

Les questions institutionnelles dans les relations Suisse-UE

La roadmap du Conseil fédéral ne peut toucher au but qu'à la condition que les règles de la circulation de l'UE soient reprises par la Suisse. Cela veut dire qu'une participation à des secteurs du marché intérieur ne sera possible qu'au moment où elle reprendra le droit pertinent du secteur concerné.

Récemment, le conseiller fédéral Didier Burkhalter a présenté aux médias la marche à suivre en matière de politique européenne. L'approche totale et coordonnée doit être poursuivie, étant entendu que le dossier de l'énergie est censé servir d'accord pilote ou test. Autrement dit, des solutions institutionnelles doivent être trouvées sur la base d'un accord concret. A ce jour, l'UE ne s'est pas prononcée sur cette proposition. Mais il paraît évident qu'elle exige une solution correspondant aux conditions qu'elle a formulées en 2008 et confirmées à plusieurs reprises. Ces exigences se rapportent à des accords qui portent sur une participation au marché intérieur.

Le marché intérieur de l'UE doit garantir les quatre libertés, à savoir la libre circulation des personnes, des marchandises, des services et du capital. Cet objectif ne peut être réalisé que sur la base de règles uniformes garantissant le fonctionnement des marchés. Cela est d'ailleurs conforme aux règles du marché intérieur suisse. Exemple : si l'on est d'accord que les soins dentaires ne peuvent être effectués que par des personnes avec des qualifications professionnelles définies, ces qualifications minimales doivent être fixées uniformément, afin que des dentistes aient la liberté d'exercer leur profession dans tout l'espace économique. Cela n'exclut cependant pas que des parties de l'espace économique, p.ex. les cantons ou des pays membres de l'UE, puissent fixer des exigences allant plus ou moins loin. Mais la liberté ne peut être refusée à des personnes qui ne remplissent que les conditions générales et non pas celles plus élevées de l'espace partiel. A l'inverse, elle ne peut être accordée à des personnes ne remplissant que les conditions moindres d'un espace partiel.

Il est vrai que le Conseil fédéral a bel et bien reconnu que le droit communautaire constitue la base des accords bilatéraux (Rapport sur la politique extérieure 2009, pp. 40; Rapport du 17 septembre 2010 sur l'évaluation de la politique européenne suisse, 6652). Mais en même temps il a exclu une reprise automatique du droit communautaire. Dans le Rapport sur la politique extérieure 2009 et dans celui sur l'évaluation de la politique européenne suisse de 2010, il explique qu'à la demande de l'UE des « mesures compensatoires » pourraient être prises si la Suisse ne pouvaient « exceptionnellement » pas accepter l'évolution du droit communautaire pertinent. De telles mesures compensatoires ne devraient toutefois « pas dépasser la dimension qui est nécessaire pour maintenir l'équilibre de l'accord respectif » ; et il ajoutait que la « proportionnalité » de ces mesures pourrait faire l'objet d'une procédure d'arbitrale. Ce règlement pour le « cas exceptionnel » de disparités du droit correspond à l'accord sur le transport de marchandises. Mais déjà lors de la signature de cet accord, en juillet 2009, l'UE a précisé que cela ne lui suffisait pas pour des accords impliquant une participation à des secteurs du marché intérieur et elle a depuis réaffirmé cette position à plusieurs reprises.

Déjà en décembre 2008, le Conseil de l'UE avait affirmé que les mécanismes pour la préservation de l'homogénéité du droit devaient être renforcés dans les accords bilatéraux avec la Suisse. Il a déclaré à cette occasion que les institutions de l'EEE créées à cette fin avaient bien fonctionné. En 2010, toutes les institutions communautaires compétentes, à savoir la Commission, les 27 Etats membres et le Parlement européen ont réaffirmé leur critique envers les accords bilatéraux passés tout en exigeant des améliorations. Elles laissaient toutefois la Suisse libre de proposer des solutions appropriées, celle-ci étant le mieux à même de juger de la plus grande compatibilité possible avec ses procédés internes. N'excluons pas que dans ce contexte l'UE ait eu à l'esprit l'existence du traité de l'EEE qui dans son optique représente un modèle approprié pour les Etats voulant participer au marché intérieur tout en excluant d'adhérer à l'UE.

1. Les quatre domaines des questions institutionnelles et les exigences de l'UE

Il s'agit en particulier des questions relatives à l'évolution des accords, la surveillance de leur application, l'interprétation des accords et le règlement des différends. Nous présentons ci-après, brièvement et de manière simplifiée, la problématique de la situation actuelle dans les différents domaines, entre parenthèses la procédure respective dans l'EEE :

Evolution des accords

Puisqu'un accord bilatéral ne peut être conclu qu'à la condition qu'il implique la reprise du droit respectif du marché intérieur, sa persistance n'est assurée qu'à la condition qu'il suive l'évolution du droit communautaire

L'acquis communautaire respectif est la base des accords entre la Suisse et l'UE sur la participation sectorielle au marché intérieur, qui englobe les traités et lois ainsi que la jurisprudence de la Cour européenne de justice. Cet acquis évolue en permanence. Les disparités du droit qui en résultent sont discutées dans le comité mixte faisant partie de l'accord bilatéral respectif et qui est tenu de rechercher des solutions satisfaisant les deux parties. Ces comités se réunissent normalement une fois par an, les procédures étant plutôt laborieuses. En général, il leur faut des mois, voire des années pour parvenir à l'adaptation de l'accord. Le droit communautaire évoluant entre-temps dans un rythme mensuel, il peut arriver qu'un accord au moment de son actualisation ne corresponde plus à l'acquis le plus récent.

→ L'UE tend à obtenir un règlement qui puisse garantir une reprise actuelle de l'évolution de l'acquis respectif de l'accord par la Suisse.

(Dans l'EEE : L'UE et les Etats partenaires EEE/AELE connaissent une procédure permanente d'information et de consultation sur les évolutions du droit pertinent. La reprise du nouveau droit s'effectue par une décision du comité commun de l'EEE. Dans ce comité, les Etats EEE/AELE sont tenus de parler d'une seule voix. Mais ils se sont mis d'accord à l'unanimité entre eux, si bien qu'un seul Etat peut empêcher la reprise du droit. S'il n'y a pas d'accord sur la reprise du droit dans le comité EEE, celui-ci « examine toutes les autres possibilités permettant de maintenir le bon fonctionnement de l'accord » (art. 102, alinéa 4). Si en l'espace de 6 mois aucune solution n'intervient dans le comité commun, la partie respective de l'accord est suspendue.)

Surveillance de l'application des accords

Dans l'UE, la Commission est compétente pour la surveillance de l'application du droit par les Etats membres. Si elle constate une violation du droit par un Etat membre, elle a la possibilité de le blâmer et peut, en dernier ressort, entamer une procédure de violation de l'accord auprès de la Cour de justice. Ainsi peut-elle garantir que les accords sont appliqués uniformément dans tous les pays membres. Or, les accords bilatéraux entre la Suisse et l'UE ne connaissent pas une telle instance, chaque partie doit s'occuper elle-même de leur application correcte. En outre, il n'existe aucune autorité indépendante en Suisse pour examiner l'application correcte des accords.

→ L'UE exige une autorité supranationale pour la surveillance des accords.

(Dans l'EEE : Dans le cas des Etats EEE/AELE, cette fonction est assurée par l'autorité de surveillance AELE ASE qui peut en appeler à la Cour de l'AELE.)

Interprétation des accords

L'uniformité du droit indispensable au bon fonctionnement d'un marché intérieur n'est garantie qu'à la condition que les tribunaux interprètent uniformément le droit pertinent du marché intérieur.

Dans l'UE, les tribunaux nationaux sont tenus de respecter la jurisprudence de la Cour européenne de justice. En dehors d'exceptions dans des domaines de l'accord sur la libre circulation des personnes et de l'accord sur le transport aérien, les tribunaux suisses ne sont pas obligés d'en tenir compte (dans leur pratique, toutefois, ils s'inspirent bel et bien de la jurisprudence de la Cour de Luxembourg.) Vu l'absence d'une obligation de tenir compte d'une

nouvelle jurisprudence de la Cour européenne de justice, il peut arriver que le droit pertinent du marché intérieur européen soit interprété autrement que dans l'UE, ce qui peut conduire à des distorsions de la concurrence et à l'insécurité juridique.

→ L'UE exige un règlement qui assure une interprétation homogène du droit.

(Dans l'EEE : La Cour de justice de l'AELE tient compte de la nouvelle jurisprudence et de la pratique d'interprétation de la Cour européenne de justice et mène avec cette dernière un dialogue juridique permanent. Dans le cas, qui ne s'est jamais présenté par le passé, où une interprétation différenciée interviendrait, l'accord sur l'EEE prévoit des procédures de consultation. Si celles-ci n'aboutissaient pas à une solution unanime, elles ouvriraient la voie à des mesures de protection, la proportionnalité desquelles, à la demande d'une partie contractante, seraient examinées par un tribunal arbitral.)

Procédure de conciliation

En l'absence d'une procédure de conciliation obligatoire, les relations interétatiques entre participants au contrat risquent de se détériorer entre différends et mesures de rétorsion.

Dans le cadre des accords bilatéraux, les différends sont réglés diplomatiquement dans les comités mixtes. Ces comités ne peuvent prendre leurs décisions qu'à l'unanimité. Si l'on n'arrive pas à se mettre d'accord, les problèmes restent simplement sans solution.

→ L'UE exige une solution permettant de régler les conflits définitivement en l'espace de délais raisonnables.

(Dans l'EEE : L'accord sur l'EEE prévoit des institutions et des procédures garantissant l'homogénéité du droit. En cas de disparités du droit, les domaines juridiques respectifs sont suspendus. Dans certaines conditions, l'accord autorise aussi les parties contractantes à prendre des mesures de protection et de compensation. A la demande d'une partie contractante, leur proportionnalité est vérifiée par un tribunal arbitral paritaire. Dans l'accord sur l'EEE, on a mis un soin particulier à ne pas porter atteinte à la position de la Cour européenne de justice comme dernière instance dans l'interprétation du droit communautaire. Le tribunal arbitral est expressément exclu de la compétence d'examiner l'interprétation de l'accord pour autant qu'il corresponde au droit communautaire (art. 111, alinéa 4).)

2. Options de la Suisse dans le cas de l'évolution de la voie bilatérale

Si la Suisse est décidée à poursuivre la voie bilatérale, elle sera donc obligée, en vue de résoudre ces questions institutionnelles, de faire des propositions acceptables pour les deux parties. Nous présentons ci-après quelques options imaginables en supputant leurs chances de se réaliser.

Evolution future des accords

Seule une reprise successive du droit communautaire peut assurer la persistance d'un accord bilatéral. Cette reprise n'est toutefois pas coercitive, puisque l'accord peut être restreint ou annulé en tout temps.

Quant à l'évolution des accords, il s'agit de créer un mécanisme obligatoire pour la reprise actuelle du droit communautaire par la Suisse.

Pour aller à la rencontre de l'UE, une **reprise dynamique du droit**, respectivement un « quasi-automatisme » serait nécessaire. Ainsi se pose la question des délais pour la reprise du droit, d'une part, et des conséquences d'une non-reprise d'une évolution par la Suisse, d'autre part. Lors des négociations qui ont eu lieu par le passé, l'UE a, semble-t-il, réaffirmé qu'une non-reprise entraînerait une suspension automatique de la partie respective de l'accord. Dans ces cas de figure, le Conseil fédéral s'est efforcé jusqu'à présent de privilégier un règlement qui se limiterait à des mesures compensatoires proportionnées. En vue de compenser une obligation de reprise dynamique du droit, le Conseil fédéral entend négocier **le droit d'avoir voix au chapitre (decision shaping)**. Pour l'heure, il n'est pas clair dans quelle mesure l'UE est disposée à venir à

la rencontre de la Suisse. Comme cela permettrait d'accélérer la mise en œuvre du droit repris, l'UE devrait dans le fond prêter main à cette solution.

Commentaire : L'avantage d'une telle solution réside dans le fait qu'elle renforcerait sensiblement la sécurité juridique. En outre, la présence dans les différents organes de l'UE permettrait à la Suisse d'accéder aux flux d'information et les différents réseaux, d'être informée en temps opportun sur d'importants développements et tendances, de s'impliquer et de se préparer aux échéances. Du reste, nombre de décisions dans les organes de l'UE sont prises par consensus, les votations étant plutôt rares. Par contre, il est difficile de dire quelle serait l'influence réelle de la Suisse sur la législation de l'Union. Un indice pourrait être le rapport d'experts norvégien sur l'EEE de janvier 2012, qui arrive à la conclusion que malgré sa participation au decision shaping, la Norvège n'a aucune influence significative sur le développement du droit communautaire. Etant donné l'impossibilité d'influer sur le droit communautaire, successivement repris par la Suisse, le « bilan de souveraineté nuancé » tel qu'il a été évoqué par le Conseil fédéral ne pourrait donc pas être compensé par la participation au decision shaping.

Dès lors, il faut considérer que la reprise du droit communautaire est la condition élémentaire de la conclusion d'un accord. A moins que l'on essaie d'obtenir une construction qui non seulement permet à la Suisse de participer à certains secteurs du marché intérieur de l'UE mais qui poursuit l'objectif de former un marché intérieur paritaire Suisse/UE. Une telle vision est assurément aussi peu réaliste que l'ambition que pourrait nourrir le Liechtenstein, invoquant son union douanière et monétaire avec la Suisse, de réclamer comme Etat souverain une politique économique extérieure et monétaire paritaire.

La reprise du droit communautaire étant une condition fondamentale de la conclusion du contrat, celui-ci ne peut s'inscrire dans la durée si l'unité de l'évolution du droit n'est pas garantie par la législation et la jurisprudence. Raison pour laquelle la « reprise automatique du droit » est une conséquence du but et du contenu du contrat. Elle n'est toutefois pas coercitive dans la mesure où le contrat peut être annulé à tout moment si la Suisse n'est pas prête à reprendre du nouveau droit et si l'UE ne veut pas accepter la disparité du droit.

Dès lors, la discussion sur la « reprise automatique du droit » se résume à la question de savoir quelle est la différence entre le contrat qui prévoit en cas d'une disparité du droit qu'il soit annulé, à moins que les parties se mettent d'accord sur une autre solution ou si les parties doivent annuler le contrat lorsque aucune solution satisfaisante n'est trouvée. A croire que le Conseil fédéral est porté à préférer la deuxième variante parce qu'il semble estimer que l'UE aurait plus de mal à se résoudre à une annulation qu'à accepter une disparité du droit. Pourtant, il semble sous-estimer l'importance fondamentale de l'homogénéité du droit dans le marché intérieur de l'UE. Difficile d'imaginer, en effet, que l'UE puisse accorder, à un participant à la carte du marché intérieur qu'est la Suisse, des libertés auxquelles ses Etats membres ont renoncées, en vue d'assurer le bon fonctionnement du marché intérieur, en faveur de compétences de décision et de surveillance de la Commission et de la Cour de justice.

Surveillance de l'application des accords, interprétation et exécution

Dans le domaine de l'autorité de surveillance, plusieurs options sont possibles, même si certaines d'entre elles paraissent peu réalistes. Cette question étant étroitement liée à la question de l'interprétation, les options sont traitées ici dans le même texte.

Nouveaux organes communs : Conformément à la logique bilatérale, on pourrait créer un nouvel organe de surveillance commun Suisse-UE et un tribunal commun Suisse-UE. Ainsi serait satisfaite à une exigence de l'UE à propos d'institutions supranationales.

Commentaire : Même si, à première vue, une telle solution paraît s'imposer, elle n'est pas applicable. Dans une expertise de 1991, la Cour européenne de justice a déclaré, à propos de l'accord sur l'EEE, qu'une interprétation du droit communautaire par un autre tribunal que par elle-même violerait les traités de l'UE, car cela compromettrait l'autonomie de l'ordre juridique de l'Union. En 2011, elle a confirmé ce point de vue dans une expertise sur la Cour européenne des brevets. (Remarque : A l'origine, un tel organe commun était prévu dans l'accord sur l'EEE, mais

aujourd'hui, la Cour de l'AELE n'est compétente que pour l'interprétation de l'acquis à l'intérieur du pilier AELE.)

Organes de l'UE : La Suisse pourrait confier la surveillance de l'application des accords bilatéraux à la Commission européenne et accepter les arrêts de la Cour européenne de justice. Non-membre de l'UE, elle n'aurait cependant aucun représentant à la Commission et aucun juge à la Cour, mais dans les procédures, elle aurait les mêmes droits que les Etats membres de l'UE.

Commentaire : A première vue, sous l'angle de la politique de souveraineté, ce n'est pas une option réaliste pour un non-membre de l'UE. Il convient toutefois de s'interroger sur ces objections. La Suisse ne peut participer au marché intérieur que dans la mesure où elle accepte l'homogénéité du droit. A la réflexion, il serait donc logique qu'elle accepte aussi les compétences des organes de l'UE qui ont été créés pour garantir cette homogénéité. Le risque existe néanmoins que la Cour ne tienne pas compte de la particularité des accords bilatéraux et qu'elle interprète le droit comme pour les Etats membre de l'UE.

Organes de l'EEE : La Suisse pourrait confier à l'AES la surveillance de l'application des accords bilatéraux et accepter les jugements de la Cour de l'AELE. Au besoin, il serait envisageable d'établir un département suisse auprès de l'ESA (european surveillance authority) qui s'occuperait des accords bilatéraux. Dans les cas qui concernent la Suisse, la Cour de l'AELE pourrait éventuellement être complétée par un représentant suisse.

Commentaire : Il n'est pas certain mais pas impossible que les Etats EEE/AELE s'accommoderaient de cette solution. Elle s'occuperait de l'interprétation du droit du marché intérieur européen, droit qui vaut pour les Etats EEE/AELE et en vertu des accords bilatéraux aussi pour la Suisse. Le risque existe néanmoins, comme mentionné précédemment, que la Cour ne tienne pas compte de la particularité des accords bilatéraux et qu'elle interprète le droit comme pour les Etats membre de l'EEE.

Modèle des deux piliers : Conformément au modèle de l'EEE, on pourrait créer un nouveau système des deux piliers. La Commission européenne surveille les Etats membres, une autorité indépendante suisse surveille la Suisse. Cette dernière contrôlerait les autorités fédérales ainsi que les cantons et, le cas échéant, porterait plainte auprès du Tribunal fédéral. En l'occurrence, le Tribunal fédéral pourrait être amenée à tenir compte d'une manière appropriée de la jurisprudence nouvelle de la Cour européenne de justice tout en menant un dialogue informel avec celle-ci.

Commentaire : Du point de vue de la politique de souveraineté, la variante est appropriée. Il est pour le moins douteux, dans l'optique de l'UE, qu'il soit ainsi suffisamment tenu compte du principe de supranationalité. Les premières prises de position de représentants de l'UE sont négatives.

Procédure de conciliation

Grâce à des mécanismes obligatoires pour la reprise du droit, une surveillance indépendante de l'application des accords et une interprétation parallèle du droit, il ne faudrait plus craindre d'importantes différences.

Au cas où l'on se déciderait pour un modèle à deux piliers, il faudrait s'attendre à ce que l'UE exige une procédure de conciliation bien réglée et définitive. Là aussi, on pourrait s'inspirer de l'exemple EEE. Ainsi, les solutions devraient donc être recherchées, de manière consensuelle, au sein d'un comité commun. En cas de différends insolubles ou de désaccords sur des mesures compensatoires, il s'agirait de créer une juridiction arbitrale. Conformément au modèle de l'EEE et au point de vue de l'UE selon lequel seule la Cour européenne de justice décide en dernier ressort de l'interprétation du droit du marché intérieur, cette instance ne se prononcerait que sur la proportionnalité de mesures compensatoires en cas de disparités du droit, mais non pas sur une éventuelle interprétation controversée du droit du marché intérieur qui a été repris dans les accords bilatéraux.

Commentaire : Le Tribunal fédéral, dans son expertise adressée au Conseil fédéral, s'oppose toutefois à ce que ses décisions soient examinées par la Cour de l'AELE ou un tribunal arbitral, arguant que cela compromettrait la souveraineté de la jurisprudence dans le domaine des accords

bilatéraux. A son avis, il importe peu qu'un tel organe supranational soit complété par un représentant suisse.

3. Conclusion : une Suisse dans le dilemme

Pour plusieurs raisons, persister dans le statu quo bilatéral n'est pas une option valable pour la Suisse. Ce d'autant que l'accès au marché intérieur est toujours incomplet et qu'en l'état actuel des choses, on voit s'accumuler de nouvelles entraves à l'accès, sans parler de l'insécurité juridique rampante. Il serait donc dans l'intérêt de la Suisse de faire en sorte que ces obstacles soient définitivement levés.

Dès lors, il apparaît que d'autres pas d'intégration sur la voie bilatérale ne sont plus compatibles ni avec la souveraineté suisse, ni avec l'unité du droit dans l'espace juridique commun avec l'UE ou encore avec l'autonomie du droit de l'UE. Pour parvenir à une solution, il est impératif de faire ses choix. Il serait toutefois totalement irréaliste d'espérer que l'UE se départira du principe de l'homogénéité du droit ou qu'elle acceptera, pour faire plaisir à un Etat tiers, de renoncer à son autonomie juridique. Ne reste donc que la souveraineté de la Suisse.

Toutefois, une telle issue ne ferait qu'accentuer une asymétrie existant déjà à l'heure actuelle dans nos relations avec l'UE. Ce d'autant que l'Union, en fin de compte, ne demande pas mieux que d'étendre ces solutions institutionnelles à l'ensemble des accords conclus par le passé.

A la lumière de ce qui précède, il apparaît clairement qu'il est grand temps de réfléchir sérieusement et sans à priori à des alternatives à la voie bilatérale, y compris à l'adhésion de la Suisse à l'Union européenne.