

Berne, le 3 mai 1991

Note à M. Arnold Koller, Conseiller fédéral

Wa
 Ca. 12.1.12
 EWR - 6.12.12
 10.12.12

EEE: Esquisse de solutions acceptables pour la Suisse en ce qui concerne un substitut à l'opting out individuel et en ce qui concerne l'organe judiciaire EEE

Observations générales

Nous sommes à 7 semaines de la fin escomptée des négociations (25 juin 1991) et à 10 jours de la réunion ministérielle AELE - CE du 13 mai 1991. Dans la crise de négociation actuelle, il importe impérieusement de rechercher, sans parti pris, des solutions de compromis sur les questions institutionnelles, afin d'esquisser un paquet final dont pourraient être saisis au plus tôt les ministres.

L'EEE "light" (= EEE normatif, sans volet institutionnel) est pour l'instant une solution de repli certes séduisante à certains égards et à certaines conditions (notamment en cas d'adhésion garantie dans les 4-5 ans), mais qui présente encore un défaut majeur, du moins est-ce mon impression jusqu'ici: il n'est pas sûr qu'elle intéressera vraiment la CE et certains de nos partenaires de l'AELE. Notre objectif de négociation me paraît donc être - tant que le Conseil fédéral ne s'est pas prononcé sur la question de l'adhésion (et d'ailleurs même indépendamment de ce choix) - de concevoir, comme l'exigeait le mandat de négociation du 16 juin 1990, un EEE comprenant



un volet institutionnel optimal, corollaire de la reprise du volet normatif qui n'est désormais plus contesté, en ayant la volonté de préserver, dans toute la mesure du possible, les choix ultérieurs de la Suisse (y compris la perspective de l'adhésion).

Ces deux derniers jours à Bruxelles (réunion du NG5 les 1-2 mai 1991 sous la présidence de M. Krafft), plusieurs idées ont été présentées informellement par la Commission, notamment sur l'organe judiciaire, le jour même où le groupe discutait cette question selon un profil plus bas. (Je tiens à dire que je n'ai eu, des reflets d'un lunch informel restreint le 3 mai, que des échos indirects par M. Spinner et par M. Sevón, chef de la délégation finlandaise, président du sous-groupe AELE sur la Cour). Mais je crois de mon devoir de vous soumettre, ainsi qu'à M. Blankart, chef négociateur, ma façon personnelle d'envisager les choses à ce stade crucial de la discussion. Je crois d'autant plus nécessaire de le faire que nous avons, lundi 7 mai 1991 à 13.30 heures, à la demande de M. Krafft, une réunion importante sur ces questions institutionnelles chez M. Blankart, en vue de la séance du HLNG du 8 mai 1991 à Bruxelles, avant-dernière occasion de préparer la réunion ministérielle du 13 mai 1991 (une autre réunion du HLNG aura lieu le 12 mai).

Substitut à l'opting out individuel

Je crois désormais réaliste de dire que l'idée de l'opting out individuel est - hélas - virtuellement morte.

La CE y est toujours opposée en raison de la prétendue atteinte de cette construction à l'homogénéité de l'EEE. Elle a souligné hier, de surcroît, que l'AELE surestime les difficultés de la "digestion" des futures règles EEE, qui se situeront de toute manière - dit-elle - dans le prolongement "naturel" des 4 libertés, en consacrant par exemple davantage de libéralisme ou, le cas échéant, une meilleure protection

de l'environnement. La CE a également fait savoir, hier, qu'un régime particulier de cette nature était de toute manière impensable sans concertation préalable au niveau de l'AELE.

Autre élément capital, qui vous a été communiqué lors de la réunion AELE interne hier: désormais, la Suède et la Finlande ont déclaré de manière ferme, en précisant qu'il s'agissait dans les deux cas d'une position gouvernementale, qu'elles se désolidariseraient de la position jusqu'ici commune "AELE" sur l'opting out, qu'elles ont qualifiée de position prise jusqu'ici en commun "par solidarité pour la Suisse". Nous sommes donc isolés.

Dernière indication du côté de la CE: cette dernière estime qu'un régime d'opting out individuel n'est pas indispensable en raison de la dynamique que créera l'EEE, et que les clauses de sauvegarde devraient suffire si, contre toute attente, l'application de nouvelles règles EEE devait créer des situations intolérables pour un Etat de l'AELE.

Il faut donc chercher impérieusement, dans ce domaine, un compromis qui pourrait me semble-t-il pouvoir s'articuler de la manière suivante:

1. Chaque pays de l'AELE se verrait reconnaître le droit, dans des cas exceptionnels et pour motifs sérieux, de ne pas accepter - le cas échéant provisoirement - une future règle EEE.
2. Cette revendication d'un régime particulier devrait obligatoirement faire l'objet d'une concertation préalable au sein de l'AELE.
3. Présentation, au sein de l'organe joint, du point de vue commun de l'AELE (incluant, le cas échéant, la demande de dérogation en faveur d'un de ses membres).

4. Dans l'organe joint (où l'on décidera formellement par consensus à 8, mais dans un mode de décision qui se rapprochera, en fait, du 1 + 1), deux possibilités:
- a) Soit l'organe joint accepte cette entorse à l'homogénéité, selon l'expression (utilisée par la Commission elle-même en négociation) que l'"on peut vivre avec". Tant mieux, l'homogénéité n'est pas en péril; un minimum de souplesse est atteint; et l'on peut imaginer que l'accord de l'organe joint soit conditionné par un réexamen de la situation, par exemple deux ans plus tard, ou par une autre condition posée par l'organe joint (valant en quelque sorte, pour les autres, une sorte de mesure de sauvegarde);
- b) soit l'organe joint n'accepte pas ce régime spécial pour un membre de l'AELE. Plusieurs conséquences possibles: par exemple la CE pénalise les membres de l'AELE en refusant une acceptation de la nouvelle règle en question par certains seulement des membres de l'AELE; ou la CE accepte cette application partielle et prend, à l'égard de l'Etat récalcitrant, une mesure de rééquilibrage devant respecter, comme le régime des clauses de sauvegarde le principe de la proportionnalité.

Appréciation

A mon avis, il est réaliste de penser qu'avec un tel régime - qui implique des concessions de part et d'autre - l'AELE devrait pouvoir, en négociation, exiger de la Communauté, qu'elle renonce à ce qui paraît inadmissible (tant sur un plan général que face au principe de l'homogénéité de l'EEE): la dénonciation automatique de toutes les règles du secteur en cause (par ex. libre circulation des personnes ou des services, en cas de refus d'un Etat membre de l'AELE de reprendre une nouvelle règle EEE. Même une CE intransi-

geante devrait finalement admettre qu'il n'est dans l'intérêt de personne de tirer avec un canon sur des moineaux.

Tribunal de l'EEE

N.B. A partir de ce point-ci de la présente note, ma tâche est facilitée par la réception, il y a quelques minutes, du téléfax de M. Spinner, que je viens de vous faire transmettre par M. Ehrenzeller; la suite de la présente note doit donc être comprise comme mes réactions personnelles aux commentaires de M. Spinner contenus dans son téléfax très informatif du 3.5.1991, qui tombe à point

Mes réactions

Dans l'ensemble, je ne considère pas comme "clairement insuffisante" (note SPI, bas de la p. 5) les propositions de M. Dewost en ce qui concerne la Cour. Je rejoins plutôt l'avis de M. Sevon qui considère que, moyennant certains aménagements (notamment en ce qui concerne l'utilisation des juges AELE du "Tribunal de l'EEE" pour statuer sur des questions préjudicielles en provenance des juridictions situées sur le territoire des pays AELE), on pourrait trouver un système juridictionnel qui correspondrait dans son ensemble aux exigences que le DFJP a formulées dans son co-rapport du 15.4.1991.

Points positifs de la proposition

- intégration formelles des 7 juges AELE dans la "Cour EEE de la CJCE" qui, chez nous, pourra être représentée, pour des raisons optiques opposées à celles de la Communauté comme le "Tribunal de l'EEE";

- 6 -

- mécanisme administratif de "trilage" dans un organe où les juges AELE seraient sur un pied d'égalité avec les juges communautaires;
- compétences exclusives du Tribunal EEE pour l'interprétation des dispositions ou des règles EEE qui ne correspondent pas à des règles matérielles de droit communautaire (c'est évidemment la portion congrue, mais il ne faut pas en négliger l'importance pour l'interprétation des dispositions générales et finales, du contrôle judiciaire des mesures de sauvegarde et surtout des conflits d'interprétation entre parties contractantes);

Propositions nouvelles

Ici aussi, deux éléments me paraissent positifs:

- le Tribunal de l'EEE serait compétent, en 1ère et 2ème instance, pour le contrôle judiciaire des affaires de concurrence, autrement dit remplirait en partie des fonctions qui, dans le système communautaire, sont de la compétence du Tribunal de 1ère instance;
- pour permettre aux pays de l'AELE de faire valoir leur point de vue en procédure, assimilation des Etats AELE aux Etats membres dans deux règles du Protocole sur le Statut de la Cour (art. 20, droit des Etats membres de présenter, dans un délai de deux mois leurs observations sur les affaires préjudicielles portées devant la CJCE; et art. 37, droit des Etats membres d'intervenir aux litiges devant la CJCE, pour soutenir les conclusions de l'une des parties).

Points négatifs

Il y en a deux, mais ils sont de taille:

- M. Dewost n'accepte pas l'idée de permettre aux juridictions situées sur le territoire des pays de l'AELE de poser des questions préjudicielles au Tribunal de l'EEE;
- La Communauté semble partir de l'idée que s'agissant de l'interprétation de ce droit matériel correspondant au droit communautaire, les juridictions des pays de l'AELE seraient liées par la jurisprudence future de la CJCE.

Mon appréciation personnelle

Une construction judiciaire de ce type - dont M. Dewost s'est dit confiant de pouvoir "vendre" aux Etats membres, selon les dires de M. Sevón - constitue un net progrès par rapport à la situation engendrée par la lettre du Président de la CJCE du 22.3.1991, qui avait eu pour conséquence la présentation de positions minimalistes du côté de la Communauté. Je répète que moyennant certains aménagements (que nous avons esquissés dans notre co-rapport: attribution de certaines fonctions supplémentaires attribuées aux juges AELE siégeant dans le Tribunal EEE), nous parviendrions à créer une construction qui répondrait à l'objectif que nous nous étions fixé dans les Directives de négociations du 16.6.1990, à savoir la création d'une juridiction EEE indépendante, fonctionnellement intégrée à la CJCE.

A mon avis, il conviendrait, en plus des fonctions attribuées aux juges de l'AELE en tant que membres du Tribunal de l'EEE, de permettre à ceux-ci (par un régime AELE approprié), de statuer à titre préjudiciel sur les renvois émanant des juridictions situées sur le territoire des pays de l'AELE (système comparable à celui de l'art.

- 8 -

177 CEE, qui resterait "communautaire", sous réserve de l'utilisation des procédures de l'art. 20 et 37 précitées). Il faudrait évidemment également permettre à la Commission des CE, au nom de la Communauté, d'intervenir ou de présenter des observations dans ce type de litige, devant cette "Cour de l'AELE", afin de permettre une osmose du débat jurisprudentiel relatif au droit commun.

A mon avis, il serait faux de penser qu'en raison du projet d'art. 8 des dispositions générales du Traité EEE (d'après lequel les pays de l'AELE s'engagent à reprendre la jurisprudence de la CJCE relative à l'acquis jusqu'au moment de la signature du Traité), dans ces fonctions spécifiques, la "Cour de l'AELE" serait inféodée à la CJCE. Il faut bien plutôt penser qu'il y aurait là une chance à saisir: les juges de l'AELE, qui connaîtront la volonté des négociateurs des pays de l'AELE d'insister sur les problèmes liés, notamment, à la protection de l'environnement, pourraient parfaitement développer les lignes de jurisprudence qui, quoi qu'on en puisse penser à Luxembourg aujourd'hui, ne seraient nullement "régressives", mais pourraient au contraire marquer un accent vers une plus grande sensibilisation de la jurisprudence européenne aux "exigences impératives" qui, de manière légitime, devraient pouvoir limiter dans certains cas la libre circulation des marchandises (problématique relative à l'interprétation des art. 30 et 36 CEE, qui jouera un rôle capital dans ce contexte).

On ne devrait pas non plus, à mon avis, exagérer les conséquences d'éventuelles divergences de jurisprudence, ou des sensibilités respectives du type de celles qui viennent d'être évoquées.

Car de deux choses l'une:

- ou bien ces divergences sont mineures et n'ont pas d'importance dans un système EEE de toute manière conçu comme transitoire, et - comme pour les nouvelles règles EEE - "on peut vivre avec", d'autant plus

que ces divergences mineures ne feraient que renforcer le sentiment de l'indépendance des juges;

2 - ou bien ces divergences sont plus fondamentales, et ont par exemple une conséquence sur le plan de la concurrence et engendrent des détournements de trafic, et alors il convient d'en discuter, selon les moyens à disposition qui sont d'ailleurs envisagés dans le Traité EEE (d'abord un échange de vue au sein du Comité joint, puis, en cas de divergences d'interprétation, soumission de la question au "Tribunal de l'EEE" qui rend alors une interprétation contraignante pour les parties). Ce serait dans ce dernier cas très limité mais capital, que le Tribunal de l'Espace économique européen jouerait, en fait et en droit, le rôle d'arbitre de l'ensemble, sans qu'il faille y voir une superstructure juridictionnelle.

Je trouve aussi très habile, et intéressant, le fait que M. Dewost propose que le Tribunal de l'EEE remplisse également, en matière de concurrence, certaines des tâches remplies, au niveau communautaire, par le Tribunal de première instance. Si l'aboutissement judiciaire du contrôle du droit de la concurrence EEE est esquissé selon ces lignes, il devrait être possible de trouver des solutions pour ce qui est du régime de surveillance dans ce domaine (une fois de plus, il devient urgent que nous nous fassions des idées précises à cet égard, si nous voulons ménager un maximum de décentralisation au niveau national).

En conclusion donc, pour ma part, je crois qu'un compromis est possible en ce domaine selon les lignes esquissées et moyennant les quelques aménagements suggérés.

Clauses de sauvegarde

Notre intérêt est évidemment de mettre tous les éléments essentiels dans la clause générale figurant dans le corps principal du Traité

EEE. Les concepts juridiques envisagés doivent absolument pouvoir être reconnus - politiquement et juridiquement - par le lecteur suisse qui cherchera à savoir à quel concept de la clause de sauvegarde on raccroche la sauvegarde dans le secteur des étrangers et de la lex Friedrich. Le concept de "problèmes de société" proposé par M. Dewost (note Spi., p. 3) est certes intéressant, mais reste très vague.

Hier, lors de la réunion conjointe du NG5, M. Krafft a fait une analyse juridique serrée - et critique - de l'effet juridique probable de déclarations unilatérales dont les parties contractantes se borneraient à "prendre note" dans l'acte final du Traité EEE. Nous n'avons pas, à cet égard, reçu de réponse claire de la Communauté, ce qui doit nous inciter à une grande prudence.

Malgré tout, dans ce domaine aussi, il me semble possible de trouver une formule de compromis qui puisse satisfaire chacun.

Comitologie

Pour ma part, il me semble que la description qu'en donne M. Spinner (p. 2 - 3) permettra d'aboutir à un compromis. Si un régime spécial est prévu pour les comités relatifs à la sécurité sociale (pourquoi pas, en outre, dans tel ou tel autre domaine sensible?), j'estime que l'on pourrait parfaitement se contenter de la participation d'experts et non de représentants gouvernementaux pour le reste.

Préparation de la déclaration ministérielle du 13 mai 1991

Voici mes réactions et compléments à l'égard des propositions (de M. Spinner, p. 6 - 7):

- d'accord avec l'idée que le Traité EEE devrait être révisé, par exemple (4) ans après son entrée en vigueur, en vue d'intégrer, par des négociations, les nouveaux développements majeurs dans le droit interne de toutes les parties contractantes (cet élément serait capital aussi à titre de substitut d'une "sauvegarde législative", et pour désamorcer en même temps, par un autre biais, l'aspect le plus sensible de "feu l'opting out individuel");

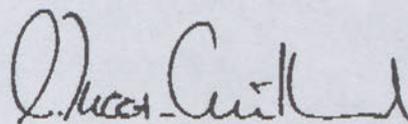
Je proposerais en revanche de remplacer le premier tiret par l'exigence suivante: mise en place d'un mécanisme de contrôle judiciaire au niveau de l'EEE qui, par des moyens institutionnels complémentaires, devrait placer les opérateurs économiques de tout l'EEE sur un pied d'égalité dans l'accès aux juges et au droit de l'EEE (ou du droit communautaire correspondant). Ce mécanisme devrait permettre d'assurer l'indépendance du Tribunal de l'Espace économique européen et l'intégration fonctionnelle du "Tribunal de l'EEE" (et de la Cour de l'AELE) avec la CJCE (un langage plus allusif pourrait évidemment suffir, mais il me paraîtrait politiquement inopportun de brandir, à ce stade, le sceptre du "juge étranger", qui ne mènera à rien);

- Je proposerais aussi de remplacer le deuxième tiret par une affirmation conçue à peu près comme suit: les pays de l'AELE, la Communauté et ses Etats membres sont convaincus de la nécessité de préserver dans toute la mesure du possible l'homogénéité de l'Espace économique européen. Pour ce faire, ils invitent les négociateurs à mettre au point des mécanismes institutionnels qui permettent aux pays de l'AELE, en contrepartie du maintien de l'autonomie de décision de la Communauté, le droit, également, à une certaine autonomie législative des pays membres de l'AELE, permettant une certaine souplesse dans la reprise, au niveau national, des futures règles EEE.

Dernière remarque

Il m'intéresserait beaucoup d'avoir vos premières réactions à la note de M. Spinner et à la présente note, notamment sur la question du substitut à l'opting out individuel et sur celle du contrôle juridictionnel ECC, deux questions où le DFJP a un intérêt tout particulier au niveau interdépartemental. M. Ehrenzeller pourrait me les faire connaître en fin de matinée lundi, afin que je sache quelle position adopter lors de la réunion chez M. Blankart lundi 7 mai, à 13.30h.

J'adresse la même demande à M. Heinrich Koller, Directeur.



Olivier Jacot-Guillarmod

Copie:

- M. Franz Blankart, Secrétaire d'Etat.
- M. Jakob Kellenberger, Ambassadeur, Chef du Bureau de l'intégration.
- M. Heinrich Koller, Directeur de l'OFJP
- M. Mathias Krafft, Ambassadeur, Directeur de la DDIP/DFAE
- M. Bruno Spinner, Mission suisse auprès des CE, Bruxelles (par téléfax).
- MM. Felder (BI) et Seger (DDIP/DFAE).