

Section 5. La reprise unilatérale de l'acquis

§ 1 Vue d'ensemble et catégories conceptuelles

La voie bilatérale, nous l'avons déjà relevé, repose principalement sur deux instruments : la conclusion d'accords sectoriels, examinée précédemment, et le rapprochement volontaire et unilatéral du droit suisse au droit de l'UE, examiné ci-après.

Les premiers jalons ont été posés avec le Rapport sur l'intégration de 1988, où le Conseil fédéral préconisait l'aménagement de la législation suisse « dans une optique favorable à l'intégration européenne ». Pour faciliter la mise en œuvre de cette politique législative, le Conseil fédéral inaugurerait la pratique

« d'introduire dans les messages adressés aux Chambres fédérales et dans les propositions d'ordonnances fédérales – pour autant que les textes législatifs proposés soient susceptibles d'avoir des effets au-delà de nos frontières – un chapitre spécial exposant dans quelle mesure les dispositions proposées sont compatibles avec le droit européen »⁸⁹.

En 1988, il était question uniquement des « domaines ayant une dimension transfrontière » – p. ex. les règles techniques. Avec le programme « Swisslex » de 1993, le processus d'alignement unilatéral du droit suisse au droit européen a connu une forte accélération et une extension notable – des domaines « transfrontaliers » au droit économique *lato sensu*. Ainsi, le Conseil fédéral observait en 1999 que

« [d]ans la pratique, le Parlement et le Conseil fédéral n'adoptent qu'exceptionnellement des actes qui ne sont pas [euro]compatibles »⁹⁰.

A ce stade déjà, la reprise du droit de l'UE en droit suisse se présentait comme un phénomène diversifié. A l'**adaptation autonome** au sens strict – que l'on peut définir comme une intervention législative visant spécifiquement à rendre le droit interne « eurocompatible »⁹¹ – s'ajoutaient des réformes qui, sans viser l'euro-compatibilité en soi, s'inspiraient ouvertement de modèles réglemen-

89 Rapport sur l'intégration 1988, précité (note 10), ch. 64.

90 Rapport sur l'intégration 1999 du Conseil fédéral, FF 1999 3600, 3634.

91 Comme exemple de « loi-cadre » pour l'adaptation autonome, cf. la Loi fédérale sur les entraves techniques au commerce (LETC : RS 946.51).

taires européens – p. ex. la Loi fédérale sur le marché intérieur (LMI) de 1995⁹².

Au cours des années 2000, le Conseil fédéral s'est montré plus réservé à l'égard de l'alignement unilatéral au droit européen – l'entrée en vigueur des accords sectoriels et la modification des équilibres politiques aidant. Ainsi, si en 1993 il qualifiait l'eurocompatibilité du droit suisse de « principe fondamental » de sa politique législative⁹³, dans le Rapport Europe 2006 il soulignait que

« l'adaptation autonome est uniquement poursuivie là où des intérêts économiques (capacité concurrentielle) le demandent ou le justifient »

et que

« concrètement, le rapprochement avec le droit communautaire devrait se faire non pas de manière autonome, mais sur la base d'accords »⁹⁴.

Nonobstant cela, l'alignement au droit de l'UE se poursuit⁹⁵ et se diversifie. Dans le domaine commercial, la Suisse a introduit unilatéralement le principe « *Cassis de Dijon* » – à la fois reconnaissance unilatérale des prescriptions techniques en vigueur dans les Etats membres de l'UE et forme nouvelle d'européisation du droit interne⁹⁶. Par ailleurs, contrairement à ce que suggère le passage qui vient d'être cité, l'entrée en vigueur des accords sectoriels peut appeler de nouveaux rapprochements unilatéraux dans des domaines connexes – que ce soit pour assurer un fonctionnement optimal des accords concernés⁹⁷ ou pour corriger des « discriminations à rebours »⁹⁸. Par ce biais, la reprise unilatérale d'éléments de l'acquis a quitté son domaine d'élection – le droit économique – et prend pied

92 RS 943.02. Cf. aussi le Message du Conseil fédéral, FF 1994 I 1193.

93 Message consécutif au rejet de l'EEE, précité (note 20), ch. 142.

94 Rapport Europe 2006, précité (note 1), ch. 2.3.2.

95 Cf. KOHLER, *op. cit.* (note 21).

96 Loi sur la révision de la LETC (RO 2010 2617) ; cf. MATTHIAS OESCH, Die einseitige Einführung des Cassis-de-Dijon-Prinzips, *Anwaltsrevue/Revue de l'avocat* 2009, p. 519 ss.

97 Cf. p. ex. le Message du Conseil fédéral concernant la modification de la loi sur l'asile, FF 2010 4035, ch. 5.2.1.

98 Cf. MAIANI, *op. cit.* (note 81). Sur le concept de discrimination à rebours cf. *supra*, p. 193.

dans des domaines nouveaux tels que le droit d'asile et le droit de l'immigration⁹⁹.

En résumé, on retiendra que la reprise unilatérale du droit européen, souvent désignée dans sa globalité par l'expression « adaptation autonome »¹⁰⁰, a acquis au fil du temps des proportions considérables bien que difficiles à cerner¹⁰¹. Particulièrement prononcée dans le droit *lato sensu* économique, elle gagne en importance dans des nouveaux domaines. Phénomène multiforme, elle procède de logiques différentes : inspiration de modèles réglementaires européens, adaptation autonome au sens strict, adaptation « seconde » à la conclusion d'accords sectoriels, *etc.*

Issue d'une pratique législative variée – pour ne pas dire chaotique – elle demeure difficile à systématiser d'un point de vue juridique. Cette observation vaut tant pour la production des normes que pour leur interprétation. Dans les sous-sections qui suivent, il ne saurait donc être question de décrire des principes établis de législation et d'interprétation « euro-compatible ». Il s'agit, plus modestement, de mettre en exergue deux aspects : la pratique, devenue juridiquement obligatoire, d'examen de l'eurocompatibilité de la législation fédérale ; et les orientations qui se font le jour en matière d'interprétation du droit suisse d'origine européenne.

§ 2 L'examen systématique de l'eurocompatibilité de la nouvelle législation suisse

Comme on l'a relevé, le Conseil fédéral a inauguré en 1988 la pratique consistant à insérer des chapitres « Europe » dans les messages accompagnant ses projets législatifs. Depuis lors, la pratique s'est généralisée et a été formalisée par l'article 141 al. 2a de la Loi sur l'Assemblée fédérale (LParl ; RS 171.10). Le Conseil fédéral est désormais tenu de « faire le point », dans les messages qu'il soumet au Parlement, au sujet « [des] relations [du projet] avec le droit européen ». Cette obligation subsiste pour tout projet législatif, indépendamment du fait qu'il possède une dimension transfrontalière, « dans la mesure où des indications substantielles peuvent être fournies ».

⁹⁹ Cf. les deux notes précédentes.

¹⁰⁰ Rapport Europe 2006, précité (note 1), ch. 2.3.2.

¹⁰¹ Cf. le postulat du Conseiller national Nordmann du 20 décembre 2006, n° 06.3839, et la réponse du Conseil fédéral.

L'examen systématique requis par l'art. 141 LParl n'implique aucunement une reprise systématique de l'acquis de l'Union. Le Conseil fédéral demeure parfaitement libre de proposer, et les Chambres fédérales d'adopter, des dispositions s'écartant du droit européen pertinent.

Relevons par ailleurs que, au vu de son caractère volontaire, la reprise unilatérale du droit européen peut par définition être intégrale ou sélective, stricte – reproduction au mot par mot, ou renvoi au droit européen – ou approximative¹⁰². Dans une perspective diachronique, elle peut d'ailleurs être ponctuelle, comme c'est le plus souvent le cas, « suivie », en ce sens que le législateur entreprend de reprendre les développements de l'acquis au fur et à mesure de manière à préserver l'eurocompatibilité de ses actes, voire même dynamique¹⁰³. Tout dépend des choix opérés par le Conseil fédéral et par l'Assemblée fédérale dans chaque cas d'espèce.

§ 3 L'interprétation du droit suisse s'inspirant au droit européen

Les dispositions par lesquelles les autorités fédérales reprennent, d'une manière ou d'une autre, des éléments de l'acquis sont avant tout des dispositions de droit suisse, qui doivent en principe être interprétées selon les règles applicables au droit interne¹⁰⁴.

En même temps, il s'agit là d'un droit interne « particulier », calqué sur des normes européennes ou inspiré par celles-ci. Dès lors, comme pour les accords sectoriels, se pose le problème de savoir si dans leur interprétation il faut prendre en compte la jurisprudence européenne pertinente.

A cet égard, il convient de relever que le juge suisse s'estime libre d'examiner à titre comparatif le droit étranger aux fins de l'inter-

102 Cf. Rapport Europe 2006, précité (note 1), ch. 2.3.2.

103 Cf. RAINER SCHWEIZER, *Wie das europäische Recht die schweizerische Rechtsordnung fundamental beeinflusst und wie die Schweiz darauf keine systematische Antwort findet*, in : EPINEY/RIVIÈRE (éds.), *Interprétation et application des « traités d'intégration »*, 2006, p. 15 ss.

104 FRANZ NYFFELER, *Die Anwendung autonom nachvollzogener Normen des EU-Rechts*, in *Festschrift 100 Jahre Aargauischer Anwaltsverband*, 2005, p. 35 ss.

prétation du droit interne – y compris la jurisprudence de la Cour de justice de l'UE¹⁰⁵.

En ce qui concerne plus spécifiquement l'interprétation des dispositions suisses empruntées au droit européen, le Tribunal fédéral semble opérer une distinction nette en fonction de la volonté du législateur¹⁰⁶.

Lorsque le législateur s'inspire de modèles réglementaires européens, sans pour autant viser un résultat « eurocompatible », le Tribunal ne s'estime nullement tenu à interpréter le droit suisse à la lumière de la jurisprudence européenne. Ainsi, en se prononçant sur la notion de « restriction à l'accès au marché » au sens de l'article 3 LMI, il a observé ce qui suit :

« [I]l **peut être utile** d'examiner à titre comparatif quelle est la situation prévalant en droit européen dans le domaine de la libre circulation des marchandises et des services. Il faut en effet rappeler que le principe du libre accès au marché (art. 2 LMI) et ses limitations (art. 3 LMI) constituent la transposition en droit suisse de certaines dispositions de droit communautaire [...] et de la jurisprudence 'Cassis de Dijon' développée pour la première fois à partir de ces normes dans l'arrêt de la CJCE du 20 février [1979] »¹⁰⁷.

Il ressort clairement de ce passage que même en présence d'une inspiration évidente du droit de l'UE, le Tribunal s'estime parfaitement libre de recourir, ou pas, au droit européen comme outil d'interprétation.

Les choses se présentent différemment lorsque le législateur adopte des dispositions qui visent spécifiquement à rendre eurocompatible le droit interne. De toute évidence, le but poursuivi par le législateur ne peut être atteint que si les dispositions en question sont interprétées dans le même sens que les dispositions correspondantes du droit européen. Ainsi, dans un arrêt très remarqué, le Tribunal fédéral a affirmé ce qui suit :

« [L]e droit de l'Union européenne ne déploie aucun effet direct et contraignant sur le droit suisse. Toutefois, comme le but de la révision de 1993 était l'adaptation de l'art. 333 CO à la Directive n° 77/187 [...] dans le cadre de la procédure d'adaptation autonome

105 Cf. p. ex. ATF 103 IA 517 ; ATF 123 I 152.

106 Cf. COTTIER/DZAMKO/EVTIMOV, Die europakompatible Auslegung des schweizerischen Rechts, SJE/ASDE 2003, p. 357 ss.

107 ATF 128 I 295, cons. 4c, bb.

au droit européen [...], l'ordre juridique de l'Union européenne peut servir d'outil d'interprétation [...]. **Le droit interne adapté doit, en cas de doute, être interprété conformément au droit européen.** Il s'agit d'un droit harmonisé et unifié dans son résultat, à l'instar du droit des traités internationaux. Certes, il ne s'agit pas d'un droit unifié prenant la forme d'un droit unique. Mais lorsque l'ordre juridique suisse est adapté à un droit étranger – en l'espèce le droit européen –, on ne doit pas uniquement viser une harmonisation dans l'adoption des règles, mais également dans leur interprétation et dans leur application, dans la mesure où la méthodologie appliquée dans l'ordre juridique interne permet un tel rapprochement »¹⁰⁸.

Il ressort de ce passage que, compte tenu de la volonté du législateur, le droit résultant d'une adaptation autonome (« droit adapté ») doit en principe être interprété de manière eurocompatible – bien que cette méthode d'interprétation doive être considérée subsidiaire (« en cas de doute ») et si la « méthodologie appliquée dans l'ordre juridique interne » le permet).

Le jugement a été confirmé à plusieurs reprises, bien qu'avec des nuances différentes, par la même Cour du Tribunal fédéral¹⁰⁹. Il a d'ailleurs été largement accepté par la doctrine – là aussi, avec des nuances importantes d'un auteur à l'autre¹¹⁰. Il faut toutefois se garder, en l'état actuel, d'y voir une décision de principe dotée de validité générale. En effet, d'autres jugements du Tribunal fédéral et du Tribunal administratif fédéral expriment l'idée que même en présence d'une adaptation autonome, le juge suisse n'est pas tenu d'adopter une interprétation eurocompatible¹¹¹.

¹⁰⁸ ATF 129 III 335, cons. 6, traduction (JdT 2003, II, 75).

¹⁰⁹ Cf. p. ex. ATF 130 III 182, cons. 5.5.1 et ATF 132 III 32, cons. 4.1 ; en sens restrictif : ATF 133 III 568, cons. 4.6.

¹¹⁰ Cf. p. ex. MARC AMSTUTZ, *Interpretatio multiplex. Zur Europäisierung des schweizerischen Privatrechts im Spiegel von BGE 129 III 335*, in EPINEY/RIVIÈRE (éds.), *op. cit.* (note 103), p. 93 ; NYFFELER, *op. cit.* (note 104) ; HANS PETER WALTER, *Das rechtsvergleichende Element – Zur Auslegung vereinheitlichten, harmonisierten und rezipierten Rechts*, ZSR/RDS 2007, I, p. 259 ss. Pour une vue d'ensemble, cf. MAIANI, *op. cit.* (note 39).

¹¹¹ Cf. p. ex. arrêt du Tribunal fédéral du 14 novembre 2007, 2A.40/2007, cons. 2.4 ; arrêt du Tribunal administratif fédéral du 5 décembre 2007, C-2092/2006, cons. 3.5.