

# La clarification des questions institutionnelles profitera à l'économie

Avant de signer d'autres accords bilatéraux avec la Suisse, l'UE exige que les questions institutionnelles soient clarifiées. Les propositions du Conseil fédéral vont dans la bonne direction et sont favorables à l'économie. *Astrid Epiney*

**Abrégé** Depuis quelque temps déjà, les « questions institutionnelles » font l'objet de discussions entre la Suisse et l'UE. Elles portent notamment sur la reprise automatique du droit européen et le règlement des litiges. Les négociations et les entretiens s'avèrent difficiles au plan politique, qu'elle soit intérieure ou étrangère. Le présent article décrit le contexte et l'importance de la question, en la reliant avec la mise en œuvre de l'initiative contre l'immigration de masse. Il montre en particulier que l'avenir de la « voie bilatérale » pourrait être compromis si l'on ne parvient pas à résoudre les questions institutionnelles. Cela aurait de lourdes conséquences économiques. Enfin, il faut trouver des solutions originales, tout en sachant que des pertes de souveraineté seront inévitables. Celles-ci ne devraient, toutefois, n'être que peu d'effet en comparaison avec la situation actuelle.

Depuis le « non » du peuple et des cantons à l'Espace économique européen (EEE), les relations de la Suisse avec l'Union européenne (UE) reposent sur des accords dits « bilatéraux ». Ce terme est utilisé dans la mesure où ces textes lient la Suisse d'un côté et l'UE de l'autre. À l'inverse, l'EEE règle les relations d'un groupe (toujours plus restreint) d'États avec l'UE. Il existe deux « paquets » d'accords bilatéraux (voir *encadré*). En général, ceux-ci prévoient une véritable intégration de la Suisse dans le droit existant de l'UE<sup>1</sup>. De nombreux autres accords viennent s'y ajouter, comme celui, relativement récent, qui porte sur la sécurité douanière<sup>2</sup>.

On examine actuellement toute une série d'autres domaines qui pourraient faire l'objet de nouveaux accords bilatéraux. Certains d'entre eux revêtent une importance considérable pour l'économie suisse, qui est tournée vers l'exportation.

Liée par cet écheveau d'accords, la Suisse est aujourd'hui juridiquement et effectivement « intégrée » dans l'UE et dans le droit communautaire. Elle a ainsi la possibilité d'établir dans les domaines concernés des réglementations (largement) parallèles à celles en vigueur au sein

de l'UE. Malgré leur caractère « intégratif », de nombreux accords sont conçus du point de vue institutionnel sur le modèle des traités « classiques » régis par le droit international. Ils sont cependant différents les uns des autres. L'accord d'association à Schengen/Dublin, en particulier, présente des caractéristiques spécifiques<sup>3</sup>.

Cela crée parfois certaines difficultés, dans la mesure où une homogénéité vraiment complète de l'évolution du droit n'est pas toujours garantie au sein de l'UE d'une part et par rapport à la Suisse d'autre part. Il manque en outre un règlement (juridique) des litiges et un mécanisme de surveillance qui soit au moins presque supranational.

## L'accès au marché est déterminant

Il faut toutefois le constater: ces « déficits » – si l'on prend comme critère la situation dans une organisation supranationale ou du moins dans un accord comprenant des éléments supranationaux (comme l'EEE) – ne changent rien au fait que les traités bilatéraux existants entre la Suisse et l'UE fonctionnent globalement très bien. Les divergences d'opinions sur certains points de détail, comme les réglementations relatives aux travailleurs détachés, n'y changent rien.

Pour la Suisse, ces accords sont non seulement cruciaux sur le plan politique, mais ils revêtent également une importance économique qu'il ne faut pas sous-estimer. En effet, ils règlent souvent des questions d'accès au marché qui sont essentielles pour notre pays. La plupart des accords bilatéraux I, en particulier, peuvent être qualifiés comme donnant accès au marché – hormis celui sur la recherche, tout aussi important économiquement.

<sup>1</sup> Pour plus de détails sur les accords bilatéraux, voir Astrid Epiney, Beate Metz et Benedikt Pirker, *Zur Parallelität der Rechtsentwicklung in der EU und in der Schweiz – Ein Beitrag zur rechtlichen Tragweite der « Bilateralen Abkommen »*, 2012, Zurich. Voir, en particulier p. 95 ss.

<sup>2</sup> Accord relatif à la facilitation des contrôles et des formalités lors du transport des marchandises ainsi qu'aux mesures douanières de sécurité (« règle des 24 heures »), FF 2009 8115.

<sup>3</sup> Voir Astrid Epiney, « Zur institutionellen Struktur der Bilateralen Abkommen – Bestandsaufnahme, Perspektiven und Bewertung », dans FS Marc Amstutz, 2011, Zurich et al., p. 35 ss. Pour plus de détails, voir Epiney, Metz et Pirker (2012).



Même une sorte d'accord de libre-échange élargi ne pourrait pas les « remplacer ». Ce serait au contraire une nette régression pour l'intégration de la Suisse. Un tel traité impliquerait en effet de se limiter à la suppression des obstacles qui entravent véritablement l'accès au marché. La réalisation de conditions analogues à celles d'un marché intérieur n'entrerait pas en ligne de compte en ce qui concerne la Suisse – sans compter que cela remettrait en cause la participation à d'autres programmes et politiques qui présentent un grand intérêt pour notre pays. On ne sait pas non plus si et dans quelle mesure l'UE serait prête à élargir l'accord de libre-échange existant et donc à en remplacer d'autres.

### Le règlement des litiges, un point sensible

Comme il a déjà été mentionné, il existe un « décalage » entre le contenu matériel et la structure institutionnelle des accords bilatéraux. Il s'agit

La surveillance des accords bilatéraux doit intégrer la Cour de justice de l'Union européenne, à Luxembourg.

donc de les faire évoluer comme le demande l'UE depuis plusieurs années<sup>4</sup>. Pour elle, les questions institutionnelles doivent être clarifiées avant de s'engager sur un nouvel accord qui développerait notre participation au marché unique. C'est la raison pour laquelle des accords importants pour la Suisse, notamment dans le domaine de l'électricité et des services, sont bloqués à l'heure actuelle.

Les questions institutionnelles qui suscitent le plus grand intérêt concernent la reprise « quasi automatique » des développements de l'acquis communautaire, l'interprétation de ce droit « repris », la surveillance du respect des accords en Suisse et par la Suisse ainsi que le règlement des différends.

Après qu'une partie de ses premières propositions visant à résoudre ces questions s'étaient heurtées à une vigoureuse résistance au sein de l'UE, le Conseil fédéral a reconsidéré sa position et adopté un nouveau mandat de négociation. Il y souligne que son objectif est de garantir une





évolution homogène de l'acquis communautaire. Il semble ainsi ouvert aussi bien à une sorte de reprise dynamique des nouveaux acquis du droit européen qu'à une interprétation fondamentalement parallèle.

En ce qui concerne la surveillance et l'instance juridictionnelle, le Conseil fédéral plaide pour une intégration de la Cour de justice de l'Union européenne (CJUE), basée à Luxembourg. Cette position lui a valu des critiques<sup>5</sup>. Malgré tout, les raisons qui prêchent en faveur de cette approche l'emportent<sup>6</sup>.

En considérant les préoccupations de l'UE d'une part et celles de la Suisse d'autre part, on voit se dessiner des structures institutionnelles dictées par le pragmatisme<sup>7</sup>. De nombreuses questions restent, cependant, ouvertes. Le champ d'application d'un nouvel accord institutionnel n'est ainsi pas clairement défini. En outre, il reste à clarifier quelle portée aura la reprise obligatoire du droit européen<sup>8</sup> et quelles seront les compétences de la CJUE.

Les négociations et les entretiens sont toujours en cours, mais ni leur contenu ni même un projet d'accord ne sont accessibles au public.

## L'initiative contre l'immigration de masse bloque les négociations

La votation du 9 février 2014 a relégué le thème des questions institutionnelles au second plan. Depuis l'acceptation ce jour-là de l'initiative contre l'immigration de masse<sup>9</sup>, on cherche à savoir s'il est possible – et le cas échéant de quelle manière – d'adapter l'accord sur la libre circulation des personnes ou si une mise en œuvre du mandat constitutionnel pourrait être en conformité avec cet accord.

Ce débat est étroitement lié à celui qui porte sur la conclusion d'un accord relatif aux questions institutionnelles. En effet, il semble peu probable que Bruxelles signe un tel texte tant que les questions soumises par la Suisse à l'UE concernant la renégociation de l'accord sur la libre circulation des personnes ne sont pas clarifiées et que Berne n'exprime pas clairement sa volonté de maintenir cet accord en cas d'échec des négociations.

## L'échec des négociations conduirait à une impasse

Rien n'indique que l'UE envisage de dénoncer les accords bilatéraux actuels si les négociations échouent. À première vue, on pourrait donc être tenté de relativiser l'impact (notamment économique) qu'aurait un désaccord sur les questions institutionnelles, puisque les principaux intérêts de la Suisse sont déjà couverts. En d'autres termes, les deux parties n'auraient aucun accord institutionnel à signer, en tout cas pour l'instant, si l'on suit cette logique.

Une telle conclusion serait toutefois irréfléchie pour diverses raisons. Premièrement, on constate qu'il serait nécessaire, ou du moins utile, de faire évoluer une partie des accords existants. C'est le cas en particulier de ceux conclus à l'issue des bilatérales I, dont le contenu, essentiellement économique, ne peut progresser, ou alors difficilement, en raison de son caractère statique. Si une telle impossibilité devait se perpétuer faute d'accord institutionnel, certains besoins risqueraient de ne pas être pris en compte, ce qui aurait de lourdes conséquences sur le plan économique.

4 Il s'agit essentiellement d'accords d'accès au marché et d'accords qui « reprennent » pour d'autres raisons de larges parts du droit européen.

5 Sur ce problème, voir Christa Tobler, *Jusletter* du 3 juin 2013 et du 30 septembre 2013.

6 Voir en particulier Epiney, « La politique européenne de la Suisse – La voie bilatérale a-t-elle encore un avenir? », *La Vie économique* 1–2/2013 ; Epiney, « Quadratur des Kreises in der Europapolitik gelungen », *NZZ*, 23 août 2013.

7 Voir l'article précité d'Epiney dans *La Vie économique*, 1–2/2013.

8 En particulier la définition des parties de l'accord qui concernent l'acquis du marché intérieur.

9 Art. 121a Cst, dispositions transitoires dans l'art. 197, ch. 11 Cst.

### Les accords bilatéraux I et II

Les « accords bilatéraux I » ont été signés le 21 juin 1999 et sont entrés en vigueur le 1er juin 2002. Ils portent sur les domaines suivants : libre circulation des personnes, recherche, obstacles techniques au commerce, agriculture, transports terrestres, transport aérien et marchés publics<sup>a</sup>. Les « accords bilatéraux II » ont été signés en octobre 2004 et tous sont entrés en vigueur depuis lors (à l'exception de celui sur la fraude). Ils concernent l'imposition des fonctionnaires retraités de l'UE établis en Suisse, les produits agricoles trans-

formés, l'adhésion de la Suisse à l'Agence européenne pour l'environnement, la collaboration dans le domaine statistique, la participation à différents programmes dans les domaines de l'éducation, de la formation professionnelle et de la jeunesse, Schengen/Dublin, la fiscalité de l'épargne et la lutte contre la fraude<sup>b</sup>.

À notre connaissance, l'expression « accords bilatéraux » est utilisée principalement en Suisse et marque la différence par rapport à l'approche de l'EEE, considérée comme multilatérale. D'un point de vue

juridique, elle est toutefois impropre, car ces accords sont en partie multilatéraux (en raison de la participation des États membres). En fait, l'expression « accords sectoriels » reflète mieux la situation juridique, car elle fait référence à la réglementation spécifique des différents dossiers. Néanmoins, comme ces termes d'« accords bilatéraux » I et II sont couramment utilisés en Suisse, nous les conservons pour cet article.

a Texte de tous les accords dans FF 1999, p. 5788 ss ; JO 2002 L 114, p. 1 ss.

b FF 2004, p. 5593 ss.



Deuxièmement, l'inaptitude à faire évoluer les accords bilatéraux en en concluant d'autres – surtout s'ils concernent l'accès au marché – n'avantagerait guère la Suisse, que ce soit pour la défense de ses intérêts ou le développement de ses relations économiques. On ne pourrait plus «faire face» à de nouvelles préoccupations ou, tout au moins, les accompagner en signant de nouveaux accords.

Finalement, il ne faut pas oublier qu'en l'absence d'entente sur cette question, l'ensemble de nos relations avec l'UE se compliqueraient. Cette dernière pourrait entreprendre des «actions inamicales», par exemple en refusant d'intégrer de nouveaux instruments législatifs dans les accords existants.

Un autre aspect ne doit pas être sous-estimé: se borner aux accords bilatéraux actuels ne permettrait en aucune manière de tenir compte d'une réalité en constante évolution. Nos intérêts économiques risqueraient notamment d'en souffrir durablement.

## La Suisse peut supporter une perte de souveraineté

Si les deux parties parviennent à s'entendre sur les questions institutionnelles – quelle que soit la solution trouvée –, la Suisse sera plus étroitement «amarrée» à l'UE. Les mécanismes précis à mettre en place sont compliqués à élaborer. En effet, il s'agit d'intégrer la Suisse dans certaines parties d'une entité supranationale, cela sur la base d'une non-adhésion et d'accords «normaux» de droit international.

Toutefois, il semble parfaitement possible de trouver des solutions créatives aux questions qui se poseront, en les rattachant aux accords existants et au mandat de négociation du Conseil fédéral. Quelle que soit leur forme, la Suisse devra

accepter une certaine «perte de souveraineté». Il ne faut, toutefois, pas en surestimer l'importance: une grande partie du droit suisse est déjà plus ou moins dictée par le droit européen, que ce soit sur la base des accords existants ou en le reprenant de «manière autonome».

L'objectif consiste à s'assurer – surtout pour les accords d'accès au marché – que la situation juridique soit systématiquement parallèle dans l'UE d'une part et par rapport à la Suisse d'autre part. Cet «adossement» implique aussi une certaine pertinence de la jurisprudence de la CJUE et des développements législatifs du droit communautaire.

Le Tribunal fédéral va clairement dans ce sens, comme le montre sa jurisprudence dans de nombreux domaines – par exemple en ce qui concerne l'accord sur la libre circulation des personnes.

Comparé au statu quo, un accord institutionnel pèserait globalement moins lourd que ce que l'on pourrait penser au premier abord. Il représenterait plutôt un développement et une consolidation de la voie bilatérale. L'autre solution serait de déconnecter à long terme l'évolution du droit dans l'UE et en Suisse, au moins dans certains domaines. Toutefois, cela ne serait judiciaire ni politiquement ni économiquement.

---

**Une grande partie du droit suisse est déjà plus ou moins dictée par le droit européen.**



**Astrid Epiney**

Professeure de droit européen, de droit international et de droit public, rectrice de l'université de Fribourg