

# La politique européenne de la Suisse: la voie bilatérale a-t-elle encore un avenir?

Depuis plus de dix ans, les relations entre la Suisse et l'Union européenne (UE), ainsi que ses membres, sont réglées par les accords bilatéraux. Or, tandis que le Conseil fédéral entend poursuivre sur cette voie, l'UE souhaite, avant de conclure de nouvelles conventions, clarifier diverses questions institutionnelles concernant la reprise de l'acquis juridique européen et de son interprétation, la surveillance du respect des accords et le règlement des litiges. Compte tenu de ces exigences, du contexte politique actuel et des caractéristiques des textes existants, on peut se demander à quoi pourrait ressembler le futur cadre institutionnel dans lequel se fondraient les relations entre la Suisse et l'UE? C'est la question à laquelle tente de répondre le présent article.



La Suisse et l'UE ne sont pas parvenues jusqu'ici à s'accorder sur toute une série de questions institutionnelles, ni sur le déroulement des négociations relatives à plusieurs nouveaux dossiers. En illustration: Evelyne Widmer-Schlumpf, conseillère fédérale, et José Manuel Barroso, président de la Commission européenne, lors d'une conférence de presse en mars 2012. Photo: Keystone

Depuis le non du peuple et des cantons à l'Espace économique européen (EEE), le 6 décembre 1992, les relations entre la Suisse et l'UE reposent sur une approche dite bilatérale, ce qui signifie que les deux parties sont directement en vis-à-vis. À l'inverse, les relations entre l'UE et les États membres de l'AELE (hormis la Suisse) se règlent au sein de l'EEE. Le refus de la Suisse d'y adhérer l'a conduite à négocier deux paquets d'accords bilatéraux (voir encadrés 1 et 2). Ceux-ci règlent toute une série de domaines selon une approche sectorielle et prévoient en règle générale l'intégration de la Suisse à l'acquis de l'UE<sup>1</sup>. S'y ajoutent de nombreux

autres accords, comme récemment celui sur la facilitation et la sécurité douanière<sup>2</sup>. La Suisse est donc aujourd'hui, en droit et surtout en fait, largement intégrée à l'UE<sup>3</sup>. On examine, en outre, actuellement la possibilité de conclure de nouveaux accords bilatéraux dans plusieurs autres secteurs.

## État des négociations sur les questions institutionnelles

De nouveaux accords seront-ils effectivement conclus? Si oui, quand? Ces questions restent pour l'heure sans réponse, car la Suisse et l'UE ne parviennent pas à s'accorder sur plusieurs questions institutionnelles, ni sur le déroulement des négociations relatives aux nouveaux dossiers<sup>4</sup> et donc sur la suite de la procédure.

Au cœur des questions institutionnelles que l'UE souhaite clarifier avant de conclure de nouveaux accords<sup>5</sup>, on trouve la reprise de l'acquis juridique européen et de son interprétation, la surveillance du respect des accords en Suisse et par elle, ainsi que le règlement des litiges. Le *Conseil fédéral* a soumis à l'UE des propositions relativement concrètes, visant – avec une clarté inédite à ce jour – à



**P<sup>r</sup> Astrid Epiney**  
Directrice de l'Institut de droit européen, université de Fribourg

1 Voir à propos des accords bilatéraux, en détail et avec d'autres références: 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»*, Zurich 2012, en particulier p. 95ss.  
2 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 («règle des 24 heures»); FF 2009 8115.  
3 Nous renonçons à présenter ici un aperçu des caractéristiques des accords existants; voir à ce sujet, avec d'autres références: Astrid Epiney, «Zur institutionellen Struktur der Bilateralen Abkommen – Bestandesaufnahme, Perspektiven und Bewertung», dans *FS Marc Amstutz*, Zurich et al., 2011, p. 35ss.  
4 Il s'agit principalement des secteurs suivants: domaine agroalimentaire, sécurité des produits et santé publique, électricité, commerce des droits d'émission, droit des produits chimiques, navigation par satellite, promotion de la paix et collaboration avec l'Agence européenne de défense. Pour l'état des travaux, voir *europa.admin.ch*.  
5 *NZZ* du 3 février 2011, p. 15.

garantir l'homogénéité de l'évolution du droit. Pour ce qui est de la surveillance et de l'instance juridictionnelle, il a ébauché un modèle selon lequel l'application homogène du droit en Suisse serait surveillée par une autorité nationale indépendante qui pourrait, si nécessaire, engager des actions en justice (au niveau national). Quant aux divergences de vues sur l'interprétation et l'application des accords, elles devraient être résolues au sein d'un comité mixte. Il serait possible d'envisager des mesures de compensation, dont la portée, la durée et la proportionnalité pourraient être soumises à un tribunal arbitral<sup>6</sup>.

L'UE a réagi officiellement en décembre 2012<sup>7</sup>: elle souligne en particulier qu'elle n'entend pas conclure de nouveaux accords bilatéraux, selon le modèle appliqué jusqu'ici, avant qu'un cadre institutionnel approprié, applicable aux textes tant existants que futurs, ne soit instauré. Celui-ci devrait notamment prévoir un mécanisme juridiquement obligatoire d'adaptation dynamique des accords bilatéraux à l'évolution du droit européen, ainsi que «des mécanismes internationaux de surveillance et de contrôle judiciaire». Ces derniers seraient équivalents à ceux de l'EEE et de son pilier AELE.

Dans ces conditions, la question suivante se pose de nouveau avec acuité: la voie bilatérale a-t-elle encore un avenir? Il serait certes prématuré de conclure à sa «mort» en se basant sur cette seule prise de position du Conseil européen. Celui-ci ne rejette en effet pas la voie bilatérale en tant que telle, mais demande qu'elle s'inscrive dans un nouveau cadre institutionnel. Or, compte tenu du contexte politique actuel et des caractéristiques des accords existants, ce nouveau cadre est-il imaginable? À quoi pourrait-il ressembler pour demeurer réaliste et praticable?

### Structures institutionnelles envisageables

Le point de départ de toute réflexion sur les futures structures institutionnelles des accords bilatéraux est nécessairement le fait que, du point de vue du droit matériel, les éventuels nouveaux accords s'appuieront très étroitement sur l'acquis juridique de l'UE. Or, l'extension du champ d'application d'un cadre institutionnel horizontal à des accords pré-existants soulève des problèmes particuliers.

En ce qui concerne la forme, la reprise du droit européen se traduirait surtout par une multiplication des références directes à ses directives et ordonnances. De cette manière, les règles de droit de l'UE auront, aussi largement que possible, force obligatoire égale-

ment en Suisse. L'évolution des accords s'en trouvera facilitée, ce qui sert le but poursuivi par les deux parties, à savoir l'homogénéité de l'évolution du droit. À cet égard, le fait que l'accord d'association à Schengen/Dublin – que l'UE considère comme un standard minimal pour de futurs accords bilatéraux – repose exclusivement sur cette technique est très révélateur<sup>8</sup>.

### Homogénéité de l'évolution du droit

En ce qui concerne l'homogénéité de l'évolution du droit, il paraît envisageable d'inscrire dans les futurs accords l'obligation de principe pour la Suisse de reprendre à son compte l'évolution de l'acquis juridique de l'UE. Cela figure déjà dans l'accord d'association à Schengen/Dublin, qui précise toutefois que la Suisse reste libre de s'adapter à la faveur d'un processus législatif ordinaire, mais que si elle ne le fait pas, l'accord prend fin à l'expiration d'un délai donné. Ce modèle ne prévoit donc pas de reprise «automatique» à proprement parler des développements pertinents du droit européen. Il n'en reste pas moins qu'en cas de non-reprise, la Suisse peut être «sanctionnée» par une expiration de l'accord. Elle n'a donc guère le choix, dans la mesure où c'est l'ensemble du texte qui est en jeu. Ce modèle sert donc efficacement le but de l'homogénéité du droit.

L'intégration d'une telle obligation dans les accords existants – qui en sont pour l'instant dépourvus – soulève des questions particulières. Si ceux-ci contiennent des renvois au droit dérivé dans leurs annexes, l'adaptation du mécanisme de reprise dans le sens évoqué ci-dessus ne devrait pas présenter de difficultés, d'autant moins que les modifications du droit dérivé sont en principe de la compétence des comités mixtes. En revanche, si des obligations faisant référence au droit de l'UE sont formulées dans les accords eux-mêmes – comme dans l'Annexe 1 de l'Accord sur la libre circulation des personnes (ALCP), ainsi que dans de nombreuses autres dispositions –, ces textes devraient être révisés en conséquence. Cela poserait en outre la question de leur champ d'application matériel, dans la mesure où ils ne s'appuieraient parfois que partiellement sur le droit de l'UE. L'ALCP, par exemple, prévoit certaines dérogations au droit européen, notamment en ce qui concerne la liberté d'établissement, la libre prestation de services ou la question de la citoyenneté européenne.

### Homogénéité de l'interprétation et de l'application du droit

Si un accord de droit international conclu avec l'UE stipule qu'une partie définie de

Encadré 1

#### Les deux paquets d'accords bilatéraux

Les *Accords bilatéraux I* ont été signés le 21 juin 1999 et sont entrés en vigueur le 1<sup>er</sup> juin 2002. Ils portent sur la libre circulation des personnes, la recherche, les obstacles techniques au commerce, les produits agricoles, les transports terrestres, le transport aérien et les marchés publics<sup>a</sup>.

Les *Accords bilatéraux II* ont été signés le 26 octobre 2004 et sont depuis lors tous entrés en vigueur, à l'exception de celui qui concerne la lutte contre la fraude. Ils portent sur l'imposition des fonctionnaires retraités de l'UE établis en Suisse, les produits agricoles transformés, la participation de la Suisse à l'Agence européenne pour l'environnement, la collaboration dans le domaine statistique, la participation à divers programmes éducatifs, de formation et pour la jeunesse, «Schengen» et «Dublin», la fiscalité de l'épargne et la lutte contre la fraude<sup>b</sup>.

a Pour le texte des accords: FF 1999 5788ss; JO 2002 L 114, 1ss.

b Pour le texte des accords: FF 2004 5593ss.

Encadré 2

#### De l'utilisation du terme «accords bilatéraux»

Le terme «accords bilatéraux» est utilisé principalement en Suisse et marque la différence par rapport à l'approche de l'EEE, considérée comme multilatérale. Il est toutefois juridiquement impropre, car en raison de la participation non seulement de l'UE en tant que telle, mais encore de ses États membres, les accords sont en partie multilatéraux. Le terme «accords sectoriels», dérivé du fait que chacun d'entre eux règle un secteur particulier, rend mieux compte de la situation juridique effective. Sacrifiant à l'usage, nous nous en tiendrons néanmoins aux termes «Accords bilatéraux I» et «Accords bilatéraux II».

l'acquis juridique de cette dernière s'applique à ses relations avec un État tiers, comme c'est jusqu'à présent le cas pour les accords bilatéraux, il ne suffit pas de s'assurer du parallélisme de ce même acquis juridique – d'autant moins que la Suisse et l'UE entendent renforcer ce but dans leurs futurs accords. Il faut également l'interpréter et l'appliquer de manière «homogène», ce qui implique de tenir compte de la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne (CJUE).

Les textes actuels, exception faite de l'accord d'association à Schengen/Dublin, règlent sommairement ces questions ou ne les abordent même pas. On ne s'étonnera donc pas que la jurisprudence du Tribunal fédéral (TF) et celle de la CJUE tendent à différer en ce qui concerne l'interprétation de l'ALCP. Il est intéressant de souligner à cet égard que le TF, dans l'interprétation qu'il fait de cet accord, s'appuie de toute évidence beaucoup plus étroitement sur la situation juridique prévalant au sein de l'UE – y compris sur la jurisprudence la plus récente – que ne le fait la CJUE elle-même. La jurisprudence de la cour européenne ne peut, cependant, pas encore être considérée comme définitivement établie<sup>6</sup>.

Dans ce contexte, l'interprétation et l'application homogènes du droit requièrent que l'on formule clairement les accords. Cela signifie qu'il faut non seulement indiquer expressément quelles parties de l'acquis européen sont reprises et dans quelle mesure, mais encore insister sur le parallélisme requis aussi bien des objectifs visés que de l'interprétation du droit. S'agissant des accords existants, ces exigences ne seront pas toujours faciles à remplir, en raison de la grande diversité des principes que l'on y trouve, comme l'illustrent par exemple certaines dispositions de l'Annexe I de l'ALCP.

#### **Surveillance et instance juridictionnelle: mécanismes nationaux ou internationaux?**

La Suisse et l'UE s'accordent sur le fait que l'application des accords doit être surveillée par un organe indépendant (au sein de l'UE, cette surveillance incombe à la Commission européenne et à la CJUE) et qu'il y a lieu de prévoir une voie de recours devant les tribunaux. Bien que les propositions du Conseil fédéral<sup>10</sup> satisfassent à ces deux exigences, on doit s'attendre à ce que l'UE rejette des mécanismes purement nationaux, aussi bien en ce qui concerne l'autorité de surveillance que l'instance juridictionnelle, de sorte qu'il sera nécessaire de prévoir des mécanismes internationaux. Compte tenu de la jurisprudence de la CJUE, il y aurait lieu d'instaurer un organe juridictionnel international qui connaisse (uniquement) de

l'application et de l'interprétation des accords en Suisse et, le cas échéant, dans d'autres États tiers. La CJUE juge en effet incompatible avec les traités de l'UE le fait que des tribunaux internationaux rendent, en relation avec des dispositions contenues dans des traités internationaux s'appuyant sur le droit de l'UE, des arrêts ayant force obligatoire pour l'UE<sup>11</sup>.

On évoque également depuis quelque temps la possibilité, parfaitement réalisable du point de vue juridique, d'étendre les compétences de la Cour de justice de l'AELE, à laquelle il appartient d'interpréter le droit de l'EEE dans les États membres de cette association, ainsi que celles de l'Autorité de surveillance de cette même AELE. Il s'agirait en l'occurrence de conférer à la Cour de justice, en y intégrant éventuellement un représentant de la Suisse, certaines compétences en matière d'interprétation du droit et de règlement des litiges liés aux accords bilatéraux, ainsi que d'étendre en conséquence les attributions de l'Autorité de surveillance. Toutefois, les acquis du droit de l'EEE et ceux du droit bilatéral ne sont pas les mêmes. L'on peut en outre se demander, à juste titre, s'il serait pertinent que des juges norvégiens, islandais ou liechtensteinois se prononcent sur l'interprétation des accords bilatéraux en Suisse (la même réflexion vaut pour l'Autorité de surveillance de l'AELE). Il apparaît donc que, sans d'importantes réformes institutionnelles allant dans le sens, par exemple, d'une participation (partielle) de facto de la Suisse à l'EEE – ce qui ne réduirait certainement pas la complexité des accords bilatéraux –, les institutions de l'EEE et de l'AELE ne pourraient guère exercer de compétences dans des États non-membres de l'EEE sans incohérences institutionnelles.

#### **Solution possible: deux nouveaux organes indépendants**

Des mécanismes internationaux sont néanmoins envisageables, tant pour l'autorité de surveillance que pour l'instance juridictionnelle. Par «international», on entend ici l'absence de tout lien avec des structures purement nationales existantes. On peut donc imaginer – sur le modèle du droit de l'EEE et des institutions de l'AELE – de créer deux nouveaux organes (indépendants) sur une base contractuelle qui, pour des raisons évidentes, pourraient être officialisés dans un futur accord-cadre. Ces organes exerceraient leurs tâches respectives de surveillance et de contrôle juridictionnel, pour l'essentiel, sur le modèle de ceux qui, dans l'AELE, sont compétents en matière de surveillance et d'interprétation du droit de l'EEE. Le fait que leur légitimité proviendrait d'un accord

6 Voir, par exemple, la NZZ du 21 novembre 2012. Voir aussi les informations sur [www.admin.ch](http://www.admin.ch).

7 NZZ du 21 décembre 2012.

8 NZZ du 9 décembre 2008, p. 16.

9 Sur l'interprétation des accords bilatéraux, en détail et avec d'autres références, voir Astrid Epiney, Beate Metz et Benedikt Pirker, *passim*, note 1.

10 Voir plus haut.

11 Avis 1/91 du 14 décembre 1991 (EEE 1), rec. p. I-6079; voir aussi Avis 1/92 du 10 avril 1992 (EEE 2), rec. p. I-2821.

conclu entre la Suisse et l'UE suffirait à leur conférer le caractère international requis. Ce dernier devrait également se refléter dans leur composition: tant l'autorité de surveillance que l'instance juridictionnelle pourraient comprendre, outre un président, des membres provenant de Suisse et des États membres de l'UE en nombre égal (soit trois ou cinq personnes en tout). Leurs compétences seraient à l'image des organes correspondants de l'AELE. La structure ainsi mise en place pour la Suisse serait en quelque sorte parallèle à celle existant au sein de l'AELE dans ses relations avec l'EEE. Elle se présenterait ainsi sous forme de deux piliers, mais serait taillée sur mesure pour les accords bilatéraux. Cette nouvelle structure entraînera toutefois des coûts qu'il convient de ne pas négliger. De plus, il n'est pas certain qu'elle permette d'atteindre les objectifs visés plus efficacement que les propositions du Conseil fédéral.

Une autre possibilité consisterait à donner à la CJUE la compétence de statuer pour les deux parties sur l'interprétation des accords bilatéraux. Ses arrêts devraient avoir force obligatoire et la surveillance des accords pourrait être confiée à la Commission européenne. Toutefois, bien qu'elle repose sur le même mécanisme que celui prévu dans l'Accord sur le transport aérien, cette solution se heurterait à de gros problèmes d'acceptation en Suisse.

## Conclusion

L'avenir dira si la Suisse et l'UE trouveront une solution satisfaisante pour l'une comme pour l'autre, notamment en ce qui concerne les questions institutionnelles. Les considérations précédemment exposées montrent que, malgré les divergences de vues qui les opposent actuellement sur les questions institutionnelles, il n'est pas exclu que la Suisse et l'UE trouvent un accord. La voie bilatérale n'est donc pas encore épuisée.

Il convient par ailleurs de ne pas oublier qu'une adhésion à l'UE, ou ne serait-ce qu'à l'EEE, pourrait être non seulement plus avantageuse sur le plan institutionnel, mais encore – en fonction de l'étendue des futurs accords bilatéraux et de la «reprise autonome» du droit européen – matériellement guère éloignée de la voie bilatérale. Les opinions sont toutefois très divisées quant à l'opportunité de ces options, si bien qu'aucune n'est actuellement susceptible de réunir une majorité politique. La Suisse n'a donc, pour l'heure, guère d'autre choix que de poursuivre sur la voie du bilatéralisme. Cela ne change, bien sûr, rien au fait qu'il est indispensable de débattre de toutes les possibi-

lités qui s'offrent à sa politique européenne. Il convient en particulier de souligner l'intégration déjà très importante de la Suisse dans le droit de l'UE et de clarifier les implications – néfastes du point de vue institutionnel – d'une extension de sa participation au marché intérieur européen et à d'autres politiques de l'UE par la voie bilatérale. ■