CEDIDAC

Juillet 1992

Impressum:

Andras Palasthy,
éditeur responsable

CEDIDAC
Université de Lausanne
1015 Lausanne-Dorigny
Tél: 021/692.40.77
Fax: 021/692.40.98

Bulletin d'information N° 18

Juillet 1992

L'ACQUIS COMMUNAUTAIRE

LES QUATRES LIBERTÉS DE CIRCULATION

Deux journées d'étude,
les 1er et 9 octobre 1992 à Lausanne

Avec le dépôt de la demande d'ouverture des négociations d'adhésion à la CE le 26 mai 1992 à Lisbonne, le Conseil fédéral a clairement exprimé sa position à l'égard de l'EEE. Celui-ci est une étape prioritaire vers l'adhésion à la CE, qui est désormais le but de la politique d'intégration de la Suisse. Le Traité EEE a été signé à Porto le 2 mai 1992 par les Etats membres de la CE, la CE et chacun des Etats membres de l'AELE. La Suisse est le seul Etat dont les citoyens seront appelés aux urnes pour se prononcer à son sujet (référendum obligatoire). L'EEE devrait permettre à la Suisse d'intégrer environ 60% de l'acquis communautaire.

L'adaptation de l'ordre juridique suisse au droit communautaire constitue l'action législative la plus importante depuis la création de l'Etat fédéral en 1848. Les deux paquets du programme EUROLEX prévoient la modification d'environ 60 lois fédérales existantes et l'adoption de 10 nouveaux arrêtés.

Le Conseil fédéral a présenté dans ses grandes lignes le premier paquet Eurolex le 1er juin 1992, le deuxième le 19 juin 1992.

Selon l'avis du Conseil fédéral, les adaptations législatives urgentes, qui doivent en principe entrer en vigueur le 1er janvier 1993, soit en même temps que le Traité EEE, devraient être soustraites au référendum facultatif (n. b.: la Commission du Conseil des Etats s'est prononcée récemment pour un référendum a posteriori). C'est donc en connaissance de cause que, peut-être en décembre déjà, le souverain se prononcera en bloc pour ou contre le Traité EEE et les modifications législatives immédiates qu'il implique. Les modifications assorties de délais transitoires devront en revanche suivre la procédure ordinaire (p.ex. «Lex Friedrich», délai transitoire de 5 ans).

Mais quels sont exactement les implications de l'intégration de l'acquis communautaire dans notre ordre juridique? C'est à cette question et à celles que les participants voudront bien poser que le CEDIDAC et le

C.D.C.E. (Centre de droit comparé et européen de l'Université de Lausanne) se proposent de répondre en organisant conjointement deux journées d'étude les 1er et 9 octobre 1992. Les orateurs qui s'exprimeront à cette occasion à Lausanne sont particulièrement qualifiés pour exposer le contenu de l'acquis communautaire relevant.

Mme Panayota Anaboli:

Etudes de droit à Thessalonique (Grèce) et études post-universitaires (DEA et thèse de doctorat) en droit européen à Grenoble (France).

Administratrice auprès de la Commission des Communautés européennes successivement à la Direction Générale Union douanière et Fiscalité indirecte puis à la Direction Générale Marché intérieur et Affaires industrielles, Division «Marché des Services».
Auteur des publications relatives au Marché intérieur.

Professeur Roland Bieber:

Docteur en droit (Université de Francfort), Etudes de droit et de sciences politiques à Francfort et Genève, Agrégations Université de la Sarre.

Professeur ordinaire à la Faculté de droit de l'Université de Lausanne chargé dans le cadre du diplôme postgrade de droit européen de l'enseignement des institutions et sources du droit européen, du droit européen des transports et du droit européen de la recherche et de la technologie. Ancien conseiller juridique du Parlement européen. Enseignements antérieurs à l'Institut universitaire européen de Florence, à la «Verwaltungshochschule Speyer», à l'Université de Constance, à l'Institut d'Etudes Européennes de l'Université de la Sarre, à l'Institut universitaire européen de l'Université de Strasbourg, à la Duke Law School - University of North Carolina, Durham.

Auteurs de nombreuses publications dans le domaine du droit constitutionnel comparé et européen, notamment co-auteur d'un traité de droit européen et co-éditeur du «Handbuch des Europäischen Rechts».

Mme Anette E. Bosscher:

Actuellement Chef de la Division Libre Circulation et Politique migratoire à la Commission des Communautés Européennes, Direction Générale Emploi, Relations industrielles et affaires sociales.

La Division est chargée des domaines suivants: mise en oeuvre des articles 48 et 49 du Traité CEE, concertation des politiques migratoires, intégration sociale des migrants, lutte contre le racisme et la xénophobie, accompagnement du Forum des Migrants de la Communauté Européenne.

Professeur Jean-François Flauss:

Docteur en droit. Agrégé des Facultés de droit (droit public).

Professeur extraordinaire à la Faculté de droit de Lausanne où il enseigne le droit constitutionnel aux étudiants en Sciences sociales et politiques. Professeur à la Faculté de droit de Strasbourg.

Enseignements et champs d'activité: droit européen des droits de l'homme et droit constitutionnel européen.

Professeur Olivier Jacot-Guillarmod:

Sous-directeur à l'Office fédéral de la justice, Chef de la Division des affaires internationales. Professeur associé à l'Université de Neuchâtel. Agent du Conseil fédéral pour la représentation de la Suisse devant la Commission et la Cour européenne des droits de l'homme. Dans le cadre des négociations sur le Traité EEE, Chef-suppléant de la délégation suisse au Groupe V (Questions juridiques et institutionnelles).

Il a à son actif une quarantaine de publications, dont plusieurs concernent directement la question des rapports entre l'ordre juridique suisse et l'ordre juridique communautaire.

M. Theodoros Papaspyrou:

Etudes universitaires en économie à Athènes et à Londres puis économiste à la Banque de Grèce. Depuis juin 1989, administrateur principal au sein de la Direction Générale des Affaires économiques et financières de la Commission des Communautés européennes, Unité «Intégration financière et mouvements de capitaux».

Son activité actuelle consiste notamment à participer aux travaux de l'Unité concernant le

contrôle de l'application, par les Etats membres, de la législation communautaire en matière de mouvements de capitaux, de la libéralisation des transactions en capital et de l'intégration européenne sur les flux de fonds, les balances des paiements et les marchés financiers. Analyse des systèmes et des marchés financiers des pays membres dans le cadre des études économiques de la Direction générale des Affaires économiques et financières. Analyse de l'intégration financière dans le cadre du Marché Unique et de l'Union Economique et Monétaire.

M. Helmut Schmitt von Sydow:

Docteur en droit (Université de Francfort sur le Main). Etudes de sciences économiques et de droit aux universités de Francfort, Genève et Berlin.

Actuellement Chef de division à la Commission des Communautés européennes, ayant travaillé depuis 1971 successivement dans les domaines de la libre circulation des marchandises, de l'adhésion des pays méditerranéens, des petites et moyennes entreprises et de la relance du Marché intérieur. Membre du cabinet du Vice-président Martin Bangemann, chargé du Marché intérieur et des affaires industrielles.

Auteurs de nombreuses publications relatives au droit des Communautés européennes, concernant notamment les questions institutionnelles et la politique du Marché intérieur.

M. Patrick van Ypersele:

Depuis le 1er septembre 1989, référendaire au Tribunal de première instance des Communautés européennes à Luxembourg. Le référendaire est le plus proche collaborateur du juge.

Le Tribunal de première instance est une nouvelle juridiction qui a été adjointe à la Cour de justice par la décision du Conseil du 24 octobre 1988 prise en application de l'article 168A du traité CEE et qui est entrée en fonction le 1er septembre 1989.

Le Tribunal est chargé de connaître, en première instance et sous réserve d'un pourvoi porté devant la Cour de justice limité aux questions de droit, des recours en annulation ou en carence formés contre une institution des Communautés par des personnes physiques ou morales et concernant la mise en oeuvre des règles de concurrence applicables aux entreprises, des recours en annulation ou en carence formés contre la Commission par des entreprises ou associations d'entreprises et concernant les actes individuels pris en application des articles 50 et 57 à 66 du traité CECA et des litiges entre les Communautés et leurs agents.

Sources: NZZ 4 mai 92 p. 1 et 15, NZZ 20 mai 92 p. p. 21, NZZ 2 juin 92 p. 21 et 23, NZZ 20/21 juin 92 p. 21 et 23, Rapport du Conseil fédéral sur la question d'une adhésion de la Suisse à la Communauté (mai 92)

LE PRIX DES JOURNÉES D'ÉTUDE DU CEDIDAC: ÉTUDE COMPARATIVE.

Le CEDIDAC a effectué une étude comparative des prix des manifestations d'étude juridique organisées en Suisse.

1. Méthode

1.1 Echantillon

A deux exceptions près, toutes les journées d'étude prises en compte ont lieu en 1992. Toutes ont lieu en Suisse. Elles sont publiques (ainsi, les cours de 3e cycle n'ont pas été pris en compte) et s'adressent à des juristes. L'auteur a donc tenu compte de 27 manifestations annoncées dans la presse spécialisée jusqu'à fin juin 1992.

1.2 Prix par unité temps

Quel est le prix d'une unité temps? L'unité temps retenue correspond à une durée d'environ quatre heures (soit approximativement une demi-journée).

Prix total - (Coût documentation + Coût repas):
Durée totale = Prix par unité temps

...où le coût de l'éventuelle documentation est fixé à Frs. 15.--

...où le coût du repas est fixé à Frs. 30.--

Ces chiffres correspondent approximativement aux coûts moyens des repas et de la documentation fournis par le CEDIDAC lors de ses dernières journées.

Le prix total dont il est tenu compte est le

prix ordinaire et non pas un éventuel prix préférentiel, résultant par exemple d'un sociétariat.

Cette formule doit permettre de comparer des manifestations dont le prix comprend/ne comprend pas la fourniture d'une documentation, comprend/ne comprend pas de repas.

La valeur retenue pour la documentation correspond exclusivement aux coûts de reproduction, sans évaluation de son contenu.

2. Résultats

Si l'on retient le critère du prix par unité temps, sur un échantillon de 27, 13 manifestations sont plus chères et 13 sont moins chères que celles du CEDIDAC; une manifestation est de même prix. Le prix moyen de l'unité temps des manifestations plus chères est de Frs. 311.--, alors que celui des manifestations moins chères que celles du CEDIDAC est de Frs. 109.--. Le prix/unité temps moyen général est de Frs. 208.--. Le prix/unité temps des deux dernières journées du CEDIDAC est de Frs. 170.--.

Si l'on tient uniquement compte des manifestations comparables à celles du CEDIDAC (c'est à dire celles qui occupent une journée d'agenda: programme avant- et après-midi sur une journée), soit en tout 15 manifestations, on obtient un prix moyen par unité temps de Frs. 269.--. Selon la formule retenue, le prix par unité temps d'une journée du CEDIDAC est alors de Frs. 200.-- (formule retenue du fait que les 15 journées comparables offrent une documentation: Prix + 30/si repas non compris/ : Durée totale = Prix/unité temps).

JURISPRUDENCE

Garantie contre les risques à l'exportation (GRE) - couverture de l'exportateur en cas d'appel injustifié d'une garantie de bonne exécution "à première demande" ("performance bond")

Faits:

Contrat entre P. AG, société suisse, et W., entité administrative de l'Etat algérien, portant sur exécution "à première demande" ("performance bond") émise par le Crédit Populaire d'Algérie en faveur de W. Est stipulée une contre-garantie (également "à première demande") émise par la banque suisse X en faveur du Crédit Populaire d'Algérie. Indépendamment de la garantie de bonne exécution, il est établi une peine conventionnelle ("pénalité de retard") en faveur du maître d'ouvrage due par P. AG en cas de retard dans l'achèvement des travaux. P. AG est au bénéfice d'une garantie contre les risques à l'exportation (GRE) couvrant à un taux de 70 % le risque lié au recouvrement du prix des ouvrages. Une GRE ayant fait l'objet d'une décision distincte de la part du Département fédéral de l'économie publique couvre à un taux de 75 % les risques liés à la garantie de bonne exécution. La décision de garantie comprend entre autre la mention suivante sous la rubrique "Conditions supplémentaires": " Les dommages concernant la garantie d'exécution ou performance bond ne sont couverts que dans la mesure où ils se rapportent à des causes tombant sous le coup de la loi sur la garantie contre les risques à l'exportation et pour autant que l'on n'ait pas renoncé aux moyens de droit permettant de s'opposer à une prétention abusive". Des Coûts supplémentaires sont provoqués par des retards dans l'exécution des travaux. Ils sont mis à la charge de W. par P. AG. W. sollicite la peine conventionnelle maximale. Une action est ouverte en Algérie tendant à déterminer les responsabilités, procédure pendante. Le Crédit Populaire d'Algérie fait appel à la contre-garantie auprès de la banque X. Des mesures préprovisionnelles sont requises en Suisse par P. AG, tendant à interdire à la banque X de payer la contre-garantie. Elles sont ordonnées puis levées suite à un jugement civil déniant le caractère arbitraire ou abusif de l'appel à la garantie. Le jugement est confirmé en seconde instance cantonale. La P. AG adresse à l'office pour la GRE une prétention en dommages-intérêts du montant appelé de la garantie, plus les frais judiciaires et d'avocat engagés en vue de réduire le dommage. Par décision, la commission pour la GRE statue qu'aucun dédommagement ne peut être payé puisqu'il n'y a pas eu tromperie ou appel abusif de la garantie. De plus, la totalité de la peine conventionnelle pourrait être récupérée dans le cadre de la procédure pendante en Algérie, et un éventuel non-paiement de la prétention confirmée par le tribunal algérien ou un jugement manifestement contraire au droit serait couvert par la GRE accordée pour le contrat de construction (et non pas la GRE accordée pour le

"performance bond"). La décision sur recours du Département fédéral de l'économie publique confirme, avec une motivation essentiellement identique, la décision de la commission. Recours de droit administratif au TF de la P. AG concluant essentiellement à ce qu'il lui soit payé le montant de la garantie appelée pour appel abusif du performance bond, plus les frais et intérêts moratoires prévus par l'art. 19 al. 3 de l'ordonnance sur la GRE.

Droit:

Quelles sont les conditions de la couverture de l'exportateur lorsque l'importateur/le garant de 1er rang appelle sans cause valable une garantie/contre-garantie bancaire abstraite ("performance bond")?

La couverture suppose la constitution d'une GRE séparée pour le "performance bond", distincte du GRE garantissant le paiement du prix de la prestation exportée. Contrairement à l'opinion exprimée par les instances inférieures, cette dernière GRE ne garantit pas le risque lié à l'appel et au paiement injustifié du performance bond.

Seule la preuve d'une tromperie ou du caractère abusif (art. 2 al. 2 CC) de l'appel à la garantie permet, par des moyens de droit civil, de s'opposer à son paiement. (Jürgen Dohm, Bankgarantien im internationalen Handel, Berne 1985, p. 111, N. 225; Herbert Schönle, Missbrauch von Akkreditiven und Bankgarantien, in: RSJ 79/ 1983, p. 59). Le risque d'un éventuel jugement erroné d'un tribunal suisse n'est pas couvert par la GRE. Les autorités administratives (commission pour la garantie contre les risques à l'exportation, Département fédéral de l'économie publique...) sont liées par un jugement passé en force d'un tribunal suisse déniant le caractère abusif de l'appel et la tromperie de la part de l'importateur, soit en l'espèce un jugement refusant le maintien de mesures provisionnelles tendant à interdire le paiement de la garantie. Il n'est possible de s'écarter d'un jugement du tribunal civil que dans la mesure où l'on peut prouver sur la base de moyens de preuves nouveaux que c'est à tort que le tribunal aurait dénié l'existence d'un abus de droit.

Les risques inhérents à la faculté ménagée à l'importateur d'appeler la garantie par un acte unilatéral, ainsi que ceux qui sont inhérents au caractère abstrait du performance bond (restriction des moyens de droit permettant de s'opposer au paiement de la garantie appelée) ne sont pas couverts par le GRE et doivent être supportés par l'exportateur. La clause supplémentaire imposant à l'exportateur l'obligation de faire valoir les moyens de droit permettant de s'opposer à l'appel abusif n'y change rien. La GRE garantit en revanche le risque lié au recouvrement de la garantie appelée et payée sans cause; en effet, le paiement de la garantie a pour effet d'inverser le rôle procédural des parties: l'exportateur se trouve alors dans une situation identique à celle qui existe lorsqu'il entend obtenir le recouvrement d'une créance en argent contestée découlant du contrat; il est exposé aux mêmes risques. Les risques saisis par la garantie sont ceux prévus par la loi (art. 2, 3 et 4 loi sur la GRE, RS 946.11). L'existence d'un dommage dépend uniquement de la question de savoir si la garantie a été appelée à bon droit. Mais le dommage survenu n'est couvert que dans la mesure où la situation juridique est définitivement éclaircie. L'exportateur doit le cas échéant emprunter la voie de droit nécessaire. Un dédommagement par la GRE n'entre pas encore en ligne de compte lorsqu'un procès tendant à établir le droit au paiement de la garantie est pendant dans le pays de l'importateur et que l'on n'a ni prétendu ni prouvé qu'un procès équitable était exclu. Il n'y a dommage couvert par le GRE que lorsque, contrairement à un jugement établissant le caractère injustifié de l'appel à la garantie, celle-ci n'est pas remboursée ou ne peut pas être recouverte. Le cas où la régularité du procès n'est d'emblée pas garantie constitue la seule exception à ce principe.

Selon l'article 4 de la loi sur la GRE, la Confédération peut déroger au régime légal dans sa décision de garantie. Les limites de cette faculté sont peu claires. En l'espèce il faut se demander si la recourante pouvait de bonne foi considérer la clause spéciale se rapportant au performance bond comme une dérogation au régime légal. Cela serait exact, si les autorités, lors de l'octroi de la garantie, avaient donné l'impression qu'un dédommagement était dû déjà au moment du paiement du performance bond. Le texte de la clause est peu clair. Elle s'interprètera comme imposant au bénéficiaire un devoir d'empêcher ou de diminuer le dommage.

C'est à tort que les instances inférieures, interprétant a contrario la clause supplémentaire de la GRE pour le performance bond, ont considéré qu'un dédommagement pouvait être dû

avant l'éclaircissement définitif de la situation juridique. C'est à tort qu'elles admettent que la GRE accordée spécialement pour le performance bond serait exclusivement valable pour le cas d'appel abusif. Une telle GRE couvre tous les dommages qui se fondent sur des causes prévues par la loi.

TF, 2ème Cour de droit public, 17 janvier 1992 (résumé)

Nous signalons la parution en 1991 d'une thèse de licence et de doctorat de l'Université de Lausanne titrée "La protection de l'exportateur face à l'appel abusif à une garantie bancaire. Etude comparative des droits allemand, français, belge et suisse" par François Logoz.

LITTÉRATURE

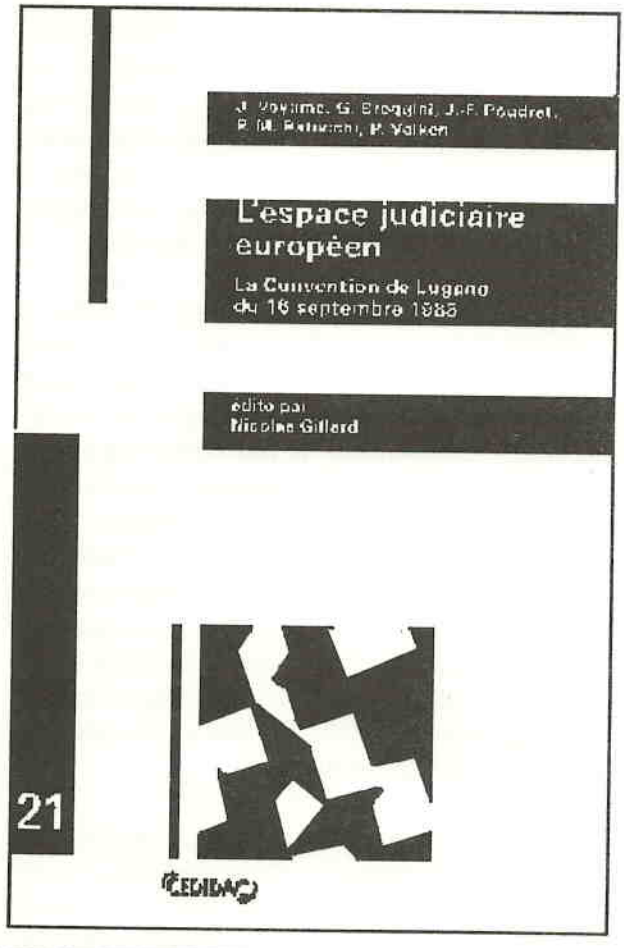
Nous jugeons utile de signaler à nos lecteurs la récente apparition d'une nouvelle collection juridique intitulée **Dossiers de droit européen**. Dirigée par Messieurs O. Jacquot-Guillarmot et P. Mercier, cette série compte déjà deux volumes:

Dossier n°1: *La libre circulation des personnes et des services,* P. MERCIER/O. JACQUOT-GUILLARMOT, Bâle 1991;

Dossier n° 2: *L'Europe judiciaire: les Conventions de Bruxelles et de Lugano,* B. DUTOIT/P. MERCIER, Bâle 1991.

D'autres Dossiers sont en préparation sur les sujets suivants:

Dossier n° 3: *Institutions européennes;*
Dossier n° 4: *L'europe des marchandises;*
Dossier n° 5: *L'Europe de la concurrence: entente, abus de position dominante, aides publiques;*
Dossiers n° 6: *Droit européen des sociétés;*
Dossier n° 1: nouvelle édition augmentée.



L'europe judiciaire est en marche. La Convention de Lugano du 16 septembre 1988 sur la compétence judiciaire et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale est entrée en vigueur le premier janvier 1992 pour la Suisse, la France et les Pays-bas. L'ouvrage "L'espace judiciaire européen" reprend donc à point nommé les travaux de la journée d'étude du 3 oct. 1991 que le CEDIDAC avait consacrée à la Convention de Lugano.

Ce volume, le 21ème de notre collection, propose en outre un répertoire de la jurisprudence que la Cour de justice des communautés européennes a rendue en application de la Convention de Bruxelles dont s'inspire très largement la Convention de Lugano. Cet outil permet une meilleure compréhension du texte et des implications pratiques de celle-ci. Enfin, l'ouvrage contient le texte intégral de la Convention, ainsi que les observations de l'Office fédéral de la justice à propos de l'exécution de jugements portant sur le paiement d'une somme d'argent à la lumière de la Convention.

Prix: membres, Fr. 60.-; non-membres, Fr. 90.-.