

Résumé

de l'avis de droit sur la question de soumettre au référendum obligatoire "l'Accord facilitant les relations bilatérales entre l'Union européenne et la Confédération suisse dans les parties du marché intérieur auxquelles la Suisse participe"

rédigé sur mandat d'Andreas Honegger, du prof. Martin Janssen et du conseiller national Gregor Rutz.

"L'Accord facilitant les relations bilatérales entre l'Union européenne et la Confédération suisse dans les parties du marché intérieur auxquelles la Suisse participe" ("accord institutionnel" dans ce qui suit), respectivement son autorisation par l'Assemblée fédérale doit être soumis au référendum obligatoire. Cet accord doit donc être approuvé par le peuple et les cantons.

Référendum obligatoire pour les traités internationaux

L'obligation de l'Assemblée fédérale de soumettre l'accord institutionnel au référendum obligatoire résulte de l'art. 140 al. 1 lt. b cst. La participation de la Suisse à l'accord institutionnel répond à toutes les conditions d'une adhésion à une organisation supranationale. Cet accord comporte toutes les caractéristiques d'une organisation supranationale au sens de la disposition constitutionnelle citée:

1. L'accord institutionnel institue des organes indépendants des partenaires contractuels. D'une part, la Commission européenne agit face à la Suisse comme une autorité de surveillance indépendante, car elle peut unilatéralement déclencher une procédure de règlement de litige devant un tribunal arbitral dans le cadre duquel la Cour de justice UE (CJUE) décide définitivement si le litige concerne le droit de l'Union. La CJUE et le tribunal arbitral lui-même sont des organes indépendants des gouvernements des partis contractuelles.
2. L'obligation faite à la Suisse de reprendre dynamiquement des dispositions juridiques de l'UE a pour effet que, dans le champ d'application de l'accord institutionnel, la procédure législative ordinaire de l'UE basée sur des décisions prises selon les règles de la majorité s'applique également. La Suisse dispose dans ce processus d'un certain droit de participation, mais non pas d'un droit de codécision et encore moins d'un droit de veto. Elle peut certes refuser la reprise de nouveaux textes de loi UE, par exemple dans le cadre d'un vote référendaire. Lesdites mesures de compensation prévues dans l'accord institutionnel confirment cependant d'une manière très effective le caractère obligatoire de la reprise de droit par la Suisse, car le Parlement, de même que les citoyennes et les citoyens sont en permanence et de manière latente mis sous pression afin qu'ils acceptent le nouveau droit.

3. Les accords concernés par l'accord institutionnel, soit en particulier l'accord de libre circulation des personnes (ALCP), contiennent de nombreuses dispositions applicables directement et directement contraignantes pour les individus et les autorités. L'applicabilité directe et l'effectivité des prescriptions sont garanties par l'obligation ancrée dans l'accord institutionnel d'interpréter parallèlement les dispositions du droit de l'Union. Le Tribunal fédéral donne de surcroît à l'ALCP la priorité sur tout le droit national (ATF 142 II 35 c. 3.2), si bien que le caractère obligatoire de cet accord ne peut même pas être remis en question par des normes constitutionnelles nationales. On trouve par ailleurs dans l'accord institutionnel quelques dispositions applicables directement du droit concernant les aides publiques dans le domaine des transports aériens.
4. La conception ouverte à l'intégration de l'accord institutionnel donne aux organes de l'UE de larges compétences matérielles qui sont garanties aussi bien par l'efficace mécanisme de sanction sous la forme de mesures de compensation que par la menace d'une résiliation de l'accord institutionnel.

Référendum obligatoire sui generis en matière de traités internationaux

Même si on niait le caractère supranational de l'accord institutionnel, l'autorisation de l'Assemblée fédérale devrait être soumise sui generis au référendum pour les traités internationaux. Ce principe est reconnu dans la pratique du droit public sur la base des cas précédents, c'est-à-dire l'adhésion à la Société des Nations (1920), l'accord de libre-échange Suisse-UE (1971) et de l'adhésion à l'espace économique européen (EEE).

L'importance exceptionnelle du point de vue du droit public de l'accord institutionnel, qui justifie l'application sui generis du référendum pour les traités internationaux, résulte, d'une part, des éléments supranationaux mentionnés plus haut; d'autre part, on constate de plusieurs points de vue que cet accord se superpose à la Constitution fédérale. La procédure d'autorisation de traités internationaux par le peuple et les cantons est toujours influencée par l'obligation de reprendre dynamiquement du nouveau droit UE. En outre, la procédure de règlement des litiges devant un tribunal arbitral et impliquant la CJUE affecte la position du Tribunal fédéral comme autorité judiciaire suprême de la Confédération (art. 188 al.1 cst) et l'indépendance de celui-ci (art. 191 c cst.). du fait que la Suisse pourrait subir des sanctions à la suite de jugements du TF. Enfin, les compétences des cantons seraient restreintes par les règles sur les aides publiques.

La conclusion de cette réflexion est confirmée par la codification avec un nouvel art. 140 al. 1 lt. b^{bis} cst. de la pratique étatique proposée par le Conseil fédéral et actuellement débattue au niveau de la politique du droit. En vertu de ce projet, le rang constitutionnel doit être admis notamment si les dispositions en question concernent les droits politiques, les rapports entre la Confédération et les cantons ainsi que l'organisation ou les compétences des autorités fédérales. Tel est le cas pour les dispositions de l'accord institutionnel, car celles-ci agissent sur la liberté de vote (art. 34 al. 2 cst.) lors de votations référendaires et sur les compétences d'autorisation de l'Assemblée fédérale en raison de l'obligation faite à la Suisse de reprendre dynamiquement du droit UE. La position du Tribunal fédéral est elle aussi touchée. Enfin, les rapports entre la Confédération et les cantons subissent également des changements en raison des règles sur les aides publiques.