

GLOBAL STUDIES INSTITUTE DE L'UNIVERSITÉ DE GENEVE

COLLECTION EURYOPA

VOL. 85-2015

**Le cadre institutionnel pour les accords bilatéraux
Suisse-UE : statu quo, perspectives et critiques**

Mémoire présenté pour l'obtention du
Master en études européennes
Par Yuliya Kaspiarovich

Rédigé sous la direction de Nicolas Levrat
Juré : Francesco Maiani
Genève, juin 2014

Sommaire

Remerciements	3
Liste des acronymes et abréviations	4
Introduction	5
Chapitre I	
Les limites des mécanismes institutionnels régissant les accords bilatéraux à l'heure actuelle	
I. Le droit de l'UE et la jurisprudence de la CJUE dans les accords bilatéraux Suisse-UE	9
II. Les mécanismes de règlement des différends et les mesures de sauvegarde	13
Chapitre II	
A la recherche de solutions institutionnelles entre la Suisse et l'UE en 2012	
I. Les propositions suisses de résolution des questions institutionnelles avec l'UE, la lettre de la Conseillère fédérale du 15 juin 2012	16
II. La note critique rédigée par le Service européen d'action extérieure (SEAE) aux Etats membres de l'UE, le 11 septembre 2012	20
Chapitre III	
La poursuite des négociations autour de l'accord-cadre sur les questions institutionnelles entre la Suisse et l'UE	
I. Les trois scénarii évoqués dans le « non-paper » Rossier/O'Sullivan	25
II. Le choix institutionnel helvétique et la comparaison avec le mécanisme de l'EEE	28
Chapitre IV	
Les critiques adressées au mandat de négociations du Conseil fédéral sur les questions institutionnelles Suisse-UE	
I. Le champ d'application élargi et la reprise <i>dynamique</i> indispensables	42
II. L'interprétation du droit et le mécanisme du règlement des différends avec une CJUE omniprésente	44
III. Le mécanisme de surveillance des accords de nature politique	50
IV. L'accord d'association Suisse-UE avec l'EEE comme « benchmark »	52
V. La « perspective suisse, vue de Bruxelles, pour les solutions institutionnelles »	54
Conclusions	58
Bibliographie	59
Table des matières	63

Remerciements

Je tiens à remercier le Professeur Nicolas Levrat pour ses conseils et sa présence tout au long de la rédaction de ce travail.

Mes remerciements vont également au Professeur Francesco Maiani, tout d'abord pour avoir accepté sans hésitation d'être juré pour mon mémoire, ainsi que pour ses remarques critiques d'une grande utilité.

Je voudrais également remercier toutes les personnes qui ont patiemment répondu à mes questions et m'ont aidée avec leurs remarques, réflexions, idées et suggestions.

Merci enfin à Monsieur Laurent RoCHAT pour sa relecture méticuleuse et ses commentaires détaillés.

Liste des acronymes et abréviations

AELE	Association européenne de libre échange
ALCP	Accord sur la libre circulation des personnes
ARM	Accord sur la reconnaissance mutuelle en matière d'évaluation de la conformité
ATA	Accord sur le transport aérien
ATF	Recueil officiel des arrêts du Tribunal fédéral suisse
ATT	Accord sur le transport terrestre
CE	Communauté(s) européenne(s)
CEE	Communauté économique européenne
CJCE	Cour de justice des Communautés européennes
CJUE	Cour de justice de l'Union européenne
DAE	Direction des affaires européennes
DFAE	Département fédéral des affaires étrangères
EEE	Espace économique européen
FINMA	Autorité fédérale de surveillance des marchés financiers
LETC	Loi fédérale sur les entraves techniques au commerce
LMI	Loi fédérale sur le marché intérieur
OMC	Organisation mondiale du commerce
ORD	Organe de règlement des différends
REACH	Registration, evaluation, authorisation and restriction of chemicals
SECO	Secrétariat d'Etat à l'économie
TCE	Traité instituant la Communauté européenne
TF	Tribunal fédéral
TFUE	Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne
TUE	Traité sur l'Union européenne
UDC	Union démocratique du centre
UE	Union européenne

Introduction

Les relations entre la Suisse et l'UE sont très étroites¹ et intenses². Elles reposent sur un ensemble d'accords bilatéraux composé d'une vingtaine d'accords principaux et d'une centaine d'autres traités³. Cependant, les négociations concernant l'accès de la Suisse à des secteurs toujours plus nombreux du marché intérieur n'ont pas évolué, surtout en raison des questions institutionnelles non résolues⁴. Dans ses conclusions sur les relations avec les pays de l'AELE de 2008⁵, de 2010⁶ et de 2012⁷, le Conseil de l'UE insiste sur le fait que l'approche sectorielle de la Suisse, en l'absence d'un cadre institutionnel horizontal, a atteint ses limites. Ce mémoire a donc pour objectif d'analyser les solutions proposées par le Conseil fédéral aux enjeux institutionnels entre la Suisse et l'UE, ainsi que de voir de plus près les différents commentaires et critiques qui leur ont été adressés par des professeurs du droit de l'UE, des politiciens et des spécialistes des relations Suisse-UE.

Le cadre institutionnel qui nous intéressera, regroupe les quatre questions suivantes :

1. L'adaptation du droit et les procédures à mettre en place en Suisse pour assurer l'adaptation des accords bilatéraux aux évolutions du droit de l'UE ;
2. Le mécanisme de surveillance de la mise en œuvre des accords bilatéraux ;
3. L'interprétation homogène des accords bilatéraux par les parties ;
4. Le mécanisme de règlement des différends.

Au moment de l'écriture de ce mémoire, à savoir le printemps 2014, les négociations entre la Suisse et l'UE sur les questions institutionnelles ont été relancées⁸. En effet, après la votation helvétique du 9 février 2014 en faveur de l'initiative de l'UDC « contre l'immigration de masse » et le refus de signer le protocole élargissant l'accord sur la libre circulation des personnes à la Croatie, 28^{ème} Etat membre de l'UE, les relations bilatérales Suisse-UE se sont retrouvées dans l'impasse. Cependant, le Conseil fédéral a récemment débloqué la situation avec la Croatie, s'engageant unilatéralement à respecter l'égalité de traitement avec les autres Etats membres de l'UE⁹ ; de même qu'il s'est engagé à verser 45 millions de francs à l'UE, une contribution visant à réduire les disparités économiques et sociales en Europe. Les deux mandats de négociations pour relancer les pourparlers sur les questions institutionnelles, aussi bien du côté de la Suisse¹⁰ que du celui de l'UE¹¹, ont été adoptés à ce jour.

¹ Site de la DAE. (Consulté le 28 mai 2014 :

<http://www.europa.admin.ch/themen/00499/00503/01777/index.html?lang=fr>).

² *Conclusions du Conseil sur les relations de l'UE avec les pays de l'AELE*, Conseil « Transports, télécommunications et énergie », Conseil de l'Union européenne, Doc. 5101/1/13 REV 1, Bruxelles, 20 décembre 2012. (Consulté le 28 mai 2014 : <http://register.consilium.europa.eu/doc/srv?l=FR&f=ST%205101%202013%20INIT>).

³ *Questions institutionnelles*, Directions des affaires européennes DAE, Mai 2014. (Consulté le 28 mai 2014 : <http://www.europa.admin.ch/themen/00499/00503/01777/index.html?lang=fr>).

⁴ *Conclusions du Conseil sur les relations de l'UE avec les pays de l'AELE*, 20 décembre 2012, *op. cit.*

⁵ *Conclusions du Conseil sur les relations de l'UE avec les pays de l'AELE*, Conseil de l'Union européenne, Doc. 16651/1/08 REV 1, Bruxelles, 8 décembre 2008. (Consulté le 28 mai 2014 : <http://register.consilium.europa.eu/doc/srv?l=FR&f=ST%2016651%202008%20REV%201>).

⁶ *Conclusions du Conseil sur les relations de l'UE avec les pays de l'AELE*, Conseil « Affaires générales », Conseil de l'Union européenne, Doc. 17423/1/10 REV 1, Bruxelles, 14 décembre 2010. (Consulté le 28 mai 2014 : <http://register.consilium.europa.eu/doc/srv?l=FR&f=ST%2017423%202010%20INIT>).

⁷ *Ibid.*

⁸ Début des négociations sur les questions institutionnelles, le 22 mai 2014. (Consulté le 29 mai 2014 : <http://www.europa.admin.ch/themen/00499/00503/01777/index.html?lang=fr>).

⁹ Déclaration du Conseil fédéral concernant la non-discrimination des citoyens croates. (Consulté le 11 mai 2014 : <http://www.news.admin.ch/NSBSubscriber/message/attachments/34639.pdf>).

¹⁰ Adoption du mandat de négociation par le Conseil fédéral, le 18 décembre 2013. (Consulté le 29 juin 2014 : <http://www.europa.admin.ch/themen/00499/00503/01777/index.html?lang=fr>).

¹¹ Adoption du mandat de négociation par le Conseil de l'UE, le 6 mai 2014. (Consulté le 29 juin 2014 : <http://www.europa.admin.ch/themen/00499/00503/01777/index.html?lang=fr>).

« De ce fait, les négociations, suspendues après le scrutin sur l'immigration du 9 février dernier, peuvent reprendre. Si elles aboutissent, elles transformeront le fonctionnement des accords bilatéraux tels que nous les connaissons. Au cœur du projet qui sera soumis au vote populaire – en 2016, selon le Conseil fédéral¹² – figureront des règles d'interprétation agréées, l'incorporation de l'acquis communautaire ainsi qu'un mécanisme de règlement des différends qui implique un recours, sous une forme ou sous une autre, à la Cour de justice de l'Union européenne » - analyse François Nordmann tout en estimant qu'une votation populaire programmée en 2016 est un objectif trop optimiste¹³.

Compte tenu du fait que le mandat de négociations du Conseil fédéral du 18 décembre 2013, que nous allons nous efforcer de commenter, est tenu secret à l'heure actuelle, nous nous pencherons sur le document du travail Rossier/O'Sullivan, plus connu sous le nom de « non-paper », afin d'analyser les trois solutions proposées y compris celle qui a été retenue par les deux parties et qui devra servir de base pour un futur projet d'accord. Seules les grandes lignes figurent dans ce document du travail ce qui, paradoxalement, suscite encore plus d'intérêt et de questions, source d'inspiration pour ce travail de Master. Certainement, nous allons essayer d'analyser les questions et commentaires du point de vue juridique, mais il sera très difficile de faire abstraction, tout au long de ce travail, des commentaires et enjeux politiques, tant la question est d'actualité.

Les questions institutionnelles, rappelons-le, se composent de quatre éléments principaux : la reprise du droit de l'UE, l'interprétation du droit, le mécanisme de surveillance et de règlement des différends.

Nous allons, dans un premier temps, voir comment les relations bilatérales entre la Suisse et l'UE se présentent à l'heure actuelle. Nous analyserons notamment la place du droit et de la jurisprudence de l'UE dans les accords bilatéraux Suisse-UE ainsi que le système de surveillance qui prévaut de nos jours, à savoir de nombreux comités mixtes principalement de nature intergouvernementale (Chapitre I).

La recherche de solutions institutionnelles – gage de la poursuite de la voie bilatérale entre la Suisse et l'UE et de l'ouverture du nombre croissant de secteurs du marché intérieur européen – est un processus long et difficile. En effet, dès 2008¹⁴, le Conseil de l'UE exige de la Suisse d'établir un cadre institutionnel horizontal pour l'ensemble des accords bilatéraux afin de garantir l'homogénéité du droit au sein du marché intérieur et assurer ainsi la sécurité juridique des citoyens et des opérateurs économiques¹⁵. Les accords bilatéraux actuels sont statiques et ne s'adaptent plus à la réalité du marché européen, ce qui constitue la cause principale de l'insécurité juridique pour des opérateurs économiques. Par crainte de l'érosion des droits¹⁶ dans les accords bilatéraux actuels et dans le souci de protection de personnes physiques et morales des deux parties, il est nécessaire d'appliquer de manière homogène les règles de droit régissant le marché intérieur. Le maintien du *statu quo* en matière de droit applicable aux accords bilatéraux pourra causer une dégradation des conditions économiques d'accès au marché intérieur. Les propositions institutionnelles suisses de 2012, bien qu'objet de nombreuses critiques européennes, ont permis de débloquent les négociations autour des questions institutionnelles Suisse-UE (Chapitre II).

¹² Conférence de presse de Didier Burkhalter, *Le Conseil fédéral prend des mesures pour relancer les discussions avec l'UE concernant la participation de la Suisse aux programmes européens et l'accès au marché*, 30 avril 2014. (Consulté le 11 mai 2014 : <http://www.europa.admin.ch/aktuell/01655/02114/02176/index.html?lang=fr>).

¹³ François NORDMANN, « Suisse-UE: horizon 2016, vraiment? », *Le Temps*, 6 mai 2014. (Consulté le 26 mai 2014: http://www.letemps.ch/Page/Uuid/8b504d6c-d497-11e3-9ea0-2c4eacbe297e/Suisse-UE_horizon_2016_vraiment).

¹⁴ *Conclusions du Conseil sur les relations de l'UE avec les pays de l'AELE*, 14 décembre 2010 *op. cit.*

¹⁵ *Mandat de négociations pour un accord UE-Suisse sur un cadre institutionnel*, Conseil de l'Union européenne, 9525/14, Bruxelles, 6 mai 2014.

¹⁶ *Rapport du Conseil fédéral sur l'évaluation de la politique européenne de la Suisse*, FF 2010 6615, 17 septembre 2010, pp. 6617-6618. (Consulté le 29 mai 2014 : <http://www.admin.ch/opc/fr/federal-gazette/2010/6615.pdf>).

Par la suite, les négociations ont suivi leur cours. Trois scénarii ont été élaborés par les deux parties en commun, dont un a été retenu dans le but d'élaborer les deux mandats de négociations pour chacune des deux parties. De nombreux adeptes du système de l'EEE, ont commencé à vanter les avantages d'un système institutionnel en deux piliers. Nous allons ainsi voir de plus près les avantages et les limites de l'architecture institutionnelle de l'EEE à la lumière des deux autres solutions (Chapitre III).

Enfin, nous analyserons les critiques adressées au mandat de négociations du Conseil fédéral ainsi que de nombreuses questions formelles et substantielles que celui-ci laisse ouvertes, à savoir :

- Quelle forme le projet d'accord institutionnel prendra-t-il du côté de l'UE, un accord simple ou mixte ?
- L'avis de la CJUE sera-t-il finalement contraignant ou bien c'est le Comité mixte qui aura le dernier mot de nature politique ? Qu'en pensera la CJUE en cas de consultation en vertu de l'article 218 § 11 du TFUE¹⁷ ?
- Une forme de mécanisme du renvoi préjudiciel aura-t-il sa place dans l'ordre juridique helvétique, à l'image de celui qui existe au sein de l'UE¹⁸ ?
- Quel mécanisme pour la surveillance des accords bilatéraux en Suisse ? La Commission européenne aura-t-elle un mot à dire ?
- Quelles sont les exigences de Bruxelles en matière de solutions institutionnelles avec la Suisse ? Seront-elles plus strictes après la votation du 9 février 2014 ? (Chapitre IV).

En analysant la situation actuelle des relations bilatérales Suisse-UE et du long parcours de recherche de solutions institutionnelles acceptables pour les deux parties, grâce à de nombreuses prises de position des professeurs du droit de l'UE, des politiciens et des spécialistes des relations Suisse-UE, dans un contexte particulièrement difficile, nous allons essayer d'apporter des critiques constructives à d'éventuelles solutions institutionnelles. Soulignons qu'il ne s'agit ni plus ni moins d'un accord-cadre pour tous les accords d'accès au marché intérieur existants et futurs, de la poursuite des relations bilatérales Suisse-UE et de l'ouverture de nouveaux secteurs du marché intérieur à la Suisse.

Les spécificités internes helvétiques et la longue tradition de la démocratie directe mettent la politique européenne de la Suisse constamment à l'épreuve. Combien de génie et de créativité a-t-il fallu pour construire le complexe édifice des bilatérales. La conclusion de l'accord-cadre devrait marquer le passage à un mécanisme institutionnel plus large qui s'appliquerait à une grande partie des accords bilatéraux. A moins qu'une nouvelle initiative des opposants de la voie bilatérale ne vienne contourner les prémices d'une solution institutionnelle si convoitée¹⁹.

¹⁷ Article 218 § 11 du TFUE : un Etat membre, le Parlement européen, le Conseil ou la Commission peut recueillir l'avis de la Cour de justice sur la compatibilité d'un accord envisagé avec les traités. En cas d'avis négatif de la Cour, l'accord envisagé ne peut entrer en vigueur, sauf modification de celui-ci ou révision des traités.

¹⁸ Article 267 du TFUE.

¹⁹ Sandrine HOCHSTRASSER, « UE-NO: la nouvelle machine de guerre de Christophe Blocher » *Le Temps*, 20 juin 2014. (Consulté le 29 juin 2014 : http://www.letemps.ch/Page/Uuid/52faebb4-f7da-11e3-becf-b7f9645726d2/EU-NO_la_nouvelle_machine_de_guerre_de_Christoph_Blocher).

CHAPITRE I

Les limites des mécanismes institutionnels régissant les accords bilatéraux à l'heure actuelle

Au cœur de l'Europe, la Suisse est le seul pays de l'Europe occidentale à ne pas faire partie de l'UE ni de l'EEE²⁰. Plus encore, c'est un des rares Etats à s'opposer avec autant de détermination à l'intégration européenne. Membre à part entière de l'AELE, la Suisse a pourtant refusé, suite à un référendum²¹ de 1992²², d'adhérer à l'EEE²³. Cependant, cela ne veut pas dire que la Suisse est exclue du processus de l'intégration européenne. Volontairement en retrait, elle suit les avancées de l'UE en puisant des avantages économiques, mais reste très réticente lorsqu'il faut résoudre des problèmes juridiques ou faire des concessions politiques.

L'originalité des relations entre la Suisse et l'UE est due, entre autres, au fait qu'elles sont actuellement basées sur un système complexe d'accords bilatéraux : une centaine d'accords sectoriels et une vingtaine d'accords d'accès au marché intérieur de l'UE. La nécessité de conclure les accords bilatéraux est le résultat logique du refus de l'EEE. Après le 6 décembre 1992, le Conseil fédéral adopte une nouvelle stratégie pour les relations avec l'UE dans le but de ne pas isoler économiquement la Suisse. Il convient de noter que la mise en place de la voie bilatérale avait pour objectif lointain l'adhésion à l'UE jugée de « seule alternative crédible » par le Conseil fédéral en 1988²⁴. C'est dans cette perspective d'adhésion à long terme que la voie bilatérale entre la Suisse et l'UE a vu le jour.

Actuellement, le Conseil fédéral insiste sur le fait que la voie bilatérale reste le meilleur moyen pour la Suisse de préserver au mieux ses intérêts et poursuivre les relations avec son partenaire économique de première importance²⁵. En effet, plus de 60% des exportations suisses sont destinées au marché de l'UE. Certainement, le volet économique constitue une partie majeure de relations entre la Suisse et l'UE. La Suisse, tout en souhaitant profiter pleinement du marché intérieur de l'UE, n'est pour autant pas prête à faire des concessions touchant à sa souveraineté nationale. Soulignons que les relations entre la Suisse et l'UE se basent sur le droit de l'UE. Cependant, la reprise de l'acquis se fait de manière statique : toute modification ou développement de l'acquis survenus après la signature des accords ne lient pas la Suisse de manière automatique. Pour ce faire, il faut que la décision dans le même sens soit prise par le Comité mixte²⁶. C'est ainsi que la quasi-totalité des accords bilatéraux entre la Suisse et l'UE renvoie au droit de l'UE en vigueur au moment de la conclusion de ces accords. Seules exceptions, l'accord sur le transport aérien (bilatérales I) et l'accord Schengen/Dublin (bilatérales II) prévoient une reprise dynamique de l'acquis communautaire. Or, l'aspect statique des relations bilatérales de la Suisse avec l'UE a abouti à une impasse : aucun accord bilatéral majeur d'accès au marché n'a été conclu depuis 2008²⁷. En effet, l'UE pose comme condition préalable à la

²⁰ Roland BIEBER, Francesco MAIANI, *Précis de droit européen*, Berne, Stämpfli Editions SA, 2011, pp. 415-423.

²¹ Le 6 décembre 1992, le peuple et les cantons suisses rejettent l'accord EEE lors d'une votation populaire. La Suisse est ainsi le seul pays de l'AELE à ne pas faire partie de l'EEE.

²² Résultats du référendum du 6 décembre 1992.

(Consulté le 29 mai 2014 : <http://www.admin.ch/ch/f/pore/va/19921206/>).

²³ *Message du Conseil fédéral sur le programme consécutif au rejet de l'EEE*, FF 1993 I 757.

²⁴ *Rapport du Conseil fédéral sur la position de la Suisse dans le processus d'intégration européenne*, FF 1988 III 233, ch. 411-412.

²⁵ *Questions institutionnelles*, Directions des affaires européennes DAE, mai 2014. (Consulté le 12 mai 2014 : <http://www.europa.admin.ch/themen/00499/00503/01777/index.html?lang=fr>).

²⁶ Roland BIEBER, Francesco MAIANI, *Précis de droit européen*, *op. cit.*, p. 426.

²⁷ A l'exception de quelques accords suivants : l'accord entre la Suisse et Eurojust pour renforcer la coopération internationale en matière de lutte contre la grande criminalité, entré en vigueur le 22 juillet 2011 ; l'arrangement, juridiquement non contraignant, réglant la coopération entre la Suisse et l'Agence européenne de défense (AED) dans le domaine de l'armement, entré en vigueur le 16 mars 2012 ; l'accord de coopération entre la Suisse et l'UE pour lutter efficacement contre les restrictions transfrontalières à la concurrence, entré en vigueur le 17 mai 2013.

conclusion de tout nouvel accord avec la Confédération helvétique, la codification du cadre institutionnel de l'ensemble des accords bilatéraux d'accès au marché avec une reprise dynamique de l'acquis communautaire²⁸. La reprise dynamique et non automatique de l'acquis communautaire se fera dans le temps et permettra ainsi à la Suisse de respecter la procédure interne et les exigences de la démocratie directe.

Le risque majeur du *statu quo* des relations bilatérales actuelles est, à terme, une érosion progressive de l'accès au marché européen dont bénéficie la Suisse suite à un décalage croissant entre les réglementations européennes et l'acquis des accords bilatéraux²⁹. Les acteurs économiques suisses se trouvent dans la difficulté de savoir quel droit dans le domaine des accords bilatéraux relatifs à l'accès au marché ils devront appliquer. Il ne s'agit pas du droit suisse puisque les accords bilatéraux renvoient au droit de l'UE. Mais le problème vient du fait que le droit de l'UE est dynamique tandis que les accords bilatéraux sont statiques et ne font référence qu'au droit de l'UE en vigueur au moment de la conclusion des accords³⁰ et qui a évolué depuis. C'est précisément pour cette raison que l'UE demande sans cesse à la Suisse de l'homogénéité dans l'application du droit qui relève des accords bilatéraux d'accès au marché intérieur de l'UE. Depuis les premières tentatives de lancement de négociations sur le volet institutionnel en 2012, la Suisse reconnaît cette nécessité et en fait un des motifs moteurs de l'ouverture des négociations.

Dans ce Chapitre, nous analyserons les mécanismes institutionnels existants qui régissent les relations bilatérales entre la Suisse et l'UE. A la lumière des dispositions de quelques accords bilatéraux, nous verrons comment se fait la reprise du droit de l'UE et quelles sont les références à la jurisprudence de la CJUE dans les accords (I). Nous nous intéresserons également au système complexe de comités mixtes où les parties contractantes règlent des différends en matière de l'application et de l'interprétation du droit de l'UE (II).

I. *Le droit de l'UE et la jurisprudence de la CJUE dans les accords bilatéraux Suisse-UE*

Tous les accords bilatéraux Suisse-UE instaurent une coopération internationale de type classique : aucun transfert de compétences à des instances supranationales n'est prévu. Chaque partie contractante est responsable de l'application des accords sur son territoire.³¹ L'exception porte sur l'observation des règles de concurrence dans le domaine du transport aérien³² puisque la surveillance et l'application de ces règles relèvent des compétences de la Commission européenne et de la CJUE³³, sauf pour les aides d'Etat.

Partant du fait que les accords bilatéraux Suisse-UE relèvent du droit international public, il convient de les interpréter conformément aux règles du droit international public. La Convention de Vienne sur le droit des traités prévoit en son article 31 § 1 qu'un accord « doit être interprété de bonne foi suivant le sens ordinaire à attribuer aux termes du traité dans leur contexte et à la lumière de son objet et de son but »³⁴. Nous verrons dans ce chapitre le caractère et la nature du droit applicable aux accords bilatéraux Suisse-UE (A) ainsi que les spécificités de la prise en compte de la jurisprudence de la CJUE (B).

²⁸ *Mandat de négociations pour un accord UE-Suisse sur un cadre institutionnel, op. cit.*

²⁹ *Questions institutionnelles CH-UE : renouvellement de la voie bilatérale*, Direction des affaires européennes (DAE), septembre 2013. (Consulté le 12 mai 2014 :

<http://www.europa.admin.ch/dienstleistungen/00553/02051/index.html?lang=fr>).

³⁰ Nicolas LEVRAT, « Réflexion sur les enjeux juridiques dans notre relation avec l'UE », *Le magazine du Nouveau mouvement européen Suisse*, No 2/2013, pp. 3-4.

³¹ *Les Accords bilatéraux Suisse-Union européenne, Edition 2013*, Département fédéral des affaires étrangères DFAE, 1^{er} juillet 2013, p.9.

³² Article 1 § 1 de l'Accord entre la Confédération suisse et la Communauté européenne sur le transport aérien, 21 juin 1999, RS 0.748.127.192.68 (ci-après ATA).

³³ Article 14 de l'ATA.

³⁴ Article 31 § 1 de la Convention de Vienne sur le droit des traités, 23 mai 1969, RS 0.111.

A. Le caractère statique du droit de l'UE applicable : règle avec ses exceptions

Tous les accords bilatéraux Suisse-UE se réfèrent au droit de l'UE. Dans la plupart des cas, ces accords ont un caractère statique et ne se basent que sur le droit de l'UE en vigueur au moment de la conclusion des accords. Cet aspect non évolutif des accords pose un certain nombre de problèmes visibles à moyen et à long terme, notamment en ce qui concerne une érosion progressive des droits des acteurs économiques. En effet, le droit de l'UE n'est pas statique et évolue avec le temps sans pour autant qu'il soit nécessairement repris par la Suisse.

Dans le document paru en 2013, *Les Accords bilatéraux Suisse-Union européenne*, le DFAE précise que « les accords bilatéraux sont basés soit sur l'équivalence des législations suisse et communautaire (p. ex. suppression des obstacles techniques au commerce ou marchés publics), soit sur la reprise de l'acquis communautaire (p. ex. transport aérien et Schengen/Dublin). Les accords de coopération régissent la collaboration dans le cadre des programmes et des agences de l'UE (p. ex. recherche ou environnement³⁵) ».

On pourrait ainsi classer les accords entre la Suisse et l'UE en fonction de modalités de reprise du droit de l'UE. De manière très schématique, on peut distinguer les accords qui se basent sur une équivalence des législations (1) et ceux qui prévoient une reprise dynamique de l'acquis communautaire³⁶ (2).

1. L'équivalence des législations suisse et communautaire

« 1. Sous réserve des par. 2 et 3 ci-dessous, la Suisse adopte, au plus tard 6 mois après la signature du présent Accord, des régimes équivalents à la législation communautaire relative aux conditions techniques régissant le transport routier [...] 2. La Suisse dispose d'une période transitoire de 2 ans à dater de l'entrée en vigueur du présent Accord pour rendre sa législation relative au contrôle technique des véhicules équivalente au droit communautaire »³⁷.

Dans cet accord sur le transport routier, nous constatons un exemple type de l'article sur l'équivalence des législations suisse et de l'UE.

2. La reprise de l'acquis communautaire

« 3. Sans préjudice de l'art. 7, les actes et les mesures pris par l'Union européenne et la Communauté européenne modifiant ou complétant les dispositions visées aux annexes A et B, auxquels les procédures prévues dans le présent Accord ont été appliquées, sont également acceptés, mis en œuvre et appliqués par la Suisse »³⁸.

« 1. L'adoption de nouveaux actes ou de mesures liés aux questions visées à l'art. 2 est réservée aux institutions compétentes de l'Union européenne. Sous réserve du par. 2, ces actes ou ces mesures entrent en vigueur simultanément pour l'Union européenne, la Communauté européenne et ses Etats membres concernés et pour la Suisse, sauf disposition explicite contraire dans ceux-ci. A cet égard, il est tenu dûment compte du délai indiqué par la Suisse au sein du comité mixte pour lui permettre de satisfaire à ses exigences constitutionnelles »³⁹.

³⁵ *Les Accords bilatéraux Suisse-Union européenne*, Edition 2013, Département fédéral des affaires étrangères (DFAE), *op. cit.*, p.10.

³⁶ Roland BIEBER, Francesco MAIANI, *Précis de droit européen*, *op. cit.*, pp. 425-426.

³⁷ Article 7 § 1 et 2 de l'Accord entre la Confédération suisse et la Communauté européenne sur le transport de marchandises et de voyageurs par rail et par route, 21 juin 1999, RS 0.740.72 (ci-après ATT).

³⁸ Article 2 § 3 de l'Accord entre la Confédération suisse, l'Union européenne et la Communauté européenne sur l'association de la Confédération suisse à la mise en œuvre, à l'application et au développement de l'acquis Schengen, 26 octobre 2004, RS 0.362.31 (ci-après Accord Schengen).

³⁹ Article 7 § 1 de l'Accord Schengen.

Ainsi, la Suisse est associée au développement et à la mise œuvre de l'acquis Schengen et Dublin comme les autres pays de l'AELE⁴⁰. De ce fait, une reprise dynamique de l'acquis pertinent est prévue pour ces accords. Il s'agit des deux accords, juridiquement indissociables, qui prévoient une reprise du droit de l'UE la plus poussée parmi tous les accords Suisse-UE. A l'image de l'accord EEE, l'application du développement du droit de l'UE doit se faire de manière homogène et simultanée en Suisse et dans l'UE. En s'engageant à reprendre l'évolution de l'acquis Schengen/Dublin, la Suisse obtient en contrepartie la possibilité de participer au *decision-shaping*. Avant que les actes de l'UE ne soient formellement proposés au Conseil et au Parlement européen, la Commission européenne consulte les Etats membres de l'UE, de l'EEE et la Suisse⁴¹. C'est à ce stade que les experts suisses peuvent avancer des suggestions au sein du comité mixte. Une fois le développement de l'acquis communautaire adopté, il est communiqué à la Suisse. C'est à ce moment-là que l'on peut observer une reprise *dynamique* et non *automatique* de cet acquis puisque la Suisse soit notifie son acceptation dans un délai de 30 jours⁴², soit demande la prolongation allant jusqu'à 2 ans en cas de l'approbation nécessaire par l'Assemblée fédérale ou le peuple⁴³. Entre-temps, la Suisse s'engage à appliquer l'acquis communautaire de manière provisoire afin de permettre l'entrée en vigueur simultanée dans l'ensemble de l'espace Schengen/Dublin. En revanche, si le droit interne suisse s'y oppose, l'UE peut prendre des mesures unilatérales allant jusqu'à la suspension d'une partie de l'accord⁴⁴.

Par conséquent, la reprise *dynamique* permet juridiquement à la Suisse de ne pas reprendre le développement de l'acquis communautaire⁴⁵. Cependant, le risque du refus de reprendre l'acquis dans les délais fixés est la suspension des accords, dans un premier temps, et leur résiliation au bout de 90 jours à défaut d'une solution trouvée⁴⁶.

Il convient de préciser que la modification substantielle des accords bilatéraux entre la Suisse et l'UE ne peut subvenir que d'un commun accord entre les parties. Lorsqu'il s'agit des accords fondés sur le principe d'*équivalence* des législations, les deux parties ont intérêt à préserver cette équivalence en cas d'évolution du droit, de même qu'il est nécessaire pour la Suisse de reprendre l'acquis communautaire pertinent afin de garantir les mêmes conditions de concurrence aux opérateurs économiques⁴⁷.

Bien que la plupart des accords bilatéraux soient statiques et ne se réfèrent qu'au droit de l'UE applicable au moment de leur conclusion, il y a également une sorte d'*équivalence statique statutaire*. Il s'agit des accords *statiques*, comme pour la plupart des accords bilatéraux Suisse-UE. Cependant, les annexes de ces accords prouvent que, de fait, la reprise de l'acquis par la Suisse se fait de manière dynamique. Il s'agit par exemple de l'accord sur la reconnaissance mutuelle en matière d'évaluation de la conformité⁴⁸. Il en est de même, par exemple, avec l'accord sur la libre circulation des personnes qui n'impose pas à la Suisse de reprendre l'évolution de l'acquis communautaire⁴⁹. Pourtant le comité mixte procède à une mise à jour progressive des annexes de l'accord⁵⁰.

⁴⁰ ATF 136 II 5, cons. 3.4.

⁴¹ Article 5 et 6 de l'Accord Schengen ; Article 2 al. 1 de l'Accord Dublin.

⁴² Article 7 al. 2a de l'Accord Schengen ; Article 4 al. 1 de l'Accord Dublin.

⁴³ Article 7 al. 2b de l'Accord Schengen ; Article 4 al. 3 de l'Accord Dublin.

⁴⁴ Article 7 al. 2 de l'Accord Schengen ; Article 4 al. 4-5 de l'Accord Dublin.

⁴⁵ Roland BIEBER, Francesco MAIANI, *Précis de droit européen, op. cit.*, pp. 438-439.

⁴⁶ Article 7 al. 4 de l'Accord Schengen ; Article 4 al. 6-7 de l'Accord Dublin.

⁴⁷ *Les Accords bilatéraux Suisse-Union européenne, Edition 2013*, Département fédéral des affaires étrangères DFAE, *op. cit.*

⁴⁸ Accord entre la Confédération suisse et la Communauté européenne sur la reconnaissance mutuelle en matière d'évaluation de la conformité, 21 juin 1999, RS 0.946.526.81 (ci-après ARM).

⁴⁹ Article 16 al. 1 l'Accord entre la Confédération suisse, d'une part, et la Communauté européenne et ses Etats membres, d'autre part, sur la libre circulation des personnes, 21 juin 1999, RS 0.142.112 (ci-après ALCP).

⁵⁰ Roland BIEBER, Francesco MAIANI, *Précis de droit européen, op. cit.*, p. 435.

B. La prise en compte de la jurisprudence de la CJUE : norme explicite ou pratique tacite

Dans son avis 1/91, la CJCE a précisé « qu'un traité international doit être interprété non pas uniquement en fonction des termes dans lesquels il est rédigé, mais également à la lumière de ses objectifs »⁵¹. Ainsi, la Professeure Christine Kaddous précise que « la Cour de justice n'a pas hésité, en présence de dispositions d'un accord international similaires ou identiques à des dispositions du TFUE, dans les affaires *Polydor*⁵² et *Metalsa*⁵³, à leur donner une interprétation différente en fonction des objectifs poursuivis par l'un et l'autre texte. En outre, dans le contexte des accords bilatéraux entre la Suisse et l'UE, elle a eu récemment l'occasion de préciser à propos de l'accord sur la libre circulation des personnes de 1999 que l'interprétation donnée aux dispositions de droit communautaire concernant le marché intérieur ne peut pas être automatiquement transposée à l'interprétation de l'accord, sauf dispositions expresses à cet effet prévues par l'accord lui-même⁵⁴ et a renvoyé à ce sens à l'arrêt *Polydor* de 1982 »⁵⁵.

Certains accords bilatéraux contiennent des références expresses à la prise en compte de la jurisprudence de la CJUE : l'accord sur la libre circulation des personnes⁵⁶, l'accord sur le transport aérien⁵⁷, l'accord Schengen⁵⁸, l'accord Dublin⁵⁹.

Il convient de souligner que le TF s'inspire largement de la jurisprudence de la CJUE tout en gardant ses distances⁶⁰. Par exemple, en matière de la libre circulation des personnes, le TF affirme que son obligation de reprendre la jurisprudence de la CJUE est limitée par le *cadre relativement étroit* de celle-ci⁶¹. Cependant, pour l'accord sur le transport aérien et l'accord sur la libre circulation des personnes, le Tribunal fédéral tient compte de la jurisprudence « pertinente » de la CJUE « antérieure » à la signature de l'accord⁶². La jurisprudence de la CJUE est qualifiée de « pertinente » lorsqu'elle concerne l'acquis communautaire déjà repris dans l'accord. Cependant, le Tribunal fédéral souligne que la finalité de l'interprétation donnée par la CJUE s'inscrit dans la logique de la réalisation du marché intérieur, tandis que l'interprétation qui pourrait être donnée aux dispositions de l'ALCP qui reprennent l'acquis pertinent relève d'une approche sectorielle⁶³. La jurisprudence postérieure de la CJUE a pendant longtemps été uniquement communiquée à la Suisse⁶⁴. Le Tribunal fédéral n'en tenait compte que lorsque les arrêts de la CJUE confirmaient la jurisprudence antérieure⁶⁵. Cependant, le 29 septembre 2009, le Tribunal fédéral a rendu un arrêt d'importance majeure dans lequel il a estimé qu'il était nécessaire de tenir compte des arrêts postérieurs au 21 juin 1999 rendus par la CJUE⁶⁶. Il sera désormais possible de les écarter uniquement en présence de « motifs

⁵¹ CJCE, avis 1/91, 14 décembre 1991, Rec. 1991, p. I-6079, cons. 13.

⁵² CJCE, *Polydor*, 9 février 1982, Aff. C-270/80.

⁵³ CJCE, *Metalsa*, 1^{er} juillet 1993, Aff. C-312/91.

⁵⁴ CJCE, *Grimme*, 12 novembre 2009, Aff. C-351/08.

⁵⁵ Christine KADDOUS, « Avis de droit, Examen de la compatibilité du projet de modification de la LTRA avec l'accord bilatéral sur les transports terrestres », 7 mars 2014.

⁵⁶ Article 16 § 2 de l'ALCP.

⁵⁷ Article 1 § 2 de l'ATA.

⁵⁸ Article 8 § 1 de l'Accord Schengen.

⁵⁹ Article 5 § 1 de l'Accord entre la Confédération suisse et la Communauté européenne relatif aux critères et aux mécanismes permettant de déterminer l'Etat responsable de l'examen d'une demande d'asile introduite dans un Etat membres ou en Suisse, 26 octobre 2004, RS 0.142.392.68 (ci-après Accord Dublin).

⁶⁰ Christine KADDOUS, « Avis de droit sur la compatibilité de l'initiative « contre l'immigration de masse » et de l'initiative « Halte à la surpopulation – oui à la préservation durable des ressources naturelles » avec l'accord sur la libre circulation des personnes entre la Suisse et l'Union européenne (ALCP), l'application de la clause guilloitine et la renégociation éventuelle de l'ALCP », 29 septembre 2013.

⁶¹ ATF 133 V 329, cons. 8.4.

⁶² ATF 130 II 113, cons. 5.2.

⁶³ *Ibid.*, cons. 6.2.

⁶⁴ Article 8 § 1 de l'ALCP.

⁶⁵ ATF 130 II 113, *op. cit.*, cons. 5.2.

⁶⁶ ATF 136 II 5, *op. cit.*, cons. 3.4.

sérieux⁶⁷ ». Ainsi, il a mis en place une sorte de parallélisme entre le développement juridique du marché intérieur de l'UE et l'application de l'ALCP en Suisse⁶⁸.

Dans les réflexions développées par la Professeure Astrid Epiney et Monsieur Robert Mosters, les accords bilatéraux, conclus entre la Suisse et l'UE, se basent sur l'idée que la Suisse adhère, d'une certaine manière, à l'ordre juridique en vigueur au sein de l'UE. Cependant, à l'exception de l'accord sur le transport aérien et des accords Schengen/Dublin, il n'y a pas de reprise de l'acquis communautaire, ultérieur à la signature des accords, obligatoire pour la Suisse. Il a y pourtant l'obligation d'assurer l'équivalence des législations et de prendre en compte la jurisprudence de la CJUE. Le système complexe des accords Suisse-UE est fondé sur la volonté de maintenir l'autonomie des parties contractantes. « Dès lors, les accords essaient de concilier deux approches quelque peu antinomiques : d'une part une intégration dans le système juridique communautaire, d'autre part le maintien d'une autonomie de décision des parties contractantes »⁶⁹.

Nous avons vu que la Suisse, tout en souhaitant préserver sa souveraineté interne, reprend le droit de l'UE pertinent de manière unilatérale et se réfère de plus en plus à la jurisprudence de la CJUE. Cependant, la jurisprudence de la CJUE varie en fonction qu'il s'agit d'appliquer des normes juridiques internes à l'UE ou celles relevant des accords internationaux conclus par celle-ci bien qu'identiques. Il est donc opportun de se poser la question dans quelle mesure l'exigence de l'homogénéité serait assurée par la CJUE, compétente en matière de l'interprétation de l'acquis pertinent ? Cette compétence de la CJUE, serait-elle profitable à la Suisse compte tenu des différences de l'ordre juridique de l'UE et de celui de la Confédération ?

II. *Le mécanisme de règlement des différends et les mesures de sauvegarde*

Les accords bilatéraux entre la Suisse et l'UE prévoient des mécanismes de règlement des différends de nature intergouvernementale. Il s'agit des comités mixtes qui sont actuellement au nombre de 24⁷⁰. Les comités se réunissent normalement une fois par an. Cependant, certains d'entre eux ne se sont jamais réunis ou très rarement. En règle générale, chaque partie contractante peut soumettre au comité mixte compétent tout différend relatif à l'interprétation ou à l'application de l'accord. Celui-ci, avec la collaboration des parties contractantes, essaye de résoudre le différend.

Dans cette deuxième partie, nous analyserons le mode de fonctionnement des comités mixtes propres aux accords bilatéraux Suisse-UE (A) ainsi que les cas dans lesquels il est possible, pour les parties contractantes, de prendre des mesures de sauvegarde proportionnelles (B). Ainsi, il nous sera possible de voir les limites du *statu quo* institutionnel entre la Suisse et l'UE.

A. Les comités mixtes et leurs limites

Les accords bilatéraux entre la Suisse et l'UE prévoient la mise en place de comités mixtes qui sont composés de représentants des parties contractantes et prennent toujours la décision d'un commun accord. Les comités mixtes contrôlent le bon fonctionnement des accords et servent de lieu d'échange d'informations et de consultations pour les parties. Pour la Suisse, les décisions sont prises par le Conseil fédéral. Les comités mixtes peuvent également décider de modifier les annexes des accords dont le contenu est de caractère technique. Dans les cas de révision des accords, notamment

⁶⁷ *Ibid.*, cons. 3.4 et 3.6.

⁶⁸ Francesco MAIANI, « La « saga Metock », ou des inconvénients du pragmatisme helvétique dans la gestion des rapports entre droit européen, droit bilatéral et droit interne », *Revue de droit suisse*, 2011, Band 130 (2011) I, Heft 1, Helbing Lichtenhahn Verlag.

⁶⁹ Astrid EPINEY, Robert MOSTERS, « Un exemple d'interprétation des accords conclus entre la Suisse et l'Union européenne : l'accord sur la libre circulation des personnes », dans : Astrid EPINEY, Florence RIVIERE, *Auslegung und Anwendung von « Integrationsverträgen ». Zur Übernahme des gemeinschaftlichen Besitzstandes durch Drittstaaten, insbesondere die Schweiz / Interprétation et application des « traités d'intégration ». De la reprise de l'acquis communautaire par des Etats tiers, notamment par la Suisse*, Zürich, 2006, pp. 57-74.

⁷⁰ *Liste des comités mixtes Suisse-UE*, Direction des affaires européennes, Janvier 2013.

lorsqu'il s'agit de l'introduction de nouvelles obligations pour les parties, il faut engager des procédures de révision lourdes propres à chaque partie⁷¹.

Prenons l'exemple de l'accord sur le transport aérien, chaque partie contractante peut soumettre au comité mixte tout différend relatif à l'interprétation et à l'application de l'accord. Le comité mixte fera le nécessaire, avec le concours des parties contractantes, pour résoudre le différend :

« Chaque partie contractante peut soumettre au comité mixte un différend relatif à l'interprétation ou à l'application du présent accord. Celui-là s'efforce de régler le différend. Tous les éléments d'information utiles pour permettre un examen approfondi de la situation en vue de trouver une solution acceptable sont fournis au comité mixte. A cet effet, le comité mixte examine toutes les possibilités permettant de maintenir le bon fonctionnement du présent accord⁷² [...] ».

Il convient de noter, que l'accord sur le transport aérien contient une particularité puisqu'il est prévu qu'en matière des règles de concurrence, les questions concernant la validité des décisions prises par les institutions de l'UE sont de l'unique ressort de la CJUE⁷³.

Les décisions sont prises par consensus au sein du comité mixte. Il n'est prévu aucune procédure judiciaire de règlement des différends en cas d'échec des négociations dans le comité mixte. Aucun tribunal supranational, ni instance arbitrale, n'est mis en place par l'accord pour connaître de l'interprétation ou de l'application correcte des dispositions de l'accord sur le transport aérien (sauf pour les règles de concurrence).

Ce type de mécanisme de règlement des différends est propre à presque tous les accords bilatéraux Suisse-UE, avec des variations minimales en fonction de l'accord. Les comités mixtes pour les accords Schengen/Dublin ont, par exemple, une nature particulière puisqu'ils exercent une double fonction : le contrôle de l'application des accords et la transposition de l'acquis Schengen/Dublin⁷⁴.

Il convient de noter que bien qu'il n'y ait pas de tribunal supranational propre aux accords bilatéraux Suisse-UE, il existe tout de même la possibilité pour les parties contractantes de prendre unilatéralement des mesures de sauvegarde, de compensation ou de rééquilibrage propres à chacun des accords.

B. Les mesures de sauvegarde et le contrôle de leur proportionnalité

Dans cette partie, nous allons nous pencher sur un accord en particulier : l'accord sur la facilité et sécurité douanière entre la Suisse et l'UE. Il s'agit de l'accord le plus intéressant et original du point de vue des solutions institutionnelles qu'il met en place. En effet, celui-ci se rapproche le plus du mécanisme en vigueur au sein de l'EEE. De plus, quelques éléments inspirent directement les solutions retenues par la Suisse dans les négociations institutionnelles actuelles.

Dans le but d'assurer un niveau de sécurité équivalent en Suisse et dans l'UE, les deux parties doivent interpréter les règles de manière identique et assurer une application simultanée des évolutions législatives⁷⁵. Cette disposition s'inspire directement de la pratique qui s'applique actuellement au sein de l'EEE⁷⁶. Notons que les nouveaux actes juridiques peuvent être appliqués provisoirement tout en

⁷¹ *Les Accords bilatéraux Suisse-Union européenne, Edition 2013*, Département fédéral des affaires étrangères DFAE, *op. cit.*, p.10.

⁷² Article 29 de l'ATA.

⁷³ Article 20 de l'ATA.

⁷⁴ *Les Accords bilatéraux Suisse-Union européenne, Edition 2013*, Département fédéral des affaires étrangères DFAE, *op. cit.*, p.10.

⁷⁵ Article 22 § 4 de l'Accord entre la Confédération suisse et la Communauté européenne relatif à la facilitation des contrôles et des formalités lors du transport des marchandises ainsi qu'aux mesures douanières de sécurité, 25 juin 2009, RS 0.631.242.05 (ci-après Accord sur la facilitation et la sécurité douanière).

⁷⁶ Article 102 de l'accord sur l'EEE, JO 1994 L 1/3.

respectant les procédures constitutionnelles des parties contractantes. Ainsi, il s'agit de la reprise *dynamique* et non *automatique* de l'acquis communautaire. Si, par exemple, la Suisse refuse de reprendre un développement de l'accord et l'équivalence des législations n'est pas assurée, l'UE peut prendre des mesures de rééquilibrage :

« 1. Une partie contractante peut, après consultation au sein du comité mixte, prendre des mesures de rééquilibrage appropriées [...] lorsqu'elle constate que l'autre partie contractante n'en respecte pas les conditions ou lorsque l'équivalence des mesures douanières de sécurité des parties contractantes n'est plus assurée⁷⁷ ».

De plus, il s'agit de l'unique accord qui fait appel à une instance arbitrale pour connaître de la proportionnalité des mesures de rééquilibrage. Une telle possibilité est prévue dans l'accord sur l'EEE⁷⁸ et ferait partie également de l'actuel mandat de négociation sur les questions institutionnelles du côté helvétique.

« 3. La portée et la durée des mesures susmentionnées devront être limitées à ce qui est nécessaire pour régler la situation et assurer un juste équilibre entre les droits et les obligations découlant du présent accord. Une partie contractante pourra demander au comité mixte de procéder à des consultations quant à la proportionnalité de ces mesures et, le cas échéant, de décider de soumettre un différend à ce sujet à un arbitrage [...]. Aucune question d'interprétation des dispositions du présent accord, identiques aux dispositions correspondantes du droit communautaire, ne pourra être réglée dans ce cadre⁷⁹ ».

Il est bien précisé dans cet article que les questions d'interprétation des dispositions relevant directement du droit de l'UE, ne peuvent être réglées par une instance arbitrale. En effet, il s'agit de la prérogative de la CJUE, confirmée notamment dans ses avis 1/91⁸⁰ et 1/92⁸¹ dont il sera question dans le chapitre III.

En somme, la disparité entre les mécanismes institutionnels des accords bilatéraux et une progressive érosion des compétences qui en découle créent de l'insécurité juridique et des traitements différents vis-à-vis des opérateurs économiques des parties contractantes. La question se pose de savoir s'il est possible d'accepter une telle insécurité juridique à long terme ou il est indispensable, comme le souligne à de nombreuses reprises l'UE, de trouver un cadre institutionnel commun à tous les accords d'accès au marché intérieur ? L'approche sectorielle dans les relations bilatérales entre la Suisse et l'UE a été confirmée à plusieurs reprises⁸². Il devient donc indispensable d'inscrire les relations bilatérales dans un cadre institutionnel généralisé.

⁷⁷ Article 29 § 1 de l'Accord sur la facilitation et la sécurité douanière.

⁷⁸ Article 111 de l'accord sur l'EEE.

⁷⁹ Article 29 § 3 de l'Accord sur la facilitation et la sécurité douanière.

⁸⁰ CJCE, avis 1/91, *op. cit.*, p. I-6079.

⁸¹ CJCE, avis 1/92, 10 avril 1992, Rec. 1992, p. I-02821.

⁸² Daniel THURER, « Europa und die Schweiz : Status quo und Potenziale einer Partnerschaft. Überlegungen zu einem pluralistischen Ansatz », *SJZ* 108, 2012, No. 20, pp. 477-488.

CHAPITRE II

A la recherche de solutions institutionnelles entre la Suisse et l'UE en 2012

Dans les « Conclusions sur les relations avec la Suisse », à trois reprises, en 2008⁸³, 2010⁸⁴ et 2012⁸⁵, le Conseil des Ministres de l'UE a souligné que l'approche sectorielle entre la Suisse et l'UE a atteint ses limites. Désormais, la conclusion de tout nouvel accord bilatéral d'accès au marché intérieur est conditionnée par la mise en place au préalable d'un cadre institutionnel approprié s'appliquant à tous les accords existants et futurs d'accès au marché.

C'est pour cette raison notamment que les négociations entre la Suisse et l'UE ont été relancées en 2012 sur l'initiative du Conseil fédéral afin de trouver une solution institutionnelle satisfaisante pour les deux parties. Or, il convient de noter que ces discussions institutionnelles sont toujours en cours essentiellement pour deux raisons. Premièrement, la Suisse est très méfiante quant à la mise en place d'un cadre institutionnel pour les accords bilatéraux d'accès au marché pour des raisons de sauvegarde de la souveraineté nationale. Deuxièmement, il faut souligner que bien que les négociations sur la poursuite de la voie bilatérale et la volonté de trouver une solution institutionnelle aient été initiées par la Suisse en 2012, ces propositions étaient difficilement acceptables pour l'UE. Ceci a permis certainement de relancer les négociations, mais cela a aussi eu pour effet de les retarder. La Suisse voulait négocier dans un contexte serein et pas celui d'urgence. Cependant, après la votation du 9 février⁸⁶, l'UE n'aura-t-elle pas tendance à exiger plus de concessions de la part de la Suisse ? Seul le temps nous apportera une réponse à cette question.

Des négociations entre la Suisse et l'UE sur un cadre institutionnel pour l'ensemble des accords bilatéraux ont commencé au début de 2013. Trois pistes ont été identifiées dans un document de travail Rossier/O'Sullivan⁸⁷. En juin 2013, le Conseil fédéral a décidé de poursuivre les négociations avec l'UE sur la base de la solution 3 du document du travail commun qui a pour idée principale une coopération juridictionnelle avec la CJUE compétente en matière d'interprétation du droit de l'UE⁸⁸. Sur cette base, le Conseil fédéral a adopté le 18 décembre 2013, le mandat de négociation sur les questions institutionnelles. Du côté de l'UE, le mandat de négociation a été formellement adopté le 6 mai 2014⁸⁹. Les négociations ont ainsi repris le 22 mai 2014⁹⁰.

I. Les propositions suisses de résolution des questions institutionnelles avec l'UE, la lettre de la Conseillère fédérale du 15 juin 2012

Compte tenu des conclusions du Conseil de l'Union européenne du 14 décembre 2010⁹¹ et conformément à la procédure de consultation interne suisse, le Conseil fédéral a soumis les propositions helvétiques en matière de questions institutionnelles à l'UE dans une lettre adressée au

⁸³ *Conclusions du Conseil sur les relations de l'UE avec les pays de l'AELE*, 8 décembre 2008, *op. cit.*

⁸⁴ *Conclusions du Conseil sur les relations de l'UE avec les pays de l'AELE*, 14 décembre 2010, *op. cit.*

⁸⁵ *Conclusions du Conseil sur les relations de l'UE avec les pays de l'AELE*, 20 décembre 2012, *op. cit.*

⁸⁶ Le 9 février 2014, le peuple suisse s'est prononcé, lors d'une votation populaire, en faveur de l'initiative de l'UDC « contre l'immigration de masse ». En vertu du nouvel article introduit dans la Constitution helvétique suite à cette initiative, l'article 121a al. 1: *la Suisse gère de manière autonome l'immigration des étrangers*. Ce nouvel article est contraire à l'ALCP.

⁸⁷ *Non-paper. Eléments de discussion sur les questions institutionnelles entre l'Union européenne et la Confédération helvétique*, David O'Sullivan, 29 janvier 2013, Bruxelles.

⁸⁸ Lettre du Conseiller fédéral, Didier Burkhalter au Président de la Conférence des gouvernements cantonaux, Pascal Broulis, au sujet du mandat de négociation du Conseil fédéral sur les questions institutionnelles, 28 août 2013.

⁸⁹ *Mandat de négociations pour un accord UE-Suisse sur un cadre institutionnel*, Conseil de l'Union européenne, 9525/14, *op. cit.*

⁹⁰ Consulté le 30 mai 2014: <http://www.europa.admin.ch/themen/00499/00503/01777/index.html?lang=fr>.

⁹¹ *Conclusions du Conseil sur les relations de l'UE avec les pays de l'AELE*, 14 décembre 2010, *op. cit.*

Président de la Commission européenne, José Manuel Barroso⁹². Le Conseil de l'UE reconnaît que les relations entre la Suisse et l'UE sont « bonnes, intenses et étendues », mais conditionne la conclusion de nouveaux accords d'accès au marché intérieur de l'UE par la codification d'un cadre institutionnel général. En effet, afin d'éviter l'insécurité juridique, résultat d'une application divergente du droit de l'UE, il est nécessaire d'assurer l'homogénéité du droit au sein du marché intérieur. Cette dernière ne saurait être effective qu'avec la reprise par la Suisse de l'acquis communautaire pertinent et de la jurisprudence de la CJUE, la mise en place d'une autorité « indépendante de surveillance et d'exécution des décisions de justice ainsi que d'un mécanisme de règlement des différends ». Le Conseil fédéral précise que les propositions exposées dans la lettre s'inspirent des pratiques qui existent d'ores et déjà dans certains accords bilatéraux entre la Suisse et l'UE ainsi que dans le cadre de l'accord régissant l'EEE. En revanche, l'exécutif suisse laisse entendre que le renouvellement de la contribution financière helvétique à la cohésion sociale et régionale dans une Europe élargie va dépendre du succès des négociations sur le dossier institutionnel.

Dans la proposition suisse des « principes applicables à la résolution des questions institutionnelles dans le cadre de l'accord « électricité » entre la Suisse et l'UE⁹³ », le Conseil fédéral définit clairement le champ d'application du nouveau cadre institutionnel ainsi que son caractère subsidiaire et parallèle à la conclusion de l'accord sur l'électricité (A). Le gouvernement suisse reconnaît, avant tout, la nécessité d'assurer une application homogène du droit régissant les accords d'accès au marché intérieur (B) et distingue ainsi les volets suivants : « reprise des développements du droit de l'UE pertinent » (C), « l'interprétation » (D), « la surveillance des accords » (E) et « le règlement des différends » (F).

A. Le champ d'application restreint de l'accord-cadre sur les questions institutionnelles

Premièrement, dans la lettre susmentionnée, le Conseil fédéral définit clairement le champ d'application temporel (1) et matériel (2) des solutions institutionnelles proposées. Deuxièmement, les questions institutionnelles ne font pas l'objet d'un accord à part mais s'inscrivent dans le cadre des négociations bilatérales sur l'électricité. Cet accord entre la Suisse et l'UE porte sur la libéralisation des marchés de l'électricité avec une harmonisation des normes en matière de la sécurité de l'approvisionnement⁹⁴. Il est tout de même reconnu que le compromis institutionnel trouvé dans le cadre de l'accord sur l'électricité pourrait, à l'avenir, servir de base de référence pour les futurs accords d'accès au marché. Il ne resterait plus qu'à l'adapter à de différentes variations propres aux domaines spécifiques des accords entre la Suisse et l'UE.

a. Le champ temporel d'application

Les propositions institutionnelles suisses ne devraient s'appliquer qu'aux accords bilatéraux futurs qui seraient conclus entre la Suisse et l'UE. Cela signifie clairement que l'ensemble des accords bilatéraux 1 et 2 devraient se voir appliquer le cadre institutionnel déjà existant et propre à chaque accord. Cette proposition est très loin de garantir l'homogénéité d'application du droit communautaire souhaitée par l'UE et reconnue comme nécessaire par la Suisse.

b. Le champ matériel d'application

Quels sont donc les accords qui auraient dû être touchés, dans le futur, par ce cadre institutionnel? Il s'agit uniquement et exclusivement des accords d'accès au marché intérieur de l'UE. Or, il s'avère que la notion de marché intérieur est très large au sein même de l'UE et pourrait ainsi s'étendre à la quasi-totalité des accords bilatéraux Suisse-UE.

⁹² Lettre de la Conseillère fédérale, Eveline Widmer-Schlumpf, au Président de la Commission européenne, José Manuel Barroso, 15 juin 2012.

⁹³ «Principes applicables à la résolution des questions institutionnelles dans le cadre de l'accord « électricité » entre la Suisse et l'UE », annexe de la lettre de la Conseillère fédérale, d'Eveline Widmer-Schlumpf, au Président de la Commission européenne, José Manuel Barroso, 15 juin 2012.

⁹⁴ Consulté le 31 mai 2014: <http://www.europa.admin.ch/themen/00499/00503/00563/index.html?lang=fr>.

B. La nécessité de l'homogénéité du droit reconnue par la Suisse

Les propositions institutionnelles suisses de 2012 ont pour fondement l'objectif d'homogénéité. En effet, la Suisse reconnaît la nécessité d'une application et interprétation homogènes de toutes les dispositions juridiques pertinentes régissant les relations bilatérales. Pour ce faire, elle propose même de donner un caractère contraignant à l'objectif d'homogénéité en l'inscrivant dans le futur accord cadre. Ainsi, toutes les propositions institutionnelles concrètes exposées dans la lettre du 15 juin 2012 seraient l'illustration même de l'homogénéité juridique vue de Suisse : « les principes énoncés ci-dessous peuvent être lus comme des concrétisations de l'objectif général d'homogénéité⁹⁵ ».

C. La reprise de l'acquis communautaire pertinent sur une base « autonome »

Pour ce qui relève du développement de l'acquis pertinent, la Suisse s'engage à le reprendre sur une base autonome et non automatique. C'est déjà une concession importante du côté helvétique, vu que presque tous les accords précédents avaient un caractère statique et ne se référaient qu'au droit communautaire en vigueur au moment de leur conclusion, sans tenir compte du développement de l'acquis ni des décisions de la CJUE. Certainement, la Suisse reprend une importante partie du droit de l'UE et se réfère largement à la jurisprudence de la CJUE de manière unilatérale⁹⁶. Il est important de noter que compte tenu du caractère volontaire de la reprise du droit de l'UE, elle peut se faire de manière intégrale ou sélective. De plus, le juge suisse utilise souvent la jurisprudence de la CJUE à titre comparatif afin de donner une interprétation au droit interne⁹⁷.

Cependant, cette volonté de suivre de manière dynamique le développement de l'acquis communautaire n'est pas inconditionnelle. La reprise devra se faire en conformité avec la constitution helvétique et de manière « flexible », le but étant de ne pas porter atteinte à la démocratie directe.

La particularité de la démocratie directe suisse se fonde sur une large participation populaire dans la vie politique du pays. En effet, la participation populaire via des initiatives et des référendums est inscrite dans les articles 138-141 de la Constitution fédérale de la Confédération suisse⁹⁸. Il existe des référendums facultatifs et obligatoires. Le référendum facultatif peut se faire sur demande de 50 000 électeurs ou de 8 cantons (article 141), le référendum obligatoire peut être soumis au vote du peuple ou au vote du peuple et des cantons en fonction de l'acte faisant objet du scrutin (article 140). L'initiative populaire est une demande présentée par au minimum 100 000 citoyens ayant le droit de vote dans le but d'obtenir l'adoption d'un nouvel article constitutionnel, la modification ou l'abrogation d'articles de la constitution. La récolte des signatures doit intervenir dans un délai de 18 mois (articles 138-139). Il convient de noter que les mécanismes de la démocratie directe fonctionnent aussi bien au niveau fédéral que cantonal.

La possibilité de la non-reprise de l'acquis pertinent dans le cadre des accords bilatéraux d'accès au marché est également évoquée. Dans ce cas de figure, l'UE pourrait prendre des « mesures de compensation » pour autant qu'elles soient proportionnelles. Un arbitrage aurait la possibilité de se prononcer sur le caractère proportionnel des mesures de compensation. De plus, une participation helvétique au *decision-shaping* est évoquée, une fois encore, uniquement dans le domaine de l'acquis pertinent adopté postérieurement aux accords bilatéraux conclus. Il convient de noter également, qu'il n'est nulle part indiqué quel serait l'acquis pertinent pour la Suisse et qui serait compétent pour le décider.

⁹⁵ «Principes applicables à la résolution des questions institutionnelles dans le cadre de l'accord « électricité » entre la Suisse et l'UE », *op. cit.*

⁹⁶ Rapport « Europe 2006 » du Conseil fédéral, FF 2006 6461, ch. 2.3.2.

⁹⁷ ATF 103 IA 517.

⁹⁸ Articles 138-141 de la Constitution fédérale de la Confédération suisse, RS 101.

D. L'interprétation par la Suisse de l'acquis communautaire

Vu le souhait de la Suisse de codifier le caractère contraignant du principe de l'homogénéité du droit de l'UE, les juridictions suprêmes des deux parties se trouvent obligées à coopérer. Ainsi, le Tribunal fédéral s'engage à tenir compte de la jurisprudence pertinente de la CJUE qu'elle « soit antérieure ou postérieure à la conclusion de l'accord⁹⁹ ». La Suisse émet également le souhait de présenter des observations écrites à la CJUE dans le cas d'une procédure pendante devant celle-ci et qui soulèverait une question d'interprétation dans le domaine du droit repris. Cette possibilité est déjà donnée au sein de l'UE aux « Etats membres et à la Commission, ainsi qu'à l'institution, l'organe ou l'organisme de l'Union qui a adopté l'acte dont la validité ou l'interprétation est contestée¹⁰⁰ ». De plus, une pratique semblable pour la Suisse pourrait trouver un appui normatif dans l'article 23 al. 4 du Statut de la CJUE¹⁰¹ pour autant que cette possibilité soit explicitement prévue dans l'accord même conclu entre le Conseil de l'UE et un Etat tiers et qu'un aspect d'application dudit accord soit en jeu. Ceci est actuellement le cas pour les pays de l'EEE¹⁰².

Cependant, il n'est pas prévu de possibilité analogue pour l'UE de présenter ses observations dans le cas où le Tribunal fédéral serait amené à connaître de l'interprétation du droit de l'UE applicable dans un accord bilatéral. Compte tenu du fait que c'est le droit de l'UE qui est applicable dans le domaine des accords bilatéraux Suisse-UE, ainsi, la plus haute juridiction suisse serait compétente pour interpréter l'acquis communautaire pertinent dans le but de l'appliquer de manière homogène au niveau national sans avoir la possibilité d'introduire un recours en interprétation auprès de la CJUE. Il est à douter que la CJUE accepte qu'un tribunal étranger puisse interpréter l'acquis communautaire bien que relevant des accords bilatéraux. En effet, en vertu de l'article 19 du TUE § 1, la CJUE « assure le respect du droit dans l'interprétation et l'application des traités ». Notons que dans le cas de désaccord entre les parties quant à l'interprétation des dispositions de l'accord, la possibilité d'adopter des mesures de compensation proportionnelles est prévue au sein du Comité mixte.

E. La surveillance de l'application de l'acquis pertinent à deux piliers

La Suisse propose d'établir un système de surveillance à deux volets : européen avec la Commission européenne et helvétique avec une « autorité nationale de surveillance indépendante ». Cette proposition helvétique datant de 2012 lui a valu beaucoup de critiques de la part de son partenaire européen. Le caractère indépendant d'une telle autorité nationale permettrait de remplir l'objectif d'homogénéité selon le Conseil fédéral. Ainsi, l'autorité nationale de surveillance serait nommée par le Parlement helvétique et serait habilitée à mener des enquêtes sur la transposition ou l'application des dispositions du droit de l'UE dans le droit national suisse. Cette proposition helvétique de créer une autorité de surveillance indépendante pourrait paraître cohérente puisqu'elle s'inspire largement du mécanisme des institutions parallèles de l'EEE. En effet, au sein de l'EEE, l'Autorité de surveillance a des compétences semblables à celle de la Commission européenne, une institution communautaire indépendante¹⁰³ des Etats membres et perçue comme la « gardienne des traités ». L'autorité suisse de

⁹⁹ «Principes applicables à la résolution des questions institutionnelles dans le cadre de l'accord « électricité » entre la Suisse et l'UE », *op. cit.*

¹⁰⁰ Article 23 du Protocole No 3 « Sur le statut de la Cour de Justice de l'Union européenne », JO 2012 C 326.

¹⁰¹ « Lorsqu'un accord portant sur un domaine déterminé conclu par le Conseil et un ou plusieurs Etats tiers prévoit que ces derniers ont la faculté de présenter des mémoires ou des observations écrites dans le cas où une juridiction d'un Etat membre saisit la Cour d'une question préjudicielle concernant le domaine d'application de l'accord, la décision de la juridiction nationale comportant une telle question est, également, notifiée aux Etats tiers concernés qui, dans un délai de deux mois à compter de la notification, peuvent déposer devant la Cour des mémoires ou des observations écrites ».

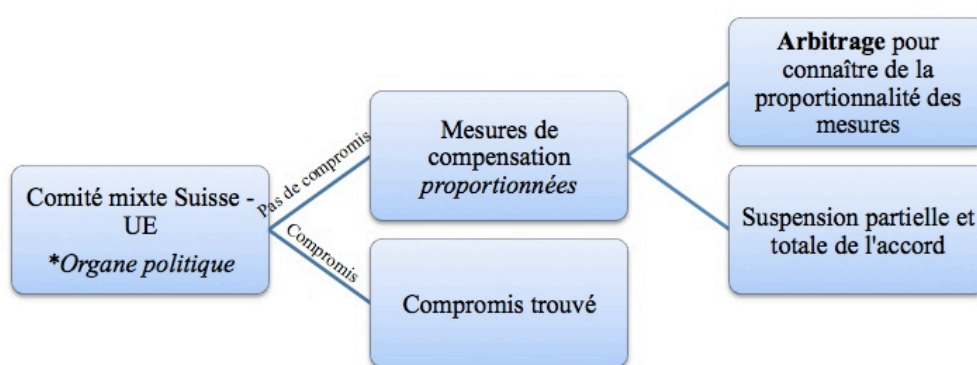
¹⁰² Article 23 § 3 et 4 du Statu de la CJUE, *op. cit.* : « Dans les cas visés à l'article 267 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, la décision de la juridiction nationale est, en outre, notifiée par les soins du greffier de la Cour aux Etats parties à l'accord sur l'Espace économique européen, autres que les Etats membres, ainsi qu'à l'Autorité de surveillance AELE visée par ledit accord qui, dans un délai de deux mois à compter de la notification, et lorsque l'un des domaines d'application de l'accord est concerné, peuvent déposer devant la Cour des mémoires ou des observations écrites ».

¹⁰³ Article 17 § 3 al. 2 du TUE.

surveillance serait même habilitée à introduire des recours auprès du Tribunal fédéral qui déciderait de la transposition correcte du droit de l'UE en droit suisse.

F. Le règlement politique des différends

Le règlement des différends entre les deux parties devrait être assuré par le comité mixte, un organe politique de par sa définition. Il n'est prévu aucune juridiction supranationale ou arbitrage afin de statuer en dernier ressort. Le Comité mixte servirait d'instance de recherche de compromis politique entre les deux parties. Cependant, dans le cas où aucune solution ne serait trouvée, il serait possible, pour les deux parties, de prendre des mesures de compensation. Ces mesures pourraient même conduire à une suspension totale ou partielle de l'accord litigieux, leur proportionnalité serait évaluée par une instance arbitrale. Cette instance arbitrale ne serait pas compétente pour connaître de l'interprétation des dispositions de l'acquis communautaire pertinent, elle pourrait uniquement se prononcer sur la proportionnalité des mesures de compensation.



II. La note critique rédigée par le Service européen d'action extérieure (SEAE) aux Etats membres de l'UE, le 11 septembre 2012

Le 2 octobre 2012, *Le Temps* publie un article dans lequel Richard Werly¹⁰⁴ fait une brève analyse de texte, gardé secret mais dont il a pu prendre connaissance, rédigé par la Commission européenne et destiné aux 27 Etats membres. Ce document de travail, datant du 11 septembre 2012, rejette la plupart des propositions helvétiques. En revanche, l'initiative prise par la Confédération de relancer les discussions institutionnelles de fond a été bien perçue à Bruxelles.

Le contexte général du début des négociations autour de l'accord-cadre institutionnel est assez complexe. Il est vrai, et comme il a déjà été dit plus haut, que l'UE conditionne la conclusion de nouveaux accords d'accès au marché intérieur à la codification de règles institutionnelles générales et communes à tous les accords d'accès au marché entre la Suisse et l'UE. En revanche, cet aspect des relations bilatérales ne doit pas porter atteinte à l'avancement dans d'autres dossiers majeurs. La Suisse, en effet, n'était pas pressée de signer l'accord sur la coopération en matière de programmes européens de navigation par satellite, Galileo et EGNOS¹⁰⁵, ni de prolonger l'aide financière unilatérale à la cohésion économique et sociale dans l'UE¹⁰⁶. En revanche, elle portait un grand intérêt aux programmes culturels et de recherche universitaire.

Dans le document élaboré par le Service européen d'action extérieure (SEAE) et destiné aux Etats membres de l'UE, on souligne une fois de plus la nécessité d'élaborer un cadre institutionnel afin

¹⁰⁴ Richard WERLY, « Suisse-Europe: l'impasse bilatérale », *Le Temps*, 2 octobre 2012. (Consulté le 22 mars 2014 : <http://www.letemps.ch/Page/Uuid/0f022c5c-0c08-11e2-85b0-f49d85899b5a%7C0>).

¹⁰⁵ Navigation par satellite (Galileo et EGNOS), Direction des affaires européennes (DAE), mars 2014. (Consulté le 31 mai 2014 : file:///Users/apple/Downloads/04_FS_Satellitennavigation_Maerz14_fr.pdf).

¹⁰⁶ Consulté le 31 mai 2014 : <http://www.europa.admin.ch/themen/00499/00503/00562/index.html?lang=fr>.

« d'aller au-delà de l'approche sectorielle actuelle qui existe dans les relations entre la Suisse et l'UE¹⁰⁷ ». Pour ce faire, il est indispensable, selon l'UE, d'assurer une application et interprétation homogène ainsi que simultanée de l'acquis pertinent par une instance supranationale. Ainsi, l'UE apprécie le fait que le Conseil fédéral suisse reconnaisse l'importance du principe de l'homogénéité dans l'interprétation et l'application du droit de l'UE, de même que la nécessité d'une reprise dynamique de l'acquis. En effet, de ce principe indispensable découle directement la sécurité juridique, de même que le traitement non discriminatoire de personnes physiques et d'agents économiques suisses et européens. Malheureusement, l'UE ne voit pas dans les propositions helvétiques de réponses concrètes afin d'assurer le principe d'homogénéité. Pire encore, les solutions proposées par la Suisse sont considérées comme « déséquilibrées », car comparées au *statu quo* au sein même de l'UE où les Etats membres sont soumis au contrôle supranational de la CJUE. Pourtant, le document élaboré à l'intention des Etats membres de l'UE aussi bien que de l'AELE était sensé produire une analyse « neutre et objective ». On verra ce qu'il en est de fait, notamment en analysant les critiques de l'UE vis-à-vis du champ d'application restreint du cadre institutionnel proposé par la Suisse (A), les modalités de la reprise de l'acquis communautaire par la Suisse (B), le mécanisme d'interprétation (C) et de surveillance d'application du droit de l'UE repris par la Suisse (D) et enfin, la procédure du règlement des différends (E).

A. Les critiques de l'UE du champ d'application des solutions institutionnelles

Dans l'analyse détaillée des propositions helvétiques, l'UE procède à une lecture commentée de certains passages de la lettre de la présidente de la Confédération, Eveline Widmer-Schlumpf, du 15 juin 2012. Le but est de voir comment les propositions helvétiques répondent concrètement aux principaux objectifs institutionnels.

L'UE regrette que la Suisse continue d'avoir une approche sectorielle dans les relations bilatérales. En effet, les solutions institutionnelles devraient être adoptées dans le contexte de l'accord sur l'électricité. Par contre, la question de savoir comment ces solutions seraient appliquées aux autres accords bilatéraux, futurs, reste « vague¹⁰⁸ ». D'autant plus que le champ d'application du cadre institutionnel ne s'étend qu'aux accords futurs d'accès au marché. Les solutions trouvées ne s'appliqueraient notamment pas aux accords d'accès au marché intérieur faisant partie du premier paquet d'accords bilatéraux (dont la libre circulation de personnes et le transport). Ainsi, la Suisse n'offre pas d'approche globale qui permettrait de couvrir l'ensemble des accords bilatéraux d'accès au marché par un cadre institutionnel généralisé.

B. La reprise de l'acquis communautaire pertinent sur une base « autonome »

Dans la mesure où la Suisse participe pleinement à certains domaines du marché intérieur de l'UE, les règles de droit relatives à ces domaines doivent trouver une application dans l'ordre juridique helvétique de la même manière qu'au sein des Etats membres : tel est le postulat de départ de l'UE. Ceci prévoit que certaines règles doivent être reprises par la Suisse. En revanche, les propositions helvétiques envisagent des situations dans lesquelles la Suisse « ne serait pas en mesure¹⁰⁹ » de reprendre l'acquis pertinent. Ce genre de situations sont évoquées comme des exceptions possibles à la règle. Mais, selon l'UE, rien ne garantit que l'exception ne devienne la règle puisque la décision de reprendre ou non le droit de l'UE relève de la seule marge d'appréciation helvétique. Notons qu'à l'heure actuelle, même si les règles de droit suisses sont de plus en plus *eurocompatibles*, le Tribunal ne se sent pas obligé de les interpréter à la lumière de la jurisprudence de la CJUE¹¹⁰ :

« Il 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

¹⁰⁷ Note for the Attention of the Members of GRI, SEAE, 11 septembre 2012.

¹⁰⁸ *Ibid.*

¹⁰⁹ «Principes applicables à la résolution des questions institutionnelles dans le cadre de l'accord « électricité » entre la Suisse et l'UE », *op. cit.*

¹¹⁰ Roland BIEBER, Francesco MAIANI, *Précis de droit européen, op. cit.*, p. 445.

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 Dijon¹¹¹ » développée pour la première fois à partir de ces normes dans l'arrêt de la CJCE du 20 février 1979¹¹². »

Dans le cas où, la Suisse n'accepterait pas l'évolution de l'acquis communautaire pertinent, le seul moyen d'action possible est la prise de mesures de compensation avec une suspension totale ou partielle de l'accord en question. Le problème est que la divergence persiste puisque l'instance arbitrale proposée par la Suisse ne pourrait décider que de la proportionnalité de mesures de compensations et non pas de l'interprétation ou de l'application de l'acquis.

Par conséquent, selon l'UE, la solution proposée par la Suisse, non seulement n'assure pas l'homogénéité en matière d'application du droit de l'UE, mais produit également de l'insécurité juridique à l'égard des opérateurs économiques de deux parties.

C. L'interprétation variable de l'acquis communautaire

La principale critique avancée par l'UE en matière du mécanisme d'interprétation proposé par la Suisse est le fait que l'interprétation de l'acquis communautaire à deux niveaux (par le Tribunal fédéral suisse et la CJUE) puisse être différente. En effet, une interprétation divergente d'une même règle de droit applicable à l'accord pourrait créer de la discrimination entre les opérateurs économiques suisses et européens se trouvant dans une situation identique.

L'exemple donné dans la prise de position de l'UE est celui d'une éventuelle interprétation plus restrictive par une des juridictions qui aurait pour conséquence d'exclure une certaine catégorie de produits du principe de la libre circulation de marchandises sur le territoire de l'autre partie contractante. Les mesures de compensation proposées par la Suisse, afin de limiter ce genre de situations, n'apportent pas de réponse constructive au principe d'homogénéité.

D. La surveillance de l'application de l'acquis pertinent en Suisse et par la Suisse

L'UE critique les propositions helvétiques en matière de surveillance de l'application des accords. En effet, en cas de violation de l'accord par la Suisse, c'est uniquement à l'autorité de surveillance instituée par la Suisse et composé d'experts suisses qu'il appartiendrait de trancher. Il n'est pas prévu d'autre instance compétente pour se prononcer sur l'application ou des cas de violation par la Suisse de l'acquis pertinent. Pour l'UE, une autorité de surveillance nationale ne répond pas aux critères d'indépendance requis. Concrètement, il est indispensable de mettre en place une autorité supranationale de surveillance et non pas nationale. Au sein de l'UE, ce sont la Commission et la CJUE qui ont ce caractère supranational et indépendant dans leurs relations avec les Etats membres. Pour ce qui est de l'EEE, l'Autorité de surveillance AELE et la Cour de justice AELE remplissent les critères d'indépendance nécessaires dans leurs relations avec les Etats membres de l'EEE¹¹³. Les institutions de l'AELE ont les mêmes compétences, et fonctionnent à l'image de la Commission et de la CJUE. L'indépendance de l'Autorité de surveillance et de la Cour AELE serait marquée par leur caractère supranational : elles ont été instituées par un traité international, bénéficient des privilèges et immunités garantis par le droit international, leurs membres ne sont pas désignés individuellement par chaque Etat membre mais d'un commun accord, ils jouissent des privilèges et immunités garantis par le droit international et enfin, ces institutions agissent en toute autonomie et indépendance par

¹¹¹ Loi fédérale sur les entraves techniques au commerce (LETC) et le principe « Cassis de Dijon », RO 2010 2617.

¹¹² ATF 128 I 295, cons. 4c, bb.

¹¹³ Article 108 §§ 1 et 2 de l'EEE : « 1. Les Etats de l'AELE instituent une autorité de surveillance indépendante, ci-après dénommée « Autorité de surveillance AELE », et instaurent des procédures analogues à celles qui existent dans la Communauté, y compris des procédures en vue d'assurer le respect des obligations prévues par le présent accord et de contrôler la légalité des actes de l'Autorité de surveillance AELE en matière de concurrence. 2. Les Etats de l'AELE instituent une Cour de justice, ci-après dénommée « Cour AELE ».

rapport à leur Etat d'origine¹¹⁴. Ce caractère supranational manquerait à l'autorité de surveillance que la Confédération helvétique propose de mettre en place. Pour le reste, les modalités de mises en place de l'autorité indépendante de surveillance en Suisse s'inspirent largement de la pratique existante au sein de l'EEE.

Rappelons que les relations Suisse-UE sont de nature bilatérale et ne correspondent pas à la logique voulue par l'UE et qui s'inspire largement des relations « intra-UE ». Si l'on se positionne du côté de la Suisse, la Commission européenne est elle-même désignée de manière unilatérale par l'UE. Afin de répondre à ses critiques, deux solutions sont possible : soit envoyer un « Commissaire suisse » à la Commission européenne, soit accorder le droit à l'UE de participer à la désignation de l'Autorité de surveillance suisse.

E. Le règlement des différends qualifié d'insuffisant

Pour ce qui est du règlement des différends et du mécanisme proposé par la Confédération, il ne remplirait pas sa fonction principale selon les observations de l'UE. Il est vrai que le différend persisterait puisque seules les mesures de compensation sont prévues à cet effet. Aucune autorité de surveillance internationale ou supranationale ne pourrait décider en dernier ressort de l'interprétation ou de l'application correcte de l'acquis pertinent. La proposition helvétique de règlement des différends au sein du Comité mixte, et de manière strictement politique, puisqu'il faudrait que les deux parties se mettent d'accord, est jugée insuffisante par l'UE. En effet, la pratique de mise en place de Comités mixtes existe déjà dans une grande partie des accords bilatéraux. Ce système, selon l'UE, a montré ses lacunes. Notons tout de même que le mécanisme de règlement des différends au sein de l'OMC¹¹⁵ porte également une nature politique. A défaut d'une solution amiable, la partie plaignante peut demander à l'Organe de règlement des différends (ORD) de constituer « un groupe spécial » (le panel) qui a pour mission d'établir un rapport. Ce rapport doit être adopté par l'ORD¹¹⁶ à moins qu'un Etat membre, partie au différend, ne décide de faire appel, ou l'ORD ne prenne une décision par consensus négatif de ne pas adopter le rapport du panel¹¹⁷. Notons que l'appel est « limité aux questions de droit couvertes par le rapport du groupe spécial et aux interprétations du droit données par celui-ci¹¹⁸ ». Ce mécanisme de règlement des différends au sein de l'OMC est très proche de l'idée du Conseil fédéral en matière de solutions institutionnelles Suisse-UE. Le Comité mixte à l'image de l'ORD, sera une instance purement politique, la possibilité de faire appel pour une des parties au différend au sein de l'OMC aura son équivalent dans l'accord-cadre Suisse-UE : une des parties contractantes, partie au différend, aura la possibilité de saisir la CJUE d'un avis interprétatif. Rappelons que dans le cadre des relations Suisse-UE, cet avis interprétatif ne pourra porter que sur l'interprétation de l'acquis pertinent relevant des accords bilatéraux d'accès au marché.

C'est ainsi que l'UE, dans ses conclusions¹¹⁹, apprécie le fait que le Conseil fédéral, reconnaisse la nécessité du principe d'homogénéité et de l'adaptation dynamique de l'acquis communautaire. En revanche, de fait, l'UE ne voit pas dans les mécanismes institutionnels proposés par la Suisse de mesures efficaces afin d'assurer le principe d'homogénéité, une interprétation et application uniforme de l'acquis pertinent, une autorité de surveillance indépendante, de même qu'un mécanisme efficace de règlement des différends. Enfin, le cadre institutionnel proposé ne couvre pas l'ensemble des accords d'accès au marché intérieur, le but initial des négociations.

¹¹⁴ *Note for the Attention of the Members of GRI, op. cit.*

¹¹⁵ Article IV § 3 de l'Accord instituant l'OMC.

¹¹⁶ Cf. Secrétariat d'Etat à l'économie (SECO) : à la demande de la partie plaignante, l'ORD établit un groupe spécial composé d'experts indépendants chargé d'examiner le cas sous l'angle juridique. Les parties peuvent faire appel de la décision du groupe spécial devant l'organe d'appel permanent. L'ORD décide sur la base du rapport du groupe spécial et de l'organe d'appel. Si une partie ne met pas en œuvre la décision de l'ORD, l'Etat lésé peut demander l'autorisation d'appliquer des sanctions commerciales.

¹¹⁷ Article 16 du Mémoire d'accord sur les règles et procédures régissant le règlement des différends, Annexe 2 de l'Accord instituant l'OMC.

¹¹⁸ Article 17 § 6 du Mémoire d'accord sur les règles et procédures régissant le règlement des différends, Annexe 2 de l'Accord instituant l'OMC.

¹¹⁹ *Note for the Attention of the Members of GRI, op. cit.*

La lettre adressée par le Président de la Commission européenne, José Manuel Barroso, à la Présidente de la Confédération, Eveline Widmer-Schlumpf, le 21 décembre 2012 souligne encore une fois les principales critiques des propositions institutionnelles helvétiques. Premièrement, les solutions institutionnelles doivent s'appliquer à tous les accords d'accès au marché, existants et futurs, « sur la base d'un cadre institutionnel horizontal¹²⁰ ». Deuxièmement, il faut prévoir « un mécanisme juridiquement obligatoire pour l'adaptation des accords à l'évolution des règles applicables dans le marché intérieur¹²¹ ». Le fait que la reprise se fasse de manière dynamique et non automatique pose problème à l'UE aussi bien que la mise en place d'une autorité de surveillance nationale suisse, seule compétente pour constater les cas de mauvaise application de l'acquis pertinent, ne répond pas aux exigences d'indépendance et de supranationalité de l'Union, comme c'est le cas des institutions de l'EEE.

Les critiques adressées par l'UE à l'encontre des propositions institutionnelles suisses de 2012 ne sont pas tout à fait justifiées. Il faut souligner qu'il s'agit des relations avec un Etat et non un ensemble d'Etats comme c'est le cas de l'AELE. C'est ainsi qu'il est disproportionné, de la part de l'UE, d'avancer les mêmes critères de supranationalité à la Suisse que celles existants dans le cadre de l'EEE. Une autorité de surveillance suisse aurait pu répondre aux exigences d'indépendance. D'autant plus que la Commission européenne, organe de surveillance de l'UE, pourrait également être critiquée par la Suisse comme un organe purement européen, manquant d'indépendance.

¹²⁰ Lettre du Président de la Commission européenne, José Manuel Barroso, à la Présidente de la Confédération, Eveline Widmer-Schlumpf, *op. cit.*

¹²¹ *Ibid.*

CHAPITRE III

Poursuite de négociations autour de l'accord-cadre sur les questions institutionnelles entre la Suisse et l'UE

I. Les trois scénarii évoqués dans le « non-paper » Rossier / O'Sullivan

Monsieur David O'Sullivan est Directeur général administratif du Service européen pour l'action extérieure, principal interlocuteur de Monsieur Yves Rossier, Secrétaire d'Etat aux affaires étrangères de la Confédération helvétique, dans le dossier institutionnel. Fin janvier 2013, les deux hauts fonctionnaires ont rédigé ensemble un document à usage interne, « Eléments de discussion sur les questions institutionnelles entre l'Union européenne et la Confédération helvétique », présentant les trois solutions possibles pour un futur accord-cadre institutionnel entre la Suisse et l'UE. Mais avant tout, cinq principes généraux devraient encadrer la solution institutionnelle retenue. C'était déjà l'idée lors des premières réflexions suisses et européennes sur le sujet.

1. Le premier objectif est celui d'assurer *l'homogénéité juridique* dans les *domaines du marché intérieur auxquels la Suisse participe*. Pour ce faire, il convient d'assurer une *adaptation dynamique* des accords bilatéraux à l'évolution de l'acquis pertinent ainsi qu'une *interprétation et application uniformes*¹²².
2. Les parties s'engagent à reprendre, *dans les accords sectoriels Suisse-UE dans les domaines du marché intérieur*, « tout nouvel acquis pertinent compte tenu de l'objectif et du champ d'application de cet accord¹²³ ». Le but est d'assurer *une application simultanée* d'un nouvel acquis sur les territoires des deux parties contractantes. Dans le cas où le Comité mixte ne trouve pas de solution pour reprendre l'intégralité d'une nouvelle réglementation européenne, l'application de l'accord ou d'une partie de l'accord sera suspendue jusqu'à ce que le Comité mixte trouve une solution. Cela signifie que pendant un certain temps le droit applicable aux opérations régies par un accord bilatéral sera différent au sein de l'UE et en Suisse, ce qui placerait les opérateurs économiques des deux parties dans des situations inégales.
3. *Les autorités helvétiques participent à l'élaboration du nouvel acquis*. Un mécanisme semblable à celui qui fonctionne déjà dans le cadre de l'EEE sera appliqué à la Suisse¹²⁴.
4. Les dispositions des accords bilatéraux Suisse-UE ainsi que l'acquis pertinent y relatif repris par la Suisse sont appliqués en *conformité avec la jurisprudence de la CJUE antérieure et ultérieure* à la signature des accords.
5. Un des principes généraux, auquel il est fait référence dans le « non-paper » Rossier/O'Sullivan, est celui de la compétence exclusive de la Commission et de la CJUE pour garantir le bon fonctionnement du marché intérieur¹²⁵. « La Commission et la Cour de justice sont les institutions chargées par les traités de l'Union de garantir le bon fonctionnement du marché intérieur de l'UE ». Dans ce contexte, on pourrait se poser la question de savoir si la surveillance est de la seule compétence de la Commission européenne pour une solution institutionnelle avec la Suisse ?

¹²² *Non-paper. Eléments de discussion sur les questions institutionnelles entre l'Union européenne et la Confédération helvétique*, David O'Sullivan, *op. cit.*

¹²³ *Ibid.*

¹²⁴ Un mécanisme analogue à l'article 99 § 1 de l'Accord sur l'EEE : « Dès que la Commission des CE élabore une nouvelle législation dans un domaine régi par le présent accord, elle sollicite de manière informelle l'avis d'experts des Etats de l'AELE, au même titre qu'elle demande l'avis d'experts des Etats membres de la CE pour l'élaboration de ses propositions ».

¹²⁵ Article 26 § 1 du TFUE : « 1. L'Union adopte les mesures destinées à établir ou assurer le fonctionnement du marché intérieur, conformément aux dispositions pertinentes des traités ».

En vertu des cinq principes généraux évoqués ci-dessus, trois scénarii ont été proposés par David O’Sullivan et Yves Rossier et dont un servira de modèle au mandat de négociation élaboré en 2013 par le Conseil fédéral selon la procédure interne suisse. Il convient de préciser que l’accord-cadre institutionnel Suisse-UE devrait avoir un caractère horizontal, c’est-à-dire s’appliquer aux accords d’accès au marché existants et futurs entre la Suisse et l’UE qui seraient désignés nominativement dans l’accord-cadre même. Le Comité mixte qui serait institué par ledit accord serait également horizontal pour coordonner les comités sectoriels institués par les accords déjà conclus.

Les hypothèses de départ, au nombre de trois, sont les suivantes : l’adhésion de la Suisse à la structure en deux piliers existante dans l’AELE (A), la création des institutions communes *ad hoc* (B) et la coopération juridictionnelle avec les institutions déjà existantes en Suisse et dans l’UE (C).

A. Les institutions distinctes en deux piliers – adhésion de la Suisse aux institutions de l’AELE

Comme il sera démontré dans une deuxième partie de ce chapitre, les relations entre l’UE et les pays de l’AELE sont basées sur deux piliers : le pilier européen avec des institutions propres et celui des pays de l’AELE avec des institutions séparées. La première hypothèse du *non-paper* est d’étendre à la Suisse la structure en deux piliers des institutions déjà existantes entre l’UE et les pays de l’AELE. Ainsi, entre l’UE et les pays de l’AELE, il existe des institutions chargées de surveillance et de contrôle juridictionnel : la Commission et la CJUE pour l’UE, l’Autorité de surveillance et la Cour de justice pour l’AELE. L’idée est que la Suisse négocie avec la Norvège, l’Islande et le Liechtenstein afin que l’Autorité de surveillance et la Cour de justice AELE soient compétentes non pas uniquement pour le volet EEE, mais également pour les accords bilatéraux Suisse-UE. Cependant, les deux volets, à savoir l’accord sur l’EEE et les accords bilatéraux Suisse-UE, seraient totalement séparés. De cette façon, le critère d’indépendance et de contrôle international serait satisfait.

Pour le règlement des différends, c’est le Comité mixte qui serait compétent. Si, en revanche, le Comité mixte ne parvenait pas à régler le différend dans un délai imparti, la même procédure que celle prévue dans l’Accord sur l’EEE s’appliquerait. En matière de l’interprétation des dispositions des accords Suisse-UE correspondant aux Traités de l’UE ou aux actes pris en application des Traités, la procédure préjudicielle devant la CJUE ne reste pas exclue¹²⁶. Cette possibilité figure déjà dans l’Accord sur l’EEE¹²⁷.

Ainsi, la CJUE aurait seule la compétence pour connaître de l’interprétation du droit de l’UE relevant des accords bilatéraux d’accès au marché intérieur en cas de différend entre les parties contractantes. Ses jugements auraient une valeur contraignante pour les deux parties, aussi bien pour les Etats membres de l’UE que ceux faisant partie de l’EEE. En revanche, les compétences de la Cour AELE seraient plus limitées. En vertu de l’article 108 § 2 de l’accord sur l’EEE, la Cour AELE est compétente : pour surveiller l’application du droit découlant de l’accord sur l’EEE dans les Etats membres de l’AELE, pour se prononcer en appel contre les décisions de l’Autorité de surveillance dans le domaine de la concurrence et pour régler les différends entre les Etats membres de l’AELE¹²⁸. Il convient d’ajouter que les jugements rendus par la Cour AELE ne sont donc valables que pour les Etats de l’AELE et ne s’appliquent pas à l’UE.

¹²⁶ Article 111 § 3 de l’Accord sur l’EEE : « 3. Si le différend porte sur l’interprétation de dispositions du présent accord qui sont identiques en substance aux règles correspondantes du traité instituant la Communauté économique européenne, du traité instituant la Communauté européenne du charbon et de l’acier ou des actes adoptés en application de ces deux traités et si le différend n’a pas été réglé dans un délai de trois mois après qu’il a été porté devant le Comité mixte de l’EEE, les parties contractantes parties au différend peuvent convenir de demander à la Cour de justice des CE de se prononcer sur l’interprétation des règles pertinentes ».

¹²⁷ Protocole 34 de l’Accord sur l’EEE.

¹²⁸ Article 108 § 2 de l’Accord sur l’EEE : « 2. (...) Conformément à un accord séparé conclu entre les Etats de l’AELE, la Cour AELE est compétente, en ce qui concerne l’application du présent accord, notamment pour : a) les actions concernant la procédure de surveillance à l’égard des Etats de l’AELE ; b) les recours contre les décisions prises par l’Autorité de surveillance AELE dans le domaine de la concurrence ; c) le règlement des différends entre deux ou plusieurs Etats de l’AELE ».

B. Les institutions ad hoc communes

La création des institutions *ad hoc* propres aux relations bilatérales entre la Suisse et l'UE soulève immédiatement de nombreuses questions juridiques qui sont évoquées dans le papier Rossier/O'Sullivan. La mise en place d'institutions communes suppose la participation en leur sein des deux parties. Ainsi, la création d'une autorité de surveillance et d'une cour de justice propres, limiterait les compétences de ces institutions aux seuls accords bilatéraux d'accès au marché entre la Suisse et l'UE. De plus, la CJUE a déjà eu l'occasion de se prononcer sur la compatibilité d'une Cour EEE avec l'ordre juridique communautaire¹²⁹. Toute modification de l'ordre institutionnel communautaire soulève la question de compatibilité de nouveaux organes avec les traités de l'UE. En vertu de l'article 218 § 11 du TFUE et afin de ne pas remettre en question l'ordre juridique de l'UE par la création de toute nouvelle institution, il est possible de demander un avis à la CJUE avant la signature de tout nouveau traité liant l'UE¹³⁰.

Or, rappelons que l'UE a déjà critiqué la proposition suisse de mettre en place une sorte d'Autorité nationale de surveillance, contenue dans la lettre d'Eveline Widmer-Schlumpf de 2012. Bien qu'en principe une telle autorité de surveillance puisse avoir un caractère indépendant, l'idée même de surveillance veut qu'il s'agisse d'une institution supranationale selon l'UE. Ainsi, la mise en place d'une Autorité nationale de surveillance avec des garanties d'indépendance n'est pas possible d'après l'UE. Cependant, il existe des institutions nationales de surveillance, comme par exemple la FINMA¹³¹ ou la Commission de la concurrence¹³² qui sont des organes indépendants. De plus, bien que la Commission européenne ou la CJUE soient également considérées indépendantes, elles se composent des représentants des Etats membres de l'UE et donc, du point de vue des relations bilatérales Suisse-UE, ont un caractère unilatéral.

C. Coopération juridictionnelle avec les institutions existantes

Enfin, une troisième hypothèse, et finalement celle dont l'idée principale a été retenue jusqu'à présent, contient une nouveauté majeure. En cas de différend porté devant le Comité mixte, et lorsque celui-ci ne se prononce pas dans un délai imparti, chacune des parties au litige aurait la possibilité de saisir la CJUE qui rendrait un avis contraignant. Cependant, c'est au Comité mixte qu'il reviendrait de mettre en œuvre le jugement de la CJUE. A défaut de solution trouvée dans un délai imparti, une suspension totale ou partielle de l'accord en question sera prononcée.

En effet, chacune des parties a des institutions propres chargées d'appliquer les accords bilatéraux Suisse-UE. Une coopération juridictionnelle prévoit un dialogue entre les organes suisses existants et la Commission européenne pour ce qui est de l'application des accords et de l'acquis pertinent y relatif. Néanmoins, la Commission a la compétence de supervision des accords y compris à travers les comités mixtes existants. Elle aurait également la possibilité de saisir la CJUE, mener des enquêtes ou adopter des décisions. La faculté pour les tribunaux suisses de dernière instance de saisir la CJUE d'une question préjudicielle n'est pas exclue.

En somme, cette dernière hypothèse prévoit un fort volet supranational et un rôle important accordé à la Commission et la Cour de justice de l'UE. C'est sur cette base que se sont ouvertes les négociations entre les deux partenaires. Comme la Suisse le voulait, le droit de l'UE ne sera pas repris de manière automatique, mais dynamique, sous contrôle du TF. En revanche, la coopération

¹²⁹ CJCE, avis 1/91, *op. cit*

¹³⁰ Article 218 § 11 du TFUE : « 11. Un Etat membre, le Parlement européen, le Conseil ou la Commission peut recueillir l'avis de la Cour de justice sur la compatibilité d'un accord envisagé avec les traités. En cas d'avis négatif de la Cour, l'accord envisagé ne peut entrer en vigueur, sauf modification de celui-ci ou révision des traités ».

¹³¹ Rapport annuel de l'Autorité fédérale de surveillance des marchés financiers (FINMA), 2013. (Consulté le 31 mai 2014 : https://www.finma.ch/gb2013/download/fr/Downloads/FINMA_Rapport-annuel_2013_FR.pdf).

¹³² Consulté le 31 mai 2014 : <http://www.weko.admin.ch/org/00113/index.html?lang=fr>.

juridictionnelle oblige le TF à prendre en compte l'avis et la jurisprudence de la CJUE. L'avis de la CJUE a un caractère contraignant, dans le cas du non-respect, la suspension totale ou partielle de l'accord est tout à fait possible. Tout en conservant le rôle central du TF, cette variante a l'avantage de répondre à l'exigence de l'UE : l'homogénéité et l'interprétation uniforme du droit. Certainement, dans une telle hypothèse, il serait difficile pour la Suisse de garder intacte sa souveraineté nationale, mais il est important de rester pragmatique sans se poser la question du « dernier mot¹³³ ».

Cependant, la question de savoir si en vertu de l'article 218 § 11 du TFUE, le caractère et le rôle des institutions de l'UE ne seraient pas remis en question avec une telle modification de leur nature, reste ouverte. La CJUE sera certainement saisie pour connaître de la compatibilité du projet d'accord avec les traités. En Suisse également, la question se posera, le moment venu, de savoir si le projet d'accord avec l'UE sur le cadre institutionnel est accepté par le peuple et les cantons. En vertu de l'article 140b de la Constitution suisse, un référendum obligatoire sera certainement exigé puisqu'il sera question d'un traité international avec *adhésion à des communautés supranationales*¹³⁴. De plus, il serait intéressant de voir les débats en Suisse autour des grandes lignes du mandat de négociation sur les questions institutionnelles, déjà connues et présentées au grand public, ainsi que les critiques qui y ont été adressées.

II. *Le choix institutionnel helvétique et la comparaison avec les mécanismes de l'EEE*

Le concept traditionnel de la voie bilatérale, comme un mécanisme statique et non évolutif, ne satisfait plus ni Bruxelles ni le Conseil fédéral, tel est le point de départ pour une « voie bilatérale rénovée ». Il ne s'agit pas d'adhésion à l'EEE, ni d'abandon de la voie bilatérale existante, mais de mise en place d'un cadre institutionnel horizontal pour tous les accords d'accès au marché intérieur, existants et futurs, conclus entre la Suisse et l'UE¹³⁵.

En effet, la voie bilatérale est dans l'impasse, selon Bruxelles, et pour en sortir il est indispensable de régler les questions institutionnelles¹³⁶. Les « Conclusions sur les relations avec la Suisse » adoptées par les ministres des Transports et de l'Energie des 27 Etats membres de l'UE posent un certain nombre de conditions à la Suisse pour avancer sur la voie bilatérale¹³⁷. L'UE demande à la Suisse d'établir un cadre institutionnel applicable à tous les accords d'accès au marché existants et futurs. Ceci va à l'encontre de la proposition suisse, figurant dans la lettre d'Eveline Widmer-Schlumpf, de n'établir un cadre institutionnel que pour les futurs accords d'accès au marché. Ce cadre devrait également permettre une adaptation dynamique des accords à l'évolution de l'acquis communautaire et contenir « des mécanismes internationaux de surveillance et de contrôle juridictionnel ». Par contre, il ne s'agit aucunement d'intégrer le mécanisme déjà existant au sein de l'EEE¹³⁸, même si les solutions institutionnelles à venir entre la Suisse et l'UE devraient présenter « un degré de sécurité juridique et d'indépendance équivalent à celui des mécanismes créés en vertu de l'accord EEE ». Ainsi, dans un premier temps, il conviendrait d'analyser le mécanisme institutionnel mis en place au sein de l'EEE (A).

Rappelons également que le Conseil de l'UE souligne la nécessité d'assurer l'homogénéité dans l'application du droit de l'UE puisque la Suisse participe à « un projet multilatéral ». « Compte tenu du

¹³³ Johan ROCHEL, « Questions institutionnelles : la base est bonne ! », *L'Hebdo*, 17 mai 2013.

(Consulté le 30 mars 2014 : <http://www.hebdo.ch/les-blogs/rochel-johan-une-suisse-en-mouvement/questions-institutionnelles-la-base-est-bonne>).

¹³⁴ Article 140b de la Constitution fédérale de la Confédération suisse, RS 101.

¹³⁵ René SCHWOK, « L'EEE n'est pas un objectif mais une référence, un « benchmark » », *Le Temps*, 4 décembre 2012. (Consulté le 26 mai 2014 : <http://www.letemps.ch/Page/Uuid/2d49f40a-3d64-11e2-8a9d-1c47ee014f33>).

¹³⁶ Alain FRANCO, « L'UE pose ses conditions à la Suisse », *swissinfo.ch*, 20 décembre 2012. (Consulté le 30 mars 2014 : http://www.swissinfo.ch/fre/politique_suisse/L_UE_pose_ses_conditions_a_la_Suisse.html?cid=34564120).

¹³⁷ *Conclusions du Conseil sur les relations de l'UE avec les pays de l'AELE*, 14 décembre 2010, *op. cit.*

¹³⁸ Christa TOBLER, « Die flankierenden Massnahmen der Schweiz in einem erneuerten System des bilateralen Rechts », *Jusletter*, 30 septembre 2013.

haut niveau d'intégration de la Suisse dans l'UE, toute nouvelle extension de ce système risquerait de surcroît compromettre les relations de l'UE avec les partenaires de l'AELE membres de l'EEE¹³⁹ ». La Suisse n'est ainsi plus considérée par l'UE comme un Etat à part avec lequel elle entretient des relations particulières, mais comme une partie d'ensemble en permanente interaction. La logique de l'UE serait de rendre aussi homogène que possible les règles régissant le marché intérieur, bien que leur application soit nuancée selon qu'il s'agit des Etats membres de l'UE ou des Etats tiers. Le marché intérieur de l'UE est aussi un vaste espace d'échange, et la Suisse, comme une des portes d'accès à ce marché, devrait appliquer de manière homogène les règles le régissant afin de ne pas créer de distorsions à la concurrence ou de la discrimination parmi les opérateurs économiques. Pourtant, bien que le Conseil fédéral reconnaisse que la coopération entre la Suisse et l'UE est très étroite dans de nombreux domaines, il ne les inscrit pas dans un cadre multilatéral élargi¹⁴⁰. C'est notamment sous ce prisme qu'il conviendrait d'analyser la solution trouvée par le Conseil fédéral et présentée par Didier Burkhalter en conférence de presse (B).

A. Le système institutionnel de l'EEE¹⁴¹

L'accord sur l'Espace économique européen a été signé le 2 mai 1992 et est entré en vigueur le 1^{er} janvier 1994. Le but initial de cet accord a été d'ouvrir le marché intérieur de la Communauté européenne à l'époque (composée de 12 Etats membres) à l'AELE, composée de 7 pays : l'Autriche, la Finlande, l'Islande, le Liechtenstein, la Norvège, la Suède et la Suisse. Ainsi, l'accord sur l'EEE devait étendre les bénéfices du marché intérieur aux Etats de l'AELE à condition de reprendre le volumineux acquis communautaire pertinent et mettre en place un cadre institutionnel approprié. A cet effet, les pays de l'AELE, à l'exception de la Suisse qui a refusé l'accord sur l'EEE et de l'Autriche, de la Finlande et de la Suède qui sont entrées dans l'UE, ont conclu non seulement l'accord sur l'EEE mais également un accord instituant une autorité de surveillance de l'AELE et une Cour de justice de l'AELE. La logique de cette architecture complexe est d'instaurer un système institutionnel parallèle à celui de l'UE. Ainsi, les compétences conférées à l'autorité de surveillance AELE sont largement similaires à celles de la Commission européenne, tandis que la Cour de justice AELE a été calquée sur la CJUE.

« L'accord EEE reste l'exemple réussi d'une construction juridique imaginative et ambitieuse qui a permis à quelques pays, économiquement compatibles mais politiquement réservés, d'intégrer le marché unique de la Communauté européenne sans pour autant y adhérer¹⁴² ». La structure institutionnelle particulière de l'EEE offre aux Etats membres, mais également aux particuliers et aux entreprises, des garanties juridiques identiques à celles en vigueur dans l'ordre juridique de l'UE. Il s'agit là d'un argument de premier ordre dans l'élaboration du cadre institutionnel entre la Suisse et l'UE. En effet, les accords bilatéraux existants entre la Suisse et l'UE avaient, jusqu'à présent, un caractère statique et ne renvoyaient qu'au droit de l'UE en vigueur au moment de leur conclusion. Par contre, ceci ne protège pas la Suisse « d'une interprétation actualisée » des anciens accords bilatéraux pas l'UE et ne garantit pas ainsi une sécurité juridique aux opérateurs suisses égale à celle des opérateurs communautaires¹⁴³.

Il convient ainsi, dans un premier temps, de nous interroger sur l'architecture institutionnelle de l'accord EEE telle qu'elle existe de nos jours (1). Nous verrons ensuite que la mise en place de ce système institutionnel parallèle n'a pas eu lieu sans quelques difficultés, notamment comme l'ont illustré les deux avis de la CJCE (2).

¹³⁹ *Conclusions du Conseil sur les relations de l'UE avec les pays de l'AELE*, 20 décembre 2012, *op. cit.*

¹⁴⁰ Rapport « Europe 2006 » du Conseil fédéral, FF 2006 6461.

¹⁴¹ Afin de ne provoquer aucune confusion, il convient de noter que les sigles CJUE et CJCE aussi bien que UE et CE sont utilisés comme synonymes. Il s'agira parfois de quelques mentions anachroniques.

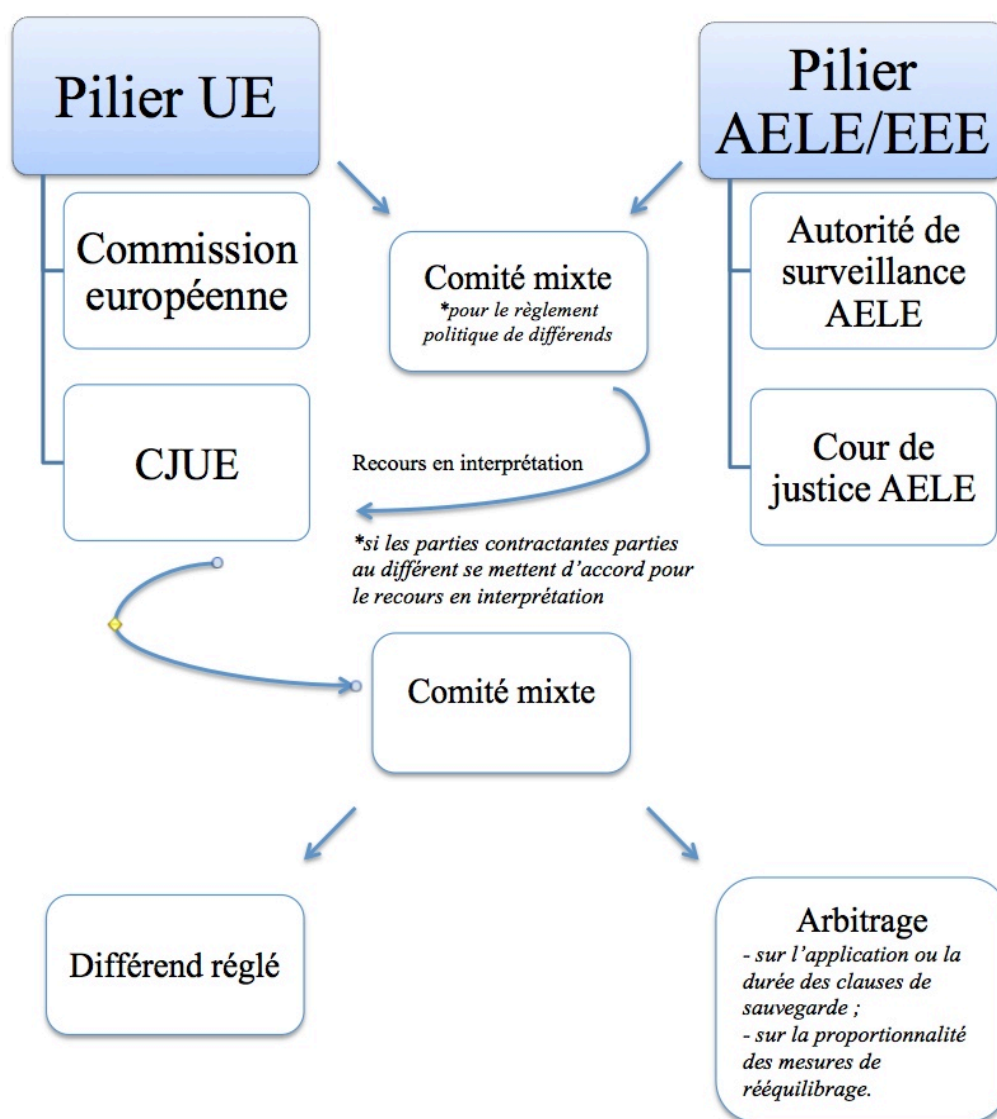
¹⁴² Thérèse BLANCHET, Maria WESTMANN-CLEMENT, « La Cour de l'AELE dans le cadre de l'accord sur l'Espace économique européen », *Annuaire français de droit international*, volume 41, 1995, pp. 743-753.

¹⁴³ Nicolas LEVRAT, *Réflexion sur les enjeux juridiques dans notre relation avec l'UE*, *op. cit.*

1. L'architecture institutionnelle de l'EEE

L'ouverture officielle des négociations sur l'EEE a débuté après le discours de Jacques Delors, Président de la Commission européenne de l'époque, devant le Parlement européen lorsqu'il a invité les pays de l'AELE à « rechercher une nouvelle forme d'association, qui serait plus structurée sur le plan institutionnel, avec des organes communs et de décision et de gestion et ce, afin d'accroître l'efficacité de notre action. [...] Dans l'affirmative, le cadre de notre coopération reposerait sur deux piliers, constitués par nos deux organisations¹⁴⁴ ». Cet accord d'association est tout à fait particulier puisqu'il met en place une architecture institutionnelle en deux piliers – pilier de la CE et celui de l'AELE – pour ce qui est notamment de reprise de l'acquis communautaire pertinent et de la mise en place de système supranational de juridiction et de surveillance.

Les deux piliers de l'EEE, en matière de système juridictionnel et de surveillance, se présentent ainsi selon notre schéma :



¹⁴⁴ Discours de Jacques Delors, Président de la Commission européenne, il évoque devant les membres du Parlement européen la création d'un Espace économique européen (EEE) pour encadrer les relations économiques des pays membres de la Communauté avec ceux de l'Association européenne de libre-échange (AELE), 17 janvier 1989, *Bulletin des Communautés européennes*, 1989, No Supplément 1/89, Luxembourg. (Consulté le 20 avril 2014 : http://www.cvce.eu/content/publication/2003/8/22/b9c06b95-db97-4774-a700-e8aea5172233/publishable_fr.pdf).

a. L'homogénéité

La section première du Chapitre 3 de l'accord sur l'EEE est consacrée au principe de l'homogénéité et de l'interprétation uniforme de l'acquis communautaire. A cet effet, un dialogue continu entre les instances juridiques des deux parties est mis en place : dans le souci d'assurer une interprétation aussi uniforme que possible du présent accord, dans le plein respect de l'indépendance des tribunaux, un système d'échange d'information concernant les décisions rendues par la Cour AELE, la Cour de justice des CE, le Tribunal de première instance des CE et les juridictions de dernière instance des Etats de l'AELE est établi par le Comité mixte¹⁴⁵.

De plus, le protocole 34 de l'accord sur l'EEE permet aux Etats de l'AELE d'instaurer une sorte de recours préjudiciel auprès de la CJUE. Ainsi, selon les modalités qui leur sont propres, les juridictions des Etats de l'AELE peuvent demander à la Cour de justice de l'UE une décision sur l'interprétation des règles de l'accord EEE correspondant à des règles communautaires¹⁴⁶.

b. La procédure de surveillance

L'article 108 de l'accord sur l'EEE dans ses paragraphes 1 et 2 consacre la mise en place de l'Autorité de surveillance de l'AELE et de la Cour de justice de l'AELE avec des compétences semblables à celles de la Commission et de la CJUE. Afin d'assurer le respect du principe de l'homogénéité et de l'interprétation uniforme du droit de l'UE dans tout l'EEE, l'Autorité de surveillance AELE et la Commission coopèrent à l'instar des juridictions des deux parties¹⁴⁷. En cas de désaccord, chacune des deux autorités peut saisir le Comité mixte¹⁴⁸.

c. Le règlement des différends

En vertu de l'article 111 § 1 de l'accord sur l'EEE, la Communauté ou un Etat de l'AELE peut soumettre tout différend relatif à l'interprétation ou à l'application du présent accord au Comité mixte de l'EEE. De plus le § 3 du même article prévoit la possibilité, si les parties contractantes parties au différend en conviennent, de saisir la CJUE de tout différend relatif à l'interprétation des dispositions du droit de l'UE. Ce mécanisme est d'autant plus intéressant qu'il inspire directement la solution retenue actuellement entre la Suisse et l'UE. En revanche, il convient de préciser, et nous le verrons dans une deuxième partie (2 c), que les jugements de la CJUE ont un caractère contraignant et ont force exécutoire pour les Etats de l'AELE.

d. La procédure d'arbitrage

Il est prévu également une procédure d'arbitrage sous le § 4 de l'article 111 de l'accord sur l'EEE et le protocole 33 concernant les procédures d'arbitrage. En revanche cette procédure n'est possible que pour connaître du « champ d'application ou de la durée des mesures de sauvegarde » ou encore « de la durée des mesures de rééquilibrage. Aucune question d'interprétation des dispositions du présent accord [...] ne peut être traitée dans le cadre de ces procédures¹⁴⁹ ». Il s'agit là d'une exigence majeure de la CJUE dans son avis 1/91.

Il serait intéressant de voir que dans les solutions institutionnelles entre la Suisse et l'UE une telle procédure est également évoquée. Dans le cas du non-respect par la Suisse de l'avis de la CJUE demandé par une des parties contractantes dans le cadre d'un différend porté devant le Comité mixte,

¹⁴⁵ Article 106 de l'accord sur l'EEE.

¹⁴⁶ Protocole 34 de l'accord sur l'EEE concernant la possibilité pour les juridictions des Etats de l'AELE de demander à la Cour de justice des CE une décision sur l'interprétation de règles de l'accord EEE correspondant à des règles communautaires.

¹⁴⁷ Article 109 § 2 de l'accord sur l'EEE.

¹⁴⁸ Article 109 § 5 de l'accord sur l'EEE.

¹⁴⁹ Article 111 § 4 de l'accord sur l'EEE.

une possibilité serait prévue de convoquer une instance arbitrale pour connaître notamment de la durée et de la proportionnalité des mesures de sauvegarde¹⁵⁰.

2. Les avis 1/91 et 1/92 de la CJCE

Ce n'est pas tout de suite qu'il a été envisagé de mettre en place une Cour AELE n'ayant juridiction que pour les pays de l'AELE et non pas pour l'UE. Il s'agit d'ailleurs d'une des principales critiques adressées à cette juridiction, de ne produire des jugements contraignants qu'à l'égard des Etats de l'AELE¹⁵¹. Il a d'abord été prévu de créer, dans le but d'assurer l'homogénéité et l'interprétation uniforme de l'acquis dans l'EEE, une Cour EEE. Cette Cour EEE aurait dû avoir des compétences en matière d'interprétation des dispositions de l'accord EEE et régler les litiges entre les parties contractantes : ses jugements auraient eu force exécutoire pour les Etats de l'AELE et les CE. Cette solution a été fermement rejetée par la CJCE dans son avis 1/91.

L'idée de la mise en place d'une Cour EEE figurait dans les directives de négociation du Conseil des CE à la Commission de 1990 qui prévoyaient la mise en place d'un mécanisme de surveillance avec notamment un mécanisme juridictionnel s'appuyant sur la CJCE avec des juges des Etats de l'AELE. Les négociations auraient dû aboutir en novembre 1991, mais, quelques mois plus tôt, la Commission avait demandé, sur la base de l'article 228 du TCEE (actuellement article 218 du TFUE), un avis à la CJCE sur la compatibilité avec le Traité CEE du projet d'accord sur l'EEE. L'avis rendu le 14 décembre 1991 a conclu à l'incompatibilité avec le Traité CEE du système juridictionnel envisagé, notamment du projet même de mise en place de la Cour EEE¹⁵². Après quelques modifications substantielles qui s'en sont suivies, dans son avis 1/92, la CJCE a conclu de la compatibilité de l'accord sur l'EEE modifié avec les dispositions du Traité CEE. Pour ce faire, il a fallu avant tout supprimer le projet de mise en place d'une juridiction commune, d'une Cour EEE.

a. La particularité de l'ordre juridique communautaire

Dès le début de l'avis 1/91, la CJCE tient à comparer *les objectifs et le contexte* de signature de l'accord EEE à ceux de l'ordre juridique communautaire. En effet, il apparaît que « l'identité des termes des dispositions de l'accord et des dispositions communautaires correspondantes ne signifie pas qu'elles doivent nécessairement être interprétées de façon identique¹⁵³ ». Les juges de Luxembourg font une différence majeure entre l'accord sur l'EEE, qui est en fait un accord du droit international classique, et l'ordre juridique communautaire dont les objectifs sont plus complexes. A cet effet, la CJCE nous rappelle sa jurisprudence constante (l'arrêt du 5 février 1963, *Van Gend en Loos*, 26/62, Rec. p. 1).

« En effet, l'Espace EE doit être réalisé sur la base d'un traité international qui ne crée, en substance, que des droits et obligations entre les parties contractantes et qui ne prévoit aucun transfert de droits souverains au bénéfice des organes intergouvernementaux qu'il institue. En revanche, le traité CEE, bien que conclu sous la forme d'un accord international, n'en constitue pas moins la charte constitutionnelle d'une communauté de droit ».

Ainsi, le fait d'avoir les mêmes normes juridiques ne constitue pas en soi une garantie indéniable de l'homogénéité. Il faudrait par conséquent d'autres moyens afin d'assurer l'homogénéité du droit communautaire. En effet, compte tenu de la différence de nature de l'EEE et de l'ordre juridique communautaire, l'interprétation des mêmes normes de droit peut être différente.

¹⁵⁰ Hanspeter MOCK, « L'état du dossier et ses perspectives de développement », 12 décembre 2013, Lausanne.

¹⁵¹ TOBLER Christa, « Die flankierenden Massnahmen der Schweiz in einem erneuerten System des bilateralen Rechts », *op. cit.*

¹⁵² CJCE, avis 1/91, *op. cit.*

¹⁵³ CJCE, avis 1/91, *op. cit.*

b. L'incompatibilité d'une Cour EEE

Premièrement, le fait que la Cour EEE, saisie d'un différend relatif à l'interprétation ou l'application d'une disposition de l'accord, puisse interpréter la notion de « partie contractante » est de suite considéré incompatible avec le droit communautaire.

Il convient de noter que l'accord EEE est un accord dit « mixte », c'est-à-dire conclu à la fois par la Communauté européenne dans le domaine des compétences exclusives de celle-ci et la CE et les Etats membres dans le domaine des compétences partagées. L'article 2c de l'accord EEE définit ainsi la notion de « partie contractante » pour la Communauté européenne et ses Etats membres : « Parties contractantes » pour ce qui concerne la Communauté et ses Etats membres, soit la Communauté, soit les Etats membres. Le sens à donner à ces termes dans chaque cas sera déduit des dispositions pertinentes du présent accord et des compétences respectives de la Communauté et de ses Etats membres, telles qu'elles découlent du traité instituant la Communauté économique européenne et du traité instituant la Communauté européenne du charbon et de l'acier¹⁵⁴ ».

Cette question est particulièrement intéressante dans le contexte des négociations sur les questions institutionnelles entre la Suisse et l'UE. En vertu de l'article 216 du Traité sur le fonctionnement de l'UE (TFUE), l'Union peut conclure des accords internationaux :

- Lorsque les traités fondateurs le prévoient ;
- Lorsqu'un acte juridique contraignant le prévoit ;
- Lorsque la conclusion d'un accord est nécessaire pour réaliser l'un des objectifs de l'UE, même en l'absence de réglementation européenne interne ;
- Lorsque la conclusion de l'accord est susceptible d'affecter des règles communes adoptées par l'UE ou d'en altérer la portée.

Ensuite, le choix du type de l'accord international se fait en fonction qu'il s'agisse des compétences exclusives de l'UE¹⁵⁵, lorsque l'UE est la seule à pouvoir négocier et conclure des accords internationaux, ou des compétences partagées¹⁵⁶ entre l'UE et les Etats membres, dans ce cas de figure il s'agit de l'accord mixte.

Par ailleurs, dans son raisonnement, la CJCE souligne que « les accords internationaux conclus selon la procédure de l'article 228 TCEE (article 218 TFUE) font partie intégrante de l'ordre juridique communautaire ». Par conséquent, il est possible pour la CJCE de se prononcer sur l'interprétation des dispositions de l'accord et également lors de procédure en manquement d'Etat¹⁵⁷ (uniquement pour les Etats membres de l'UE).

Ainsi, l'accord EEE est un accord mixte, conclu à la fois par les Etats membres de l'AELE, sauf la Suisse, d'un côté et l'UE et ses Etats membres de l'autre côté. A la lumière de l'architecture de l'EEE et du modèle institutionnel entre la Suisse et l'UE, actuellement sur la table des négociations, qui s'inspire largement de celui des institutions de l'EEE, il serait intéressant de connaître quelle forme prendra le projet d'accord entre la Suisse et l'UE. Il est vrai que l'accord sur le cadre institutionnel pourra relever des compétences exclusives de l'UE :

« 2. L'Union dispose également d'une compétence exclusive pour la conclusion d'un accord international lorsque cette conclusion est prévue dans un acte législatif de l'Union, ou est nécessaire pour lui permettre d'exercer sa compétence interne, ou dans le mesure où elle est susceptible d'affecter des règles communes ou d'en altérer la portée¹⁵⁸ ».

¹⁵⁴ Article 2c de l'Accord sur l'EEE.

¹⁵⁵ Article 3 du TFUE.

¹⁵⁶ Article 4 du TFUE.

¹⁵⁷ Article 259 du TFUE.

¹⁵⁸ Article 3 § 2 du TFUE

Il pourra également s'appuyer sur les compétences partagées étant donné qu'il couvrira les accords bilatéraux d'accès au marché intérieur¹⁵⁹.

Le deuxième obstacle à la création de la Cour EEE réside dans le fait que le droit de l'EEE consiste en grande partie à reproduire les normes communautaires dans l'objectif d'homogénéité et d'application uniforme. Cet objectif aurait dû être assuré par la Cour EEE dont les décisions lieraient les deux parties, y compris la CE. En somme, la Cour EEE serait amenée à interpréter non seulement les règles de l'EEE, mais aussi celles du droit communautaire directement, puisqu'elles sont identiques. Cependant, compte tenu de la différence de nature et d'objectifs des deux ordres juridiques, l'interprétation des normes relevant de l'EEE risquerait de conditionner la future interprétation des normes communautaires correspondantes¹⁶⁰. Notons qu'il s'agit d'un argument qui, dans le contexte actuel des négociations entre la Suisse et l'UE sur les enjeux institutionnels, est retourné contre la Suisse. En effet, le rejet du caractère non contraignant des avis consultatifs de la CJUE aurait pour conséquence de créer une application divergente des mêmes règles de droit. De même que l'interprétation de l'acquis pertinent relevant des accords bilatéraux Suisse-UE et qui n'aurait pas encore fait objet de l'interprétation de la CJUE à l'intérieur de l'UE pourrait amener à des interprétations divergentes des mêmes règles de droit dans deux contextes juridiques différents. De plus, la CJUE, en vertu de l'article 218 § 11 du TFUE pourrait s'opposer à cet avis de la CJUE dans le cadre des relations Suisse-UE pour exactement les mêmes raisons.

Enfin, la CJCE a souligné dans son avis de 1991 que des *liens organiques entre la Cour EEE et la Cour de justice* se créeraient du fait que des juges communautaires siègeraient également dans la Cour EEE¹⁶¹. De ce fait, les juges communautaires pourraient être emmenés à se prononcer sur un même sujet. Dans ces conditions, il sera très difficile, voire impossible, pour ces juges d'aborder, avec une pleine indépendance d'esprit, lorsqu'ils siègent à la Cour de justice, les questions aux jugements desquelles ils auront participé dans le cadre de la Cour EEE.

c. Une cour supranationale ou une instance arbitrale envisageables

Dans son avis 1/91, la CJCE souligne que la création d'un système juridictionnel supranational par un accord international liant la Communauté est, en principe, possible : « [...] la compétence de la Communauté en matière des relations internationales et sa capacité de conclure des accords internationaux comporte nécessairement la faculté de se soumettre aux décisions d'une juridiction créée ou désignée en vertu de tels accords ». En revanche, pour ce qui relève de l'interprétation des *dispositions fondamentales de l'ordre juridique communautaire*, seule la CJCE est compétente¹⁶².

C'est ainsi que dans la version modifiée de l'accord sur l'EEE, l'idée d'une Cour commune EEE ne figure plus. L'accord de 1992 institue une Cour AELE indépendante et qui n'est compétente que dans le cadre de l'AELE sans quelconque lien fonctionnel avec la CJUE¹⁶³. A la lumière de l'avis 1/92 qui se prononce en faveur d'une Cour AELE, il serait tout à fait possible d'attribuer les mêmes compétences au TF qu'à la Cour AELE dans le contexte des relations bilatérales Suisse-UE.

De plus, la procédure d'arbitrage mise en place par l'accord sur l'EEE dans sa version modifiée de 1992, est compatible avec l'ordre juridique communautaire puisqu'aucune question d'interprétation des dispositions de l'accord, identiques aux dispositions correspondantes du droit communautaire, ne peut être réglée dans ce cadre.

¹⁵⁹ Article 4 § 2a du TFUE.

¹⁶⁰ CJCE, avis 1/91, *op. cit.*, p. I-6107.

¹⁶¹ Thérèse BLANCHET, Maria WESTMANN-CLEMENT, « La Cour de l'AELE dans le cadre de l'accord sur l'Espace économique européen, dans : Annuaire français de droit international », *op. cit.*, pp. 743-753.

¹⁶² CJCE, *op. cit.*, p. I-6106.

¹⁶³ CJCE, avis 1/92, *op. cit.*, p. I-2840.

d. La nature contraignante indiscutable des avis de la CJUE

La CJCE, dans son avis 1/91, analyse également la possibilité donnée par le protocole 34 à l'accord sur l'EEE – tel qu'il existe également dans sa version actuellement en vigueur – de permettre aux Etats de l'AELE d'autoriser ses juridictions à demander à la Cour de justice de l'UE de s'exprimer sur l'interprétation de l'accord. La Cour de justice accepte qu'une telle procédure puisse exister en dehors de l'UE et prenne des aspects formels différents de ceux de l'article 267 TFUE. Cependant, elle est catégorique quant à la portée des jugements prononcés :

« En revanche, il est impossible d'admettre que les réponses que la Cour de justice donne aux juridictions des Etats de l'AELE aient effet purement consultatif et soient dépourvues d'effets obligatoires. Une telle situation dénaturerait la fonction de la Cour de justice, telle qu'elle est conçue par le traité CEE, à savoir celle d'une juridiction dont les arrêts sont contraignants. Même dans le cas très particulier de l'article 228, l'avis de la Cour de justice est doté de l'effet contraignant précisé à cet article¹⁶⁴ ».

La même argumentation est confirmée dans l'avis 1/92 lorsque la Cour de justice analyse la portée de l'article 111 de l'accord sur l'EEE et notamment la possibilité attribuée au Comité mixte de saisir la CJUE pour que celle-ci se prononce sur l'interprétation des dispositions de l'accord EEE. La Cour de justice conclut que « *tant les parties contractantes que le Comité mixte sont liés par l'interprétation donnée par la Cour aux règles en cause*¹⁶⁵ ».

Ce considérant de l'avis 1/91 de la Cour de justice est d'autant plus intéressant dans le contexte des relations Suisse-UE. La possibilité actuellement mise en valeur dans le mandat de négociation sur les questions institutionnelles est de demander un avis à la CJUE si le Comité mixte ne parvient pas à régler un différend. En revanche, cet avis consultatif, que le Comité mixte pourrait demander à la CJUE, est présenté comme ne relevant pas de dernier ressort et pouvant être écarté de manière politique par le Comité mixte. Or, et la Cour de justice est catégorique là-dessus, ses avis ne peuvent que porter un caractère contraignant. Soulignons que la CJUE ne se prononcera que sur l'interprétation d'une règle de droit de l'UE et ne donnera pas de solution sur le fond. Le règlement du litige sur le fond appartiendra, dans tous les cas, au Comité mixte qui sera libre dans la mise en œuvre de l'interprétation donnée par la CJUE.

B. La conférence de presse de Didier Burkhalter sur la politique européenne de la Suisse : le point sur les questions institutionnelles et la stratégie à moyen terme du Conseil fédéral, 26 juin 2013¹⁶⁶

Le 26 juin 2013, le Conseiller fédéral, chef du département fédéral des affaires étrangères, Didier Burkhalter, a donné une conférence de presse sur la stratégie du Conseil fédéral à moyen terme en matière de politique européenne de la Suisse, et plus particulièrement sur les questions institutionnelles entre la Suisse et l'UE.

La stratégie à moyen terme du Conseil fédéral¹⁶⁷ a été décidée dans le but de poursuivre les relations bilatérales entre la Suisse et l'UE pour pouvoir, par la suite, accéder aux nouveaux domaines du marché intérieur de l'UE. La voie bilatérale a en effet démontré son succès à plusieurs reprises, jusqu'à un passé récent. La volonté de consolider la voie bilatérale poursuit trois objectifs précis : préserver l'acquis en matière d'accès au marché intérieur, développer de nouveaux domaines et assurer la sécurité juridique aux citoyens et opérateurs économiques helvétiques. Afin de réaliser ses

¹⁶⁴ CJCE, *op. cit.*, p. I-6109.

¹⁶⁵ CJCE, *op. cit.*, p. I-2844.

¹⁶⁶ Cette analyse de discours de Didier Burkhalter s'inscrit dans la logique d'avant la votation du 9 février 2014 sur l'initiative de l'UDC *contre l'immigration de masse*. Il est vrai que la poursuite des relations bilatérales à l'heure actuelle est perçue de manière différente.

¹⁶⁷ Communiqué de presse, Berne, 26 juin 2013. (Consulté le 31 mars 2014 : <https://www.news.admin.ch/dokumentation/00002/00015/index.html?lang=fr&msg-id=49450>).

objectifs, il convient d'interpréter et appliquer de manière homogène le droit de l'UE pertinent. Pour ce faire, la suite logique des relations bilatérales Suisse-UE est la conclusion d'un accord-cadre institutionnel.

Les questions institutionnelles se composent de quatre volets principaux :

1. La reprise du droit de l'UE pertinent dans les domaines couverts par les accords d'accès au marché ;
2. L'interprétation des accords ;
3. Le mécanisme surveillance;
4. Le règlement des différends.

Les discussions autour des solutions à apporter à ces quatre questions ont été longues et intenses. En juin 2012, après la consultation des Commissions de politique extérieure du Conseil national et du Conseil des Etats, des cantons et des partenaires sociaux – selon la procédure interne suisse¹⁶⁸ – les premières solutions ont été soumises à la Commission européenne. Sur cette base et non sans critiques¹⁶⁹, des discussions informelles ont été engagées entre le secrétaire d'Etat au DFAE, Yves Rossier et son homologue, le directeur général administratif du Service européen pour l'action extérieure, David O'Sullivan. Trois solutions techniques et assez précises ont été élaborées, dont la troisième a servi de base au mandat de négociation¹⁷⁰ adopté du côté helvétique le 18 décembre 2013.

Le principe de démocratie directe ne devait en aucun cas être sacrifié¹⁷¹, c'est ainsi que toute reprise automatique de l'acquis communautaire a été exclue¹⁷². Pourtant, dans la pratique législative suisse, de nombreuses normes européennes sont reprises de manière unilatérale par la Suisse, de même que les lois adoptées en interne sont soumises à l'examen d'eurocompatibilité. Notons cependant que la possibilité d'un référendum est préservée, notamment contre les actes du droit suisse qui reprennent les dispositions du droit de l'UE.

Il en va de même pour la surveillance de l'application des accords, les autorités nationales devront s'en charger malgré le rôle attribué à la CJUE en matière d'interprétation des accords. En revanche, ni les objectifs, ni le champ d'application des accords existants ne doivent être dénaturés.

Initialement, il a été prévu que les négociations sur les questions institutionnelles seraient menées en parallèle avec plusieurs autres dossiers sectoriels entre la Suisse et l'UE. Or, après la votation du 9 février 2014, la question des relations Suisse-UE se pose bien différemment. Suite à l'acceptation par la majorité du peuple et des cantons de l'initiative de l'UDC *contre l'immigration de masse*, le 9 février 2014, la Suisse a refusé de signer le protocole élargissant l'ALCP à la Croatie, 28^{ème} Etat membre de l'UE. Il a été jugé irrespectueux de la volonté populaire de signer un protocole contraire au nouvel article constitutionnel¹⁷³. Suite à cette décision, l'UE a suspendu la participation de la Suisse aux accords Erasmus+ et Horizon 2020¹⁷⁴. Il a fallu attendre une solution unilatérale de la Suisse pour ne pas discriminer la Croatie pour débloquer les négociations avec l'UE, notamment en matière de l'accord-cadre sur les questions institutionnelles¹⁷⁵.

¹⁶⁸ Article 147 de la Constitution fédérale de la Confédération suisse, RS 101.

¹⁶⁹ *Note for the Attention of the Members of GRI, op. cit.*

¹⁷⁰ Lettre du Conseiller fédéral, Didier Burkhalter au Président de la Conférence des gouvernements cantonaux, Pascal Broulis, au sujet du mandat de négociation du Conseil fédéral sur les questions institutionnelles, *op. cit.*

¹⁷¹ *Ibid.*

¹⁷² Proposition de Christophe Blocher, le 21 octobre 2013, à la Commission de politique extérieure du Conseil national (CPE) au sujet du *Mandat de négociation du Conseil fédéral sur les questions institutionnelles Suisse-UE. Consultations selon l'art. 152, al. 3, LParl.*

¹⁷³ Article 121a de la Constitution: « 1. La Suisse gère de manière autonome l'immigration des étrangers. (...) 4. Aucun traité international contraire au présent article ne sera conclu. »

¹⁷⁴ Nicolas DUFOUR, « Ces précieux fonds de recherche européens », *Le Temps*, 25 février 2014. (Consulté le 31 mai 2014: http://www.letemps.ch/Page/Uuid/47298ade-9d85-11e3-b841-c502a4f05b8b/Ces_pr%C3%A9cieux_fonds_de_recherche_europ%C3%A9ens).

¹⁷⁵ Déclaration du Conseil fédéral concernant la non-discrimination des citoyens croates. Consulté le 11 mai 2014 : <http://www.news.admin.ch/NSBSubscriber/message/attachments/34639.pdf>, *op. cit.*

1. « Pourquoi agir maintenant ? »

La voie bilatérale n'a pas connu d'avancées majeures au cours des dernières années. Le droit de l'UE en matière du marché intérieur évolue sans que la Suisse soit tenue de le reprendre de manière systématique. Le risque est de perdre l'attractivité du pays et créer de l'insécurité juridique à cause du caractère statique des accords bilatéraux existants. L'érosion des accords contractés au fil des années pourrait remettre en question tout l'édifice des bilatérales. Ainsi, afin d'assurer la prospérité et la stabilité du pays¹⁷⁶, il faut rénover la voie bilatérale¹⁷⁷.

2. La procédure en cours

Depuis le début de l'année 2012, les négociations sur les solutions institutionnelles ont débuté par un constat que les deux parties, la Suisse et l'UE, ont des visions parfaitement contradictoires. Ensuite, au printemps de la même année, la Suisse décide de soumettre ses propositions de règlement des questions institutionnelles à l'UE. Consciente de l'échec, le Conseil fédéral a envie de débloquent la situation. La situation a en effet été débloquée. Des pistes dites techniques pour un futur mandat de négociation ont été délimitées par la Suisse et l'UE de manière conjointe. Ces trois options sont les suivantes :

1. Le rattachement aux institutions de l'EEE (l'autorité de surveillance AELE et la Cour de justice AELE). L'inconvénient majeur d'une telle solution est qu'un tribunal supranational, la Cour de justice de l'AELE, aurait la possibilité de condamner la Suisse pour le non-respect des accords bilatéraux contractés avec l'UE ; par contre il ne pourra pas condamner l'UE, ses jugements n'ayant pas force exécutoire au sein de l'UE.

2. La création de nouvelles institutions communes : une autorité de surveillance et une Cour de justice communes. Cette solution a été jugée lourde et coûteuse. Elle ne résout pas non plus le problème soulevé dans le premier cas de figure, à savoir le caractère unilatéral des jugements qui seraient rendus par cette Cour commune: la Suisse sera liée par ceux-ci, mais pas l'UE. Seule la CJUE est compétente pour connaître de l'interprétation du droit communautaire dans l'ordre juridique de l'UE.

3. Une autre option a été retenue par le Conseil fédéral. Cette option ne prévoit pas la création de nouvelles institutions nationales ou supranationales. Or, on accorde un rôle particulier à la CJUE qui aura la faculté de donner des avis interprétatifs à la demande d'une des deux parties. Sauf si, en vertu de l'article 218 § 11 du TFUE, la CJUE estime qu'il lui est impossible de donner des avis interprétatifs dans le contexte des accords bilatéraux compte tenu de son interprétation téléologique du droit de l'UE. Mais dans un tel contexte, il reviendrait à l'UE de proposer une solution alternative et non plus à la Suisse.

3. Quelles solutions institutionnelles ?

Lors de la conférence de presse du 26 juin 2013, Didier Burkhalter explicite pour la première fois et de manière détaillée les nouvelles propositions suisses sur les solutions institutionnelles tout en les comparant avec celles soumises à la Commission en juin 2012¹⁷⁸.

¹⁷⁶ Conférence de presse du Conseil fédéral, 26 juin 2013. (Consulté le 1^{er} avril 2014 : http://www.tv.admin.ch/fr/archiv?video_id=568).

¹⁷⁷ *Rapport du Conseil fédéral sur l'évaluation de la politique européenne de la Suisse*, FF 2010 6615, 17 septembre 2010, 6617-6618. (Consulté le 29 mai 2014 : <http://www.admin.ch/opc/fr/federal-gazette/2010/6615.pdf>).

¹⁷⁸ Speaking points du Conseiller fédéral Didier Burkhalter, 26 juin 2013 (Consulté le 1^{er} avril 2014 : <http://www.news.admin.ch/NSBSubscriber/message/attachments/31210.pdf>).

a. La reprise du droit de l'UE

En 2012, il a été proposé de reprendre le droit de l'UE pertinent de manière *dynamique* et non *automatique* dans le but de préserver la démocratie directe helvétique et notamment le droit de référendum. L'adjectif *dynamique* veut que l'acquis communautaire pertinent soit repris en Suisse le plus vite possible. La participation de la Suisse à l'élaboration du droit dans les domaines couverts par les accords a été notamment soulevée en 2012 ainsi que la problématique de la prise en compte de la jurisprudence de la CJUE. Pour ce dernier point, c'est déjà le cas, le TF en tient compte afin d'éviter au maximum d'éventuels problèmes d'interprétation. Par exemple, lorsque le législateur suisse adopte des mesures du droit interne, il essaye de les rendre *eurocompatibles*¹⁷⁹. L'objectif *d'eurocompatibilité* ne peut être pleinement atteint que lorsque les dispositions du droit suisse sont interprétées à la lumière du droit de l'UE correspondant.

« Le droit de l'UE ne déploie aucun effet direct et contraignant sur le droit suisse. Toutefois, [...] dans le cadre de la procédure d'adaptation autonome au droit européen [...], l'ordre juridique de l'UE 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 rapprochement¹⁸⁰ ».

En somme, pour ce qui concerne la reprise du droit, la position du Conseil fédéral n'a pas changé par rapport à 2012, mis à part le champ d'application de l'accord-cadre institutionnel. En effet, la reprise se fera de manière *dynamique* sans remettre en question les procédures internes suisses propres à la démocratie directe. La Suisse, comme souhaité, pourra participer à l'élaboration du droit, mais ne pourra pas participer à la codécision. Pour ce qui est du champ d'application, d'importantes concessions ont été faites par la Suisse : l'accord-cadre institutionnel ne concernera plus uniquement les accords futurs d'accès au marché – comme il a été proposé en 2012 – mais s'appliquera à tous les accords sectoriels d'accès au marché définis nominativement dans l'accord-cadre, sans pour autant changer leur nature initiale.

b. La surveillance de l'application des accords

Dans les propositions institutionnelles suisses de 2012, il a été question d'instituer une nouvelle « autorité nationale de surveillance indépendante ». Dans le mandat de négociation actuel, il n'est pas question de création d'une nouvelle autorité nationale ou supranationale de surveillance. Par contre, dans le document de travail Rossier/O'Sullivan, il est clairement dit que la Commission supervise l'application des accords Suisse-UE. Il est également prévu une possibilité pour la Commission de saisir la CJUE. Or, l'avis de la CJUE n'aurait pas force exécutoire, ce qui permettrait à la Suisse d'éviter la procédure douloureuse du recours en manquement¹⁸¹ qui existe au sein de l'UE.

c. L'interprétation du droit et le règlement des différends

Les Comités mixtes gardent leurs compétences en cas de différends entre les deux parties. Par contre, il y aurait désormais la possibilité de saisine de la CJUE pour « un avis interprétatif contraignant » du droit de l'UE repris par la Suisse et applicable dans le cadre d'un accord bilatéral Suisse-UE d'accès au marché. Ensuite, en se basant sur cette interprétation, il appartiendrait au Comité mixte de trouver une solution politique au différend en question. Ainsi, la CJUE ne peut-elle pas condamner la Suisse, contrairement aux deux autres options du « non-paper » Rossier/O'Sullivan, elle donne uniquement l'interprétation du droit de l'UE. De plus, la CJUE ne pourra se prononcer, dans le cas concret des

¹⁷⁹ Rapport sur l'intégration 1999 du Conseil fédéral, FF 1999 3600, 3634.

¹⁸⁰ ATF 129 III 335, cons. 6, traduction (JTD 2003, II, 75).

¹⁸¹ Article 259 du TFUE.

accords bilatéraux entre la Suisse et l'UE, que sur les dispositions du droit de l'UE relevant des accords bilatéraux d'accès au marché intérieur de l'UE. La possibilité de saisir la CJUE d'un avis interprétatif est tout à fait originale. Premièrement, cet avis interprétatif serait contraignant puisque la seule solution possible en cas de son non-respect est l'adoption de mesures de compensation qui ne règlent pas le différend en tant que tel. Il convient de rappeler que l'interprétation donnée par la CJUE ne règle pas le litige sur le fond, mais laisse une marge de manœuvre considérable au Comité mixte. Deuxièmement, la CJUE de l'UE, dont l'avis sera certainement demandé en vertu de l'article 218 § 11 pour cette fonction tout à fait nouvelle et particulière, n'acceptera pas l'idée que son jugement puisse avoir un caractère non contraignant. Enfin, le problème n'est pas de savoir quelle institution, supranationale ou nationale helvétique, juridique ou politique, sera compétente pour décider en dernier ressort, mais comment le faire accepter d'un côté par la population helvétique et de l'autre par les 28 Etats membres. En effet, et on l'a bien vu, la même chose peut être présentée de deux manières tout à fait différentes selon l'avantage que l'on pourrait en tirer. Il convient de souligner que le terme « avis interprétatif contraignant » ne figure pas en tant que tel dans le document du travail Rossier/O'Sullivan. Dans ce dernier, il est clairement dit que les « jugements » et « arrêts » de la CJUE sont contraignants.

De plus, et il est intéressant de le relever, « en cas de procédure initiée par un citoyen ou une entreprise devant les tribunaux suisses, c'est le TF qui serait compétent en dernier ressort, mais il lui serait possible, là aussi, de demander un avis interprétatif à la CJUE avant de trancher¹⁸² ». La question se pose de savoir, si les tribunaux suisses de dernière instance seraient amenés à poser une question d'interprétation à la CJUE ? La procédure classique qui existe déjà au sein des Etats membres de l'UE¹⁸³ serait-elle applicable ? Si oui, les tribunaux de dernière instance auront-ils l'obligation ou la faculté de poser cette question préjudicielle en Suisse¹⁸⁴ ?

d. Les lignes rouges

Tout en ayant à l'esprit le risque que l'application du droit de l'UE et notamment l'interprétation de celui-ci par la CJUE n'aille « au-delà de ce que la Suisse veut », le Conseil fédéral a décidé de poser un certain nombre de « lignes rouges » à ne pas franchir dans le processus de négociations avec l'UE. Il a été prévu à la base de ne surtout pas changer les modalités d'application de l'accord sur la libre circulation des personnes et notamment de ne pas reprendre la directive sur la citoyenneté européenne. Il en va de même pour la jurisprudence développée par la CJUE dans le domaine de l'application de la directive sur les travailleurs détachés. Le Conseil fédéral tient également à préserver les mesures d'accompagnement existantes et futures à la libre circulation des personnes.

La stratégie européenne du Conseil fédéral à moyen terme décidée et annoncée en juin 2013, voulait que les négociations autour des principaux dossiers sectoriels soient menées en parallèle avec celles sur l'accord-cadre institutionnel. Or, actuellement, l'interrogation sur la nature et la forme même que prendront les relations bilatérales entre la Suisse et l'UE est tout à fait différente¹⁸⁵, notamment du côté helvétique¹⁸⁶. En effet, après la votation populaire du 9 février 2014, les relations bilatérales entre la Suisse et l'UE sont menacées. En cas de dénonciation par la Suisse de l'ALCP, c'est tout le paquet des Bilatérales 1 qui pourra être remis en question. De plus, il est fort probable que d'autres initiatives

¹⁸² *Speaking points* du Conseiller fédéral Didier Burkhalter, *op. cit.*

¹⁸³ Article 267 du TFUE.

¹⁸⁴ François MODOUX, « Berne et Bruxelles veulent panser les plaies du 9 février », *Le Temps*, 4 avril 2014. (Consulté le 26 mai 2014 : http://www.letemps.ch/Page/Uuid/efb14b20-bb1b-11e3-9be1-71d9c14444a5/Berne_et_Bruxelles_veulent_panser_les_plaies_du_9février).

¹⁸⁵ Jean RUSSOTTO, « Suisse-UE : la quadrature du cercle », *Le Temps*, 30 mai 2014.

¹⁸⁶ René SCHWOK, « Ni « Auberge espagnole », ni « Poupées russes » », *Le Temps*, 4 avril 2014. (Consulté le 26 mai 2014 : http://www.letemps.ch/Page/Uuid/328f46d6-bb3f-11e3-9be1-71d9c14444a5/Ni_Auberge_espagnole_ni_Poupées_russes).

populaires viennent perturber les relations déjà fragiles entre la Suisse et l'UE, notamment pour ce qui est de la primauté du droit suisse sur les accords internationaux¹⁸⁷.

¹⁸⁷ *La primauté de la Constitution fédérale sur le droit international : une condition à toute discussion*, sur le site officiel de l'UDC, 12 août 2013. (Consulté le 20 juin 2014 : <http://www.udc.ch/actualites/assemblees/la-primaute-de-la-constitution-federale-sur-le-droit-international-une-condition-a-toute-discussion/>).

CHAPITRE IV

Les critiques adressées au mandat de négociations du Conseil fédéral sur les questions institutionnelles Suisse-UE

« La question qui se pose en Suisse est comment concilier les trois valeurs parfois inconciliables : démocratie directe, Etat de droit et intégration dans un monde globalisé », affirme Monsieur Felix Gutzwiller, Président de la Commission de politique extérieure du Conseil des Etats, dans l'interview donné à Monsieur Yves Petignat¹⁸⁸.

Dans ce Chapitre, nous allons analyser les différentes critiques et commentaires adressés au mandat de négociation du Conseil fédéral sur les questions institutionnelles entre la Suisse et l'UE par des personnes compétentes connaissant les subtilités du dossier. Nous allons interroger en premier lieu des professeurs de droit, des hommes politiques et des experts dans le but d'apporter des réponses et solutions créatives à de nombreuses questions juridiques suscitées par le mandat de négociation du Conseil fédéral. Même si notre analyse devrait se baser sur des interrogations juridiques, nous ne pouvons pas échapper aux appréciations politiques dans le contexte actuel délicat des relations Suisse-UE.

Basé sur la troisième solution proposée dans le papier Rossier/O'Sullivan, le mandat de négociation sur les questions institutionnelles a déjà été adopté en Suisse et dans l'UE. Le secrétaire d'Etat au Département fédéral des affaires étrangères, Monsieur Yves Rossier, reste confiant et ne pense pas qu'il y aurait des changements ou des exigences supplémentaires dans le dossier institutionnel du côté européen, vu la situation délicate des relations Suisse-UE¹⁸⁹. Il est important de rappeler que l'accord-cadre sur les questions institutionnelles est la clé pour l'accès de la Suisse au marché intérieur de l'UE. C'est pour cette raison, que Monsieur Jean Russotto, Avocat chez Steptoe & Johnson LLP à Bruxelles, considère l'accord sur le volet institutionnel comme un encadrement nécessaire à tous les accords bilatéraux d'accès au marché intérieur¹⁹⁰.

Monsieur Robert Mosters, Maître de conférences à l'Université de Fribourg, souligne le contexte particulier de l'accord-cadre sur les questions institutionnelles entre la Suisse et l'UE. En effet, il s'agit d'un accord de droit international classique mais en interaction directe avec l'ordre juridique communautaire à nature particulière¹⁹¹. L'accord d'association sur les questions institutionnelles entre la Suisse et l'UE sera un accord de droit international, il n'y aura pas de transfert de compétences à des institutions supranationales, comme c'est le cas dans l'UE. A cet effet, il convient de se référer à l'avis 1/91 de la Cour de justice sur l'EEE :

« L'identité des termes des dispositions de l'accord et des dispositions communautaires correspondantes ne signifie pas qu'elles doivent nécessairement être interprétées de façon identique. En effet, un traité international doit être interprété non pas uniquement en fonction des termes dans lesquels il est rédigé, mais également à la lumière de ses objectifs. L'article 31 de la convention de Vienne sur le droit des traités du 23 mai 1969 précise, à cet égard, qu'un traité doit être interprété de bonne foi, suivant le sens ordinaire à attribuer à ses termes dans leur contexte, et à la lumière de son objet et de son but¹⁹² ».

¹⁸⁸ « Il faudra reposer la question des Bilatérales ! », dans : *Le Temps*, 1^{er} mars 2014. (Consulté le 27 avril 2014 : http://www.letemps.ch/Facet/print/Uuid/f21f5080-a09c-11e3-b35a-c0afa834318c/Il_faudra_reposer_la_question_des_bilatérales).

¹⁸⁹ Entretien avec Yves Rossier, Secrétaire d'Etat au Département fédéral des affaires étrangères, 4 avril 2014.

¹⁹⁰ Jean RUSSOTTO, « Quelles conséquences sur l'attractivité économique de la Suisse », Conférence « Quel avenir européen pour la Suisse ? », 4 avril 2014, Genève. (Consulté le 9 avril 2014 : <http://www.unige.ch/formcont/savoirencontinuu/actuel.html>).

¹⁹¹ Entretien avec Robert Mosters, Maître de conférences à l'Institut de droit européen de l'Université de Fribourg, 22 avril 2014.

¹⁹² CJCE, avis 1/91, *op. cit.*, p. I-6101.

Les objectifs des accords bilatéraux Suisse-UE, bien qu'ils soient assez proches, ne sont tout de même pas identiques à ceux poursuivis au sein de l'UE.

Ainsi, nous allons diviser ce chapitre en plusieurs parties en fonction de solutions juridiques et institutionnelles proposées par le Conseil fédéral dans son mandat de négociation sur les questions institutionnelles adoptée le 18 décembre 2013 afin d'identifier les différentes critiques et commentaires qui y ont été adressés. Dans une première partie nous verrons les nuances d'une application dite *dynamique* du droit de l'UE pertinent ainsi que des questions relatives à son champ d'application (I). Dans une deuxième partie, nous nous interrogerons sur le mécanisme d'interprétation du droit et de règlement des différends, ainsi que sur le rôle particulier attribué à la CJUE via son « avis interprétatif contraignant » (II). Dans une troisième partie, nous nous pencherons sur le mécanisme de surveillance des accords (III). Ensuite, nous serons amenés à voir de plus près une éventuelle alternative aux solutions institutionnelles retenues, l'EEE (IV), pour finalement essayer de voir la position de Bruxelles vis-à-vis des solutions institutionnelles avec la Suisse (V).

I. Le champ d'application élargi et la reprise dynamique indispensables

La Suisse devra reprendre l'acquis communautaire dans les domaines du marché intérieur. De fait, selon le Professeur Nicolas Levrat, la Suisse le fait déjà mais ne qualifie tout simplement pas ce procédé de reprise *automatique* ou *dynamique* mais de *suivi autonome*. « Pourquoi le faisons-nous déjà ? Parce que la nature de nos accords bilatéraux l'impose. Un accord de droit international classique crée un régime juridique nouveau, lequel se situe soit en droit international, soit renvoie au droit de chacune des parties. Nos accords bilatéraux avec l'UE ne créent pas un droit international au contenu original, ni ne renvoient au droit suisse. Ils renvoient au droit de l'UE¹⁹³ ». Actuellement, le problème qui existe avec les accords bilatéraux conclus avec la Suisse, c'est qu'ils ont un caractère statique et renvoient au droit de l'UE en vigueur au moment de la conclusion des accords. Ceci crée de l'insécurité juridique pour des opérateurs économiques puisque le droit de l'UE évolue constamment. D'où la nécessité de reprendre le droit de l'UE de manière *dynamique*, comme c'est le cas déjà de l'accord sur le transport aérien et de l'accord Schengen/Dublin.

Ceci dit, le Professeur Levrat affirme qu'il n'est pas nécessaire pour la Suisse de reprendre l'évolution du droit de l'UE de manière *automatique*. La Suisse n'est pas membre de l'UE et peut ainsi négocier un mécanisme particulier de reprise du droit « pour autant que l'effet juridique *in fine* puisse être équivalent ». Tout en préservant les mécanismes de la démocratie directe, la Suisse pourrait continuer à pratiquer une *adaptation autonome* avec une possibilité laissée à l'UE d'appliquer des mesures de sauvegarde en cas de non-respect des obligations par la Suisse, décidées dans le cadre d'un arbitrage. Tout ceci n'empêche pas la Suisse entre-temps de chercher des solutions alternatives pour remplir ses obligations vis-à-vis de l'UE.

A. Le champ d'application de l'accord-cadre institutionnel

L'accord-cadre institutionnel devrait s'appliquer à tous les accords déjà conclus et futurs d'accès au marché intérieur. Les accords déjà existants qui se verraient appliquer le nouveau mécanisme institutionnel devraient être énumérés dans l'accord-cadre institutionnel. Mais comment définir les accords futurs d'accès au marché ? Le Professeur Nicolas Levrat¹⁹⁴ propose imaginer une clause-type à intégrer dans ces accords qui leur donnerait la qualification d'accord d'accès au marché avec la reprise *dynamique* du droit y relatif.

¹⁹³ Nicolas LEVRAT, « Suisse-Europe : pourquoi la peur du « juge étranger » est inutile », *Le Temps*, 3 juillet 2013. (Consulté le 26 mai 2014 : http://www.letemps.ch/Page/Uuid/e1d11d72-e34a-11e2-af76-79a347447b8f/Suisse-Europe_pourquoi_la_peur_du_juge_etranger_est_inutile).

¹⁹⁴ Entretien avec le Professeur Nicolas LEVRAT, Directeur du Global Studies Institute de l'Université de Genève, 13 mars 2014.

La question du champ d'application du futur accord-cadre institutionnel intéresse tout particulièrement Monsieur Alexis Lautenberg, Président du Swiss Finance Council et ancien Ambassadeur de Suisse à Bruxelles. En effet, il est important de savoir si la reprise dynamique « inévitable » qui vaudrait pour tous les accords d'accès au marché existants et futurs s'appliquerait de manière rétroactive¹⁹⁵. Or, la Suisse insiste que cette reprise dynamique de l'acquis pertinent ne doit se faire que pour les accords futurs entre la Suisse et l'UE. Il convient de préciser que l'une des lignes rouges du Conseil fédéral est de ne pas dénaturer les accords bilatéraux déjà en vigueur. Par conséquent, toute la reprise de l'acquis pertinent devrait se faire après la conclusion de l'accord-cadre sur les questions institutionnelles entre la Suisse et l'UE pour les accords d'accès au marché. Il serait intéressant de voir quel compromis résultera des négociations sur les questions institutionnelles Suisse-UE.

B. La reprise dynamique et le respect des procédures internes helvétiques

L'adaptation *dynamique* du droit de l'UE existe déjà pour deux accords bilatéraux entre la Suisse et l'UE : l'accord sur le transport aérien et l'accord Schengen/Dublin. La reprise dite *automatique* et dont l'idée a été tout de suite rejetée par la Suisse, suppose que la reprise du droit de l'UE se ferait sans passer par la procédure interne helvétique. Or, selon le Professeur Nicolas Levrat, il serait possible d'imaginer une procédure interne aussi *automatique* que possible, mais qui resterait dans tous les cas conciliable avec les mécanismes de la démocratie directe. Il convient de noter que, de fait, nombreuses sont les dispositions du droit dérivé de l'UE qui ont une nature purement technique et qui ne devraient donc pas être soumises au référendum.

La Professeure Christa Tobler estime également que la reprise *dynamique* de l'acquis communautaire est indispensable faisant même parfois abstraction des *lignes rouges* fixées par le Conseil fédéral, notamment le refus de reprendre la directive sur la citoyenneté européenne 2004/38¹⁹⁶. Il convient de rappeler à cet effet que ladite directive ne trouve pas son entière application dans les Etats membres de l'EEE. En effet, L'Islande, la Norvège et le Liechtenstein n'étaient pas très « enthousiastes » à l'idée d'incorporation dans leurs ordres juridiques respectifs de la directive sur la citoyenneté européenne¹⁹⁷. Pour cette raison, la directive 2004/38 a été tout de même transposée, mais accompagnée d'une décision du Comité mixte de l'EEE 158/2007 du 7 décembre 2007 contenant quelques réserves : le concept de « citoyenneté européenne » n'y figure plus et la politique d'immigration ne fait pas partie de l'accord¹⁹⁸. De plus, cette décision a été accompagnée d'une « déclaration commune des parties contractantes concernant la décision No 158/2007 du Comité mixte de l'EEE intégrant la directive 2004/38/CE du Parlement européen et du Conseil dans l'accord » :

« Le concept de citoyenneté de l'Union établi par le traité de Maastricht [...] n'a pas d'équivalent dans l'accord EEE. L'intégration de la directive 2004/38/CE dans l'accord EEE n'affecte pas l'appréciation de l'intérêt pour l'EEE que présenteront les futurs actes législatifs de l'UE et la jurisprudence future de la Cour européenne de justice reposant sur le concept de citoyenneté de l'Union. L'accord EEE n'établit pas de base juridique régissant les droits politiques des ressortissants de l'EEE ».

En partant du principe que ni l'Islande, ni la Norvège, ni le Liechtenstein, ni la Suisse ne sont membres de l'UE et, à la lumière des réserves adaptées dans certains cas, la Professeure Tobler

¹⁹⁵ Entretien avec Alexis Lautenberg, Président du Swiss Finance Council, Ancien Ambassadeur de Suisse à Bruxelles, 4 avril 2014.

¹⁹⁶ Entretien avec la Professeure Christa Tobler, Europainstitut der Universität Basel – Institute for European Global Studies, 4 avril 2014.

¹⁹⁷ TOBLER Christa, «Bakers Are(n't) Welcome (Jan Anfinn Wahl c. / The Icelandic State, EFTA Court, Judgment of 22 July 2013, E-15/12)», *European Law Reporter*, No 9, Septembre, 2013.

¹⁹⁸ Décision du Comité mixte de l'EEE No 158/2007 du 7 décembre 2007 modifiant l'annexe V (Libre circulation des travailleurs) et l'annexe VIII (Droit d'établissement) de l'Accord EEE. (Consulté le 13 avril 2014 : <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2008:124:0020:0023:FR:PDF>).

constate que l'on assiste à l'application du *Principe Polydor* à l'EEE et pourquoi pas à la Suisse¹⁹⁹. En vertu de ce principe, les accords conclus entre l'UE d'un côté et les Etats tiers de l'autre ne doivent pas être interprétés de manière identique au sein même de l'ordre juridique de l'UE et en dehors de ce dernier. Même si les dispositions sont similaires et parfois identiques, la différence de contexte peut conduire à des interprétations distinctes. Dans le cas d'espèce, la CJCE a statué : « [...] les instruments dont dispose la Communauté pour parvenir, à l'intérieur du marché commun, à l'application uniforme du droit communautaire et à l'abolition progressive des disparités législatives, ne trouvent pas d'équivalent dans le cadre des relations entre la Communauté et le Portugal ».

Ce principe pourrait trouver son entière application dans les relations bilatérales entre la Suisse et l'UE. Ainsi, la fameuse directive sur la citoyenneté européenne pourrait avoir des interprétations différentes selon qu'il s'agit de l'ordre juridique de l'UE, de celui de l'EEE ou bien des accords bilatéraux Suisse-UE. En effet, la Suisse pourrait être amenée à adapter la directive sur la citoyenneté européenne tout en adoptant des réserves comme dans le cadre de l'EEE²⁰⁰. Ainsi, l'approche sectorielle à la carte choisie par la Suisse dans ses relations avec l'UE pourrait également se refléter dans une reprise *dynamique* et propre à la Suisse de l'acquis pertinent.

II. L'interprétation du droit et le mécanisme du règlement des différends avec une CJUE omniprésente

Le problème majeur de l'architecture institutionnelle retenue par le Conseil fédéral, à savoir la possibilité de demander un avis interprétatif à la CJUE, réside dans le fait que la perception suisse et celle de l'UE sont totalement différentes à l'égard de cette solution. Afin de remédier à cette différence de perception du côté suisse et celui de l'UE, il convient de se pencher plus en détails sur les « principes généraux » applicables au futur accord-cadre sur les questions institutionnelles²⁰¹. Premièrement, il s'agit de l'objectif d'assurer l'homogénéité juridique en matière des règles applicables au marché intérieur à travers l'adaptation dynamique par la Suisse de l'acquis communautaire pertinent. Il ressort du document que l'importance majeure est dans « l'application simultanée de l'acquis dans l'UE et en Suisse ». A l'image de l'accord sur l'EEE, les exigences constitutionnelles des parties seraient respectées. A cet effet, il y a une précision majeure dans le document du travail Rossier/O'Sullivan que, selon les propos de Monsieur Didier Burkhalter lors de la conférence de presse du 26 juin 2013, la Suisse n'est pas prête à accepter :

« Si le Comité mixte ne parvient pas à se mettre d'accord sur la reprise intégrale d'un nouvel acte de l'acquis ou sur toute autre mesure apte à garantir le bon fonctionnement de l'accord, l'application de l'accord ou de la partie de l'accord concernée sera suspendue en attendant que le Comité mixte trouve une solution ».

En vertu des articles 111 et 102 du Traité sur l'EEE, il est en effet prévu une suspension automatique de l'accord ou d'une partie de l'accord dans le cas où il serait impossible d'assurer une application simultanée sur les territoires respectifs des parties contractantes de l'acquis pertinent de l'UE.

Cet élément est très important puisque l'adaptation *dynamique* et non *automatique* permet le respect de la *souveraineté formelle*²⁰² de la Suisse (« les exigences constitutionnelles des parties seraient prises en compte »), tandis que la *souveraineté matérielle*²⁰³ devrait être consacrée par la Suisse, étant donné qu'il

¹⁹⁹ CJCE, 9 février 1982, *Polydor*, *op. cit.*

²⁰⁰ Christa TOBLER, « Die flankierenden Massnahmen der Schweiz in einem erneuerten System des bilateralen Rechts », *op. cit.*

²⁰¹ *Non-paper. Eléments de discussion sur les questions institutionnelles entre l'Union européenne et la Confédération helvétique*, David O'Sullivan, *op. cit.*

²⁰² L'Etat est formellement souverain dans le sens qu'il a la faculté par la voie conventionnelle de réduire, partager ou transférer ses compétences, y compris celles relatives à l'exercice des conditions essentielles de la souveraineté. Michèle BACOT-DECRIAUD, Jean-Paul JOUBERT, Marie-Claude PLANTIN, *La sécurité internationale d'un siècle à l'autre*, Paris, L'Harmattan, 2001.

²⁰³ La souveraineté correspond aussi à une définition matérielle, c'est à dire à un noyau de pouvoirs disponibles. Formellement, les Etats européens sont souverains : c'est librement qu'ils ont transféré leurs compétences à la Communauté européenne. Mais matériellement, ces Etats perdent leur souveraineté : le transfert des

faudra aboutir à un résultat satisfaisant pour les deux parties : l'application simultanée de l'acquis pertinent pour les parties contractantes, la suspension automatique de l'accord jusqu'à une nouvelle solution ou décision sur l'équivalence des législations. Il s'agit là du modèle de l'EEE : de manière formelle l'adaptation dynamique de l'acquis permet de respecter la souveraineté du Norvège, de l'Islande et du Liechtenstein, tandis que matériellement il sont obligés d'aboutir à un résultat commun avec l'UE. La reprise *dynamique* devrait fonctionner selon le principe de double notification, l'UE notifie d'abord un nouvel acte dérivé et la Suisse, à son tour, notifie à l'UE l'application de cet acte. La reprise *dynamique* de l'acquis communautaire nécessite donc l'intervention de la partie contractante en tout respect de ses règles internes.

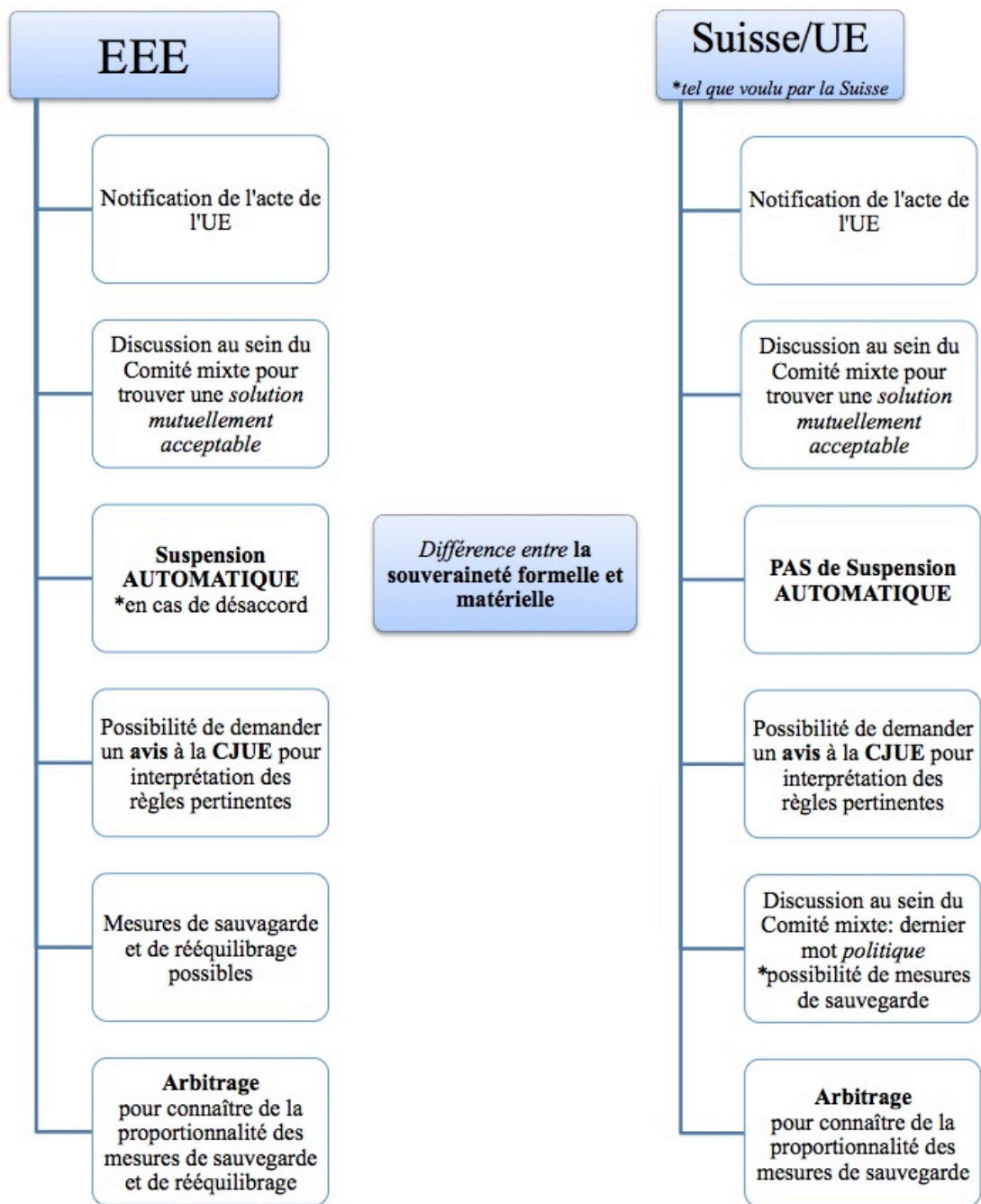
Ainsi, en vue d'assurer l'homogénéité juridique, il est important que l'acquis communautaire soit adapté de manière simultanée sur les territoires des deux parties contractantes, comme c'est le cas dans l'EEE²⁰⁴ et dans l'accord sur la sécurité douanière entre la Suisse et l'UE²⁰⁵. Dans ce contexte, la Suisse devrait consacrer sa *souveraineté matérielle* afin de répondre à l'objectif d'homogénéité. En revanche, les solutions institutionnelles telles que présentées par Monsieur Didier Burkhalter, préserveraient aussi bien formellement que matériellement la souveraineté helvétique²⁰⁶. Cela se présente ainsi selon notre schéma :

compétences atteint une telle importance quantitative et qualitative que le contenu de la souveraineté, c'est-à-dire la définition matérielle des pouvoirs disponibles tend à disparaître. Michèle BACOT-DECRIAUD, Jean-Paul JOUBERT, Marie-Claude PLANTIN, *La sécurité internationale d'un siècle à l'autre, op. cit.*

²⁰⁴ Article 102 de l'accord sur l'EEE.

²⁰⁵ Article 29 de l'Accord sur la facilitation et la sécurité douanière.

²⁰⁶ Entretien avec Ulrich Trautmann, Premier Conseiller aux affaires commerciales et économiques de la Délégation de l'Union européenne en Suisse et pour la Principauté de Liechtenstein, le 29 avril 2014, Berne.



A. L'avis interprétatif contraignant de la CJUE n'ayant pas force exécutoire

La première question qui vient à l'esprit concernant l'avis interprétatif de la CJUE est celle de savoir s'il sera finalement contraignant? « La CJUE dit certainement le droit », selon Monsieur Yves Rossier, « mais ce n'est pas la question ». « Ce n'est pas une recommandation, c'est un avis et l'instrument de l'avis existe aussi au sein de l'Union. C'est-à-dire, vous avez une divergence qui porte sur l'interprétation de l'acquis et vous demandez au seul Tribunal qui est en mesure de donner une interprétation de l'acquis, c'est la CJUE, il n'y en a aucun autre, même le Tribunal fédéral le sait. A partir du moment où vous avez la réponse de l'Union, la question est de savoir ce que vous faites? Vous le décidez au sein du Comité mixte en ayant une claire réponse de ce que dit l'acquis en question et comment il faut l'interpréter. S'il n'y a vraiment aucune manière de se mettre d'accord,

dans le cadre de l'avis donné par la Cour, des mesures de compensation, voire la suspension totale de l'accord, sont prévues²⁰⁷ ». Une autre procédure figurerait également dans le mandat de négociation du Conseil fédéral, celle de l'arbitrage pour connaître de la proportionnalité des mesures de compensation à l'image de la procédure analogue qui existe dans le cadre de l'EEE, selon Monsieur Jean Russotto²⁰⁸. En revanche, Monsieur Yves Rossier, ne dit rien sur cette possibilité, les négociations n'ayant pas encore porté sur cette question particulièrement.

Le mandat de négociation du côté de l'UE serait encore « ouvert » sur le mécanisme du recours à l'avis interprétatif de la CJUE puisque dans le cas de la non-acceptation de l'avis de la CJUE, la Suisse met l'UE dans une situation difficile. Dans ce cas de figure, il y a une obligation presque automatique de dénoncer l'accord ou une partie de l'accord à défaut de mettre les justiciables dans la situation du vide juridique. La Suisse insiste sur une prise de décision politique en dernier ressort, alors que le principe-même du système institutionnel est basé sur le recours à la Cour. Si, et ce serait l'idéal selon Monsieur Jean Russotto, les deux parties trouvaient une solution en vertu de laquelle il faudrait obligatoirement respecter l'avis de la CJUE, cela ne passerait pas en Suisse au moment de la votation populaire²⁰⁹.

Président de la Commission de politique extérieure du Conseil national, Monsieur Carlo Sommaruga, ne croit pas que la 3^{ème} solution du document du travail Rossier/O'Sullivan laisse une marge politique au Comité mixte. La seule question qui pourrait se poser si on ne peut pas avoir recours à la cour de l'AELE ? Dans la 3^{ème} solution, on propose de demander un avis à la CJUE et ensuite le Comité mixte, ou même les instances purement nationales – le TF ou le CF – décident comment appliquer l'avis consultatif de la CJUE. Le problème est dans le fait que si les décisions de la CJUE sont contraignantes pour les Etats membres et l'avis interprétatif ne l'était pas pour la Suisse, ce serait difficilement acceptable par la CJUE. On voit mal comment la Suisse pourrait dire non à l'avis de la CJUE²¹⁰. Notons tout de même que le droit de l'UE en tant que tel n'est applicable qu'au sein même de l'UE et dans l'ordre juridique des Etats membres. La Suisse n'est pas membre de l'UE. Les juridictions suisses pourraient cependant saisir la CJUE pour connaître de l'interprétation des règles du droit relevant des accords bilatéraux. Mais, c'est aux juridictions suisses qu'il reviendrait de statuer sur le fond du litige avec ou sans interprétation de la CJUE. L'idée que le Comité mixte serait compétent pour demander l'avis interprétatif à la CJUE est assez délicate : premièrement, la Suisse n'est pas membre de l'UE, deuxièmement, même au sein des Etats membres de l'UE, ce sont les juridictions qui peuvent saisir la CJUE d'un avis préjudiciel.

Selon le Professeur Thomas Cottier, la possibilité de soumettre une question d'interprétation du droit de l'UE existe également au sein de l'EEE. En effet, au Comité mixte de l'EEE, « les parties contractantes parties au différend » peuvent, ensemble, demander l'interprétation d'une règle de droit de l'UE à la CJUE. Mais on n'a pas encore eu recours à ce mécanisme puisque toutes les questions sont réglées de manière politique. Si on se réfère à ce mécanisme de l'EEE comme exemple pour la Suisse, ni le TF, ni les Tribunaux ordinaires n'auraient la possibilité de saisir la CJUE (ce qui au fond aurait apporté beaucoup plus, du point de vue juridique, que ce mécanisme qui ne sera jamais utilisé). Deuxièmement, et il est important de le souligner, la CJUE a une perception des relations Suisse-UE basée sur l'idée que c'est un système d'accords nettement différent du marché intérieur, tandis qu'en Suisse la logique qui prévaut est celle de l'alignement sur le marché intérieur. Il y a ainsi une différence de perception fondamentale. Dans ce contexte, on ne sait pas vraiment dans quelle mesure le recours à la CJUE aura des avantages pour la Suisse²¹¹.

²⁰⁷ Entretien avec Yves Rossier, Secrétaire d'Etat au Département fédéral des affaires étrangères, *op. cit.*

²⁰⁸ Entretien avec Jean Russotto, Avocat chez Steptoe & Johnson LLP, Bruxelles, 4 avril 2014.

²⁰⁹ *Ibid.*

²¹⁰ Entretien avec Carlo Sommaruga, Président de la Commission de politique extérieure du Conseil national, le 11 avril 2014.

²¹¹ Entretien avec le Professeur Thomas Cottier, Directeur de l'Institute of European and International Economic Law of University of Bern, Professeur du droit économique international et européen, 14 avril 2014.

La Professeure Christine Kaddous estime que la solution retenue par le Conseil fédéral a certainement ses défauts, mais au moins elle permet d'avancer dans les relations bilatérales entre les deux entités et répond aux principaux objectifs. Il est nécessaire pour la Suisse de coopérer avec la CJUE, seule compétente pour connaître de l'interprétation du droit de l'UE sur lequel s'appuient les accords bilatéraux Suisse-UE. En effet, dans le cas d'un différend entre la Suisse et l'UE soumis au Comité mixte, si celui-ci ne parvient pas à résoudre le litige, l'une des deux parties, la Suisse ou l'UE, peut demander à la CJUE de se prononcer sur l'interprétation des règles du droit de l'UE applicables au cas d'espèce. *Interpréter n'est pas juger*, puisque la CJUE ne règle pas le litige, qui doit être résolu au sein du Comité mixte, mais se prononce uniquement sur l'interprétation du droit de l'UE. Même si l'avis de la CJUE est contraignant, le dernier mot revient au Comité mixte où la décision est prise d'un commun accord entre les parties²¹².

Il convient de noter également que ni le TUE, ni le TFUE, ne contiennent de compétences expresses pour permettre à la CJUE de statuer à la demande des institutions des Etats tiers. De plus, la CJUE n'acceptera certainement pas que ses avis ne soient pas contraignants²¹³.

Monsieur Robert Mosters est convaincu que l'avis de la CJUE sera contraignant pour les deux parties. La question se pose de savoir qui pourrait le poser au sein de Comité mixte, chacune des deux parties ou les deux parties de commun accord ? Tant de détails qui seront précisés dans le projet d'accord à venir. Il est sûr que la solution finale doit s'inscrire dans un triangle dans lequel il serait difficile de respecter toutes les trois extrémités, à savoir : une solution légitime pour l'UE, un compromis acceptable en Suisse, un accord assurant une application uniforme des règles du droit²¹⁴.

Monsieur Roland Bieber, Professeur honoraire de l'Université de Lausanne, quant à lui voit dans la solution choisie par le Conseil fédéral un risque pour la voie bilatérale en vue d'un prochain référendum. Il se peut que les lignes rouges fixées par le Conseil fédéral soient aussi celles de l'UE. Le fait de s'adresser à la CJUE pour des questions d'interprétation du droit serait une bonne chose et la critique des « juges étrangers » n'est pas valable puisque pour les Etats membres de l'UE, il y a aussi une majorité des juges étrangers qui siègent à la CJUE. En revanche, l'avis de la CJUE sera forcément contraignant puisque pour l'UE il s'agit d'une seule Cour compétente pour connaître de l'interprétation du droit de l'UE et le fait que ses jugements soient contraignants pour les Etats membres de l'UE, de l'EEE et pas pour la Suisse ne serait tout simplement pas envisageable. La peur des « juges étrangers » s'expliquerait en Suisse aussi par le fait d'absence d'une Cour constitutionnelle. Il serait en effet très difficile de changer la perception de la justice qui existe en Suisse, d'où vient cette méfiance d'une cour supranationale²¹⁵.

De manière générale, le recours à la CJUE est une idée originale et un bon compromis qui a été trouvé entre Berne et Bruxelles, ce mécanisme a pour vertu de prendre en compte la spécificité helvétique²¹⁶. Mais tous les juristes ne sont pas de même avis.

B. La question préjudicielle applicable en Suisse

De plus, dans le document du travail Rossier/O'Sullivan, une possibilité est également prévue pour les Tribunaux suisses de dernière instance de saisir la CJUE d'une question préjudicielle dans le sens de l'article 267 du TFUE. « C'est une possibilité qui est envisagée, mais il faut commencer les discussions pour connaître des détails. Obligatoire ou pas, seulement pour les tribunaux de dernière

²¹² Christine KADDOUS, « La Suisse sous le joug des «juges étrangers» », *Le Temps*, 28 août 2013. (Consulté le 26 mai 2014 : http://www.letemps.ch/Page/Uuid/73c8ac56-0f45-11e3-809f-2303ebb19a31/La_Suisse_sous_le_joug_des_juges_étrangers).

²¹³ Entretien avec Christine Kaddous, Professeure au Département de droit international public de l'Université de Genève, Directrice du Centre d'études juridiques européennes, 5 mai 2014.

²¹⁴ Entretien avec Robert Mosters, Maître de conférences à l'Institut de droit européen de l'Université de Fribourg, *op. cit.*

²¹⁵ Entretien avec Roland Bieber, Professeur honoraire de l'Université de Lausanne, 30 avril 2014, Lausanne.

²¹⁶ Entretien avec Alexis Lautenberg, Président du Swiss Finance Council, Ancien Ambassadeur de Suisse à Bruxelles, *op. cit.*

instance ou pas ? Je dirais que c'est plutôt pour Tribunal fédéral parce qu'il serait difficile de le faire à tous les niveaux. Pour l'instant, les seuls éléments sur lesquels on s'était mis d'accord, ce sont ceux qui figurent dans le papier commun²¹⁷ ». En revanche, l'UE désirerait introduire la procédure de recours préjudiciel dans le mandat de négociation sur les questions institutionnelles Suisse-UE sous sa forme existante dans les Etats membres. De cette façon, non seulement les tribunaux de dernière instance pourraient poser une question préjudicielle à la CJUE, comme il en est question dans le document du travail Rossier/O'Sullivan, mais également les tribunaux de première instance. Monsieur Jean Russotto ne croit pas que cette procédure puisse franchir le cap de votation populaire helvétique.

Pour le Professeur Thomas Cottier, il s'agit tout simplement d'une question politique. En effet, juridiquement, il serait possible d'introduire une telle procédure en Suisse vu qu'elle existe déjà au sein de l'EEE²¹⁸. Par contre, politiquement, c'est pratiquement exclu compte tenu du débat qui existe à l'intérieur du pays par rapport à la CJUE et aux « juges étrangers²¹⁹ ».

Le Professeur Levrat dans sa réponse à la crainte dans le débat politique suisse du « juge étranger », analyse la possibilité d'introduction du mécanisme de la question préjudicielle en Suisse. En effet, au sein de l'UE, c'est aux Etats membres qu'il revient de mettre en place le droit de l'UE dans leurs ordres juridiques respectifs. En vertu du mécanisme de la question préjudicielle²²⁰, la CJUE garantit l'application et l'interprétation uniforme du droit de l'UE. Le mécanisme du renvoi préjudiciel, il faut le souligner, permet à la CJUE de n'interpréter que le droit de l'UE, pas le droit national. De plus, la Cour de justice n'applique pas le droit à un litige mais répond à une question d'interprétation posée par un juge national. C'est uniquement au juge national qu'il revient ensuite d'appliquer le droit en tenant compte de l'interprétation donnée par la CJUE. Ce n'est donc pas le « juge étranger » qui applique le droit. La Suisse pourrait accepter ce mécanisme, affirme le Professeur Levrat, qui pourrait garantir une meilleure sécurité juridique aux acteurs suisses. Cependant, il serait possible de faire une application différente du mécanisme de la question préjudicielle en Suisse qui n'est pas membre de l'UE. En vertu de l'article 267 al. 2 et 3 du TFUE :

« Lorsqu'une telle question est soulevée devant une juridiction d'un des Etats membres, cette juridiction *peut, si elle estime qu'une décision sur ce point est nécessaire* pour rendre son jugement, demander à la Cour de statuer sur cette question.

Lorsqu'une telle question est soulevée dans une affaire pendante devant une juridiction nationale dont les décisions ne sont pas susceptibles d'un recours juridictionnel de droit interne, cette juridiction *est tenue* de saisir la Cour ».

Ainsi, au sein de l'UE, les juridictions de dernière instance des Etats membres sont obligées de poser une question préjudicielle, tandis que les juridictions de niveaux inférieurs ont la faculté, mais pas l'obligation de saisir la CJUE. Le Professeur Levrat propose que « seul ce qui est obligatoire dans l'UE soit appliqué en Suisse. En d'autres termes, lorsque pour un cas d'application du droit de l'UE découlant d'un accord bilatéral un problème d'interprétation du droit demeure pendant devant le Tribunal fédéral, celui-ci – à moins qu'il ne soit lui-même capable de trancher la question d'interprétation, appréciation dont il demeure le seul juge, ce qui relativise l'obligation qui lui est imposée – devra saisir d'une question préjudicielle la CJUE. Laquelle ne tranchera pas le litige, elle répondra au Tribunal fédéral, charge à lui d'appliquer au cas d'espèce l'interprétation donnée par les juges européens²²¹ ». Il s'agit ni plus ni moins, d'un mécanisme de coopération juridictionnelle. De

²¹⁷ Entretien avec Yves Rossier, Secrétaire d'Etat au Département fédéral des affaires étrangères, *op. cit.*

²¹⁸ Protocole 34 de l'accord sur l'EEE concernant la possibilité pour les juridictions des Etats de l'AELE de demander à la Cour de justice des CE une décision sur l'interprétation de règles de l'accord EEE correspondant à des règles communautaires, *op. cit.*

²¹⁹ Entretien avec le Professeur Thomas Cottier, Directeur de l'Institute of European and International Economic Law of University of Bern, Professeur du droit économique international et européen, *op. cit.*

²²⁰ Article 267 du TFUE.

²²¹ Nicolas LEVRAT, « Suisse-Europe : pourquoi la peur du « juge étranger » est inutile », *op. cit.*

plus, les questions préjudicielles pourraient avoir une « formule standard » soulignant le caractère particulier de la Suisse. Par exemple : « dans ses relations avec l'ordre juridique d'un Etat non-membre de l'UE, la disposition XXX doit-elle être interprétée comme signifiant... ». Ceci permettrait, le cas échéant, à la CJUE de donner une interprétation spécifique à des dispositions applicables en vertu des accords bilatéraux et ainsi même renforcer la spécificité du droit de l'UE applicable pour les Etats membres de l'UE.

La Professeure Kaddous pose la question de savoir s'il s'agit d'introduire en Suisse le mécanisme du recours préjudiciel au sens classique du droit de l'UE ou si l'on vise un autre mécanisme ? Le Conseil fédéral propose de donner la faculté et non l'obligation au Tribunal fédéral de demander un avis d'interprétation à la CJUE des règles du droit de l'UE repris par la Suisse dans le cadre des accords bilatéraux, avant de trancher le litige. De plus, lors de la conférence de presse du 26 juin 2013, Monsieur Didier Burkhalter a souligné que le Tribunal fédéral se réfère déjà largement à la jurisprudence de la CJUE ce qui pourrait faciliter l'acceptation du caractère contraignant des avis de la CJUE. La Professeure Kaddous souligne également une autre question clé, celle de savoir quelles seront les conséquences pour la Suisse en cas de non-acceptation de l'interprétation de la CJUE pour la solution du litige au sein du Comité mixte ou encore si le Tribunal fédéral ne prend pas en compte l'interprétation de la CJUE qu'il aurait sollicitée ? « Si l'on se réfère au système existant dans les relations bilatérales, l'UE pourrait, si elle considère qu'il y a violation des règles bilatérales et qu'aucune solution au litige n'a été trouvée au sein du Comité mixte, décider de recourir à l'adoption de mesures de rééquilibrage ou de compensation (exemple de l'accord des 24 heures), voire suspendre ou dénoncer les accords (exemple de l'accord de Schengen) en fonction de la gravité de la violation supposée²²² ».

III. *Le mécanisme de surveillance des accords de nature politique*

Pour ce qui est de l'autorité de surveillance, il s'agit d'une question très importante pour l'UE. On ne sait pas de quelle manière sera assurée la surveillance, mais on sait que la Commission européenne aura un rôle à jouer²²³. L'absence de propositions en matière de mécanisme de surveillance est présentée comme un avantage pour la Suisse de ne pas être soumise à une autorité nationale ou supranationale en charge de respect des accords bilatéraux Suisse-UE²²⁴.

Il convient de noter que l'une des critiques fondamentales aujourd'hui vis-à-vis des accords bilatéraux entre la Suisse et l'UE est *l'insuffisance en matière de surveillance*, y compris en ce qui concerne la supervision des cantons dans l'application des dispositions relevant des accords bilatéraux²²⁵. A titre d'exemple, on pourrait citer la différence en matière d'octroi des titres de séjour dans les différents cantons suisses. L'accord sur la libre circulation des personnes entre la Suisse et l'UE a été conclu le 21 juin 1999, pourtant la pratique montre que les cantons suisses continuent à octroyer les permis de séjour de manière largement autonome. Le problème vient du fait que les pratiques cantonales diffèrent l'une de l'autre et ne respectent pas toujours l'accord sur la libre circulation des personnes. En effet, les autorités cantonales ont pour base première de référence la Loi fédérale sur les étrangers. Or, son article 2 § 2 stipule que la loi fédérale sur les étrangers ne s'applique que lorsqu'il n'y a pas de dispositions contraires dans l'accord sur la libre circulation des personnes²²⁶. En pratique, les autorités cantonales appliquent souvent la Loi fédérale sur les étrangers même si elle est incompatible avec

²²² Christine KADDOUS, « La Suisse sous le joug des «juges étrangers» », *op. cit.*

²²³ Entretien avec Jean Russotto, Avocat chez Steptoe & Johnson LLP, *op. cit.*

²²⁴ Entretien avec Christine Kaddous, Professeure au Département de droit international public de l'Université de Genève, Directrice du Centre d'études juridiques européennes, *op. cit.*

²²⁵ Entretien avec Ulrich Trautmann, Premier Conseiller aux affaires commerciales et économiques de la Délégation de l'Union européenne en Suisse et pour la Principauté de Liechtenstein, *op. cit.*

²²⁶ Article 2 § 2 de la Loi fédérale sur les étrangers : « 2. Elle n'est applicable aux ressortissants des Etats membres de la Communauté européenne (CE), aux membres de leur famille et aux travailleurs détachés par un employeur ayant son siège ou son domicile dans un de ces Etats que dans la mesure où l'accord du 21 juin 1999 entre, d'une part la Confédération suisse, et, d'autre part, la Communauté européenne et ses Etats membres sur la libre circulation des personnes n'en dispose pas autrement ou lorsque la présente loi prévoit des dispositions plus favorables ».

l'accord sur la libre circulation des personnes, ce qui crée de l'insécurité juridique pour les ressortissants de l'UE²²⁷. La limite à cette application cantonale divergente reste le recours devant le TF.

A. La crainte de la procédure en manquement

En effet, la Commission européenne exerce d'ores et déjà la surveillance de manière indirecte en Suisse. Par exemple, en matière du droit de la concurrence la Commission dispose du pouvoir d'enquête. Les entreprises suisses peuvent ainsi se faire condamner en vertu du principe de la territorialité pour avoir *faussé le jeu de la concurrence à l'intérieur du marché intérieur*²²⁸. De plus, l'accord international conclu par l'UE d'un côté et un ou plusieurs Etats tiers de l'autre côté, fait partie intégrante du droit dérivé de l'UE. La Commission, gardienne des Traités, peut tenter une procédure en manquement à l'encontre d'un Etat membre pour la violation d'un accord bilatéral avec la Suisse²²⁹.

Le Professeur Nicolas Levrat se veut rassurant quant au fait que le recours en manquement²³⁰ tel qu'il existe à l'intérieur de l'UE, ne sera pas applicable à la Suisse : « Il est vrai qu'un Etat membre de l'UE ou le plus souvent la Commission européenne, « gardienne des traités », peuvent mettre en cause la responsabilité d'un Etat membres de l'UE devant la CJUE. La Suisse n'étant pas membre de l'UE, sa soumission à ce dernier mécanisme ne s'impose pas²³¹ ». En cas de différend avec l'UE quant à l'application d'une disposition d'un accord bilatéral, la question sera réglée de manière politique, au sein d'un Comité mixte composé de diplomates des Etats membres de l'UE et de fonctionnaires de la Commission d'une part, de diplomates suisses de l'autre.

Dans la situation actuelle, la Suisse se trouve dans une position extrêmement faible notamment dans les négociations sur les questions institutionnelles. Il est vrai que l'UE pourrait demander plus de concessions du côté helvétique pour ce qui est notamment de la libre circulation des personnes. De plus, des demandes additionnelles du côté de l'UE peuvent être avancées en matière de mécanisme de surveillance des accords. Etant donné que la solution de s'aligner sur les institutions de l'EEE a été rejetée par le Conseil fédéral, la suite logique de l'approche choisie par la Suisse, selon le Professeur Cottier, serait de laisser la surveillance à la Commission européenne. Cependant, la Suisse avait essayé d'éviter cela par tous les moyens. Il se peut que dans le cas où l'UE proposerait un mécanisme de surveillance assuré par la Commission, la Suisse décide de revenir au modèle institutionnel de l'EEE²³². A moins qu'elle réussisse à obtenir un siège pour un « Commissaire suisse » dans la Commission européenne.

B. L'avis de la CJUE sur le projet d'accord en vertu de l'article 218 § 11 à redouter

Une fois le projet d'accord arrêté par les parties, il sera soumis à l'examen de la légalité de la CJUE, en vertu de l'article 218 § 11 du TFUE. Cet examen prendra certainement quelques mois. Si l'avis de la Cour est positif, il serait possible d'avancer avec l'accord trouvé, si non, le projet est « renvoyé à l'expéditeur²³³ ». Il est peu probable que la plus haute instance juridique de l'UE accepte le mécanisme de l'avis interprétatif contraignant tel qu'il est proposé par la Suisse. En effet, le mandat de négociation du côté helvétique prévoit que, dans le cas où le Comité mixte n'aboutirait pas à une solution politique et ne respecterait donc pas l'avis de la CJUE, des mesures de compensation devraient être prises. Il est également prévu que l'examen de la proportionnalité de ces mesures de

²²⁷ Aide-mémoire, *Conditions for Resident Permits in Different Cantons*, Délégation de l'Union européenne en Suisse et pour la Principauté de Liechtenstein, 8 avril 2014, Berne.

²²⁸ Article 101 du TFUE.

²²⁹ Entretien avec le Professeur Nicolas LEVRAT, Directeur de Global Studies Institute de l'Université de Genève, *op. cit.*

²³⁰ Article 259 du TFUE.

²³¹ Nicolas LEVRAT, « Suisse-Europe : pourquoi la peur du « juge étranger » est inutile », *op. cit.*

²³² Entretien avec le Professeur Thomas Cottier, Directeur de l'Institute of European and International Economic Law of University of Bern, Professeur du droit économique international et européen, *op. cit.*

²³³ Entretien avec Jean Russotto, Avocat chez Steptoe & Johnson LLP, *op. cit.*

compensation soit soumis à une instance arbitrale. Or, même si, selon le Professeur Levrat, il est indispensable de mettre en place des mesures de compensation afin de ne pas affaiblir le système, il est peu probable que la CJUE accepte des jugements d'une juridiction ultérieure²³⁴.

Il convient d'ajouter qu'il existe un certain nombre de lignes rouges fixées par le Conseil fédéral qu'il ne faut surtout pas franchir lors du processus de négociations. Jean Russotto pense notamment que ces lignes rouges figurent déjà dans le mandat de négociation adopté par le Conseil fédéral le 18 décembre 2013 :

- La non-reprise de la directive sur la citoyenneté européenne ;
- L'exclusion de la reprise *automatique* de l'acquis ;
- Pas d'autorité donnée à la Commission européenne de surveiller en Suisse l'application du droit communautaire²³⁵.

Du côté de l'UE, il y a accord sur la plupart des points du mandat helvétique, selon Monsieur Jean Russotto. Par contre, il y a la nécessité de « trouver un système pour associer la Suisse au *decision-shaping*, il ne s'agit pas du tout de la codécision²³⁶ ».

IV. L'accord d'association Suisse-UE avec l'EEE comme « benchmark »²³⁷

La Professeure Christa Tobler est convaincue que le mandat de négociation adopté par le Conseil fédéral est avant tout un compromis politique qui a pour but d'éviter à tout prix un mécanisme supranational de surveillance et préserver, de cette manière, la souveraineté de la Suisse²³⁸. Il est vrai que le mécanisme servant de base au mandat de négociation adopté par le Conseil fédéral prévoit une possibilité de demander un avis interprétatif à la CJUE. Bien que la décision finale quant au règlement des différends entre les deux parties revienne au Comité mixte, la nature contraignante de l'avis de la CJUE ne change pas pour autant. Pour la Professeure Tobler, tout est question de présentation : en raison du référendum obligatoire auquel, sans doute, sera soumis le projet d'accord sur les questions institutionnelles entre la Suisse et l'UE, il est important de dire au peuple que c'est au Comité mixte que reviendrait le dernier mot « politique ». La vérité est que le juge de Luxembourg dit le droit et son avis consultatif aura un caractère contraignant. Pour s'en assurer, il convient de revoir les deux avis de la CJUE à propos de l'EEE.

A. La nécessité d'un juge suisse pour une Cour supranationale

Dans la lettre adressée au Conseil fédéral par les 15 professeurs de droit de différentes universités Suisses, y compris la Professeure Tobler, la principale critique de la solution choisie par le Conseil fédéral est celle de l'absence d'un juge suisse dans une Cour à caractère supranational²³⁹. La rénovation de la voie bilatérale est saluée, de même que l'adoption de la reprise dynamique du droit de l'UE et de mise en place d'un mécanisme de règlement des différends, deux principes importants qui permettent de garantir la sécurité juridique aux personnes physiques et morales des deux parties. En revanche, la lettre critique le mécanisme de l'interprétation du droit communautaire et de règlement des différends, notamment pour ce qui est du recours à la CJUE. En effet, la troisième solution du document de travail Rossier/O'Sullivan mettrait en place une sorte de question préjudicielle en Suisse, un mécanisme très différent de ce qui existe dans l'EEE. Pourtant, les intentions du Conseil fédéral étaient de créer un mécanisme institutionnel très proche de ce qui existe d'ores et déjà dans l'EEE et de s'en inspirer. De fait c'est à la CJUE de décider de l'interprétation du

²³⁴ Entretien avec le Professeur Nicolas LEVRAT, Directeur de Global Studies Institute de l'Université de Genève, *op. cit.*

²³⁵ Entretien avec Jean Russotto, Avocat chez Steptoe & Johnson LLP, *op. cit.*

²³⁶ *Ibid.*

²³⁷ René SCHWOK, « L'EEE n'est pas un objectif mais une référence, un « benchmark » », *op. cit.*

²³⁸ Entretien avec la Professeure Christa Tobler, Europainstitut der Universität Basel – Institute for European Global Studies, *op. cit.*

²³⁹ Lettre des 15 professeurs de droit adressée au Conseil fédéral. (Consulté le 12 avril 2014 : <http://files.newsnetz.ch/upload//2/8/28285.pdf>).

droit issu des accords bilatéraux entre la Suisse et l'UE et de rendre son « avis juridique contraignant ». Tandis que dans l'EEE, le différend est avant tout porté devant la Cour de justice AELE, où siègent les juges de toutes les parties contractantes. Dans le Comité mixte de l'EEE, il existe une possibilité pour les parties contractantes parties au différend de se mettre d'accord pour poser une question d'interprétation à la CJUE²⁴⁰. C'est justement cette procédure qui pourrait être mise en place par l'accord-cadre sur les questions institutionnelles entre la Suisse et l'UE. De plus, les tribunaux suisses de dernière instance pourraient également saisir la CJUE d'une question d'interprétation. Cette possibilité existe également pour les Etats membres de l'EEE, mais seulement si les Etats parties de l'AELE le souhaitent. Il se pose la question de savoir quelle forme prendra le recours préjudiciel « à la Suisse ».

« Offenbar geht es jetzt beim Verhandlungsmandat unter anderem darum, für in der Schweiz auftretende Streitigkeiten (z.B. zwischen Einzelpersonen oder Unternehmen und schweizerischen Behörden) nach dem Muster des EU - bzw. des EWR-Rechts eine Art Vorabentscheidungsverfahren einzuführen. Anders als im EWR soll aber nach den Vorstellungen des Bundesrats für auf der Seite der Schweiz auftretende Fragen zum bilateralen Recht der EuGH entscheiden; für die EWR/EFTA-Länder Island, Liechtenstein und Norwegen entscheidet bekanntlich der EFTA-Gerichtshof mit je einem Richter aus den EWR/EFTA-Staaten²⁴¹ ».

La Suisse aurait accepté ce compromis, selon la Professeure Tobler, afin d'éviter à tout prix le mécanisme de surveillance de la Commission européenne avec une possibilité si redoutée du recours en manquement.

B. La création d'institutions ad hoc ou l'alignement sur le mécanisme de l'EEE

La meilleure solution serait effectivement de s'inspirer du modèle de l'EEE ou de créer un volet pour les accords bilatéraux Suisse-UE au sein même des institutions de l'AELE. Il est vrai aussi que les jugements de la Cour AELE ont un caractère unilatéral et ne s'appliqueraient pas à l'UE. Or, il existe déjà un dialogue entre les deux juridictions, la CJUE et la Cour de justice de l'AELE, ce ne sera donc jamais *one way*²⁴².

Ainsi, pour la Professeure Tobler, il serait nettement mieux de choisir une des deux premières options du document du travail Rossier/O'Sullivan, à savoir, soit l'alignement sur les institutions de l'EEE, soit la création d'institutions *ad hoc* avec une présence confirmée d'un juge suisse. Il est vrai que ces deux variantes prévoient la participation d'un juge suisse dans une Cour de justice commune. La lettre des professeurs au Conseil fédéral exprime notamment la crainte que l'absence d'un juge suisse dans une Cour supranationale ne résisterait pas au verdict du référendum obligatoire :

« Wir befürchten, dass ohne eine Vertretung der Schweiz im überstaatlichen Gericht eine Zustimmung des Schweizer Stimmvolks in einem Referendum nur schwer zu bekommen sein dürfte²⁴³ ».

Les réflexions de Monsieur Carlo Sommaruga vont dans le même sens puisqu'il faut prendre avant tout en compte le fait que la Cour AELE est composée des Etats non membres de l'UE, ce qui fait que la logique ainsi que la manière de s'exprimer sont différentes en les comparant avec la CJUE. Les juges de la CJUE ont pour objectif la consolidation des valeurs de base, alors que ceux de la Cour AELE regardent simplement si les solutions sont conformes au droit communautaire repris. Monsieur Carlo Sommaruga voit la Cour AELE comme une alternative à la CJUE. Il faut bien voir que l'avis consultatif peut être demandé non seulement par la Suisse mais aussi par la Commission européenne. De plus, au sein de l'UE, les Juges de chacun des 28 Etats membres pourraient saisir la

²⁴⁰ Article 111 § 3 de l'Accord sur l'Espace économique européen.

²⁴¹ Lettre des 15 professeurs de droit adressée au Conseil fédéral, *op. cit.*

²⁴² Entretien avec la Professeure Christa Tobler, Europainstitut der Universität Basel – Institute for European Global Studies, *op. cit.*

²⁴³ Lettre des 15 professeurs de droit adressée au Conseil fédéral, *op. cit.*

CJUE d'une question préjudicielle. Ainsi, la question de l'interprétation des accords bilatéraux Suisse-UE peut être posée par les 28 Etats à leur propre Cour dans laquelle la Suisse ne serait même pas représentée. Cela constitue une pression politique considérable²⁴⁴.

La solution idéale, selon Monsieur Carlo Sommaruga, serait de maintenir des logiques parallèles. Puisque la logique du système de l'EEE est aussi une logique parallèle. Par contre, en Suisse, on ne peut pas avoir de système comme celui de l'EEE parce qu'une condition préalable de l'UE était de dire que le mécanisme de l'EEE ne peut pas exister dans un contexte national. Il faut absolument que ce soit supranational. C'est une position stratégique de l'UE. On pourrait analyser l'exemple des micro-Etats – Andorre, Saint-Marin et Monaco – qui ont proposé de constituer leur Tribunal supranational en créant une sorte de micro EEE avec des règles spécifiques dues à leur taille. Monsieur Carlo Sommaruga avait proposé d'associer la Suisse au processus d'association des micro-Etats à l'UE. Il s'agit d'une solution alternative, puisqu'il est impossible d'avoir l'architecture de l'EEE applicable à un seul pays²⁴⁵.

Pour la Suisse il serait envisageable de demander à la Cour AELE d'étendre ses compétences aux Accords bilatéraux Suisse-UE. La Cour AELE pourrait ainsi avoir une Chambre compétente pour les accords bilatéraux Suisse-UE, par exemple. Une solution intéressante, puisqu'elle pourrait aboutir à des jugements qui feraient encore objet des discussions politiques en interne, de même que pour l'avis consultatif de la CJUE. Or, le grand problème de l'avis consultatif de la CJUE est dans le fait que des juges étrangers prononcent des jugements valant pour la Suisse. « De plus, cela introduit dans l'esprit une sensation de domination de la CJUE en Suisse, alors que de fait, elle est à la hauteur du TF²⁴⁶ ».

Le Professeur Thomas Cottier avait également signé la lettre des 15 professeurs de droit en faveur de la solution institutionnelle alliant la Suisse au mécanisme institutionnel de l'EEE. La Cour AELE et le mécanisme de surveillance de l'EEE ont un certain nombre d'avantages que la solution choisie n'offre pas²⁴⁷.

En revanche, bien que la lettre au Conseil fédéral réunisse les signatures des 15 professeurs de droit, elle suscite également des contre-critiques dans le milieu académique. La Professeure de l'Université de Fribourg, Astrid Epiney, soutient pour sa part l'idée de demander un avis consultatif à la CJUE tout en reconnaissant que celui-ci serait contraignant pour les deux parties avec toutes les conséquences qui pourraient en découler jusqu'à la suspension totale de l'accord en question. Cette solution n'a rien de choquant en comparaison avec l'idée selon laquelle le respect des accords bilatéraux Suisse-UE serait entre les mains de la Cour de justice AELE, et donc des juges de Norvège, de l'Islande et de Liechtenstein, qui seraient compétents pour connaître du respect des accords bilatéraux en Suisse²⁴⁸.

V. La « perspective suisse, vue de Bruxelles, pour les solutions institutionnelles »²⁴⁹

Lors de la conférence annuelle de l'ECSA Suisse²⁵⁰ des 12 et 13 décembre 2013, les actualités du dossier institutionnel Suisse-UE étaient à l'ordre du jour. S'il était évident que les deux parties

²⁴⁴ Entretien avec Carlo Sommaruga, Président de la Commission de politique extérieure du Conseil national, *op. cit.*

²⁴⁵ Council of the European Union, *EU relations with the Principality of Andorra, the Republic of San Marino and the Principality of Monaco*, 11446/11, Brussels, 14 June 2011. (Consulté le 31 mai 2014: <http://register.consilium.europa.eu/doc/srv?l=EN&f=ST%2011466%202011%20INIT>).

²⁴⁶ Entretien avec Carlo Sommaruga, Président de la Commission de politique extérieure du Conseil national, *op. cit.*

²⁴⁷ Entretien avec le Professeur Thomas Cottier, Directeur de l'Institute of European and International Economic Law of University of Bern, Professeur du droit économique international et européen, *op. cit.*

²⁴⁸ Hubert Von MOOSER, « Eine gegen alle », *Tages Anzeiger*, 21 août 2013. (Consulté le 13 avril 2014 : <http://www.tagesanzeiger.ch/schweiz/standard/Eine-gegen-alle/story/19993042>).

²⁴⁹ Jean RUSSOTTO, « Une perspective suisse, vue de Bruxelles, sur les aspects institutionnels de la relation Suisse-UE », 12 décembre 2013, Lausanne.

s'étaient mises d'accord de mettre en œuvre la solution 3 du document du travail Rossier/O'Sullivan, les mandats de négociations des deux parties respectivement n'étaient pas clairs pour autant. Bien que les grandes lignes soient plus ou moins identiques, il existe néanmoins des spécificités et exigences propres à chaque partie. Du côté de la Suisse, il s'agit des fameuses « lignes rouges » fixées par le Conseil fédéral et qu'il sera important de ne pas franchir dans le processus de négociations. En revanche, les exigences de l'UE ne sont pas connues en Suisse. Ceci est d'autant plus intéressant après la votation du 9 février et les difficultés avec l'élargissement de l'accord sur la libre circulation des personnes à la Croatie. Dans cette partie, en se basant sur les réflexions et interrogations de la conférence de l'ECSA Suisse de 2013, nous allons essayer d'analyser la position de l'UE sur le dossier institutionnel, ainsi que de voir l'étendue possible des exigences substantielles (I) et formelles (II) de Bruxelles.

A. Les aspects substantiels vus de Bruxelles

Le but initial du cadre institutionnel entre la Suisse et l'UE est de permettre à la Suisse de continuer à participer au marché intérieur. Rappelons que, sans conclusion au préalable d'un accord-cadre institutionnel, aucun accord bilatéral d'accès au marché intérieur ne peut être contracté entre les deux parties²⁵¹. Il s'agit d'une exigence irrévocable de Bruxelles depuis déjà plusieurs années²⁵².

Afin d'assurer une participation pleine et entière de la Suisse au marché intérieur, l'homogénéité du droit doit être assurée par une reprise *dynamique* de l'acquis communautaire. Cette reprise doit couvrir tous les accords bilatéraux d'accès au marché existants et futurs. Il se peut que le champ d'application de l'accord institutionnel, à savoir les accords bilatéraux d'accès au marché, soit défini nominativement dans l'accord institutionnel même.

De plus, dans le but d'assurer l'homogénéité de l'application du droit de l'UE relatif au marché intérieur, l'obligation de tenir compte de la jurisprudence de la CJUE, qu'elle soit antérieure ou future, devra être codifiée. Compte tenu du fait que la Suisse le fait déjà de manière unilatérale et que les propositions institutionnelles helvétiques de 2012 allaient dans le même sens, ceci ne devrait pas poser de problèmes.

Pour ce qui est de mécanismes de surveillance, d'après Monsieur Jean Russotto, c'est à la Commission européenne que reviendra cette tâche²⁵³. Comme il a été dit plus tôt, le Professeur Thomas Cottier, considère qu'une telle approche s'inscrit de manière tout à fait logique dans la voie institutionnelle choisie par le Conseil fédéral.

B. Les exigences formelles de l'UE

Mis à part le mandat de négociation sur les questions institutionnelles, le Conseil adopte en parallèle les directives de négociations pour donner des impulsions nécessaires à la Commission européenne dans le processus de négociations avec la Suisse.

Une question de forme importante est celle de savoir comment sera structuré le mandat de négociation de l'UE. D'une part, en se référant au document du travail Rossier/O'Sullivan, les principes généraux y figurant seront inscrits dans le mandat de négociation du côté de l'UE, à savoir :

- Le respect du principe de l'homogénéité dans l'application et l'interprétation de l'acquis pertinent ;
- La prise en compte de la jurisprudence antérieure et future de la CJUE en lien avec les accords bilatéraux d'accès au marché intérieur déjà contractés et futurs entre la Suisse et l'UE ;

²⁵⁰ European Communities Studies Association.

²⁵¹ *Conclusions du Conseil sur les relations de l'UE avec les pays de l'AELE*, 20 décembre 2012, *op. cit.*

²⁵² *Conclusions du Conseil sur les relations de l'UE avec les pays de l'AELE*, 14 décembre 2010, *op. cit.* ; *Conclusions du Conseil sur les relations de l'UE avec les pays de l'AELE*, 8 décembre 2008, *op. cit.*

²⁵³ Jean RUSSOTTO, « Une perspective suisse, vue de Bruxelles, sur les aspects institutionnels de la relation Suisse-UE », *op. cit.*

- Le pouvoir de surveillance et d'enquête de la Commission européenne ;
- Une possible introduction du mécanisme de recours préjudiciel en Suisse tel qu'il existe dans les Etats membres de l'UE. Non seulement le Tribunal fédéral aurait la possibilité de poser une question préjudicielle à la CJUE – comme il est dit dans le document du travail Rossier/O'Sullivan – mais également les tribunaux ordinaires. Il serait intéressant de voir, si c'est éventuellement le cas, s'il s'agit d'une obligation ou d'une faculté :
- Le recours auprès de la CJUE pour un avis interprétatif possible pour chacune des deux parties ;
- Le caractère contraignant de l'avis interprétatif de la CJUE.

D'autre part, il y aura une énumération des accords qui se verront appliquer l'accord-cadre institutionnel, une sorte de champ d'application nominatif avec une possibilité de l'élargir, par exemple, avec des protocoles additionnels au moment de la conclusion de nouveaux accords. Actuellement, les accords concernés par le cadre institutionnel seraient les suivants²⁵⁴ :

- L'accord de libre échange de 1972²⁵⁵ ;
- La libre circulation de personnes²⁵⁶ ;
- Le transport aérien²⁵⁷ ;
- Le transport routier et ferroviaire²⁵⁸ ;
- L'accord sur la sécurité douanière²⁵⁹ ;
- L'agriculture²⁶⁰ ;
- Les obstacles techniques au commerce²⁶¹ ;
- Les marchés publics (certains aspects)²⁶² ;
- Les statistiques^{263 264}.

Les démarches futures ou en cours de négociation relatives au marché intérieur seraient les suivantes :

- L'électricité²⁶⁵ ;
- L'agriculture, sécurité alimentaire, produits et santé²⁶⁶ ;
- La protection des consommateurs ;
- Les services ;
- Le règlement sur la sécurité des produits chimiques (REACH)²⁶⁷ ;
- La fiscalité de l'épargne²⁶⁸.

²⁵⁴ *Ibid.*

²⁵⁵ Accord de libre-échange entre la Confédération suisse et la Communauté économique européenne, 2 juillet 1972, RS 0.632.401.

²⁵⁶ ALCP RS 0.142.112, *op. cit.*

²⁵⁷ ATA RS 0.142.112, *op. cit.*

²⁵⁸ ATT RS 0.740.72, *op. cit.*

²⁵⁹ Accord sur la facilitation et la sécurité douanière RS 0.631.242.05, *op. cit.*

²⁶⁰ Accord entre la Confédération suisse et la Communauté européenne relatif aux échanges de produits agricoles, 21 juin 1999, RS 0.916.026.81.

²⁶¹ ARM RS 0.946.526.81, *op. cit.*

²⁶² Accord entre la Confédération suisse et la Communauté européenne sur certains aspects relatifs aux marchés publics, 21 juin 1999, RS 0.172.052.68.

²⁶³ Accord entre la Confédération suisse et la Communauté européenne relatif à la coopération dans le domaine statistique, 26 octobre 2004, SR 0.431.026.81.

²⁶⁴ « Ce qui nous lie à l'UE », le schéma d'accords bilatéraux entre la Suisse et l'UE, dans : *Le Temps*, 4 avril 2014 (Consulté le 18 avril 2014 :

http://www.letemps.ch/rw/Le_Temps/Quotidien/2014/04/04/Une/ImagesWeb/P07_Relations-CH-UE_p.pdf).

²⁶⁵ Consulté le 31 mai 2014 : <http://www.europa.admin.ch/themen/00499/00503/00563/index.html?lang=fr>.

²⁶⁶ Consulté le 31 mai 2014 : <http://www.europa.admin.ch/themen/00499/00503/01051/index.html?lang=fr>.

²⁶⁷ Consulté le 31 mai 2014 : <http://www.europa.admin.ch/themen/00499/00503/00954/index.html?lang=fr>.

²⁶⁸ Consulté le 31 mai 2014 : <http://www.europa.admin.ch/themen/00499/00503/00567/index.html?lang=fr>.

Avant la votation du 9 février, il a été prévu de mener des négociations avec l'UE de manière horizontale, en parallèle avec plusieurs autres dossiers notamment la contribution de la Suisse au fond de cohésion intra-européen, la participation de la Suisse au *decision-shaping* ou encore la coopération interparlementaire. Actuellement, les négociations entre la Suisse et l'UE se divisent en 3 volets, selon Monsieur Carlo Sommaruga : l'accord-cadre sur les questions institutionnelles, les autres dossiers bilatéraux entre la Suisse et l'UE et la libre circulation des personnes²⁶⁹.

Si malgré toutes les difficultés, l'accord institutionnel entre la Suisse et l'UE aboutit, le projet d'accord conjoint sera certainement soumis à l'approbation de la CJUE en vertu de l'article 218 § 11 du TFUE.

²⁶⁹ Entretien avec Carlo Sommaruga, Président de la Commission de politique extérieure du Conseil national, *op. cit.*

Conclusions

Les accords bilatéraux entre la Suisse et l'UE, tels que nous les connaissons aujourd'hui, ont été pensés comme une phase transitoire dans une perspective d'adhésion à long terme à l'UE. D'ailleurs la demande d'adhésion de la Suisse à l'UE n'a jamais été retirée et il n'y a pas de position claire du Conseil fédéral sur la suite à donner à cette demande.

Pendant longtemps, l'UE croyait en une adhésion future possible de la Suisse à l'UE. Cependant, la Confédération n'a donné aucune suite claire à cette perspective tout en continuant une approche sectorielle. La seule réponse claire donnée par la Suisse à l'UE aura été le refus d'adhérer à l'EEE en 1992. Actuellement, une forte majorité au Conseil national est contre l'adhésion, aussi bien qu'elle est contre le retrait de la demande d'adhésion. Lors de la conférence sur l'avenir européen de la Suisse du 4 avril 2014, à Genève, Monsieur Yves Rossier a insisté sur la nécessité pour la Suisse de faire son choix quant à la voie à suivre dans les relations avec l'UE. La Suisse ne peut pas être traitée comme un Etat membre de l'UE sans pour autant en faire partie²⁷⁰.

La mise en place d'un cadre institutionnel pour les accords bilatéraux est une étape majeure dans les relations Suisse-UE. Cela permettra non seulement d'ouvrir le marché intérieur à de futurs accords bilatéraux sectoriels, mais consacra également, à long terme, le modèle des relations choisi entre la Suisse et l'UE. Les solutions institutionnelles entre la Suisse et l'UE pourraient servir de modèle de coopération pour d'autres accords d'association conclus par l'UE avec des Etats tiers, notamment dans sa politique de voisinage. A l'image de l'intégration « à la carte²⁷¹ » qui existe au sein de l'UE, il serait possible de mettre en place une sorte d'intégration régionale par le biais des accords d'association avec l'UE qui seraient, eux aussi, spécifiques à chaque région, en ayant comme seul point commun une intégration institutionnelle poussée, basée sur les règles de droit de l'UE.

L'accord-cadre institutionnel, limitera certainement un peu la souveraineté helvétique. En revanche, il s'agit d'un compromis nécessaire pour consacrer le système institutionnel basé sur des rapports de droit. La Suisse est, sans aucun doute, un Etat riche et économiquement fort mais souvent soumis à des pressions étrangères qu'il serait préférable d'encadrer par des règles de droit et non celles répondant à des logiques de force.

²⁷⁰ Entretien avec Ulrich Trautmann, Premier Conseiller aux affaires commerciales et économiques de la Délégation de l'Union européenne en Suisse et pour la Principauté de Liechtenstein, *op. cit.*

²⁷¹ Europe « à la carte » désigne l'idée d'un mode d'intégration différenciée selon lequel les différents Etats membres sont à même de sélectionner, comme devant un menu, le domaine politique dans lequel ils aimeraient apporter leur participation, tout en se conservant qu'un nombre minimal d'objectifs communs. Synonymes : Europe « à plusieurs vitesses », Europe « à géométrie variable ». Glossaire de l'UE. (Consulté le 14 juin 2014 : http://europa.eu/legislation_summaries/glossary/europe_a_la_carte_fr.htm).

Bibliographie

Ouvrages collectifs et manuels

BACOT-DECRIAUD, Michèle, JOUBERT, Jean-Paul, PLANTIN, Marie-Claude, *La sécurité internationale d'un siècle à l'autre*, Paris, L'Harmattan, 2001.

BAUER, Gérard F., *Des rapports institutionnels de la Suisse avec l'Union européenne. Contribution à la recherche de solutions institutionnelles en considération des travaux de la Conférence intergouvernementale de l'Union (CIG)*, Hauterive/Neuchâtel, 1996.

BAUER, Gérard F., *A la recherche d'une solution institutionnelle des rapports futurs de la Suisse avec l'Union européenne : l'adhésion ou l'association*, Hauterive/Neuchâtel, Colloque de la Nouvelle Société Helvétique à Lenzbourg (Stapferhaus), 1998.

BIEBER, Roland, KAHIL, Bettina, KALLMAYER, Sonja, *Differenzierte Integration in Europa – Handlungsspielräume für die Schweiz ?*, Zürich, Verlag Rüegger, 2000.

BIEBER, Roland, MAIANI, Francesco, *Précis de droit européen*, Berne, Stämpfli Editions SA, 2011, pp. 415-446.

BONTE, Christophe, *La Suisse et l'Union européenne. Entre l'Espace économique européen et Accords bilatéraux*, EURYOPA *Articles et conférences 10-1999*, Institut européen de l'Université de Genève, 1999.

COTTIER, Thomas, *Die Rechtsbeziehungen der Schweiz und der Europäischen Union*, dans : COTTIER, Thomas, DIEBOLD, Nicolas, KÖLLIKER, Isabel, LIECHTI-MCKEE, Rachel, OESCH, Matthias, PAYOSOVA, Tetyana, WÜGER, Daniel, *Die Rechtsbeziehungen der Schweiz und der Europäischen Union*, Berne, Stämpfli Verlag AG Bern, 2014, pp. 561-604.

JACOT-GUILLARMOD, Olivier, *L'ordre juridique suisse face à l'ordre juridique communautaire : aspects normatifs et judiciaires*, dans : SCHINDLER, Dietrich, HERTIG, Gérard, KELLENBERGER, Jakob, THURER, Daniel, ZACH, Roger, *Le droit suisse et le droit communautaire : convergences et divergences*, Zürich, Schulthess Polygraphischer Verlag AG, 1990, pp. 1-20.

JACOT-GUILLARMOD, Olivier, *Conséquences d'une adhésion à l'Union européenne sur l'organisation judiciaire et le droit procédural suisse*, dans : *L'adhésion de la Suisse à l'Union européenne. Enjeux et conséquences*, dans : COTTIER, Thomas, KOPSE, Alwin R., Zürich, Schulthess Polygraphischer Verlag AG, 1998, pp. 383-400.

MARESCEAU, Marc, *Bilateral agreements concluded by the European Community*, Leiden/Boston, Martinus Nijhoff Publishers, 2006.

SCHWOK, René, *Suisse – Union européenne. L'adhésion impossible ?*, Lausanne, Presses polytechniques et universitaires romandes, Collection Le savoir suisse, 2010.

THÜRER, Daniel, WEBER, Rolf H., ZÄCH, Roger, *Bilaterale Verträge Schweiz-EG*, Zürich, Schulthess, 2002.

TOBLER, Christa, BEGLINGER, Jacques, *Grundzüge des bilateralen (Wirtschafts-) Rechts Schweiz-EU*, Zürich/St. Gallen, Dike Verlag AG, 2013.

Les Accords bilatéraux Suisse-Union européenne, Edition 2013, Département fédéral des affaires étrangères DFAE, 1^{er} juillet 2013.

Articles de revues scientifiques

BLANCHET, Thérèse, WESTMANN-CLEMENT, Maria, « La Cour de l'AELE dans le cadre de l'accord sur l'Espace économique européen, dans : Annuaire français de droit international », volume 41, 1995, pp. 743-753.

EPINEY, Astrid et MOSTERS, Robert, « Un exemple d'interprétation des accords conclus entre la Suisse et l'Union européenne : l'accord sur la libre circulation des personnes », dans : EPINEY, Astrid, RIVIERE, Florence, (Hrsg./éd.), *Auslegung und Anwendung von «Integrationsverträgen». Zur Übernahme des gemeinschaftlichen Besitzstandes durch Drittstaaten, insbesondere die Schweiz / Interprétation et application des «traités d'intégration». De la reprise de l'acquis communautaire par des Etats tiers, notamment par la Suisse*, Zürich, 2006, pp. 57-74.

KADDOUS, Christine, « Avis de droit, Examen de la compatibilité du projet de modification de la LTRA avec l'accord bilatéral sur les transports terrestres », 7 mars 2014.

KADDOUS, Christine, « Avis de droit sur la compatibilité de l'initiative « contre l'immigration de masse » et de l'initiative « Halte à la surpopulation – oui à la préservation durable des ressources naturelles » avec l'accord sur la libre circulation des personnes entre la Suisse et l'Union européenne (ALCP), l'application de la clause guillotine et la renégociation éventuelle de l'ALCP », 29 septembre 2013.

MAIANI, Francesco, « La « saga Metock », ou des inconvénients du pragmatisme helvétique dans la gestion des rapports entre droit européen, droit bilatéral et droit interne », *Revue de droit suisse*, Band 130 (2011) I, Heft 1, Helbing Lichtenhahn Verlag, 2011.

TOBLER, Christa, « Bakers Are(n't) Welcome (Jan Anfinn Wahl c. / The Icelandic State, EFTA Court, Judgment of 22 July 2013, E-15/12) », *European Law Reporter*, No 9, Septembre, 2013.

WÜGER, Daniel, SCARPELLI, Samuele, « Die vernachlässigten institutionellen Aspekte der Bilateralen Verträge und die Aushandlung eines Rahmenvertrages », dans : EPINEY, Astrid, EGBUNA-JOSS, Andrea, WYSSLING, Markus, *Annuaire Suisse de droit européen 2005/2006*, Berne, Stämpfli Verlag AG Bern, 2006, pp. 287-325.

Articles de presse

COTTIER, Thomas, « Für eine Anbindung an bestehende EFTA Strukturen », *NZZ*, 12 juillet 2013. (Consulté le 26 mai 2014 : <http://www.nzz.ch/meinung/debatte/fuer-eine-anbindung-an-bestehende-efta-strukturen-1.18114933>).

EPINEY, Astrid, « Quadratur des Kreises gelungen », *NZZ*, 23 août 2013. (Consulté le 26 mai 2014 : <http://www.nzz.ch/meinung/uebersicht/quadratur-des-kreises-gelungen-1.18137608>).

FRANCO, Alain, « L'UE pose ses conditions à la Suisse », *swissinfo.ch*, 20 décembre 2012. (Consulté le 30 mars 2014 : http://www.swissinfo.ch/fre/politique_suisse/L_UE_pose_ses_conditions_a_la_Suisse.html?cid=34564120).

KADDOUS, Christine, « La Suisse sous le joug des «juges étrangers» », *Le Temps*, 28 août 2013. (Consulté le 26 mai 2014 : http://www.letemps.ch/Page/Uuid/73c8ac56-0f45-11e3-809f-2303ebb19a31/La_Suisse_sous_le_joug_des_juges_étrangers).

LEVRAT, Nicolas, « Suisse-Europe : pourquoi la peur du « juge étranger » est inutile », *Le Temps*, 3 juillet 2013. (Consulté le 26 mai 2014 : http://www.letemps.ch/Page/Uuid/e1d11d72-e34a-11e2-af76-79a347447b8f/Suisse-Europe_pourquoi_la_peur_du_juge_etranger_est_inutile).

LEVRAT, Nicolas, « Réflexion sur les enjeux juridiques dans notre relation avec l'UE », *Le magazine du Nouveau mouvement européen Suisse*, No 2/2013, pp. 3-4.

MODOUX, François, « Berne et Bruxelles veulent panser les plaies du 9 février », *Le Temps*, 4 avril 2014. (Consulté le 26 mai 2014 : http://www.letemps.ch/Page/Uuid/efb14b20-bb1b-11e3-9be1-71d9c14444a5/Berne_et_Bruxelles_veulent_panser_les_plaies_du_9fevrier).

MOOSER, Hubert Von, « Eine gegen alle », *Tages Anzeiger*, 21 août 2013. (Consulté le 13 avril 2014 : <http://www.tagesanzeiger.ch/schweiz/standard/Eine-gegen-alle/story/19993042>).

NORDMANN, François, « Suisse-UE: horizon 2016, vraiment? », *Le Temps*, 6 mai 2014. (Consulté le 26 mai 2014 : http://www.letemps.ch/Page/Uuid/8b504d6c-d497-11e3-9ea0-2c4eacbe297e/Suisse-UE_horizon_2016_vraiment).

ROCHEL, Johan, « Questions institutionnelles : la base est bonne ! », *L'Hebdo*, 17 mai 2013. (Consulté le 30 mars 2014 : <http://www.hebdo.ch/les-blogs/rochel-johan-une-suisse-en-mouvement/questions-institutionnelles-la-base-est-bonne>).

SCHWOK, René, « Ni « Auberge espagnole », ni « Poupées russes » », *Le Temps*, 4 avril 2014. (Consulté le 26 mai 2014 : http://www.letemps.ch/Page/Uuid/328f46d6-bb3f-11e3-9be1-71d9c14444a5/Ni_Auberge_espagnole_ni_Poupées_russes).

SCHWOK, René, « L'EEE n'est pas un objectif mais une référence, un « benchmark » », *Le Temps*, 4 décembre 2012. (Consulté le 26 mai 2014 : <http://www.letemps.ch/Page/Uuid/2d49f40a-3d64-11e2-8a9d-1c47ee014f33>).

TOBLER, Christa, « Die flankierenden Massnahmen der Schweiz in einem erneuerten System des bilateralen Rechts », *Jusletter*, 30 septembre 2013.

THURER, Daniel, « Europa und die Schweiz : Status quo und Potenziale einer Partnerschaft. Überlegungen zu einem pluralistischen Ansatz », *SJZ* 108 (2012) No. 20, pp. 477-488.

WERLY, Richard, « Suisse-Europe: l'impasse bilatérale », *Le Temps*, 2 octobre 2012. (Consulté le 22 mars 2014 : <http://www.letemps.ch/Page/Uuid/0f022c5c-0c08-11e2-85b0-f49d85899b5a%7C0>).

« Il faudra reposer la question des Bilatérales ! », *Le Temps*, 1^{er} mars 2014. (Consulté le 27 avril 2014 : http://www.letemps.ch/Facet/print/Uuid/f21f5080-a09c-11e3-b35a-c0afa834318c/Il_faudra_reposer_la_question_des_bilatérales).

« Ce qui nous lie à l'UE », le schéma d'accords bilatéraux entre la Suisse et l'UE, *Le Temps*, 4 avril 2014. (Consulté le 18 avril 2014 : http://www.letemps.ch/rw/Le_Temps/Quotidien/2014/04/04/Une/ImagesWeb/P07_Relations-CH-UE_p.pdf).

Correspondance et documents

Lettre de la Conseillère fédérale, Eveline Widmer-Schlumpf, au Président de la Commission européenne, José Manuel Barroso, 15 juin 2012.

«Principes applicables à la résolution des questions institutionnelles dans le cadre de l'accord « électricité » entre la Suisse et l'UE », annexe de la lettre de la Conseillère fédérale, d'Eveline Widmer-Schlumpf, au Président de la Commission européenne, José Manuel Barroso, 15 juin 2012.

Note for the Attention of the Members of GRI, SEAE, 11 septembre 2012.

Lettre du Président de la Commission européenne, José Manuel Barroso, à la Présidente de la Confédération, Eveline Widmer-Schlumpf, 21 décembre 2012.

Non-paper. Eléments de discussion sur les questions institutionnelles entre l'Union européenne et la Confédération helvétique, O'SULLIVAN, David, ROSSIER, Yves, Bruxelles, 29 janvier 2013.

Aide-mémoire, *Conditions for Resident Permits in Different Cantons*, Délégation de l'Union européenne en Suisse et pour la Principauté de Liechtenstein, Berne, 8 avril 2014.

Lettre signée par les 15 professeurs de droit et adressée au Conseil fédéral. (Consulté le 12 avril 2014 : <http://files.newsnetz.ch/upload//2/8/28285.pdf>).

Cadre juridique

I. UE

- CJCE, avis 1/91, 14 décembre 1991, Rec. 1991
- CJCE, avis 1/92, 10 avril 1992, Rec. 1992
- CJCE, arrêt *Polydor*, 9 février 1982, Aff. C-270/80
- CJCE, *Metalsa*, 1^{er} juillet 1993, Aff. C-312/91
- CJCE, *Grimme*, 12 novembre 2009, Aff. C-351/08

II. Suisse

- ATF 136 II 5
- ATF 133 V 329
- ATF 130 II 113
- ATF 103 IA 517
- ATF 128 I 295
- ATF 129 III 335

Sites de référence

www.europa.admin.ch

www.letemps.ch

www.nzz.ch

www.curia.europa.eu

www.eeas.europa.eu

Table des matières

Sommaire	p. 2
Remerciements	p. 3
Liste des acronymes et abréviations	p. 4
Introduction	p. 5

CHAPITRE I

Les limites des mécanismes institutionnels régissant les accords bilatéraux à l'heure actuelle

I.	Le droit de l'UE et la jurisprudence de la CJUE dans les accords bilatéraux Suisse-UE	p. 9
A.	Le caractère statique du droit de l'UE applicable : règle avec ses exceptions	p. 10
1.	L'équivalence des législations suisse et communautaire	p. 10
2.	La reprise de l'acquis communautaire	p. 10
B.	La prise en compte de la jurisprudence de la CJUE : norme explicite ou pratique tacite	p. 11
II.	Les mécanismes de règlement des différends et les mesures de sauvegarde	p. 13
A.	Les comités mixtes et leurs limites	p. 13
B.	Les mesures de sauvegarde et le contrôle de leur proportionnalité	p. 14

CHAPITRE II

A la recherche de solutions institutionnelles entre la Suisse et l'UE en 2012

I.	Les propositions suisses de résolution des questions institutionnelles avec l'UE, la lettre de la Conseillère fédérale du 15 juin 2012	p. 16
A.	Le champ d'application restreint de l'accord-cadre sur les questions institutionnelles	p. 17
a.	Le champ temporel d'application	p. 17
b.	Le champ matériel d'application	p. 17
B.	La nécessité de l'homogénéité du droit reconnue par la Suisse	p. 18
C.	La reprise de l'acquis communautaire pertinent sur une base « autonome »	p. 18
D.	L'interprétation par la Suisse de l'acquis communautaire	p. 19
E.	La surveillance de l'application de l'acquis pertinent à deux piliers	p. 19
F.	Le règlement politique des différends	p. 20
II.	La note critique rédigée par le Service européen d'action extérieure (SEAE) aux Etats membres de l'UE, le 11 septembre 2012	p. 20
A.	Les critiques de l'UE du champ d'application des solutions institutionnelles	p. 21
B.	La reprise de l'acquis communautaire pertinent sur une base « autonome »	p. 21
C.	L'interprétation variable de l'acquis communautaire	p. 22
D.	La surveillance de l'application de l'acquis pertinent en Suisse et par la Suisse	p. 22
E.	Le mécanisme de règlement des différends qualifié d'insuffisant	p. 23

CHAPITRE III
**La poursuite des négociations autour de l'accord-cadre
sur les questions institutionnelles entre la Suisse et l'UE**

I.	Les trois scénarii évoqués dans le « non-paper » Rossier/O'Sullivan	p. 25
	A. Les institutions distinctes en deux piliers – adhésion de la Suisse aux institutions de l'AELE	p. 26
	B. Les institutions <i>ad hoc</i> communes	p. 27
	C. La coopération juridictionnelle avec les institutions existantes	p. 27
II.	Le choix institutionnel helvétique et la comparaison avec le mécanisme de l'EEE	p. 28
	A. Le système institutionnel de l'EEE	p. 29
	1. L'architecture institutionnelle de l'EEE	p. 30
	a. L'homogénéité	p. 31
	b. La procédure de surveillance	p. 31
	c. Le règlement des différends	p. 31
	d. La procédure d'arbitrage	p. 31
	2. Les avis 1/91 et 1/92 de la CJCE	p. 32
	a. La particularité de l'ordre juridique communautaire	p. 32
	b. L'incompatibilité d'une Cour EEE	p. 33
	c. Une cour supranationale ou une instance arbitrale envisageables	p. 34
	d. La nature contraignante indiscutable des avis de la CJUE	p. 35
	B. La conférence de presse de Didier Burkhalter sur la politique européenne de la Suisse : le point sur les questions institutionnelles et la stratégie à moyen terme du Conseil fédéral, 26 juin 2013	p. 35
	1. « Pourquoi agir maintenant ? »	p. 37
	2. La procédure en cours	p. 37
	3. Quelles solutions institutionnelles ?	p. 37
	a. La reprise du droit de l'UE	p. 38
	b. La surveillance de l'application des accords	p. 38
	c. L'interprétation du droit et le règlement des différends	p. 38
	d. Les lignes rouges	p. 39

CHAPITRE IV
**Les critiques adressées au mandat de négociations du Conseil fédéral
sur les questions institutionnelles Suisse-UE**

I.	Le champ d'application élargi et la reprise <i>dynamique</i> indispensables	p. 42
	A. Le champ d'application du futur accord-cadre institutionnel	p. 42
	B. La reprise <i>dynamique</i> et le respect des procédures internes helvétiques	p. 43
II.	L'interprétation du droit et le mécanisme du règlement des différends avec une CJUE omniprésente	p. 44
	A. L'avis interprétatif contraignant de la CJUE n'ayant pas force exécutoire	p. 46
	B. La question préjudicielle applicable en Suisse	p. 48
III.	Le mécanisme de surveillance des accords de nature politique	p. 50
	A. La crainte de la procédure en manquement	p. 51
	B. L'avis de la CJUE sur le projet d'accord en vertu de l'article 218 § 11 à redouter	p. 51

IV.	L'accord d'association Suisse-UE avec l'EEE comme « benchmark »	p. 52
A.	La nécessité d'un juge suisse pour une cour supranationale	p. 52
B.	La création d'institutions <i>ad hoc</i> ou l'alignement sur le mécanisme de l'EEE	p. 53
V.	La « perspective suisse, vue de Bruxelles, pour les solutions institutionnelles »	p. 54
A.	Les aspects substantiels vus de Bruxelles	p. 55
B.	Les exigences formelles de l'UE	p. 55
	Conclusions	p. 58
	Bibliographie	p. 59
	Table des matières	p. 63