

Conférence de presse
**« Initiative pour l'autodétermination : conséquences pour
l'économie »**

economiesuisse

Berne, le 6 avril 2017

Professeur Christine Kaufmann, Université de Zurich

Seul le texte prononcé fait foi.

Mesdames, Messieurs,

economiesuisse m'a, comme vous l'avez appris, confié l'élaboration d'un avis de droit sur les incidences juridiques que l'initiative pour l'autodétermination pourrait avoir sur certains traités internationaux pertinents pour l'économie. Permettez-moi de vous résumer les résultats de ce travail.

Mes explications comportent trois volets : le mandat et le contexte de l'avis de droit, la démarche méthodologique et enfin les résultats, en résumé.

1. Mandat et contexte

Succinctement, le mandat et le contexte couvrent cinq traités et la sécurité du droit.

En tant que petite économie de marché ouverte sur le monde, la Suisse est particulièrement touchée par les effets de la mondialisation et dépendante de marchés accessibles. Mais qui dit marchés ouverts dit aussi règles claires respectées par tous les partenaires. En ces termes, la secrétaire d'État Marie-Gabrielle Ineichen-Fleisch a bien résumé la situation dans une

interview publiée samedi dernier par la NZZ. C'est aussi pour cette raison que la Suisse a signé de nombreux traités internationaux traitant de questions économiques.

Dans ce contexte, *economiesuisse* a commandé un **avis de droit**, afin d'examiner les éventuelles incidences juridiques de l'initiative pour l'autodétermination sur les traités internationaux pertinents pour l'économie suisse. L'étude n'a pas porté sur l'ensemble des traités internationaux conclus par la Suisse, mais sur **cinq** d'entre eux, choisis par le mandant :

- (1) les accords en lien avec l'**Organisation mondiale du commerce (OMC)**,
- (2) l'**accord de protection des investissements** entre la Suisse et les Émirats arabes unis,
- (3) l'**accord de libre-échange** entre la Suisse et la République populaire de Chine,
- (4) la **convention de Paris** pour la protection de la propriété industrielle et
- (5) la convention internationale sur le **Système harmonisé** – un traité technique, mais dans la pratique très important par rapport à l'Organisation mondiale des douanes.

L'objectif de l'avis de droit était de clarifier, pour le compte d'*economiesuisse*, comment une acceptation de l'initiative pour l'autodétermination pourrait affecter ces accords du point de vue juridique, en particulier au regard de l'**insécurité de droit**.

À titre complémentaire, l'étude devait également relever certains aspects de la protection par la Convention européenne des droits de l'homme (CEDH) essentiels pour l'exercice des activités entrepreneuriales.

Mesdames et Messieurs, je rappelle ici qu'il s'agit d'un **avis de droit**. Celui-ci **exclut** toute appréciation des conséquences économiques éventuelles car pour être crédible, un tel travail devrait être confié non pas à des juristes, mais aux économistes et aux acteurs de l'économie. L'avis de droit est **une** des bases de cette appréciation, sur laquelle Madame Rühl s'exprimera plus tard.

Avant de passer à la démarche méthodologique, permettez-moi une parenthèse qui me semble importante pour bien comprendre le droit économique international. Certains des traités que j'ai cités sont très techniques, d'autres se limitent à quelques dispositions succinctes. Mais tous ont un point commun : ils reposent sur deux piliers irremplaçables du droit économique international au sens large.

- (1) Le premier est la **bonne foi**. Ce qui a été convenu doit être honoré. L'une des particularités du droit économique international est que les États conviennent dans un premier temps de quelques principes fondamentaux quant au contenu, par exemple la non-discrimination. Les partenaires signataires et leurs acteurs économiques peuvent compter sur ces principes et voient donc aussi leurs attentes légitimes juridiquement protégées. Une approche justifiée notamment par le fait que la sécurité du droit est un facteur capital pour la sécurité en matière de planification, permettant aux entreprises de planifier aussi à moyen et à long terme, par exemple pour leurs investissements.
- (2) Le deuxième pilier concerne le **règlement des différends**. Même si les États conviennent de quelques principes quant au fond et sont

disposés à respecter l'accord conclu selon le principe de la bonne foi, il peut y avoir des modifications ou des violations des traités. Pour éviter là encore les mauvaises surprises, les accords économiques prévoient des procédures spéciales de règlement des différends, recourant généralement à des **tribunaux arbitraux**.

Comme vous le voyez, nous devons faire face à un cadre très dynamique dans l'économie mondialisée. Le droit économique est aujourd'hui orienté de manière à créer des conditions-cadre juridiques stables et prévisibles pour ces transformations dynamiques.

2. Démarche méthodologique

Passons à présent à la **démarche méthodologique**. En introduction, l'avis de droit explique brièvement le contenu de l'initiative pour l'autodétermination et d'autres interventions en suspens sur le rapport entre droit international et national.

Ensuite, il examine les incidences juridiques potentielles de l'initiative pour l'autodétermination sur chacun des exemples choisis par le mandant. L'avis de droit résume d'abord succinctement les principales caractéristiques des traités, puis montre les points de connexion juridiques possibles avec l'initiative pour l'autodétermination. Les réflexions tiennent en partie aussi compte des interventions en cours afin d'illustrer les explications qui, par la force des choses, restent théoriques. Il va sans dire que ces scénarios sont de nature hypothétique, mais cela ne change rien au fait qu'ils aident à comprendre les éventuelles incidences juridiques.

3. Résumé des principaux résultats

Après ces remarques préliminaires, passons aux principaux résultats. L'une des dispositions de l'initiative pour l'autodétermination ne sera pas traitée plus avant car elle ne pose aucun problème. Il s'agit du nouvel art. 56a, al. 1 Cst. proposé pour intégrer au droit constitutionnel ce qui relève déjà de la pratique : « La Confédération et les cantons ne contractent aucune obligation de droit international qui soit en conflit avec la Constitution fédérale. »

Tournons-nous à présent vers les éléments plus délicats de l'initiative pour l'autodétermination. Je commence par les **trois** conclusions générales avant d'aborder des aspects choisis des cinq traités étudiés.

- (1) La première est qu'une acceptation de l'initiative pour l'autodétermination peut, selon les développements du droit, mettre la Suisse dans l'**obligation de mener de nouvelles négociations ou des négociations complémentaires** pour certains des traités examinés. Un échec de ces négociations nécessiterait « **au besoin** », selon l'initiative pour l'autodétermination, de résilier ces traités. L'initiative pour l'autodétermination n'indique cependant pas qui sera compétent pour constater un conflit entre le droit constitutionnel et le droit international. Elle n'explique pas davantage ce qu'il faut entendre par « au besoin ». La dénonciation doit-elle s'effectuer automatiquement ? Les intérêts généraux du pays seront-ils pris en compte dans les réflexions ?
- (2) Le deuxième résultat concerne les traités internationaux non soumis au référendum et donc, d'après la pratique en vigueur, la majorité des accords pertinents pour l'économie. En cas d'acceptation de l'initiative pour l'autodétermination, ils deviendraient des **traités internationaux « subordonnés »** en vertu du nouvel art. 190 Cst.

Concrètement, **tous les accords de libre-échange et de protection des investissements** en conflit avec une disposition de la Constitution ou – comme en conclut l’avis – une loi fédérale, ne relèveraient alors plus du droit applicable pour le Tribunal fédéral et les autres autorités. À cause de la clause de rétroactivité de l’initiative pour l’autodétermination, cette réglementation – qui ne concerne toutefois que le rapport interne à la Suisse – s’appliquerait aussi aux accords existants.

- (3) La troisième conclusion générale se rapporte à l’**obligation de rétroactivité**. Mesdames et Messieurs, j’ai au début tenté d’esquisser les piliers sur lesquels repose le droit économique international. La règle de la bonne foi, et avec elle le principe de fidélité au contrat (*pacta sunt servanda*), font partie de ce fondement. L’obligation de rétroactivité telle que prévue par l’initiative pour l’autodétermination n’est guère compatible avec cela car en remettant en question des conventions négociées précédemment, elle cause de l’insécurité.

Ces résultats montrent qu’il existe un risque d’insécurité juridique à plusieurs égards.

Sur le fond se pose la question quelles règles sont applicables : celles du droit international ou celle du droit suisse ? En plus, il n’est pas défini de qui relève la **compétence** en vue de la clarification. Du Tribunal fédéral ? Il n’est pas davantage réglé quelle **procédure** à suivre en la matière et qui peut la déclencher.

Ces insécurités juridiques affectent les traités pertinents pour l’économie à des degrés divers. Laissez-moi relever quelques cas spécifiques en guise d’illustration.

La **convention de Paris pour la protection de la propriété industrielle** est un exemple « simple ». L'avis de droit conclut qu'aucun problème n'apparaît pour l'instant.

La situation apparaît moins certaine en ce qui concerne les accords de l'**OMC**. Ces accords, qui font partie d'un « paquet ficelé de traités » signés par la Suisse lors de son adhésion, ont été soumis au référendum facultatif. Le Tribunal fédéral et les autorités exécutives seraient donc toujours tenus de les respecter, conformément à l'art. 190 Cst. proposé par l'initiative pour l'autodétermination. Des questions subsistent toutefois concernant les conséquences qu'engendrerait l'acceptation d'une initiative populaire qui serait en conflit avec les accords de l'OMC. Prenons comme exemple hypothétique l'initiative en suspens « pour des aliments équitables » qui, selon le Conseil fédéral, pourrait entrer en conflit avec l'accord GATT de l'OMC. Supposons que, comme le prévoit le Conseil fédéral, l'initiative soit acceptée par le peuple et par les Cantons et qu'elle soit mise en œuvre à la lettre. Selon l'art. 5, al. 4 Cst. de l'initiative pour l'autodétermination, dans un tel cas de figure, le droit constitutionnel primerait le droit international. Il serait nécessaire, selon l'initiative pour l'autodétermination (art. 56a, al. 2 Cst.) de mener des négociations afin de résoudre les **conflits entre la Constitution et les accords de l'OMC** engendrés par l'initiative « pour des aliments équitables ». Parallèlement, l'art. 190 prévoit que le Tribunal fédéral et les autorités exécutives sont tenus d'appliquer les traités internationaux soumis à référendum et donc aussi l'accord GATT de l'OMC. Comment procéder alors ? Le Conseil fédéral devrait-il essayer de renégocier l'accord GATT ? Que se passerait-il s'il n'y parvenait pas ? L'accord GATT faisant partie d'un « paquet ficelé de traités » obligatoires pour l'ensemble des membres de l'OMC, il ne pourrait être dénoncé

isolément. Si la Suisse devait considérer cette option, elle remettrait également en question sa qualité de membre de l'OMC.

Comment s'agirait-il de traiter dans l'intervalle les produits qui ne correspondent pas aux normes de l'initiative « pour des aliments équitables » ? Quel droit appliquer ? Le droit suisse, aux standards plus stricts, ou le droit de l'OMC ?

Dans les relations entre la Suisse et les autres Etats membres de l'OMC, c'est le droit de l'OMC qui prévaut, indépendamment des réserves que pourrait prévoir le droit suisse à son égard. Si un Etat membre devait considérer que les nouvelles dispositions de la Suisse violent les accords de l'OMC, il pourrait engager une procédure contre la Suisse devant les organes de règlement des différends.

Pour terminer, j'aimerais aborder le cas des **accords de protection des investissements**. La particularité de ces accords réside dans le fait que, bien qu'ils soient conclus entre des Etats, ils contiennent également des droits et des obligations pour les entreprises et les investisseurs privés. Ils comportent donc un lien juridique direct entre les accords et les activités des entreprises.

L'avis de droit s'intéresse à l'accord de protection des investissements (API) conclu entre la Suisse et les **Émirats arabe unis**. Cet accord se fonde sur le modèle d'accord traditionnel que la Suisse a appliqué jusqu'en 2012. Contrairement aux accords plus récents de protection des investissements, cet accord ne contient pas de garanties relatives aux principes de durabilité. Il s'agit là, dans le contexte de l'initiative pour l'autodétermination, d'un point capital : une initiative populaire à visée environnementale pourrait, par exemple, prévoir des normes suisses plus strictes, qui pourraient entraîner des frais élevés pour les investisseurs et ainsi entrer en conflit avec l'API. Les accords de protection des

investissements n'ayant jusqu'ici pas été soumis au référendum, le Tribunal fédéral et les autorités d'exécution ne seraient pas tenus de les appliquer en cas de conflit avec la Constitution, conformément l'initiative pour l'autodétermination. Un investisseur étranger serait contraint de s'adresser au tribunal arbitral prévu dans l'accord afin d'engager une procédure contre la Suisse et de clarifier la situation juridique. Si le tribunal arbitral devait alors juger la modification législative de la Suisse contraire à l'API, l'investisseur étranger pourrait obtenir une indemnisation. L'initiative pour l'autodétermination ne précise pas si une telle situation doit être interprétée comme un « conflit contre la Constitution », contraignant le Conseil fédéral à entamer des renégociations de l'accord et, au besoin, à le dénoncer.

Mesdames et Messieurs, vous l'aurez compris, mon exposé contient davantage de questions que de réponses. Je me sens à vrai dire un peu comme à l'université, où, après avoir présenté les différentes solutions possibles d'un cas, je sais avec certitude qu'un étudiant va me demander : « oui, mais que faire maintenant ? » L'avis de droit arrive à la conclusion que l'initiative pour l'autodétermination soulève de nombreuses interrogations pour lesquelles il n'y a pas de réponse évidente. En ce qui concerne les accords étudiés, **un seul** dénominateur commun apparaît : le **risque pour la sécurité juridique**. Un cadre juridique instable est difficilement compatible avec le droit économique international, qui se fonde principalement sur des principes et des procédures sûrs et prévisibles. Une clarification serait ainsi de l'intérêt de toutes les parties, et **doit** avoir lieu au plus tard dans les cas litigieux. L'initiative pour l'autodétermination ne précise pas qui serait chargé d'apporter une telle clarification ni par quelles procédures. L'avis de droit montre que, dans le

cas des traités étudiés, un rôle important serait accordé non seulement au Conseil fédéral, mais aussi aux tribunaux arbitraux internationaux.

Pour les entreprises suisses, des questions subsistent alors quant aux effets que cette insécurité juridique peut avoir sur leurs activités et, plus généralement, sur l'économie suisse. Ces aspects économiques ne sont pas abordés par l'avis de droit, raison pour laquelle je passe à présent la parole à Mme Rühl.