de la concurrence. Mais elle s'étend parfois aussi en droit privé (cf. H. M. Riemer, « *Wirtschaftliche Betrachtungsweise* » ? in *Aspekte des Wirtschaftsrechts, Festgabe zum Schweizerischen Juristentag*, Zurich 1994, p. 129-139).

De plus, l'ordre juridique suisse est de plus en plus influencé par des règles de droit public économique international ou étranger (OMC ; UE ; voir à ce sujet, et sur les effets de la globalisation, les rapports présentés lors du Congrès 2000 de la Société suisse des juristes, Fasc. 3/2000, p. 277 à 410).

3.2 Problèmes particuliers, exercices, jurisprudence

a. Problèmes particuliers

- Art. 226m al. 1 CO :

«¹Les dispositions qui précèdent s'appliquent à tous les actes juridiques et combinaisons d'actes juridiques, en particulier aux contrats de location-vente, en tant que les parties visent les mêmes buts économiques que dans la vente par acomptes, quelles que soient les formes juridiques dont elles se servent ».

- Art. 4 al. 1 let. g LFAIE : Acquisition d'immeubles

«¹ Par acquisition d'immeubles, on entend :

a. L'acquisition d'un droit de propriété, de superficie, d'habitation ou d'usufruit sur un immeuble ;

(...)

g. L'acquisition d'autres droits, qui confèrent à leur titulaire une position analogue à celle du propriétaire d'un immeuble ».

- En droit de la concurrence, le législateur veut protéger une «*concurrence fonctionnelle*».

Dans la Loi fédérale sur la bourse et le commerce des valeurs mobilières (LBVM) et dans la Loi fédérale sur les fonds de placement (LFP), le législateur veut garantir le bon fonctionnement de la «*fonction*» d'investissement – et non pas seulement l'investisseur (sur la conception économique de cette fonction, cf. J.-B. Zufferey, Protection de l'investisseur et de la fonction, in RDS 1996 I 169 ss).

- Sur la nécessité de distinguer le droit public et le droit privé, cf. la jurisprudence.

b. Exercice

Un conducteur automobile en état d'ivresse est responsable d'une collision au cours de laquelle un tiers est blessé. Quels sont les domaines du droit concernés ?

c. Jurisprudence : cf. Annexes 3

1^{ERE} PARTIE

LE DROIT PUBLIC

Introduction

Cette première partie est divisée en trois chapitres :

Le premier chapitre traite de l'ordre constitutionnel suisse en général. L'ordre constitutionnel suisse comprend l'ensemble des normes qui ont trait à l'Etat fédéral suisse, soit la Confédération. Le droit constitutionnel traite des règles, des institutions juridiques et des pratiques politiques essentielles qui concernent l'Etat (fédéral) et l'exercice de la puissance publique, ainsi que les relations qu'entretient l'Etat avec la société et les individus.

Il convient cependant de distinguer entre :

- le « droit constitutionnel » au sens propre, qui traite de l'Etat lui-même et de sa structure (« *Staatsrecht* » : à savoir notamment la composition, les attributions et le fonctionnement de ses principaux organes ; les rapports entre eux ; les formes et modalités de leur moyens d'action ; la hiérarchie des normes étatiques et les procédures d'adoption de ces normes ; le statut et l'organisation des collectivités publiques qui le composent ; les mécanismes qui permettent de résoudre les conflits entre ces collectivités) ;
- et le « droit de la constitution », à savoir l'ensemble des règles, institutions et décisions qui se trouvent formellement dans la constitution.

Si ces deux notions se recouvrent en bonne partie, il faut aussi souligner, d'une part, que le droit de la constitution peut être plus restreint que le droit constitutionnel, dans la mesure où beaucoup de règles fondamentales relatives à l'Etat se trouvent ailleurs que dans la constitution (lois, traités, règlements, jurisprudence). D'autre part, le droit de la constitution peut aussi être plus large que le droit constitutionnel, dans la mesure où la constitution peut aussi contenir des règles de détail qui ne sont pas essentielles pour l'Etat.

Ce premier chapitre comprend deux parties. Tandis que la première (lettre A) traitera de la Constitution fédérale suisse en général et des droits constitutionnels, la seconde (lettre B) examinera plus en détail l'ensemble de dispositions que l'on appelle communément la « constitution économique » de la Suisse : après en avoir défini la notion et l'objet, il conviendra de s'intéresser de plus près à deux aspects majeurs de la constitution économique, soit la garantie de la propriété et la liberté économique.

Le deuxième chapitre a pour objet de présenter brièvement quelques lois de droit public économique. On y traitera principalement du (vaste) domaine du droit de la concurrence, puis du domaine du droit bancaire et boursier, avant de passer rapidement en revue, enfin, quelques autres domaines du droit public économique.

Quant au troisième chapitre, il a pour objet la place de la Suisse dans la communauté internationale. On y traitera successivement du droit international public en général et des organisations internationales plus particulièrement (lettre A). Puis, on s'attachera à décrire plus en détail la place de l'économie et du droit suisses dans le contexte international (lettre B). Après une présentation des relations entre l'ordre juridique suisse et l'ordre juridique international et leur évolution, on examinera successivement les relations entre la Suisse et l'Union européenne, les relations entre la Suisse et l'Association européenne de libre-échange et, enfin, les relations entre la Suisse et l'Organisation mondiale du commerce.

Chapitre 1 **L'ordre constitutionnel suisse**

A. LA CONSTITUTION FEDERALE ET LES DROITS CONSTITUTIONNELS

§ 4. LA CONSTITUTION

Textes législatifs : Constitution fédérale de 1999.

Bibliographie : A. AUER / G. MALINVERNI / M. HOTTELIER, Droit constitutionnel suisse, vol. I et II, Berne 2000 ; J.-F. AUBERT / J. P. MÜLLER / D. THÜRER, Verfassungsrecht der Schweiz / Droit constitutionnel suisse, Zurich 2001 ; B. DUBEY, La répartition des compétences au sein de l'Union européenne à la lumière du fédéralisme suisse, Bâle / Bruxelles / Paris 2002 ; (voir ég., sur la Constitution de 1874 : Commentaire de la Constitution fédérale de la Confédération Suisse, J.-F. AUBERT et alii (éd.), vol. I à IV ; J.-F. AUBERT, Traité de Droit constitutionnel suisse, vol. 1 à 3, Neuchâtel 1967).

4.1 Droit constitutionnel : sens formel et sens matériel

a. La notion

La Constitution est la loi fondamentale de l'Etat édictée par le pouvoir constituant selon une procédure particulière.

Il convient de distinguer la Constitution au sens formel et la Constitution au sens matériel :

- La Constitution au sens formel, ce sont les règles qui figurent dans le texte de la Constitution du 18 avril 1999 avec les amendements adoptés depuis lors.
- La Constitution au sens matériel comprend les règles fondamentales de l'Etat qui sont l'objet du droit constitutionnel et qui devraient figurer dans toute Constitution (mais peuvent figurer ailleurs). Constituent notamment du droit constitutionnel au sens matériel :
  - les règles sur la révision de la Constitution ;
  - les règles sur la répartition des compétences ;
  - les règles sur la structure de l'Etat ;
  - les règles sur la population et le territoire ;
  - les règles sur la composition, l'attribution et le fonctionnement des principaux organes de l'Etat ;
  - les règles sur les droits fondamentaux des individus.

4.2 La procédure de révision

a. L'importance de la procédure de révision

Une Constitution se caractérise non pas seulement par son contenu, mais encore par sa procédure d'adoption ou de révision.

b. La révision totale

La procédure de révision totale de la Constitution est prévue à l'art. 193 Cst. Elle peut être proposée par le peuple, par l'un des deux Conseils (national ou des Etats) ou encore décrétée par l'Assemblée fédérale (les deux Conseils ensemble). Si l'initiative émane du peuple ou si les deux Conseils sont en désaccord, le peuple décide par vote si une révision totale doit avoir lieu. En cas d'acceptation par le peuple, les deux Conseils sont renouvelés.

Une révision totale ne peut violer les règles impératives du droit international (limite matérielle ; « *jus cogens* » ; art. 5 al. 4 et 193 al. 4 Cst). S'il s'agit d'une initiative populaire, elle ne peut être formulée qu'en termes généraux.

La Constitution actuelle (du 18 avril 1999) est issue d'une révision totale de la Constitution de 1874. Depuis le début de l'Etat fédéral, en 1848, c'est la seconde révision totale.

c. La révision partielle

La procédure de la révision partielle est fixée à l'art. 194 Cst.

1° Peuvent proposer une révision partielle (art. 194 al. 1 Cst) :

- l'Assemblée fédérale, soit les deux Chambres ;
- le peuple, lorsque 100'000 citoyens le demandent : il s'agit du droit d'initiative populaire tendant à la révision partielle de la Constitution, qui figure à l'art. 139 Cst.

2° Règles à respecter en cas d'initiative populaire :

- Le principe de l'unité de la matière est le principe prévu à l'art. 194 al. 2 Cst : il doit en effet exister « *un rapport intrinsèque entre les différentes parties de l'initiative* » (art. 75 al. 2 LDP ; art. 139 al. 3 et 194 al. 2 Cst).
- L'interdiction de violer les règles impératives de droit international (art. 194 al. 2 et 139 al. 3 Cst). Il s'agit là encore d'une limite matérielle à la révision partielle de la Constitution, soit d'une restriction quant au

contenu admissible d'une révision constitutionnelle. En principe, il ne devrait pas y avoir de limite matérielle au contenu d'une initiative : en effet, admettre que les Chambres fédérales puissent déclarer une initiative irrecevable quant à son contenu irait à l'encontre du principe démocratique selon lequel seuls le peuple et les cantons peuvent se déterminer sur la réforme de la Constitution. Le plus souvent, on essaiera de l'interpréter de manière à ce qu'elle soit compatible avec le *jus cogens* international. Il reste qu'en vertu du principe selon lequel le droit international est et reste supérieur à l'ensemble du droit interne, si une initiative viole directement et sur un point essentiel le droit international, l'Assemblée fédérale devra refuser de la soumettre au vote du peuple (art. 139 al. 3 Cst ; 75 al. 1 LDP).

- Le principe de l'unité de la forme : l'initiative peut revêtir soit la forme d'une proposition conçue en termes généraux, soit celle d'un projet rédigé de toutes pièces (art. 139 al. 2 Cst ; 75 al. 3 LDP) ; un mélange des deux formes est exclu.
- L'exécutabilité est la quatrième règle qui, en cas de violation, impose l'invalidité des initiatives tendant à la révision partielle de la Constitution : elle postule simplement qu'en cas d'acceptation par le peuple et les cantons, l'initiative puisse être effectivement réalisée. Cette règle ne figure nulle part, puisqu'elle est l'expression d'un principe général du droit.

4.3 La portée des règles constitutionnelles et la hiérarchie des normes

a. La définition du problème

Le fait d'être inscrit et intégré dans la Constitution elle-même donne-t-il une importance particulière au texte juridique ainsi adopté, par rapport à un autre acte adopté par le législateur (Assemblée fédérale) ?

Traditionnellement, une certaine hiérarchie existe parmi les règles juridiques : cette hiérarchie découle du degré de légitimité reconnu à la forme selon laquelle la règle a été adoptée : une disposition constitutionnelle revêt en principe une légitimité supérieure à celle d'une loi, en raison de la procédure d'adoption qualifiée à laquelle elle est soumise. En Suisse, le problème est cependant un peu différent, en raison de l'interdiction faite au Tribunal fédéral de contrôler la constitutionnalité des lois fédérales.

b. Le contenu des textes législatifs

La Constitution de 1874 ne contenait pas de disposition à ce sujet. C'est le Parlement qui s'imposait sa propre discipline à cet égard. Sa pratique a été formalisée dans la loi fédérale de 1962 sur les rapports entre les Conseils (art. 5 LRC ; RS 171.11). Selon cette loi :

- une loi fédérale contient des règles de droit d'une durée illimitée ;
- un arrêté fédéral de portée générale contient des règles de droit d'une durée limitée ;
- les arrêts fédéraux simples contiennent d'autres règles ou des actes administratifs.

Mais les art. 5 et 6 LRC ont cependant été abrogés et les art. 4 et 7 LRC ont été modifiés.

Désormais, la Constitution de 1999 précise, à ses art. 163 ss, les formes que revêtent les actes du législateur : Ainsi l'Assemblée fédérale édicte les dispositions fixant des règles de droit sous la forme d'une loi fédérale ou d'une ordonnance. Les autres actes sont édictés sous la forme d'un arrêté fédéral, qui, s'il n'est pas sujet à référendum, est qualifié d'arrêté fédéral simple (art. 163 Cst ; art. 4 LRC).

Doivent notamment revêtir la forme de lois fédérales, les dispositions fondamentales relatives (art. 164 Cst) :

- à l'exercice des droits politiques ;
- à la restriction des droits constitutionnels ;
- aux droits et obligations des personnes ;
- à la qualité de contribuable, à l'objet de l'impôt et au calcul du montant des impôts ;
- aux tâches et aux prestations de la Confédération ;
- aux obligations des cantons lors de la mise en œuvre et de l'exécution du droit fédéral ;
- à l'organisation et à la procédure des autorités fédérales.

c. La hiérarchie des normes en Suisse

1° Dans les rapports entre l'Etat fédéral et les cantons, la norme législative fédérale a bien sûr la primauté sur la norme de droit cantonal, en vertu du principe de primauté (art. 49 al. 1 Cst ; ex principe de la force dérogatoire du droit fédéral : art. 2 Dispositions transitoires de Cst de 1874).

2° A l'échelon fédéral, en principe, les dispositions constitutionnelles devraient avoir le pas sur les autres actes normatifs fédéraux. Toutefois, en application de l'art. 191 Cst (cf. l'ex art. 113 Cst 1874), il n'y a concrètement pas de hiérarchie entre les normes constitutionnelles, les lois fédérales et les arrêts fédéraux de portée générale, dans la mesure où le Tribunal fédéral et les autres autorités sont tenues d'appliquer les lois fédérales (sous-entendu : y compris si

elles violent la Constitution !!). Cependant, le Parlement examine toujours la question de la constitutionnalité avant d'adopter une nouvelle loi fédérale.

Le chapitre de la Cst contenant l'art. 191 Cst a été modifié partiellement, par vote du peuple et des cantons du 12 mars 2000. Désormais, l'art. 189 al. 4 précise que « *les actes de l'Assemblée fédérale et du Conseil fédéral ne peuvent être portés devant le Tribunal fédéral* », et l'art. 190, que « *ni le Tribunal fédéral ni aucune autre autorité ne peuvent refuser d'appliquer une loi fédérale ou le droit international* ». Mais cette révision partielle de la Constitution, bien qu'acceptée, n'est pas encore entrée en vigueur. On observe ainsi que, malgré le souhait de beaucoup de constitutionnalistes de changer cette situation souvent difficilement soutenable, l'interdiction faite au TF de contrôler la constitutionnalité des lois fédérales a été maintenue et précisée.

4.4 La structure fédérale

La Suisse est un Etat fédéral composé de vingt cantons et de six demi-cantons. Les cantons et demi-cantons revêtent une double qualité : ils sont simultanément des collectivités publiques autonomes et des agents de la Confédération.

a. Les cantons sont des collectivités publiques autonomes

Les cantons ont leurs domaines propres de compétence, même si ces domaines ont tendance à se raréfier et leur étendue tend à se réduire fortement avec le temps (cf. la règle de l'art. 3 Cst : ci-dessous, chiffre 11.5, let. A).

Dans ces domaines, les cantons jouissent d'une autonomie (et non d'une souveraineté !) non négligeable, puisqu'ils édictent leur propre droit (lois cantonales), ont leurs propres autorités et institutions législatives, exécutives et judiciaires et prélèvent leurs propres impôts (art. 47 Cst). Une réserve doit être apportée en ce sens qu'ils restent tenus de respecter les principes fondamentaux du droit international et du droit fédéral, ainsi que certaines obligations imposées par l'ordre juridique fédéral (voir notamment la principe de fidélité confédérale et les obligations concrètes qu'il engendre : art. 44 Cst).

b. Les cantons sont des organes de la Confédération

Cela se traduit par deux types principaux de relations entre la Confédération et les cantons :

1° Le principe de participation :

En vertu de ce principe, les entités fédérées (cantons) ont un droit de participer sous différentes formes à l'activité (notamment législative, mais aussi constitutionnelle et internationale) de l'entité centrale (Confédération) :

- Les cantons participent à la formation de la volonté fédérale (art. 45 Cst, mais aussi art. 140 et 141 Cst).
- La majorité des cantons est requise lors d'une révision constitutionnelle (art. 195 Cst).
- Les cantons ont le droit de proposer une nouvelle loi fédérale ou un référendum (art. 160 et 141 Cst).
- Les cantons sont informés en temps utile et de manière détaillée lors de l'élaboration de la législation fédérale ; ils sont en outre obligatoirement consultés lorsqu'il s'agit de nouvelles lois fédérales qui touchent leurs intérêts (art. 45 al. 2 Cst).

2° Le fédéralisme d'exécution (ou principe de l'administration indirecte) :

Les cantons sont les autorités ordinaires d'exécution du droit fédéral, c'est-à-dire que c'est en principe eux qui mettent en œuvre le droit fédéral (art. 46 Cst).

Lorsque les cantons agissent comme agents d'exécution du droit fédéral, la Confédération est tenue de leur laisser une certaine marge de manœuvre et de respecter leurs particularités. Elle doit aussi tenir compte de la charge financière qu'entraîne cette mise en œuvre pour les cantons, en leur laissant des sources de financement suffisantes et en établissant un système de péréquation financière.

4.5 La répartition des compétences

La structure fédérale de la Suisse pose inmanquablement la question de la répartition des compétences entre l'entité centrale (Confédération) et les entités fédérées ou membres (cantons). C'est dans la Constitution fédérale que se trouve la clé de cette répartition.

a. Le principe des art. 3 et 42 Cst

Le principe de base institué par les art. 3 et 42 Cst est celui dit des compétences (fédérales) d'attribution : en d'autres termes, la Confédération n'est compétente que si un domaine de compétence lui a été attribué par la Constitution.

Cela signifie également que l'art. 3 Cst institue une présomption de compétences en faveur des cantons : «*Les cantons sont souverains en tant que leur souveraineté n'est pas limitée par la Constitution fédérale et exercent tous les droits qui ne sont pas délégués à la Confédération*». Il convient de comprendre les termes «*souverains*» et «*souveraineté*» au sens de «*compétents*» et «*compétence*».

i. La portée et l'interprétation des art. 3 et 42 Cst.

Le principe posé par ces dispositions constitutionnelles a les conséquences suivantes :

1° Le principe de l'art. 3 Cst a une portée générale : il s'agit d'une clause générale de compétence en faveur des cantons.

2° Ce principe permet en outre d'opérer une répartition des compétences sans lacune : soit la Constitution attribue une matière à la Confédération et il s'agit d'une compétence fédérale ; soit il n'y a pas d'attribution pour cette matière, et elle relève de la compétence des cantons. Il est dès lors inutile de vouloir

énumérer les compétences des cantons dans un texte, que ce soit la Constitution fédérale ou les constitutions cantonales : une telle énumération serait non seulement vaine, mais encore dangereuse, dans la mesure où, par définition, elle ne serait jamais exhaustive et risquerait d'omettre et donc d'exclure trop de domaines de la compétence des cantons. A noter cependant que la Constitution fédérale prévoit un certain nombre de réserves de compétences en faveur des cantons, lorsqu'elle attribue des compétences à la Confédération, dans un but de protection des compétences cantonales contre une interprétation trop extensive des compétences attribuées.

- 3° La Confédération ne jouit que des compétences que la Constitution lui attribue, notamment dans son titre 3 (mais pas uniquement !!). L'art. 2 Cst ne peut servir de base de compétence à lui tout seul : cette disposition a plutôt pour fonction de définir un « programme général ». En revanche, il est possible d'y faire appel pour fonder une compétence en complément d'une autre disposition attributive de compétence.
- 4° La Confédération ne jouit pas que de compétences attribuées expressément dans la Constitution : elle dispose également d'importantes compétences attribuées de manière implicite.

ii. Les critères et modes d'attribution de compétences

Il n'existe pas, dans la Constitution, de systématique cohérente ni de critère unique d'attribution de compétences : le choix des modes et critères d'attribution répond à des nécessités très pragmatiques et dépend de l'époque de l'attribution, de la matière concernée, du contexte politique, économique et juridique entourant l'attribution de la compétence. Il en est résulté un patchwork de critères et de méthodes d'attribution, que la révision totale de la Constitution en 1999 a pu partiellement clarifié et systématisé, mais n'a pas réussi (et n'a pas voulu !) à supprimer.

Les principaux critères d'attribution utilisés sont les suivants : attribution par tâches ; attribution par domaines ; attribution par fixation de buts à atteindre ; attribution par description des moyens à mettre en œuvre ; ...

c. L'exception de l'art. 165 al. 3 Cst

Il peut arriver que des règles doivent être adoptées d'une manière urgente, pour faire face à un problème grave ou à une crise, et que l'Autorité fédérale n'ait pas de compétence pour le faire. Il s'agit des cas de législation d'urgence dépourvue de base constitutionnelle.

Dans ce genre de cas, c'est l'art. 165 al. 3 Cst règle la procédure. A ce propos, on constate que :

- 1° une loi fédérale urgente dépourvue de base constitutionnelle ne peut avoir qu'une durée limitée à une année ;
- 2° dans ce délai, elle doit avoir été acceptée par le peuple et par les cantons (référendum obligatoire et « résolutoire »), faute de quoi elle cesse de produire ses effets et ne peuvent pas être renouvelées ;
- 3° une loi fédérale ne peut être munie de la clause d'urgence que si son entrée en vigueur « ne souffre aucun retard » : en d'autres termes, l'urgence doit être temporelle et objective, en ce sens qu'il est objectivement nécessaire que l'acte législatif produise des effets immédiats et qu'il doit concerner un objet important.

c. La sanction du partage des compétences

Cette sanction est donnée par l'art. 49 al. 1 Cst. qui précise que le droit fédéral prime le droit cantonal (principe de primauté ou de la force dérogatoire du droit fédéral), autrement dit la législation fédérale l'emporte sur toute réglementation cantonale, quel que soit leur niveau respectif (« Bundesrecht bricht kantonaes Recht »). En principe et logiquement, cet effet de primauté ne devrait valoir que lorsque la législation fédérale a été adoptée en conformité avec la Constitution (attribution de compétence) ; mais en réalité, il vaut dans tous les cas, puisqu'il n'y a pas de contrôle de la constitutionnalité des lois fédérales en Suisse !!

Ordinairement, ce principe est mis en œuvre par le biais des tribunaux cantonaux (contrôle dit « diffus »), qui sont tenus de contrôler la conformité du droit cantonal avec la répartition des compétences, ou du TF (réclamation de droit public, recours ordinaires, recours de droit public). Mais le contrôle s'effectue en partie aussi par le biais des autorités administratives de la Confédération (surveillance) et cantonales, qui ont la même obligation que leurs autorités judiciaires.

Si une règle cantonale viole le principe de la primauté, elle est en principe nulle ex tunc (dès l'origine) et entièrement : elle est considérée comme n'ayant jamais existé. En réalité, l'idée de la nullité absolue n'est pas vraiment praticable ni réaliste, dans un Etat fédéral dans lequel il existe un tel enchevêtrement de compétences. La conséquence d'une telle violation du principe devra donc le plus souvent être déterminée au cas par cas, par l'autorité saisie (le juge le plus souvent) : il pourra ainsi, par exemple, refuser d'appliquer la règle cantonale, l'annuler partiellement ou totalement, avec effet *ex tunc* ou *ex nunc*, l'interpréter conformément au droit fédéral, ...

4.6. Problèmes particuliers, exercices, jurisprudence

a. Problèmes particuliers

- 1° Dans quels domaines la Confédération a-t-elle fait application de l'art. 165 (ex art 89^{bis} aCst) ?

Serait-il envisageable de faire usage de cet article dans le domaine du rapprochement avec l'Europe ? Pourquoi ?

- 2° Après le rejet de l'EEE, en 1992, certains ont proposé aux cantons romands et aux deux Bâle de conclure eux-mêmes avec des Etats étrangers des traités sur des objets concernant notamment l'économie publique et les rapports de voisinage. Est-ce possible ? Qu'en pensez-vous ?
- 3° Un canton pourrait-il édicter une loi cantonale destinée à établir une assurance-maternité cantonale ?

b. Exercices

- 1° Suite à une proposition d'un député, le Grand Conseil du canton d'Uri vient d'adopter une loi interdisant la circulation sur le réseau cantonal aux véhicules de plus de 28 tonnes. Le Conseil d'Etat ayant attiré l'attention du Parlement cantonal sur la question de sa compétence, l'interdiction a été limitée aux routes cantonales et communales et ne s'applique pas à la route nationale (autoroute) qui traverse le canton.

Le Conseiller fédéral Leuenberger vous demande de préparer une note à l'intention du Conseil fédéral.

- 2° Quelles sont les limites posées par le droit fédéral aux cantons, lorsque ces derniers décident de réglementer dans leur lois cantonales sur le commerce l'ouverture et la fermeture des commerces dans leur cantons ? Un canton peut-il décider que, pour mieux protéger la santé de ses ressortissants, il interdit toute ouverture des commerces après 18 heures le soir ? Et s'il le fait pour protéger la tranquillité publique ?

- c. Jurisprudence : cf. Annexes 4

§ 5 LES DROITS CONSTITUTIONNELS

Textes législatifs : Constitution fédérale ; CEDH ; Pactes ONU I et II.

Bibliographie : Cf. A. AUER / G. MALINVERNI / M. HOTTELIER, Droit constitutionnel suisse, Berne 2000, vol. II : Les droits fondamentaux ; J. P. MÜLLER, Grundrechte in der Schweiz, Berne 1999.

5.1 La notion

Un droit constitutionnel (aussi appelé : droit fondamental, droit individuel ou liberté publique) est la faculté reconnue à une personne de s'opposer à une activité étatique qui pourrait porter atteinte à sa liberté.

Cette définition correspond à la conception des droits constitutionnels que l'on avait au 19^{ème} siècle : il s'agissait d'abord, pour les individus, de se protéger contre l'Etat qui menaçait les libertés individuelles (liberté de la presse, liberté de conscience et de croyance, ...).

Au 20^{ème} siècle, cette conception a été étendue. Les droits fondamentaux visent non seulement à garantir un standard minimum (droit à la vie, inviolabilité du domicile), mais aussi à permettre l'exercice de la démocratie (liberté d'expression, liberté de réunion) et encore à assurer le respect de la dignité de chaque personne (liberté personnelle, droit à un minimum vital, règles de procédure minimum).

5.2 Les caractéristiques et la liste des droits constitutionnels

a. Des droits dirigés contre l'Etat

En principe, les droits constitutionnels ne permettent à l'individu de s'opposer qu'à une activité de l'Etat, et non pas à l'activité d'autres individus.

Mais, selon la théorie de l'effet civil (effet horizontal ou effet réflexe) des droits fondamentaux, les droits constitutionnels peuvent jouer un rôle dans les relations entre les particuliers.

Comment les droits fondamentaux trouvent-ils dès lors à s'appliquer dans les rapports de droit privé ?

- 1° Dans un premier temps, c'est au législateur qu'il incombe d'organiser les relations de droit privé dans l'esprit des droits fondamentaux.
- 2° Il appartient ensuite aux tribunaux d'interpréter les normes de droit privé d'une manière conforme aux droits fondamentaux.

3° Parfois, enfin, l'effet civil est inscrit dans la Constitution elle-même (p. ex. art. 4 al. 2 aCst et 8 nCst : égalité). A ce sujet, voir l'obligation générale imposée par l'art. 35 al. 3 Cst.

b. Des droits négatifs

Les droits constitutionnels ne permettent en principe à l'individu que d'exiger une abstention – et non pas une prestation – de l'Etat. C'est en ce sens que l'on parle de « droits négatifs ».

Exceptionnellement, la Constitution permet d'exiger, dans certaines circonstances, une prestation positive de l'Etat : par exemple l'assistance judiciaire (art. 29 al. 3 nCst, 4 aCst) ; l'enseignement de base (art. 19 Cst) ; le droit au minimum vital (art. 12 Cst). Cela vaut également pour d'autres droits procéduraux (p. ex. art. 32 al. 2 Cst).

L'élément décisif est le critère de justiciabilité du droit fondamental, c'est-à-dire le fait pour le droit de pouvoir être concrétisé et imposé par une décision judiciaire. A l'échelon fédéral, le recours de droit public a été institué pour assurer le respect des droits constitutionnels.

c. Les sources des droits constitutionnels

La première source des droits constitutionnels est la Constitution (fédérale) qui garantit spécifiquement un certain nombre de droits constitutionnels. Les droits sont énumérés aux art. 7 à 34 nCst. Les art. 35 et 36 traitent de la réalisation et du respect des droits fondamentaux ainsi que des conditions de restriction aux droits fondamentaux.

Les principaux droits garantis expressément par la Constitution sont :

- le droit à la dignité humaine (art. 7),
- le droit à l'égalité (art. 8 ; art. 4 aCst),
- le droit à la protection contre l'arbitraire et à la protection de la bonne foi (art. 9 ; art. 4 aCst),
- le droit à la vie et à la liberté personnelle (art. 10),
- le droit à la protection de la sphère privée (art. 13),
- le droit au mariage et à la famille (art. 14),
- la liberté de conscience et de croyance (art. 15),
- la liberté d'opinion et d'information et celle des médias (art. 16 et 17),
- la liberté de la langue (art. 18),
- la liberté de réunion et la liberté d'association (art. 22 et 23),
- la garantie de la propriété (art. 26),
- la liberté économique (art. 27),
- la liberté syndicale (art. 28),

- les garanties de procédure (art. 29 ss),
- les droits politiques (art. 34).

La deuxième source des droits constitutionnels se trouve dans le droit international public, à savoir principalement :

- la Convention européenne des droits de l’homme (CEDH ; ci-après § 14) ;
- les Pactes I et II des Nations Unies (ci-après § 15).

La troisième source est la jurisprudence du Tribunal fédéral qui est arrivé à la conclusion qu’un certain nombre de droits (droits constitutionnels non écrits) étaient implicitement reconnus par la Constitution parce qu’ils constituent des éléments essentiels de l’ordre démocratique et juridique de la Suisse. Ont notamment été considérés comme droits constitutionnels non écrits par le TF :

- la garantie de la propriété (avant que ce droit ne soit reconnu par l’art. 22^{ter} aCst, puis 26 nCst en 1969) ;
- la liberté de réunion et d’expression, avant d’être formellement consacrées aux art. 16 et 22 nCst ;
- la liberté personnelle, c’est-à-dire le droit à l’intégrité physique, à la liberté de mouvement et au libre choix du mode de vie, avant d’être formellement reconnue à l’art. 10 al. 2 nCst ;
- le droit à un minimum vital, qui sera ensuite ancré à l’art. 12 nCst.

NB : Les droits constitutionnels fixés dans les constitutions cantonales

A noter enfin que les constitutions cantonales contiennent, elles aussi, des droits constitutionnels pouvant offrir, à l’occasion, une protection plus élevée que celle offerte par la Constitution fédérale et par les traités ratifiés. Les rapports entre droit constitutionnel cantonal et droit constitutionnel fédéral et international sont régis par le principe de primauté du droit fédéral et du droit international.

Après 4 ans de travaux de la Constituante, le peuple fribourgeois a accepté la nouvelle Constitution fribourgeoise, avec une majorité de 58,03 % de oui, le 16 mai 2004. La nouvelle constitution cantonale introduit notamment quelques nouveautés, telles que :

- la liberté de choisir une autre forme de vie en commun que le mariage et le droit d’enregistrer un partenariat pour les couples de même sexe (art. 14) ;
- le droit de chaque femme à des prestations couvrant sa sécurité matérielle avant et après l’accouchement et l’établissement d’une assurance maternité (art. 33).

d. Les limites des droits constitutionnels

Les droits constitutionnels ne sont pas absolus. Des restrictions à ces droits sont possibles à certaines conditions (art. 36 nCst) :

1° L'Etat (Confédération ou cantons) ne peut intervenir et restreindre un droit constitutionnel que si son intervention est prévue par une disposition légale (base légale ; art. 36 al. 1 Cst), ce qui implique bien sûr qu'il ait la compétence constitutionnelle d'édicter du droit dans ce domaine.

Exceptionnellement, en l'absence d'une base légale, l'Etat peut, en cas de danger grave, effectif ou imminent, justifier son intervention par la « clause générale de police » (art. 36 al. 1 *in fine* Cst).

2° L'Etat ne peut intervenir que pour protéger un droit fondamental d'autrui ou pour un motif d'intérêt public, soit notamment pour maintenir l'ordre public. Les composantes de l'ordre public, pouvant justifier l'intervention de l'Etat sont notamment :

- la sécurité publique (exemple : interdiction de la publicité le long des autoroutes) ;
- la tranquillité (exemple : limitations de police à des cortèges ou des manifestations publiques) ;
- la santé (exemple : restriction dans la vente de médicaments) ;
- la moralité (exemple : restriction dans la vente de certains périodiques) ;
- la bonne foi (exemple : mesures contre la publicité mensongère).

3° A chaque fois qu'il impose une restriction à un droit fondamental, l'Etat doit tenter de trouver et d'imposer la restriction la moins contraignante (la plus « libérale ») possible, c'est-à-dire celle qui porte le moins atteinte à la liberté. En outre, la mesure restrictive doit être adaptée au but visé (« adéquation de la mesure »). Il s'agit là d'obligations imposées par le principe de la proportionnalité (art. 36 al. 3 Cst).

4° Enfin, l'intervention étatique ne doit pas vider la liberté de sa substance. C'est ce qu'impose l'art. 36 al. 4 en soulignant que « l'essence des droits fondamentaux est inviolable ». Ainsi, une mesure étatique, même adéquate, ne peut pas supprimer le principe même de la liberté économique ou de la propriété privée (mesure confiscatoire).

e. Les titulaires des droits constitutionnels

La plupart des droits constitutionnels est garantie à toute personne, quelle que soit sa nationalité. Par contre, la titularité de la nationalité suisse (sous réserve des traités internationaux comme les Accords bilatéraux) reste exigée pour l'exercice de certains droits tels que la liberté d'établissement (art. 24 al. 1) ou la protection contre l'expulsion de nationaux (art. 25 al. 1).

c. Les droits sociaux

Le Tribunal fédéral a reconnu que le droit au minimum vital est un droit constitutionnel non écrit – et non seulement une composante de la dignité humaine – (ATF 121 I 367 = JdT 1997 I 278 ; annexe 2.3), car il constitue une condition essentielle à l'existence et l'épanouissement de l'homme, ainsi qu'un élément indispensable de l'ordre démocratique fédéral fondé sur le droit. Ce droit a ensuite été expressément ancré à l'art. 12 Cst.

Une fois reconnu comme un droit constitutionnel, le droit au minimum vital a permis aux particuliers d'exiger une prestation de l'Etat (et non seulement d'exiger une abstention de l'Etat. Le particulier peut donc, si la prestation de l'Etat est insuffisante et que son minimum vital n'est pas garanti, invoquer ce droit constitutionnel dans un recours de droit public. Il apparaît ainsi que les droits sociaux impliquent souvent (mais pas toujours : cf. la liberté syndicale) le droit à une prestation de l'Etat.

5.3 Le principe de l'égalité de traitement (art. 8 nCst ; art. 4 aCst)

Il faut distinguer l'égalité devant la loi et l'égalité dans la loi.

a. L'égalité dans la loi

Le législateur viole le principe de l'égalité de traitement lorsqu'il adopte un texte juridique dénué de base objective sérieuse qui n'aurait ni sens ni but.

L'Etat édicte aussi un acte contraire au principe de l'égalité de traitement :

- lorsqu'il distingue ce qui devrait être assimilé ;
- lorsqu'il assimile ce qui devrait être distingué.

Cependant, le Tribunal fédéral n'intervient qu'en présence de distinctions ou d'assimilations insoutenables.

b. L'égalité devant la loi

Il est interdit à l'Etat de violer le principe de l'égalité de traitement dans l'application de la loi.

i. Le déni de justice formel

L'Etat risque de violer le principe de l'égalité de traitement par sa manière de rendre la justice :

- s'il ne rend pas de décision : absence totale de décision ;

- s'il applique avec une rigueur excessive et inutile certaines dispositions de forme : excès de formalisme ;
- s'il viole les dispositions de procédure et d'organisation judiciaire destinées notamment à garantir l'impartialité de l'autorité : composition irrégulière de l'autorité qui statue ;
- s'il empêche une partie de se défendre convenablement : droit d'être entendu et droit à l'assistance judiciaire.

ii. Le déni de justice matériel

L'Etat (un tribunal ou l'administration) risque également de violer le principe de l'égalité de traitement dans la solution qu'il choisit d'apporter à un litige ou dans une décision. On peut distinguer :

- l'inégalité dans l'application des lois (à noter cependant que les « revirements de jurisprudence » sont possibles et qu'il n'y a en principe pas de droit à l'égalité dans l'illégalité) ;
- la violation grossière dans l'application des lois (arbitraire).

c. L'égalité entre hommes et femmes (art. 8 al. 3 Cst)

Le principe de l'égalité entre hommes et femmes a été inscrit dans la Constitution fédérale à l'art. 4 al. 2 aCst, puis repris à l'art. 8 al. 3 nCst en complément du principe général de l'égalité de traitement garanti par l'art. 4 al. 1 aCst et 8 al. 1 et 2 nCst.

La mise en application de ce principe ne va pas sans difficulté en particulier lorsqu'il s'agit de garantir l'égalité du salaire. Une loi fédérale a récemment été adoptée par le Parlement sur ce sujet.

Nous traiterons de deux autres droits fondamentaux dans le chapitre consacré à la constitution économique (§ 14 et 15 : liberté économique et garantie de la propriété).

5.4 Problèmes particuliers, exercices, jurisprudence

a. Problèmes particuliers

- 1° Si un justiciable est d'avis que la CEDH lui offre une protection plus étendue que la Constitution de son canton ou que la Constitution fédérale, peut-il invoquer la CEDH lorsqu'il comparaît devant le Tribunal de l'arrondissement de la Sarine ?

- 2° Le Tribunal fédéral a reconnu le droit au minimum vital comme droit constitutionnel non écrit ; ce droit a ensuite été intégré à la nouvelle Constitution (art. 12) sous le nom de « droit d'obtenir de l'aide dans des situations de détresse » ; s'étend-il au droit au logement et au droit au travail ?

b. Exercices

Une employée de la société Entreprise SA ne comprend pas pourquoi son salaire est inférieur à celui de son collègue de travail qui occupe le même poste dans Entreprise SA. Elle vous prie de rédiger une demande en justice dans le but d'obtenir un salaire égal à celui de son collègue puisque l'égalité de traitement est, paraît-il, garantie en Suisse.

c. Jurisprudence : cf. Annexes 5.

B. LA CONSTITUTION ECONOMIQUE DE LA SUISSE

§ 6 LA NOTION ET L'OBJET

Textes législatifs : Art. 26, 27 et 94 ss Cst.

Bibliographie : E. RHINOW, Commentaire de la Constitution fédérale de la Confédération suisse, Bâle / Zurich / Berne 1989, ad art. 31 ; E. GRISEL, Liberté du commerce et de l'industrie, Libéralisme et droit économique en Suisse, vol. I: Partie générale, Berne 1994, vol. II : Partie spéciale, Berne 1995 ; R. RHINOW / G. SCHMID / G. BIAGGINI, Öffentliches Wirtschaftsrecht, Bâle 1998 ; J.-F. AUBERT / J. P. MÜLLER / D. THÜRER, Droit constitutionnel suisse, Zurich 2001.

6.1 Généralités

En 1848, la liberté du commerce et de l'industrie (LCI) n'était garantie que parfois, dans les constitutions cantonales. La Constitution fédérale n'en faisait pas mention, mais comprenait un art. 29 qui garantissait la libre circulation des biens et des services et qui avait pour but de créer un marché commun suisse.

La liberté du commerce et de l'industrie a par la suite été introduite, en 1874, dans la Constitution fédérale. Il n'est alors fait état que des mesures de police pour la limiter.

En 1947, avec l'adoption des «articles économiques», on précise les conditions auxquelles l'Etat peut prendre des mesures de politique économique.

En 1992, la Suisse refuse d'adhérer à l'Espace Economique Européen (EEE). En 1994, la Suisse ratifia les accords du GATT/OMC et a entamé les négociations portant sur la conclusion d'accords bilatéraux avec l'Union européenne.

En 1995/1996 sont entrées en vigueur deux lois fédérales importantes :

- la nouvelle loi fédérale sur les cartels et autres entraves à la concurrence (LCart.) ;
- la loi fédérale sur le marché intérieur (LMI).

Le 1^{er} janvier 2000 est entrée en vigueur la nouvelle Constitution fédérale du 18 avril 1999.

6.2 La Constitution économique

a. La Constitution de 1874

A la suite de l'importante révision adoptée en 1947, (qualifiée parfois de « petite révision totale » de la Constitution), ainsi que des nombreuses modifications partielles introduites depuis lors, la Constitution de 1874 contenait une véritable Constitution économique de la Suisse, à savoir « l'ensemble des normes constitutionnelles qui règlent, dans les grandes lignes, le rapport entre l'Etat et l'économie, c'est-à-dire qui ont pour objet les préalables étatiques fondamentaux et conditions-cadre appropriées à la micro-et à la macro-économie » (RHINOW, ad art. 31, n° 4). Elle comprenait notamment :

- l'art. 31 aCst qui garantissait la liberté du commerce et de l'industrie (liberté économique) ;
- Les dispositions qui règlent la compétence de la Confédération de limiter la liberté économique : 31^{bis} al. 2 (normes fédérales et mesures en faveur de certaines branches ou professions) ; 31^{bi} al. 3 (politique économique de la Confédération dans des secteurs déterminés) ; 31^{quater} (banques) ; 31^{quinquies} (politique conjoncturelle) ; 31^{sexies} (protection des consommateurs) ; 31^{septies} (surveillance des prix) ; 33 (professions libérales) ; 38 (monnaie) aCst..
- Les dispositions qui, sans avoir des buts économiques, ont des implications économiques : 22^{ter} et 22^{quater} (aménagement du territoire) ; 23 (travaux publics) ; 23^{bis} (blé) ; 24^{bis} (régime des eaux) ; 24^{ter} (navigation fluviale et maritime) ; 24^{quater} (électricité) ; 24^{quinquies} (énergie atomique) ; 24^{septies} (protection de l'environnement) ; 24^{octies} (politique de l'énergie) ; 25 (pêche et chasse) ; 26 (chemins de fer) ; 27^{ter} (cinéma) ; 28, 29 et 30 (droits de douane) ; 31^{ter} (cafés et restaurants) ; 32^{bis} (boissons distillées) ; 32^{ter} al. 3 (boissons contenant de l'absinthe) ; 32^{quater} (auberges et commerce de spiritueux) ; 34 al. 2 (agences d'émigration et entreprises d'assurances) ; 34^{sexies} (construction de logements) ; 34^{septies} (protection des locataires) ; 35 (maisons de jeu) ; 36 (postes et télégraphes) ; 37^{bis} (automobiles et cycles) ; 37^{ter} (navigation aérienne) ; 41 (poudre de guerre et armes) ; 55^{bis} (radio et télévision) ; 64 (droit civil) ; 69 (lutte contre les maladies) ; 69^{bis} (commerce des denrées alimentaires) ; 69^{ter} (entrée, séjour et établissement des étrangers) aCst.

Le résultat en était un système complexe, dont la clarté n'était pas la principale qualité. Le terrain était évidemment propice à l'affrontement des idées en particulier sur deux thèmes :

- la portée et la fonction de la liberté économique ;
- la légitimité de la politique économique.

b. La Constitution de 1999

La Constitution de 1999 a repris ce système, mais y a simultanément mis un peu d'ordre et l'a mis à jour. Désormais, les dispositions de la constitution économique figurent :

- à l'art. 26 et 27 : garantie de la propriété et liberté économique, parmi les droits fondamentaux ;
- aux art. 94 à 107 (section 7) : la liste des dispositions strictement économiques (concurrence, consommation, banques et assurances, politique monétaire, politique conjoncturelle, politique structurelle, agriculture, politique économique extérieure, jeux de hasard, ...) ;
- et, enfin, réparties dans différentes autres sections, les dispositions ne touchant qu'indirectement l'économie (aménagement du territoire, politique énergétique, radio et télévision, transports, travaux publics, travail, assurances sociales, ...).

Même si l'on considère généralement que l'on ne peut pas tirer de la Constitution une volonté d'instituer un régime de libre concurrence, il semble pourtant que le législateur et les autorités fédérales ont récemment montré leur volonté :

- de faciliter les échanges économiques (GATT, loi sur le marché intérieur ; Accords bilatéraux) ;
- de favoriser la concurrence (loi sur les cartels).

NB : Rappelons qu'en application de l'art. 3 Cst., les cantons restent en principe compétents en matière de droit public (qui comprend les mesures de police !!) aussi longtemps que la Confédération ne s'est pas vue attribuer dans la Constitution la compétence d'intervenir.

6.3 Problèmes particuliers, exercices, jurisprudence

Cf. § 7 et 8.

§ 7 LA GARANTIE DE LA PROPRIETE

Textes législatifs : art. 26 Cst.

Bibliographie : G. MÜLLER in Commentaire de la Constitution fédérale de la Confédération suisse, Bâle / Zurich / Berne 1987, ad art. 22^{ter} ; A. AUER / G. MALINVERNI / M. HOTTELIER, Droit constitutionnel suisse, vol. II, p. 363 ss ; J.-F. AUBERT / J. P. MÜLLER / D. THÜRER, Droit constitutionnel suisse, Zurich 2001.

7.1 La notion

a. La définition et la base constitutionnelle

En droit suisse la propriété est garantie par l'art. 26 Cst. Cela signifie que l'Etat ne peut restreindre le droit de propriété d'un particulier ou l'exproprier que pour des motifs d'intérêt public suffisants et uniquement selon une procédure déterminée, prévue par une loi.

La Constitution précise encore qu'en cas d'expropriation ou de restriction de la propriété équivalant à une expropriation, une « pleine indemnité » est due (art. 26 al. 2 ; « juste indemnité », selon l'art. 22^{ter} al. 3 aCst).

b. Les droits protégés

La Constitution protège tous les droits patrimoniaux, c'est-à-dire notamment le droit de propriété (mobilière ou immobilière), les autres droits réels (servitudes et gages) et les créances. Il s'agit donc d'une conception et d'une interprétation larges du mot propriété.

A noter que le droit constitutionnel fédéral entend non seulement protéger les particuliers dans leur droit propre, mais également assurer l'existence même de l'institution qu'est le droit de propriété. Dès lors, même si une atteinte étatique à la propriété pouvait être imposée à un particulier parce qu'elle est suffisamment justifiée et dûment indemnisée, elle n'en serait pas moins inconstitutionnelle dans le cas où elle atteindrait et ruinerait l'existence même du droit de propriété en tant que tel (par exemple : une nationalisation). Il s'agit du principe de l'intangibilité de l'institution de propriété elle-même (interdiction des mesures dites « confiscatoires »).

c. Les titulaires

Les titulaires de la garantie sont les titulaires du ou des droits patrimoniaux protégés.

7.2 Les restrictions à la garantie de la propriété

Comme les autres droits constitutionnels, la garantie de la propriété doit néanmoins pouvoir être restreinte dans certaines circonstances (sous réserve bien sûr de l'intangibilité de l'institution elle-même). Pour qu'une telle restriction puisse être admise, la Constitution impose trois conditions. La restriction doit :

- être fondée sur une base légale : autrement dit, la procédure d'expropriation doit être prévue par une loi ;
- répondre à un intérêt public : l'expropriation (formelle ou matérielle) ne peut être admise que pour des motifs d'intérêts publics qui soient suffisants ;
- donner lieu à une indemnisation : une indemnité est due tant en cas d'expropriation formelle qu'en cas d'expropriation matérielle.

L'expropriation est dite formelle lorsqu'il s'agit de l'expropriation proprement dite du droit ; elle est dite matérielle lorsque la restriction du droit équivaut matériellement (c'est-à-dire dans les faits) à une expropriation.

A noter toutefois que des restrictions justifiées par des mesures de police au sens strict du terme ne donnent pas droit à une indemnité. De plus, une indemnité n'est due que si la restriction apportée cause une atteinte suffisamment grave à la propriété.

7.3 Problèmes particuliers, exercices, jurisprudence

a. Problèmes particuliers

Une commune souhaite modifier son plan d'aménagement local. Des parcelles de terrain qui étaient situées en zone à bâtir doivent passer en zone verte. Les propriétaires de ces parcelles doivent-ils être indemnisés ?

c. Exercices

Vous êtes propriétaire d'un chalet en montagne. La Commune vous notifie une décision selon laquelle aucune modification ne pourra plus être apportée à ce chalet, ni aucune construction érigée sur la parcelle voisine, en raison des risques de glissements de terrain identifiés à cet endroit.

Quid ?

c. Jurisprudence : cf. Annexes 7

§ 8. LA LIBERTE ECONOMIQUE

Textes législatifs : Art. 27 ss Cst.

Bibliographie : Cf. § 6 et 7.

8.1 La notion

a. La définition

La liberté économique (aussi appelée anciennement liberté du commerce et de l'industrie ; LCI) est le droit de choisir et d'exercer librement une activité lucrative privée, autrement dit de protéger toute activité économique privée tendant à la production d'un gain.

Trois éléments de cette définition sont à mettre en évidence :

- une activité économique, par opposition à une activité à but idéal (les associations à but idéal ne sont donc en principe pas protégées) ;
- une activité lucrative (le consommateur n'est donc pas titulaire de cette liberté) ;
- une activité privée : l'activité publique est aussi soustraite à l'art. 31 Cst.

L'art. 27 al. 2 Cst précise que la liberté économique comprend notamment le libre choix de la profession, le libre accès à une activité économique lucrative privée et son exercice.

L'art. 95 al. 1 Cst donne cependant la compétence à la Confédération de légiférer sur l'exercice des activités économiques lucratives privées.

b. Bref rappel de l'évolution de la conception de la liberté du commerce et de l'industrie (LCI)

Il n'était pas fait mention de la LCI dans la Constitution fédérale de 1848 ; elle était néanmoins garantie à l'échelon cantonal. La LCI apparaît dans la Constitution fédérale de 1874, où l'on ne fait état que des mesures de police qui peuvent la limiter. Ce n'est que dans la modification de 1947 (adoption des « articles économiques ») que l'on précise les conditions auxquelles l'Etat peut prendre des mesures de politique économique. Enfin, l'art. 31^{quinquies} (articles conjoncturel), adopté en 1978 et devenu art. 100 nCst, et l'art. 31^{septies} (surveillance des prix), adopté en 1982 et devenu art 96 al. 2 nCst, ont attribué des compétences importantes à la Confédération en matière d'intervention économique de l'Etat. Le nouvel art. 103 nCst (politique structurelle) précise aussi que la Confédération peut, au besoin déroger au principe de la liberté économique lorsqu'une intervention étatique structurelle s'avère nécessaire.

c. La portée de la liberté économique

La liberté économique est un droit constitutionnel, ce qui signifie :

- que les particuliers (fonction dite « individuelle » du droit) peuvent s'en prévaloir en justice contre les dispositions légales ou les décisions étatiques fondées sur des dispositions légales contraires au principe (à l'exception des lois fédérales, des arrêtés fédéraux de portée générale et des traités internationaux) ;
- que les limitations à la liberté économique doivent respecter les conditions habituelles auxquelles sont soumises toutes restrictions des droits fondamentaux (base légale, intérêt public, proportionnalité, intangibilité de l'institution elle-même : « noyau dur de la liberté économique » : fonction dite « institutionnelle » du droit : il s'agit de garantir que le système économique suisse reste un système fondé sur la libre entreprise et la concurrence : cf. art. 94 al. 1 nCst).

La liberté économique garantit le choix de l'activité économique : cela signifie, en pratique, que chaque être humain peut, pour se procurer un revenu, mettre en valeur ses ressources matérielles, ses capacités intellectuelles ou manuelles.

La liberté économique garantit l'exercice de l'activité économique sur tout le territoire de la Confédération, indépendamment du canton de domicile ou d'origine. En vertu de l'art. 95 al. 2 nCst, la Confédération « veille à créer un espace économique suisse unique » et « garantit aux personnes qui justifient d'une formation universitaire ou d'une formation fédérale, cantonale ou reconnue par le canton la possibilité d'exercer leur profession dans toute la Suisse » (fonction dite « fédérative » de la liberté).

La liberté économique est un droit opposable à l'Etat, dans la mesure où il a été conçu comme une « barrière » au pouvoir de l'Etat et à ses éventuelles interventions disproportionnées ou inadéquates dans l'économie et sur les marchés.

d. Les titulaires

Les titulaires de la liberté économique sont :

- toutes les personnes physiques exerçant ou souhaitant exercer une activité lucrative privée, à savoir :
  - les indépendants (entrepreneurs, commerçants, industriels et professions libérales), mais aussi les salariés et employés (libre choix de la place de travail ; droit de se plaindre que la législation cantonale restreint leurs droits dans l'exercice de certaines professions [p. ex. ATF 123 I 312] ; droit d'exiger un certificat de travail) ;

- les Suisses, mais aussi les étrangers au bénéfice d'un permis d'établissement (ATF 116 Ia 237 = JdT 1992 I 23 ; ATF 119 Ia 35 = JdT 1992 I 23), et, sous certaines conditions, les étrangers au bénéfice d'une autorisation de séjour (ATF 123 I 212) ; les traités internationaux (Accords bilatéraux p. ex.) sont bien sûr réservés ;
- les personnes morales (sociétés) produisant et réalisant des gains.

8.2 Les restrictions à la liberté économique

Outre les quatre conditions (rappelées ci-dessus, let. c : « La portée ») que l'Etat doit impérativement respecter pour restreindre un droit constitutionnel comme la liberté économique, les types de restrictions que l'Etat (cantons et Confédération) peut apporter à cette liberté fondamentale sont de deux ordres : ce sont, d'une part, les mesures de police et, d'autre part, les mesures de politique économique.

a. Les mesures de police

Les mesures de police sont de même nature que les mesures fondées sur l'ordre public permettant de limiter les droits constitutionnels. A ce titre, les cantons – ou la Confédération si la compétence lui en a été attribuée dans la Constitution – sont en droit de limiter :

- Le choix d'une activité économique en imposant par exemple, pour certaines professions, des autorisations (conditions personnelles) ou un certificat de capacité professionnelle (conditions de formation).
- L'exercice d'une activité économique : par exemple la durée du travail, ou encore la vente d'armes ou de médicaments.

Les mesures de politique sociale ont été assimilées à des mesures de police pouvant entraîner des restrictions admissibles à la liberté économique (cf. ATF 97 I 499).

A noter que les mesures de police économique ne peuvent déroger à la liberté économique (sur la distinction entre mesures de politique économique et mesures de police économique, cf. ATF 110 Ia 99 ; 112 Ia 222 = JdT 1988 I 50).

b. Les mesures de politique économique

Alors que les mesures de police ont pour but de protéger le public, les mesures de politique économique visent la prospérité générale ou la protection de certains concurrents. Dès lors, les mesures de politique économique sont, par essence, contraires à la liberté économique et au libre jeu de la concurrence qu'elle garantit.

Toutefois, tout en respectant le principe de la liberté économique, la Confédération est autorisée à prendre des mesures en faveur de certaines branches économiques professions (art. 103 nCst ; 31^{bis} al. 2 aCst.).

Mais elle peut également, lorsque la Constitution l'y autorise expressément, prendre, dans ces cas-là, des mesures de politique économique en dérogeant s'il le faut au principe de la liberté économique (art. 103 in fine nCst ; 31^{bis} al. 3 aCst.).

c. Les monopoles étatiques

Par définition, un monopole étatique sur une activité lucrative privée est une atteinte grave à la liberté économique. Comme telle, il doit bien sûr respecter les conditions strictes posées à toutes restrictions étatiques à un droit fondamental (base légale, proportionnalité, intérêt public, respect du noyau dur de la liberté).

Dès 1948, l'Etat fédéral s'est réservé exclusivement le droit d'exercer certaines activités économiques. De plus en plus de voix s'élèvent pour contester la légitimité économique, voire juridique des ces monopoles.

Les monopoles cantonaux sont réservés par la Constitution fédérale (art. 94 al. 4 nCst ; 31 al. 2 aCst.).

8.3 Problèmes particuliers, exercices, jurisprudence

a. Problèmes particuliers

La liberté économique garantit-elle la libre circulation des marchandises en Suisse ?

b. Exercices

Me Notter a été avocat à Appenzell pendant plusieurs années. Récemment, il a sollicité une autorisation pour exercer en tant que notaire dans le canton d'Appenzell Rhodes-Intérieures (AI). Selon la réglementation appenzelloise AI, le gouvernement peut autoriser les personnes habitant le demi-canton d'AI à pratiquer l'authentification publique d'actes juridiques établis dans ce demi-canton si elles ont obtenu le brevet d'avocat dans le demi-canton.

Le Conseil d'Etat a rejeté la requête de Me Notter au motif que ce dernier n'est pas domicilié dans le demi-canton d'AI et ne remplit donc pas les conditions légales.

Que pensez-vous de cette décision ? (cf. ATF 128 I 280 = JdT 2004 I 2, ci-dessous)

c. Jurisprudence : cf. Annexes 8

Chapitre 2

Quelques lois de droit public économique

§ 9. LE DROIT DE LA CONCURRENCE

Textes législatifs : Loi fédérale sur les cartels et autres restrictions à la concurrence (LCart, RS 241) ; Loi fédérale contre la concurrence déloyale (LCD, RS 241) ; Loi fédérale sur le marché intérieur (LMI, RS 943.02) ; Loi fédérale sur la surveillance des prix (LSPr, RS 942.20).

Bibliographie : C. BOVET / P. TERCIER, Commentaire Romand du droit de la concurrence, Bâle 2002 ; E. MARTIN-ACHARD, La loi fédérale contre la concurrence déloyale du 19 décembre 1986 (LCD), Lausanne 1988 ; M. PEDRAZZINI, Unlauterer Wettbewerb UWG, Berne 1992 ; C. MEIER-SCHATZ (éd.), Das neue Kartellgesetz, Erste Erfahrungen in der Praxis, Berne 1998 ; W. STOFFEL, Le droit suisse de la concurrence 1997 : les premières expériences avec la nouvelle LCart, RSDA 1997, p. 249 ss ; HOMBURGER / SCHMIDHAUSER / HOFFET / DUCREY, Kommentar zum Schweizerischen Kartellgesetz, Zurich 1997.

9.1 La notion

a. La définition

Le droit de la concurrence, au sens large, comprend l'ensemble des règles de droit édictées en vue d'assurer le bon fonctionnement du marché et de faire obstacle aux actes de concurrence déloyale.

La base constitutionnelle fondant la législation sur la concurrence se trouve à l'article 96 nCst (31 ss aCst).

Il s'agit essentiellement de droit fédéral, en raison de l'attribution expresse faite par cette disposition constitutionnelle à la Confédération.

b. La nature

La liberté économique est un droit constitutionnel opposable à l'Etat et garantissant le libre exercice d'une activité économique.

Toutefois, les acteurs économiques, titulaires de ce droit constitutionnel, ont également la faculté d'organiser librement leurs relations contractuelles et les

marchés sur lesquels ils sont actifs. Il en résulte le risque de voir ces acteurs économiques passer des accords tendant à limiter la concurrence, ou encore entraver l'activité économique d'autres parties présentes sur le marché, voire empêcher l'accès au marché de nouveaux acteurs économiques.

Pour éviter de tels comportements ou pour préserver le bon fonctionnement du marché, l'Etat intervient au moyen de deux types de mesures :

- les mesures de police : lorsqu'il veut préserver l'intérêt public ou l'une des composantes de l'ordre public, l'Etat (fédéral ou cantonal) édicte des mesures de police. Dans le domaine économique, ces mesures tendent à garantir la bonne foi dans les affaires et à lutter contre l'usage de procédés déloyaux ;
- les mesures de politique économique : l'Etat peut également intervenir de diverses autres manières dans l'activité économique du pays (à condition bien sûr d'y avoir été autorisé par la Constitution : cf. ci-dessus, les restrictions à la liberté économique). Les principales interventions étatiques sont les suivantes :
  - la constitution d'un monopole : l'Etat devient acteur économique et gère certains secteurs dans lesquels il existe un monopole (de fait ou de droit, cf. par exemple : la Poste à l'échelon fédéral ou l'Etablissement cantonal d'assurance des bâtiments à l'échelon cantonal, à Fribourg) ;
  - la politique conjoncturelle : l'Etat intervient dans certaines circonstances, afin de contribuer à un développement équilibré de l'économie (investissements sectoriels ; crédits préférentiels ; contrôle des prix) ;
  - la politique structurelle : l'Etat organise lui-même certaines industries ou activités économiques qu'il juge essentielles pour l'indépendance du pays; il apporte aussi des subventions et aide certaines branches économiques qu'il entend protéger et soutenir ;
  - la politique de concurrence, enfin, est aussi un élément de la politique économique du pays.

c. Les buts de la politique de concurrence

L'Etat doit favoriser la concurrence dans tous les secteurs et toutes les activités économiques d'un pays. Pour cela, il doit, d'une part, veiller à ce que les particuliers n'empêchent ni n'entravent eux-mêmes de manière excessive l'exercice de la concurrence et, d'autre part, veiller à ce que lui-même n'empêche, n'entrave ni ne fausse la concurrence par ses propres activités économiques ou par les lois qu'il adopte.

Dès lors, les objectifs de la politique de concurrence doivent être de :

- favoriser l'établissement et l'existence du marché ;
- favoriser l'accès au marché ;
- veiller à ce que le fonctionnement du marché ne soit pas faussé par des aides étatiques ;

- veiller au respect de la concurrence par l'Etat lorsqu'il est acteur économique (entreprises étatiques, marchés publics), sauf situations exceptionnelles ;
- garantir l'existence d'une concurrence efficace sur le marché ;
- empêcher la constitution de positions dominantes sur le marché, ou, au moins, l'abus de ces positions dominantes ;
- s'opposer à la concurrence déloyale.

NB : la concurrence vise à assurer l'efficacité des mécanismes économiques. Elle n'est donc pas une fin en soi, mais un instrument permettant d'atteindre cette efficacité.

d. Les domaines du droit de la concurrence

En raison de sa définition et de ses objectifs très larges, le droit de la concurrence a un champ d'application également très important. Les cas d'application essentiels sont :

- les accords entre entreprises et ententes (cartels) ;
- les abus de positions dominantes ;
- les abus en matière de prix ;
- l'usage de procédés commerciaux déloyaux, tels que la tromperie des consommateurs, le dénigrement des concurrents ou de leurs produits, l'entrave à la liberté de décision de la clientèle, les comparaisons fallacieuses, l'incitation illicite à violer ou à rompre un contrat, etc. ;
- les entraves à la libre circulation des personnes et des marchandises au sein du marché intérieur et le protectionnisme, notamment cantonal, voire communal.

Pour régler l'ensemble de ces questions, le législateur fédéral a notamment édicté les textes suivants :

- la loi contre la concurrence déloyale du 19 décembre 1986 (LCD) ;
- la loi sur les cartels et autres restrictions à la concurrence du 6 octobre 1995 (LCart) ;
- la loi sur la surveillance des prix du 20 décembre 1985 (LSPr) ;
- la loi sur les entraves techniques au commerce du 6 octobre 1995 (LETC) ;
- la loi sur le marché intérieur du 6 octobre 1995 (LMI).

NB : Il existe aussi des accords internationaux relatifs au droit de la concurrence : voir, par exemple, l'Accord sur l'Organisation Mondiale du Commerce (OMC), en vigueur depuis le 1^{er} juillet 1995 ; ou aussi, les Accords bilatéraux avec l'Union européenne, qui ont des effets en matière de concurrence.

9.2 La loi contre la concurrence déloyale (LCD ;RS 241)

a. Le champ d'application

La LCD s'applique d'abord aux concurrents, soit aux personnes qui exercent une activité économique.

Le Tribunal fédéral a toutefois élargi son champ d'application, en considérant qu'il n'était pas nécessaire d'être concurrent ni même d'être en rapport de concurrence avec la victime du comportement déloyal : dès lors, la LCD peut également s'appliquer à des tiers influençant les rapports entre concurrents ou entre fournisseurs et clients (cf. ATF 117 IV 193 = JdT 1992 I 378 : pour le cas d'un journaliste).

b. L'objet

La LCD tend à garantir une concurrence loyale et qui ne soit pas faussée (art. 1). Elle veille à ce que, dans l'exercice de la concurrence, les concurrents ne dépassent pas certaines limites et à ce que les effets (positifs) attendus de la concurrence puissent se produire.

LCD définit d'abord de manière générale le comportement illicite : « *est déloyal et illicite tout comportement ou pratique commercial qui est trompeur ou qui contrevient de toute autre manière aux règles de la bonne foi et qui influe sur les rapports entre concurrents ou entre fournisseurs et concurrents* » (art. 2, « Clause générale »).

En complément de la clause générale de l'art. 2, la loi donne une liste exemplative (et non exhaustive !) de comportements contraires aux règles de la bonne foi et déloyaux. Il s'agit de :

- l'art. 3 : méthodes déloyales de publicité et de vente ;
- l'art. 4 : incitation à violer ou résilier un contrat ;
- l'art. 5 : exploitation d'une prestation d'autrui ;
- l'art. 6 : violation des secrets de fabrication ;
- l'art. 7 : inobservation des conditions de travail ;
- l'art. 8 : utilisation de conditions commerciales abusives.

Les art. 3, 4 et 5 donnent, à leur tour, chacun une liste descriptive et exemplative de comportements illicites.

c. Les sanctions

Pour assurer son application et sanctionner la violation de ses dispositions, la LCD prévoit :

- des règles de droit civil (art. 2 à 15 LCD), permettant à la victime de comportements déloyaux et illicites d'agir devant la justice pour défendre ses droits et faire réparer son éventuel préjudice ;
- des règles de droit administratif (art. 16 à 22), précisant les obligations des acteurs économiques dans certaines circonstances ;
- des règles de droit pénal (art. 23 à 27), prévoyant des poursuites pénales, sur plainte ou d'office, en cas d'infraction à certaines des dispositions de la LCD.

9.3 La loi sur les cartels et les autres restrictions à la concurrence (LCart ; RS 51)

a. Le champ d'application

La LCart s'applique «*aux entreprises de droit privé ou de droit public qui sont parties à des cartels ou à d'autres accords en matière de concurrence, qui sont puissantes sur le marché ou participent à des concentrations d'entreprises*» (art. 2 LCart).

Il en résulte qu'elle s'applique, quant aux personnes et aux comportements :

- aux entreprises uniquement, qu'elles soient de droit privé ou de droit public, mais pas aux consommateurs ni aux travailleurs ;
- aux accords en matière de concurrence, avec ou sans force obligatoire, qu'ils soient verticaux ou horizontaux ;
- aux entreprises dominant le marché, à condition qu'il y ait abus de cette position dominante ;
- aux concentrations d'entreprises (fusions ou prises de contrôle).

(La définition légale de ces termes est donnée à l'art. 4 LCart)

Géographiquement, la LCart s'applique à tous les états de fait qui déploient leurs effets en Suisse, même s'ils se sont produits à l'étranger (art. 2 LCart).

b. L'objet

La LCart a pour but «*d'empêcher les conséquences nuisibles d'ordre économique ou social imputables aux cartels et aux autres restrictions de la concurrence et de promouvoir ainsi la concurrence dans l'intérêt d'une économie de marché fondée sur un régime libéral*» (art. 1^{er} LCart).

c. La sanction

La LCart prévoit également, pour assurer son application correcte et son respect :

- des règles de droit civil (art. 12 à 17), permettant à la personne entravée dans l'accès à la concurrence ou dans l'exercice de celle-ci par une restriction illicite à la concurrence d'ouvrir action contre l'auteur de cette restriction ;
- des règles de droit administratif (art. 18 à 53), instituant une autorité administrative compétente en la matière (la Commission de concurrence) et lui attribuant diverses compétences, y compris de sanctions (art. 50 à 53), que la Commission exerce selon des règles de procédure définies ;
- des règles de droit pénal (art. 54 à 57), prévoyant des poursuites pénales pour certaines violations de la loi.

d. La révision récente de la LCart

En juin 2003, le Parlement a définitivement adopté la révision de la loi sur les cartels. L'entrée en vigueur de la nouvelle loi a eu lieu le 1^{er} avril 2004. Sous la loi révisée, la commission de la concurrence (Comco) peut infliger des sanctions (amendes) dès la première infraction à la loi sur les cartels. Le programme de clémence, autre nouveauté introduite par cette révision, devrait inciter les entreprises membres d'un cartel illicite à en dénoncer l'existence aux autorités et à coopérer à son démantèlement afin de profiter d'une réduction d'amende. Par ailleurs, une présomption d'illicéité pour certains types d'accords verticaux ainsi que quelques mesures d'accompagnements (par exemple clarification des conditions permettant d'effectuer des perquisitions) ont été introduites. Les modifications adoptées devraient inciter les entreprises à mieux respecter les dispositions de la loi sur les cartels et conférer un peu plus de « mordant » à l'activité de la Comco au service de la libre concurrence.

9.4 La loi sur la surveillance des prix (LSPr ; RS 942.20)

a. Le champ d'application

Quant aux personnes, la LSPr s'appliquent aux cartels et aux organisations analogues (« *autres restrictions à la concurrence* » selon la LCart) (art. 2 LSPr).

Quant à la matière, la LSPr s'applique aux prix des marchandises et des services, mais pas à la rémunération du travail (art. 1^{er} LSPr).

b. L'objet

La LSPr institue un Préposé à la surveillance des prix (le Surveillant des Prix ; art. 3 ss), qui a notamment pour tâche :

- d'observer l'évolution des prix ;
- d'empêcher les augmentations de prix abusives et le maintien de prix abusifs ;
- de renseigner le public sur son activité.

c. La sanction

Outre les dispositions réglant la coordination de la LSPr avec d'autres prescriptions de droit fédéral, la LSPr prévoit encore, pour garantir son respect, des dispositions de procédure administrative (art. 6 à 11 et 20 à LSPr) et des obligations pour les acteurs économiques et les autorités (art. 17 à 19).

La LSPr prévoit enfin des dispositions de droit pénal en cas d'infractions (art. 23 à 25).

9.5 La loi sur le marché intérieur (LMI ; RS 943.02)

a. Le but et l'objet

Le but de la LMI est de garantir « à toute personne ayant son siège ou son établissement en Suisse l'accès libre et non discriminatoire au marché afin qu'elle puisse exercer une activité lucrative sur tout le territoire suisse » (art. 1^{er} LMI).

Il convient de souligner les éléments suivants :

- quant aux personnes bénéficiaires, il s'agit de toutes les personnes ayant leur siège ou leur établissement en Suisse, sans distinction aucune fondée sur la nationalité ou l'origine ;
- le but est de pouvoir exercer une activité lucrative, c'est-à-dire toute activité ayant pour but un gain et bénéficiant de la protection de la liberté économique (art. 1 al. 3 LMI) ;
- enfin, c'est l'accès au marché qui doit être garanti le plus largement possible et, *a contrario*, ce sont les restrictions à la liberté d'accès au marché qui doivent être réduites au strict nécessaire.

b. Les moyens de garantir l'accès au marché

La LMI prévoit essentiellement trois moyens :

- l'interdiction des mesures discriminatoires entre offreurs externes et offreurs locaux ;
- l'application du principe dit « Cassis-de-Dijon » (art. 2 LMI). Ce principe a été établi par la Cour de Justice des Communautés européennes (CJCE) : selon ce principe, les produits fabriqués et commercialisés légalement dans l'un des Etats membres de l'UE doivent en principe être admis dans tous les autres Etats membres de l'Union. Ce principe est désormais ancré à l'art. 2 LMI : « *toute personne a le droit d'offrir des marchandises ou des services dans toute la Suisse pour autant que l'exercice de l'activité lucrative en question soit licite au lieu où cette personne a son siège ou son établissement* » ;
- la suppression des dispositions et des mesures de nature protectionniste édictées par les cantons et les communes (art. 11 LMI).

c. Les restrictions admises

Des restrictions à la liberté d'accès au marché d'offreurs externes ne peuvent être imposées en fonction des prescriptions applicables au lieu de destination que si (art. 3) :

- elles s'appliquent de la même façon aux offreurs locaux : principe de non-discrimination ;
- elles sont indispensables à la préservation d'intérêts publics prépondérants ;
- et elles répondent au principe de proportionnalité.

Ces trois conditions sont cumulatives.

d. La portée de la LMI

La LMI a une portée très large. Elle étend en effet ses principes à des secteurs déjà réglementés par d'autres dispositions. Sont ainsi englobés dans son champ d'application :

- les activités soumises à autorisation (art. 95 et 196 ch. 5 Cst) par les cantons : la LMI reprend le principe de reconnaissance sur tout le territoire suisse des certificats de capacité cantonaux (cf. art. 196 ch. 5 Cst), mais en limitant les restrictions possibles en application de l'art. 3 LMI (art. 4 LMI) ;
- les marchés publics des cantons et des communes (art. 5 LMI).

e. L'application

Les autorités fédérales, cantonales et communales sont tenues de par la loi de veiller au respect de la LMI.

La Confédération informe les cantons sur les développements du droit international et du droit de l'intégration qui sont importants pour la mise en place du marché intérieur (art. 7 LMI)

La Commission de la concurrence peut adresser des recommandations à ces autorités concernant les actes législatifs ou existants (art. 8 LMI).

9.6 Problèmes particuliers, exercices, jurisprudence

a. Problèmes particuliers

Quelles sont les incidences et interactions possibles entre la LMI et l'Accord sur la libre circulation des personnes conclu avec l'UE ?

b. Exercices

Imaginons que, dans un canton A, l'autorisation de pratiquer la psychothérapie n'est soumise qu'à des conditions de formation réduite ou à l'accomplissement de stages, alors que dans un canton B, elle est soumise à l'obtention d'un diplôme de psychologie délivré à la suite d'études complètes dans ce domaine. Un psychothérapeute pratiquant déjà et, donc, étant déjà autorisé dans le canton A peut-il aller pratiquer dans le canton B? En irait-il autrement si cette personne demandait l'autorisation pour la première fois dans le canton B, soit sans avoir pratiqué avant dans un autre canton ?

(cf. l'ATF 128 I 92, en allemand).

c. Jurisprudence : cf. Annexes 9

§ 10. LE DROIT BANCAIRE ET LE DROIT BOURSIER

Textes législatifs : Loi fédérale sur les banques et les caisses d'épargne (LB, RS 952.0) ; loi fédérale sur les bourses et le commerce de valeurs mobilières (LBVM, RS 954.1) ; loi fédérale sur le blanchiment d'argent (LBA, RS 955.0) ; loi fédérale sur les fonds de placement (LFP, RS 951.31).

Bibliographie : L. THEVENOZ / U. ZULAUF (éd.), Droit bancaire et financier 1998, BF 98, Réglementation et autoréglementation des banques, bourses, négociants, fonds de placement et marchés financiers en Suisse, Zurich 1998 ; D. ZOBL, Le droit suisse sur les bourses, Zurich 1998 ; C. LOMBARDINI, Droit bancaire suisse, Zurich 2002.

10.1 La notion

a. Les définitions

Le droit bancaire (public) comprend l'ensemble des règles qui régissent le statut, l'activité, l'organisation et la surveillance des banques, caisses d'épargne et autres institutions financières.

Le droit boursier (public) est l'ensemble des règles relatives à la création, à l'exploitation et à la surveillance des bourses, ainsi qu'à l'exercice à titre professionnel du commerce des valeurs mobilières.

La base constitutionnelle du droit fédéral en matière bancaire est l'art. 98 Cst.

Remarques : Seul le droit bancaire et boursier public sera examiné dans ce chapitre. Il existe toutefois également un droit bancaire et boursier privé (ou commercial) relatif aux aspects contractuels et aux relations entre les intermédiaires financiers, ainsi qu'entre ces intermédiaires et leurs clients. Il existe également un droit dit d'autorégulation, c'est-à-dire édicté par les intermédiaires financiers (banques) et les bourses, à leur propre attention. Cette auto-réglementation est généralement assimilée au droit public pour plus de commodité.

b. Le contenu

Le droit bancaire et boursier public, aussi appelé droit des banques et des marchés financiers, se compose d'un grand nombre de dispositions législatives, elles-mêmes contenues dans des textes législatifs très divers, ainsi que dans différents textes conventionnels et d'autorégulation.

- 1° En droit fédéral, d'abord, on peut notamment citer :
- la loi sur les banques et les caisses d'épargne (LB) ;
  - la loi sur la Banque Nationale (LBN) ;
  - la loi sur les fonds de placement (LFP) ;
  - la loi sur les bourses et le commerce des valeurs mobilières (LBVM) ;
  - le Code pénal, notamment les art. 161 (exploitation de la connaissance de faits confidentiels), 305^{bis} (blanchissage d'argent) et 305^{ter} (défaut de vigilance en matière d'opérations financières et de droit de communication) ;
  - enfin, la loi concernant la lutte contre le blanchiment d'argent dans le secteur financier (LBA).
- 2° en droit cantonal, ensuite, citons notamment les lois sur les banques cantonales
- 3° en droit conventionnel et d'autorégulation, enfin, on peut citer, à titre d'exemple, la Convention relative à l'obligation de diligence des banques (CDB), passée entre l'Association suisse des Banquiers (ASB), d'une part, et les banques elles-mêmes, d'autre part, en 1992.

A relever que, comme pour le droit de la concurrence, et de par sa nature même, le droit bancaire et boursier suisse est également largement influencé par le droit international (traités) et le droit européen (par exemple : les deux Directives bancaires européennes 77/780/CEE et 86/646/CEE).

10.2 La loi sur les banques et les caisses d'épargne (LB ; RS 952.0)

a. Le champ d'application

Les personnes (morales essentiellement) soumises à la LB sont (art. 1 LB) :

- les banques ;
- les banquiers privés ;
- les caisses d'épargne.

Y sont assimilées :

- la plupart des sociétés financières ou raisons individuelles à caractère bancaire faisant appel au public pour obtenir des fonds en dépôt ;
- les caisses de crédit à terme différé.

En sont par contre exclus :

- les agents de change et maisons de bourses qui se limitent à négocier des valeurs mobilières (cf. LBVM) sans exercer d'activités bancaires ;
- les gérants de fortune, notaires et agents d'affaires qui se limitent à gérer les fonds des clients sans exercer d'activités bancaires.

(A noter que la LB date de 1934, sous réserve de certaines modifications ultérieures.)

b. Le contenu

Outre certaines dispositions traitant spécialement de cas particuliers, la LB contient, pour l'essentiel :

- des règles relatives à l'octroi de l'autorisation de pratiquer, des règles dites « prudentielles »,
- des règles sur les relations des banques avec la BNS,
- des règles instituant la Commission fédérale des Banques (CFB),
- des règles relatives aux faillites et concordats bancaires,
- et des règles relatives à la responsabilité civile et pénale des banquiers.

1° Autorisation : la LB soumet le droit d'exercer des activités bancaires et d'être inscrit au Registre du commerce sous la désignation « banque » à l'octroi d'une autorisation de la CFB. Cette autorisation n'est accordée que lorsque la banque remplit un certain nombre de conditions et que la CFB s'est assurée un droit de surveillance « permanent » sur cette dernière (art. 3 LB).

2° Règles prudentielles : il s'agit des règles de gestion minimales à appliquer par les banques pour garantir, selon la LB, une certaine sécurité au public. Ces règles se rapportent, par exemple, à la proportion minimale de fonds propres de la banque par rapport à ses engagements, au seuil minimal de liquidités à conserver (art. 4 LB), aux provisions (risques ; art. 5 LB) et aux comptes annuels et bilans (art. 6 et 18 ss LB).

3° Commission fédérale des banques : les art. 23 ss LB instituent une autorité spéciale en matière de banques et lui attribuent des tâches et compétences, notamment en matière d'octroi ou de retrait des autorisations et de surveillance.

c. La sanction

La LB prévoit également, à ses art. 38 ss, la sanction des violations de ses dispositions et des obligations qu'elle fixe. Il s'agit de règles de :

- droit privé (art. 39 à 45 LB) : ces dispositions édictent un régime dérogatoire de responsabilité civile pour les banquiers, réservant toutefois le régime ordinaire du CO pour les banquiers privés et le droit cantonal pour les banques cantonales ;
- droit pénal (art. 46 à 51 bis LB) : ces dispositions énumèrent les infractions à la LB passibles d'une peine d'amende ou d'emprisonnement.

10.3 La loi sur les bourses et le commerce de valeurs mobilières (LBVM ; RS 954.1)

a. Les objets

La LBVM «*règle les conditions permettant de créer et d'exploiter des bourses, ainsi que d'exercer à titre professionnel le commerce des valeurs mobilières, afin de garantir aux investisseurs transparence et égalité de traitement. Elle crée les conditions propres à assurer le bon fonctionnement des marchés des valeurs mobilières*» (art. 1^{er} LBVM).

On distingue ainsi deux buts (objets) principaux :

- garantir une certaine protection aux investisseurs ;
- et assurer le bon fonctionnement des marchés des valeurs mobilières.

A noter que la LBVM ne définit pas la notion d'« investisseurs », contrairement à ce qu'elle fait pour d'autres termes qu'elle utilise (art. 2 LBVM).

b. Les moyens

Pour atteindre ses objectifs, la LBVM prévoit un certain nombre de moyens (ou mesures). On peut mentionner notamment :

- Pour les bourses : la nécessité d'obtenir une autorisation d'exercer (art. 3) ; de garantir une organisation adéquate de son exploitation et de son administration (art. 4 : autorégulation) ; de garantir également une organisation réglementée du marché ; d'édicter des règlements notamment en matière d'admission des négociants et des valeurs mobilières (art. 5, 7, et 8) ; d'assurer la surveillance du marché (art. 6) ; et, enfin, de prévoir des procédures internes de recours (art. 9).
- Pour les négociants : la nécessité aussi d'obtenir une autorisation et de se soumettre à des règles de conduite, ainsi qu'à des règles prudentielles (de gestion : cf. la LB) (art. 10 à 19).

La LBVM prévoit également des règles relatives :

- à la publicité des participations, lorsque celles-ci atteignent, dépassent ou descendent en dessous de certains seuils (art. 20 et 21) ;
- aux offres publiques d'acquisition (OPA) et à leur contrôle (art. 22 à 33 et 52 et 53).

Enfin, la LBVM :

- institue une autorité de surveillance, qui est la même que celle prévue par la LB, soit la Commission fédérale des Banques (CFB) et définit ses tâches (art. 34 à 36) ;
- et prévoit des règles relatives aux relations internationales (art. 37 ss).

c. Les sanctions

Pour assurer son application correcte et son respect, la loi édicte elle aussi des règles de :

- droit administratif (renvoi à la procédure fédérale) ;
- droit pénal (art. 40 à 44).

10.4 La loi sur le blanchiment d'argent (LBA ; RS 955.0)

a. Le champ d'application

Sont soumis à la LBA tous les intermédiaires financiers, c'est-à-dire essentiellement les banques (cf. la LB), les directions de fonds de placement (cf. la LFP), les institutions d'assurances (cf. la loi sur la surveillance des assurances ; LSA), les négociants en valeurs mobilières (cf. la LBVM), ainsi que toutes les personnes qui, à titre professionnel, acceptent, gardent en dépôt ou aident à placer ou à transférer des valeurs patrimoniales appartenant à des tiers (art. 2 al. 1 et 2 LBA).

c. L'objet

La LBA a pour but de régir :

- la lutte contre le blanchiment d'argent lui-même, tel que défini à l'art. 305^{bis} CPS, autrement dit le comportement qui consiste à commettre « *un acte propre à entraver l'identification de l'origine, la découverte ou la confiscation de valeurs patrimoniales dont on savait ou devait présumer qu'elles provenaient d'un crime* » ;
- la vigilance requise en matière d'opérations financières (art. 1 LBA).

c. Les moyens

Pour atteindre ces buts, le législateur fédéral a prévu un certain nombre de moyens, notamment procéduraux et institutionnels :

- 1° un catalogue légal d'obligations pour les intermédiaires financiers, à savoir :
  - des obligations de diligence relatives à l'identification du cocontractant et de l'ayant droit économique ; ainsi que des obligations de clarification d'opérations et de transactions suspectes ; et des obligations de conservation de documents (art. 3 à 8 LBA) ;
  - des obligations en cas de soupçons de blanchiment d'argent : obligation de communiquer et d'informer les autorités compétentes ; et obligation de

bloquer les avoirs qui ont un lien avec les informations communiquées (art. 9 à 11 LBA) ;

- 2° des autorités de surveillance et un bureau de communications (art. 12 à 23 LBA)
- 3° des organismes d'autorégulation (art. 24 à 28 LBA) ;
- 4° des mécanismes et procédures d'entraide administrative nationale et internationale (art. 29 à 32 LBA).

d. La sanction

Enfin, la LBA prévoit aussi des dispositions garantissant son application, notamment des règles de droit pénal.

10.5 Problèmes particuliers, exercices, jurisprudence

a. Problèmes particuliers

Un avocat est consulté par une personne accusée d'un vol. Peut-il accepter la provision relativement élevée que son client accepte de lui verser ?

b. Exercices

La Banque Suisse Réunie reçoit la visite de l'avocat du Barreau qui demande l'ouverture d'un compte pour la société anonyme Discrète SA, dont il est l'administrateur unique. Selon l'extrait du registre du commerce, le but de la société est de rendre des services à toutes les sociétés qui souhaitent réaliser des affaires dans le pays Wonderland.

Quid ?

c. Jurisprudence : cf. Annexes 10

Chapitre 3 : Le droit international public

A. LE DROIT INTERNATIONAL PUBLIC ET LES ORGANISATIONS INTERNATIONALES

§ 11. L'OBJET DU DROIT INTERNATIONAL PUBLIC

Textes législatifs : Les accords internationaux et traités auxquels la Suisse est partie sont publiés dans le Recueil Systématique du droit fédéral (RS 0. ...) ; Statuts de la Cour pénale internationale (CPI).

Bibliographie : D. THÜRLER, Constitution et droit international public, in Commentaire de la Constitution fédérale de la Confédération suisse, Bâle/Zurich/Berne, 1995, vol. I (commentaire de l'ancienne Constitution) ; G. MALINVERNI, L'indépendance de la Suisse dans un monde interdépendant, Rapport à la SSJ, fasc. 1, 1998.

11.1 La notion

Le droit international public est l'ensemble des règles qui régissent les relations entre les Etats ainsi que les relations des Etats avec les organisations internationales, et qui déterminent qui sont les sujets de droit dans ce domaine.

Le droit international public a été marqué, au XX^{ème} siècle, par une évolution des relations bilatérales des Etats vers des relations multilatérales et la constitution de nouvelles entités économiques et/ou politiques.

11.2 Les sujets de droit et les instruments du droit international public

a. Les sujets de droit

Le droit international public a d'abord pour objet de définir qui sont les sujets de droit (en droit international public) :

- les Etats (critères de reconnaissance des Etats : un territoire, un peuple, un gouvernement ; la CE/UE a adopté, en 1991, des lignes directrices à ce sujet. Avant de reconnaître un nouvel Etat, le gouvernement suisse tient compte de la position adoptée par « un groupe représentatif d'Etats ») ;
- les organisations internationales, qui sont créées par les Etats, mais qui sont aussi parfois des organisations non gouvernementales (ONG).

b. Les instruments

Les relations entre les Etats sont réglées par des traités (voir la Convention de Vienne sur les traités). Ces traités sont soit :

- des traités-contrats, dont l'objet se rapportent à des prestations réciproques des Etats telles qu'une alliance militaire ou l'octroi d'avantages commerciaux ;
- des traités-lois, par lesquels les Etats signataires adoptent de nouvelles règles de droit applicables dans les Etats membres (par exemple la loi uniforme sur la lettre de change ou la Convention de Vienne sur la vente internationale de marchandises).

Lorsqu'un traité est signé entre deux Etats seulement, c'est un traité bilatéral ; lorsqu'il est signé par plusieurs Etats, c'est un traité multilatéral.

Le droit européen a développé un nouveau type d'accord international : l'« accord mixte ». Il s'agit là d'un traité signé, d'une part, par un Etat ou plusieurs Etats ou une organisation internationale et, d'autre part, par l'Union européenne et l'ensemble de ses Etats membres. Les Accords bilatéraux conclu entre la Suisse, d'une part, et l'UE et ses Etats membres d'autre part, en est un exemple concret. La reconnaissance nécessaire de ce nouveau type de traités s'explique pour des raisons de répartition de compétences à l'intérieur de l'UE entre la Communauté (CE) et les Etats membres.

11.3 Quelques domaines particuliers

a. Le droit international garantissant les droits de l'homme

i. Les droits de l'homme selon les règles de l'ONU

En 1948, l'assemblée générale de l'ONU a adopté la Déclaration universelle des droits de l'homme. Cette déclaration comprend l'énoncé d'un certain nombre de principes fondamentaux. Toutefois, il n'existe pas d'autre mécanisme de contrôle ou de sanction qu'un rapport établi à l'intention de la Commission des droits de l'homme, dont le siège est à Genève.

Cette déclaration a été concrétisée, en 1966, par l'adoption du Pacte relatif aux droits civils et politiques (RS 0.103.2) et du Pacte relatif aux droits économiques, sociaux et culturels (RS 0.103.1). Ces deux pactes ont été ratifiés par la Suisse en 1992. Leur effectivité est meilleure que celle de la Déclaration universelle des droits de l'homme pour deux raisons :

- Le Pacte relatif aux droits civils et politiques a introduit la possibilité d'une plainte à un comité international des droits de l'homme, qui a pour tâche de veiller au respect du Pacte.

- Ce Pacte contient des normes d'application immédiate. C'est le cas, en particulier, de l'art. 9 ch. 1 relatif à la notion de détention arbitraire. Puisque la Suisse a ratifié ces traités, cette interdiction de détention arbitraire est donc applicable en Suisse dans toute l'étendue qui sera donnée à ce concept par le Comité international des droits de l'homme.

ii. Les droits de l'homme selon la Convention européenne des droits de l'homme

(cf. ci-dessous, ° 12, chiffre 12.3)

b. Le droit international économique

Le droit international économique est l'ensemble des règles qui régissent l'organisation des relations internationales économiques. Il s'agit là des relations macro-économiques, par opposition aux relations micro-économiques qui concernent les particuliers (à noter que, dans ce domaine également, de nombreuses règles internationales sont adoptées : voir, par exemple, les Règles et Usances Uniformes de la Chambre de Commerce Internationale sur le crédit documentaire (voir le cours de droit commercial).

Le droit international économique traite de l'organisation des relations économiques à l'échelle universelle (OMC/GATT ; CNUCED ; FMI ; Banque mondiale ; ...) et à l'échelle européenne.

NB : Pour le GATT et l'OMC, voir ci-dessous § 20

c. Le droit pénal international

i. En général

Le droit pénal international est une sous-catégorie du droit international public. Il règle l'ensemble des problèmes pénaux qui se posent au plan international, à savoir :

- les infractions qui présentent un élément d'extranéité (droit pénal international) ;
- les infractions à des normes supranationales (droit international pénal).

(Attention : en droit pénal, la terminologie est inversée par rapport au droit privé : le droit pénal international correspond au DIP, et le droit international pénal correspond au droit privé international).

Le droit pénal international est encore aujourd'hui un droit surtout national, propre à chaque Etat. Mais, ceux-ci ayant pris conscience de la nécessité de lutter plus efficacement contre la criminalité internationale, de nombreuses conventions organisant une coopération internationale (entraide judiciaire, extradition ...) ont été conclues.

ii. Une instance judiciaire supranationale *ad hoc* : le Tribunal de la Haye

Le Conseil de sécurité de l'ONU a créé, en 1993, à la Haye, un tribunal pénal international *ad hoc* pour l'ex-Yougoslavie. A la différence du tribunal de Nuremberg (institué à la fin de la seconde guerre mondiale pour juger certains criminels nazis), il a été créé pour juger les criminels de guerre au nom de la communauté internationale, et déjà pendant les affrontements. Il ne s'agit donc pas d'un tribunal de vainqueurs, créé *a posteriori*. Son Président est le juge français Claude Jorda, et son Procureur général, la Suisse Carla del Ponte.

Le Tribunal de la Haye pour l'ex-Yougoslavie est compétent pour connaître :

- *ratione loci* : aux crimes commis sur le territoire de l'ex-Yougoslavie ;
- *ratione temporis* : des crimes commis à partir du 1^{er} janvier 1991, date marquant le début des hostilités ;
- *ratione materiae* : des crimes violant des règles coutumières de droit international humanitaire ;
- *ratione personnae* : des crimes commis par les personnes physiques tenues individuellement pour responsables, indépendamment de leur appartenance à un groupe ou un état.

Un autre tribunal *ad hoc* a été institué pour juger les crimes commis pendant le génocide du Rwanda.

iii. Une instance judiciaire supranationale permanente : la Cour pénale internationale (CPI)

Sous l'égide des Nations Unies s'est tenue à Rome, du 15 juin au 17 juillet 1998, une conférence diplomatique, dans le but d'adopter un projet de statuts, qui une fois ratifiés, devaient établir une Cour pénale internationale (CPI), permanente et dont la compétence est plus large que celle des tribunaux internationaux *ad hoc*.

Ces statuts ont été adoptés le 17 juillet 1998, sous le nom de Statuts de Rome. Ils ont été ouverts à la signature des Etats le 17 juillet 1998 et la Suisse les a signés le 18 juillet 1998 (internet : <http://www.un.org/icc/>).

Les Statuts sont entrés en vigueur le 1^{er} juillet 2002, conformément à leur art. 126. Ils établissent une Cour permanente, dont le siège est à la Haye, aux Pays-Bas. Elle a pour tâche d'être complémentaire aux juridictions pénales nationales.

Alors que la Cour internationale de Justice (CIJ) ne peut juger que les Etats, la CPI pourra juger des individus accusés de crimes contre :

- la paix et la sécurité de l'humanité,
- l'agression,
- le génocide,
- le crime contre l'humanité,
- le crime de guerre,
- le crime contre le personnel des Nations-Unies.

La liste détaillée des crimes soumis la CPI fait l'objet des art. 5 à 8 des Statuts.

(A noter que le terrorisme et le trafic de drogue ne font pas partie de cette liste définie par les Statuts de Rome).

La question des peines reste encore à résoudre, ainsi que celle des moyens de contrainte.

En outre, plusieurs Etats, au nombre desquels figurent les Etats-Unis et Israël, refusent de ratifier les Statuts de la CPI et, par conséquent, de reconnaître son autorité.

A l'heure actuelle, il y a 139 Etats signataires, et 94 Etats Parties aux Statuts.

11.4 Problèmes particuliers, exercices, jurisprudence

a. Problèmes particuliers

L'individu peut-il jouer un rôle en droit international ?

b. Exercices

c. Jurisprudence : cf. Annexes 11

§ 12 LE CONSEIL DE L'EUROPE

- Textes législatifs :** – Statut du Conseil de l'Europe (RS 0.192.030) ;
– Convention européenne des droits de l'homme (RS 0.101).

Bibliographie : Juris-Classeur Europe, vol. VI, fasc. 6499 ss ; site internet :
<http://www.coe.int/>

12.1 Généralités

Le Conseil de l'Europe réunit, à l'heure actuelle, 45 Etats d'Europe, dont la Suisse. Il s'agit de la plus ancienne organisation intergouvernementale en Europe. Les objectifs politiques de 1949 ont dû être rapidement abandonnés et ont fait place à une volonté de coordonner la législation des Etats membres par le biais de conventions et d'instituer une coopération internationale conforme aux fondements de l'organisation :

- liberté individuelle et politique,
- prééminence du droit et sauvegarde des droits de l'homme.

12.2 L'organisation

Les organes du Conseil de l'Europe sont :

- 1° Le Comité des ministres, qui est l'organe compétent pour agir au nom du Conseil de l'Europe.
- 2° L'Assemblée consultative : ce fut le premier essai d'introduction d'une représentation des peuples d'Europe dans un organe international. C'est l'organe délibérant du Conseil de l'Europe (tribune politique de l'Europe), mais il ne dispose en réalité d'aucun pouvoir de décision.
- 3° Le Secrétariat, qui assiste le Comité des ministres et l'Assemblée consultative dans leurs travaux.

Il n'existe pas d'organe judiciaire, hormis la Cour chargée de l'application de la Convention européenne des droits de l'homme (CEDH ; cf. ci-après).

12.3 La Convention européenne des Droits de l'Homme

La CEDH est la plus fameuse des conventions du Conseil de l'Europe. Elle a été adoptée en 1950 et joue depuis quelques années un rôle primordial d'internationalisation de la protection judiciaire des droits de l'homme. Elle a eu une influence en Suisse avant même sa ratification en 1974 et continue de jouer un rôle fondamental dans le contentieux suisse.

a. Le contenu

La CEDH garantit notamment les droits suivants :

- droit à la vie (art. 2 CEDH) ;
- interdiction de la torture, ainsi que des traitements et peines inhumains et dégradants (art. 3 CEDH) ;
- droit à la liberté et à la sûreté (art. 5 CEDH) ;
- droit à une bonne administration de la justice (art. 6 CEDH) ;
- droit au respect de la vie privée du domicile et de la correspondance (art. 8 CEDH) ;
- liberté d'expression (art. 10 CEDH).

Le contenu de la Convention a été modifié par des protocoles. Il existe deux sortes de protocoles :

- les protocoles d'amendement qui n'entrent en vigueur que lorsque tous les membres du Conseil de l'Europe les ont ratifiés ;
- les protocoles additionnels et facultatifs, qui entrent en vigueur – pour les Etats membres qui les ratifient – lorsqu'un certain nombre d'Etats les ont ratifiés.

Actuellement, le protocole n° 10 est soumis à approbation. Le protocole n° 9, qui était entré en vigueur le 1^{er} octobre 1994 et qui marquait un renforcement de la protection de l'individu par un droit de saisine direct de la Cour, a été abrogé par l'entrée en vigueur, le 1^{er} novembre 1998, du Protocole n° 11.

Ce dernier protocole a substantiellement modifié l'ancienne procédure prévue par la Convention, puisqu'il prévoit la suppression pure et simple de la Commission, la suppression du rôle juridictionnel joué auparavant par le Conseil des Ministres et une réforme en profondeur du fonctionnement de la Cour, qui devient désormais l'instance unique et dont la compétence sera obligatoire pour les parties à la Convention.

Désormais aussi, la Cour siège en trois formations : en comité de 3 juges, en chambres de 7 juges, et en Grande Chambre de 17 juges.

b. Les effets

La CEDH est un traité ratifié par la Suisse. Elle est donc d'application directe et l'ensemble des autorités suisses doit la respecter et l'appliquer.

c. La procédure

i. La compétence et la recevabilité

La Cour est compétente pour toutes les questions relatives à la Convention et à ses protocoles (interprétation et application ; art. 32 CEDH).

La Cour peut être saisie de requêtes étatiques (art. 33 CEDH), c'est-à-dire émises par un Etat et dirigées contre un autre Etat, ou de requêtes individuelles (art. 34), à savoir émises par un particulier, une Organisation non gouvernementale (ONG) ou un groupe de particuliers à l'encontre d'un Etat. Elle ne peut être saisie qu'après épuisement des voies de recours internes (du pays du recourant), et dans un délai de 6 mois dès la décision interne définitive (art. 35 CEDH).

En outre, la requête doit :

- ne pas être anonyme,
- traiter d'un problème nouveau,
- ne pas être abusive ou manifestement malfondée (art. 35 CEDH).

ii. L'examen des requêtes

Selon l'art. 28 CEDH, un comité peut déclarer irrecevable ou rayer du rôle une requête individuelle. Cette décision est définitive.

Si aucune décision n'a été prise en ce sens, c'est alors une Chambre qui examinera la recevabilité et la validité au fond d'une telle requête individuelle (art. 29 § 1 CEDH)

En cas de requête étatique, c'est la Chambre qui est directement compétente pour examiner sa recevabilité et sa validité au fond (art. 29 § 2 CEDH).

Si la Chambre estime que la requête formulée soulève une question grave ou s'il y a risque de contradiction avec une affaire déjà résolue, elle peut se dessaisir de l'affaire en faveur de la Grande Chambre (art. 30 CEDH).

La Grande Chambre est dès lors compétente en cas de requêtes étatiques ou individuelles lorsque celles-ci lui ont été envoyées par une chambre selon l'art. 30 (art. 31 let. a CEDH).

Elle est également compétente lorsqu'une partie à l'affaire demande le renvoi de l'arrêt rendu par une Chambre devant elle (recours ; art. 43 CEDH). Cette procédure de recours doit toutefois rester l'exception.

Si l'arrêt de la Chambre n'est pas renvoyé devant la Grande Chambre sur requête d'une partie déposée dans les 3 mois, ou si la demande de renvoi est rejetée par la Grande Chambre, il devient définitif (art. 44 CEDH).

L'arrêt rendu par la Grande Chambre est toujours définitif.

iii. Les avis consultatifs (art. 47 CEDH)

La Grande Chambre est également compétente pour examiner les demandes d'avis consultatifs déposée par le Comité des Ministres (art. 31 let. b CEDH).

12.4 Problèmes particuliers, exercices, jurisprudence

a. Problèmes particuliers

1° Comparer la nature juridique, l'importance, l'utilité voire l'efficacité de la CEDH par rapport à la Déclaration universelle des Droits de l'Homme et au Pacte international relatif aux droits civils et politiques.

2° Un automobiliste suisse a été condamné à payer une amende de Fr.200.—. Mécontent, il commence par épuiser les voies de recours en Suisse, avant de faire recours devant la Cour européenne des Droits de l'Homme à Strasbourg.

Le représentant de la Suisse s'oppose à ce que la Cour entre en matière sur ce recours : il soutient en effet qu'il s'agit d'une procédure purement administrative, et non d'une procédure civile ou pénale, comme exigé par la CEDH.

Le recourant prétend, quant à lui, que cette sanction administrative qu'est l'amende a bel et bien un caractère pénal.

La Cour peut-elle entrer en matière sur le recours ? (cf. Annexes 12, ATF 115 Ia 183).

3° Essayer de retrouver quelques arrêts du Tribunal fédéral parmi les plus récents qui appliquent une des dispositions de la Convention européenne des Droits de l'Homme.

b. Exercice

M. Grigou a fait l'objet de plusieurs dénonciations pour avoir commis une série d'infractions pénales. Saisi de l'affaire, M. le Juge d'instruction G. Réson ouvre une enquête et procède à plusieurs mesures d'instruction qui lui paraissent nécessaires (interrogatoires, auditions de témoins, expertises, ...).

Renvoyé devant le Tribunal criminel, M. Grigou découvre avec étonnement que le Président du Tribunal qui doit le juger au fond n'est autre que M. G. Réson.

Etonné, il se penche vers son avocat et lui demande pourquoi. Son défenseur lui répond qu'on ne peut malheureusement rien faire : c'est la loi cantonale qui détermine qui est juge d'instruction et qui est juge au fond. En l'occurrence, la loi cantonale dit que c'est M. G. Réson qui doit remplir ces deux rôles.

Qu'en pensez-vous ? (voir l'ATF 112 Ia 290).

c. Jurisprudence : cf. Annexes 12

§ 13 L'ORGANISATION DES NATIONS UNIES (ONU)

Textes législatifs : Charte des Nations Unies ; Statut de la Cour internationale de Justice ; Statuts de la Cour pénale internationale (CPI).

Bibliographie : Cl.-A. COLLIARD, Institutions des relations internationales, Paris 1985 ; G. LACHARRIERE, Les organisations internationales, Paris 1977 ; A. ZARB, Les institutions spécialisées du système des Nations Unies et leurs membres, Paris 1981 ; site internet : <http://www.un.org/french/>).

13.1 Généralités

a. L'historique

L'ONU a été créée en 1945, malgré l'échec constaté de la Société des Nations (SdN) à prévenir la Deuxième Guerre mondiale.

La communauté internationale avait besoin de se pourvoir à nouveau d'institutions internationales chargées d'organiser les relations internationales et de contribuer au bien commun des nations.

La nouvelle organisation avait à reprendre, d'une part, les succès de la SdN (OIT, codification du droit, ...) et à éviter, d'autre part, les erreurs qui y avaient été commises.

Le premier pas eut lieu lors de la signature, par Churchill et Roosevelt, de la Charte de l'Atlantique, le 14 août 1941. Puis il y eut la signature, d'abord par les 25 Etats en guerre contre l'Allemagne et le Japon, de la Déclaration des Nations Unies du 1^{er} janvier 1942. 21 autres Etats la signèrent également par la suite.

Entre août et octobre 1944 se tint la Conférence de Dumbarton Oaks : elle avait pour tâche d'élaborer les « *Propositions de Dumbarton Oaks* », relatives aux tâches, principes et structures applicables aux futures Nations Unies.

Enfin, c'est à la Conférence de San Francisco, qui se tint d'avril à juin 1945, que fut adoptée la Charte des Nations Unies, par les 50 Etats présents, à l'unanimité et sans réserve.

L'ONU compte aujourd'hui 191 Etats membres, puisque la Suisse y a formellement adhéré le 10 septembre 2002 (voir la liste des membres sous : <http://www.un.org/french/Membres/index.html>).

b. La nature juridique de l'ONU

L'ONU est une organisation internationale, c'est-à-dire une association d'Etats souverains, constituée par traité, dotée d'organes communs et possédant une personnalité juridique en droit international distincte de celle des Etats membres.

Elle a donc la capacité de conclure elle-même des traités internationaux et d'entretenir des relations internationales ordinaires à l'égard de tous les Etats.

Sur le territoire de chacun des Etats membres, elle dispose de la capacité juridique, ainsi que des privilèges et immunités qui lui sont nécessaires pour remplir ses objectifs (art. 104 et 105 Charte ; ég. Convention sur les privilèges et immunités des Nations Unies du 13.02.1946).

L'ONU est fondée sur un traité indépendant (Charte des Nations Unies).

A noter qu'hormis la compétence attribuée au Conseil de sécurité de décréter des sanctions (art. 41 et 43, en relation avec l'art. 25 Charte), l'ONU ne présente aucun caractère d'une organisation supranationale.

13.2 Les buts et les principes

a. Les buts

Les buts des Nations Unies figurent à l'art. 1^{er} de la Charte.

Ils consistent à :

- 1° Maintenir la paix et la sécurité internationale, à l'aide de mesures collectives efficaces, dans le but d'écartier les menaces à la paix et de réprimer tout acte d'agression ou de rupture de la paix, ainsi que par des moyens pacifiques, selon les principes de la justice et du droit international.
- 2° Développer entre les nations des relations amicales fondées sur le respect du principe de l'égalité des peuples et de leur droit à disposer d'eux-mêmes.
- 3° Réaliser la coopération internationale en résolvant les problèmes internationaux d'ordre économique, social, intellectuel et humanitaire (respect des droits de l'homme).
- 4° Enfin, être un centre où s'harmonisent les efforts des nations vers ces buts communs.

b. Les principes

Les principes sont définis à l'art. 2 de la Charte, ainsi que dans la Résolution 2625 (XXV) de l'Assemblée générale de l'ONU, du 24 octobre 1970 :

- 1° Egalité souveraine entre les Etats ;
- 2° Observation du principe de la bonne foi dans les relations internationales ;
- 3° Règlement pacifique des différends internationaux ;
- 4° Non recours à la force ;
- 5° Assistance due à l'ONU ;
- 6° Extension aux Etats non membres de ces principes (!) ;
- 7° Respect du domaine réservé, soit des affaires relevant essentiellement de la compétence nationale d'un Etat (à noter que cette réserve générale a été et doit encore être interprétée de façon restrictive).

13.3 Les structures institutionnelles

Les Nations Unies n'ont cessé de se développer d'un point de vue structurel, depuis 1945.

Elles comptent des organes principaux et subsidiaires, d'une part, et des institutions spécialisées, d'autre part.

a. Les organes principaux

Ces organes sont énumérés à l'art. 7 ch. 1 de la Charte : une Assemblée générale, un Conseil de sécurité, un Conseil économique et social, un Conseil de tutelle, une Cour internationale de Justice et un secrétariat.

i. L'Assemblée générale (art. 9 à 22 de la Charte)

L'Assemblée générale groupe tous les Etats membres. Elle se réunit une fois par année (session annuelle) et lorsque les circonstances l'exigent (sessions extraordinaires). Les participants sont des représentants des gouvernements, qui agissent sur instructions.

Les décisions sont prises lors de votes. Selon l'art. 18 de la Charte, chaque membre de l'Assemblée dispose d'une voix.

En principe, la majorité simple suffit. Mais les décisions prises sur des « questions importantes », telles les recommandations relatives au maintien de la paix et de la sécurité internationales, l'élection des membres non permanents du Conseil de sécurité, l'admission de nouveaux membres, l'exclusion de membres, les questions budgétaires, requièrent la majorité des deux tiers.

L'Assemblée comprend également sept grandes commissions spécialisées : désarmement ; économie et finances ; questions sociales et droits de l'homme ; décolonisation ; budget et affaires administratives ; questions juridiques et questions politiques.

ii. Le Conseil de sécurité (art. 23 à 32 de la Charte)

Le Conseil de sécurité comprend 15 membres, dont 5 permanents (Chine, Etats-Unis, Royaume-Uni, France, Russie) et 10 non-permanents, élus pour deux ans par l'Assemblée générale, selon certaines règles de répartition géographique et politique.

Chaque membre y possède une voix. Les questions de procédure sont tranchées à la majorité de 9 voix. Par contre, les décisions sur les « autres questions » sont prises par un vote affirmatif de 9 de ses membres, dont nécessairement les 5 membres permanents (art. 27, ch. 3 de la Charte). Dès lors, il est facile pour un membre permanent d'empêcher l'adoption d'une résolution (« *droit de veto* »).

La fonction principale du Conseil de sécurité est le maintien de la paix et de la sécurité internationale (art. 24 de la Charte). A noter qu'un avis consultatif de la CIJ de 1962, rendu après l'adoption d'une Résolution 377 (V) de l'Assemblée générale (1950) relative à l'Union pour le maintien de la paix (« *Résolution Acheson* »), reconnaît à l'Assemblée générale une compétence « subsidiaire » dans ce domaine : le Conseil de sécurité n'aurait donc qu'une compétence « principale », et non exclusive. Mais ce point de vue est fortement contesté, parce que contraire au texte de la Charte.

Le Conseil de sécurité peut adopter des recommandations, qui n'ont en principe aucun caractère obligatoire, ou prendre des décisions, qui peuvent avoir un caractère obligatoire suivant les cas. Il peut s'agir notamment de sanctions non militaires (art. 41 et 25) et de sanctions militaires (art. 43).

iii. Le Conseil économique et social (ECOSOC ; art. 61 à 72 de la Charte)

L'ECOSOC est composé de 54 membres, élus pour trois ans par l'Assemblée générale. Ses membres sont renouvelés par tiers chaque année.

Il est chargé de la direction et de la coordination des activités des Nations Unies et des institutions spécialisées (économie, social, culturel).

iv. Le Conseil de tutelle (art. 86 à 91 de la Charte)

Le Conseil de tutelle est chargé de veiller à l'exercice de la tutelle, telle qu'elle est définie aux articles 75 à 85 de la Charte.

Il n'a, en pratique, quasiment plus aucun rôle, puisque les territoires qui avaient été placés sous tutelle sont devenus indépendants et que la tutelle n'a plus de raison d'être.

v. La Cour internationale de Justice (CIJ ; art. 92 à 96 de la Charte)

1° La notion :

La CIJ est l'organe judiciaire principal des Nations Unies. Elle joue un rôle primordial dans le système de maintien de la paix et de la sécurité internationale et notamment dans son mécanisme de règlement pacifique des différends.

Jusqu'à tout récemment (création de la Cour Pénale Internationale, CPI), elle était la seule juridiction permanente à caractère universel.

2° Le Statut de la CIJ :

L'organisation et le fonctionnement de la CIJ sont prévus dans le Statut de la Cour internationale de Justice. Ce Statut, adopté par un Comité de juristes provenant de 44 pays en 1945, à Washington, fait partie intégrante de la Charte des Nations Unies. En tant que tel, il ne peut être modifié par la CIJ elle-même, et ne peut être amendé qu'en application des articles 108 et 109 de la Charte, ainsi que 69 et 70 du Statut.

3° Le rôle de la Cour :

La CIJ est un organe judiciaire indépendant. Elle a pour rôle de régler les différends internationaux qui lui sont soumis. Pour ce faire, elle applique le droit international (art. 38 du Statut).

La CIJ rend également des avis consultatifs.

4° Les Etats soumis à la CIJ :

Tous les Etats membres des Nations Unies sont « *ipso facto* » Parties au Statut de la CIJ (art. 93, ch. 1 de la Charte), afin de garantir l'universalité de la Cour. Ils sont donc tous automatiquement soumis à la juridiction de la Cour.

Mais les Etats non membres des Nations Unies (comme l'a été la Suisse jusqu'à tout récemment) peuvent également être Parties au Statut, et donc soumis à la juridiction de la Cour, s'ils remplissent les conditions prévues à l'article 93, ch. 2 de la Charte, à savoir les conditions déterminées, au cas par cas, par l'Assemblée générale, sur recommandation du Conseil de sécurité.

Les trois conditions imposées et acceptées par la Suisse avant son adhésion étaient :

- acceptation des dispositions du Statut de la CIJ ;
- acceptation de toutes les obligations qui en découlent pour un membre des Nations Unies (art. 94 de la Charte) ;

- engagement de verser la contribution aux frais de la Cour, dont le montant est fixé équitablement par l'Assemblée générale.

En contrepartie, la Suisse pouvait :

- participer à l'élection des juges, à l'Assemblée générale ;
- y présenter des candidats ;
- et participer à une éventuelle procédure d'amendement du Statut de Cour.

A noter que, selon un principe de droit international général, aucun Etat ne peut être attrait devant la Cour par un autre Etat, sans son consentement : dès lors, pour que la Cour soit compétente, il faut qu'il y ait acceptation de sa compétence par les Etats. Les Etats peuvent toutefois souscrire à une clause (facultative) de juridiction obligatoire. En conséquence, la compétence de la Cour est facultative, lorsque les parties aux différends l'établissent postérieurement à la naissance du différend, et elle est obligatoire, lorsque les parties l'ont prévue avant la naissance du différend.

vi. Le secrétariat (art. 97 à 101 de la Charte)

Le secrétariat est composé d'un Secrétaire général, qui est le plus haut fonctionnaire de l'Organisation et est élu par l'Assemblée générale sur recommandation du Conseil de sécurité, et du personnel mis à disposition de l'ONU.

Actuellement, le Secrétaire général, septième à occuper cette fonction, est le Ghanéen Kofi ANNAN. Le Secrétaire général remplit une fonction administrative et une fonction politique (initiative et médiation).

Le Professeur Nicolas Michel, de la Faculté de droit de l'Université de Fribourg, a été nommé, le 18 mai 2004, Secrétaire général adjoint aux affaires juridiques et Conseiller juridique de l'ONU, par le Secrétaire général.

Le siège de l'ONU est à New York. Il existe deux offices, à Genève et à Vienne.

b. Les organes subsidiaires

Les organes subsidiaires sont des émanations des organes principaux, destinés à faire face au développement de leurs activités. Ils font parties intégrante des Nations Unies, mais sont dépourvus de la personnalité juridique.

A titre d'exemples, on trouve, parmi les organes subsidiaires de l'Assemblée générale :

- la Commission du Droit International (CDI), composée de 34 juristes et chargée de contribuer au développement progressif du droit international et à sa codification ;

- la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international (CNUDCI) ;
  - le Programme des Nations Unies pour le développement (PNUD) ;
  - le Programme des Nations Unies pour l'environnement (PNUE) ;
  - le Haut Commissariat des Nations Unies pour les Réfugiés (HCR).
- c. Les institutions spécialisées

Les institutions spécialisées sont des organismes créés par des accords intergouvernementaux et dotés d'attributions internationales étendues dans les domaines économiques, sociaux, culturels, intellectuels, éducatifs et sanitaires (art. 57 de la Charte). En règle générale, les institutions spécialisées sont dotées de la personnalité juridique.

Les institutions spécialisées sont :

- l'Organisation internationale du Travail (OIT) ;
- l'Organisation pour l'alimentation et l'agriculture (FAO) ;
- l'Organisation maritime internationale (OMI) ;
- l'Union postale universelle (UPU) ;
- l'Union internationale des télécommunications (UIT) ;
- l'Organisation météorologique mondiale (OMM) ;
- l'Organisation mondiale pour la propriété intellectuelle (OMPI) ;
- l'Organisation des Nations Unies pour le développement industriel (ONUDI) ;
- la Banque mondiale, qui comprend :
  - le FMI (Fonds monétaire international) ;
  - la BIRD (Banque internationale pour la reconstruction et le développement) ;
  - l'IDA (Association internationale pour le développement) ;
  - la SFI (Société financière internationale) ;
  - le GCRAI (Groupe consultatif pour la recherche agricole internationale).

L'Agence internationale de l'Energie atomique (AIEA) est une institution apparentée à l'ONU.

L'OMC (Organisation mondiale du commerce) et l'OMT (tourisme), sont des organisations qui ne dépendent pas de l'ONU, mais qui y sont associées.

Enfin, le FIDA (Fonds international de développement agricole) n'est pas une organisation en tant que tel, mais un fonds rattaché à l'ONU.

13.4 L'appartenance à l'ONU

La qualité de membre des Nations Unies est réglée par les articles 3 à 6 de la Charte.

13.5 La Cour pénale internationale (CPI)

Cf. § 11, chiffre 11.3, let. c.

13.6 Problèmes particuliers, exercices, jurisprudence

Cf. § 11, chiffre 11.4.

§ 14 UN CAS PARTICULIER : L'UNION EUROPEENNE (UE)

Textes législatifs : Traité de Rome, tel que modifié par les traités de Maastricht, d'Amsterdam et de Nice ; Texte de la Constitution européenne

Bibliographie : Juris-Classeur Europe, vol. I à VI, notamment vol. I et VI ; J.-V. LOUIS, L'ordre juridique communautaire, 5^{ème} éd., Bruxelles 1994 ; G. ISAAC, Droit communautaire général, Paris 1999 ; D. SIMON, Le système juridique communautaire, Paris 1998 ; B. DUBEY, La répartition des compétences au sein de l'Union européenne à la lumière du fédéralisme suisse, Systèmes, enjeux et conséquences, Bâle / Bruxelles / Paris 2002 ; site internet : <http://europa.eu.int/>.

14.1 L'importance pratique de l'UE

L'Union européenne est la première puissance économique mondiale. Elle compte actuellement 25 Etats membres, et plus de 450 millions d'habitants.

L'Union est aussi, de loin, le premier partenaire économique et commercial de la Suisse. Le récent élargissement a encore conforté cette position.

Entre 1999 et 2002 (Union des 15), entre 60 et 62,5 % des exportations suisses étaient destinés à l'UE (AELE : 0,5 %) ; dans le même temps, entre 79,7 et 80,4 % de nos importations provenaient de l'UE.

En outre, les investissements suisses dans l'UE équivalaient à environ 48 % de l'ensemble des investissements suisses à l'étranger, et, à l'inverse, plus de 61 % des investissements étrangers effectués en Suisse provenaient de l'UE.

Enfin, en 2002, 56,4 % des étrangers résidents en Suisse étaient citoyens de l'UE ou d'un pays membre de l'AELE ; simultanément, 59,5 % des Suisses vivant à l'étranger résidaient sur le territoire de l'Union (et 1 % sur le territoire d'un Etat de l'AELE).

Enfin, d'un point de vue strictement juridique, lors de révisions de lois fédérales, la Suisse reprend régulièrement des pans entiers de droit communautaire pour son propre compte, sous forme de législation fédérale.

14.2 L'évolution de l'UE

a. Un processus évolutif : bref historique

La première étape fut la signature du traité de la Communauté européenne du charbon et de l'acier (CECA) en 1951, suivie de l'échec de la Communauté Européenne de Défense (CED) en 1954.

En 1957, c'est la signature du Traité de Rome instituant la Communauté Economique Européenne (CEE).

En 1972, l'Europe des Six s'est agrandie avec l'adhésion de la Grande-Bretagne, de l'Irlande et du Danemark.

La CEE s'est encore développée, en 1981, avec l'arrivée de la Grèce, et en 1986 avec l'adhésion de l'Espagne et du Portugal. On parle désormais de l'Europe des Douze.

En 1986, la signature de l'Acte Unique Européen (AUE) a donné une nouvelle impulsion. En effet, malgré les diverses étapes d'élargissement de la CEE, les pays membres constatèrent, en 1986, qu'il n'avait toujours pas institué un véritable marché unique et que de multiples barrières (physiques, techniques et fiscales) subsistaient. Afin de les éliminer dans un délai raisonnable, il était nécessaire de changer de méthode de travail. Avec l'adoption de l'AUE, les Etats membres décidèrent donc d'établir le marché intérieur et, selon l'art. 13 du Traité, arrêtaient les mesures qui ont permis d'établir ce marché dès la fin 1992. L'AUE apportait également des modifications sur des points institutionnels essentiels, tels que les pouvoirs du Parlement et l'application de la règle de l'unanimité. Il établissait également les bases de l'union économique et monétaire (UEM), qui va déboucher sur la naissance de la monnaie unique et de l'euro.

En 1992, le Traité de Maastricht institue l'Union Européenne (UE). On parle dorénavant de la Communauté Européenne (CE), et non plus des Communautés. L'Union européenne est effectivement une nouvelle structure qui ne supprime pas la CE, mais se superpose à elle : la CE constitue désormais le 1^{er} pilier de l'UE, qui en comporte encore deux autres : le 2^{ème} pilier (Politique étrangère et de sécurité commune ; PESC) et le 3^{ème} pilier (Justice et Affaires intérieures ; JAI). Pour plus de détails sur son contenu et les nouveautés apportées, voir ci-dessous, let. B.

En 1995, trois nouveaux membres (Autriche, Finlande, Suède) ont été admis dans l'Union européenne ; on parle désormais de l'Europe des Quinze.

Le Traité d'Amsterdam du 2 octobre 1997 modifia sensiblement les compétences de la Communauté et de l'Union, et innova avec des nouveautés telles que la possibilité, pour les Etats membres, d'initier des coopérations renforcées, sous certaines conditions. Il ne répondit en revanche pas aux attentes en matière de réforme des institutions de l'UE. Pour plus de détails, voir ci-dessous, let. C.

Les enjeux majeurs du Traité de Nice, du 26 février 2001 (enfin ratifié par l'Irlande, le 20 octobre 2002) consistaient dans la préparation de l'élargissement de l'UE à 10 nouveaux membres (dans un premier temps) en 2004, dans la réforme de son système financier (régime des ressources propres) et de la planification des dépenses, ainsi que dans le réforme des institutions qui avait échoué à Amsterdam. Ces deux dernières réformes globales étaient et sont encore nécessaires non seulement en raison de l'élargissement prévu, mais encore en raison de l'augmentation sensibles, ces deux dernières décennies, des compétences de l'UE et de la CE. Le succès ne fut que partiel, dans la mesure où l'élargissement est désormais possible pour les 10 nouveaux Etats membres admis, mais les réformes nécessaires et attendues en matières financière et institutionnelle, bien qu'entamées, n'ont finalement pas été à la hauteur des attentes.

Les 10 nouveaux Etats membres qui ont adhéré en 2004, sont (dans l'ordre alphabétique) : Chypre ; Estonie ; Hongrie ; Lettonie ; Lituanie ; Malte ; Pologne ; République tchèque ; Slovaquie ; Slovénie (soit plus de 75 mio d'habitants supplémentaires).

A noter encore que le traité CECA, conclu pour une durée de 50 ans, a expiré le 23 juillet 2002. Son patrimoine a été transféré à la CE, qui devra l'affecter à la recherche dans le secteur du charbon et de l'acier.

b. Le Traité de Maastricht (Traité sur l'Union européenne, TUE)

Adopté par les chefs d'Etat le 11 décembre 1991, le Traité fut signé le 7 février 1992 par les Ministres représentant les Etats membres. Le Traité, ratifié par les Etats membres a suscité d'importantes oppositions «souverainistes» (en raison de son contenu très «intégrateur» ; cf. les référendums au Danemark et en France ; et l'arrêt de la Cour constitutionnelle allemande), mais est finalement entré en vigueur le 1^{er} novembre 1993.

Matériellement, les buts principaux du Traité étaient d'établir une union politique et une union économique et monétaire :

1° Une union politique :

L'union politique des Etats membres est favorisée de la manière suivante :

- une politique étrangère et de sécurité commune (les Etats membres doivent s'efforcer d'établir une politique de défense commune) ;
- une citoyenneté de l'Union accordant le droit de vote aux ressortissants de l'Etat membre, quel que soit leur lieu de domicile, aux élections municipales et aux élections européennes ;
- l'élargissement des compétences de la CE dans le respect du principe de subsidiarité ;
- la promotion de l'Europe sociale (art. 117 CE) ;
- la promotion de la coopération des Etats membres dans le domaine judiciaire, de la toxicomanie, de la fraude internationale et des politiques d'immigration ;
- la promotion de la légitimité démocratique dans la CE (pouvoirs du Parlement ; légitimité de la Commission; partage des compétences entre les autorités communautaires et les autorités nationales et régionales) ;
- l'importance croissante du Conseil européen, institution composée des chefs d'Etat des Etats membres, qui se réunit deux fois par an, lors de « sommets », à chaque changement de présidence de l'Union (tous les 6 mois).

2° Une union économique et monétaire (UEM) :

Dans le traité de Maastricht, les Etats membres se sont mis d'accord sur la mise en place, par étapes, d'une monnaie unique :

- la première étape, qui a consisté à permettre la libre circulation des capitaux à l'intérieur de la Communauté, a commencé le 1^{er} juillet 1990, s'est achevée le 31 décembre 1993 par la mise en place du marché intérieur ;
- la deuxième étape, qui a commencé le 1^{er} janvier 1994, a consisté en une période de transition et de convergence des politiques économiques et monétaires des Etats membres. Depuis cette date, l'Institut monétaire européen (IME) – future banque centrale européenne – était en fonction à Francfort. Il

était dirigé par un conseil composé d'un président, d'un vice-président et des gouverneurs des banques centrales des Etats membres. Il a élaboré les instruments et les procédures nécessaires à l'application de la politique monétaire unique dès la troisième phase;

- la troisième étape, enfin, a commencé le 1^{er} janvier 1999 et consistait dans le lancement, pour onze, puis douze (la Grèce) États de l'Union, d'une monnaie commune : l'euro, gérée par la nouvelle Banque centrale européenne (BCE), elle-même secondée par le Système européen des banques centrales (SEBC). A noter que les pièces et les billets en euro n'ont mis en circulation qu'à partir du 1^{er} janvier 2002. Depuis ce jour, ils ont cours légal dans les 12 Etats membres (ne sont pas inclus le Royaume-Uni, le Danemark et la Suède) participant à l'UEM.

c. Le Traité d'Amsterdam

Les travaux de la Conférence intergouvernementale (CIG) de 1996, portant notamment sur la réforme des institutions communautaires et la mise à jour des traités ont abouti, en 1997, à l'élaboration du traité d'Amsterdam, qui fut signé le 2 octobre 1997 et qui est entré en vigueur le 1^{er} mai 1999.

Le traité d'Amsterdam poursuivait deux objectifs principaux : D'abord, une refonte complète des traités CE et UE, comprenant une mise à jour intégrale et une renumérotation complète des dispositions des deux textes. Ensuite, un certain renforcement des compétences de la Communauté et de l'Union, le transfert de domaines du champ d'application du TUE dans celui du TCE (visas, asile, immigration, et politiques liées à la libre circulation des personnes), ainsi que la mise en place par les deux traités (art. 11 TCE et 43 TUE) de procédures de « coopération renforcée » entre États membres dans certains domaines et sous certaines conditions (« *Europe à géométrie variable* »).

La structure du traité d'Amsterdam se présentait ainsi :

- Titre I : Dispositions communes : art. 1 à 7 TUE ;
- Titre II : Dispositions modifiant le TCE : art. 8 TUE, qui comprend les art. 1 à 314 TC ;
- Titre III : Dispositions modifiant le traité CECA : art. 9 TUE ;
- Titre IV : Dispositions modifiant le traité CEEA : art. 10 TUE ;
- Titre V : Dispositions concernant la PESC : art. 11 à 28 TUE ;
- Titre VI : Dispositions concernant la coopération policière et judiciaire en matière pénale : art. 29 à 42 TUE ;
- Titre VII : Dispositions sur la coopération renforcée : art. 43 à 45 TUE ;
- Titre VIII : Dispositions finales : art. 46 à 53 TUE.

d. Le traité de Nice

En décembre 2000 a eu lieu le « sommet » de Nice, qui a abouti à la signature du traité de Nice, le 26 février 2001.

Les principales modifications et réformes institutionnelles apportées en vue de l'élargissement seront évoquées ci-dessous (ch. 7.2).

Pour le reste, les décisions les plus importantes prises à Nice concernent :

- l'extension immédiate du vote à la majorité qualifiée à de nouveaux domaines (libre circulation des citoyens ; coopération judiciaire civile ; accords internationaux sur les services et la propriété intellectuelle [cf. le GATS et le TRIPs] ; politique industrielle ; ...) ; partiellement et dès 2004, voire 2007, pour d'autres domaines ;
- l'extension du champ d'application de la codécision entre le Parlement et le Conseil de l'Union ;
- la refonte et la simplification des conditions et procédures pour initier une coopération renforcée, ainsi que la faculté d'en initier dans les 3 piliers de l'UE.

e. La Constitution européenne

Une Convention européenne sur l'avenir de l'Europe a été créée, en décembre 2001, à l'issue du Conseil européen de Laeken. Elle avait pour but de réfléchir sur les questions essentielles que soulève le développement futur de l'Union, de rechercher les solutions envisageables et de proposer des réformes allant dans ce sens. Les questions qui devaient être traitées étaient : une meilleure répartition des compétences dans l'UE ; une simplification des instruments de l'UE ; davantage de démocratie, de transparence et d'efficacité ; une simplification du système des traités et l'examen de la question de l'adoption d'une éventuelle Constitution européenne (cf. la Déclaration de Laeken, du 15 déc. 2001). La Convention a été présidée par le Français Valéry Giscard d'Estaing, secondé par l'Italien Giuliano Amato et par le Belge Jean-Luc Dehaene. Elle était composée de 15 représentants des Gouvernements et des Chefs d'Etats membres, de 13 représentants des Gouvernements et des Chefs d'Etats candidats, de 30 représentants des parlements nationaux des Etats membres, de 26 représentants des parlements nationaux des Etats candidats, de 16 représentants du Parlement européen, et de 2 représentants de la Commission.

La Convention a terminé ses travaux et rendu son Projet de traité constitutionnel (« Constitution ») en juin 2003. Ce projet a été examiné et commenté par la Commission européenne en automne 2003 (art. 48 TUE). La Conférence intergouvernementale (CIG) de décembre 2003 n'a pas pu aboutir à un accord et l'adoption de la Constitution a été renvoyée à la CIG suivante.

Le texte de la Constitution européenne a finalement été adopté à la CIG de juin 2004. Il doit encore être signé officiellement par les chefs d'Etat et de gouvernement

(automne 2004), puis être ratifié par tous les Etats membres selon leurs règles constitutionnelles respectives (approbation parlementaire et/ou referendum), pour pouvoir entrer en vigueur.

Il est à noter que, selon des sondages effectués en 2003 dans les 25 Etats concernés, entre 67 (avant la CIG) et 77 % (après la CIG) des citoyens de l'UE étaient favorables à l'adoption d'une Constitution européenne (contre près de 15 % opposés), et que, dans chacun des 25 Etats, les partisans étaient plus nombreux que les opposants, même si, dans six pays, les partisans déclarés étaient moins de 50 %. Après la CIG 2003, plus de 62 % des citoyens de l'UE souhaitaient que leur pays fasse des concessions pour aboutir à un accord. Et 59 % sont d'accord pour que les États membres qui souhaitent approfondir leur coopération puissent le faire sans attendre tous les autres.

En outre, entre 75 et 80 % des citoyens de l'UE souhaitaient que le texte leur soit soumis par referendum, pour ratification.

(Le sondage après la CIG 2003 a été réalisé dans vingt-cinq pays, entre le 14 et le 23 janvier 2004, dans le cadre de l'Eurobaromètre.

La grande majorité (77 %) des personnes interrogées pense que l'Union européenne doit se doter d'une constitution. Ce chiffre est plus élevé que celui du précédent sondage (effectué en septembre-octobre 2003), qui s'établissait à 67 %. L'adoption d'une constitution bénéficie d'un très large soutien (plus de 80 %) dans les pays suivants : Allemagne, Belgique, Espagne, France, Grèce, Irlande, Italie, Luxembourg, Portugal, Chypre, Hongrie, Lituanie et Slovaquie. Seules les opinions publiques suédoise et britannique, avec 58 % et 51 % respectivement, se situent en dessous des 60 %. Dans seize pays, moins de 15 % de la population est opposée à l'idée de constitution européenne. On note une opposition un peu plus marquée en Autriche, en Suède, au Danemark et au Royaume-Uni (les pourcentages allant de 23 % à 30 %). Les résultats du sondage confirment également qu'un grand nombre de personnes souhaiteraient voir créé un poste de ministre européen des affaires étrangères.)

14.3 Les institutions de l'Union européenne

a. Le Conseil de l'Union (ex Conseil des Ministres)

i. La composition

Il est constitué des ministres représentant des gouvernements des Etats membres. Sa composition varie en fonction des sujets traités (agriculture, finances, transports, tourisme, industrie, ...).

ii. Les compétences

C'est le Conseil de l'Union qui détient en principe le pouvoir législatif. Mais, depuis la signature du Traité de Maastricht, cette compétence est de plus en plus souvent exercée avec le Parlement européen.

Dans la grande majorité des cas, le Conseil décide sur proposition de la Commission européenne et en association avec le Parlement européen, soit par une procédure de consultation (par exemple dans les domaines de l'agriculture, de la coopération judiciaire et policière et de la fiscalité), soit en codécision (par exemple dans les domaines liés au marché intérieur).

La Constitution consacre désormais la codécision comme procédure ordinaire de prise de décision.

iii. La prise de décisions

Le Conseil décide par un vote des ministres des Etats membres. Il y a trois modalités de vote, en fonction de ce que le traité prévoit pour les sujets concernés: la majorité simple (pour les décisions de procédure), la majorité qualifiée (un système de voix pondérées en fonction de la population des Etats membres, pour un grand nombre de décisions dans les domaines liés au marché intérieur, économiques et commerciaux) ou l'unanimité (pour les domaines de la politique étrangère, de la défense, de la coopération judiciaire et policière et de la fiscalité).

De manière générale, les décisions sont de plus en plus prises à la majorité qualifiée qui se détermine non pas par tête, mais sur la base des voix attribuées à chaque Etat membre (pondération des voix). Jusqu'à l'élargissement, les voix attribuées se répartissaient comme suit :

-	4 Etats à <u>10 voix</u>	: D, F, I, UK	40
-	1 Etat à <u>8 voix</u>	: E	8
-	4 Etats à <u>5 voix</u>	: B, G, NL, P	20
-	2 Etats à <u>4 voix</u>	: S, A	8
-	3 Etats à <u>3 voix</u>	: DK, IRL, SF	9
-	1 Etat à <u>2 voix</u>	: L	<u>2</u>
	TOTAL	:	87

La majorité qualifiée était de 62 voix si le Conseil des Ministres vote sur une proposition de la Commission, et de 62 voix, y compris 10 Etats membres, si le Conseil des Ministres vote sans proposition de la Commission (selon le compromis de Ioaninna, adopté lors d'un sommet en Grèce, une minorité de 26 voix constitue une minorité de « blocage » qui peut être « débloquée » ultérieurement par une majorité de 65 voix).

Selon l'acte relatif aux conditions d'adhésion à l'Union européenne des 10 nouveaux Etats (art. 12),

« Pour les délibérations du Conseil qui requièrent une majorité qualifiée, les voix des membres sont affectées de la pondération suivante:

Belgique	12
République tchèque	12
Danemark	7
Allemagne	29
Estonie	4
Grèce	12
Espagne	27
France	29
Irlande	7
Italie	29
Chypre	4
Lettonie	4
Lituanie	7
Luxembourg	4
Hongrie	12
Malte	3
Pays-Bas	13
Autriche	10
Pologne	27
Portugal	12
Slovénie	4
Slovaquie	7
Finlande	7
Suède	10
Royaume-Uni	29

« Les délibérations du Conseil sont acquises si elles ont recueilli au moins 232 voix exprimant le vote favorable de la majorité des membres, lorsque, en vertu du présent traité, elles doivent être prises sur proposition de la Commission.

Dans les autres cas, les délibérations du Conseil sont acquises si elles ont recueilli au moins 232 voix exprimant le vote favorable d'au moins deux tiers des membres.»

Un membre du Conseil peut demander que, lors de la prise de décision par le Conseil à la majorité qualifiée, il soit vérifié que les États membres constituant cette majorité qualifiée représentent au moins 62 % de la population totale de l'Union. S'il s'avère que cette condition n'est pas remplie, la décision en cause n'est pas adoptée.»

Le texte de la Constitution adopté en juin 2004 prévoit les dispositions suivantes :

« Le Conseil des ministres exerce, conjointement avec le Parlement européen, les fonctions législative et budgétaire, ainsi que des fonctions de définition de politiques et de coordination dans les conditions fixées par la Constitution.

Le Conseil des ministres est composé d'un représentant nommé par chaque État membre au niveau ministériel pour chacune de ses formations. Ce représentant est seul habilité à engager l'État membre qu'il représente et à exercer le droit de vote.

Le Conseil des ministres statue à la majorité qualifiée sauf dans les cas où la Constitution en dispose autrement. » (art. 22).

« Lorsque le Conseil européen ou le Conseil des ministres statuent à la majorité qualifiée, celle-ci se définit comme réunissant la majorité des États membres, représentant au moins les trois cinquièmes de la population de l'Union.

Lorsque la Constitution n'exige pas que le Conseil européen ou le Conseil des ministres statue sur la base d'une proposition de la Commission ou lorsque le Conseil européen ou le Conseil des ministres ne statue pas à l'initiative du ministre des Affaires étrangères de l'Union, la majorité qualifiée requise est constituée des deux tiers des États membres, représentant au moins les trois cinquièmes de la population de l'Union.

Les dispositions des paragraphes 1 et 2 prennent effet au 1^{er} novembre 2009, après la tenue des élections parlementaires européennes, conformément aux dispositions de l'article 19. » (art. 24)

iv. Le COREPER

Le COREPER est un comité composé des représentants permanents des États membres. Il est chargé de préparer les travaux du Conseil, d'exécuter les mandats que le Conseil lui confie et peut même adopter certaines décisions procédurales lorsque c'est prévu par le Règlement intérieur du Conseil (art. 207 § 1 TCE).

b. La Commission

i. La composition

Actuellement 25 membres, soit des personnes indépendantes et compétentes désignées par les États membres. Son Président actuel est M. Jose Manuel Durao Barroso, du Portugal, qui succède à M. Romano Prodi.

Le système actuellement en vigueur est le suivant : Selon l'acte relatif aux conditions d'adhésion à l'Union européenne des 10 nouveaux États (art. 45) :

*« Tout État qui adhère à l'Union est en droit d'avoir l'un de ses nationaux comme membre de la Commission ;
une nouvelle Commission composée d'un national de chaque État membre entre en fonction le 1^{er} novembre 2004; le mandat des membres de cette nouvelle Commission expire le 31 octobre 2009 ».*

ii. Les compétences

La Commission jouit :

- de compétences de gestion (compétences exécutives) ;
- de compétences législatives par délégation du Conseil de l'Union ;
- du droit d'initiative (exclusif) pour proposer de nouvelles règles ;
- d'un pouvoir de décision et de sanction en tant qu'autorité administrative (par exemple en droit de la concurrence).

iii. Les décisions

La Commission prend ses décisions à la majorité.

v. La Constitution européenne

Enfin, s'agissant des compétences et de la composition de la Commission, le texte de la Constitution prévoit enfin le système suivant (art. 25) :

« La Commission européenne promeut l'intérêt général européen et prend les initiatives appropriées à cette fin. Elle veille à l'application des dispositions de la Constitution ainsi que des dispositions prises par les institutions en vertu de celle-ci. Elle surveille l'application du droit de l'Union sous le contrôle de la Cour de justice. Elle exécute le budget et gère les programmes. Elle exerce des fonctions de coordination, d'exécution et de gestion dans les conditions fixées par la Constitution. À l'exception de la politique étrangère et de sécurité commune et des autres cas prévus par la Constitution, elle assure la représentation extérieure de l'Union. Elle prend les initiatives de la programmation annuelle et pluriannuelle de l'Union en vue de parvenir à des accords interinstitutionnels.

La Commission consiste en un Collège composé de son Président, du ministre des Affaires étrangères de l'Union, vice-président, ainsi que de treize Commissaires européens sélectionnés selon un système de rotation égale entre les États membres. Ce système est établi par une décision européenne adoptée par le Conseil européen fondée sur les principes suivants:

- *les États membres sont traités sur un strict pied d'égalité pour la détermination de l'ordre de passage et du temps de présence de leurs nationaux au sein du Collège; en conséquence, l'écart entre le nombre total des mandats détenus par des nationaux de deux États membres donnés ne peut jamais être supérieur à un;*
- *sous réserve du point a), chacun des Collèges successifs est constitué de manière à refléter d'une manière satisfaisante l'éventail démographique et géographique de l'ensemble des États membres de l'Union.*

Le Président de la Commission nomme des Commissaires sans droit de vote, choisis en tenant compte des mêmes critères que pour les membres du Collège et venant de tous les autres États membres.

Ces dispositions prennent effet au 1^{er} novembre 2009. »

c. Le Parlement européen

i. La composition :

Actuellement 730 membres élus au suffrage universel, simultanément dans l'ensemble des Etats membres. C'est le seul organe qui émane directement du peuple. Les « élections européenne » ont eu lieu pour la première fois en 1979.

La répartition des parlementaires entre les Etats membres est établie selon l'importance de leur population. Actuellement (législature 2004-2009), elle est fixée comme suit :

- 99 parlementaires pour l'Allemagne ;
- 78 parlementaires pour la France, l'Italie et le Royaume-Uni ;
- 54 parlementaires pour l'Espagne et la Pologne ;
- 27 parlementaires pour les Pays-Bas ;
- 24 parlementaires pour la Hongrie, la Grèce, la Tchéquie et le Portugal ;
- 22 parlementaires pour la Belgique
- 19 parlementaires pour la Suède ;
- 18 parlementaires pour l'Autriche ;
- 14 parlementaires pour le Danemark, la Finlande, la Slovaquie ;
- 13 parlementaires pour l'Irlande et la Lituanie ;
- 9 parlementaires pour la Lettonie ;
- 7 parlementaires pour la Slovénie ;
- 6 parlementaires pour le Luxembourg, Chypre et l'Estonie ;
- 5 parlementaires pour Malte.

ii. Les compétences

En plus de compétences propres (motion de censure, budget), les pouvoirs normatifs du Parlement européen s'expriment sous la forme :

- d'une procédure de consultation,
- d'une procédure de coopération (art. 252 TCE),
- et, surtout, d'une procédure de codécision en matière législative (art. 251 TCE),
- ainsi que d'un avis conforme (qui s'apparente matériellement à une procédure de codécision) donné dans certains cas particuliers (notamment l'adhésion de nouveaux membres et la conclusion d'accords d'association ; Fonds structurels et de cohésion).

iii. La coopération et la codécision

La coopération introduite par le Traité de l'Acte Unique Européen en 1986 (art. 252 TCE) a été complétée, dans le Traité de Maastricht, par une procédure de codécision dans toute une série de domaines (libre circulation des travailleurs, liberté d'établissement, reconnaissance des diplômes, marché intérieur, recherche,

environnement, consommation, réseau de communications transeuropéens, éducation, culture, santé publique). Le Traité de Nice a encore élargi le nombre de domaines concernés par cette procédure (art. 13 : mesures de lutte contre la discrimination ; art. 65 : coopération judiciaire civile ; art. 157 : mesures d'appui en matière industrielle ; art. 159 : cohésion économique et sociale ; art. 191 : statuts des partis politiques européens ; art. 62 et 63 : visas, asile et immigration).

Selon le TCE, la codécision est réglée de la manière suivante à l'art. 251 :

- 1° Première phase : la Commission soumet une proposition (rappelons que c'est la Commission qui jouit à titre exclusif du pouvoir d'initiative, mais le Parlement peut, à la majorité de ses membres, demander à la Commission de lui soumettre une proposition). Après avis du Parlement européen, le Conseil peut, à la majorité qualifiée :
  - arrêter l'acte à condition qu'il approuve tous les amendements figurant dans l'avis du Parlement ;
  - arrêter l'acte proposé si le Parlement ne propose aucun amendement ;
  - arrêter une position commune dans les autres cas, et la transmettre au Parlement européen, avec motivation.
- 2° Deuxième phase : le Parlement européen est informé de cette position commune et, dans un délai de trois mois, peut adopter l'une des attitudes suivantes :
  - ne rien faire : dans ce cas, le texte est réputé approuvé selon la position commune ;
  - approuver la position commune : le texte est adopté ;
  - rejeter, à la majorité absolue, la position commune : l'acte proposé est réputé non adopté ;
  - adopter des amendements à la position commune à la majorité absolue et transmettre le texte ainsi amendé au Conseil et à la Commission (laquelle peut émettre un avis sur ces amendements) : voir troisième phase.
- 3° Troisième phase : le Conseil a deux possibilités :
  - soit, dans un délai de trois mois après réception des amendements du Parlement, il approuve à la majorité qualifiée tous ces amendements, et l'acte est réputé arrêté sous la forme de la position commune telle qu'amendée (à noter que le Conseil doit statuer à l'unanimité sur les amendements ayant fait l'objet d'un avis négatif de la Commission) ;
  - soit le Conseil n'approuve pas tous les amendements du Parlement, et alors le président du Conseil convoque, en accord avec le président du Parlement, le comité de conciliation dans un délai de six semaines (voir quatrième phase).
- 4° Quatrième phase : Le comité de conciliation réunit, à parts égales, les représentants du Conseil et du Parlement. La Commission participe à ses travaux. Le comité de conciliation a pour mission d'aboutir à un accord sur un projet commun, à la majorité qualifiée des représentants du Conseil et à la majorité des représentants du Parlement, en se fondant sur la position commune et les amendements proposés par le Parlement. Deux possibilités sont ouvertes :
  - si le comité de conciliation approuve un projet commun dans un délai de six semaines après sa convocation,
    - le Parlement et le Conseil disposent alors chacun de six semaines dès cette approbation pour arrêter l'acte concerné conformément au projet commun, et ce à la majorité absolue des suffrages exprimés pour le Parlement et à la majorité qualifiée du Conseil ;
    - s'il n'y a pas d'approbation par l'une ou par l'autre de ces deux institutions, l'acte est réputé non adopté ;
  - si le comité de conciliation n'arrive pas à un accord et n'approuve pas de projet commun, l'acte proposé est réputé non adopté.

Le texte de la Constitution consacre désormais la procédure de codécision comme étant la « procédure législative ordinaire ».

Il prévoit les règles suivantes (art. III-302) :

« Lorsqu'en vertu de la Constitution, les lois ou les lois-cadres européennes sont adoptées selon la procédure législative ordinaire, les dispositions suivantes sont applicables.

La Commission présente une proposition au Parlement européen et au Conseil des ministres.

Première lecture

Le Parlement européen arrête sa position en première lecture et la transmet au Conseil des ministres.

Si le Conseil des ministres approuve la position du Parlement européen, l'acte proposé est adopté.

Si le Conseil des ministres n'approuve pas la position du Parlement européen, il arrête sa position en première lecture et la transmet au Parlement européen.

Le Conseil des ministres informe pleinement le Parlement européen des raisons qui l'ont conduit à arrêter sa position en première lecture. La Commission informe pleinement le Parlement européen de sa position.

Deuxième lecture

Si, dans un délai de trois mois après cette transmission, le Parlement européen

- approuve la position du Conseil des ministres en première lecture ou ne s'est pas prononcé, l'acte proposé est réputé adopté;
- rejette, à la majorité des membres qui le composent, la position du Conseil des ministres en première lecture, l'acte proposé est réputé non adopté;
- propose, à la majorité des membres qui le composent, des amendements à la position du Conseil des ministres en première lecture, le texte ainsi amendé est transmis au Conseil des ministres et à la Commission, qui émet un avis sur ces amendements.

Si, dans un délai de trois mois après réception des amendements du Parlement européen, le Conseil des ministres, statuant à la majorité qualifiée,

- approuve tous ces amendements, l'acte concerné est réputé adopté;
- n'approuve pas tous les amendements, le président du Conseil des ministres, en accord avec le président du Parlement européen, convoque le comité de conciliation dans un délai de six semaines.

Le Conseil des ministres statue à l'unanimité sur les amendements ayant fait l'objet d'un avis négatif de la Commission.

Conciliation

Le comité de conciliation, qui réunit les membres du Conseil des ministres ou leurs représentants et autant de membres représentant le Parlement européen, a pour mission d'aboutir à un accord sur un projet commun à la majorité qualifiée des membres du Conseil des ministres ou de leurs représentants et à la majorité des membres représentant le Parlement européen dans un délai de six semaines à partir de sa convocation, sur la base des positions du Parlement et du Conseil des ministres en deuxième lecture.

La Commission participe aux travaux du comité de conciliation et prend toutes les initiatives nécessaires en vue de promouvoir un rapprochement des positions du Parlement européen et du Conseil des ministres.

Si, dans un délai de six semaines après sa convocation, le comité de conciliation n'approuve pas de projet commun, l'acte proposé est réputé non adopté.

Troisième lecture

Si, dans ce délai, le comité de conciliation approuve un projet commun, le Parlement européen et le Conseil des ministres disposent chacun d'un délai de six semaines à compter de cette date pour adopter l'acte concerné conformément au projet commun, le Parlement européen statuant à la majorité des suffrages exprimés et le Conseil des ministres à la majorité qualifiée. À défaut, l'acte proposé est réputé non adopté.

Les délais de trois mois et de six semaines visés au présent article sont prolongés respectivement d'un mois et de deux semaines au maximum à l'initiative du Parlement européen ou du Conseil des ministres. »

d. La Cour de Justice et le Tribunal de Première Instance (TPI)

Jusqu'en 1989, l'Union Européenne ne connaissait qu'un seul organe judiciaire, la Cour de Justice des Communautés Européennes (CJCE ; art. 220 ss TCE). A cette date a été établi un nouveau tribunal communautaire : le Tribunal de Première instance (TPI ; art. 225 TCE).

i. Le TPI

1° Composition : 15 juges nommés d'un commun accord par les Etats membres.

Aux termes de l'acte relatif aux conditions d'adhésion à l'Union européenne des 10 nouveaux Etats, « le Tribunal est formé de vingt-cinq juges ».

2° Compétences du TPI

- Jusqu'à maintenant, le TPI traite (en dernière instance) des recours dans les affaires relatives à la fonction publique communautaire. (Précédemment, ces affaires étaient de la compétence de la Cour et représentaient 15 à 25 % des litiges). Le TPI traite aussi des recours des particuliers dans des secteurs économiques déterminés tels que la mise en œuvre des règles de concurrence applicables aux entreprises (art. 81 à 86 TCE). Les arrêts du TPI rendus dans ces matières sont sujets à recours auprès de la CJCE.
- Le Traité de Nice attribue désormais au TPI la compétence en matière de recours directs (sous réserve de pourvois à la CJCE limités au droit) ; il permet en outre de lui attribuer la compétence préjudicielle dans certaines matières (avant strictement réservées à la CJCE) ; il permet enfin de créer des chambres juridictionnelles spécialisées destinées à soulager le TPI de certains contentieux spécialisés (fonction publique par exemple).

ii. La CJCE

1° Composition : 15 juges nommés d'un commun accord par les Etats membres. Elle comprendra toujours autant de juges qu'il y a d'Etats membres.

Aux termes de l'acte relatif aux conditions d'adhésion à l'Union européenne des 10 nouveaux Etats, « le Tribunal est formé de vingt-cinq juges ».

2° Compétences :

- Procédure préjudicielle (interprétation des traités, interprétation et validité des actes des institutions ; interprétation des statuts des organismes créés par le Conseil) de l'art. 234 TCE ;
- Contrôle de la légalité des actes de la Commission, du Conseil des ministres, de la BCE, ou du Conseil des ministres et du Parlement (art. 230 TCE) ;
- Examen des recours en carence ou en manquement :
  - Recours en carence (art. 232 TCE) : les Etats membres et les autres institutions de la CE peuvent introduire une action en carence lorsque, en violation du Traité CE, le Conseil ou la Commission s'abstient de statuer alors que cette institution a été invitée à agir par le TCE.
  - Recours en constatation de manquement (art. 226 à 228 TCE) : comme la mise en œuvre du droit communautaire est très largement décentralisée, laissant aux Etats membres l'essentiel de la responsabilité de l'exécution des règles communes, lorsqu'un Etat membre ne donne pas suite à une directive communautaire, un organe de la CE (la Commission) ou un autre Etat membre peut introduire action devant la CJCE en constatation de manquement.
- Recours contre les décisions de la Commission ainsi que contre certaines décisions du TPI dans des affaires particulières (concurrence).

A noter que le Traité de Nice permet désormais, sur décision unanime du Conseil, d'attribuer à la CJCE la compétence de statuer sur des litiges relatifs à des titres communautaires de propriété intellectuelle.

Selon le texte de la Constitution européenne (art. I-28),

« La Cour de justice européenne est formée d'un juge par État membre et est assistée d'avocats généraux. »

« le Tribunal de grande instance compte au moins un juge par État membre; le nombre des juges est fixé par le statut de la Cour de justice ».

« Les juges et les avocats généraux de la Cour de justice européenne et les juges du Tribunal de grande instance, choisis parmi des personnalités offrant toutes garanties d'indépendance et

réunissant les conditions requises aux articles III-260 et III-261 sont nommés d'un commun accord par les gouvernements des États membres pour six ans. Ce mandat est renouvelable.

La Cour de justice statue:

- sur les recours introduits par un État membre, une institution ou des personnes physiques ou morales conformément aux dispositions de la Partie III,
- à titre préjudiciel, à la demande des juridictions nationales, sur l'interprétation du droit de l'Union ou sur la validité d'actes adoptés par les institutions,
- sur les autres cas prévus dans la Constitution. »

e. Le Conseil européen

Le Conseil européen est une institution issue de la pratique et non prévue par le Traité CE. Son existence et son rôle ont par contre été formellement consacrés par le Traité UE. Il réunit les chefs d'État des quinze États membres et a pour mission de donner les « impulsions politiques » nécessaires au développement de l'Union (art. 4 TUE).

Aux termes de la Constitution européenne, le Conseil européen donne à l'Union les impulsions nécessaires à son développement et définit ses orientations et ses priorités politiques générales. Il n'exerce pas de fonction législative. Le Conseil européen est composé des Chefs d'État ou de gouvernement des États membres, ainsi que de son Président et du Président de la Commission. Le ministre des Affaires étrangères de l'Union participe à ses travaux. Le Conseil européen se réunit chaque trimestre sur convocation de son Président. Lorsque l'ordre du jour l'exige, les membres du Conseil européen peuvent décider d'être assistés par un ministre et, pour le Président de la Commission, par un Commissaire européen. Lorsque la situation l'exige, le Président convoque une réunion extraordinaire du Conseil européen. Enfin, le Conseil européen se prononce par consensus sauf dans les cas où la Constitution en dispose autrement (art. I-20).

f. Les autres institutions

Les autres organes prévus par les traités sont essentiellement les suivants :

- La Banque centrale européenne (BCE ; art. 8 et 105 ss TCE) ;
- la Cour des comptes (art. 246 à 248 TCE) ;
- le Comité économique et social (ECOSOC ; art. 257 à 262 TCE) ;
- le Comité des régions (art. 263 à 265 TCE) ;
- la Banque européenne d'investissement (BEI ; art. 266 s TCE) ;

De nombreuses agences décentralisées dans les différents États membres et spécialisées dans des domaines particuliers ont en outre été créées par les organes de l'Union, et notamment par le Conseil et par la Commission, pour seconder le travail de ces deux institutions.

La Constitution européenne consacre enfin l'existence de nouveaux organes :

- i. Le Président du Conseil européen, qui est élu par le Conseil européen à la majorité qualifiée pour une durée de deux ans et demi, renouvelable une fois. En cas d'empêchement ou de faute grave, le Conseil européen peut mettre fin à son mandat selon la même procédure.

- ii. Le Président de la Commission européenne :
En tenant compte des élections au Parlement européen, et après des consultations appropriées, le Conseil européen, statuant à la majorité qualifiée, propose au Parlement européen un candidat à la fonction de Président de la Commission. Ce candidat est élu par le Parlement européen à la majorité des membres qui le composent. Si ce candidat ne recueille pas la majorité, le Conseil européen propose au Parlement européen un nouveau candidat dans un délai d'un mois, en suivant la même procédure.
Le Président de la Commission:
  - définit les orientations dans le cadre desquelles la Commission exerce sa mission,
  - décide de son organisation interne afin d'assurer la cohérence, l'efficacité et la collégialité de son action,
  - nomme des vice-présidents parmi les membres du Collège.

- iii. Le ministre des Affaires étrangères de l'Union : Le Conseil européen, statuant à la majorité qualifiée, avec l'accord du Président de la Commission, nomme le ministre des Affaires étrangères de l'Union. Celui-ci conduit la politique étrangère et de sécurité commune de l'Union. Le Conseil européen peut mettre fin à son mandat selon la même procédure.

16.4 L'ordre juridique communautaire

Dès ses origines, le Traité de Rome a institué un système juridique communautaire distinct de celui des pays membres. Ainsi la Communauté (Attention : pas l'UE, aussi longtemps que la Constitution ne sera pas entrée en vigueur) :

- a ses propres sources de droit ;
  - est dotée des organes et des procédures nécessaires pour adopter et appliquer ses règles juridiques, ainsi que sanctionner leur violation.
- a. Les compétences attribuées
    - i. Les compétences de la CE sont des compétences d'attribution consenties par les Etats membres et attribuées par les traités (voir art. 5 TCE ; arrêt Costa/ ENEL).

Comme dans l'Etat fédéral suisse, la répartition des compétences répond au principe dit des compétences d'attribution.

Aux termes de la Constitution, « *le principe d'attribution régit la délimitation des compétences de l'Union. Les principes de subsidiarité et de proportionnalité régissent l'exercice de ces compétences. En vertu du principe d'attribution, l'Union agit dans les limites des compétences que les États membres lui ont attribuées dans la Constitution en vue d'atteindre les objectifs qu'elle établit. Toute compétence non attribuée à l'Union dans la Constitution appartient aux États membres* » (art. I-9).

- ii. Le Traité comprend des règles applicables pour elles-mêmes, tel que l'art. 12 qui interdit les discriminations fondées sur la nationalité. Mais le trait caractéristique du Traité, c'est la tâche confiée aux organes de la Communauté de réaliser les objectifs du Traité à l'aide des instruments juridiques mis à leur disposition : art. 5 et 7 TCE.

Ainsi, le Conseil de l'Union et la Commission ont adopté des règlements dans le but d'atteindre les objectifs fixés aux art. 3 et 4 du Traité CE. L'Acte Unique puis le traité de Maastricht ont renforcé l'efficacité de ces institutions communautaires en facilitant le processus décisionnel au sein du Conseil de l'Union et en élargissant les pouvoirs du Parlement.

- iii. Sans disposer de tous les attributs d'un Etat (tels que l'armée ou la police), la CE dispose désormais d'importantes compétences dans de nombreux domaines et a réussi à établir un ordre juridique cohérent :
- la Cour de justice est compétente de plein droit dans les cas prévus par le Traité ;
  - la Cour de justice, dans certains cas, est accessible aux particuliers ;
  - la Cour de justice et la Commission prononcent la condamnation à des amendes, condamnation exécutoire de plein droit.

La Cour de justice peut contrôler la légalité, c'est-à-dire la conformité au droit communautaire :

- des actes du Conseil ou de la Commission (art. 230 TCE) ;
- de l'inaction du Conseil ou de la Commission (recours en carence qui peut être introduit par un organe de la CE, un Etat membre, parfois un particulier ; art. 232 TCE) ;
- des comportements des Etats (recours en manquement qui peut être introduit par la Commission ou par un Etat membre ; art. 226 à 228 TCE).

De plus, le mécanisme du recours préjudiciel (art. 234 CE) permet à la Cour de Justice de se prononcer sur une question d'interprétation du Traité ou d'actes des institutions soulevée dans une affaire pendante devant une juridiction nationale, lorsque cette juridiction décide de la saisir.

La nouvelle Constitution européenne consacre et précise encore ce système.

En outre, à son art. I-6, elle consacre formellement l'existence d'une personnalité juridique pour l'UE (et non plus seulement pour la CE).

b. Les sources du droit communautaire

- i. Le droit originaire : ce sont les traités (CECA qui est arrivé à échéance ; Euratom [CEE] ; CEE devenu CE ; AUE ; TUE ; tels que modifiés par les traités d'Amsterdam et de Nice). Ces traités seront remplacés par un unique traité constitutionnel si la Constitution entre en vigueur.
- ii. Le droit dérivé : c'est le droit élaboré par les organes de la Communauté, soit essentiellement :
  - Les règlements qui sont l'expression de la règle juridique à l'échelon de la Communauté.
  - Les directives qui sont une sorte de loi cadre : Les Etats doivent retranscrire (« *transposer* ») la directive dans leur propre droit national, mais restent libres quant à la forme et au moyen à choisir pour atteindre le résultat fixé par la directive.
  - Les décisions rendues par les institutions communautaires au sens de l'art. 249 TCE (*Beschlüsse*) ; à ne pas confondre avec les décisions individuelles, rendues notamment par la Commission (*Entscheidungen*).

Les recommandations et les avis sont aussi des actes des institutions communautaires, mais ne lient en principe pas (art. 249 al. 5 TCE)

Attention :

La Constitution européenne change la désignation des actes juridiques de l'Union européenne (art. I-32 ss) :

Ainsi, les traités seront désormais remplacés par le «Traité constitutionnel», les règlements seront appelés «lois européennes» et les directives «lois-cadre européennes». Le règlement européen est un acte non législatif de portée générale pour la mise en œuvre des actes législatifs et de certaines dispositions spécifiques de la Constitution. La décision européenne est un acte non législatif obligatoire dans tous ses éléments. Enfin, les recommandations et les avis adoptés par les institutions n'ont pas d'effet contraignant.

16.5. Les rapports entre le droit communautaire et le droit national

Ces rapports sont caractérisés par trois principes :

- 1° Le principe d'intégration, selon lequel le droit communautaire forme un système juridique autonome intégré dans le droit des Etats membres. En effet, « *la Communauté constitue un nouvel ordre juridique de droit international au profit duquel les Etats ont limité, bien que dans des domaines restreints, leurs droits souverains et dont les sujets sont non seulement les Etats membres mais également leurs ressortissants* » (CJCE, 5 février 1963, Van Gend en Loos, aff. 26/62, Rec. 1). Ainsi, l'ordre juridique communautaire est « *intégré au système juridique des Etats membres lors de l'entrée en vigueur du traité et s'impose à leurs juridictions* ». C'est de ce premier principe que découlent les deux suivants.

- 2° L'application directe du droit communautaire, en vertu duquel une transposition n'est pas toujours nécessaire : non seulement le droit communautaire s'insère directement dans le droit interne national (principe d'intégration) au point d'en faire partie intégrante, mais il y jouit aussi de l'aptitude générale à y compléter directement le patrimoine juridiques des particuliers (droits subjectifs et obligations) dans leur rapport avec les particuliers ou dans leurs relations avec l'Etat dont ils relèvent. Bref, c'est le droit pour toute personne de demander au juge (national) de lui appliquer les traités, directives, règlements ou décisions communautaires, et c'est l'obligation pour ce juge de faire usage de ces textes quelle que soit la législation du pays dont il relève. L'application directe peut varier en fonction du type et de la nature de l'acte communautaire invoqué.

- 3° La primauté du droit communautaire : le droit communautaire prime nécessairement le droit national contraire, quelle qu'en soit la nature et la valeur interne. Cela signifie que toutes les autorités nationales (administratives ou judiciaires) sont systématiquement tenues d'écarter le droit national contraire au droit communautaire. En effet, « *issu d'une source autonome, le droit né du traité ne pourrait donc, en raison de sa nature spécifique originale, se voir judiciairement opposer un texte interne quel qu'il soit, sans perdre son caractère communautaire et sans que soit mise en cause la base juridique de la Communauté elle-même* » (CJCE, 15 juillet 1964, Costa c/ ENEL, aff. 6/64, Rec. 1141). Ainsi, la primauté du droit communautaire :
  - est une condition « existentielle » de la CE ;
  - découle de la nature propre spécifique du droit communautaire ;
  - implique que le droit communautaire l'emporte sur l'intégralité des ordres juridiques nationaux ;
  - s'impose non seulement dans les relations entre les Etats membres et les institutions communautaires, mais aussi et surtout dans l'ordre juridique interne des Etats membres, à savoir à leurs autorités administratives et judiciaires.

Ce principe est formellement repris à l'art. I-10 de la Constitution.

16.6. Problèmes particuliers, exercices, jurisprudence

a. Problèmes particuliers

- i. Essayer de comprendre et de définir le rôle du juge national ordinaire (français, italien, grec, ...) dans l'ordre juridique communautaire : ses compétences, sa marge de manœuvre, ses obligations et ses limites.
- ii. Comparer les fonctions (législatives, exécutives, budgétaires, ...) de la Commission, du Conseil de l'Union, du Conseil Européen et du Parlement.

b. Exercices

Monsieur Dell'Uva s'occupe de l'importation de raisin italien en Grèce. Toutefois, certains fruits et légumes importés en Grèce, dont le raisin et les olives, doivent faire l'objet de contrôles phytosanitaires lors du franchissement de la frontière. Il n'y a toutefois de contrôle qu'en cas de franchissement de la frontière grecque.

Monsieur Dell'Uva considère qu'il s'agit d'une obligation inutilement contraignante et contraire aux principes de l'Union européenne.

Les autorités grecques lui répondent :

- qu'en Europe, en Afrique du Nord et au Proche-Orient, il y a maintenant une épidémie de champignons qui attaquent le raisin : heureusement, la Grèce n'est pas encore touchée ;
- que, de toutes façons, le Traité de Rome interdit les restrictions quantitatives à son article 30 ; tandis que, dans le cas d'espèce, les importateurs européens peuvent importer autant de fruits et légumes qu'ils le désirent, pour autant que ces produits soient soumis à un contrôle phytosanitaire à la frontière.

- i. Quels arguments peut leur opposer M. Dell'Uva ?
- ii. Quels moyens devrait utiliser la Grèce pour se protéger d'une épidémie, si réellement il y a une épidémie ?

c. Jurisprudence : cf. Annexes 16

B. LA SUISSE ET SON ECONOMIE DANS LE CONTEXTE INTERNATIONAL

§ 17 LA SUISSE, PARTENAIRE ET MEMBRE DE LA COMMUNAUTE INTERNATIONALE

Textes législatifs : Les accords internationaux et traités auxquels la Suisse est partie sont publiés dans le Recueil Systématique du droit fédéral (RS 0. ...) ; Convention de Vienne du 23 mai 1969 sur le droit des traités (RS 0.111)

Bibliographie : D. THÜRLER, Constitution et droit international public, in Commentaire de la Constitution fédérale de la Confédération suisse, Bâle/Zurich/Berne, 1995, Vol. I; G. MALINVERNI, L'indépendance de la Suisse dans un monde interdépendant, Rapport à la SSJ, Fasc. 1, 1998 ; A. AUER / G. MALINVERNI / MHOTTELIER, Droit constitutionnel suisse, vol. I, Berne 2000 (sp. p. 431 ss) ; B. MERKT, Harmonisation internationale et entraide administrative internationale en droit de la concurrence, Berne/Berlin/Bruxelles/Francfort/New-York/Oxford/Vienne 2000.

17.1 Une lente évolution

Les Constitutions de 1848 et 1874 reflétaient une idée des relations internationales selon laquelle prévalaient la nécessité de garantir l'indépendance contre l'étranger et le besoin de la neutralité comme moyen de préserver cette indépendance.

Au cours des trente dernières années, la perception de l'Etat en droit international public a beaucoup évolué et la Suisse – comme la plupart des autres Etats – s'est progressivement et relativement intégrée dans la communauté internationale, bien que de manière plus lente.

Cette évolution peut être mise en évidence dans le domaine politique et celui du droit économique :

- a. Dans le domaine politique : on constate, dans les relations internationales, la volonté de supplanter l'usage de la force (guerre) par le principe de la légalité (les décisions ne doivent pas être arbitraires mais être fondées sur une règle de droit). De plus, la Communauté internationale s'efforce de reconnaître et de protéger les droits fondamentaux des individus ou de certains groupes d'individus et de minorités.

Pour la Suisse, cette évolution se traduit notamment par quelques dates et étapes clés :

- adhésion de la Suisse au Conseil de l'Europe (1963) et ratification de la Convention européenne des droits de l'homme (1974) ;
- intégration de la Suisse à la CSCE (1975) (Conférence pour la Sécurité et la Coopération en Europe, devenue ensuite OSCE : Organisation pour la sécurité et la coopération en Europe), qui consacre les concepts de démocratie pluraliste et de protection des minorités ;
- adhésion au Pacte de l'ONU relatif aux droits civils et politiques (1992) ;
- adhésion à la Convention de l'ONU contre toute forme de discrimination raciale (1994) ;
- adhésion à la convention du 20 novembre 1989 relative aux droits de l'enfants (1997) ;
- adhésion de la Suisse à l'ONU (2002).

Ainsi se développent, sur le plan international, des prescriptions minimales dans le domaines des droits de l'homme. En Europe, la Cour européenne des droits de l'homme, à Strasbourg, joue depuis un certain temps le rôle de Cour constitutionnelle européenne.

- b. Dans le domaine économique : on s'efforce d'organiser le commerce mondial en transposant à l'échelon international des principes tels que ceux de liberté économique, de non-discrimination, de protection juridictionnelle (cf. la transformation du GATT en OMC).

En conséquence, le droit public national et le droit international public ne peuvent plus se concevoir comme deux systèmes clos : on constate actuellement une interpénétration du droit international public et du droit constitutionnel.

17.2 Les relations entre le droit international et le droit interne

- a. La compétence en matière de traités

En vertu de l'art. 54 Cst., « *les affaires étrangères relèvent de la compétence de la Confédération* ». Cette compétence inclut bien sûr celle de négocier et de ratifier des traités (cf. la compétence du Conseil fédéral : art. 184 Cst). Les compétences cantonales en la matière existent mais sont extrêmement réduites (art. 55 et 56 Cst).

En outre, de par le droit constitutionnel, le peuple suisse participe à la procédure de conclusion des traités. La procédure de référendum introduite en 1921 a été revue et complétée en 1977. Actuellement trois types de référendum sont prévus :

- un référendum facultatif dans les cas prévus à l'art. 141 al. 1 let. d Cst. (art. 89 al. 3 aCst.), soit lorsque le traité est d'une durée indéterminée et n'est pas

- dénonçable, qu'il prévoit l'adhésion à une organisation internationale ou qu'il entraîne une modification unilatérale du droit ;
- un référendum obligatoire du peuple et des cantons pour l'adhésion à des organisations de sécurité collective (OTAN, p. ex.) ou à des communautés supranationales (UE, p. ex.) (art. 140 al. 1 let. B Cst. ; 89 al. 5 aCst.) ;
  - un référendum par décision du Parlement (art. 141 al. 2 Cst. ; 89 al. 4 aCst.).

La Suisse a adhéré aux organisations internationales suivantes :

- Organisation mondiale de la santé (OMS, en 1947) ;
- OECDE, devenue l'Organisation du Commerce et du Développement en Europe (OCDE, en 1948) ;
- Statut de la Cour internationale de justice (CIJ, 1948) ;
- UNESCO (en 1949) ;
- Association européenne de libre-échange (AELE, 1960) ;
- Conseil de l'Europe (en 1963) ; avec la Convention européenne des droits de l'homme (en 1974) ;
- Conférence sur la sécurité et la Coopération en Europe (CSCE, 1975), devenue OSCE (Organisation sur la sécurité et la coopération en Europe) ;
- ONU, le 10 septembre 2002.

(A noter que seul le dernier de ces objets a été soumis au vote du peuple ; avant le vote du printemps 2002, notre pays avait, par contre, refusé d'adhérer à l'ONU, en 1986 déjà ; il a aussi refusé d'adhérer à l'EEE, en 1992).

b Les effets du droit international et son application

i. Le principe de la validité immédiate du droit international public

En Suisse, les règles du droit international public qui ont force obligatoire pour la Suisse, ont un effet immédiat sur le plan interne : cela signifie qu'il n'est pas nécessaire d'en reprendre le contenu dans une loi interne pour qu'elles soient en vigueur (c'est ce qu'on appelle le principe « moniste »). Selon une autre conception, le « dualisme » (de plus en plus rare en Europe), les normes de droit international doivent être reprises dans une loi interne ou déclarées exécutoires par une décision interne expresse.

ii. Le principe de l'application directe

En droit des traités, on distingue :

- 1° Les règles de caractère « non self executing » : ce sont les règles qui définissent un programme, un objectif ou un cadre ; elles s'adressent à l'organe législatif interne qui devra concrétiser ce programme, cet objectif dans une loi, laquelle pourra alors être invoquée par les particuliers.

- 2° Les règles de caractère «self executing» (applicabilité directe) : ce sont les règles qui peuvent être invoquées directement dans un cas d'espèce.

Le caractère «self executing» est déterminé parfois – rarement – dans le traité lui-même, mais le plus souvent c'est le tribunal devant lequel la règle est invoquée qui le constatera. Il s'agit alors d'une question d'interprétation du traité : une règle ne sera qualifiée de «self executing» que si elle est formulée de manière suffisamment claire et précise pour pouvoir s'appliquer à un cas d'espèce, c'est-à-dire constituer le fondement d'une décision concrète.

- c. Le rapport hiérarchique entre le droit international public et le droit interne

L'Etat qui a ratifié un traité ne peut se soustraire à ses obligations en invoquant son droit interne contraire. Le droit international a donc en principe la primauté sur le droit interne (art. 26 et 27 de la Convention de Vienne : « *Pacta sunt servanda* »).

En Suisse, la question est traitée dans la Constitution à l'art. 5 al. 4 (cf. aussi les art. 113 et 114 aCst). Désormais, il est complètement admis en droit suisse, que le droit international prime sur l'ensemble du droit interne suisse antérieur et postérieur, en raison de sa nature même : « *Le principe de primauté du droit international sur le droit interne découle de la nature même de la règle internationale, hiérarchiquement supérieure à toute règle interne, de sorte que l'argument tiré de la lex posterior est inapplicable* » (122 II 485, cons. 3a ; ég. ATF 122 III 414, cons. 3a).

La question de la hiérarchie a également été examinée dans les rapports entre le droit international public et le droit constitutionnel fédéral, notamment lorsque les Chambres fédérales ont examiné la recevabilité d'une initiative populaire au vu des principes reconnus de droit international public. Depuis 1994, les autorités fédérales considèrent que les principes reconnus découlant des traités et du droit international contraignant (« *jus cogens* ») peuvent apporter des limites matérielles au contenu des initiatives constitutionnelles ainsi que des révisions constitutionnelles partielles ou totales (art. 139 al. 3, 193 al. 4 et 194 al. 2 Cst).

17.3 Problèmes particuliers, exercices, jurisprudence

- a. Problèmes particuliers

- i. Comment situer, dans ce contexte, l'Union européenne ? le Conseil de l'Europe ? l'Union de l'Europe occidentale (UEO) ?
- ii. Droit pénal international et droit pénal en Suisse : comparer.

- b. Exercices
- c. Jurisprudence : cf. Annexes 17

§ 18 LA SUISSE ET L'UNION EUROPEENNE : LES ACCORDS BILATERAUX

Textes législatifs : les 7 Accords bilatéraux (FF 1999, p. 5440 à 6398).

Bibliographie : D. FELDER / Ch. KADDOUS, Accords bilatéraux Suisse-UE (Commentaires), Bâle / Bruxelles 2000 ; site internet : <http://internet.europa.admin.ch>.

18.1. Généralités

Le 21 juin 1999, la Suisse a conclu un accord avec la Communauté européenne et les Etats membres de l'Union européenne sur sept sujets particuliers (« accords sectoriels »). Pour entrer en vigueur, ces accords ont du être ratifiés par la Suisse, par la Communauté européenne et par tous les Etats membres de la Communauté européenne. Cette procédure particulière s'explique par le fait que l'accord sur la libre circulation des personnes porte partiellement sur des compétences détenues par l'UE et partiellement sur des compétences détenues par les Etats membres (cf. le concept d'« *accords mixtes* »).

Ces accords sont, en soit, indépendants les uns des autres, mais ils sont soumis à la règle du « tout ou rien » (« Clause guillotine ») : C'est-à-dire que ces accords devaient tous être acceptés par tous les intéressés pour pouvoir entrer en vigueur. En outre, si un seul est remis ultérieurement en cause, les 6 autres tomberont avec.

La Suisse a ratifié les accords sectoriels bilatéraux le 21 mai 2000. La procédure de ratification par les Etats membres de l'UE a pris plus de temps que prévu initialement. Les sept accords sont entrés en vigueur le 1^{er} juin 2002.

18.2. La nature juridique

a. Du point de vue suisse

Du point de vue suisse, il s'agit de traités internationaux. Ces accords ont été soumis au référendum facultatif en vertu de l'art. 141, al. 1, let. d, ch. 3 de la Constitution. En effet, on a considéré que ces accords entraînaient une « *unification multilatérale du droit* ».

b. Du point de vue de l'UE

Du point de vue de l'Union européenne, il s'agit de traités internationaux un peu particuliers. En effet, pour la plupart des accords, la Communauté européenne avait la compétence pour agir seule, mais pour l'accord sur la libre circulation des personnes, la compétence appartient toujours aux Etats membres de l'UE. Pour tous les accords, les parties contractantes sont la Suisse et la Communauté européenne, mais pour la libre circulation des personnes, les parties contractantes sont la Communauté européenne, la Suisse et tous les Etats membres de l'UE (« accords mixtes »).

L'entrée en vigueur de cet accord dépend donc de sa ratification par tous les Etats membres. Comme les accords bilatéraux sont soumis à la règle du tout ou rien, c'est l'ensemble des accords qui dépendent de la ratification des Etats membres de l'UE.

18.3 Le contenu des accords

Les accords portent sur sept domaines :

- 1° **La coopération scientifique et technologique** : par cet accord, les parties veulent améliorer la coopération dans le domaine de la recherche technique et scientifique. Cet accord devrait faciliter les possibilités de travail en commun et contribuer au partage des coûts.
- 2° **Certains aspects relatifs aux marchés publics** : la Suisse et l'UE sont toutes deux parties à l'accord de Marrakech conclu dans le cadre de l'OMC. Par un accord bilatéral, les parties veulent faciliter la participation des entreprises d'une des parties aux marchés publics de l'autre partie.
- 3° **La reconnaissance mutuelle en matière d'évaluation de la conformité** : cet accord va diminuer les obstacles techniques au commerce dans les échanges de produits industriels entre la Suisse et l'UE. Les examens de la conformité aux normes nationales ou communautaires coûteux qui étaient effectués à double pourront désormais être évités, dans la plupart des cas.
- 4° **Les échanges de produits agricoles** : le but est d'améliorer les possibilités d'importation et d'exportation de produits agricoles entre la Suisse et l'UE. Cet accord a donc pour objet de supprimer les barrières tarifaires et non tarifaires entravant l'échange de produits agricoles (voir l'imposante annexe des produits concernés).
- 5° **Le transport aérien** : le but de cet accord est, d'une part, d'harmoniser les règles sur le transport aérien et, d'autre part, d'étendre le ciel européen très libéralisé au-dessus de la Suisse. Cet accord est le seul accord dit « d'intégration » : cela signifie que le résultat est le même que si la Suisse avait adhéré à l'UE, mais pour le seul domaine du transport aérien.
- 6° **Le transport de marchandises et de voyageurs par rail et par route** : cet accord vise, d'une part, à libéraliser l'accès des parties contractantes à leur marché des transports routier et ferroviaire des marchandises et des voyageurs

et, d'autre part, à déterminer les modalités d'une politique coordonnée des transports.

- 7° **La libre circulation des personnes** : l'objectif de cet accord est d'accorder aux citoyens européens et aux ressortissants suisses un droit d'entrée et de séjour sur les territoires des parties contractantes, que ce soit pour y exercer une activité lucrative dépendante ou indépendante, ou encore sans y exercer une activité lucrative, sous certaines conditions. Au terme de la période transitoire obtenue par la Suisse, la libre circulation des personnes entre la Suisse et les Etats membres de l'UE devrait être pratiquement aussi étendue que celle prévalant entre les Etats membres eux-mêmes.

Avec l'élargissement de l'UE, les sept accords doivent en principe être étendus et déployés leurs effets pour l'ensemble des 10 nouveaux Etats membres de l'UE. Des discussions et négociations sont en cours entre la Suisse et l'UE portant sur d'éventuels périodes transitoires.

18.4. L'application

a. Le comité mixte

Pour chaque accord bilatéral, un « comité mixte » est créé. Comme son nom l'indique, ce comité est composé des représentants des deux parties. Il est chargé de la gestion et du contrôle de la bonne application des accords bilatéraux. Il ne s'agit donc pas d'une autorité de recours auquel les particuliers pourraient s'adresser.

Le comité mixte a trois tâches : (1) il doit formuler des recommandations en vue de l'application optimale des accords bilatéraux ; (2) il doit prendre des décisions dans les cas où les traités le prévoient ; (3) et, enfin, il doit essayer de trouver des moyens de remédier aux difficultés qui pourraient survenir dans l'application des accords.

b. L'effet direct

Nous avons vu que les règles d'un traité étaient soit « *non self executing* », soit « *self executing* ». Dans le premier cas, la règle s'adresse à l'autorité législative interne qui devra concrétiser la règle du traité. Dans le second cas, la règle sera directement utilisable par les particuliers : ils pourront l'invoquer devant les tribunaux comme si c'était du droit interne. Pour savoir à quelle catégorie une règle appartient, il faut interpréter son texte.

Dans l'application des accords bilatéraux, il sera important de voir quels articles seront d'effet direct et conféreront donc directement des droits aux particuliers. On

peut déjà partir de l'idée, au vu du texte des accords, qu'un certain nombre de leurs dispositions devrait se voir reconnaître la qualité d'applicabilité directe.

18.5 L'effet des accords sur l'ordre juridique interne

a. La primauté

Comme nous l'avons vu, un Etat qui a ratifié un traité international ne peut invoquer le fait que son droit interne ne soit pas compatible pour invalider le traité. Le droit international prime donc le droit national antérieur et postérieur.

Par exemple, il y a un conflit potentiel entre l'accord bilatéral sur le transport terrestre et l'art. 84 al. 2 Cst. En effet, l'art. 84 al.2 Cst prévoit que le trafic de marchandises sur les axes alpins s'effectue par rail et que seules certaines exceptions sont admises. L'accord sur les transports terrestres prévoit au contraire une certaine libéralisation des transports de marchandises par la route. Même si l'art. 84 al. 2 Cst est une règle de rang constitutionnel (antérieure à la conclusion de l'accord bilatéral), la Suisse ne pourra pas s'en prévaloir pour violer l'accord.

b. L'harmonisation du droit suisse

En vue de l'application des accords bilatéraux, la Suisse a dû harmoniser sa législation avec le droit communautaire. Elle a dû rendre plusieurs dispositions légales compatibles avec l'ordre juridique communautaire. L'adaptation a déjà été faite pour de nombreuses lois comme la loi sur la circulation routière, la loi sur le séjour et l'établissement des étrangers, etc. Certains détails restent encore à adapter.

Cette harmonisation est nécessaire pour éviter que des lois suisses soient incompatibles avec les accords bilatéraux. Par exemple, dans la loi sur le séjour et l'établissement des étrangers, il a fallu ajouter une clause prévoyant que cette loi ne s'applique que si l'accord bilatéral sur la libre circulation des personnes n'en dispose pas autrement. Si cette loi n'avait pas été modifiée, il y aurait eu une incompatibilité.

18.6 Les négociations bilatérales II

En juin 2001, la Suisse et l'UE ont décidé d'ouvrir de nouvelles négociations bilatérales (« Négociations bilatérales II ») au sujet de dix nouveaux domaines (ou thèmes).

Parmi ces dix domaines, les sept premiers sont les « reliquats » (« *Left overs* ») du premier cycle de négociations, qui n'ont pas pu être traités dans le premier paquet d'accords, mais pour lesquels la Suisse et l'UE se sont engagées, à la conclusion des premiers accords à entamer des négociations. Il s'agit :

- Des **services** : les 4 grandes libertés de circulation (marchandises, personnes, services et capitaux) forment un tout dans le cadre de l'établissement d'un marché intérieur européen ; or, la libéralisation des services prévue par les premiers accords restent très limitée, il convient donc de la généraliser ;
NB : Finalement, ce domaine a été écarté des négociations en cours, notamment parce qu'il posait des problèmes de respect des compétences

cantonales en Suisse (fédéralisme). La Suisse et l'UE ont donc décidé, en mars 2003, de poursuivre les négociations indépendamment des bilatérales II, en vue d'une conclusion ultérieure.

- De l'imposition des **pensions des fonctionnaires retraités de la CE** vivant en Suisse ; actuellement, les pensions de ces personnes sont doublement imposées, puisque imposées une première fois à la source par l'UE, puis imposées une seconde fois par la Suisse comme revenu, il s'agit de supprimer ce problème.
- Des **produits agricoles transformés** : ces produits (biscuits, chocolat, soupes, sauces, pâtes, café soluble, ...) sont actuellement couverts par le Protocole 2 des très anciens accords de libre-échange Suisse-CEE de 1972 (ALE 1972) ; il s'agit de mettre à jour et d'élargir la couverture de ces accords et de revoir les mécanismes de compensation des prix à la frontière ;
- De **l'environnement** : l'objectif est de faire participer la Suisse à l'Agence européenne pour l'environnement (AEE), qui a pour mission de fournir des données comparatives objectives sur l'état de l'environnement dans les pays européens, afin de procurer une base scientifique aux nouvelles réglementations de l'UE ;
- De la **statistique** : l'objectif est de permettre une harmonisation totale des statistiques de la Suisse avec celle de l'UE (EUROSTAT) ; la transmission, la comparaison et la publication des données statistiques est fondamentale tant pour la gestion de l'UE que pour celle de la Suisse ;
- De **l'éducation, de la formation professionnelle et de la jeunesse** : l'UE promet la mobilité aux étudiants, aux personnes en formation et aux jeunes en général, grâce à ses programmes communautaires (SOCRATES, LEONARDO DA VINCI, JEUNESSE, ...) au plus tôt dès 2007 ; plus de 30 pays sont concernés ; la Suisse souhaite y participer pleinement et définitivement au moins dès cette date ;
- Des **médias** : la Suisse est exclue du programme européen MEDIA (ouvert aux Etats membres de l'UE, de l'EEE et aux Etats candidats à l'UE), destiné à promouvoir la production et la diffusion de films et programmes européens depuis le rejet de l'EEE en 1992 ; la Suisse souhaite y participer de manière pleine et entière.

Les trois autres domaines de négociations ont été proposés par l'UE :

- la **lutte contre la fraude**, qui concerne notamment la contrebande de cigarettes, la contrebande organisée en général et tout autre comportement délictueux en relation avec le trafic international de marchandises ;
- la **fiscalité de l'épargne**, au sujet de laquelle subsistent encore de graves divergences entre l'UE et la Suisse (secret bancaire, échange automatique d'informations entre autorités fiscales, ...)

et par la Suisse :

- la **coopération dans les domaines de la justice, de la police, de l'asile et de l'immigration** (« Espace Schengen », « Convention de Dublin sur le pays de premier asile » ; « EUROPOL ») : l'objectif est de mieux lutter contre

l'accroissement de la criminalité organisée, le tourisme à but criminel et la professionnalisation des activités délictueuses en bandes, en permettant à la Suisse de participer à la coopération européenne développée sur la base des instruments de l'UE précités. Mais la Suisse demandait aussi que les intérêts de la place financière, et notamment le secret bancaire, soient sauvegardés.

Le 19 mai 2004, les 9 Accords bilatéraux II (8 accords internationaux et 1 déclaration d'intention sous forme de lettres pour l'éducation, la formation professionnelle et la jeunesse) ont abouti et ont été conclus. Le Conseil fédéral a préparé un Message d'accompagnement à l'attention du Parlement et les lui a soumis en automne 2004.

18.7 Problèmes particuliers, exercices, jurisprudence

- a. Problèmes particuliers

- b. Exercices

- c. Jurisprudence : cf. Annexes 18

§ 19 LA SUISSE ET L'AELE (POUR MEMOIRE)

Textes législatifs : Convention de Stockholm et Convention (révisée) de Vaduz

Bibliographie : O. JACOT-GUILLARMOD (éd.), L'avenir du libre-échange en Europe : vers un Espace économique européen ?, Zurich, 1990 ; site internet : <http://www.efta.int/>

19.1. Généralités

L'Association européenne de libre-échange (AELE ; European Free Trade Association ; EFTA) a été fondée en 1960 par sept pays (Convention de Stockholm) : Autriche, Danemark, Norvège, Suède, Suisse et Royaume-Uni. Les ont rejoint la Finlande, en 1961, l'Islande, en 1970 et le Liechtenstein, en 1991. En 1973, le Royaume-Uni et le Danemark ont quitté l'AELE pour rejoindre la CE. Ils furent suivi par le Portugal en 1986, ainsi que par l'Autriche, la Finlande et la Suède en 1995. Actuellement, les membres de l'AELE sont l'Islande, le Liechtenstein, la Norvège et la Suisse. A noter que, des quatre, seule la Suisse n'est pas membre de l'EEE.

En 2001, la Convention originale a été révisée par les quatre membres actuels, de manière à y inclure de nombreux principes et de nombreuses règles désormais en vigueur entre les Etats ayant conclu l'Accord EEE ainsi qu'entre la Suisse et l'UE (Accords bilatéraux I). On parle désormais de la Convention de Vaduz du 21 juin 2001, entrée en vigueur le 1^{er} juin 2002, en même temps que les Accords bilatéraux I.

A l'origine, ses objectifs (art. 2 Convention de Stockholm) étaient de favoriser la croissance, la prospérité économique, le plein emploi, la stabilité financière, l'amélioration continue du niveau de vie et l'exploitation rationnelle des ressources au sein de ses membres, ainsi que de promouvoir une coopération économique plus étroite entre les Etats de l'Europe de l'ouest. En outre, ses Etats membres souhaitaient contribuer à l'expansion mondiale du commerce.

Le premier but de l'AELE a donc été de créer un cadre juridique destiné à promouvoir la libéralisation du commerce des biens entre ses membres. Mais l'AELE a par la suite aussi été considérée comme une manière de contrebalancer le développement (plus politique) de la CEE (CE/UE). En cela, l'AELE peut être considérée comme un échec, si l'on considère le développement de la CE par rapport à celui de l'AELE. Les relations avec la CE ont du reste été au centre des préoccupations et des activités de l'AELE depuis le début, et ont abouti à l'adoption et l'entrée en vigueur de l'Accord EEE en 1994 (sauf pour la Suisse). L'AELE a également pour objectif de favoriser et de développer les accords de commerce avec des Etats tiers ou des organisations d'Etats tierces, notamment avec les pays d'Europe centrale et orientale et les pays méditerranéens. Plus récemment, l'AELE a passé des accords de libéralisation du commerce avec des pays d'outre-Atlantique et des pays d'Asie.

19.2. Le contenu des accords AELE (en bref)

a. La Convention de Stockholm de 1960 (pour mémoire)

Les accords AELE établissaient notamment les moyens juridiques et institutionnels propres à réaliser les objectifs de l'Association. A côté des accords de type purement douanier, on trouvait également des dispositions conventionnelles facilitant les échanges d'un point de vue technique ainsi que des dispositions établissant un cadre institutionnel aux accords.

On distinguait principalement (mais pas seulement) quatre types de règles :

i. Les règles d'origine

Il s'agissait des règles définissant ce qu'il faut entendre par produits originaires de la zone AELE, autrement dit originaires d'un des Etats membres de l'Association, et pouvant par conséquent circuler et être commercialisés sous le régime des accords au sein de la zone de libre-échange.

Depuis sa création, l'AELE avait connu deux systèmes de règles d'origine : les règles dites AELE avant 1973, puis les règles dites ALE (Accords de libre-échange de 1972, passés avec la CEE), de type bilatéral, après cette date.

ii. Les règles de concurrence

La Convention de Stockholm contenait des règles destinées à assurer aux échanges entre Etats membres des conditions de concurrence équitables, qui visaient aussi bien les pratiques gouvernementales que les comportements des entreprises privées ou publiques susceptibles de fausser la concurrence : aides gouvernementales (art. 13 AELE), achats publics (art. 14 AELE), pratiques commerciales restrictives (art. 15 AELE), dumping (art. 17 AELE), etc.

Le but était de garantir que les avantages résultant du libre-échange ne soient pas anéantis par certaines mesures ou certains comportements gouvernementaux ou privés.

iii. Le régime (cadre juridique) du libre-échange (à proprement parler)

Les accords contenaient bien sûr des dispositions traitant des obstacles tarifaires et des obstacles non tarifaires (notamment les obstacles quantitatifs, administratifs et techniques) aux échanges au sein de la zone de libre-échange.

iv. Les règles établissant des structures institutionnelles et des structures de règlement des différends

1° Selon la Convention de Stockholm

La Convention de Stockholm établit un seul organe décisionnel, dont elle définit les pouvoirs de manière exhaustive et qui agit selon le principe de l'unanimité : le Conseil.

En cas de différend non réglé par les Etats membres eux-mêmes et de violation avérée des obligations conventionnelles, le Conseil peut décider (à la majorité cette fois) de prendre des sanctions, qui consistent dans l'autorisation de suspendre, à l'égard de l'Etat membre fautif, l'application des obligations conventionnelles dans la mesure que le Conseil juge appropriée.

2° Selon l'Accord EEE

Avec l'entrée en vigueur de l'Accord EEE en 1994, une nouvelle institution a vu le jour, l'Autorité de surveillance AELE, basée à Bruxelles, qui a pour mission de garantir que l'Islande, le Liechtenstein et la Norvège, ainsi que leurs entreprises respectent les obligations découlant de l'Accord EEE. Elle dispose de pouvoirs d'investigations.

A également été instituée une Cour AELE à laquelle sont soumis les trois Etats membres précités.

b. La Convention révisée de Vaduz du 21 juin 2001

La nouvelle Convention intègre dans les accords AELE les principes et règles en vigueur dans l'Accord EEE et celles en vigueur dans les Accords bilatéraux I. Le but est de faire en sorte que tous les Etats membres de l'AELE bénéficient les uns à l'égard des autres des mêmes avantages et régimes que ceux dont ils bénéficient à l'égard de l'UE.

En gros, cela revient à reprendre purement et simplement le contenu de l'EEE et des Accords bilatéraux, soit une grande partie du droit communautaire, entre les Etats membres de l'AELE.

Les principaux domaines de réglementation inclus dans la Convention révisée sont :

- la reconnaissance mutuelle de certificats de conformité ;
- la protection des droits de la propriété intellectuelle ;
- la libre circulation des personnes, la sécurité sociale et la reconnaissance des diplômes ;
- les investissements et les services ;
- les transports routiers, par rail et par air ;
- les marchés publics ;
- l'agriculture.

19.3. Problèmes particuliers, exercices, jurisprudence

a. Problèmes particuliers

b. Exercices

c. Jurisprudence : cf. Annexes 19

§ 20 LA SUISSE ET L'OMC (BREF SURVOL)

Textes législatifs : - -

Bibliographie : site internet: <http://www.wto.org>

20.1 L'Accord GATT

En 1947, à la suite du conflit mondial, alors qu'il était nécessaire de remettre en marche les relations économiques internationales, près de 130 pays ont signé un accord commercial visant la réduction d'abord, puis la suppression des droits de douane (GATT = *General Agreement on Tariffs and Trade*).

Dans le but d'éliminer les droits de douane, l'accord prévoyait plusieurs principes :

- le principe de la clause de la nation la plus favorisée (art. 1^{er}) ;
- la possibilité d'instaurer des droits anti-dumping (art. II, 2) ;
- le but de l'élimination générale des restrictions quantitatives.

A l'heure actuelle, l'OMC compte 147 Etats membres, dont la Suisse.

20.2. L'accord OMC de Marrakech

L'accord original a constamment fait l'objet de négociations dans le but d'en étendre la portée. Lors de la dernière modification apportée à Marrakech, au Maroc, en 1994, les domaines suivants ont été ajoutés :

- l'agriculture ;
- les obstacles techniques au commerce ;
- les règles d'origine.

Jusqu'en 1994, le suivi des dossiers du GATT était assuré par le Secrétariat général, dont le siège était à Genève. A Marrakech, les Etats signataires du GATT décidèrent la création d'une véritable organisation internationale permanente, dotée de la personnalité juridique, avec siège à Genève : l'Organisation Mondiale du Commerce (OMC ; en anglais, «*World Trade Organisation, WTO*»), entrée en vigueur le 1^{er} janvier 1995. L'OMC compte actuellement 144 Etats membres (au 1^{er} janvier 2002) (cf. <http://www.wto.org/>).

Les organes de l'OMC sont :

- une Conférence ministérielle qui se réunit tous les deux ans ;
- un Conseil général ;
- un Conseil du commerce des marchandises ;
- un Conseil du commerce des services ;
- un Conseil des aspects des droits de propriété intellectuelle ;

- un Secrétariat dirigé par un Directeur général (actuellement : M. Supachai Panitchpakdi).

De plus, dans le cadre de l'OMC, les Etats signataires ont mis sur pied :

- des structures de règlement des différends : jusqu'en 1995, les conflits relatifs au non-respect des accords ne pouvaient être réglés que par l'ensemble des Etats signataires ; actuellement, les conflits sont soumis à un Organe de règlement des différends, dont les décisions peuvent être portées devant un Organe d'appel.
- des mécanismes d'examen des politiques commerciales des Etats signataires.

Actuellement, des négociations sont en cours, appelées «Programme de Doha ». Parmi ces négociations figurent notamment celles qui ont trait à l'agriculture et aux services, qui ont commencé au début de 2000. Un certain nombre de questions y ont par ailleurs été ajoutées. Après un premier échec partiel lors de la 5^e Conférence ministérielle de Cancun, au Mexique, en 2003, les 147 gouvernements membres de l'OMC ont approuvé, le 31 juillet 2004, un ensemble d'accords cadres et autres accords, propres à améliorer grandement les chances des Membres de mener à bien les négociations de Doha.

20.3. Les Accords GATS et TRIPs et l'Accord sur les marchés publics

Alors que le GATT se rapporte aux échanges de marchandises, les Etats signataires ont jugé nécessaire, lors de la dernière révision à Marrakech, d'étendre les principes du GATT à d'autres activités telles que les services et les droits de la propriété intellectuelle. Ont alors été adoptés deux nouveaux accords :

- GATS : accord général sur le commerce des services;
- TRIPs : accord général sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce.

De plus, un nombre plus restreint de pays ont signé un autre accord : l'AMP, l'accord sur les marchés publics.

20.4. Problèmes particuliers, exercices, jurisprudence

a. Problèmes particuliers

b. Exercices

Une entreprise peut-elle faire valoir des droits selon les règles de l'OMC ?

c. Jurisprudence : cf. Annexes 20