

Christine Kaufmann
Professeur de droit public, international et européen
à l'Université de Zurich
Rämistr. 74/5
8001 Zurich

**Conséquences possibles de l'initiative fédérale
suisse « Le droit suisse au lieu de juges étrangers
(initiative pour l'autodétermination) » sur des traités
internationaux pertinents pour l'économie**

Avis de droit réalisé à la demande d'économiesuisse

par

Professeur Christine Kaufmann

SOMMAIRE

Liste des abréviations	IV
I. Mandat	1
II. Objet de l'initiative	1
1. Contenu	1
1.1. Hiérarchie des normes modifiée	3
1.2. Contradictions entre droit international et Constitution fédérale	4
1.3. Effet rétroactif généralisé	5
1.4. Bilan intermédiaire	5
2. Interventions en suspens sur le rapport entre droit national et international	6
2.1. Motion Caroni (15.3557)	6
2.2. Initiative parlementaire Vogt (16.440)	7
2.3. Motion Reimann (16.3239)	7
2.4. Compétence de conclure seul des traités internationaux standards	8
2.5. Initiative parlementaire de la Commission des institutions politiques du Conseil des États (16.456)	8
III. Conséquences possibles de l'initiative pour l'autodétermination sur les traités internationaux à caractère économique	9
1. Accords dans le cadre de l'Organisation mondiale du commerce	9
1.1. Accords multilatéraux de l'OMC (« paquet »)	9
1.2. Accords commerciaux plurilatéraux	10
1.3. Conséquences possibles d'une acceptation de l'initiative pour l'autodétermination dans le cadre de l'OMC	12
2. Accord sur la protection des investissements entre la Suisse et les Émirats arabes unis	14
2.1. Accord bilatéral sur la protection des investissements	14
2.2. Accord sur la protection des investissements entre la Suisse et les Émirats arabes unis	15
2.3. Répercussions possibles de l'acceptation de l'initiative pour l'autodétermination	15
2.4. Interventions parlementaires et initiatives en cours susceptibles d'influencer les API ..	16
2.4.1. Postulat Recordon (15.3877)	16
2.4.2. Initiatives populaires pendantes	17
2.5. Conclusion intermédiaire	18
3. Accord de libre-échange entre la Suisse et la République populaire de Chine	18
3.1. Accord de libre-échange	18
3.2. Accord de libre-échange entre la Suisse et la République populaire de Chine	19
3.3. Effets possibles d'une acceptation de l'initiative pour l'autodétermination	21
3.4. Conflits potentiels avec des initiatives en cours	23
3.5. Conclusion intermédiaire	23
4. Convention de Paris pour la protection de la propriété industrielle	24
4.1. Protection de droit international de la propriété intellectuelle	24
4.2. Convention d'Union de Paris (CUP)	24
4.3. Champ d'application	25
4.4. Répercussions possibles d'une acceptation de l'initiative pour l'autodétermination	26
4.5. Conclusions intermédiaires	26

5.	Révisions du système harmonisé / liste LIX	27
5.1.	Convention sur le Système harmonisé / liste LIX.....	27
5.2.	Champ d'application	27
5.3.	Le Système harmonisé et l'OMC : liste LIX-Suisse-Liechtenstein	28
5.4.	Règles relatives au règlement des différends	29
5.5.	Effets potentiels d'une acceptation de l'initiative pour l'autodétermination	29
5.6.	Bilan intermédiaire.....	30
6.	Relation entre la CEDR et l'économie – Aspects choisis	30
IV.	CONCLUSIONS.....	33
1.	Modification de la hiérarchie des normes et subordination des traités internationaux	33
2.	Nouvelle définition des relations entre le droit constitutionnel et le droit international	34
3.	Principe de la rétroactivité.....	34
4.	Conclusions : l'initiative pour l'autodétermination crée une insécurité juridique	35
	Bibliographie et Références	36

LISTE DES ABREVIATIONS

ADPIC	Accord sur les aspects des droits de la propriété intellectuelle qui touchent au commerce, annexe 1B à l'Accord instituant l'Organisation mondiale du commerce du 15 avril 1994, entré en vigueur pour la Suisse le 1 ^{er} juillet 1995 (RS 0.632.20)
AELE	Association européenne de libre-échange, fondée le 1 ^{er} janvier 1960
AFD	Administration fédérale des douanes
AFE	Accord sur la facilitation des échanges
AGCS	Accord général sur le commerce des services, annexe 1B à l'Accord instituant l'Organisation mondiale du commerce du 15 avril 1994, entré en vigueur pour la Suisse le 1 ^{er} juillet 1995 (RS 0.632.20)
al.	Alinéa
ALCP	Accord entre la Confédération suisse, d'une part, et la Communauté européenne et ses États membres, d'autre part, sur la libre circulation des personnes du 21 juin 1999, entré en vigueur pour la Suisse le 1 ^{er} juin 2002 (RS 0.142.112.681)
ALE	Accord de libre-échange
ALE-Chine	Accord de libre-échange entre la Confédération suisse et la République populaire de Chine du 6 juillet 2013, entré en vigueur pour la Suisse le 1 ^{er} juillet 2014 (RS 0.946.292.492)
API	Accord de protection des investissements
API CH-EAU	Accord du 3 novembre 1998 entre le Conseil fédéral Suisse et le gouvernement des Émirats arabes unis concernant la promotion et la protection réciproque des investissements, entré en vigueur pour la Suisse le 16 août 1999 (RS 0.975.232.5)
art.	Article
ATF	Arrêts du Tribunal fédéral suisse (Recueil officiel)
ATI	Accord sur les technologies de l'information
BO, N et S	Bulletin officiel de l'Assemblée fédérale
CBE	Convention sur le brevet européen du 5 octobre 1973, révisée à Munich le 29 novembre 2000, entrée en vigueur pour la Suisse le 13 décembre 2007 (RS 0.232.142.2)
CrEDH	Cour européenne des droits de l'homme ; l'acronyme officiel est « CEDH » ; il a été modifié pour éviter la confusion avec l'acronyme de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales
CEDH	Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales du 4 novembre 1950 (RS 0.101)

cf.	Se référer
CIP-E	Commission des institutions politiques du Conseil des États
CIRDI	Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements
ch.	chiffre
chap.	chapitre
CNUDCI	Commission des Nations unies pour le droit commercial international
CSDH	Centre de compétence suisse pour les droits humains
Cst.	Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999 (RS 101)
CUP	Convention de Paris pour la protection de la propriété intellectuelle du 20 mars 1883, révisée la dernière fois à Stockholm le 14 juillet 1967, entrée en vigueur pour la Suisse le 26 avril 1970 (RS 0.232.04)
DFJP	Département fédéral de justice et police
éd.	Édition/éditeur
et al.	Et autres
etc.	Etcetera
FF	Feuille fédérale
AGCS	Accord général sur le commerce des services, annexe 1B à l'Accord instituant l'Organisation mondiale du commerce du 15 avril 1994, entré en vigueur pour la Suisse le 1 ^{er} juillet 1995 (RS 0.632.20)
GATT de 1994	Accord générale sur les tarifs douaniers et le commerce de 1994, annexe 1A.1 à l'Accord instituant l'Organisation mondiale du commerce du 15 avril 1994, entré en vigueur pour la Suisse le 1 ^{er} juillet 1995 (RS 0.632.20)
GPA	Accord sur les marchés publics (Agreement on Government Procurement), entré en vigueur pour la Suisse le 1 ^{er} janvier 1996 (RS 0.632.231.422)
ibid.	Ibidem
LCD	Loi fédérale contre la concurrence déloyale du 19 décembre 1986 (RS 241)
let.	Lettre
LEtr	Loi fédérale sur les étrangers du 16 décembre 2005 (RS 142.20)
LOGA	Loi sur l'organisation du gouvernement et de l'administration du 21 mars 1997 (RS 172.010)
LParl	Loi sur l'Assemblée fédérale du 13 décembre 2002 (RS 171.10)

LPM	Loi fédérale sur la protection des marques et des indications de provenance du 28 août 1992 (RS 232.11)
LTaD	Loi sur le tarif douanier du 9 octobre 1986 (RS 632.10)
MRD	Mémorandum d'accord sur les règles et procédures régissant le règlement des différends, annexe 2 de l'Accord instituant l'Organisation mondiale du commerce du 15 avril 1994, entré en vigueur pour la Suisse le 1 ^{er} juillet 1995 (RS 0.632.20)
n°	Numéro
OMC	Organisation mondiale du commerce
OCDE	Organisation pour la coopération et le développement économiques
OMD	Organisation mondiale des douanes
OMPI	Organisation mondiale de la propriété intellectuelle
PCT	Traité de coopération en matière de brevets du 19 juin 1970, entré en vigueur pour la Suisse le 24 janvier 1978 (RS 0.232.141.1)
RP Chine	République populaire de Chine
RS	Recueil systématique du droit fédéral
s./ss.	suivant(e)/suivant(e)s
SECO	Secrétariat d'État à l'économie
SH	Système harmonisé selon la Convention internationale sur le Système harmonisé de désignation et de codification des marchandises du 14 juin 1983, entrée en vigueur pour la Suisse le 1 ^{er} janvier 1988 (RS 0.632.11)
STE	Série des traités du Conseil de l'Europe
UDC	Union démocratique du centre
UE	Union européenne

IMPACT DE L'INITIATIVE POUR L'AUTODÉTÉRMINATION SUR LES TRAITÉS INTERNATIONAUX PERTINENTS POUR L'ÉCONOMIE

I. MANDAT

[1] Avec la mondialisation, le cadre défini par le droit international public aux niveaux bilatéral, régional et mondial devient toujours plus dense. Cela touche tout particulièrement une petite économie de marché ouverte sur le monde comme la Suisse¹. Si l'initiative « Le droit suisse au lieu de juges étrangers (initiative pour l'autodétermination) » devait être acceptée par le peuple et les cantons, il faut se demander comment l'économie sera affectée.

[2] Le présent avis analyse l'impact possible de l'initiative pour l'autodétermination sur les traités internationaux pertinents pour l'économie suisse. À ce jour, la Suisse a signé plus de 5'000 traités internationaux, dont plus de 600 se rapportent à des thèmes économiques². Sur la base de cinq exemples choisis par le mandat, il sera examiné quels effets une acceptation de l'initiative pour l'autodétermination pourrait avoir sur les engagements pris par la Suisse en droit économique international. Conformément au mandat, une attention particulière est donnée à l'impact de l'initiative pour l'autodétermination sur la sécurité du droit, cruciale pour les activités internationales des entreprises du secteur privé sises en Suisse. Une évaluation succincte complète l'analyse en abordant des aspects choisis de la protection par la CEDH, qui est essentielle pour l'exercice des activités entrepreneuriales.

II. OBJET DE L'INITIATIVE

1. Contenu

[3] Le 24 février 2015, le Comité « Le droit suisse au lieu de juges étrangers », composé de représentants de l'Union démocratique du centre (UDC), a lancé l'initiative populaire « Le droit suisse au lieu de juges étrangers (initiative pour l'autodétermination) »³. Déposée le 12 août 2016, l'initiative a été déclarée le 6 septembre 2016 comme ayant abouti⁴.

[4] Aspirant à ce que « le droit suisse soit notre source suprême de droit »⁵, l'initiative pour l'autodétermination exige la primauté de la Constitution fédérale sur le droit international non impératif⁶. En cas de conflit entre la Constitution et un traité international, ce dernier devrait dès lors être adapté ou « au besoin » dénoncé. Selon l'avis des initiants, le droit international et les

¹ DELBRÜCK, 11 ss. ; HERDEGEN, 411

² Selon la base de données du DFAE, <<https://www.eda.admin.ch/eda/fr/dfae/politique-exterieure/droit-international-public/traites-internationaux/banque-donnees-traites-internationaux.html>> (consulté le 10.3.2017)

³ FF 2015 1831 ss.

⁴ FF 2016 6871

⁵ Argumentaire en faveur de l'initiative pour l'autodétermination, 4

⁶ Sur les objectifs et le caractère de l'initiative pour l'autodétermination AUER ET AL., ch. 2-9

« juges étrangers » menaceraient l'autodétermination ainsi que l'indépendance de la Suisse et limiteraient ainsi les « droits démocratiques »⁷.

[5] L'initiative exige que la Constitution fédérale soit modifiée et complétée aux art. 5, 56a et 190, et qu'une disposition transitoire soit intégrée à l'art. 197, ch. 12. L'initiative a la teneur suivante :

La Constitution est modifiée comme suit :

Art. 5, al. 1 et 4

¹ Le droit est la base et la limite de l'activité de l'État. La Constitution fédérale est la source suprême du droit de la Confédération suisse.

⁴ La Confédération et les cantons respectent le droit international. La Constitution fédérale est placée au-dessus du droit international et prime sur celui-ci, sous réserve des règles impératives du droit international.

Art. 56a Obligations de droit international

¹ La Confédération et les cantons ne contractent aucune obligation de droit international qui soit en conflit avec la Constitution fédérale.

² En cas de conflit d'obligations, ils veillent à ce que les obligations de droit international soient adaptées aux dispositions constitutionnelles, au besoin en dénonçant les traités internationaux concernés.

³ Les règles impératives du droit international sont réservées.

Art. 190 Droit applicable

Le Tribunal fédéral et les autres autorités sont tenus d'appliquer les lois fédérales et les traités internationaux dont l'arrêté d'approbation a été sujet ou soumis au référendum.

Art. 197, ch. 12

12. Disposition transitoire ad art. 5, al. 1 et 4 (Principes de l'activité de l'État régi par le droit), art. 56a (Obligations de droit international) et art. 190 (Droit applicable)

À compter de leur acceptation par le peuple et les cantons, les art. 5, al. 1 et 4, 56a et 190 s'appliquent à toutes les dispositions actuelles et futures de la Constitution fédérale et à toutes les obligations de droit international actuelles et futures de la Confédération et des cantons.

⁷ <<http://www.udc.ch/campagnes/aperçu/initiative-pour-le28099autodetermination/de-quoi-se28099agit-il/#kampagneSubNav>> (consulté le 27.9.2016)

1.1. Hiérarchie des normes modifiée

[6] Dans un premier temps, l'initiative veut *modifier la hiérarchie des normes*. Cependant, la nouvelle primauté de la Constitution sur le droit international non impératif postulée à l'art. 5, al. 4 Cst. proposé ne peut se rapporter qu'aux rapports nationaux : même en cas d'acceptation de l'initiative, la Suisse resterait – indépendamment du droit national – liée vis-à-vis des autres parties tant qu'elle ne dénonce pas les traités. Ainsi le veulent les règles de la bonne foi du droit international coutumier ainsi que le principe *pacta sunt servanda*, codifiés dans la Convention de Vienne sur le droit des traités⁸. Par conséquent, aucune partie ne peut notamment invoquer les dispositions de son droit interne comme justifiant la non-exécution d'un traité⁹.

[7] À l'inverse du droit en vigueur, statuant à l'art. 190 Cst. que le droit applicable comprend les lois fédérales et le droit international, l'initiative distingue deux catégories de traités internationaux (art. 190 Cst. proposé). Les traités internationaux dont l'arrêté d'approbation a été sujet ou soumis au référendum sont du *droit applicable* pour le Tribunal fédéral et les autres autorités, comme les lois fédérales. Tous les autres traités internationaux doivent, dans l'application du droit, céder aux dispositions contraires figurant dans la Constitution (en vertu de l'art. 5, al. 4 Cst. proposé) ou dans les lois fédérales (en vertu de l'art. 190 Cst. proposé) ; ils ne sont pas du *droit applicable* pour le Tribunal fédéral et les autres autorités¹⁰. Cette dernière catégorie de traités internationaux « subordonnés » comprend en particulier de nombreux accords économiques comme les conventions de protection des investissements et accords de libre-échange qui, contrairement à l'adhésion de la Suisse à l'Organisation mondiale du commerce (OMC) en 1994 (cf. ch. [27]), n'étaient pas soumis au référendum facultatif¹¹.

[8] Le rapport entre l'art. 190 Cst. proposé et l'art. 5, al. 1 et 4 Cst. proposé soulève toutefois des questions. Selon l'art. 190 Cst. proposé, les traités internationaux sujets au référendum sont applicables même s'ils sont contraires au droit constitutionnel. L'objectif formulé à l'art. 5, al. 1 et 4 Cst. proposé de donner la primauté à la Constitution fédérale sur le droit international obligatoire n'est donc pas atteint¹². Une contradiction à laquelle les explications figurant dans l'argumentaire des initiants ne changent rien¹³. Il en résulterait une insécurité juridique que devrait en fin de compte clarifier le Tribunal fédéral.

[9] Le statut privilégié prévu pour les traités internationaux soumis au référendum affecte par ailleurs le rapport entre les *lois fédérales* et le droit international. L'art. 190 Cst. proposé stipule clairement que le Tribunal fédéral et les autres autorités sont tenus d'appliquer la loi fédérale en cas de conflit entre celle-ci et un traité international qui n'est pas soumis au référendum et donc *pas du droit applicable*. On peut se demander si les initiants ont vraiment voulu cette conséquence et la contradiction qui en découle par rapport à l'art. 5, al. 4 Cst. proposé, selon lequel la Confédération et les cantons doivent considérer le droit international dans son ensemble et ne

⁸ Art. 26 de la Convention de Vienne du 23 mai 1969 sur le droit des traités, entrée en vigueur pour la Suisse le 6 juin 1990 (RS 0.111) ; VILLIGER, 363

⁹ Cf. art. 27 de la Convention de Vienne sur le droit des traités

¹⁰ Les initiants ne semblent toutefois pas avoir totalement conscience de cet effet induit par le texte de l'initiative, cf. argumentaire en faveur de l'initiative pour l'autodétermination, 34

¹¹ Message GATT/OMC, FF 1994 IV 1, 410, 412. Le référendum n'a pas été saisi : FF 1995 II 625

¹² Aussi chez AUER ET AL., ch. 17 ss.

¹³ Argumentaire en faveur de l'initiative pour l'autodétermination, 33 s.

faire prévaloir « que » la Constitution¹⁴. Là encore, ce sont sans doute les tribunaux qui auraient le dernier mot.

1.2. Contradictions entre droit international et Constitution fédérale

[10] L'initiative veut, avec l'art. 56a Cst. proposé, lever les *contradictions entre la Constitution fédérale et le droit international*. La pratique actuelle selon laquelle la Confédération et les cantons ne contractent pas d'obligations de droit international contraires à la Constitution est déjà fixée au premier alinéa¹⁵.

[11] L'art. 56A, al. 2 Cst. proposé veut certes clarifier la démarche en cas de contradictions, mais soulève toute une série d'autres questions. D'une part, il n'est pas clair à quel moment cette disposition s'appliquera et qui sera compétent pour constater une contradiction. Les traités en vigueur devront-ils être soumis de manière abstraite à un examen de leur compatibilité avec la Constitution ? Par qui ? Ou l'examen n'est-il prévu qu'en cas d'application concrète ? Y a-t-il seulement contradiction lors d'une différence fondamentale entre un traité international et le droit constitutionnel suisse ou des jugements ou autres développements d'organes (juridictionnels) internationaux suffisent-ils¹⁶ ? D'autre part, les conséquences exigées par l'initiative soulèvent elles aussi des questions. Adapter les obligations de droit international à la Constitution fédérale requiert de (re)négocier avec les partenaires contractuels. « Au besoin », le traité doit être dénoncé. Cette formulation implique-t-elle un automatisme, c'est-à-dire la résiliation obligatoire du traité en cas d'échec des négociations visant à l'adapter ? La question de la procédure pour les traités non dénonçables n'est pas réglée. L'art. 56a Cst. proposé ne clarifie donc pas la situation de droit lors de contradictions entre le droit international et la Constitution fédérale, mais soulève de nouvelles questions et avec elles de l'insécurité juridique.

[12] Enfin, il est pour l'heure impossible de dire quels seront les effets d'une résiliation de traités reposant sur le principe de la réciprocité des droits et des obligations des parties ou faisant partie d'une solution globale.

[13] Les Accords bilatéraux I avec l'Union européenne étaient soumis au référendum. Selon l'art. 190 Cst. proposé, le Tribunal fédéral et les autres autorités seraient donc tenus de les appliquer même après un oui éventuel à l'initiative pour l'autodétermination. On ignore par contre ce qu'il adviendra alors en cas d'introduction, dans la Constitution, d'une nouvelle disposition contraire à l'accord sur la libre circulation des personnes. Si l'art. 56a Cst. proposé devait s'appliquer, ce qui s'imposerait dans la logique de l'initiative pour l'autodétermination, car sinon l'accord sur la libre circulation des personnes anticonstitutionnel resterait applicable contre la volonté du constituant, l'éventuelle résiliation nécessaire de l'accord sur la libre circulation des

¹⁴ Les explications sur le texte de l'initiative contiennent juste des indications sur le rapport droit international – droit constitutionnel. Argumentaire en faveur de l'initiative pour l'autodétermination, 34

¹⁵ EHRENZELLER, St. Galler Kommentar, art. 54, ch. 13 Cst. ; PFISTERER, St. Galler Kommentar, art. 56, ch. 20 Cst.

¹⁶ Selon l'argumentaire en faveur de l'initiative pour l'autodétermination, 24, les initiants *admettent la possibilité* d'une résiliation (du moins au regard de la CEDH) en cas de *conflits répétés et fondamentaux avec le droit constitutionnel suisse*.

personnes entraînerait la révocation des autres accords¹⁷. En conséquence, un retrait de la Suisse de l'accord sur la libre circulation des personnes mettrait un terme aux six autres accords bilatéraux I avec l'Union européenne.

[14] Le tableau est semblable en ce qui concerne l'introduction, dans la Constitution, d'une nouvelle disposition qui serait incompatible avec le droit de l'Organisation mondiale du commerce. La qualité de membre auprès de l'OMC est liée à la ratification d'un ensemble d'accords, dits accords multilatéraux (cf. ch. [26]). S'il fallait, « au besoin », dénoncer l'un de ces accords, la Suisse quitterait en même temps l'OMC (cf. ch. [36] ss.)¹⁸.

1.3. Effet rétroactif généralisé

[15] La troisième préoccupation de l'initiative est un effet rétroactif généralisé des nouvelles dispositions (art. 197, ch. 12 Cst. proposé). Il en résulte que, aussitôt les dispositions de l'initiative pour l'autodétermination entrées en vigueur dans la Constitution, les traités internationaux dont l'arrêté d'approbation n'a pas été soumis au référendum ne seront plus du droit applicable pour le Tribunal fédéral et les autres autorités en cas de conflit avec la Constitution ou des lois fédérales (art. 190 Cst. proposé). En outre, l'obligation postulée à l'art. 56A, al. 2 Cst. proposé d'adapter ou de dénoncer les traités internationaux anticonstitutionnels prendra immédiatement effet. Cette disposition transitoire ajoute une dimension temporelle qui renforcera encore l'insécurité juridique, déjà mentionnée, par rapport au fond.

1.4. Bilan intermédiaire

[16] En résumé, force est de constater qu'au lieu de la clarté voulue dans les rapports entre droit international et national, l'initiative crée de l'insécurité juridique.

[17] La création d'une nouvelle catégorie de traités internationaux contraignants sur le plan du droit international mais *pas applicables* pour le Tribunal fédéral et les autres autorités soulève une série de nouvelles questions qui restent à ce stade sans réponse, bien que l'initiative soit conçue en vue d'être appliquée directement, ce qui permet de renoncer à une législation d'exécution¹⁹. D'abord, l'on constate que la nouvelle catégorie de traités internationaux qui ne sont *pas du droit applicable* à l'art. 190 Cst. proposé – peut-être à l'encontre de la volonté des initiants – concerne le rapport non seulement avec la Constitution, mais aussi avec les lois fédérales qui, elles, restent tout de même contraignantes pour le Tribunal fédéral. Les initiants veulent que le Tribunal fédéral puisse – en cas de conflit entre la CEDH non soumise au référendum et donc *pas applicable* et une loi fédérale – continuer de donner la priorité à la Convention européenne des droits de l'homme, conformément à la pratique dite Schubert²⁰. Cette conception ne

¹⁷ Art. 25, al. 4 en lien avec l'al. 1 ALCP (clause dite guillotine)

¹⁸ Art. XV, al. 1 Accord instituant l'OMC

¹⁹ Argumentaire en faveur de l'initiative pour l'autodétermination, 35

²⁰ Argumentaire en faveur de l'initiative pour l'autodétermination, 35 : *Le fait que la CEDH ne serait plus du « droit applicable » au sens de l'art. 190 Cst. proposé ne signifie pas qu'elle ne serait plus valable ou qu'elle ne devrait plus être appliquée. On ne traite ici que le rapport entre le droit constitutionnel et la CEDH et le premier prime la seconde. En revanche, en cas de conflit entre la CEDH et une loi fédérale, la position adoptée par le Tribunal fédéral reste valable : en principe la CEDH est prioritaire (...).*

va pourtant pas de pair avec le contenu de l'art. 190 Cst. proposé, où les lois fédérales sont expressément déclarées applicables, avec les traités internationaux soumis au référendum. De plus, les arguments avancés au sujet de la CEDH ne peuvent pas être transposés aux traités internationaux pertinents pour l'économie examinés ici.

[18] Si le concept semble de prime abord logique, l'obligation faite lors de conflits entre le droit international non contraignant et la Constitution fédérale de renégocier les traités et, en cas d'échec, de les dénoncer « au besoin » n'aboutit pourtant pas à la solution voulue, mais à une nouvelle insécurité juridique. Qui décide s'il y a *conflit répété et fondamental* avec le droit national et les dispositions constitutionnelles, pouvant mener à la résiliation du traité concerné selon la volonté des initiants²¹ ? Que signifie « au besoin » ? Après un bref aperçu des interventions en suspens sur le rapport entre le droit international et national, l'impact possible d'une acceptation de l'initiative sur les accords économiques sera examiné sur la base de traités choisis par le mandant (chap. III, ch. [26] ss).

2. Interventions en suspens sur le rapport entre droit national et international

[19] À côté de l'initiative pour l'autodétermination, différentes interventions parlementaires traitant du rapport entre le droit national et international ont été déposées. Sont d'intérêt pour le présent avis la motion Caroni « Référendum obligatoire pour les traités internationaux ayant un caractère constitutionnel », l'initiative parlementaire Vogt « Stopper l'inflation normative. Freiner l'internationalisation du droit, la reprise du droit européen et la tendance au 'Swiss finish' », l'initiative parlementaire de la Commission des institutions politiques du Conseil des États « Dénonciation et modification des traités internationaux » ainsi que la motion Reimann « Remplacer le système moniste par un système dualiste ». Il faut également relever une proposition en suspens du Conseil fédéral demandant de lui déléguer, ou à l'Assemblée fédérale, la compétence de conclure seul des traités internationaux standard.

2.1. Motion Caroni (15.3557)

[20] Adoptée par les deux Chambres, la motion de l'ancien conseiller national et désormais conseiller aux États Andrea Caroni charge le Conseil fédéral de soumettre au Parlement une révision de la Constitution qui introduise le référendum obligatoire pour les traités internationaux ayant un caractère constitutionnel. Selon l'entendement de Caroni, les traités *ayant un caractère constitutionnel* sont ceux qui touchent à l'ordre fédéraliste, modifient la structure des autorités ou réglementent les droits fondamentaux²². Si ce concept était appliqué, des traités comme la Convention relative aux droits des personnes handicapées de l'ONU²³ devraient désormais être soumis au référendum obligatoire. La motion veut, comme certains aspects de l'initiative pour l'autodétermination, renforcer les moyens de la démocratie directe lors de la conclusion de traités internationaux. Contrairement à l'initiative pour l'autodétermination, la nouvelle réglementation ne toucherait toutefois pas les traités existants. Il n'est pas clair dans quelle mesure les ac-

²¹ Argumentaire en faveur de l'initiative pour l'autodétermination, 24

²² BO 2015 N 1874 ; BO 2016 E 12-15

²³ Convention du 13 décembre 2006 relative aux droits des personnes handicapées, entrée en vigueur pour la Suisse le 15 mai 2014 (RS 0.109)

cords économiques devraient être qualifiés comme ayant un caractère constitutionnel et seraient donc soumis au référendum.

2.2. Initiative parlementaire Vogt (16.440)

[21] Dans l'initiative parlementaire « Stopper l'inflation normative. Freiner l'internationalisation du droit, la reprise du droit européen et la tendance au 'Swiss finish' », le conseiller national Hans-Ueli Vogt demande de modifier l'art. 141 LParl et la LOGA afin de faire obligation au Conseil fédéral de

« [...] prendre en compte les points suivants s'agissant des projets d'acte portant reprise de dispositions du droit international ou alignement sur le droit international :

1. En ce qui concerne le droit international contraignant pour la Suisse, il fait des propositions qui ne vont pas au-delà des exigences de ce dernier.

2. Il présente les moyens qui permettraient d'atteindre les objectifs visés par le droit international sans reprendre telles quelles les règles que celui-ci établit.

3. En cas de reprise volontaire, il indique notamment : (i) les conséquences qu'entraînerait une non-reprise, (ii) des solutions alternatives à la reprise, et (iii) les moyens qui permettraient d'atteindre les objectifs visés par le droit international sans reprendre pour autant chacune des règles qu'il établit. Il n'y aura de reprise de dispositions du droit international qu'à la condition, notamment, que cela serve l'industrie exportatrice ou facilite l'accès à un marché ; on évitera les incidences sur l'économie domestique.

Les articles 7ss. LOGA sont modifiés de façon à préciser que le Conseil fédéral et toutes les unités des administrations fédérales centrale et décentralisée, y compris les autorités indépendantes, observent les principes précités dans leur activité normative (y compris dans l'élaboration de directives internes). Si des dispositions du droit international sont modifiées après qu'elles ont été reprises par la Suisse, le droit suisse est modifié uniquement s'il en résulte des avantages concrets. Le renvoi dynamique à des dispositions du droit international doit rester l'exception.

L'article 7a LOGA est modifié de façon à préciser que le Conseil fédéral ne peut notamment contracter d'engagements internationaux qui entraînent pour les particuliers ou les entreprises des obligations ou des charges importantes, notamment des coûts élevés liés à l'application du droit, ou des atteintes graves à la liberté économique, ou encore des dépenses publiques substantielles.

[22] L'objet n'a pas encore traité par la Commission des institutions politiques. À noter que l'entendement du droit international exprimé dans l'initiative au sens de lignes directrices que la Suisse n'est pas obligée de suivre avec précision risquerait d'engendrer d'importantes insécurités juridiques et ne serait guère compatible avec le principe *pacta sunt servanda*.

2.3. Motion Reimann (16.3239)

[23] La motion « Remplacer le système moniste par un système dualiste » du conseiller national Lukas Reimann veut charger le Conseil fédéral de proposer le remplacement du système moniste par un système dualiste afin « de renforcer l'autonomie de la Suisse, de réduire sa dépen-

dance à l'égard du droit international et de donner une plus grande légitimité démocratique à l'activité normative ». Elle n'a pas encore été traitée par les Chambres. La motion reprend tel quel le contenu de la motion 14.3221 déposée le 21 mars 2014, que le Conseil fédéral avait proposé de rejeter. L'objet n'avait ensuite pas été traité dans le délai de deux ans et donc été classé sans décision. Dans sa prise de position de 2014, le Conseil fédéral avait noté que le passage d'un ordre juridique moniste à un système dualiste ne toucherait que la question de la validité du droit international en droit national et non son rapport hiérarchique avec le droit national. D'un point de vue juridique, il y a lieu d'entériner cet avis. Un changement de système ne contribuerait pas en soi à résoudre les conflits entre les dispositions du droit international et national. Les expériences d'autres pays avec un système dualiste montrent plutôt que, selon les circonstances, il est plus souvent fait appel aux tribunaux internationaux pour arbitrer des conflits entre droit national et international. Un exemple : les nombreuses plaintes contre le Royaume-Uni déposées devant de la Cour européenne des droits de l'homme (CrEDH) par des citoyennes et citoyens jusqu'à l'incorporation, en l'an 2000, de la CEDH dans l'ordre juridique national et donc applicable devant les tribunaux britanniques.

2.4. Compétence de conclure seul des traités internationaux standards

[24] Fin juin 2016, le Conseil fédéral a proposé de préciser la pratique en vigueur et d'ancrer dans la loi que soit le Conseil fédéral, soit l'Assemblée fédérale reçoit la compétence de conclure seul des traités internationaux standards. Les domaines non couverts par une telle délégation de conclusion seront, selon la volonté du Conseil fédéral, désormais soumis au référendum facultatif²⁴. Le Conseil fédéral réagit ainsi à la critique, exprimée par exemple en lien avec l'accord de libre-échange entre la Suisse et la République populaire de Chine, selon laquelle la pratique actuelle de l'Assemblée fédérale de ne pas soumettre les accords standard au référendum facultatif était anticonstitutionnelle²⁵. Ces traités dits accords standard sont conclus en particulier dans les domaines du droit économique international qui en compte un grand nombre au contenu similaire, dont les conventions de double imposition, les accords de libre-échange ou encore les accords de protection des investissements²⁶.

2.5. Initiative parlementaire de la Commission des institutions politiques du Conseil des États (16.456)

[25] À l'unanimité, la Commission des institutions politiques du Conseil des États (CIP-E) a décidé en août 2016 d'élaborer une réglementation de la répartition des compétences applicable en cas de dénonciation des traités internationaux. Elle réagissait ainsi à la réponse à l'interpellation

²⁴ Conseil fédéral, communiqué de presse du 22.6.2016, Référendum facultatif en matière d'« accords standard », <<https://www.ejpd.admin.ch/ejpd/fr/home/aktuell/news/2016/2016-06-22.html>> (consulté le 30.9.2016)

²⁵ OLIVER DIGGELMANN, Verletzt die Standardabkommen-Praxis der Bundesversammlung die Bundesverfassung? Zentralblatt für Staats- und Gemeindeverwaltung, ZBl 2014, 291 ss.

²⁶ Cf. Évolution de la pratique adoptée par le Conseil fédéral et l'Assemblée fédérale, depuis 2003, en matière de référendum facultatif des traités internationaux, Rapport de l'Office fédéral de la justice du 29.8.2014

Schneider-Schneiter « Protection des droits politiques »²⁷, dans laquelle le Conseil fédéral indiquait avoir la compétence de dénoncer les traités internationaux²⁸. Le CIP-E estime que, par analogie, la conclusion comme la dénonciation d'un traité de droit international doivent être soumises à approbation préalable. Selon la portée du traité, la compétence revient alors au Conseil fédéral, à l'Assemblée fédérale ou au peuple et aux cantons. L'initiative reprend ainsi certaines idées de l'initiative pour l'autodétermination. Dans ses arguments, la CIP-E précise explicitement que des traités internationaux comme la CEDH ou l'accord sur la libre circulation ne sauraient être dénoncés par le seul Conseil fédéral²⁹. La Commission des institutions politiques du Conseil national a adopté l'initiative le 17.11.2016.

III. CONSEQUENCES POSSIBLES DE L'INITIATIVE POUR L'AUTODETERMINATION SUR LES TRAITES INTERNATIONAUX A CARACTERE ECONOMIQUE

1. Accords dans le cadre de l'Organisation mondiale du commerce

1.1. Accords multilatéraux de l'OMC (« paquet »)

[26] L'Organisation mondiale du commerce a pour but de réduire les obstacles au commerce international. Fondé sur le principe de la non-discrimination, le droit qui la régit comprend un ensemble d'accords qui doivent être acceptés par tous les membres de l'OMC. L'adhésion à l'OMC suppose par conséquent la ratification en bloc d'un paquet d'accords dits *multilatéraux*, contraignants pour tous les pays membres (*engagement unique*)³⁰. Les principaux sont l'Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce (GATT de 1994), l'Accord général sur le commerce des services (AGCS), l'Accord sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce (ADPIC) et le Mémoire d'accord sur les règles et procédures régissant le règlement des différends (MRD). D'autres accords multilatéraux, comme l'Accord sur l'agriculture, contiennent des règles commerciales applicables à des secteurs spécifiques³¹. Le

²⁷ Interpellation 14.4249

²⁸ Réponse du Conseil fédéral du 25.2.2015

²⁹ <<https://www.parlament.ch/fr/ratsbetrieb/suche-curia-vista/geschaefte?AffairId=20160456>> (consulté le 13.3.2017)

³⁰ Art. II : 2 de l'Accord instituant l'OMC ; cf. FF 1994 IV 27

³¹ Les Accords commerciaux multilatéraux sont repris dans les annexes 1 et 2 de l'Accord instituant l'OMC (RS 0.632.20). Ce sont l'Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce de 1994, l'Accord sur l'agriculture, l'Accord sur l'application des mesures sanitaires et phytosanitaires, l'Accord sur les textiles et les vêtements, l'Accord sur les obstacles techniques au commerce, l'Accord sur les mesures concernant les investissements et liées au commerce, l'Accord sur la mise en œuvre de l'art. VI de l'Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce de 1994, l'Accord sur la mise en œuvre de l'art. VII de l'Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce de 1994, l'Accord sur l'inspection avant expédition, l'Accord sur les règles d'origine, l'Accord sur les procédures de licences d'importation, l'Accord sur les subventions et les mesures compensatoires, l'Accord sur les sauvegardes, l'Accord général sur le commerce des services (AGCS), l'Accord sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce (ADPIC), le Mémoire d'accord sur les règles et procédures régissant le règlement des diffé-

dernier accord multilatéral en date est l'Accord sur la facilitation des échanges (AFE), adopté lors de la Conférence ministérielle à Bali en 2013³². Il s'agit du premier accord multilatéral adopté depuis l'institution de l'OMC.

[27] L'adhésion de la Suisse à l'OMC a été réglée par deux arrêtés fédéraux : le premier arrêté comprenait l'Accord instituant l'Organisation mondiale du commerce et les accords *multilatéraux* contenus dans les annexes 1, 2 et 3 de l'Accord instituant l'OMC. Ces accords sont contraignants pour tous les membres. En réglant l'adhésion à une organisation internationale, ce « paquet d'engagements » a été soumis au référendum facultatif conformément à l'art. 89, al. 3 de l'ancienne Constitution fédérale³³ ; la demande de référendum n'a cependant pas abouti³⁴. Le nouvel Accord sur la facilitation des échanges (AFE) était lui aussi sujet au référendum facultatif (art. 141, al. 1, let. d, ch. 3, Cst.)³⁵ ; le délai référendaire est arrivé à échéance sans avoir été utilisé³⁶. Le second arrêté fédéral portait sur les accords *plurilatéraux*, soit les accords acceptés par une partie seulement des membres de l'OMC.

1.2. Accords commerciaux plurilatéraux

[28] Au nombre des accords commerciaux plurilatéraux figurent l'Accord sur les marchés publics (AMP)³⁷, l'Accord sur les technologies de l'information (ATI) et l'Accord relatif au commerce des aéronefs civils³⁸. La Suisse a adhéré à ces trois accords.

[29] L'Accord relatif au commerce des aéronefs civils a été conclu en 1979 au terme du cycle de Tokyo qui visait à amender le GATT de 1947. Cet accord, qui a été approuvé par le Parlement³⁹, n'a pas été soumis au référendum facultatif. Lors de l'institution de l'OMC, il a été repris tel quel dans l'annexe 4 de l'Accord instituant l'OMC⁴⁰.

rends (MRD) et, depuis peu, l'Accord sur la facilitation des échanges (AFE), adopté à Bali en 2013. Le mécanisme d'examen des politiques commerciales prévu à l'Annexe 3 doit également être respecté par tous les États membres.

³² Protocole portant amendement de l'Accord de Marrakech instituant l'Organisation mondiale du commerce (Accord sur la facilitation des échanges), message du Conseil fédéral, FF 2015 1361

³³ Message GATT/OMC, FF 1994 IV 1, 410, 412

³⁴ FF 1995 II 625

³⁵ Protocole portant amendement de l'Accord de Marrakech instituant l'Organisation mondiale du commerce (Accord sur la facilitation des échanges), FF 2015 2567

³⁶ L'accord est entré en vigueur le 22 février 2017 après sa ratification par deux tiers des membres de l'OMC.

³⁷ Accord sur les marchés publics (RS 0.632.231.422), entré en vigueur pour la Suisse le 1^{er} janvier 1996

³⁸ Accord relatif au commerce des aéronefs civils (RS 0.632.231.8), entré en vigueur définitivement pour la Suisse le 1^{er} janvier 1985

³⁹ Arrêté fédéral du 12 décembre 1979 approuvant les résultats des négociations multilatérales conduites sous l'égide du GATT (Tokyo-Round), RO 1979 2153

⁴⁰ Message GATT/OMC, FF 1994 IV 1, 341 s.

[30] Les marchés publics avaient eux aussi fait l'objet d'un accord (AMP) lors du cycle de Tokyo. Les résultats avaient été approuvés par le Parlement en 1979⁴¹. Durant les négociations qui ont été menées en vue d'instituer l'OMC, l'AMP a été sensiblement élargi et finalement intégré en tant qu'accord plurilatéral dans l'annexe 4 de l'Accord instituant l'OMC. L'adhésion de la Suisse à ces accords plurilatéraux a été soumise au Parlement dans un second arrêté fédéral qui n'était pas sujet au référendum facultatif⁴².

[31] En 2012, les États membres de l'AMP ont approuvé une révision totale de celui-ci. En février 2017, le Conseil fédéral a adopté un premier message relatif à la révision de l'AMP (2012) et un second message sur les modifications législatives nécessaires en droit interne⁴³. Selon l'art. 141, al. 1, let. d, ch. 3, Cst., l'adhésion à l'AMP révisé de 2012 est sujet au référendum facultatif, car il nécessite de modifier plusieurs lois fédérales ainsi que l'Accord intercantonal sur les marchés publics⁴⁴.

[32] Contrairement à l'AMP et à l'Accord relatif au commerce des aéronefs civils, l'Accord sur les technologies de l'information (ATI) a été adopté après la création de l'OMC lors de la Conférence ministérielle de Singapour de 1996. Il se compose d'une déclaration ministérielle et des modifications y relatives des listes d'engagements des États membres, soit pour la Suisse la liste d'engagements LIX-Suisse-Liechtenstein annexée au GATT (cf. ch. [93] ss. pour les détails)⁴⁵. La modification de cette liste d'engagements a été soumise au Parlement pour approbation, mais n'était pas sujette au référendum facultatif conformément à l'art. 89, al. 3 de l'ancienne Constitution fédérale⁴⁶.

[33] Un nouvel accord sur les technologies de l'information, modifiant les listes d'engagements (ATI II)⁴⁷, a été adopté en 2015. Il est formé de deux déclarations ministérielles. Dans son message, le Conseil fédéral parvient à la conclusion que la modification de la liste d'engagements nécessite une modification de l'annexe à la loi sur le tarif des douanes et qu'elle doit donc être

⁴¹ Message GATT/OMC, FF 1994 IV 1, 342 ss. ; arrêté fédéral du 12 décembre 1979 approuvant les résultats des négociations multilatérales conduites sous l'égide du GATT (Tokyo-Round), RO 1979 2153

⁴² Étaient applicables les critères de l'art. 89, al. 3 de l'ancienne Constitution fédérale : comme la ratification des accords plurilatéraux n'était pas une condition préalable pour adhérer à l'OMC, il ne s'agissait pas d'une adhésion à une organisation internationale. Les accords ont un caractère dénonçable et, selon l'argumentation du Conseil fédéral, n'entraînent aucune unification multilatérale du droit. FF 1994 IV 411 s.

⁴³ Message relatif à l'approbation du protocole portant amendement de l'accord sur les marchés publics de l'OMC (message AMP 2012), FF 2017 1899 ; Message concernant la révision totale de la loi fédérale sur les marchés publics (LMP), FF 2017 [non encore publié dans la Feuille fédérale]

⁴⁴ Message AMP 2012, ch. 6.3 [version provisoire p. 67]

⁴⁵ WT/MIN(96)/16 ; Message concernant la révision partielle de la liste d'engagements de la Suisse notifiée à l'OMC dans le domaine des technologies de l'information, FF 1998 889

⁴⁶ FF 1998 812. L'art. 89, al. 3 de l'ancienne Constitution fédérale soumettait au référendum facultatif les traités internationaux qui : étaient d'une durée indéterminée et n'étaient pas dénonçables (let. a) ; prévoyaient l'adhésion à une organisation internationale (let. b) ; entraînaient une unification multilatérale du droit (let. c).

⁴⁷ Déclaration ministérielle sur l'Expansion du Commerce des Produits des Technologies de l'Information, conclue à Nairobi le 16 décembre 2015 (WT/L/956), FF 2017 993

soumise au référendum facultatif selon l'art. 141, al. 1, let. d, ch. 3, Cst⁴⁸. Si le Parlement suit le Conseil fédéral, la modification de la liste d'engagements serait la première à être soumise au référendum facultatif (cf. ch. [93] ss.).

1.3. Conséquences possibles d'une acceptation de l'initiative pour l'autodétermination dans le cadre de l'OMC

[34] Les conséquences d'une acceptation de l'initiative pour l'autodétermination sur les accords multilatéraux sont à distinguer de celles sur les accords plurilatéraux.

[35] L'Accord instituant l'OMC et les accords multilatéraux avaient été soumis au référendum facultatif. Si l'initiative pour l'autodétermination est acceptée, l'art. 190 Cst. proposé prévoit que le Tribunal fédéral et les autres autorités seraient tenus de les appliquer.

[36] L'initiative ne précise pas comment régler un conflit entre un accord multilatéral de l'OMC et la Constitution fédérale. Cette question pourrait se poser en particulier lors de l'introduction de nouvelles dispositions constitutionnelles contraires au droit de l'OMC. L'initiative « Pour des denrées alimentaires saines et produites dans des conditions équitables et écologiques (initiative pour des aliments équitables) »⁴⁹, actuellement devant le Parlement, en fournit un exemple. L'initiative demande notamment que la Confédération renforce l'offre de denrées alimentaires produites dans des conditions de travail équitables. De l'avis du Conseil fédéral, elle pourrait être en conflit avec divers engagements de droit international, dont l'accord GATT de 1994⁵⁰. La manière de régler ce conflit après l'acceptation de l'initiative pour l'autodétermination n'est cependant pas claire : l'art. 56a, al. 2, Cst. proposé s'applique-t-il dans ce cas, ou est-ce que les accords de l'OMC, désormais en conflit avec le droit constitutionnel, restent applicables selon l'art. 190 Cst. proposé ? Au cas où l'art. 56a, al. 2 Cst. proposé serait applicable, les accords multilatéraux de l'OMC devraient être renégociés, mais cette option n'a guère de chance de succès. Selon l'art. 56a, al. 2 Cst. proposé, il ne resterait plus qu'à dénoncer « au besoin » les traités internationaux concernés.

[37] La dénonciation par un État d'un accord *multilatéral*, Accord sur l'agriculture par exemple, reviendrait à mettre fin à l'Accord instituant l'OMC et, en définitive, à quitter l'OMC⁵¹. Ce cas de figure ne s'est encore jamais présenté jusqu'à présent. Les membres de l'OMC auraient le droit de prendre à l'encontre de cet État des mesures contraires au droit de l'OMC (droits de douane, entraves au commerce). Inversement, cet État ne serait plus lié par le droit de l'OMC.

[38] Un tel scénario pourrait se concrétiser si, après l'acceptation de l'initiative pour l'autodétermination, l'initiative populaire « Pour la souveraineté alimentaire. L'agriculture nous concerne toutes et tous » était acceptée⁵². Les auteurs de l'initiative demandent d'introduire un

⁴⁸ Message portant approbation de la déclaration ministérielle sur l'expansion du commerce des produits des technologies de l'information (ATI II) et des modifications de la liste LIX-Suisse-Liechtenstein dans le domaine des produits des technologies de l'information du 11 janvier 2017, FF 2017 975, 987 s.

⁴⁹ FF 2015 8527

⁵⁰ FF 2016 8151, 8177 ss.

⁵¹ Art. XV, al. 1 de l'Accord instituant l'OMC

⁵² FF 2016 3567

nouvel art. 104c dans la Constitution fédérale pour assurer l'approvisionnement de la Suisse en produits agricoles indigènes. Selon l'appréciation du Conseil fédéral, l'initiative est notamment en conflit avec les engagements pris par la Suisse dans l'Accord sur l'agriculture⁵³. Si l'art. 56a, al. 2 Cst. proposé devait s'appliquer et l'accord être au besoin dénoncé, rien ne l'empêcherait juridiquement. Les conséquences de cette dénonciation devraient cependant aussi être évaluées sous les angles politique et économique. Ce qui est sûr, c'est que les nombreuses questions en suspens liées à une éventuelle application de l'art. 56a, al. 2 Cst. proposé entraîneraient une insécurité juridique considérable.

[39] Contrairement au paquet d'accords multilatéraux de l'OMC, les accords *plurilatéraux* ne sont pas liés à une adhésion à l'OMC. Les accords plurilatéraux qui engagent actuellement la Suisse (commerce des aéronefs civils, marchés publics et technologies de l'information) n'avaient pas été soumis au référendum facultatif. En cas d'acceptation de l'initiative pour l'autodétermination, la Constitution fédérale prévaudrait (art. 5, al. 4 Cst. proposé). En cas de conflit de normes, le Tribunal fédéral et les autres autorités ne seraient pas tenus d'appliquer ces accords (art. 190 Cst. proposé), qui seraient subordonnés tant à la Constitution fédérale qu'aux lois fédérales applicables (art. 190 Cst. proposé), comme il l'a été exposé ci-dessus (cf. ch. [9]). Le Tribunal fédéral et les autres autorités pourraient donc accorder la primauté à la Constitution fédérale en cas de conflit d'obligations. Les trois accords resteraient cependant applicables et continueraient de régir les relations entre la Suisse et les autres États. Si des parties contractantes parvenaient à la conclusion que la Suisse ne respecte pas ses engagements contractuels, elles pourraient déclencher la procédure de règlement des différends de l'OMC, ce que la Suisse n'a encore jamais vécu jusqu'à présent. L'obligation prévue à l'art. 56a, al. 2 Cst. proposé d'adapter ou de renégocier des accords en conflit avec la Constitution fédérale semble peu réaliste dans le contexte complexe de l'OMC. La Suisse n'aurait pas d'autre choix que de les dénoncer « au besoin », une telle dénonciation étant juridiquement possible pour tous les accords plurilatéraux.

[40] Pour les accords révisés sur les marchés publics (2012) et les technologies de l'information (ATI II), actuellement devant le Parlement, la situation est un peu différente, dans la mesure où ces accords devraient être soumis au référendum facultatif et que le Tribunal fédéral et les autres autorités devraient être tenus de les appliquer après leur entrée en vigueur. Mais comme pour les accords multilatéraux, l'initiative pour l'autodétermination ne précise pas comment il faudrait résoudre les conflits avec le droit constitutionnel, en particulier quand les dispositions incriminées sont introduites dans la Constitution fédérale après l'entrée en vigueur des accords.

[41] Pour conclure, force est de constater que l'acceptation de l'initiative pour l'autodétermination soulève une série de questions en ce qui concerne l'adhésion de la Suisse à l'OMC (accords multilatéraux) et les engagements qu'elle a pris dans le cadre des accords plurilatéraux en cas de conflit avec le droit constitutionnel. Étant donné que l'initiative pour l'autodétermination ne répond pas à ces questions, celles-ci devraient, en cas de conflit, être clarifiées par les tribunaux suisses, les organes de règlement des différends de l'OMC, le législateur, des négociations ou des renégociations ou, « au besoin », par la dénonciation de l'accord incriminé. Le point commun de toutes ces variantes est d'être chronophage et source d'incertitudes juridiques pour toutes les parties concernées. La question des répercussions de cette insécurité du droit sur la position de la Suisse dans le système commercial international est une question non pas juridique, mais politique et économique.

⁵³ FF 2017 1501 s.

2. Accord sur la protection des investissements entre la Suisse et les Émirats arabes unis

2.1. Accord bilatéral sur la protection des investissements

[42] La protection transnationale ou multinationale des investissements touche directement l'activité des entreprises. Elle est régie pour l'essentiel par la voie de traités⁵⁴. Les règles de droit international applicables aux investissements constituent dès lors un pilier central du droit international public économique et revêtent une importance pratique considérable, quand bien même les principales règles concernant la promotion et la protection réciproques des investissements sont contenues essentiellement dans des accords bilatéraux, exception faite de standards minimums de portée restreinte consacrés par le droit international public coutumier.

[43] Les accords bilatéraux sur la protection des investissements (API) servent à assurer dans le cadre du droit international une protection des investissements effectués à l'étranger contre des risques non commerciaux et, partant, à les encourager. Le contenu de ces accords porte pour l'essentiel sur trois domaines : premièrement, la définition du périmètre des investissements protégés ; deuxièmement, les standards de droit matériel en matière de protection consistant généralement en des dispositions régissant la protection contre des expropriations illégitimes et sans indemnité ainsi que l'obligation de s'abstenir de toute discrimination des investisseurs étrangers par rapport à d'autres investisseurs, qu'ils soient indigènes (traitement national) ou originaires de pays tiers (clause de la nation la plus favorisée) ; enfin, troisièmement, les API prévoient habituellement un mécanisme de règlement des conflits par voie d'arbitrage lorsque des prétentions sont invoquées⁵⁵.

[44] La Suisse, qui a passé plus de 130 accords sur la protection des investissements, dispose à l'échelle mondiale du troisième plus vaste réseau de traités de ce type⁵⁶. Les API bilatéraux conclus par la Suisse sont calqués sur un modèle d'accord qui a été remanié à de multiples reprises au fil du temps. Celui-ci reposait lui-même sur un projet de Convention de l'OCDE sur la protection des biens étrangers remontant à 1967⁵⁷. À noter aussi que l'approche helvétique des négociations a été revue au cours des années 2012 à 2016 afin, notamment, d'y intégrer avec la cohérence voulue les aspects économiques, sociaux et écologiques du développement durable. L'accord conclu en 2015 avec la Géorgie correspond au nouveau standard⁵⁸. De 1963 à 2004, le Parlement a délégué au Conseil fédéral la compétence de conclure des API bilatéraux de manière autonome ; depuis lors, les accords nouvellement conclus sont soumis à l'Assemblée fédérale pour approbation, d'ordinaire dans le cadre du Rapport annuel sur la politique économique extérieure⁵⁹. À noter cependant qu'ils ne sont généralement pas soumis au référendum. En juin 2016, le Conseil fédéral a annoncé son intention de s'en tenir à cette pratique⁶⁰.

⁵⁴ PETERS, 290

⁵⁵ REINISCH, § 8, CH. 1-8 ; 13 ; OESCH, 1277 ; FF 2006 8023, 8029 s.

⁵⁶ Sur les 131 API bilatéraux conclus par la Suisse, 118 sont actuellement en vigueur, cf. SECO, Rapport du groupe de travail API, 3

⁵⁷ CARONI, 201 s. ; pour un aperçu de la politique suisse en matière d'API, cf. FF 2006 8023, 8031 s.

⁵⁸ Cf. SECO, Rapport du groupe de travail API, 3 ss.

⁵⁹ FF 2006 8023, 8031

⁶⁰ Cf. ch. [24]

2.2. Accord sur la protection des investissements entre la Suisse et les Émirats arabes unis

[45] Le 3 novembre 1998, le Conseil fédéral a conclu avec le gouvernement des Émirats arabes unis un accord concernant la promotion et la protection réciproques des investissements (API CH-EAU)⁶¹. L'accord n'a été soumis ni au référendum ni à l'approbation du Parlement.

[46] Cet API est un accord formulé de manière brève et en des termes très généraux. À l'instar de nombreux autres API bilatéraux conclus par la Suisse, il repose sur la pratique helvétique traditionnelle en matière d'accords internationaux. Aussi consacre-t-il le principe de l'assujettissement des investisseurs au droit du pays hôte. En revanche, ni le corps du texte ni le préambule de l'accord ne contient – comme il en va souvent dans les accords récents – de mentions affirmant la licéité des mesures prises par l'État hôte pour garantir l'intégrité et la stabilité du système financier ou afin d'assurer le développement durable, en particulier dans les domaines de la santé et de la protection de l'environnement. De même, à la différence d'accords conclus de fraîche date, les transactions purement commerciales et la vente de produits et de services d'un pays tiers ne sont pas exclues expressément du concept d'investissement protégé. Enfin, les clauses d'exclusion usuelles figurant dans les API récents portant sur l'arbitraire manifeste ou les traitements abusifs tels la contrainte ou le harcèlement manquent dans l'API CH-EAU.

[47] L'API CH-EAU prévoit en outre que les investisseurs ont la possibilité de soumettre des différends concernant des investissements soit à des tribunaux arbitraux ad hoc conformément aux règles de la CNUDCI soit au Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements (CIRDI) (art. 9 API CH-EAU). Par ailleurs, l'API entre la Suisse et les Émirats arabes unis peut être dénoncé, toutefois sous réserve du respect du délai de résiliation fixé à l'art. 13, al. 1 de l'accord. À noter aussi qu'en cas de dénonciation les dispositions de l'API restent applicables aux investissements effectués avant celle-ci pendant une période supplémentaire de dix ans (cf. art. 13, al. 2 API CH-EAU).

2.3. Répercussions possibles de l'acceptation de l'initiative pour l'autodétermination

[48] À la base, l'accord bilatéral sur la protection des investissements entre la Suisse et les Émirats arabes unis est conforme tant à la Constitution qu'à la loi. Dès lors, les répercussions juridiques directes qu'aurait une acceptation de l'initiative pour l'autodétermination sur cet accord ne sautent pas aux yeux. De même, la mise en œuvre de l'art. 121a Cst. (gestion de l'immigration) ne devrait pas réserver de défis particuliers en ce qui le concerne, ce d'autant que l'API CH-EAU protège uniquement des investissements déjà effectués et non pas l'accès d'investisseurs au marché concerné (art. 2 CH-EAU).

[49] Cependant, compte tenu du caractère relativement ouvert des formulations de l'API CH-EAU, les tribunaux arbitraux disposent d'une marge d'interprétation passablement étendue lors de l'appréciation de plaintes. En plus des coûts de déploiement liés à des *modifications* constitutionnelles et légales intervenues en Suisse (par exemple dans le domaine de la protection de

⁶¹ Accord du 3 novembre 1998 conclu entre le Conseil fédéral suisse et le Gouvernement des Émirats arabes unis concernant la promotion et la protection réciproque des investissements, entré en vigueur pour la Suisse le 16 août 1999 (RS 0.975.232.5)

l'environnement), l'acceptation de l'initiative pour l'autodétermination pourrait engendrer une obligation d'indemnisation à l'égard d'investisseurs provenant des Émirats arabes unis dans la mesure où le droit étatique interne primerait désormais l'API. Cela vaudrait en particulier pour des mesures intra-étatiques prises dans l'intérêt du développement durable – telles celles touchant la protection de l'environnement – étant donné que l'API CH-EAU ne contient aucune clause consacrant une exception à cet égard. En cas d'acceptation de l'initiative pour l'autodétermination, des conclusions similaires seraient à tirer pour une multitude d'accords sur la protection des investissements que la Suisse a conclus par le passé.

[50] La clarté ne règne pas quant à la question de savoir si une obligation d'indemnisation serait à considérer comme une contradiction entre l'API et le droit constitutionnel suisse au sens où l'entend l'art. 56a, al. 2 Cst. proposé, avec pour effet d'obliger à renégocier totalement ou partiellement l'accord, voire, « au besoin », à le dénoncer. Formellement, l'obligation d'indemnisation fait partie intégrante de l'API pour autant que l'absence de contradiction soit susceptible d'être invoquée. Néanmoins, des considérations de fond pourraient inciter à tirer une conclusion inverse dans la mesure où, en définitive, le conflit entre des obligations en matière de développement durable fixées par le droit étatique et la protection des investissements de droit international donnerait naissance à l'obligation d'indemnisation. Dès lors, l'initiative pour l'autodétermination laisse ouverte la question de savoir si, dans un tel cas, l'art. 56a, al. 2 Cst. proposé serait applicable et s'il conviendrait de modifier l'API, de le renégocier, voire de le dénoncer. Dans un domaine tel que celui de la protection des investissements, qui dépend étroitement de conditions-cadre transparentes et prévisibles, une situation de ce genre engendrerait une grave insécurité du droit.

2.4. Interventions parlementaires et initiatives en cours susceptibles d'influencer les API

2.4.1. Postulat Recordon (15.3877)

[51] À l'heure qu'il est, diverses interventions parlementaires visant l'introduction de dispositions en matière de développement durable sont pendantes. Tel est le cas, par exemple, du postulat Recordon intitulé « Commerce de l'or produit en violation des droits humains » (15.3877) qui demande au Conseil fédéral de présenter un rapport dans lequel il convient notamment

« 3. [...] (d') examiner si pourrait être introduite dans la loi une obligation de contrôler que l'or acheté a été extrait dans le respect des droits humains. [...]

» 4. (e) *n cas de réponse négative à l'issue de l'examen ci-dessus, (d')étudier les autres possibilités de contraindre les sociétés de ce secteur à mettre en œuvre le devoir de diligence prévu par les principes directeurs (de l'ONU relatifs aux entreprises et aux droits de l'homme).*

» 5. (d')étudier les moyens de s'assurer, notamment en assujettissant l'ensemble des opérations sur l'or (donc pas seulement les opérations conclues sur de l'or monétaire, mais aussi celles réalisées avec de l'or brut) à la loi sur le blanchiment d'argent, que les sociétés achetant de l'or à l'étranger ne passent que par des partenaires qui ont, eux aussi, acheté cet or en garantissant qu'il a été produit et acquis légalement. »

[52] Le Conseil des États a accepté le postulat conformément à la proposition du Conseil fédéral, lequel a fait part de son intention de l'intégrer dans son rapport sur le plan d'action national pour la mise en œuvre du postulat von Graffenried « Une stratégie Ruggie pour la Suisse » (12.3503)⁶². Si le postulat venait un jour à être appliqué de la manière requise par son auteur, les dispositions légales concernées primeraient l'API CH-EAU au sens où l'entend l'initiative pour l'autodétermination et s'appliqueraient également aux investisseurs des EAU. Comme la mise à exécution de ces nouvelles dispositions légales à l'égard des investisseurs serait liée le cas échéant à des surcoûts, une obligation d'indemnisation incombant à la Suisse pourrait naître en vertu de l'API.

2.4.2. Initiatives populaires pendantes

[53] L'initiative populaire « Pour la sécurité alimentaire » entend assurer l'approvisionnement de la population avec des denrées alimentaires issues d'une production indigène diversifiée et durable. Dans ce but, la Confédération devrait prendre des mesures efficaces notamment contre la perte des terres cultivées et en faveur de la mise en œuvre d'une stratégie de la qualité⁶³. Contrairement à l'avis du Conseil fédéral, le Conseil national a approuvé l'initiative le 9 mars 2016⁶⁴, tandis que le Conseil des États l'a rejetée, formulant en lieu et place un contre-projet direct⁶⁵ que le Conseil national a fait sien en mars 2017⁶⁶. Le retrait de l'initiative est désormais attendu. Dans son message, le Conseil fédéral s'est penché sur la compatibilité de l'initiative avec les règles de l'OMC, les accords bilatéraux avec l'UE et les accords de libre-échange conclus par la Suisse. Il est parvenu à la conclusion que la relation avec les obligations internationales dépendrait très fortement de la transposition faite de l'initiative au niveau législatif. Or, conformément au droit et à la pratique en vigueur, le Conseil fédéral, dans son message, est parti du principe qu'« en cas d'acceptation, la mise en œuvre de l'initiative serait réalisée dans le respect des engagements de droit international contractés par la Suisse afin qu'elle puisse préserver, dans l'intérêt de l'économie dans son ensemble, sa marge de manœuvre en matière de politique extérieure »⁶⁷. La question de savoir si cette pratique continuerait à prévaloir dans l'hypothèse d'une acceptation de l'initiative pour l'autodétermination demeure ouverte. Si la mise en œuvre de l'initiative « pour la sécurité alimentaire » ou son contre-projet restreint les droits d'investisseurs étrangers, par exemple en raison de mesures de dézonage de terrains à bâtir, il y aura lieu de s'attendre à des demandes d'indemnisation.

⁶² BO 2015 E 1131 s.

⁶³ FF 2014 5919

⁶⁴ BO 2016 N 285

⁶⁵ 15.050 : Décision du Conseil des États du 29 novembre 2016 : arrêté fédéral sur la sécurité alimentaire (contre-projet direct à l'initiative populaire « Pour la sécurité alimentaire »), BO 2016 E 911-912

⁶⁶ 15.050 : Décision du Conseil national du 7 mars 2017 (encore aucune référence dans le Bulletin officiel)

⁶⁷ FF 2015 5273, 5299

[54] Des considérations analogues valent également pour l'initiative populaire « Pour la souveraineté alimentaire. L'agriculture nous concerne toutes et tous » déjà citée dans le contexte de l'OMC⁶⁸.

[55] En outre, des problèmes identiques auraient été soulevés par l'initiative populaire fédérale « Pour un approvisionnement en électricité sûr et économique (Initiative efficacité électrique) »⁶⁹, laquelle a été retirée dans l'intervalle après l'adoption de la Stratégie énergétique 2050. Aux yeux du Conseil fédéral, l'initiative était fondamentalement compatible avec les obligations de droit international de la Suisse, mais chacune des mesures nécessaires à sa mise en œuvre aurait nécessité d'être examinée sous l'angle de sa compatibilité avec les obligations internationales de notre pays relevant du droit commercial⁷⁰. Avec l'acceptation de l'initiative pour l'autodétermination, les dispositions d'application primeraient les API non soumis au référendum. Dès lors, les API qui ne prévoient pas encore de dispositions relatives au développement durable – tel l'API CH-EAU – recèlent un risque potentiel que les droits d'investisseurs soient lésés et donnent lieu à des demandes de réparation.

1.5 Conclusion intermédiaire

[56] L'exemple de l'API CH-EAU montre que l'initiative pour l'autodétermination – et, à travers cette dernière, la « rétrogradation » dans la hiérarchie des normes d'accords sur la protection des investissements non soumis au référendum – pourrait engendrer des obligations d'indemnisation pour la Suisse en cas d'introduction de nouvelles règles de droit fédéral, par exemple dans le domaine de l'environnement. Ce constat concerne plus particulièrement les API traditionnels qui ne prévoient pas de dispositions sur le développement durable. Par ailleurs, l'initiative pour l'autodétermination créerait une insécurité juridique considérable pour les investisseurs étrangers dans la mesure où on ne sait pas si une éventuelle obligation d'indemnisation serait à qualifier de contradiction entre l'API et la Constitution fédérale au sens de l'art. 56a, al. 2 Cst. proposé et contraindrait à renégocier totalement ou partiellement l'accord, voire à le dénoncer « au besoin ». Au-delà du cas de l'API CH-EAU, cette conséquence peut être tirée pour d'autres API calqués sur le même modèle.

3. Accord de libre-échange entre la Suisse et la République populaire de Chine

3.1. Accord de libre-échange

[57] Conformément au cadre juridique de l'OMC, il est permis d'établir des zones de libre-échange et des unions douanières⁷¹. La Suisse dispose actuellement, outre la Convention AELE et l'accord de libre-échange avec l'UE, de plus de 28 accords de libre-échange conclus avec 38

⁶⁸ Cf. ch. [37] ; FF 2016 3567. Compatibilité avec les engagements internationaux de la Suisse FF 2017 1501 s.

⁶⁹ FF 2013 3427

⁷⁰ FF 2014 2345, 2361

⁷¹ OESCH, 1274

partenaires non membres de l'UE⁷². Ces accords dits préférentiels conclus avec des partenaires choisis revêtent pour l'économie extérieure de la Suisse une importance capitale⁷³. Les accords de libre-échange de première génération contiennent en premier lieu des dispositions relatives à la circulation des marchandises, qui ont pour objectif de supprimer les droits de douane et d'éliminer les autres restrictions commerciales⁷⁴. Les accords de deuxième génération sont plus complets et contiennent en outre des obligations relatives au commerce des services, à la protection des investissements et aux marchés publics, ainsi que des mécanismes de règlement des différends⁷⁵.

3.2. Accord de libre-échange entre la Suisse et la République populaire de Chine

[58] L'accord bilatéral de libre-échange entre la Suisse et la République populaire de Chine (ci-après « ALE-Chine » ou « accord ») est entré en vigueur le 1^{er} juillet 2014⁷⁶. Il s'agit d'un accord complet de deuxième génération. Il a été choisi pour la présente étude, car la Chine représente l'un des plus importants partenaires économiques de la Suisse, ainsi que le troisième importateur – après les États-Unis et l'UE – de produits industriels suisses. En outre, de nombreux prestataires de services suisses sont actifs en Chine et la Suisse en tant que place économique suscite un intérêt grandissant auprès des entreprises de services chinoises⁷⁷.

[59] Le *champ d'application territoriale* de l'accord comprend le territoire douanier suisse et le territoire douanier de la République populaire de Chine (à l'exception des zones administratives spéciales de Hong Kong et de Macao)⁷⁸. Dans le domaine du commerce des marchandises, l'accord est également valable pour la Principauté du Liechtenstein⁷⁹.

[60] Le *champ d'application matériel* de l'accord couvre le commerce des marchandises, les règles d'origine et les modalités d'application, les procédures douanières et la facilitation des échanges, les mesures de protection commerciale, les obstacles techniques au commerce, les mesures sanitaires et phytosanitaires, le commerce des services, la protection des droits à la propriété intellectuelle, les questions environnementales, la collaboration économique et technique ainsi que le règlement des différends. La collaboration dans le domaine des conditions de travail et d'emploi fait l'objet d'un accord séparé⁸⁰.

⁷² SECO, <https://www.seco.admin.ch/seco/fr/home/Aussenwirtschaftspolitik_Wirtschaftliche_Zusammenarbeit/Wirtschaftsbeziehungen/Freihandelsabkommen.html> (consulté le 27.09.2016)

⁷³ OESCH, 1274

⁷⁴ Cf. DOLZER, 544-545, ch. 94

⁷⁵ OESCH, 1276 ; cf. également ZIEGLER, 127

⁷⁶ Accord de libre-échange entre la Confédération suisse et la République populaire de Chine (RS 0.946.292.492)

⁷⁷ Cf. SECO, fiche d'information, 1

⁷⁸ AFD, circulaire, 1

⁷⁹ SECO, fiche d'information, 2

⁸⁰ Accord sur la coopération en matière de travail et d'emploi entre le Département fédéral de l'économie, de la formation et de la recherche de la Confédération suisse et le Ministère des ressources humaines et de la sécurité sociale de la République populaire de Chine (RS 0.822.924.9)

[61] Dans différents domaines, l’ALE-Chine va plus loin que le standard multilatéral de l’accord sur les ADPIC⁸¹. Ainsi, dans le domaine de la propriété intellectuelle (chap. 11 ALE-Chine), il prévoit que les parties peuvent exiger que soit indiquée la source du savoir traditionnel lors de demandes de brevets. En outre, le niveau de protection plus élevé prévu par l’accord sur les ADPIC concernant les données géographiques des vins et spiritueux est étendu à tous les produits dans l’ALE-Chine⁸². Les dispositions concernant les obstacles techniques au commerce et les mesures sanitaires et phytosanitaires dépassent en certains points elles aussi les réglementations de l’OMC (chap. 6 et 7 ALE-Chine)⁸³. Dans le domaine des services, l’ALE-Chine renforce la sécurité juridique par rapport au GATS (chap. 8 ALE-Chine)⁸⁴. Ainsi, les parties s’engagent à respecter le principe du traitement de la nation la plus favorisée (*most favoured nation principle*) et le principe du traitement national (*principle of national treatment*)⁸⁵. En tant qu’ALE de deuxième génération, l’ALE-Chine comprend enfin des dispositions sur les questions environnementales, avec pour objectifs d’élever le niveau de protection de l’environnement (chap. 12 ALE-Chine).

[62] Le *règlement des différends* est traité au chap. 15 de l’ALE-Chine. Les dispositions s’appliquent « si une partie considère qu’une mesure appliquée par l’autre partie n’est pas conforme aux droits et obligations prévus par [l’ALE-Chine] » (art. 15.1, al. 1 ALE-Chine). En cas de différends relevant à la fois de l’ALE-Chine et des accords de l’OMC, la partie plaignante peut choisir librement le forum dans lequel elle souhaite régler le différend (art. 15.1, al. 2 ALE-Chine)⁸⁶. L’accord ne prévoit pas de mécanismes de plainte pour des tiers.

[63] Les propositions demandant que, conformément à l’art. 141, al. 1, let. d, ch. 3 Cst., l’accord fasse l’objet d’un référendum facultatif ont été rejetées par les deux Chambres⁸⁷. En effet, l’ALE-Chine n’est pas un accord à durée indéterminée et il peut être dénoncé. En outre, il ne prévoit pas l’adhésion à une organisation internationale. Toutefois, la question s’est posée de savoir s’il contenait « des dispositions importantes » au sens de l’art. 141, al. 1, let. d, ch. 3 Cst. La majorité du Parlement a répondu négativement à cette interrogation, suivant l’avis du Conseil fédéral⁸⁸.

⁸¹ Accord sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce, annexe 1B à l’Accord instituant l’Organisation mondiale du commerce du 15 avril 1994, entré en vigueur pour la Suisse le 1^{er} juillet 1995 (RS 0.632.20)

⁸² SECO, fiche d’information, 5

⁸³ SECO, fiche d’information, 3

⁸⁴ SECO, fiche d’information, 4

⁸⁵ Art. 8.3 et art. 8.5 ALE-Chine

⁸⁶ Une partie peut demander par écrit des consultations avec l’autre partie si elle considère qu’une mesure n’est pas conforme aux droits et obligations de l’ALE-Chine (art. 15.3, al. 1 ALE-Chine). Si les consultations ne permettent pas de régler le différend dans les 60 jours, ou 30 jours en cas d’affaire urgente, le différend peut être porté devant un panel arbitral par le biais d’une demande écrite de la partie plaignante à l’autre partie (art. 15.4, al. 1 ALE-Chine).

⁸⁷ Proposition Fehr au Conseil national AB 2013 N 2084 ; proposition Cramer au Conseil des États AB 2014 S 360 ; OLIVER DIGGELMANN arguments en faveur d’un référendum : « Muss das Freihandelsabkommen der Schweiz mit der Volksrepublik China dem fakultativen Staatsvertragsreferendum unterstellt werden? », avis de droit du 15 février 2014

⁸⁸ FF 2013 7377, 7375

3.3. Effets possibles d'une acceptation de l'initiative pour l'autodétermination

[64] Indépendamment des modifications de la loi sur les étrangers décidées par les Chambres en décembre 2016⁸⁹, une éventuelle acceptation populaire de l'initiative pour l'autodétermination pose des questions fondamentales relatives aux possibles conflits entre l'ALE-Chine et l'art. 121a Cst. (« Gestion de l'immigration »)⁹⁰. Selon l'art. 121a, al. 3 Cst., l'accès des étrangers exerçant une activité lucrative doit être contingenté en fonction des intérêts économiques globaux de la Suisse et soumis au principe de la préférence nationale. Cet article constitutionnel pourrait ainsi, selon l'application qui en est faite, entrer en conflit avec des dispositions spécifiques d'accès prévues par les accords de libre-échange⁹¹. Plusieurs points apparaissent problématiques, notamment le principe de la préférence nationale, les contingents et l'examen des besoins économiques en lien avec l'accès aux marchés de personnes physiques de nationalité étrangère fournissant des services en Suisse (« mode 4 » des prestations de services)⁹².

[65] À l'instar du GATS, l'ALE-Chine établit, à l'art. 8.5 en lien avec l'art. 8.17, que le traitement national n'est valable que dans les secteurs inscrits dans les listes d'engagements. Dans ces secteurs spécifiques, la Suisse ne peut accorder aux fournisseurs de services chinois un traitement moins favorable que celui qu'elle accorde à ses propres fournisseurs, à moins que les listes d'engagements ne contiennent des exceptions. Cela est en grande partie le cas lorsqu'il s'agit de personnes physiques (mode 4). Le traitement national tel que prévu par l'ALE-Chine est en outre limité par le champ d'application de l'ensemble des dispositions du droit suisse relatives à l'immigration, à l'entrée sur le territoire, au droit de séjour et au droit de travail⁹³. On retrouve une disposition identique non seulement dans d'autres ALE conclus par la Suisse, mais également, sous la forme de multiples références, dans la liste d'engagements GATS de la Suisse⁹⁴. Conformément au droit en vigueur, cette disposition se réfère au droit interne et par conséquent également à la loi sur les étrangers. Certes, la loi sur les étrangers établit des restrictions en matière d'immigration, d'entrée en Suisse, de droit au séjour et de droit au travail. Toutefois, l'art. 2, al. 1 LETr prévoit expressément une réserve pour les traités internationaux conclus par la Suisse et donc également pour les accords de libre-échange. En cas d'acceptation de l'initiative pour l'autodétermination, cette réserve devrait être levée. En effet, selon la modification de la Constitution proposée par l'initiative pour l'autodétermination (art. 190 Cst.), les lois fédérales priment les traités internationaux qui n'ont pas été soumis au référendum. L'Assemblée fédérale n'avait pas soumis l'ALE-Chine au référendum facultatif parce qu'il peut être résilié en tout temps

⁸⁹ Loi fédérale sur les étrangers : gestion de l'immigration et amélioration de la mise en œuvre des accords sur la libre circulation des personnes, modification du 16.12.2016, FF 2016 8651

⁹⁰ FF 2014 3957

⁹¹ FF 2013 279, 325

⁹² Cf. concernant les différents modi de la liste des engagements de la Suisse, appendice 2 de l'annexe VII de l'ALE-Chine, <https://www.seco.admin.ch/seco/en/home/Aussenwirtschaftspolitik_Wirtschaftliche_Zusammenarbeit/Wirtschaftsbeziehungen/Freihandelsabkommen/Partner_weltweit/china/Abkommenstexte.html> (consulté le 27.09.2016)

⁹³ Liste des engagements de la Suisse, appendice 2 de l'annexe VII, p. 6

⁹⁴ Liste des engagements de la Suisse relative à l'Accord général sur le commerce des services (GATS), GATS/SC/83, <https://www.wto.org/english/tratop_e/serv_e/telecom_e/sc83.pdf> (consulté le 28.9.2016)

dans un délai de six mois (art. 16.4 ALE-Chine) et que chaque partie peut y proposer des amendements (art. 16.3 ALE-Chine ; clause dite « d'évolution »)⁹⁵.

[66] L'application de l'art. 121a Cst. combiné à l'initiative pour l'autodétermination mène au résultat suivant pour l'ALE-Chine : dans les secteurs où la Suisse s'est engagée à appliquer un traitement national concernant l'entrée sur son territoire de personnes en vue de fournir des services (mode 4), il est explicitement interdit d'imposer des limitations quantitatives et des examens des besoins économiques⁹⁶. L'exigence de l'art. 121a Cst., à savoir d'introduire des contingents, apparaît ainsi peut compatible avec l'ALE-Chine.

[67] La révision de la Loi sur les étrangers décidée par les Chambres fédérales ne prévoit pas de contingents et n'introduit pas de plafonds préférentiels⁹⁷. Les discussions dans les Chambres fédérales portant principalement sur les moyens d'éviter un conflit avec l'accord sur la libre circulation conclu avec l'UE, il ne peut être exclu que des restrictions pour des ressortissants d'États tiers soient introduites ultérieurement. En outre, l'issue des discussions sur l'initiative « Sortons de l'impasse ! Renonçons à rétablir des contingents d'immigration » et sur le contre-projet soumis à consultation le 01.02.2017 par le Conseil fédéral reste ouverte⁹⁸.

[68] D'un point de vue légal, l'introduction ultérieure de mesures de contingentement pourrait potentiellement entrer en conflit avec les engagements de la Suisse fixés dans l'ALE-Chine. Il convient de souligner que ce risque de conflit avec l'art. 121a Cst. ne concerne pas seulement les prestations de services fournies par des personnes (mode 4), mais aussi les prestations soumises à l'égalité de traitement national dans l'ALE-Chine et fournies par des succursales industrielles (mode 3) lorsque les personnes souhaitant établir ces succursales se voient refuser l'entrée sur le territoire suisse. Par ailleurs, il importerait d'examiner au regard des critères stricts de l'ALE-Chine s'il existe dans le cas concret un conflit avec l'ALE. Il y aurait conflit dès lors que les contingents actuels pour les ressortissants d'États tiers, auxquels l'immigration fondée sur l'ALE-Chine participe, seraient abaissés à tel point qu'ils auraient un effet limitatif sur les services réglementés par l'ALE-Chine et fournis par des personnes originaires de la RP de Chine ou par des succursales industrielles. La Suisse ne pourrait dès lors plus honorer ses engagements selon l'ALE-Chine. En cas d'acceptation de l'initiative pour l'autodétermination et d'introduction de contingents, l'art. 56a al. 2 Cst. proposé s'appliquerait en effet : l'ALE-Chine ferait l'objet d'un examen de compatibilité avec l'art. 121a Cst. et devrait le cas échéant être renégocié ou « au besoin » dénoncé.

[69] Cette analyse montre que l'initiative pour l'autodétermination soulève une série de nouvelles questions en lien avec l'ALE-Chine et qu'elle engendre une grande insécurité juridique.

⁹⁵ FF 2013 7377, 7375 s.

⁹⁶ SCHLEGEL/SIEBER-GASSER, 10 ; liste des engagements de la Suisse, annexe VI, art. 7, commerce des services,
<https://www.seco.admin.ch/seco/en/home/Aussenwirtschaftspolitik_Wirtschaftliche_Zusammenarbeit/Wirtschaftsbeziehungen/Freihandelsabkommen/Partner_weltweit/china/Abkommenstexte.html
> (consulté le 27.9.2016)

⁹⁷ FF 2013 279, 325

⁹⁸ Avant-projet et rapport explicatif concernant le contre-projet direct du Conseil fédéral à l'initiative populaire « Sortons de l'impasse ! Renonçons à rétablir des contingents d'immigration » du 1.2.2017

3.4. Conflits potentiels avec des initiatives en cours

[70] L'initiative « Pour la sécurité alimentaire » mentionnée plus haut (cf. ch. [53]) demande que la Confédération renforce l'approvisionnement de la population en denrées alimentaires issues d'une production indigène et durable. Après l'adoption d'un contre-projet par le Parlement, l'initiative devrait être retirée. Formulé de manière très ouverte, le contre-projet, s'il devait être accepté, pourrait – tout comme l'initiative d'origine – entraîner selon son application un conflit avec l'ALE-Chine.

[71] L'initiative « Pour la souveraineté alimentaire. L'agriculture nous concerne toutes et tous » déjà abordée en lien avec l'OMC (cf. ch. [37]) et les API (cf. ch. [54]), prévoit notamment que la Confédération prélève des droits de douane sur les produits agricoles et les denrées alimentaires importés non conformes aux normes suisses, voire qu'elle en interdise l'importation. En cas d'acceptation de l'initiative pour l'autodétermination, ces mesures primeraient l'ALE-Chine et pourraient entraîner un conflit entre la Cst. et l'art. 2.3 ALE-Chine. Dans cette situation aussi, la procédure établie à l'art. 56a Cst. proposé s'appliquerait.

[72] L'initiative « Pour des denrées alimentaires saines et produites dans des conditions équitables et écologiques (initiative pour des aliments équitables) », mentionnée plus haut en lien avec les accords de l'OMC, a déjà été présentée au Parlement⁹⁹. Le Conseil fédéral la rejette notamment parce qu'elle va à l'encontre des engagements de la Suisse en matière de politique commerciale¹⁰⁰. Au regard du caractère programmatique de l'initiative, il est difficile d'évaluer ses effets sur l'ALE-Chine en cas d'acceptation. Si l'ALE-Chine ne contient pas de disposition relative aux droits du travail ou aux droits humains, il fait cependant référence à l'accord complémentaire sur la coopération en matière de travail et d'emploi. Si, en cas d'acceptation de l'initiative pour des aliments équitables, des contingents tarifaires ou des droits à l'importation devaient être introduits sur les aliments produits de manière non équitable, il s'agirait d'examiner s'il existe un conflit entre le droit constitutionnel et l'ALE-Chine, auquel cas s'appliquerait l'art. 56a Cst. proposé, ou s'il existe un conflit entre une loi fédérale et l'ALE-Chine, auquel cas la loi fédérale primerait conformément à l'art. 190 Cst. proposé.

3.5. Conclusion intermédiaire

[73] Le présent exposé montre que des conflits entre l'ALE-Chine et l'application de l'art. 121a Cst. ne peuvent être totalement exclus. En outre, certains projets d'initiative en cours posent des questions de compatibilité compliquées. L'ALE-Chine n'ayant pas été soumis au référendum, il serait, selon l'initiative pour l'autodétermination, subordonné non seulement à la Constitution fédérale (art. 5, al. 4 Cst. proposé), mais aussi aux lois fédérales correspondantes (art. 190, al. 1 Cst. proposé). En cas de conflit avec la Cst., des renégociations devraient être menées selon l'art. 56a Cst. proposé et, en cas d'échec, l'ALE devrait « au besoin » être dénoncé. L'initiative pour l'autodétermination ne précise toutefois pas qui serait chargé d'établir s'il existe un conflit avec l'ALE.

[74] En résumé, force est de constater que l'acceptation de l'initiative pour l'autodétermination peut entraîner une insécurité juridique pour l'ALE-Chine et par là même mettre à mal les rela-

⁹⁹ FF 2015 8527

¹⁰⁰ FF 2016 8151, 8177 ss.

tions bilatérales. L’ALE-Chine prévoit certes à l’art. 8.18, al. 1 la possibilité de modifier les listes d’engagements et à l’art. 16.3 de proposer des amendements de l’accord. Toutefois, ces dispositions reposent sur le principe de la bonne foi du droit international selon lequel les accords conclus sont valables et ne sont pas soumis indéfiniment à la réserve de modifications du droit national.

4. Convention de Paris pour la protection de la propriété industrielle

4.1. Protection de droit international de la propriété intellectuelle

[75] Vers la fin du XIX^e siècle, de premiers efforts ont été entrepris en vue de coordonner les lois nationales sur les brevets. Ceux-ci ont débouché sur un réseau d’accords bilatéraux¹⁰¹. Plus tard, la Convention d’Union de Paris (CUP)¹⁰² conclue en 1883 a été le premier d’une série de traités multilatéraux. Ces derniers ne visaient pas tant une harmonisation des règles de droit matériel régissant la propriété intellectuelle qu’une coordination de l’enregistrement des droits et la prévention des discriminations¹⁰³.

[76] En 1967, la Suisse a figuré au nombre des membres fondateurs de l’*Organisation mondiale de la propriété intellectuelle* (OMPI). Celle-ci gère notamment le dépôt de brevets en conformité avec le Traité de coopération en matière de brevets (PCT)¹⁰⁴. Les États parties au PCT forment un groupement séparé lié par un arrangement particulier au sens de l’art. 19 CUP. Enfin, sous l’égide de l’OMC, l’Accord sur les ADPIC a été négocié en 1994 conjointement avec le GATT dans le cadre du Cycle d’Uruguay. Au travers de l’Accord sur les ADPIC, une harmonisation de la protection des droits de propriété intellectuelle a été mise en place dans le but d’en renforcer l’efficacité et de promouvoir ainsi le commerce. L’Accord sur les ADPIC a repris le principe du traitement national consacré par la CUP. En outre, il a introduit pour la première fois la clause de la nation la plus favorisée (*most favoured nation*) selon laquelle les avantages qu’un État membre de l’OMC garantit aux ressortissants d’un autre pays doivent également être accordés aux ressortissants de tous les autres États membres¹⁰⁵.

4.2. Convention d’Union de Paris (CUP)

[77] La CUP – le plus ancien traité multilatéral conclu dans le domaine du droit de la propriété intellectuelle – occupe une place fondamentale pour la protection juridique de l’activité industrielle¹⁰⁶. On entend par droits protégés de propriété industrielle notamment les brevets, les

¹⁰¹ RICKETSON, 26

¹⁰² Convention de Paris pour la protection de la propriété industrielle du 20 mars 1883 révisée pour la dernière fois à Stockholm le 14 juillet 1967, entré en vigueur pour la Suisse le 26 avril 1970 (RS 0.232.04)

¹⁰³ ZIEGLER, 174

¹⁰⁴ Traité de coopération en matière de brevets du 19 juin 1970, en vigueur pour la Suisse depuis le 24 janvier 1978 (RS 0.232.141.1)

¹⁰⁵ Cf. ZIEGLER, 176 ; THOUVENIN et al., 85

¹⁰⁶ THOUVENIN et al., 83

marques et les modèles¹⁰⁷. Les États parties à la CUP constituent un groupement doté de la personnalité juridique (art. 1, al. 1 CUP) dont l'administration est assurée par le Bureau international de l'OMPI basé à Genève (art. 15 CUP). Avec l'adoption de l'Accord sur les ADPIC, la CUP a repris de l'importance dans la mesure où cet accord prescrit que les membres de l'OMC sont tenus de se conformer aux art. 1 à 12 ainsi que 19 de la CUP (art. 2 ADPIC). La conséquence en est que les membres de l'OMC peuvent exiger l'application de ces normes dans la procédure de règlement des différends de l'OMC¹⁰⁸.

4.3. Champ d'application

[78] Le *champ d'application territorial* de la CUP s'étend aux territoires des 194 États qui l'ont ratifiée. Pour la Suisse, des versions encore plus anciennes de la CUP¹⁰⁹ régissent leurs relations avec un petit nombre d'États contractants. Les personnes concernées peuvent invoquer directement la CUP devant des tribunaux suisses. Le *champ d'application de droit matériel* de la CUP inclut notamment les dispositions régissant les brevets, modèles, dessins industriels, marques et indications de provenance ainsi que la concurrence déloyale (art. 1, al. 2 CUP). Aussi, la CUP constitue un accord à la portée très étendue recouvrant pratiquement l'ensemble des droits de propriété intellectuelle¹¹⁰.

[79] L'art. 2, al. 1 CUP pose le principe du *traitement national* qui veut que tout ressortissant d'un pays de l'Union ait le droit de bénéficier dans l'ensemble des autres États membres des mêmes avantages que ceux que ces derniers accordent à leurs nationaux en matière de protection de la propriété industrielle. Ainsi, selon cette disposition, les ressortissants d'un pays de l'Union, dont les droits seraient lésés, jouissent de la même protection et des mêmes moyens de droit que ceux reconnus aux ressortissants d'un autre pays de l'Union. La situation est identique pour les non-ressortissants des États concernés pour autant qu'ils y soient domiciliés ou qu'ils y exploitent effectivement un établissement industriel ou commercial (art. 3 CUP).

[80] Une des principales conquêtes de la CUP est le *droit de priorité* (art. 4 CUP). Conformément à ce droit, les personnes ayant déposé par exemple un brevet ou une marque dans *un* pays de l'Union bénéficieront dans un *autre* pays de l'Union d'un droit de priorité pendant une certaine durée. Dès lors, le brevet ou la marque concerné pourra être déposé dans un autre pays de l'Union durant le délai de priorité, avec pour effet de rendre illicite toute objection fondée sur une perte du caractère de nouveauté de l'invention ou de son droit à être protégée¹¹¹. La protection accordée dans un pays de l'Union subsiste indépendamment de l'octroi d'une protection dans le pays d'origine (art. 4^{bis} CUP).

[81] Selon l'art. 6^{bis} CUP, les pays de l'Union s'engagent à refuser d'office ou sur demande l'enregistrement d'une marque si cette dernière constitue la reproduction ou l'imitation d'une marque « notoirement connue ». La « clause telle quelle » est une autre disposition essentielle de la CUP qui affirme que toute marque de fabrique ou de commerce enregistrée dans le pays

¹⁰⁷ Cf. art. 1, al. 2 CPU ; ZIEGLER, 173

¹⁰⁸ RICKETSON, Liii

¹⁰⁹ Révisée à La Haye le 6 novembre 1925 (RS 0.232.01) ; révisée à Londres le 2 juin 1934 (RS 0.232.02) ; révisée à Lisbonne le 31 octobre 1958 (RS 0.232.03)

¹¹⁰ THOUVENIN et al., 83

¹¹¹ *Ibid.*, 84

d'origine peut être déposée et protégée *telle quelle* dans les autres pays de l'Union (art. 6^{quinquies}, al. A1 CUP).

4.4. Répercussions possibles d'une acceptation de l'initiative pour l'autodétermination

[82] La CUP garantit (conjointement avec l'Accord sur les ADPIC) une protection minimale de la propriété intellectuelle à l'échelon international¹¹². Aujourd'hui encore, la CUP passe pour être fondamentalement conforme à la Constitution fédérale et aux droits humains, raison pour laquelle il n'y a pas lieu de s'attendre à des répercussions directes en cas d'acceptation de l'initiative pour l'autodétermination. On ne perçoit pas non plus de contradiction avec les projets d'initiative en cours.

[83] Les règles en matière de *Swissness* – qui ont été introduites dans la loi révisée sur la protection des marques (LPM) entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2017 dans le but de renforcer la protection de la désignation « suisse »¹¹³ – ne concernent pas la CUP. Car à la différence de l'Accord sur les ADPIC, la CUP ne contient aucune disposition sur les conditions auxquelles est assujettie la protection des indications géographiques¹¹⁴.

[84] L'accord peut être dénoncé en tout temps sous réserve du respect d'un délai d'un an. Une résiliation aurait pour conséquence d'entraîner celle de toutes les versions antérieures (art. 26, al. 1 et 2). En revanche, le PCT et la Convention sur le brevet européen (CBE)¹¹⁵, qui constituent tous deux des arrangements particuliers séparés au sens de l'art. 19 CUP, ne seraient pas touchés par une résiliation de la CUP.

4.5. Conclusions intermédiaires

[85] En tant que pays ayant adhéré à la CUP, à l'Accord sur les ADPIC, au PCT ainsi qu'à la CBE, la Suisse est étroitement impliquée dans la protection internationale de la propriété intellectuelle¹¹⁶. En cas d'acceptation de l'initiative pour l'autodétermination, l'adhésion à la CUP ne serait pas touchée selon la vision actuelle dans la mesure où l'on ne perçoit aucune contradiction entre la CUP, d'une part, et la Constitution fédérale en vigueur ou des projets d'initiatives pendants, d'autre part.

¹¹² DFJP, Rapport explicatif

¹¹³ Art. 48a à 48c, loi fédérale sur la protection des marques et des indications de provenance (loi sur la protection des marques, LPM) du 28 août 1992 (RS 232.11).

¹¹⁴ Cf. art. 22 ADPIC. Le point de savoir si les règles en matière de *Swissness* sont compatibles avec les exigences de l'art. 22 ADPIC dans la pratique n'est pas clair : remarque critique COTTIER/LIECHTI-MCKEE, 19

¹¹⁵ Convention sur le brevet européen conclue le 5 octobre 1973, révisée à Munich le 29 novembre 2000, entrée en vigueur pour la Suisse le 13 décembre 2007 (RS 0.232.142.2)

¹¹⁶ DFJP, Rapport explicatif, 87

5. Révisions du système harmonisé / liste LIX

5.1. Convention sur le Système harmonisé / liste LIX

[86] La Convention de 1983 sur le Système harmonisé de désignation et de codification des marchandises¹¹⁷ a été élaborée sous l'égide de l'Organisation mondiale des douanes (OMD). Le Système harmonisé (SH) figurant dans l'annexe à cette convention est une méthode destinée à garantir la compatibilité de divers régimes douaniers à travers une harmonisation des procédures douanières et une standardisation de l'échange de données commerciales à l'aide d'outils électroniques¹¹⁸. La convention peut être dénoncée (art. 15).

[87] Les marchandises comprises dans la Nomenclature du système sont identifiées par un code à six chiffres pouvant être complété par les États au besoin.

[88] La Suisse reprend la nomenclature du SH telle quelle dans les tarifs douaniers helvétiques. Des modifications peuvent être effectuées conformément à l'art. 6 de la Convention et le Conseil fédéral est habilité, en vertu de l'art. 9 de la loi sur le tarif des douanes (LTaD)¹¹⁹, à procéder aux adaptations correspondantes dans les tarifs douaniers.

5.2. Champ d'application

[89] Le Système harmonisé est appliqué en première ligne par tous les États ayant signé la convention. Ces derniers s'engagent à ce que leur tarif douanier soit conforme au Système harmonisé (art. 3). Actuellement, la Convention a été ratifiée par 153 États¹²⁰.

[90] Des unions douanières ou économiques peuvent également adhérer à la Convention, pour autant qu'elles aient la compétence de conclure des contrats dans le champ d'application de la Convention. L'Union européenne a fait usage de cette possibilité, puisqu'elle est partie prenante à la Convention aux côtés de ses États membres.

[91] Outre les parties contractantes, une quinzaine d'autres États et organisations appliquent intégralement ou partiellement le Système harmonisé en tant que « non contracting parties »¹²¹.

[92] Pour résumer, le Système harmonisé joue un rôle très important dans la pratique : actuellement, 98 % environ des marchandises échangées à l'échelle mondiale sont classifiées selon la nomenclature du SH. La plupart des États membres de l'OMC se fondent donc sur le Système harmonisé, lequel trouve aussi une application sur la liste d'engagements de l'OMC, en particulier sur la liste LIX-Suisse-Liechtenstein.

¹¹⁷ Convention internationale sur le Système harmonisé de désignation et de codification des marchandises du 14 juin 1983, entrée en vigueur pour la Suisse le 1^{er} janvier 1988 (RS 0.632.11 ; révisée en 1996, 2002, 2007, 2012 et 2017).

¹¹⁸ Cottier/Oesch, 596 ss.

¹¹⁹ Loi sur le tarif des douanes du 9 octobre 1986 (RS 632.10)

¹²⁰ État au 30 juin 2016 selon l'OMD, <<http://www.wcoomd.org/en/about-us/legal-instruments/conventions.aspx>> (consulté le 27.9.2016)

¹²¹ État le 12 mai 2016 selon l'OMD <<http://www.wcoomd.org/en/topics/nomenclature/overview/list-of-contracting-parties-to-the-hs-convention-and-countries-using-the-hs.aspx>> (consulté le 27.9.2016)

5.3. Le Système harmonisé et l'OMC : liste LIX-Suisse-Liechtenstein

[93] Le classement tarifaire des éventuels obstacles au commerce et l'engagement de réduire graduellement les droits de douane qui en découle pour les pays membres constitue l'une des principales améliorations apportées par le cycle d'Uruguay et, en même temps, un principe essentiel du droit de l'OMC. Les engagements concrets pris par les États membres sont précisés dans les listes d'engagements.

[94] L'OMC applique le Système harmonisé pour contrôler le respect des engagements concernés par les pays membres et permettre les comparaisons entre des divers systèmes. Cela signifie que les États membres formulent leurs tarifs douaniers à l'intention de l'OMC conformément aux prescriptions d'ordre méthodologique du SH.

[95] La liste d'engagements LIX-Suisse-Liechtenstein est une annexe à l'accord général sur les tarifs douaniers et le commerce de 1994 (GATT)¹²². La liste LIX fait donc partie intégrante des engagements internationaux pris par la Suisse dans le cadre de l'OMC¹²³.

[96] La liste LIX contient les engagements de réduction des droits de douane pris par la Suisse, lesquels sont consignés au niveau interne dans la LTaD¹²⁴. Le Parlement a adopté cette liste lors de l'approbation des résultats du cycle d'Uruguay.

[97] La Suisse a la possibilité de procéder à titre individuel à des modifications de la liste des engagements, ou celles-ci peuvent être décidées par le consensus dans le cadre de l'OMC. Toute modification de la liste LIX doit être soumise au Parlement pour approbation. Une modification de la liste des engagements exige une adaptation du tarif douanier helvétique, que le Conseil fédéral peut, pour le moment, effectuer lui-même en vertu de l'art 9a LTaD.

[98] Si les modifications portent sur des dispositions légales, la décision du Parlement est soumise au référendum facultatif. Depuis l'adhésion de la Suisse à l'OMC, la liste des engagements a été modifiée à plusieurs reprises avec l'approbation du Parlement, sans que la décision soit soumise au référendum facultatif.

[99] Dans le cadre du cycle d'Uruguay, la Suisse s'est ainsi regroupée avec d'autres membres de l'OMC au sein de l'initiative Pharma, une initiative sectorielle visant à abolir les droits de douane pour les produits pharmaceutiques. La liste des produits couverts par cette initiative est révisée au moins tous les trois ans pour inclure également les innovations. Ces révisions exigent à chaque fois une adaptation de la liste des engagements pris dans le cadre de l'OMC ainsi que du tarif général des douanes suisses figurant aux annexes 1 et 2 de la LTaD. À ce jour, l'initiative Pharma a été révisée à quatre reprises¹²⁵. Les modifications de la liste LIX ont été approuvées par l'Assemblée fédérale conformément à l'art. 166, al. 2 Cst. en combinaison avec l'art. 24,

¹²² Annexe 1A.1 à l'Accord instituant l'Organisation mondiale du commerce du 15 avril 1994, entrée en vigueur pour la Suisse le 16 décembre 1995 (RS 0.632.20)

¹²³ Protocole de Marrakech relatif à l'accord général sur les tarifs douaniers et le commerce 1994, ch. 1, annexe 1A.2 à l'Accord instituant l'Organisation mondiale du commerce du 15 avril 1994, entré en vigueur pour la Suisse le 16 décembre 1995 (RS 0.632.20)

¹²⁴ Arrêté fédéral du 16 décembre 1994 sur l'adaptation du tarif général à la liste LIX-Suisse-Liechtenstein (RS 632.105.14) ; cf. également le message 1 du GATT du 19 septembre 1994, FF 1994 IV 123

¹²⁵ Communiqué de presse du SECO <<https://www.admin.ch/gov/de/start/dokumentation/medienmitteilungen.msg-id-35894.html>> (consulté le 29.09.2016)

al. 2 LParl. Les arrêtés relatifs à l'approbation n'ont pas été soumis au référendum au sens de l'art. 141, al. 1, let. d Cst., au motif que les révisions de l'initiative Pharma ne sont pas associées à une adhésion à une organisation internationale et que les modifications apportées à la liste LIX et au tarif douanier ne sont pas des dispositions importantes fixant des règles de droit¹²⁶.

[100] Les modifications de la liste LIX peuvent également se révéler nécessaires en dehors d'initiatives sectorielles, par exemple en cas de modification de la jurisprudence d'institutions internationales ou d'innovations techniques. À la suite d'une décision de l'organe de règlement des différends de l'OMC, la Suisse s'est ainsi vue obligée¹²⁷ d'adapter sa liste d'engagements dans le domaine des produits de la technologie de l'information. Cette adaptation a également été approuvée par le Parlement et l'arrêté fédéral n'a pas été soumis au référendum¹²⁸.

[101] L'adaptation de la liste d'engagements devra maintenant être soumise pour la première fois au référendum facultatif en lien avec l'adhésion à l'accord de l'OMC sur le commerce des produits des technologies de l'information (ATI II) (cf. ch. [33]).

5.4. Règles relatives au règlement des différends

[102] Les différends entre les parties au sujet de l'interprétation du SH ou de l'application de l'accord doivent, dans la mesure du possible, être réglés directement entre les parties concernées (art. 10, al. 1 SH). Si les parties ne parviennent pas à trouver une solution entre elles, le différend doit être soumis au comité du SH. Ce dernier examine le cas et émet une recommandation (art. 19, al. 2 SH). En dernier recours, il est possible d'invoquer le Conseil, qui peut lui aussi formuler des recommandations pour le règlement du différend (art. 10, al. 3 SH).

5.5. Effets potentiels d'une acceptation de l'initiative pour l'autodétermination

[103] Si l'adaptation de la liste LIX implique des modifications de lois fédérales, elle est actuellement soumise au référendum facultatif sur les accords internationaux. Comme déjà évoqué, cette constellation n'est cependant jamais survenue jusqu'ici et cette règle sera appliquée pour la première fois lors de l'approbation d'ITA II. Au regard de l'initiative pour l'autodétermination, cela ne pose pas de problème, dans la mesure où, selon le projet de l'art. 190 Cst., le Tribunal fédéral et les autres autorités seront tenus d'appliquer les traités internationaux dont l'arrêté d'approbation a été sujet ou soumis au référendum.

[104] Si une adaptation de la liste LIX s'accompagne uniquement d'une modification du tarif douanier comme cela était le cas jusqu'ici, l'arrêté d'approbation du Parlement n'est pas soumis au référendum facultatif. Selon l'initiative pour l'autodétermination (art. 190 Cst. proposé), une telle adaptation de la liste ne serait donc pas contraignante pour le Tribunal fédéral et les autres autorités en tant que traité international « subordonné ». Si une disposition de la Constitution fédérale édictée ultérieurement entre en conflit avec certains éléments de la liste LIX au sens de l'art. 56a Cst., par exemple en cas d'acceptation de l'initiative « Pour des aliments équitables »,

¹²⁶ FF 2011 1717

¹²⁷ WTO Dispute Settlement Body, DS375/DS376/DS377, European Communities and its Member States – Tariff Treatment of Certain Information Technology Products, 16 août 2010

¹²⁸ FF 2012 985

le Conseil fédéral devrait faire en sorte que la liste LIX soit adaptée. Si cette adaptation n'est pas concrétisée, le traité international devrait « au besoin » être dénoncé selon le texte de l'initiative.

5.6. Bilan intermédiaire

[105] Au cas où une disposition non soumise au référendum devait entrer en conflit avec une loi fédérale ou la Constitution après son entrée en vigueur, l'initiative pour l'autodétermination compliquerait l'adaptation du SH et de la liste LIX. Si le Conseil fédéral ne parvient pas, dans cette situation, à obtenir une adaptation du SH, l'initiative pour l'autodétermination exige, en cas de conflit avec des dispositions de la Constitution fédérale au sens de l'art. 56a Cst., de dénoncer le traité « au besoin ». Une dénonciation est possible d'un point de vue juridique ; compte tenu de l'importance cruciale du SH pour les échanges commerciaux transfrontaliers, les conséquences économiques et politiques qui en découleraient pour la Suisse et son économie doivent cependant être analysées avec le plus grand soin. En cas de conflit avec une loi fédérale, celle-ci primerait sur le SH en vertu de l'art. 190 Cst. proposé.

6. Relation entre la CEDR et l'économie – Aspects choisis

[106] Conformément au mandat confié, certaines garanties de la CEDR particulièrement importantes pour les acteurs économiques sont examinées ci-après dans l'hypothèse d'une acceptation de l'initiative pour l'autodétermination. Cette initiative vise en particulier la Convention européenne des droits de l'homme CEDH, qui pourrait être en contradiction avec des initiatives populaires problématiques du point de vue des droits humains¹²⁹. Les auteurs de l'initiative expliquent d'ailleurs qu'ils envisagent une dénonciation de la CEDH en cas de conflit¹³⁰.

[107] Pour l'économie, la CEDH est importante dans la mesure où la convention garantit également certains droits fondamentaux aux entreprises, qui ont la possibilité d'introduire un recours auprès de la Cour européenne des droits de l'homme (CrEDH). Selon la jurisprudence de la CrEDH, les personnes morales peuvent invoquer les droits garantis par la convention si ceux-ci sont, de par leur nature, également valables pour les personnes morales¹³¹. En particulier le droit à un procès équitable et le droit à un recours effectif (art. 6 et 13 CEDR), la liberté d'opinion

¹²⁹ Keller/Weber, 1008 ; cf. également Kälin/Schlegel, 5 ; document de fonds de l'UDC « Le droit suisse prime sur le droit étranger », août 2013, 4, <<https://www.svp.ch/tasks/render/file/?method=inline&fileID=356F7DCC-E27E-47CC-B0A819FD1E05D21F>> (consulté le 27.9.2016)

¹³⁰ Argumentaire en faveur de l'initiative pour l'autodétermination, 24. En 1974, la CEDH n'a pas été soumise au référendum, cf. AS 1974 2150. La question de savoir si la CEDH pouvait malgré tout bénéficier d'une légitimité suffisante en démocratie directe au sens de l'art. 190 Cst. proposé du fait de la votation sur l'adaptation de la Constitution fédérale ou sur les protocoles additionnels soumis au référendum ci-après n'est pas abordée dans le cadre de la présente expertise ; cf. cependant FF 2015 363 ss. et Auer et al., ch. 20 ss.

¹³¹ Gundel, 118 ss. ; les personnes morales doivent pouvoir faire valoir leurs propres intérêts, à ce sujet Meyer-Ladewig, art. 34 CEDH, ch. 10-13 ; cf. notamment les jugements de la CrEDH *Garyfallou AEBE/Grèce* du 24 septembre 1997, n° 93/1996/712/909 ; *Impar Ltd./Lituanie* du 5 janvier 2010, n° 1302/04

(art. 10 CEDR) et, depuis peu, également le droit à la protection de la sphère et des données privées (art. 8 CEDR) jouent un rôle important pour les entreprises¹³².

[108] Dans divers jugements, la CrEDH a mis sous protection de la CEDH d'importants éléments de l'activité entrepreneuriale. La liberté d'opinion au sens de l'art. 10 CEDH protège donc également la communication économique comme la publicité. Les locaux commerciaux et les cartes de visite bénéficient de la protection de la sphère privée au sens de l'art. 8 CDEH¹³³. Le Tribunal fédéral a repris cette jurisprudence pour l'interprétation de l'art. 13 Cst. Les droits de procédure mentionnés à l'art. 29 Cst. sont également fortement influencés par la jurisprudence de la CrEDH.

[109] Le droit à un procès équitable garanti par la CrEDH doit également être garanti lors de procédures relevant du droit de la surveillance ou du droit en matière de cartels. Dans *Dubus S.A. contre la France*¹³⁴, il s'agissait d'un établissement financier auquel la Commission bancaire française, en tant qu'autorité de surveillance, avait imposé des mesures disciplinaires. La plaignante avait contesté devant la Commission la régularité et l'indépendance de la procédure (art. 6, al. 1 CDEH). La CrDEH a rendu un jugement en faveur de l'établissement financier et constaté une violation de cette garantie, car la Commission bancaire a agi simultanément en qualité d'autorité de surveillance, alors qu'elle exerçait déjà une fonction assimilable à celle d'un tribunal administratif. Selon le tribunal, ces deux rôles ne sont pas compatibles, en ce sens que l'indépendance exigée d'une instance agissant comme un juge n'est pas respectée¹³⁵. Dans le cas *Menarini*, la CrDEH a qualifié une amende infligée par une autorité administrative de sanction pénale devant pouvoir être vérifiée par un tribunal avec un pouvoir de cognition entier au sens de l'art. 6 CEDH¹³⁶. Le Tribunal fédéral a donné suite à cette décision dans sa jurisprudence¹³⁷.

[110] L'importance de la liberté d'opinion pour l'économie s'avère dans divers contextes. Ainsi, la CrEDH a déjà accepté par le passé des recours d'entreprises de presse contre une prise d'influence sur le contenu de reportages, par exemple dans le cas d'école du *Sunday Times*¹³⁸. Depuis lors, la CrDEH a émis une série d'arrêtés concernant des recours de journalistes et de médias et donné suite à des plaintes d'entreprises¹³⁹.

¹³² Emberland, 13 s. Les entreprises invoquent également souvent l'art. 1 du protocole additionnel n° 1 de la CrEDH (protection de la propriété). La Suisse n'a cependant pas encore ratifié le protocole additionnel n° 1 (STE-n° 009).

¹³³ Jugement de la CrEDH *Société Colas Est et al/ France* du 16 avril 2002, n° 37971/97

¹³⁴ Jugement de la CrDEH *Dubus/France* du 11 juin 2009, n° 5242/04

¹³⁵ Jugement de la CrDEH *Dubus/France* du 11 juin 2009, n° 5242/04, § 61

¹³⁶ Jugement de la CrDEH *A. Menarini Diagnostics S.R.L./Italie* du 27 septembre 2011, n° 43509/08, § 44

¹³⁷ ATF 137 II 199. Le Tribunal administratif fédéral suit également cette jurisprudence. Cf. à ce sujet Seitz, 292 ss, Breitenmoser/Walder Salamin, 30 ss.

¹³⁸ Jugement de la CrEDH *Sunday Times/Royaume-Uni*, du 26 avril 1979, n° 6538/74

¹³⁹ Ces cas sont réunis dans la fiche thématique du CSDH, La Cour européenne des droits de l'homme et la liberté des médias en Suisse, Berne 2016, <http://www.skmr.ch/cms/upload/pdf/160502_EGMR_Factsheet_DE_Medien_web.pdf> (consulté le 27.9.2016).

[111] Le cas *Hertel contre la Suisse*¹⁴⁰ portait également sur la liberté de presse dans un contexte économique : le scientifique Hans Hertel avait publié dans des revues grand public des articles mettant en garde contre l'effet cancérigène des appareils à micro-ondes. L'Association Suisse des Fabricants et Fournisseurs d'Appareils électrodomestiques a alors introduit une action en cessation contre M. Hertel. Le Tribunal fédéral a confirmé le jugement du tribunal du commerce après le recours de M. Hertel, selon lequel l'article constitue une violation de la loi fédérale contre la concurrence déloyale (LDC)¹⁴¹. Le professeur Hertel a alors saisi la CrEDH, qui a constaté une violation de sa liberté d'expression (art. 10 CEDH). Dans sa décision de révision, le Tribunal fédéral a souligné que cela faisait une différence si l'article s'adressait à un public de spécialistes ayant connaissance, par la presse spécialisée, des possibles contre-arguments, ou s'il s'adressait à des profanes auxquels Hans Hertel en tant qu'expert des divers points de vue représentés dans le monde professionnel était tenu de signaler la grande diversité des opinions existant dans la littérature. Sans une telle précision, la publication était considérée comme non autorisée¹⁴². Un nouveau recours du professeur Hertel contre cette décision a été rejeté par la CrEDH comme étant sans fondement, puisqu'il n'était plus empêché d'exprimer son opinion à condition qu'il signale l'existence d'opinions divergentes¹⁴³.

[112] Pour les entreprises, la CEDH revêt une importance croissante en lien avec les questions juridiques relatives à Internet. Pour commencer, la CrEDH a précisé que le média Internet bénéficiait en principe également de la protection offerte par l'art. 10 CEDH¹⁴⁴. D'importants jalons ont alors été posés par le Tribunal concernant la responsabilité des entreprises pour les commentaires publiés sur les sites Internet qu'elles hébergent¹⁴⁵. Enfin, la question de savoir si les entreprises peuvent également invoquer des éléments de la protection des données dans le cadre de la protection de la sphère privée au sens de l'art. 8 CEDH est soulevée de plus en plus souvent¹⁴⁶.

[113] Ces aspects choisis montrent que la CEDH joue un rôle crucial pour l'exercice d'activités entrepreneuriales. Si la Suisse dénonçait la CEDH, les acteurs économiques helvétiques – personnes physiques et morales confondues – ne pourraient plus déposer un recours à Strasbourg ni invoquer la jurisprudence de la CrEDH pour des questions importantes. Une première appréciation succincte montre déjà qu'une dénonciation de la CEDH apporterait des inconvénients pour les acteurs économiques suisses, du moins dans les domaines des droits de procédure, de la liberté d'opinion et de la protection de la sphère privée. Enfin, soulignons que les entreprises suisses profitent de la protection des droits de l'homme offerte par la CEDH non seulement pour leurs activités en Suisse, mais également lorsqu'elles opèrent dans un autre État membre de la CEDH et que cet État restreint leurs droits au sens de la CEDH.

¹⁴⁰ Jugement de la CrEDH *Hertel/Suisse* du 25 août 1998, n° 59/1997/843/1049

¹⁴¹ ATF 120 II 76, 81

¹⁴² ATF 125 III 185, 192

¹⁴³ Jugement de la CrEDH *Hertel/Suisse* (décision sur l'admissibilité) du 17 janvier 2002, n° 53440/99 (2002)

¹⁴⁴ Jugement de la CrEDH *Times Newspapers Ltd (n°1 et 2)/Royaume-Uni*, du 10 mars 2009, n° 3002/03 et 2367/03

¹⁴⁵ Jugement de la CrEDH *Delfi AS/Estonie* du 16 juin 2015, n° 64569/09

¹⁴⁶ Cf. à ce sujet Weber, 34.37

IV. CONCLUSIONS

[114] Une acceptation de l'initiative pour l'autodétermination entraîne trois changements de paradigmes : une modification de la hiérarchie des normes par la création de traités internationaux subordonnés, une nouvelle définition des relations entre le droit constitutionnel et le droit international ainsi qu'un principe de rétroaction. Ces changements de paradigmes ont des effets divers sur les traités internationaux à caractère économique étudiés dans le présent avis.

1. Modification de la hiérarchie des normes et subordination des traités internationaux

[115] En cas d'acceptation de l'initiative pour l'autodétermination, les traités internationaux qui n'ont pas été sujets à un référendum facultatif ou obligatoire seraient *subordonnés aux lois fédérales*. En effet, conformément aux termes de l'art. 190 Cst. proposé, le Tribunal fédéral et les autres autorités d'exécution ne seraient plus tenus de les appliquer dans le cas d'un conflit avec une loi fédérale. Selon le droit actuel en vigueur, le Tribunal fédéral est tenu d'appliquer les lois fédérales et le droit international et, par là même, l'ensemble des traités internationaux, qu'ils aient été soumis à un référendum ou non (art. 190 Cst.). La conception manifestement sous-jacente à l'art. 190 Cst. proposé, selon laquelle les traités internationaux importants feraient l'objet d'un référendum, n'apparaît pas totalement exacte dans le cas des accords économiques analysés dans le présent avis de droit¹⁴⁷ : les accords de protection des investissements et de libre-échange n'ont pour l'heure, en règle générale, pas été soumis à référendum.

[116] Avec le principe de subordination souhaité par l'initiative pour l'autodétermination pour les traités internationaux non sujets à un référendum, la Suisse resterait certes liée au niveau du droit international par les traités qu'elle a conclus avec ses partenaires. Toutefois, au niveau du droit interne, elle serait contrainte d'appliquer les lois fédérales qui entreraient en conflit avec un ALE ou un API, ce qui représenterait une menace pour la sécurité juridique de la Suisse : les investisseurs et les partenaires pourraient exiger des indemnités si leurs droits devaient être limités par les nouvelles lois fédérales. La perte de confiance qu'entraînerait la subordination des traités internationaux pourrait avoir des conséquences encore plus graves : les partenaires devraient se préparer à ce que les ALE et les API conclus avec la Suisse soient indéfiniment soumis à la réserve de nouvelles lois nationales. L'insécurité juridique qui en résulterait est diamétralement opposée aux principes centraux du droit économique international : la fiabilité contractuelle, la transparence et la prévisibilité.

[117] D'aucuns prétendent que, une fois l'initiative pour l'autodétermination acceptée, il sera possible de remédier à cette situation en soumettant les ALE et les API au référendum facultatif. Il conviendrait toutefois d'examiner les avantages et les inconvénients d'une telle démarche. Ainsi, le Conseil fédéral a proposé, il y a peu, que lui soit accordé à lui ou à l'Assemblée fédérale la compétence de conclure des accords internationaux standardisés de manière autonome et de soumettre à référendum les traités « non standardisés »¹⁴⁸. Conformément aux souhaits du

¹⁴⁷ Concernant les conflits qui en résulteraient et pour des exemples d'accords non économiques, cf. AUER ET AL., ch. 17-19

¹⁴⁸ cf. ch. [24]

Conseil fédéral, la conclusion de l'accord ITA II dans le cadre de l'OMC doit être soumise au référendum facultatif¹⁴⁹.

2. Nouvelle définition des relations entre le droit constitutionnel et le droit international

[118] Considéré de manière isolée, l'art. 56a, al. 1 Cst. proposé ne pose pas de problème. Celui-ci prévoit que la Confédération et les cantons ne contractent aucune obligation de droit international qui soit en conflit avec la Constitution fédérale. Cette disposition correspond à la pratique actuelle.

[119] En revanche, la procédure inscrite à l'art. 56a, al. 2 Cst. proposé apparaît problématique pour les traités analysés dans le présent avis. Celui-ci prévoit que, en cas de conflit d'obligations entre les traités internationaux et la Constitution, des renégociations soient menées et, en cas d'échec, que les traités internationaux soient « au besoin » dénoncés.

[120] Cette disposition entraîne une *insécurité multiple* : en raison du principe de rétroaction inscrit à l'art. 197, ch. 12 Cst. proposé, elle s'applique à tous les accords actuels. Ainsi, en cas d'acceptation de l'initiative « Pour la sécurité alimentaire » par exemple, il s'agirait d'examiner si l'ALE-Chine est compatible avec cette nouvelle disposition constitutionnelle. Or, certaines questions restent en suspens : comment déterminer s'il existe un conflit entre le droit international et la Constitution ? À qui accorder la compétence d'étudier s'il existe un tel conflit ? Quelle procédure suivre ? En revanche, les conséquences d'un éventuel conflit sont formulées de manière claire : le Conseil fédéral serait tenu de renégocier le traité avec la RP de Chine et, en cas d'échec, de dénoncer « au besoin » l'ALE. Il n'est toutefois pas précisé quels critères appliquer pour interpréter le terme « au besoin ». L'initiative pour l'autodétermination ne prévoit en tout cas pas dans une telle situation la prise en compte des intérêts globaux de la Suisse ou une pesée des divers intérêts en jeu.

[121] On ne sait pas non plus si les conséquences juridiques encourues par la Suisse en cas de violation d'un accord de libre-échange, de protection des investissements ou d'un accord OMC – telles des demandes d'indemnisation – doivent être considérées comme un « conflit » au sens de l'initiative pour l'autodétermination et, partant, entraîner les effets correspondants formulés à l'art. 56a, al. 2 Cst. proposé.

3. Principe de la rétroactivité

[122] Avec l'établissement d'une loi complète de rétroactivité, l'initiative pour l'autodétermination remet en question le principe de la bonne foi, fondement des relations entre États, et par là même le principe de fiabilité contractuelle (*pacta sunt servanda*). Certes, il n'y a pas de doute qu'il est possible de légitimer démocratiquement une telle mesure. Toutefois, il convient de considérer les conséquences qu'elle implique : que la Suisse modifie sa Constitution ou non, elle reste tenue de respecter, dans ses relations extérieures, les principes du droit international et les engagements qu'elle a conclus.

¹⁴⁹ Cf. ch. [33]

[123] D'un point de vue économique, les relations commerciales internationales et, partant, l'intégration dans le contexte international constituent les fondements de base de l'économie suisse, ouverte et de petite taille¹⁵⁰. Un cadre juridique prévisible et stable représente ainsi pour elle un élément essentiel. La rétroactivité complète que propose l'initiative pour l'autodétermination, couplée aux nombreuses questions en suspens exposées plus haut, porte atteinte à ce cadre pour les accords existants.

4. Conclusions : l'initiative pour l'autodétermination crée une insécurité juridique

[124] En conclusion, il apparaît qu'une acceptation de l'initiative pour l'autodétermination pourrait entraîner, en fonction des développements juridiques actuels, une renégociation de certains des traités analysés ici et, « au besoin », leur dénonciation si ces renégociations devaient échouer.

[125] En outre, l'initiative pour l'autodétermination entraîne, tout particulièrement pour les accords de protection des investissements et les accords de libre-échange, une *insécurité juridique systématique*. En raison de la clause de rétroactivité, cette insécurité concerne aussi bien les accords économiques existants que les accords futurs, étant donné que les ALE et les API ne seront en règle général pas soumis au référendum, comme c'est le cas actuellement.

[126] L'initiative pour l'autodétermination n'atteint ainsi pas son objectif d'amener une clarification des relations entre droit international et droit constitutionnel pour ce qui est des traités étudiés dans le présent avis. Au contraire, elle crée une *nouvelle insécurité juridique*. Cette insécurité concerne d'une part la relation entre les traités internationaux et les dispositions constitutionnelles correspondantes avec lesquelles ils entrent potentiellement en conflit et, d'autre part, les éventuels conflits entre les traités internationaux non soumis au référendum et les lois constitutionnelles. Le droit économique international reposant essentiellement sur les principes de fiabilité contractuelle, de transparence et de prévisibilité, le risque existe que l'insécurité juridique engendrée par une acceptation de l'initiative pour l'autodétermination aie des effets négatifs sur les relations économiques contractuelles de la Suisse.

Zurich, le 15 mars 2017

¹⁵⁰ Cf. SCHELBERT, 115

BIBLIOGRAPHIE ET RÉFÉRENCES

Bibliographie

- AUER ANDREAS/ BEUSCH MICHAEL/ BUCHER SILVIA/ DIGGELMANN OLIVER/ FOROWICZ MAGDALENA/ GÄCHTER THOMAS/ GRIFFEL ALAIN/ HALLER WALTER/ HÄNER ISABELLE/ JAAG TOBIAS/ KAUFMANN CHRISTINE/ KELLER HELEN/ KIENER REGINA/ MÄCHLER AUGUST/ MACLAREN MALCOLM/ MAHLMANN MATTHIAS/ MARTI ARNOLD/ MOECKLI DANIEL/ MÜLLER GEORG/ OESCH MATTHIAS/ POLEDNA TOMAS/ RAUSCH HERIBERT/ REICH JOHANNES/ SAXER URS/ SCHIESS RÜTIMANN PATRICIA M./ MARKUS/ THÜRER DANIEL/ TÖNDURY ANDREA/ UHLMANN FELIX/ VOGEL STEFAN/ WEBER-DÜRLER BEATRICE, Stellungnahme zur Volksinitiative «Schweizer Recht statt fremde Richter (Selbstbestimmungsinitiative)», dans : Jusletter, 20 février 2017 (cit. AUER ET AL.)
- BREITENMOSER STEPHAN/WALDER SALAMIN KATHARINA, Verfahrensrechtliche Fragen in Kartellrechtsfällen, dans : Hochreutener et al. (éd.), Wettbewerbsrecht: Entwicklung, Verfahrensrecht, Öffnung des schweizerischen Marktes, Zurich, 2014, 25 ss.
- CARONI ANDREA C., Finanzsanktionen der Schweiz im Staats- und Völkerrecht, Zurich/Bâle/Genève, 2008
- COTTIER THOMAS/LIECHTI-MCKEE RACHEL, Les nouvelles dispositions Swissness sont-elles compatibles avec le droit international ?, La Vie économique 10/2014, 17-19
- COTTIER THOMAS/OESCH MATTHIAS, International Trade Regulation – Law and Policy in the WTO, the European Union and Switzerland – Cases, Materials and Comments, Berne/Londres, 2005
- DELBRÜCK JOST, Das Staatsbild im Zeitalter wirtschaftsrechtlicher Globalisierung, première conférence annuelle du cycle Christian Thomasius sur le droit économique international, 23 mai 2002, Arbeitspapiere aus dem Institut für Wirtschaftsrecht, faculté de droit de l'Université Martin Luther à Halle-Wittenberg, vol. 3, 2002
- DIGGELMANN OLIVER, Verletzt die Standardabkommen-Praxis der Bundesversammlung die Bundesverfassung? Zentralblatt für Staats- und Gemeindeverwaltung, ZBl, 2014, 291 ss.
- DIGGELMANN OLIVER, Muss das Freihandelsabkommen der Schweiz mit der Volksrepublik China dem fakultativen Staatsvertragsreferendum unterstellt werden? Avis de droit, 15 février 2014
- DOLZER RUDOLPH, Wirtschaft und Kultur, dans : Graf Vitzthum Wolfgang (éd.), Völkerrecht, 5^e éd., Berlin/New York, 2010, 491 ss.
- EHRENZELLER BERNHARD ET AL. (ÉD.), Die schweizerische Bundesverfassung, St. Galler Kommentar, 3^e éd. Zurich/St-Gall, 2014 ; cit. : AUTOR, St. Galler Kommentar BV, Art. xx BV, Rz xx
- EMBERLAND MARIUS, The Human Rights of Companies – Exploring the Structure of ECHR Protection, Oxford, 2006
- GUNDEL JÖRG, § 2 Grundrechtsberechtigte, dans : Grabenwarter Christoph (éd.), Europäischer Grundrechtsschutz, Zurich/St-Gall, 2014, 109 ss.
- HERDEGEN MATTHIAS, Völkerrecht, 15^e éd., Munich, 2016

- KÄLIN WALTER/SCHLEGEL STEFAN, Schweizer Recht bricht Völkerrecht? Szenarien eines Konfliktes mit dem Europarat im Falle eines beanspruchten Vorranges des Landesrechts vor der EMRK, Berne, 2014
- KELLER HELEN/WEBER YANNICK, Folgen für den Grundrechtsschutz und verfassungsrechtliche Gültigkeit der «Selbstbestimmungsinitiative», AJP 8/2016, 1007 ss.
- MEYER-LADEWIG JENS, EMRK Europäische Menschenrechtskonvention – Handkommentar, 3^e éd., Bâle, 2011
- OESCH MATTHIAS, Aussenwirtschaftsrecht: Grundlagen, dans : Biaggini Giovanni/Häner Isabelle/Saxer Urs (éd.), Verwaltungsrecht, Zurich/Bâle/Genève, 2015, 1261 ss.
- PETERS ANNE, Völkerrecht, Allgemeiner Teil, 4^e éd., Zurich/Bâle/Genève, 2016
- PFISTERER THOMAS, Art. 56, dans : Ehrenzeller Bernhard et al. (éd.), Die schweizerische Bundesverfassung, St. Galler Kommentar, 3^e éd. Zurich/St-Gall, 2014
- REINISCH AUGUST, Internationales Investitionsschutzrecht, dans : Christian Tietje (éd.), Internationales Wirtschaftsrecht, 2^e éd., Berlin/Boston, 2015, 398-433
- RICKETSON SAM, The Paris Convention for the Protection of Industrial Property – A Commentary, Oxford, 2015
- SCHELBERT HEIDI, Die Schweiz Als Kleine Offene Volkswirtschaft, Die Unternehmung, 37/1983, 114–120
- SCHLEGEL STEFAN/SIEBER-GASSER CHARLOTTE, Der Dritte Weg zur Vierten Freiheit – Von bestehenden und künftigen Konflikten zwischen Handels- und Migrationsrecht, dans : Jusletter, 17 mars 2014
- SEITZ CLAUDIA, Grundrechtsgewährleistungen in Kartellsanktionsverfahren – Grundlegende Rechtsprechung des Schweizerischen Bundesverwaltungsgericht zur Beachtung von Grundrechten der EMRK in kartellrechtlichen Bussgeldverfahren, EuZW, 2010, 292 ss.
- THOUVENIN FLORENT/BIRCHER MARCEL/FISCHER ROLAND, Repetitorium Immaterialgüterrecht, 3^e éd., Zurich, 2016
- VILLIGER MARK E., Commentary on the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties, Leiden/Boston, 2009
- WEBER ROLF H., Rahmenbedingungen der Datensammlung, Digma 1/2016, 34-37
- ZIEGLER ANDREAS R., Wirtschaftsvölkerrecht der Schweiz: Eine Einführung unter Einschluss des Aussenwirtschaftsrechts, Berne, 2010

Références

ADMINISTRATION FEDERALE DES DOUANES AFD, circulaire, Entrée en vigueur, le 1^{er} juillet 2014, de l'accord de libre-échange bilatéral Suisse-Chine, Berne, 2014, <https://www.ezv.admin.ch/dam/ezv/fr/dokumente/archiv/a5/zirkulare_ursprung/freihandelsabkommenmitchina.pdf.download.pdf/accord_de_libre-echangeaveclachine.pdf> (consulté le 26.7.2016)

ARGUMENTAIRE DE L'UNION DEMOCRATIQUE DU CENTRE (UDC) EN FAVEUR DE L'INITIATIVE POUR L'AUTODETERMINATION, Argumentaire – Initiative populaire « Le droit suisse au lieu de juges étrangers (initiative pour l'autodétermination) » du 15 mars 2015, <https://www.svp.ch/de/assets/File/kampagnen/selbstbestimmungsinitiative/Argumentarium_Selbstbestimmungsinitiative-f.pdf> (consulté le 15.3.2017)

CONSEIL FEDERAL, Rapport du 19 novembre 2014 « 40 ans d'adhésion de la Suisse à la CEDH: Bilan et perspectives », FF 2015 353

- Message relatif à l'approbation du protocole portant amendement de l'accord sur les marchés publics de l'OMC, FF 2017, 1899
- Message concernant la révision totale de la loi fédérale sur les marchés publics, pas encore publié dans la FF
- Avant-projet et rapport explicatif concernant le contre-projet direct du Conseil fédéral à l'initiative populaire « Sortons de l'impasse! Renonçons à rétablir des contingents d'immigration » du 1^{er} février 2017
- Message portant approbation de la déclaration ministérielle sur l'expansion du commerce des produits des technologies de l'information (ATI II) et des modifications de la liste LIX-Suisse-Liechtenstein dans le domaine des produits des technologies de l'information du 11 janvier 2017, FF 2017 975
- Message relatif à l'initiative populaire « Pour la sécurité alimentaire » du 24 juin 2015, FF 2015 5273
- Message relatif à l'initiative populaire « Pour un approvisionnement en électricité et économique (initiative efficacité électrique) » du 26 février 2014, FF 2014 2345
- Message relatif à l'initiative populaire « pour une économie durable et fondée sur une gestion efficiente des ressources (économie verte) et au contre-projet indirect (modification de la loi sur la protection de l'environnement) du 12 février 2014, FF 2014 1751
- Message relatif à l'approbation de l'accord de libre-échange entre la Suisse et la Chine et de l'accord sur la coopération en matière de travail et d'emploi entre la Suisse et la Chine du 4 septembre 2013, FF 2013 7325
- Message relatif à l'initiative populaire « Contre l'immigration de masse » du 7 décembre 2012, FF 2013 279
- Message relatif à l'approbation des modifications de la Liste LIX-Suisse-Liechtenstein dans le domaine des produits des technologies de l'information du 11 janvier 2012, FF 2012 987

- Message concernant l'approbation des modifications de la Liste LIX-Suisse-Liechtenstein dans le domaine des produits pharmaceutiques du 12 janvier 2011, FF 2011 1719
- Message relatif à la modification de la loi sur la protection des marques et à la loi fédérale sur la protection des armoiries de la Suisse et autres signes publics (projet « Swissness ») du 18 novembre 2009, FF 2009 7711
- Message concernant les accords de promotion et de protection réciproque des investissements avec la Serbie-et-Monténégro, la Guyane, l'Azerbaïdjan, l'Arabie saoudite et la Colombie du 22 septembre 2006, FF 2006 8023
- Message concernant la révision partielle de la liste d'engagements de la Suisse notifiée à l'OMC dans le domaine des technologies de l'information, rapport sur la politique extérieure 97/1+2 et messages concernant des accords économiques internationaux ainsi que des modifications de la liste d'engagements de la Suisse notifiée à l'OMC du 19 janvier 1998, FF 1998 1066
- Message relatif à l'approbation des accords du GATT/OMC (cycle de l'Uruguay) du 19 septembre 1994 (message GATT 1), FF 1994 IV 1
- Message relatif à une nouvelle constitution fédérale du 20 novembre 1996, FF 1997 I 1

DEPARTEMENT FEDERAL DE JUSTICE ET POLICE, DFJP, Rapport explicatif relatif à un arrêté fédéral concernant trois traités en matière de brevets et à la modification de la loi fédérale sur les brevets d'invention du 29 octobre 2001,
 <https://www.ejpd.admin.ch/dam/data/ejpd/aktuell/news/2001/2001-12-07/011207a_ber-f.pdf>
 (consulté le 15.03.2017) (cit.: DFJP, Rapport explicatif)

OFFICE FEDERAL DE LA JUSTICE, rapport du 29 août 2014, Évolution de la pratique adoptée par le Conseil fédéral et l'Assemblée fédérale, depuis 2003, en matière de référendum facultatif des traités internationaux

SECRETARIAT D'ÉTAT A L'ECONOMIE SECO, fiche d'information, Accord de libre-échange Suisse-Chine, Berne 2014,
 <https://www.seco.admin.ch/dam/seco/fr/dokumente/Aussenwirtschaft/Wirtschaftsbeziehungen/Freihandelsabkommen/Partner%20weltweit/China/weitere_informationen/factsheet_FHA_Schweiz_China_29_4_14.pdf.download.pdf/F_factsheet_FHA_Schweiz_China_29_4_14.pdf>
 (consulté le 15.3.2017) (cit. : SECO, fiche d'information)

- Rapport du Groupe de travail relatif à la révision de certaines dispositions employées pour la négociation d'accords de protection des investissements (API), présentation des résultats, 7 mars 2016,
 <https://www.seco.admin.ch/seco/fr/home/Aussenwirtschaftspolitik_Wirtschaftliche_Zusammenarbeit/Wirtschaftsbeziehungen/Internationale_Investitionen/Vertragspolitik_der_Schweiz.html> (consulté le 27.9.2016) (cit. : SECO, groupe de travail API)