

Runder Tisch: Die bilateralen sektoriellen Verhandlungen mit der EU

Table ronde: Les négociations bilatérales sectorielles entre l'UE et la Suisse

LUZIUS MADER*

Einleitung

Welche Herausforderungen das internationale Recht, und speziell das Recht der Europäischen Union, für die Qualität des schweizerischen Rechts stellt, wird zurzeit insbesondere in Zusammenhang mit den sektoriellen Abkommen zwischen der Schweiz und der EU deutlich. Ich freue mich, diese Problematik in einer Podiumsdiskussion vertiefen zu können. Die vier Gäste, die an der heutigen Diskussion teilnehmen, sind in der Lage, uns bestens über die legislativen Probleme in Zusammenhang mit der Genehmigung und Umsetzung der bilateralen Abkommen zu informieren. Sie haben zum Teil bei den Verhandlungen mitgewirkt. Vor allem aber sind sie mit der Umsetzung der Abkommen sowie mit der Vorbereitung der Begleitmassnahmen betraut.

Erika SCHMIDT (Leiterin der Abteilung Recht im Bundesamt für Gesundheit) hat sich vor allem mit Umsetzungsfragen im Bereich des freien Personenverkehrs befasst.

Daniel FELDER (Rechtsdienst Integrationsbüro) hat den ganzen Verhandlungsprozess begleitet und war intensiv mit der Erarbeitung der Botschaft wie auch mit der Konzeption der verschiedenen Erlasse im Zusammenhang mit den bilateralen Abkommen beschäftigt.

* Prof. Dr. iur. LL.M., Vizedirektor des Bundesamtes für Justiz, moderierte die Table ronde.

Ridha FRAOUA (Bundesamt für Justiz) hat dieses Dossier im Rahmen der so genannten begleitenden Rechtsetzung bearbeitet. Er hat sich vor allem mit Fragen des gesetzgeberischen Vorgehens und mit der Referendumsproblematik auseinandergesetzt.

Jean-Christophe GEISER (Bundesamt für Justiz) ist für das Bundesgesetz über die Freizügigkeit der Anwältinnen und Anwälte verantwortlich, eine der Umsetzungsgesetzgebungen. Dieses Gesetz ist zum Teil EU-rechtlich indiziert; der Handlungsbedarf ist aber hauptsächlich innerstaatlich begründet.

Ich stelle mir vor, dass die Referentin und die Referenten in einer ersten Runde die hauptsächlichsten Probleme und Schwierigkeiten, aber vielleicht auch die Chancen der Thematik „Genehmigung der sektoriellen Abkommen, Umsetzung und Begleitmassnahmen“ kurz aus ihrer Sicht darstellen. Die sich herauskristallisierenden Hauptthemen werden wir dann in der folgenden Diskussion aufgreifen können.

* * * * *

DANIEL FELDER*

Je vais essayer de broser à grands coups de pinceau le sujet tel qu'il m'est apparu de l'extérieur. N'ayant pas pu participer au reste de la journée, j'espère ne pas répéter ce qui a déjà été dit.

J'ai été provoqué en lisant la présentation qui a été faite de cette journée dans la dernière livraison de LeGes où la question suivante est posée: peut-on influencer sur la qualité du droit international et, le cas échéant, comment? Compte tenu, d'une part, de l'influence croissante du droit communautaire sur le droit suisse et, d'autre part, de la mauvaise lisibilité du droit laborieusement élaboré par les Quinze, certaines personnes

* Avocat, LL.M., Chef du Service juridique, Bureau de l'intégration DFAE/DFE. Les vues exprimées ne reflètent pas nécessairement celles de l'Administration fédérale.

voudraient que la qualité suisse soit exportée dans l'UE. Le droit communautaire n'est évidemment pas du droit international. C'est un droit sui generis, un droit constitutionnel des parties contractantes, un droit supranational. Pour être provocateur à mon tour, je dirais que la meilleure façon pour la Suisse d'influer sur la qualité de ce droit, ce serait de devenir membre de l'Union européenne...

La qualité rédactionnelle des textes législatifs est une préoccupation de la Communauté depuis de longues années. Vous avez sûrement constaté à quel point le droit communautaire est difficilement accessible et lisible. En 1997, grâce à une déclaration qui a été jointe au traité d'Amsterdam, on a initié des travaux sérieux pour y remédier. Un accord interinstitutionnel entre le Parlement européen, le Conseil et la Commission a été adopté le 22 décembre 1998 (JOCE n. C 73 p. 1, du 17 mars 1999). Sur beaucoup de questions légistiques, cet accord est, je crois, extrêmement intéressant. Mais je n'en parlerai pas parce que ce n'est pas ma spécialité et parce que je tiens à respecter mon temps de parole.

On peut distinguer dans la problématique qui nous intéresse des aspects formels et des aspects matériels. J'ai parlé d'abord des aspects formels et de la qualité proprement dite du droit communautaire. Mais il faut aussi parler de l'influence toujours grandissante de l'acquis communautaire. On voit dans les accords sectoriels qui ont été négociés récemment une marque très forte de l'acquis communautaire. Cela a une incidence sur la qualité du droit international qui nous lie à l'UE, puisque la plupart de ces accords établissent au minimum une équivalence du droit suisse par rapport au droit communautaire. Dans les sept accords, on a des références à des dispositions de l'acquis communautaire et on doit reprendre certaines dispositions du Traité de Rome de 1957, ce qui peut entraîner des difficultés de lecture. La Communauté impose le fait que nous reprenions les formulations du droit communautaire de manière à éviter que dans les accords internationaux qui lient la Communauté et les Etats membres (au même titre que le reste de l'acquis communautaire), il y ait une terminologie qui soit différente des traités fondateurs. Pour cette raison, on traîne quelques boulets. Les formules utilisées au cours des 40 ans d'existence de la Communauté ne sont pas toujours limpides. A six, c'était déjà difficile de trouver des formulations communes. Evidemment, au cours des dernières années, à quinze, c'est encore plus difficile de trouver des formulations claires qui satisfassent tous les Etats

membres. L'ambiguïté de tels textes résulte généralement des compromis négociés.

J'aimerais aborder en deux mots un aspect matériel de ce défi du droit international pour la Suisse dans ses relations avec l'UE : la question de l'égalité des parties contractantes. Au cours des 30 dernières années, on a dû constater que l'égalité des parties contractantes n'est plus un principe pouvant être garanti de la même manière qu'il y a 50 ans, voire au siècle dernier. Aujourd'hui, lorsque la Suisse ou le Canada conclut un accord avec les Etats-Unis, il y a une différence de taille des parties qui va influencer de manière déterminante sur certains aspects de l'accord.

Est-ce que toutes les parties contractantes ont toujours le même poids ? La question de l'inégalité de taille des parties contractantes est un problème qui se pose toujours plus avec le renforcement progressif irréversible de l'UE. On a vu une évolution avec l'Espace économique européen. On avait sept Etats AELE d'un côté et les Douze de l'autre. Malgré cet équilibre presque réalisé, on a atteint un résultat boiteux. Il faut dire que l'on n'est plus dans des accords de coopération ou dans des accords internationaux de type classique ; on est dans des accords de type associatif. Ce n'est pas un accord de fusion où les deux parties sont sur pied d'égalité, mais on a une partie qui associe et des associés. En l'occurrence dans l'EEE, on devait avoir un associant et sept associés. Vous savez ce qui s'est produit au lendemain de l'entrée en vigueur de l'EEE avec le passage de trois des Etats de l'AELE en tant qu'Etats membres de l'UE. Aujourd'hui, l'EEE ce sont les Quinze d'un côté, la Norvège, l'Islande et le Liechtenstein de l'autre.

Si l'on veut conclure des accords avec la Communauté, il faut respecter certaines règles. Depuis le tout début de la Communauté, ces règles sont les mêmes. Primo, c'est la priorité au développement interne de la Communauté. Secondo, c'est la sauvegarde de l'autonomie de ce développement. L'accord international ne doit pas bloquer le développement du droit communautaire. Et la troisième priorité, c'est l'équilibre des avantages et des obligations pour les deux parties. Là encore, on se heurte au problème de la taille des marchés. Il est évident que l'accès pour les opérateurs suisses à un marché communautaire composé de 380 millions d'habitants a un autre intérêt pour la Suisse que l'accès pour les opéra-

teurs économiques communautaires au marché suisse, dont la taille est réduite même si le pouvoir d'achat y est fort.

Si on prend dans les sept accords celui qui montre de manière la plus flagrante les difficultés que peuvent poser cette différence de taille des marchés, c'est l'accord sur le transport aérien. Toutefois, cet accord doit être considéré comme tout à fait atypique parce que c'est un accord d'intégration. La Suisse reprend tout l'acquis communautaire dans le domaine du transport aérien et reconnaît la compétence des institutions communautaires pour surveiller et sanctionner l'application de ce droit. Cet aspect n'est pas révolutionnaire dans la mesure où la doctrine des effets qui est généralement appliquée dans le domaine du droit de la concurrence est aussi reconnue en droit suisse. On peut frapper les comportements qui violent les règles de concurrence là où ils ont des effets et donc indépendamment de tout accord international. Les institutions communautaires ont déjà sanctionné des opérateurs économiques suisses pour des comportements qui avaient des effets sur le territoire de la Communauté.

Par ces quelques éléments, j'espère vous avoir démontré la complexité croissante des relations entre le droit suisse et le droit communautaire.

* * * * *

ERIKA SCHMIDT*

Ich hatte mich mit der konkreten Umsetzung der gegenseitigen Diplomanerkennung als Teilaspekt des freien Personenverkehrs zu befassen; in diesem Zusammenhang war das Bundesgesetz über die Freizügigkeit des Medizinalpersonals zu revidieren.

* Dr. iur., Leiterin Abteilung Recht, Bundesamt für Gesundheit.

Damit soll die gesetzliche Grundlage für die staatliche Anerkennung der FMH-Fachtitel geschaffen werden. Wie Sie wissen, ist in der Schweiz die Grundausbildung der medizinischen Berufe staatlich geregelt; abgeschlossen wird mit einem eidgenössischen Diplom. Die Weiterbildung wird jedoch durch die privaten Berufsorganisationen besorgt, welche bislang private Titel verliehen. Für die Freizügigkeit im EU-Raum genügen diese privaten Titel nicht. Sie müssen vom Bund anerkannt bzw. eidgenössisch sein.

Mit dieser Revision mussten die sieben sektoriellen Richtlinien im EU-Bereich für die verschiedenen medizinischen Berufe (Ärzte, Zahnärzte, Tierärzte und Apotheker) ins Landesrecht umgesetzt werden. Es waren aber auch die Wünsche und Ängste der betroffenen medizinischen Kreise in der Schweiz zu berücksichtigen. Diese befürchten nämlich, dass es nach Inkrafttreten der Abkommen zu einem grossen Zustrom von Medizinalpersonen aus dem EU-Raum in die Schweiz kommen würde. Vor allem die Ärzte rechnen mit Tausenden von Gesuchen um Praxiszulassung. So hat sich zum Beispiel im Fürstentum Liechtenstein nach dem Beitritt zum EWR die Zahl der Zahnarztpraxen verdoppelt. Die ärztlichen Kreise in der Schweiz wollen deshalb, dass möglichst hohe Schranken gesetzt werden. Es werden flankierende Massnahmen verlangt, welche den befürchteten Zustrom etwas abbremsen sollen.

Eine weitere Rahmenbedingung war, dass der Bund im Bereich der Weiterbildung des Medizinalpersonals nicht generell über Gesetzgebungskompetenz verfügt. Letztere besteht nur dort, wo die Weiterbildung eine Voraussetzung für die Praxiszulassung ist. Hier sind wieder die sektoriellen Richtlinien der EU massgebend. Wird in der EU für die Ausübung der betreffenden Berufe ein Weiterbildungstitel verlangt, können wir dies auch entsprechend in der Schweiz tun. Wenn die Richtlinien dagegen bereits das Diplom nach der Ausbildung als genügend für die selbstständige Berufsausübung anerkennen, dann müssen wir dies in der Schweiz ebenso halten. Die Ärzterichtlinie 93/16 verlangt für die Tätigkeit als Arzt oder Ärztin im Rahmen der Sozialversicherung eine 2-jährige, minimale spezifische Ausbildung in Allgemeinmedizin. Dieses Erfordernis ist allgemein unter dem Ausdruck Eurodoc bekannt. Es hat im neuen KVG und dessen Ausführungsverordnungen Eingang gefunden. Weil die EG-Richtlinie von den Ärzten eine Weiterbildung verlangt, kann die Schweiz die Fachtitel für Ärzte im Rahmen der Weiterbildung,

welche bislang von der FMH verliehen worden sind, als eidgenössisch anerkennen. Das heisst, dass im Bereich der Ärztereinbildung eidgenössische Fachtitel verliehen werden können.

Bei den anderen medizinischen Berufen ist die Lage anders. Für Zahnärzte, Tierärzte und Apotheker genügt nach den sektoriellen Richtlinien bereits das Diplom. Wir mussten dies entsprechend für die Schweiz übernehmen.

Eine gewisse Unsicherheit bestand bezüglich der Berufsausübungsanforderungen an die Apotheker. Artikel 2 Absatz 2 der EG-Richtlinie 85/433 für Apotheker besagt, dass für die Neueröffnung einer Apotheke unter Umständen eine Weiterbildung verlangt werden kann. Der Apothekerverband vertrat die Meinung, dass diese Bestimmung auch der Schweiz gestatte, eine Weiterbildung zu verlangen und so die Hürden für die Eröffnung einer Apotheke in der Schweiz höher zu setzen. Unsere Nachforschungen in den Kommentaren haben dann aber ergeben, dass diese Bestimmung nur für diejenigen Länder anwendbar ist, wo eine Weiterbildung bereits seit längerer Zeit Voraussetzung für die Neueröffnung von Apotheken ist. Da dies für die Schweiz nicht zutrifft, können wir uns nicht auf diese Bestimmung stützen und dementsprechend auch keinen Weiterbildungstitel für die Eröffnung einer Apotheke verlangen.

Ein weiteres Problem stellte sich uns bezüglich der Anforderungen an die Sprachkenntnisse. Die betroffenen Kreise bestürmten uns mit der Forderung, dass man für die Zulassung zur Praxisausübung die Kenntnis mindestens zweier schweizerischer Landessprachen verlangen sollte. Sie argumentierten, dass man diese Barriere errichten müsste, da der Zustrom aus dem deutschen Raum gross sein werde. In der Schweiz sei die Kenntnis zweier Landessprachen Voraussetzung, um die Maturität zu bestehen; die Ärzte aus dem EU-Raum sollten dieses Erfordernis auch erfüllen. In den verschiedenen sektoriellen Richtlinien gibt es übereinstimmend eine Bestimmung, die besagt, dass die EU-Mitglieder den Zuwanderern Gelegenheit zu geben haben, die Landessprache kennen zu lernen. Umstritten war, was dieses „Gelegenheit geben“ genau beinhaltet: Muss man ihnen Kurse offerieren oder darf man sogar Prüfungen ansetzen? Wir haben bis heute keine absolute Klarheit darüber, wie diese Bestimmung zu interpretieren ist. Im Kommentar zu dieser Bestimmung ist beispielsweise zu lesen, dass England, das eine Sprachprüfung einge-

führt hatte, auf Weisung der europäischen Kommission wieder davon absehen musste. Unser Entwurf beinhaltet, als Kompromiss, die folgende Lösung: Zuwanderer aus dem EU-Raum müssen sich in einer Landessprache verständigen können, sowohl im Interesse der Patienten als auch im Interesse des Zuwanderers selbst, der sich so im Umgang mit Behörden und Spitälern in einer Landessprache verständigen kann und auch verstanden wird.

Das erwähnte Beispiel war also einer der Hauptpunkte, bei welchem wir aus den Richtlinien nicht klug geworden sind. Weil die Richtlinien oftmals schwer zu verstehen sind, muss man in den Kommentaren nach Erklärungen suchen. Auch die Umsetzung ins Landesrecht ist schwierig. Nützlich war, wir sind durch Zufall darauf gestossen, die Citizen-Auskunftsstelle im Internet. Nach Eingabe gewisser Daten (z.B. dass man aus Frankreich komme und in Deutschland eine Zahnarztpraxis eröffnen möchte) erhält man genaue Angaben über die Voraussetzungen, die man für die Aufnahme der selbstständigen Tätigkeit im gewünschten Land erfüllen muss. Auf diesem Wege fanden wir auch eine Antwort auf unsere Unklarheit im Zusammenhang mit den Apothekerrichtlinien.

* * * * *

JEAN-CHRISTOPHE GEISER*

En ce qui concerne la loi fédérale sur les avocats, nous étions dans une situation comparable à celle de M^{me} Schmidt, puisqu'il s'agissait pour nous de transposer trois directives qui règlent de manière relativement exhaustive la libre circulation des avocats dans l'UE. Notre situation était un peu particulière puisqu'un projet de loi avait déjà été élaboré pour les avocats suisses – donc sur le plan national –, et ce projet avait déjà fait l'objet d'une procédure de consultation qui s'était terminée en mai 1997.

* Avocat, adjoint scientifique, Office fédéral de la justice.

Il s'agissait donc de remettre l'ouvrage sur le métier et de le compléter en transposant ces trois directives européennes.

Deux directives visent spécifiquement les avocats. Il s'agit d'une part d'une directive sur la libre prestation de services, la directive 77/249/CEE, et d'une directive récente, la 98/5/CE sur l'établissement des avocats. A ces deux directives s'ajoute la directive générale sur la reconnaissance des diplômes, la directive 89/48/CEE, que beaucoup de vous connaissent; cette directive ne vise pas spécifiquement les avocats, mais concerne la reconnaissance des formations "bac + 3". Parmi les problèmes rencontrés, j'ai choisi ceux qui me paraissent le mieux illustrer le quotidien du juriste, du fonctionnaire national qui doit transposer un acte communautaire.

On rencontre tout d'abord certains problèmes d'ordre terminologique. Je pense à certaines notions juridiques contenues dans les directives qu'il s'agit de rendre en droit suisse, notions qui ne correspondent pas exactement aux notions juridiques suisses. Ainsi par exemple, dans le titre de la directive de 1977 figure la notion de "prestation de services". Je me souviens que cette notion, qui nous paraît relativement évidente et qui est une notion fondamentale en droit communautaire (cf. articles 49 à 55 Traité CEE), a posé des problèmes de compréhension à plusieurs juristes et avocats à qui on avait soumis le projet de loi. En Suisse, l'on aura en effet tendance à comprendre par "prestation de services" le fait d'exercer une activité de services, donc dans le secteur tertiaire, ce qui est évidemment le cas des activités de l'avocat. Or, en droit communautaire, la notion de "prestation de services" désigne l'exercice temporaire d'une activité dans un Etat d'accueil. Il est révélateur à cet égard de constater que la directive 77/249/CEE ne définit pas ce qu'est une "prestation de services" pour les avocats. Pour différentes raisons d'ordre politique, et pour éviter des oppositions au projet de directive, on a renoncé à faire figurer une définition de la prestation de services dans la directive, définition qui aurait précisé clairement l'étendue et les contours de la "prestation de services" pour les avocats. On a au contraire préféré laisser une sorte de flou, en se référant simplement à la notion générale, et éviter ainsi des oppositions de la part de certains Etats membres.

Il est aussi intéressant de noter qu'il a fallu attendre près de vingt ans pour que la CJCE consacre le droit des avocats qui pratiquent la libre

circulation de services à avoir une succursale, un domicile d'affaires, dans l'Etat d'accueil (arrêt Gebahrtdt, 30 novembre 1995, aff. C-55/94, Rec. p. I- 4165 ss). Sur le plan matériel, l'absence d'une définition de la prestation de services a ainsi posé des problèmes en droit communautaire. Pour expliquer la notion de prestation de services, pour la "rendre" en droit suisse, nous avons dû effectivement examiner soigneusement la jurisprudence de la CJCE. Nous voyons ainsi que même en droit communautaire, après près de vingt ans, il est difficile de développer une pratique claire et de cerner une notion qui pourtant figure dans le titre même d'une directive.

On est aussi frappé, quand on cherche le commentaire d'une disposition d'une directive européenne, de voir que les "exposés des motifs" de la Commission – qu'on pourrait comparer au message d'une loi fédérale – sont relativement succincts. Je prends l'exemple d'une directive récente, la 98/5/CE, directive sur l'établissement des avocats. Il s'agit d'un texte qui correspondrait approximativement, selon nos critères de structuration, à une loi fédérale d'environ 40 à 45 articles. Or, le commentaire de cette directive, l'exposé des motifs, fait à peine une dizaine de pages. Pour une loi fédérale de 45 articles, on arrive sans doute à un texte dix fois plus long! Pour des directives relativement anciennes, on disposera certes d'un commentaire fait par la doctrine. Mais pour une directive nouvelle, comme la 98/5/CE, il est difficile parfois de connaître la portée exacte de certaines notions ou de dispositions, puisqu'il s'agit justement d'un texte nouveau. Il s'agissait en plus d'une directive relativement contestée qui avait subi beaucoup de modifications et qui donc ne correspondait qu'imparfaitement à l' "exposé des motifs".

Un autre exemple, qui lui aussi illustre une difficulté à cerner la portée d'un concept juridique: la notion "agir de concert". En vertu de la directive 77/249/CEE comme de la directive 98/5/CE, les états nationaux peuvent imposer à un avocat de l'UE d'agir "de concert" avec un avocat de l'Etat d'accueil. Or, plusieurs années après l'entrée en vigueur de la directive 77/249/CEE, un arrêt de la CJCE (Aff. 427/85, Rec. 1988, p. 1123) a restreint de manière très importante la portée de cette obligation, la limitant aux cas de défense obligatoire. Il est très intéressant de lire cet arrêt, qui introduit une limitation extrêmement importante des cas où l'obligation d'agir de concert est prévue, et ce alors que dans le texte de la directive et dans les travaux préparatoires c'est bien une obligation générale

d'agir de concert qui est envisagée, obligation que les Etats membres peuvent introduire dès le moment où on est dans le cadre de l'activité de monopole de l'avocat. Lors de l'élaboration de la directive 98/5/CE, et alors que la jurisprudence de la CJCE citée ci-dessus était connue, l'on a à nouveau renoncé à préciser dans le texte de la directive que l'obligation d'agir de concert ne concernait que les cas de défense obligatoire. Il est toutefois clair que l'interprétation de la notion "agir de concert" se fera, dans le cadre de la directive 98/5/CE, à la lumière de la jurisprudence de la CJCE. Cette exemple illustre bien la nécessité, pour le législateur national, de prendre en compte non seulement le texte de la directive, mais également la jurisprudence, voire la doctrine qui s'y rapporte.

J'aimerais aborder maintenant le problème du niveau normatif de la transposition du droit européen. Il se pose doublement. Il se pose d'abord entre le niveau fédéral et le niveau cantonal, et ensuite entre le niveau de la loi et celui de l'ordonnance. C'est surtout le premier cas qui est intéressant dans notre optique. Actuellement, l'activité d'avocat est réglée uniquement au niveau cantonal. Il s'agit donc d'examiner si la Confédération ou les cantons vont transposer le droit européen pertinent. Le choix du niveau normatif dépend bien sûr en premier lieu de considérations juridiques (compétences constitutionnelles), mais aussi de considérations politiques et pratiques (efficacité de la réglementation). Pour les deux directives 77/249/CEE et 89/48/CEE, l'exercice avait déjà été fait dans le cadre d'Eurolex et les contacts avaient déjà été pris avec les cantons et avec les associations professionnelles concernées directement (avant tout la Fédération suisse des avocats, FSA). Pour la nouvelle directive par contre, la directive 98/5/CE, il était nécessaire de se poser à nouveau la question et notamment de prendre de nouveaux contacts pour décider ce qui allait être réglé au niveau fédéral.

Les directives laissent une certaine marge de manœuvre au législateur national. Il fallait évidemment savoir comment les choix du législateur fédéral seraient perçus politiquement. Le premier projet de loi (volet national de la loi sur les avocats) avait été élaboré en étroite collaboration avec la Fédération suisse des avocats. Nous avons remarqué d'ailleurs très concrètement, dans le traitement parlementaire d'une motion qui demandait la libre circulation des avocats, que les avocats étaient sans doute la corporation, la profession la mieux représentée au parlement. Ils y disposent d'un lobby d'une efficacité redoutable. Sur certains

points controversés de la loi, notamment sur la question de savoir dans quelle mesure un avocat salarié par une banque ou par une fiduciaire peut être admis à pratiquer la représentation en justice en tant qu'avocat, l'on assiste à une controverse entre les banques et les fiduciaires d'une part et les avocats indépendants d'autre part. On pourrait a priori penser que les forces en présence sont politiquement très inégales: d'un côté à peu près 6 000 avocats, de l'autre côté le Vorort, l'Associations suisses des banquiers, les fiduciaires, etc. Il semblerait au contraire qu'au niveau parlementaire, le lobby des avocats soit extrêmement efficace au point de trancher cette divergence dans le sens des avocats. Il était donc très important politiquement que la Fédération suisse des avocats puisse se déclarer en principe favorable aux solutions qu'on adopte en transposant le droit européen pertinent.

On rencontre aussi des problèmes de nature plus formelle. La forme des directives est différente de celle d'une loi fédérale. Les articles d'une directive sont souvent bien plus longs que ceux d'une loi fédérale. Apparaissent alors des problèmes de répartition de la matière normative dans une nouvelle structure.

On a rencontré des problèmes rédactionnels qui recourent en partie les problèmes matériels que j'ai évoqués précédemment. Dans une optique et dans un objectif de sécurité du droit – M. Mader l'a rappelé ce matin –, il faut choisir entre reprendre dans la loi suisse une terminologie floue, qui ne correspond pas exactement à celle de la doctrine suisse mais qui correspond à une réalité juridique en droit communautaire, ou au contraire utiliser le terme juridique suisse usuel, au risque de ne plus correspondre, de ne plus "coller" totalement à la notion de la directive. Prenons par exemple la notion de "prestation de services". Fallait-il reprendre cette notion en droit suisse telle quelle, éventuellement en la définissant, alors que le législateur européen s'était refusé à le faire? Ou au contraire, est-ce qu'on allait l'utiliser sans la définir dans le corps de la loi, en se contentant de la préciser dans le message?

Enfin, cette transposition des trois directives a fait apparaître certains problèmes au niveau de la procédure de consultation. La loi (volet national) avait déjà fait l'objet d'une procédure de consultation, et cette loi devait être remaniée, complétée et faire l'objet d'une seconde procédure de consultation. C'est le seul cas où, dans le cadre des accords sectoriels,

il a fallu mettre en consultation une deuxième fois un projet. De fait, il y a eu deux procédures de consultation qui portaient sur un texte qui avait le même titre, mais qui n'avait pas le même contenu. La deuxième procédure de consultation n'a toutefois porté que sur la partie "européenne" du projet.

Enfin, mais on s'écarte un peu du sujet, cet exercice a fait apparaître un besoin important en communication au sein de l'administration fédérale, en information entre d'une part le Bureau de l'intégration – les personnes qui traitaient régulièrement avec les négociateurs en contact avec l'UE, avec l'administration ou avec les politiques européens –, et d'autre part les fonctionnaires qui doivent transposer ensuite ces actes dans leurs domaines spécifiques de compétence. Je crois que là aussi certains principes de fonctionnement de l'administration devraient être examinés et redéfinis après l'exercice des accords sectoriels. La qualité de notre droit national en serait certainement améliorée.

* * * * *

RIDHA FRAOUA*

Je vous parlerai tout d'abord de la qualité des traités internationaux, je passerai ensuite aux problèmes que je rencontre dans ma propre expérience professionnelle au sein de la Division II de la législation et j'aborderai finalement la question de savoir si l'on peut influencer sur le droit international.

Qualité du droit international

Il faut, quand on parle de la qualité du droit international, distinguer entre les traités bilatéraux et les traités multilatéraux. Cela ne veut pas dire

* Docteur en droit, Chef suppléant de la Division II de la législation, Office fédéral de la justice.

que les traités multilatéraux sont toujours plus mauvais du point de vue qualitatif que les traités bilatéraux. Mais il est vrai aussi que les traités bilatéraux sont en général, du point de vue matériel et formel, de meilleure qualité. Pourquoi ? Parce que dans plusieurs domaines, il y a eu ce que j'appelle une standardisation progressive de ces traités. Par exemple, dans le domaine de la protection réciproque des investissements, dans le domaine de la coopération économique commerciale, dans le domaine de la double imposition et dans d'autres domaines. Dans ces domaines, on a réussi à fixer et à créer un modèle de traité qui tient compte des impératifs de qualité. Cela a été possible grâce aux améliorations qualitatives effectuées au fur et à mesure et parfois même indépendamment de toute négociation substantielle. Ainsi, la forme et le contenu d'un traité type ont été fixés de manière générale et abstraite – indépendamment des intérêts des uns et des autres. Je crois que, quand on parle de la qualité des traités internationaux, il est important de tenir compte de cette distinction. S'agissant des traités multilatéraux, quand on participe à des négociations multilatérales, on se rend rapidement compte du fait que les participants aux négociations viennent d'horizons différents et ont donc une tradition juridique différente et même une appréciation divergente du contenu des notions juridiques. Et dans le cas des négociations multilatérales, il faut tenir compte de tout cela et essayer, par exemple, de rapprocher les points de vue entre le Suédois qui a une perception de la notion de prescription qui est extrêmement limitée, c'est-à-dire trois mois ou une année au maximum, et l'Iranien dont l'ordre juridique interne ne connaît pas la prescription. Cela montre la difficulté de trouver un *modus vivendi* et un langage commun, mis à part la substance et les intérêts des uns et des autres.

Problèmes rencontrés

Comme vous le savez, dans le cadre du contrôle législatif, donc de l'examen de la légalité et de la constitutionnalité des instruments qui nous sont remis dans le cadre de la procédure de consultation des offices, nous recevons un travail fini. Nous n'avons pas la possibilité d'influer sur le contenu formel et matériel des traités internationaux. Pourtant, pour nous, la qualité des textes est déterminante, parce que c'est en nous basant sur le contenu du texte que nous pourrions d'abord apprécier si le traité international peut être conclu selon la procédure simplifiée, c'est-à-

dire par le Conseil fédéral ou selon la procédure ordinaire, donc avec approbation des Chambres fédérales. Pour savoir si un traité crée de nouvelles obligations ou pas, vous devez lire le texte soigneusement. Naturellement, on apprécie d'avoir un texte qui soit clair, qui est formulé de manière précise. Pour nous, la qualité est importante aussi parce que nous devons examiner la question du référendum dont nous avons parlé ce matin pour savoir si un traité est de durée déterminée ou indéterminée. En parlant des traités bilatéraux, si vous lisez les accords sectoriels, vous pouvez aboutir à deux solutions. La première: les traités sont limités dans le temps. La deuxième: les traités ne sont pas limités dans le temps. Et vous avez tous raison ! Parce que, même si on dit que les traités sont limités à sept ans, les traités eux-mêmes prévoient une reconduction implicite. Donc vous pouvez tout aussi bien dire que les traités ne sont pas limités dans le temps. C'est un exemple qui montre un peu l'importance que nous attachons à une formulation précise des différentes clauses d'un traité. Des dispositions précises et transparentes facilitent notre tâche lors de l'examen des questions de droit constitutionnel interne, à savoir les répartitions des compétences entre le Conseil fédéral et le parlement et la question du référendum.

On rencontre également des problèmes de transparence parce qu'il est difficile et même rare, surtout lorsque l'on traite une question relevant du droit communautaire, d'avoir le texte des directives consolidé. Donc, si vous voulez vraiment saisir le droit applicable, vous devez faire un parcours du combattant pour essayer d'identifier d'une directive à l'autre le droit applicable. Dans le cas des accords sectoriels, vous avez, par exemple, des annexes et des appendices qui renvoient à des directives qui elles ont été modifiées et ces mêmes directives sont modifiées par l'accord sectoriel lui-même. Ce n'est donc pas toujours évident de saisir le droit applicable.

Il y a un autre problème qu'on rencontre de plus en plus quand on traite des traités internationaux : c'est la publication. Il se trouve que les textes de certains traités internationaux ne sont plus publiés. Plus exactement, on publie le titre accompagné d'une note de bas de page disant que ce texte peut être obtenu auprès de l'office compétent ou de l'Office central fédéral des imprimés et du matériel. Et si vous voulez téléphoner à ce dernier office pour obtenir un texte – vous avez sûrement fait l'expérience – ce n'est pas facile...

Une tendance nouvelle, qui pose, à mon avis, de graves problèmes d'identité et de cohésion nationales, c'est la langue des traités internationaux. Il me semble que dans certains domaines, par exemple l'aviation, vous avez de plus en plus souvent des textes qui sont rédigés uniquement en anglais, ne sont pas publiés et ne sont pas traduits. Pour vous donner un seul exemple: le « *One Security Stop Agreement* », un accord bilatéral entre la Suisse et la Belgique, deux pays qui pourraient s'entendre en français, dont le texte a été fait en anglais et n'a pas été traduit ni publié. Souvent les deux choses sont liées : on refuse la publication d'un traité pour ne pas être obligé de le traduire. Naturellement, si on décide la publication d'un traité, il faut au préalable le traduire dans les trois langues officielles de la Confédération.

Un autre problème est celui de l'interprétation des traités, ce que j'appelle les formules un peu alambiquées qui laissent entendre quelque chose de relativement clair mais qui, à la lecture du message ou du commentaire de la disposition, font que l'on se dit : mais ce n'est pas possible, ils ont dû se tromper, parce que le commentaire que je lis de cette disposition dit tout à fait autre chose que la teneur de la disposition ! Alors cette « *constructive ambiguity* », comme ils l'appellent, est due à des circonstances complètement difficiles à saisir pour des gens comme nous qui ne participons pas généralement aux négociations et qui partons du point de vue, peut-être naïf, que chacun devrait être en mesure de comprendre le texte d'un traité à sa lecture. Bien sûr, ce n'est pas toujours le cas. Pour vous donner un autre exemple des accords sectoriels : l'accord sur les marchés publics, article 8, alinéa 2. Si vous avez le temps, lisez cet article et ensuite le commentaire, et vous comprendrez ce que je voulais dire !

Il y a d'autres problèmes qu'on rencontre naturellement en rapport avec ce qu'on disait ce matin sur l'applicabilité directe, avec la question du renvoi. Je ne m'étends pas là-dessus.

Que peut-on faire pour améliorer la qualité matérielle et formelle des traités internationaux ?

Je ne fais pas partie des pessimistes qui pensent que la petite Suisse n'a pas les moyens d'influer sur les traités internationaux ; je suis plus opti-

miste. C'est peut-être dû à mon expérience personnelle. Je crois que nous avons un certain avantage par rapport à nos collègues des pays voisins, car nous travaillons de manière multidisciplinaire – entre juristes et linguistes – et multilingue – en tous cas pour ceux qui ont fait de la co-rédaction. Il y a peut-être aussi un autre aspect qu'il faut saisir : les comités de rédaction dans les négociations multilatérales ne sont pas les comités qui sont les plus courus. Les Etats ne se pressent pas au portillon pour faire partie des comités de rédaction, à moins qu'ils veuillent ainsi influencer indirectement sur la substance. Quand nous voulons participer à un comité de rédaction, nous y arrivons généralement et alors dans ce cadre-là, nous sommes en mesure d'influer sur la qualité formelle des traités. Je crois que ce qu'il faut faire pour améliorer la qualité formelle et matérielle des traités internationaux, c'est d'abord sensibiliser les organisations internationales qui produisent le plus de traités internationaux. Quant à l'OMC, si vous avez eu l'occasion de lire dans l'accord dont parlait M. Cottier ce matin (agriculture) l'article 5 sur la clause de sauvegarde avec ses neuf alinéas, il faut le lire à plusieurs reprises et je ne suis pas sûr qu'ensuite vous arriveriez à comprendre son contenu. En tous cas, l'Office fédéral des affaires économiques extérieures a publié une brochure de 50 pages pour expliquer cet article 5 sur la clause de sauvegarde. Si vous lisez les articles relatifs au règlement des différends, c'est la même chose.

Donc, je crois qu'il faudrait sensibiliser les organisations internationales à la qualité formelle et matérielle des textes internationaux. Et c'est important parce qu'un tel travail de sensibilisation constituerait un gain de temps, d'énergie et d'argent. Il suffit de voir ce qui se passe aujourd'hui, par exemple, dans le cadre de l'OMC avec tous ses panels, qui sont dus le plus souvent à des problèmes d'interprétation.