

Profiter d'un contexte favorable pour renégocier un nouvel accord-cadre avec l'UE

Rapport rédigé par le Professeur Nicolas LEVRAT, de l'Université de Genève

Le présent rapport a été établi durant le mois de janvier 2021 par le Professeur Nicolas Levrat, à la demande du DFAE. Le Professeur Levrat a été assisté dans cette tâche par la Dr. Yuliya Kaspiarovich, laquelle est bien évidemment soumise aux mêmes obligations de confidentialité que l'auteur du rapport.

Le mandat confié au Professeur Levrat a consisté à « établir un rapport d'expertise, dans lequel la question des options en cas de non-aboutissement des négociations [de clarifications de l'Accord-cadre de 2018] sera présentée et discutée. Entre autres, les questions de tactiques de négociation devront être abordées ainsi que la question, dans quelle mesure des options doivent être explorées avec la partenaire de négociation. Le mandataire élaborera à cet égard des propositions d'action pour la partie suisse. »

Ce rapport est à la destination exclusive du DFAE. Son auteur ne le transmettra ni n'en dévoilera le contenu à aucun tiers, sauf le cas échéant après accord préalable du DFAE. Le DFAE bénéficie de toute latitude de faire état de ce rapport ou d'analyses et/ou propositions qu'il contient.

21 février 21

A. RÉSUMÉ DES CONCLUSIONS DU RAPPORT

1. Le DFAE nous a confié en janvier 2021 le mandat d'« établir un rapport d'expertise, dans lequel la question des options en cas de non-aboutissement des négociations [de clarifications de l'Accord-cadre de 2018] sera présentée et discutée. Entre autres, les questions de tactiques de négociation devront être abordées ainsi que la question, dans quelle mesure des options doivent être explorées avec la partenaire de négociation. Le mandataire élaborera à cet égard des propositions d'action pour la partie suisse. »

Constats :

2. Ce rapport montre que **les conditions qui ont conduit à la formulation de l'accord-cadre de 2018 ne sont plus réunies** (voir la partie 1 ci-dessous). Il ne fait donc pas sens, ni pour l'UE, ni pour la Suisse, de tenter de poursuivre leur relation bilatérale sur la base de cet accord.
3. De plus, une analyse fine de la jurisprudence de la CJUE quant à la compatibilité des mécanismes de règlement des différends prévus dans des accords internationaux liant l'UE (lesquels prévoiraient que la CJUE – ou même certains de ses juges – soient amenés à interpréter des concepts de droit de l'UE ou des normes libellées en des termes identiques que ceux d'une norme de droit de l'UE hors de l'ordre juridique de l'UE) montre que le mécanisme prévu par l'art. 10 § 3 de l'Accord-cadre de 2018 ne serait probablement pas considérée comme compatible avec le principe d'autonomie du droit de l'UE tel que le défend la CJUE dans sa jurisprudence constante (voir nos longs développements dans le point 2.1.2. ci-dessous). En conséquence, il est probable que, du point de vue de la CJUE, le mécanisme de règlement des différends tel qu'institué par l'article 10 de l'Accord-cadre de 2018, ne soit pas considéré comme acceptable par la CJUE.
4. A court terme, le statu quo serait probablement plus problématique pour la Commission européenne (qui accumule les échecs et se trouve affaiblie – voir 1.4 ci-dessous) que pour la Suisse. La Suisse se trouve donc dans un contexte de négociations avec l'UE beaucoup plus favorable qu'entre 2013 et 2018 (période de négociation de l'Accord-cadre de 2018). A moyen et long terme par contre, l'économie suisse a un besoin vital de conserver et de développer l'accès au marché intérieur de l'UE. L'UE pour sa part, ne peut cependant pas, au vu de notre situation géographique (voir la partie B ci-dessous) se permettre d'isoler la Suisse.

Proposition principale :

5. **La principale alternative à l'entrée en vigueur de l'accord-cadre de 2018 en sa forme actuelle, serait que la Suisse propose de l'abandonner** (ce serait une concession majeure pour l'UE).
6. **En contrepartie, nous suggérons que la Suisse propose à l'UE une renégociation d'un véritable accord-cadre global** (ce serait une concession majeure de la Suisse).
7. Nous montrons qu'en l'état actuel, la Commission européenne pourrait être intéressée par une telle option (voir 1.4 ci-dessous).
8. Ce nouvel accord-cadre couvrirait l'ensemble des relations entre la Suisse et l'Union européenne (à la différence de l'accord 2018 qui ne couvre que cinq accords bilatéraux actuels).
9. Ce nouvel accord-cadre créerait une **instance politique de haut niveau** (Conseil de partenariat) au sein de laquelle un dialogue annuel sur les relations Suisse-UE se tiendrait (le schéma institutionnel proposé par l'Accord entre le Royaume-Uni et l'UE pourrait, pour ce seul aspect, être reproduit).
10. Ce nouvel accord-cadre **remplacerait toutes les « clauses guillotines »** existantes (celles du premier paquet de bilatérales et celles prévues par l'Accord de 2018) par **une clause de rendez-vous périodique** pour tous les accords (p. ex. tous les 5 ou 7 ans). Cela veut dire qu'à l'issue de chaque période de cinq ou sept ans, l'application **de chaque accord bilatéral** entre la Suisse et l'UE ferait l'objet d'une évaluation quant à son application et sa pertinence (un processus d'examen périodique). Afin de ne pas cumuler tous les examens sur un même cycle, un calendrier annuel des accords à examiner pourrait être établi d'un commun accord. L'examen périodique se ferait au sein des comités mixtes existants. Un rapport sur ces processus (qui resteraient décentralisés au niveau des comités mixtes) serait présenté annuellement au Conseil de partenariat.
11. Ce processus permettrait un « réalignement » régulier des conditions d'application de chaque accord par chacune des parties. Mais au lieu de laisser la tâche de ce réajustement au seul jugement d'arbitres – et pour ce qui concerne les notions de droit européen à la CJUE – ce serait **un processus politique qui permettrait aux parties d'actualiser de manière continue (tous les 5 ou 7 ans) et sectorielle le cadre juridique de leur relation**. Ainsi les parties pourraient soit décider de poursuivre inchangée la mise en œuvre d'un accord, soit s'engager à prendre des mesures unilatérales pour améliorer les conditions de mise en œuvre, soit adopter

dans le cadre du comité mixte des mesures d'ajustement, soit enfin, cas ultime, dénoncer ou renégocier l'accord.

12. La Suisse pourrait, selon nous, **accepter que la Commission européenne**, en cas de difficultés pour l'UE dans les conditions de mise en œuvre d'un accord bilatéral constatées lors de cet examen périodique, **puisse saisir la CJUE** selon une procédure analogue à celle de l'art. 218 § 11 TFUE (c'est selon la Commission ce qu'elle ferait dans le cadre de l'EEE, si nécessaire ; cela n'a jamais été mis en œuvre en pratique). La CJUE se prononcerait alors sur la compatibilité avec le droit de l'UE des modalités de mise en œuvre de l'accord par la Suisse (et par l'UE).
13. En cas de constat d'incompatibilité par la CJUE, des mesures de « mise en conformité » devraient être prises par les Parties (soit s'engager à prendre des mesures unilatérales pour améliorer les conditions de mise en œuvre. C'est-à-dire soit adopter dans le cadre du comité mixte (voire du Conseil de partenariat), des mesures d'ajustement. Faute d'un tel résultat, les parties seraient probablement contraintes, en ultime recours, de dénoncer ou de renégocier l'accord.
14. Ce mécanisme d'évaluation périodique remplacerait le mécanisme de renvoi préjudiciel par le Tribunal arbitral prévu par l'art. 10 § 3 de l'Accord-cadre de 2018. A ce propos, nous montrons (par une analyse de sa jurisprudence) que la CJUE n'est pas demandeuse de procéder elle-même à des interprétations de notions de droit de l'UE hors de l'ordre juridique de l'UE (voir 2.1.2 ci-dessous).
15. Un tribunal arbitral, qui se prononcerait selon le droit international public si un différend entre les parties émerge et persiste (la solution négociée dans le cadre des comités mixtes d'abord, le Conseil de partenariat ensuite devrait être privilégiée), nous paraît acceptable, mais pas nécessaire.
16. **L'ouverture de nouvelles négociations relatives à un tel accord-cadre global doit être subordonné à ce qu'en échange de la négociation de cet accord-cadre global (concession majeure de la CH), l'UE accepte de reprendre en parallèle des négociations sectorielles (concession majeure de l'UE).**

Propositions subsidiaires :

17. Subsidiairement, à défaut de pouvoir négocier un véritable accord-cadre global couvrant l'ensemble des relations bilatérales Suisse-UE (faute de volonté de la part de l'UE), nous suggérons de renégocier le mécanisme de Règlement des différends tel que prévu à l'art. 10 § 3 de l'Accord-cadre de 2018 en **supprimant la possibilité de renvoi préjudiciel par les arbitres à la CJUE** (voir pour le détail, la proposition n° 2, infra pp. 56).

18. Toujours subsidiairement, nous suggérons de remplacer dans l'Accord-cadre de 2018 la « clause guillotine » instaurée par l'art. 22 § 2 par un mécanisme de réexamen périodique des accords tel que proposé aux points 10 à 14 ci-dessus.
19. Très subsidiairement, à défaut de parvenir à s'affranchir du mécanisme de renvoi préjudiciel à la CJUE par le Tribunal arbitral tel que prévu par l'art. 10 § 3 de l'Accord-cadre de 2018, nous suggérons que la Suisse assortisse son acceptation de cet accord de la déclaration suivante : « En cas de question préjudicielle posée à la CJUE selon la disposition de l'art. 10 § 3 de l'Accord-cadre de 2018 la Suisse comprend que, conformément à sa jurisprudence constante, la CJUE interprétera une disposition d'un accord bilatéral entre la Suisse et l'Union européenne faisant référence à des actes ou des notions de droit de l'UE, non pas uniquement en fonction de la similarité des termes employés dans l'accord bilatéral avec le droit de l'UE, mais principalement à la lumière du sens ordinaire à attribuer à ces termes dans leur contexte, et à la lumière de l'objet et du but de cet Accord bilatéral, comme le rappelle l'article 31 de la Convention de Vienne sur le droit des traités du 23 mai 1969. »
20. Dans le court terme, nous suggérons au DFAE de soutenir l'organisation d'un colloque académique de haut niveau sur la question de l'interprétation de dispositions ou de notions de droit de l'UE hors de l'ordre juridique communautaire. Cela permettrait de préciser l'interprétation que donnent actuellement les spécialistes de droit européen – hors de Suisse – à la jurisprudence de la CJUE sur cette question.

Tables des matières

A.	RÉSUMÉ DES CONCLUSIONS DU RAPPORT	2
	Tables des matières	6
	Liste des abréviations utilisées	8
B.	INTRODUCTION	9
C.	ANALYSES	11
1.	Les conditions d'une négociation CH-UE au début 2021.....	11
1.1.	Évoquer un « modèle britannique » pour la future politique européenne de la Suisse ne fait aucun sens	11
1.2.	L'UE n'a plus de modèle pour sa « politique européenne ».....	13
1.3.	L'UE admet que ses relations de voisinage peuvent être basées sur le droit international public	15
1.4.	Un intérêt pour la Commission de négocier un nouvel Accord-cadre global avec la Suisse ?.....	18
1.5.	L'absence d'échéances politiques majeures chez les partenaires	20
2.	Les enjeux juridiques majeurs de la relation Suisse-UE	21
2.1.	Les conditions homogènes de l'application des accords bilatéraux relatifs au marché intérieur	21
2.1.1.	<i>La reprise dynamique de l'acquis (du droit de l'UE relatif au marché intérieur)</i>	<i>21</i>
2.1.2.	<i>L'interprétation uniforme du droit de l'UE au sein du marché intérieur</i>	<i>22</i>
2.1.2.1.	<i>L'origine et la portée du concept d'interprétation uniforme en droit de l'UE</i>	<i>23</i>
2.1.2.2.	<i>Les enjeux d'une interprétation uniforme d'un accord liant l'UE au regard de l'autonomie du droit de l'UE</i>	<i>24</i>
2.1.2.3.	<i>L'interprétation uniforme (au sens du droit de l'UE) d'un accord relatif au marché intérieur à l'intérieur et à l'extérieur de l'OJUE ne peut pas être garantie selon la CJUE</i>	<i>28</i>
2.2.	L'usage d'une « clause guillotine »	32
2.3.	Le principe de coopération loyale.....	34
2.4.	Le principe de confiance mutuelle	35

2.5. Considérations sur les mécanismes de règlement des différends dans les relations Suisse-UE concernant les accords relatifs au marché intérieur.....	37
3. Les possibilités de modification de l'Accord-cadre de 2018 dans le contexte actuel.....	44
3.1. L'origine et le contexte de négociation de l'Accord de 2018 (et sa réception en Suisse)	46
3.2. Recadrer l'accord-cadre : malgré son appellation, « l'accord-cadre » n'a qu'un champ d'application réduit	50
3.3. Le mécanisme de règlement des différends prévu dans l'accord de 2018 peut-il être modifié ?	51
3.3.1. <i>Tableau comparatif sommaire des solutions institutionnelles dans les accords internationaux de l'UE :</i>	<i>54</i>
D. PROPOSITIONS POUR DE NOUVELLES NÉGOCIATIONS AVEC L'UE...	55
PROPOSITION 1 : Proposer un véritable accord-cadre pour les relations Suisse-UE	55
PROPOSITION 2 : Renégocier le mécanisme de règlement des différends dans l'AFRB actuel	56
PROPOSITION 3 : Remplacer le mécanisme de la question préjudicielle tel que prévu à l'art 10 § 3 AFRB par des clauses de rendez-vous avec possibilité de dénoncer l'accord	57
PROPOSITION 4 : Annexer une déclaration interprétative à l'art. 10 § 3 de de l'AFRB actuel.....	58

Liste des abréviations utilisées

- AAUKR :** Accord d'association du 21 mars 2014 entre l'Union européenne et ses États membres, d'une part, et l'Ukraine, d'autre part.
- ABLCP :** Accord bilatéral du 18 avril 1999 entre la Suisse d'une part et l'UE et ses États membres de l'autre, sur la libre circulation des personnes.
- ACCUERU :** Accord de commerce et de coopération du 24 décembre 2020 entre l'Union européenne et la Communauté européenne de l'Énergie atomique d'une part, le Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord, d'autre part.
- AEEE :** Accord du 2 mai 1992 sur l'Espace économique européen (également dans le texte **accord EEE**).
- AELE :** Association européen de libre-échange.
- AFRB :** Accord du 23 novembre 2018 facilitant les relations bilatérales entre l'Union européenne et la Confédération Suisse dans les parties du marché intérieur auxquelles la Suisse participe.
- CETA :** *Comprehensive Economic and Trade Agreement* du 30 octobre 2016 conclu entre l'UE et ses États membres, d'une part, et le Canada, d'autre part (ou **AECG** en français pour : Accord économique et commercial global).
- CJUE :** Cour de justice de l'Union européenne.
- DIP :** Droit international public.
- EEE :** Espace économique européen.
- OJCH :** Ordre juridique suisse.
- OJUE :** Ordre juridique de l'Union européenne.
- PEV :** Politique européenne de voisinage.
- RDIE :** Mécanisme de règlement des différends entre investisseur et État.
- TUE :** Traité sur l'Union européenne.
- TFUE :** Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne.

B. INTRODUCTION

La Suisse et l'Union européenne sont de proches voisins. La Suisse a même – si l'on excepte le Liechtenstein – un territoire entièrement enclavé dans l'Union européenne. Également non négligeable dans la situation singulière de la Suisse, le fait que trois de nos quatre États voisins membres de l'UE sont les trois plus grands États membres de l'UE, tous trois présents dès l'origine du projet d'intégration européenne (1952). Ces trois grands voisins (Allemagne, France et Italie) sont de par leur proximité et l'intensité des liens économiques qu'ils entretiennent avec la Suisse, très directement intéressés à ce que les relations entre la Suisse et l'UE n'entraient pas leurs bonnes relations de voisinage avec la Suisse. Pour ces raisons géographiques, des relations de voisinage entre la Suisse et l'UE leur sont, autant qu'à la Suisse, nécessaires.

Si la Suisse a un territoire et un cadre institutionnel stable depuis près de 150 ans¹, il n'en est pas du tout de même de l'UE², dont tant le territoire que les compétences, ont connu des évolutions majeures, particulièrement depuis 1990³. C'est dans ce cadre (post-1990) que s'inscrivent la plus grande part des relations Suisse-UE⁴. **Nous postulons cependant dans le présent rapport, que la logique qui a dominé les relations de l'UE avec ses voisins depuis 1990 est, du point de vue de l'UE elle-même, fondamentalement remise en cause aujourd'hui.** Ce qui, nous le pensons, offre à la Suisse l'opportunité de redessiner le cadre juridique global de ses relations avec l'UE. Par contre, *l'Accord facilitant les relations bilatérales entre l'Union européenne et la Confédération Suisse dans les parties du marché intérieur auxquelles la Suisse participe* du 23 novembre 2018 (ci-après AFRB) a été conçu et conclut selon la logique post-1990, qui n'est plus d'actualité aujourd'hui. C'est pourquoi, s'entêter à le mettre en œuvre ne constitue pas une stratégie d'avenir. Soulignons cependant d'emblée qu'un tel dessein ne passe pas par une remise en cause systématique⁵ des accords sectoriels existants.

L'objectif ambitieux que se fixe l'AFRB est présenté comme celui d'un cadre institutionnel unique pour les relations entre la Suisse et l'UE. Cette présentation n'est cependant pas tout à fait exacte, puisque cet accord ne vise que ce qui concerne les accords relatifs à l'accès au marché intérieur. D'autres relations entre la Suisse et l'UE demeurent en dehors

¹ Prenant comme point d'origine de la Suisse contemporaine la Constitution du 29 mai 1874, dont la révision complète du 18 avril 1999 n'a pas modifié les paramètres fondamentaux, ni territoriaux, ni institutionnels.

² Par facilité de langage, nous utiliserons le terme UE pour caractériser le projet européen actuellement intitulé UE (voir à ce propos l'art. 1^{er} du *Traité sur l'Union européenne* actuellement en vigueur (JOUE n° C 202/16 du 7 juin 2016). Ce vocable couvrira dans le présent rapport – même si cela constitue formellement un anachronisme – le projet d'intégration européenne dès son origine (1952) sous la forme de la CECA, puis des Communautés européennes.

³ Que ce soit par l'évolution du nombre d'États membres (l'UE passe de 12 États membres en 1990 à 27 en 2020) ou celle des compétences. Par contre, le cadre institutionnel de base de l'UE est resté pour sa part étonnamment stable.

⁴ Nous n'ignorons pas l'important accord de libre-échange de 1972. Malgré sa date de conclusion antérieure à la période post-1989, le « projet de décision du comité conjoint de l'article 29 de l'Accord entre la Confédération suisse et la Communauté économique européenne, conclu à Bruxelles le 22 juillet 1972 » montre bien la volonté de l'UE d'inscrire l'interprétation de cet accord dans le cadre de la logique des relations Suisse-UE telle qu'incarquée par l'AFRB.

⁵ L'objet de ce rapport n'est pas d'examiner tous ces accords. L'affirmation d'une absence de remise en cause de ces accords n'exclut pas que certains d'entre eux aient à être modernisés ou adaptés aux circonstances contemporaines.

du cadre de cet accord (ainsi par exemple, l'art. 2 de l'AFRB relatif à son champ d'application ne considère que cinq des sept accords des Bilatérales I, les accords sur les marchés publics et sur la recherche restant, par exemple, en dehors du champ d'application de cet accord qui n'est donc que partiellement un accord-cadre). Nous insisterons sur ce point et les possibilités de renégociation qu'il offre à la Suisse dans le contexte de 2021.

Cet accord, conclu en novembre 2018 après des années de négociations entre la Suisse et l'UE (voir ci-dessous la section C.3.1), a reçu en Suisse un accord plus que mitigé, au point que le Président de la Confédération Suisse a écrit au Président de la Commission européenne, le 7 juin 2019, qu'avant de pouvoir procéder plus avant dans un processus de ratification de l'accord susmentionné, la Suisse avait besoin de clarifications sur certains points. Dans cette perspective, il est écrit que « le Conseil fédéral est prêt à engager le dialogue avec la Commission que vous présidez dans le but d'arriver à une solution mutuellement satisfaisante ». En termes moins diplomatiques, il apparaît qu'en sa forme actuelle, cet accord de 2018 n'a pas le soutien politique nécessaire en Suisse pour que le processus de ratification puisse être conduit avec succès. Les prises de position les plus récentes à ce propos confirment un très faible soutien politique en Suisse pour cet accord en sa forme actuelle. Pour des raisons que nous allons examiner dans la section 1 ci-dessous, se pose donc en ce début d'année 2021 la question d'une renégociation de certaines dispositions de cet accord de 2018, voire d'envisager un autre « accord institutionnel », négocié dans un autre cadre géopolitique européen (post-Brexit notamment) différent de celui qui avait conduit à l'accord de novembre 2018.

Le présent rapport examinera successivement :

1. Les conditions d'une négociation entre la Suisse et l'Union européenne en 2021
2. Les enjeux juridiques majeurs de la relation Suisse-UE
3. La faisabilité d'une renégociation de certaines dispositions de l'accord de 2018
4. Des propositions relatives à de futures négociations, et notamment l'opportunité (le cas échéant) de proposer un modèle alternatif d'accord-cadre pour chapeauter les relations de voisinage entre la Suisse et l'UE.

C. ANALYSES

1. Les conditions d'une négociation CH-UE au début 2021

Il est évident que le contexte dans lequel se négocie un accord est un paramètre important pour les négociateurs. Sans rentrer dans une analyse politique fine du contexte en vigueur, tant en Suisse que dans l'UE, en 2021 – ce qui ne relève pas de nos compétences de juriste – nous pouvons constater que certaines évolutions récentes de la « politique européenne » de l'UE créent un contexte plus favorable pour les négociateurs suisses que celui qui a prédominé entre 1989 et 2018. L'accord conclu à la fin 2020 entre l'UE et le Royaume-Uni ouvre selon nous quelques marges de manœuvre nouvelles pour la Suisse. Mais pas pour les raisons qui sont usuellement invoquées par la majorité des commentateurs suisses de l'actualité européenne.

1.1. Évoquer un « modèle britannique » pour la future politique européenne de la Suisse ne fait aucun sens

En effet, les situations du Royaume-Uni et de la Suisse sont fondamentalement différentes pour les raisons suivantes :

D'une part, le *EU Withdrawal Act* du 26 juin 2018 prévoit qu'au jour du Brexit (31.01.20) l'ensemble du droit britannique adopté en vertu de son appartenance à l'UE et l'ensemble du droit de l'UE directement applicable dans l'ordre juridique britannique deviennent du droit domestique sous le vocable original de « *retained EU law* »⁶. Au contraire, le droit de l'UE ne s'applique pas automatiquement en Suisse, et c'est la Suisse qui procède à des adaptations régulières de son droit (processus désigné sous le terme « d'adaptation autonome ») pour assurer une compatibilité de son droit avec le droit de l'UE. Les dynamiques sont inverses, puisque le droit britannique au jour du retrait du Royaume-Uni de l'UE est strictement identique au droit de l'UE au 31 janvier 2020, alors que le droit suisse dans les domaines relatifs au marché intérieur de l'UE n'a jamais été strictement identique au droit de l'UE. La dynamique des relations entre l'UE et le Royaume-Uni vise à gérer dans un cadre juridique original (*l'Accord de commerce et de coopération du 24 décembre 2020 entre l'Union européenne et la Communauté européenne de l'Énergie atomique d'une part, le Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord, d'autre part, ci-après ACCUERU*) les conséquences d'une possible différenciation croissante entre le droit britannique et le droit de l'UE. Alors qu'un accord institutionnel entre la Suisse et l'UE vise à favoriser la convergence des cadres normatifs dans les domaines relatifs au marché intérieur de l'UE.

Par ailleurs, l'AFRB vise l'accès de la Suisse au marché intérieur, alors que le ACCUERU ne règle pas cette question (sans l'exclure pour autant). On pourrait décrire les situations conventionnelles du Royaume-Uni et de la Suisse dans leurs relations juridiques avec l'UE comme diamétralement inverses. Ainsi le ACCUERU pose une architecture

⁶ Voir le site du gouvernement britannique pour le texte actuellement en vigueur (plusieurs amendements ont été adoptés depuis 2018) : <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/2018/16/contents>.

institutionnelle complexe, complète et hiérarchisée (avec un Conseil de partenariat, lequel chapeaute huit Comités spécialisés et un Comité commercial – lequel chapeaute lui-même dix Comités commerciaux spécialisés) pour régir les relations futures entre l'UE et le Royaume-Uni. Au contraire, il n'existe pas de tel cadre pour une coopération politique structurée entre la Suisse et l'UE (mais la plupart des Accords bilatéraux entre la Suisse et l'UE prévoient leur propre « comité mixte » pour en suivre l'application). L'AFRB, qui n'est pas en vigueur, prévoit un « comité mixte horizontal » qui devrait « garantir une vision d'ensemble des relations entre l'Union européenne et la Suisse »⁷ ; mais ses compétences semblent limitées au champ d'application de l'AFRB (cf. art 15 §§ 3, 4 et 5) et non à l'ensemble des relations Suisse-UE. Par ailleurs, à ce jour, les deux seuls accords liant l'UE et le Royaume-Uni sont l'ACCUERU⁸ et l'accord de retrait⁹, alors que la Suisse a plus de 120 accords bilatéraux avec l'UE. Nous avons donc des situations factuellement inverses. Le Royaume-Uni et l'UE ont construit un grand édifice institutionnel, mais presque vide de droit substantiel ; alors que la Suisse a une grande masse de droits et d'obligations réciproques avec l'UE, mais pas de structure faîtière pour les gérer de manière coordonnée.

Pour ces raisons, toute invocation d'un « modèle britannique » pour développer les relations entre la Suisse et l'Union européenne est totalement infondée. Par contre trois bouleversements substantiels découlent selon nous du Brexit, lesquels sont intéressants pour des perspectives de négociations nouvelles entre la Suisse et l'Union européenne.

Tout d'abord, le Brexit consacre selon nous l'abandon par l'UE de l'idée d'une « politique européenne¹⁰ » unifiée, ce qui peut se révéler intéressant pour la Suisse (1.2). Ensuite, le ACCUERU est clairement fondé sur le droit international public, ce qui n'a pas toujours été la position de l'UE dans ses relations avec les États voisins sur lesquels elle cherchait à étendre l'emprise de son propre droit (1.3). Enfin, l'ACCUERU est un accord d'association, conclut sur la base de l'art. 217 TFUE ; jusqu'à présent, les accords d'association étaient conçus par l'UE comme réservés aux États en voie de convergence (en termes moins diplomatique de pré-adhésion) vers l'UE, ce qui posait problème à la Suisse. Clairement, l'ACCUERU est un accord d'association qui ne s'inscrit pas dans cette dynamique, ce qui ouvre des perspectives pour une relation Suisse-UE renouvelée.

⁷ Art. 15 § 1 AFRB.

⁸ Il y a aussi un accord – également du 24 décembre 2020 – entre la CEEA (Euratom) et le Royaume-Uni « for Cooperation on the Safe and Peaceful Uses of Nuclear Energy », mais qui ne nous intéressera pas dans le présent rapport.

⁹ Accord sur le retrait du Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord de l'Union européenne et de la Communauté européenne de l'énergie atomique, *JOUE* n° C 384 I du 29 novembre 2019. Bien que cet accord ait eu pour principal but d'offrir une période de transition durant laquelle serait négocié un accord sur les relations futures entre l'UE et le Royaume-Uni, des dispositions substantielles de cet accord de retrait continuent à produire des effets juridiques au-delà de la période de transition.

¹⁰ La terminologie peut paraître redondante, l'Europe étant « par définition géographique » dans le voisinage de l'UE, mais nous l'utilisons par distinction avec le vocable « politique européenne de voisinage » telle que consacrée à l'art. 8 TUE, laquelle vise aussi des États comme les pays d'Afrique du Nord. Nous utiliserons donc par la suite et par préférence l'appellation « politique européenne » de l'UE, ce qui vise sa « politique extérieure » vis-à-vis de l'Europe, c'est-à-dire ses relations avec les États européens non-membres de l'UE.

1.2. L'UE n'a plus de modèle pour sa « politique européenne »

De nombreux observateurs avisés avaient anticipé que le processus du Brexit porterait un coup d'arrêt à la dynamique de l'intégration européenne¹¹. Ils se sont trompés – à ce jour – pour ce qui concerne la dynamique interne à l'UE, laquelle pourrait même, selon certains¹², avoir été renforcée par cette épreuve. Par contre, nous allons le montrer ci-dessous, **le Brexit altère fondamentalement la dynamique de la politique européenne (extérieure) de l'UE, c'est-à-dire le cadre de ses relations avec les États européens voisins.**

En effet, on peut aujourd'hui retrouver cinq types de coopération de l'UE avec ses voisins européens¹³.

1. Une politique d'élargissement envers les pays des Balkans (Albanie, Bosnie-Herzégovine, Kosovo¹⁴, Macédoine du Nord, Monténégro et Serbie).
2. Une politique de voisinage (PEV selon l'art. 8 TUE) avec certains États européens, comme la Moldavie ou l'Ukraine.
3. Un espace économique européen (EEE) réunissant en son sein les 27 EM de l'UE et 3 États européens (Islande, Liechtenstein et Norvège).
4. Une politique de relations bilatérales sectorielles avec la Suisse.
5. Une ambitieuse politique de partenariat avec le Royaume-Uni¹⁵.

Il ressort de ce constat, sans compter les États voisins comme la Turquie ou la Fédération de Russie que nous excluons de ce panorama, qu'il n'y a plus de « modèle » pour la politique européenne de l'UE. Entre 1989 et récemment, la vision par l'UE de sa « politique européenne » consistait à offrir aux États européens le choix entre une perspective d'adhésion – même si le processus pouvait être long¹⁶ – ou une satellisation consentie, consistant en une « reprise intégrale du droit du marché intérieur » sans la perspective politique de la participation aux institutions de l'UE ou à la dynamique d'une « intégration

¹¹ Rosamond Ben, (2016), 'Brexit and the Problem of European Disintegration', *Journal of Contemporary European Research*, 12 (4), 864 - 871.

¹² Chopin Thierry, and Christian Lequesne, "Disintegration reversed: Brexit and the cohesiveness of the EU27." *Journal of Contemporary European Studies*, (2020), 1-13.

¹³ Nous laissons volontairement de côté dans cette analyse la Fédération de Russie (pour laquelle une politique propre et hors du champ du présent rapport existe) et la Biélorussie, qui n'est pas même membre du Conseil de l'Europe. De même, le cas de la Turquie, État qui est formellement candidate à l'adhésion, mais que plusieurs dirigeants européens ont clairement exclue d'une perspective d'adhésion. Les dirigeants turcs eux-mêmes ont une politique extérieure complexe, difficilement lisible ; ce n'est donc pas un cas intéressant dans le cadre du présent rapport.

¹⁴ Le Kosovo est reconnu comme un État indépendant par 22 des États membres de l'UE (Chypre, l'Espagne, la Grèce, la Roumanie et la Slovaquie ne l'ont pas reconnu). Les négociations en vue d'une adhésion n'ont donc pas commencé. Formellement, la Bosnie-Herzégovine n'est pas non plus reconnue comme candidat à l'adhésion. Mais la politique de l'UE inclut ses deux États/territoires dans la même politique européenne (voir la « Communication [de la Commission] de 2020 sur la politique d'élargissement de l'UE » (COM(2020) 660 final du 6 octobre 2020).

¹⁵ Voir pour une première analyse de ce partenariat selon l'accord du 24 décembre 2020, Federico Fabbrini & Giovanni Zaccaroni, « The Future EU-UK Relationship : The EU Ambitions for a Comprehensive Partnership », *Brexit Institute (DCU) working paper* N. 11-2020.

¹⁶ Pour les premiers États à bénéficier de la politique d'élargissement (les États entrés dans l'UE en 2004), le processus entre la demande formelle d'adhésion et l'adhésion elle-même a pris dix ans. Notons tout de même que trois États membres de l'AELE (Autriche, Finlande et Suède) ont pu bénéficier d'un processus très largement accéléré.

sans cesse plus étroite », comme l'acceptent les États membres de l'UE¹⁷. Cette seconde voie aurait trouvé sa quintessence dans l'EEE, au sein duquel l'UE offrait un accès plein et entier au marché intérieur, sans perspective d'adhésion.

Depuis la succession de crises qu'a connue l'UE dans les années 2000¹⁸, l'appétit des dirigeants européens des États membres de l'UE – et aussi bien évidemment de leurs populations, notamment avec la montée en force de forces politiques anti-européennes et xénophobes dans de nombreux pays européens – pour l'élargissement s'est épuisé. L'inclusion dans le Traité sur l'Union européenne, via le Traité de Lisbonne entré en vigueur en 2009, d'un article sur la politique européenne de voisinage (art. 8 TUE) était un signe de ce renoncement à concevoir l'UE comme un « puit de gravité continental » vers lequel les entités politiques du continent européen qui n'en faisaient pas (encore) partie seraient inéluctablement attirées ; elles pouvaient par contre rester satellisées dans un « espace de prospérité et de bon voisinage, fondé sur les valeurs de l'Union et caractérisé par des relations étroites et pacifiques reposant sur la coopération. » (art. 8 § 1 TUE).

L'accord conclu le 24 décembre 2020 avec le Royaume-Uni, envisage à son article premier « *une relation large entre les Parties, dans un espace de prospérité et de bon voisinage caractérisé par des relations étroites et pacifiques fondées sur la coopération, dans le respect de l'autonomie et de la souveraineté des Parties* »¹⁹. Cette formulation marque un nouveau tournant dans la perspective de l'UE sur sa « politique européenne ». On y retrouve la référence à « l'espace de prospérité et de bon voisinage [...] caractérisé par des relations étroites et pacifiques reposant sur la coopération. » La référence à la PEV est évidente. Mais les subtiles modifications sémantiques sont tout aussi évidentes. Ainsi ces relations ne seront pas – pour ce qui concerne le Royaume-Uni – « fondées sur les valeurs de l'Union²⁰ », mais seront « respectueuses de l'autonomie et de la souveraineté des parties »²¹. **C'est un changement de paradigme majeur dans la politique européenne de l'UE.** Cela ouvre, pour la Suisse, des possibilités de négociations avec l'UE qui n'existaient pas entre 2014 et 2018, période de négociation de l'AFRB. En effet, le respect (donc la reconnaissance) de l'autonomie et de la souveraineté de l'autre partie fait clairement référence au cadre des relations internationales classique, alors que considérer que des accords de voisinage conclus par l'UE sont fondés sur ses propres valeurs (comme c'est le cas dans le cadre de la PEV) manifestait d'une ambition de satellisation.

Ainsi, dans ce nouveau cadre d'une politique européenne de l'UE, la Suisse n'apparaît plus comme une exception. Il n'y a plus de modèle dominant (ni l'adhésion, ni la satellisation) et seuls des catégories de relations différentes subsistent. Ainsi même l'EEE – qui a pu légitimement être présenté comme un « modèle » alternatif à l'adhésion pour les États européens au moment de sa conclusion – doit aujourd'hui être

¹⁷ Voir préambule et art. 1^{er} § 2 TUE.

¹⁸ Une « crise constitutionnelle » avec la non-ratification du Traité établissant une constitution pour l'Europe (dès 2005) ; une crise des dettes souveraines (dès 2009) ; une crise majeure de politique étrangère avec les événements en Ukraine (dès 2014) ; une crise de sa politique migratoire (dès 2015 au moins) ; sans compter la violente crise sanitaire et économique en cours.

¹⁹ Article COMPROV.1 du ACCUERU.

²⁰ Ces valeurs ne sont – heureusement d'ailleurs – pas complètement abandonnées, mais figurent dans le Titre II de la partie six du ACCUERU.

²¹ Le Titre II des dispositions finales de l'ACCUERU réaffirme cependant que l'UE et le Royaume-Uni partagent les mêmes valeurs (voir ACCUERU, art. COMPROV.4).

considéré comme un dinosaure juridique et un relatif échec politique pour l'UE. En effet, si au moment de sa négociation, l'EEE concernait sept États européens, lesquels acceptaient de se lier dans le cadre de cet « espace économique » avec l'UE, ils ne sont aujourd'hui plus que 3 États tiers à l'UE partie à cet accord. L'hypothèse d'un passage des États candidats d'Europe centrale et orientale par l'EEE (comme l'avaient fait l'Autriche, la Finlande et la Suède) – un temps envisagée dans la deuxième moitié des années 1990 – n'a finalement pas été vraiment sérieusement considérée. Le Royaume-Uni, qui aurait pu dans le cadre du Brexit rejoindre ce cadre juridique pour conserver un accès au marché intérieur de l'UE, a expressément exclu cette solution, l'accord de retrait du Royaume-Uni de l'UE du 17 octobre 2019²² prévoyant aux termes de son article 2 la fin de la participation du Royaume-Uni aux accords mixtes de l'UE auxquels il était partie, ce qui inclut l'EEE. Quant à l'importance économique de cet EEE pour l'UE, il est très relatif. En effet, un sommaire examen des échanges économiques entre les États membres de l'AELE parties à l'EEE et l'UE pour l'année 2019 montre qu'en comparaison, les exportations de la Suisse vers l'UE représentent une fois et demi (150%) celles des pays de l'AELE membres de l'EEE, et même que la Suisse importe deux fois et demi (250%) plus de biens de l'UE que les trois États membres de l'AELE parties à l'EEE. Alors, n'en déplaise aux thuriféraires de cet accord de 1992, l'EEE n'est aujourd'hui ni un modèle ni un succès pour l'UE.

La conclusion de cette longue section 1.2. est donc que l'UE n'a plus de modèle dominant pour sa « politique européenne », et qu'en conséquence, **les relations entre la Suisse et l'Union européenne ne sont pas une exception à un modèle dominant, mais un type de relation de voisinage de l'UE parmi d'autres.** En d'autres termes, nous soutenons que la Suisse peut négocier un cadre juridique et institutionnel pour ses relations avec l'UE qui corresponde aux besoins et intérêts réciproques des deux parties, sans devoir se référer ou se distinguer d'un modèle préexistant. Ce qui ne veut pas dire que les négociateurs suisses et de l'UE ne peuvent pas s'inspirer de solutions qui auraient été mise en œuvre avec succès dans d'autres types de relations de voisinage européen de l'UE.

1.3. L'UE admet que ses relations de voisinage peuvent être basées sur le droit international public

Ce changement de perspective politique de l'UE dans le cadre de ses relations de voisinage européen a aussi des conséquences juridiques non négligeables. Ainsi premièrement, l'UE accepte que certaines de ses relations de voisinage puissent être basées sur le droit international public. L'art. COMPROV.13 § 1 du ACCUERU spécifie : « Les dispositions du présent accord et de tout accord complémentaire sont interprétées de bonne foi conformément à la signification qu'elles revêtent d'ordinaire dans leur contexte et à la lumière de l'objet et du but de l'accord conformément aux règles coutumières d'interprétation du droit international public, y compris celles codifiées dans la convention de Vienne sur le droit des traités, faite à Vienne le 23 mai 1969. » Ce qui a pour conséquences très substantielles que : « Il est entendu que ni le présent accord ni aucun accord complémentaire n'imposent l'obligation d'interpréter leurs dispositions conformément au droit interne de l'une ou l'autre Partie. »²³ Et même que « Il est entendu

²² JOUE C 384 I du 12.11.2019.

²³ Art. COMPROV.13 § 2.

que l'interprétation du présent accord ou de tout accord complémentaire donnée par les juridictions de l'une ou l'autre Partie ne lie pas les juridictions de l'autre Partie.»²⁴ Cela semble être l'exact opposé de l'exigence formulée à l'art. 4 de l'AFRB.

Certes, il convient d'emblée de souligner que ce cadre juridique général de l'ACCUERU est bien différent de celui de l'accord-institutionnel CH-UE. En effet ce dernier ne prévoit pas du tout que le droit international public soit le cadre de référence pour sa mise en œuvre. L'AFRB propose (au contraire serions-nous tentés d'écrire) un régime largement dérogatoire au DIP, qui aurait notamment pour conséquence que « aux fins de la réalisation des objectifs fixés à l'article 1er et dans le respect des principes du droit international public, les accords concernés et les actes juridiques de l'Union européenne auxquels référence y est faite sont interprétés et appliqués de manière uniforme dans les parties du marché intérieur auxquelles la Suisse participe »²⁵. Ce qui concrètement signifie que « dans la mesure où leur application implique des notions de droit de l'Union européenne, les dispositions du présent accord et des accords concernés et les actes juridiques de l'Union européenne auxquels référence y est faite, sont interprétés et appliqués conformément à la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne, antérieure ou postérieure à la signature de l'accord concerné. »²⁶

Les deux situations se situent, en droit, aux antipodes. Dans le cas des « relations larges » entre le Royaume-Uni et l'UE, « il est entendu que l'interprétation du présent accord ou de tout accord complémentaire donnée par les juridictions de l'une ou l'autre Partie ne lie pas les juridictions de l'autre Partie », alors que dans les relations économiques et commerciales entre la Suisse et l'UE, « les dispositions du présent accord et des accords concernés et les actes juridiques de l'Union européenne auxquels référence y est faite, sont interprétés et appliqués [notamment au sein de l'O]CH pour des dispositions d'effet direct] conformément à la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne, antérieure ou postérieure à la signature de l'accord concerné. »

Comme nous l'avons montré dans la section 1.2. ci-dessus, la formulation de l'AFRB est encore entièrement conçue dans la logique de satellisation qui prévalait pendant la période 1990-2020. Cette logique, acceptée par la plupart des acteurs publics en Europe, est aujourd'hui moins inéluctable. Ce qui ne veut pas pour autant dire que l'accès au marché intérieur de l'UE puisse être garanti sans que l'application du droit y relatif ne soit faite en assurant des conditions homogènes²⁷. En effet, l'ACCUERU n'assure pas l'accès au marché intérieur sans barrières aux opérateurs économiques et aux biens produits au Royaume-Uni. Seule l'imposition de droits de douanes par l'une des parties aux marchandises en provenance de l'autre partie est interdite²⁸. Il est ainsi plus que vraisemblable qu'un mécanisme garantissant des conditions homogènes d'application du droit du marché intérieur s'imposerait au Royaume-Uni s'il devait souhaiter négocier un accès à certaines parties du marché intérieur.

²⁴ Art. COMPROV.13 § 3.

²⁵ AFRB art. 4 § 1.

²⁶ AFRB art. 4 § 2.

²⁷ Selon l'art. 1^{er} de l'AFRB, « l'objectif spécifique du présent accord est d'assurer des conditions homogènes », en vue de « de garantir aux parties contractantes, aux opérateurs économiques et aux particuliers une plus grande sécurité juridique et l'égalité de traitement dans les parties du marché intérieur auxquelles la Suisse participe » (ce qui constitue l'objectif général défini par l'art. 1^{er} AFRB).

²⁸ ACCUERU art. GOODS.5.

Ainsi peut-on par exemple voir dans l'Accord d'association entre l'UE et l'Ukraine²⁹ qu'un groupe spécial d'arbitrage tel qu'envisagé dans le mécanisme de règlement des différends « interprète les dispositions visées à l'article 304 du présent accord en vertu des règles coutumières d'interprétation du droit international public, et notamment de celles qui sont codifiées dans la convention de Vienne de 1969 sur le droit des traités. »³⁰. Mais, lorsque « les procédures exposées dans le présent article s'appliquent aux différends concernant l'interprétation et l'application d'une disposition du présent accord qui porte sur le rapprochement des réglementations, figurant au chapitre 3 (Obstacles techniques au commerce), au chapitre 4 (Mesures sanitaires et phytosanitaires), au chapitre 5 (Douane et facilitation des échanges), au chapitre 6 (Établissement, commerce des services et commerce électronique), au chapitre 8 (Marchés publics) ou au chapitre 10 (Concurrence), ou qui, d'une autre manière, impose à une partie une obligation définie par référence à une disposition du droit de l'UE »³¹, alors « le groupe spécial d'arbitrage ne statue pas sur la question, mais demande à la Cour de justice de l'Union européenne de se prononcer. Dans ce cas, les délais applicables aux décisions du groupe spécial d'arbitrage sont suspendus jusqu'au prononcé de l'arrêt de la Cour de justice de l'Union européenne. L'arrêt de la Cour de justice de l'Union européenne lie le groupe spécial d'arbitrage. »³² On trouve ainsi, au sein d'un même accord d'association, les deux mécanismes de règlement des différends qui coexistent. Ainsi, pour ce qui est de cet accord d'association en général, une interprétation selon les règles coutumières du DIP est requise, mais pour ce qui concerne des dispositions liées à l'accès à des parties du marché intérieur, un principe d'interprétation exclusif par la CJUE, le cas échéant par le biais d'un mécanisme de question préjudicielle, est requis. Force est donc de constater que même lorsque l'interprétation et le contrôle de l'application des dispositions d'un accord auquel est partie l'UE sont soumises au droit international général, si des dispositions de cet accord font une référence explicite au droit de l'UE, alors l'UE exige que ce soit la CJUE seule qui ait le pouvoir – via un mécanisme de question préjudicielle – d'interpréter le droit de l'UE, conformément aux conséquences que la jurisprudence constante de la CJUE tire des dispositions des articles 19 TUE d'une part, et 263 et 344 TFUE de l'autre au sein de l'OJUE. Soulignons tout d'abord que cet accord d'association avec l'Ukraine n'a pas produit les effets escomptés – puisqu'il a dans une large mesure constitué l'élément déclencheur de la « crise ukrainienne de 2014 », et qu'en conséquence ses mécanismes de règlement juridique des différends n'ont à ce jour et à notre connaissance, pas été actionnés. De plus, et nous le verrons plus avant, cette exigence d'un monopole d'interprétation de la CJUE dans le cadre d'accords internationaux permettant l'accès à certains domaines du marché intérieur de l'UE mise systématiquement en avant par les négociateurs de l'UE ne garantirait pas nécessairement, de l'avis même de la CJUE, une interprétation uniforme de ce droit (voir le point 2.1.2.3. ci-dessous). Il paraît même très probable que la CJUE ne souhaite en pratique pas effectuer de telles interprétations du droit de l'UE hors de l'OJUE.

La question pour la Suisse, dans d'éventuelles renégociations avec l'UE sur un cadre institutionnel permettant des « conditions homogènes » d'application du droit dans les parties du marché intérieur auxquelles la Suisse participe, sera de savoir si, selon la position de l'UE en 2021, la Suisse sera toujours obligée d'accepter un mécanisme de

²⁹ Voir *JOUE L 161/132* du 19 mai 2014.

³⁰ Art. 320 de l'AAUKR.

³¹ Art 322 § 1 AAUKR.

³² Art. 322 § 2 AAUKR. On notera la similitude avec le mécanisme prévu par l'art. 10 § 3 de l'AFRB.

règlement des différends qui l'oblige à soumettre l'interprétation de certains de ses accords bilatéraux à la CJUE ; et si tel est le cas, si cette référence doit nécessairement prendre la forme d'une question préjudicielle d'interprétation à la CJUE, laquelle lierait les arbitres ou la juridiction qui aurait formulé cette demande d'interprétation. Cette solution, qui est celle qui figure dans l'AFRB convient-elle notamment à la CJUE ? Nous n'en sommes pas certains (voir ci-dessous le paragraphe 2.1.2)

1.4. Un intérêt pour la Commission de négocier un nouvel Accord-cadre global avec la Suisse ?

La Commission européenne, et notamment sa présidente, ne se trouve actuellement pas dans une situation très confortable. Elle aurait besoin de pouvoir afficher quelques succès. Il nous semble que la Suisse peut lui en offrir un, en proposant l'ouverture de nouvelles négociations en vue d'un « Accord-cadre global » entre la Suisse et l'UE.

En matière de politique étrangère de l'UE, la mise en œuvre plus que controversée de l'ACQUERU – notamment le refus par le Gouvernement du Royaume-Uni de reconnaître un plein statut diplomatique à la représentation de l'UE à Londres, suivi de l'invocation intempestive de l'art. 16 du Protocole sur l'Irlande du Nord par la Commission sur la base de suspicions d'un comportement déloyal des autorités britanniques en matière de livraisons de vaccins anti-COVID commandés par l'UE (ce qui n'a rien à voir avec les conditions posées par l'art. 16 susmentionné pour pouvoir l'invoquer) – n'est pour l'instant pas un succès. De même, la visite désastreuse (pour dire le moins) du Haut représentant de l'UE (le vice-Président de la Commission Josep Borrell) à Moscou début février 2021, lors de laquelle il a été publiquement humilié par les autorités russes, a été un désastre diplomatique (au point que plus de 70 parlementaires européens ont demandé la démission de M. Borrell). Un succès en matière de politique extérieure serait donc bienvenu pour la Commission.

D'autant que sur le plan interne, l'autorité de la Commission est également fortement contestée. D'abord mal élue – l'entrée en fonction de la Commission a même dû être retardée d'un mois... le Président du principal groupe politique au PE (M. Weber du PPE) ayant été écarté du poste de Président de la Commission qu'il considérait devoir lui revenir (il avait été le *Spitzenkandidat* du PPE) a fait payer cet affront en recalant la Commissaire choisie par la France et proposée par la Présidente de la Commission au suffrage du PE – la Commission et sa Présidente restent aujourd'hui très contestées au sein du PE, qui avait par le passé souvent été un allié de la Commission.

L'autorité de la Commission et même nommément de sa Présidente, sont aussi ouvertement contestées par plusieurs États membres (principalement la Hongrie et la Pologne) qui mettent ouvertement en cause les « valeurs européennes » telles que définies à l'art. 2 TUE. La Commission, en tant que gardienne des Traités, essaie en vain d'imposer le respect de ces valeurs. Ses recours sur le sujet devant la CJUE ayant été jugés infructueux, la Commission a imaginé mettre en place une conditionnalité sur les dépenses du budget européen au profit d'États qui ne respectent pas les valeurs de l'UE... Ce projet qui a plusieurs semaines durant bloqué l'adoption du cadre financier pluriannuel de l'UE (cadre financier pour la période 2021-2027) a dû être abandonné par

la Commission en décembre 2020, même si des arrangements sémantiques peuvent laisser à penser que la conditionnalité existe encore.

La stratégie européenne de vaccination contre la COVID-19, placée sous l'autorité de la Commission pour ce qui est de la commande et de la répartition des vaccins entre les États membres de l'UE, est critiquée de toute part. Lorsque le 16 février 2021 l'Allemagne décide – en violation des procédures prévues par le droit européen – de fermer ses frontières avec deux États membres (Autriche et Slovaquie) dans le but de limiter la propagation de la COVID, la Présidente de la Commission tente de rappeler à ses devoirs et au respect du droit l'Allemagne. Mme Van der Leyen se fait sèchement renvoyer dans les cordes par le gouvernement allemand, alors que c'est ce même gouvernement qui l'avait choisie et imposée à ce poste en 2019. Sans allonger la liste des exemples, la Commission est, en ce mois de février 2021, très affaiblie. Tant envers le Parlement européen qu'envers nombre d'États membres.

Pour ces raisons, si la Suisse pouvait offrir un succès à la Commission Van der Leyen dans un délai raisonnable, la Commission pourrait être tentée de saisir cette occasion. Il est clair que l'acceptation d'une renégociation de l'Accord-cadre de 2018 serait un échec de plus pour la Commission, puisqu'elle s'est déclarée résolue à ne pas renégocier cet accord. Cependant, la non-entrée en vigueur de cet Accord-cadre de 2018 passerait aussi pour un échec ; or en l'état actuel, il est loin d'être certain que la Suisse soit prête à accepter cet accord sans renégociation. La Commission se trouve donc dans une situation d'échec quasi-assuré par rapport à cet accord. Ce qui, au vu de sa situation politique actuelle (décrite ci-dessus), serait fort malvenu.

Il nous semble dans ce contexte qu'une offre audacieuse de la Suisse – renoncer à l'Accord-cadre de 2018 en échange d'une négociation d'un nouvel Accord-cadre global avec la Suisse, en parallèle à une relance de négociations bilatérales sectorielles – pourrait être présentée comme un succès de la Commission. Afin de renforcer l'attractivité de cette offre, la Suisse pourrait laisser entendre que des avis juridiques expriment des doutes sur la conformité du mécanisme de règlement des différends proposé par l'AFRB et qu'en cas de poursuite de discussions sur la base de l'Accord de 2018, la Suisse rendrait publics ces doutes et demanderait à la Commission, par mesure de sécurité juridique, de saisir la CJUE selon la procédure de l'art. 218 § 11 TFUE, afin de vérifier la compatibilité de l'AFRB avec l'OJUE.

En cas d'entrée en matière de la Commission sur cette proposition, la Suisse pourrait laisser la Commission affirmer que grâce à sa fermeté vis-à-vis de la Suisse – pas de renégociation – la Commission aura contraint la Suisse à accepter la perspective d'un accord-cadre global, ce qui n'était pas arrivé depuis les négociations de l'EEE. Nous verrons ci-dessous que pour la Suisse, il y aurait dans le cadre d'une telle négociation d'un Accord-cadre global, des marges de manœuvre pour atteindre des solutions beaucoup plus acceptables que celles de l'Accord de 2018. Enfin, la Commission Van der Leyen, en renonçant à l'Accord-cadre de 2018, pourrait présenter celui-ci comme un projet de la Commission Juncker – lequel en tant que Président de la précédente Commission s'était effectivement investi personnellement pour l'adoption de cet accord – et donc présenter cette renonciation non comme un échec de l'actuelle Commission, mais au contraire comme une reprise en main de ce dossier et une avancée par rapport à l'incapacité de la Commission précédente à le faire aboutir.

En d'autres termes, sans évidemment pouvoir avoir de certitudes en la matière, il y a des éléments qui montrent qu'une ouverture de la Commission à une telle proposition de la Suisse (qui devrait être présentée publiquement comme un compromis bilatéral, évidemment) est, dans le contexte actuel, une hypothèse de travail qu'il serait dommage de ne pas poursuivre.

1.5. L'absence d'échéances politiques majeures chez les partenaires

Sans nous étendre sur ce point, qui relève plus de considérations politiques que juridiques, soulignons tout de même que l'horizon paraît, pour les mois à venir, relativement dépourvu d'échéances politiques majeures (si l'on excepte bien évidemment les décisions qui pourraient devoir être prises en conséquence de la COVID-19, lesquelles pourraient créer des bouleversements systémiques³³ dans les relations entre la Suisse et l'UE que nous n'envisageons pas ici).

Ainsi du point de vue de l'UE, les échéances programmées telles que les élections européennes (au Parlement, mais qui engendrent un changement à la tête des autres institutions européennes également) n'auront pas lieu avant la mi-2024. Ce qui laisse un peu de temps.

De même, l'adoption du cadre financier pluriannuel vient d'être acquise (décembre 2020) et la prochaine échéance est au 31 décembre 2027.

Les délicates négociations du Brexit par l'Union européenne sont loin d'être terminées, mais un cadre institutionnel a été mis en place avec l'ACQUERU qui ne laisse plus ouvertes les questions fondamentales du cadre des relations de l'UE avec ses voisins.

Quant à l'agenda politique suisse, les élections fédérales sont pour l'automne 2023. Les initiatives abouties mais non encore soumises au peuple, et celles pour laquelle une récolte de signature a été officiellement lancée, ne semblent *prima facie* pas concerner de sujet sensible en lien direct avec la politique européenne de la Suisse.

* * *

En conclusion de cette section, il nous semble que le contexte pour de nouvelles négociations entre la Suisse et l'UE sur un cadre institutionnel à mettre autour de leurs relations réciproques est plutôt favorable.

Il semble même que le contexte politique et institutionnel soit si différent de celui de la période durant laquelle a été négocié l'AFRB que cela pourrait justifier la proposition d'une remise à plat des négociations, sur de nouvelles bases (voir nos propositions en partie 4 ci-dessous), plutôt qu'une renégociation de certaines dispositions de l'accord ou

³³ Dans un système complexe, comme l'enchevêtrement d'accords et de régimes juridiques spécifiques qui constituent les relations entre la Suisse et l'UE (*regime complex theory*), des mécanismes de propagation d'un élément à l'autre du système peuvent prendre des formes et avoir des conséquences imprévisibles aux conditions normales du système. Ainsi par exemple une fermeture durable des frontières à la circulation des personnes pour des raisons sanitaires pourrait avoir des conséquences imprévisibles aujourd'hui sur l'évolution des relations Suisse-UE.

l'adoption de déclarations interprétatives communes ou unilatérales des dispositions actuelles de l'AFRB.

2. Les enjeux juridiques majeurs de la relation Suisse-UE

De nouvelles négociations se déroulent dans un contexte particulier qui bien évidemment influence les marges de négociation et les possibilités d'accord, comme nous l'avons montré dans la section ci-dessus. Elles vont aussi mobiliser des concepts juridiques, lesquels seront utilisés dans le texte d'accord pour traduire, en droit, le résultat des négociations. Aussi nous paraît-il utile d'examiner un certain nombre de concepts et mécanismes juridiques qui pourraient jouer un rôle clé dans l'évolution des négociations.

2.1. Les conditions homogènes de l'application des accords bilatéraux relatifs au marché intérieur

Les objectifs au cœur de l'accord-cadre de 2018 sont définis dans l'art. 1§1 de manière suivante : « l'objectif général du présent accord est de garantir aux parties contractantes, aux opérateurs économiques et aux particuliers une plus grande sécurité juridique et l'égalité de traitement dans les parties du marché intérieur auxquelles la Suisse participe, sur la base d'accords conclus ou à conclure entre les parties contractantes visés par l'article 2 [...] tandis que l'objectif spécifique du présent accord est d'assurer des conditions homogènes. »³⁴ Afin d'assurer les conditions homogènes de l'application des accords bilatéraux relatifs au marché intérieur, la Suisse s'engage à reprendre l'acquis pertinent ainsi que de veiller au principe d'application uniforme du droit au sein du marché intérieur de l'UE. Dans un premier temps, nous verrons les exigences relatives à une reprise dynamique de l'acquis pertinent relatif au marché intérieur, par opposition à une reprise automatique (2.1.1.). Nous verrons dans un second temps la nature du concept d'interprétation uniforme en droit de l'UE, dont l'application semble être exigée dans les relations bilatérales Suisse-UE couvertes par l'AFRB (2.1.2.).

2.1.1. La reprise dynamique de l'acquis (du droit de l'UE relatif au marché intérieur)

La reprise du droit de l'UE est une des exigences-clés de la part de l'UE dans le cadre de l'accord-cadre de 2018 entre la Suisse et l'UE. L'idée derrière la reprise dynamique du droit relatif au marché intérieur de l'UE est de créer les mêmes conditions pour les opérateurs économiques au sein du marché intérieur (pour la Suisse, pour ce qui est des parties du marché intérieur de l'UE dans lesquelles elle participe) afin d'éviter tout type de discrimination ou de traitement différencié. Cette exigence paraît légitime. Il convient d'ailleurs de noter que la Suisse pratique déjà une reprise dynamique (ou une adaptation

³⁴ Art. 1§1 AFRB.

autonome) du droit de l'UE dans plusieurs accords bilatéraux (notamment pour ce qui est de l'accord sur l'espace Schengen ou le transport aérien).

Soulignons que le concept de reprise dynamique se différencie de celui d'une reprise automatique. Dans le cadre d'une reprise dynamique de l'évolution de l'acquis, il existe un certain laps de temps entre l'adoption du droit et sa mise en œuvre dans un ordre juridique donné (c'est également le cas pour les pays de l'AELE participant à l'EEE). Dans l'AFRB, les arts. 13 et 14 fixent les modalités d'une reprise dynamique. L'art. 14 de l'AFRB prévoit notamment un délai de 2, voire de 3 ans, pour une reprise par la Suisse de l'acquis pertinent relatif au marché intérieur de l'UE pour les parties dans lesquelles la Suisse participe. Par contraste, la reprise automatique ne laisserait aucune marge de manœuvre, ni de temps, à un État pour reprendre le droit de l'UE. C'est effectivement le cas des États membres de l'UE qui ont l'obligation d'appliquer immédiatement certaines dispositions du droit de l'UE³⁵.

Il convient de souligner que dans le cadre institutionnel proposé par l'AFRB, que l'acquis pertinent que la Suisse serait amenée à reprendre de manière dynamique ne viendra jamais « par surprise ». En effet, en vertu de l'art. 12 de l'AFRB, la Suisse sera informée et consultée (« decision shaping ») dans le cadre de la procédure de l'élaboration de tout acte juridique qu'elle serait par la suite tenue d'intégrer dans son ordre juridique interne. Ainsi, à chaque fois que la Commission émettra une proposition d'acte juridique à destination des co-législateurs de l'UE (le Conseil et le PE), il y aura la mention, comme c'est le cas actuellement pour certains accords bilatéraux, qu'un tel ou tel acte est également pertinent pour les pays AELE de l'EEE ainsi que la Suisse et le projet d'acte sera transmis à la Suisse. Il y aura ainsi toujours pour la Suisse, non seulement le temps de reprise (2-3 ans), mais également le temps de présenter son avis sur l'acte en question au moment de son élaboration au sein de l'UE (art. 12 de l'AFRB). Cet arrangement institutionnel paraît satisfaisant et mériterait d'être préservé dans le cadre d'une renégociation de l'AFRB.

2.1.2. L'interprétation uniforme du droit de l'UE au sein du marché intérieur

Outre la nécessité d'avoir des règles de droit matériel identiques, l'UE insiste sur la nécessité d'avoir une interprétation uniforme des règles du droit du marché intérieur, au sein de l'OJUE comme au sein des OJ des partenaires étrangers (en l'espèce le seul OJCH) puisqu'il s'agit d'accords bilatéraux et non plurilatéraux, comme par exemple avec les États membres de l'EEE. Le principe de l'interprétation uniforme vise, dans le cadre du droit du marché intérieur de l'UE, à éviter que des conditions d'application disparates des normes régissant le marché intérieur conduisent soit à des inégalités de traitement au sein du marché intérieur, soit à une distorsion des conditions sous lesquelles opèrent les acteurs économiques, impliquant alors une distorsion de la concurrence au sein du marché intérieur. La question de « l'égalité de traitement » est l'un des objectifs généraux de l'AFRB aux termes de son article 1^{er}. Au sein de l'OJUE, le principe d'interprétation uniforme du droit de l'UE – directement lié depuis l'arrêt *Costa* de 1963 au principe de primauté du droit de l'UE sur le droit des États membres – garantit en principe l'égalité de traitement et la non-discrimination envers tous les acteurs économiques au sein du

³⁵ Art. 288 TFUE.

marché intérieur. C'est pour cette raison – et notamment le fait que les accords qui confèrent à un pays tiers et à ses ressortissants ou opérateurs économiques un accès à certains domaines relatifs au marché intérieur impliquent que ce droit relatif au marché intérieur soit d'effet direct à leur égard – que l'Union européenne insiste que de tels accords fassent l'objet d'une interprétation uniforme. Ce qui, selon l'UE, implique la reconnaissance d'une interprétation de ces dispositions par la seule CJUE, afin d'éviter toute divergence dans l'interprétation et les conditions d'applications (et donc les effets) de ce droit.

Nous allons essayer dans cette section de voir ce qu'il en est effectivement pour ce qui est de l'application de ce principe d'interprétation uniforme au dehors de l'OJUE.

2.1.2.1. *L'origine et la portée du concept d'interprétation uniforme en droit de l'UE*

Le principe d'effet uniforme (aussi parfois d'application uniforme) du droit CEE – c'est-à-dire du droit du marché intérieur – est dégagé par la CJUE dans son célèbre arrêt *Costa* de 1963. Il est formulé comme suit : « la force exécutive du droit communautaire ne saurait, en effet, varier d'un État à l'autre à la faveur des législations internes ultérieures, sans mettre en péril la réalisation des buts du traité visée à l'article 5 (2), ni provoquer une discrimination interdite par l'article 7 ». De cette affirmation la CJUE induira, afin de garantir un effet parfaitement uniforme du droit communautaire, que le seul moyen efficace consiste à reconnaître une primauté absolue du droit de l'UE sur le droit des États membres.

Sans nous livrer à une analyse détaillée de la portée et de l'importance de ce principe en droit du marché intérieur, ce qui nous intéresse ici est de savoir dans quelle mesure ce principe peut être transposé et utilisé tel quel hors de l'OJUE. La question s'est notamment posée pour ce qui concerne les conditions d'application et d'interprétation du droit du marché intérieur dans le cadre de l'EEE.

L'article 6 de l'AELE indique que « les dispositions du présent accord, dans la mesure où elles 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 et des actes arrêtés en application de ces deux traités, sont, pour leur mise en œuvre et leur application, interprétées conformément à la jurisprudence pertinente de la Cour de justice. » Nous le verrons ci-dessous (voir 2.1.2.3.), la CJUE s'interroge sur la portée de ce renvoi à sa jurisprudence. Est-ce qu'il ne vise que les interprétations spécifiques des dispositions du droit du marché intérieur dont l'application fait débat, ou peut-il aussi faire renvoi aux principes qui ont été dégagés par la Cour comme conséquence de l'appartenance des États membres à l'UE. En effet, toujours dans l'arrêt *Costa* susmentionné, la Cour justifie le principe d'effet uniforme (lequel entraîne logiquement une prééminence absolue du droit de l'UE sur le droit des États membres) par « le transfert opéré par les États, de leur ordre juridique interne au profit de l'ordre juridique communautaire, des droits et obligations correspondant aux dispositions du traité, lequel [transfert] entraîne donc une limitation définitive de leurs droits souverains contre laquelle ne saurait prévaloir un acte unilatéral ultérieur

incompatible avec la notion de Communauté »³⁶. Ces principes de primauté et d'effet uniforme, tels qu'ils ont été développés par la CJUE au sein de l'OJUE, sont-ils alors applicables, en vertu de traités internationaux relatifs à l'accès au marché intérieur de l'UE à des États tiers et à leurs ressortissants ou opérateurs économiques, en dehors de l'OJUE ? C'est-à-dire au sein de l'ordre juridique d'États qui n'ont pas opéré de transferts de leur ordre juridique interne au profit de l'ordre juridique communautaire (de l'UE) et n'ont en aucun cas accepté, comme la Cour affirme que c'est le cas pour les États membres de l'UE, « une limitation définitive de leurs droits souverains ». En effet, il va de soi que dans ses relations bilatérales avec l'UE, la Suisse n'a pas transféré de droits et obligations à l'ordre juridique communautaire (de l'UE), lequel ne s'applique donc pas à la Suisse en tant que tel, celle-ci n'étant pas membre de l'UE. Pas plus que le Royaume-Uni, ou les États membres de l'AELE.

Le changement du contexte européen depuis quelques années, la différenciation croissante et inévitable des situations dans l'UE et autour de l'UE, devraient permettre aux États voisins de l'UE de se dégager de la logique de satellisation qui paraissait il y a quelques années encore comme inéluctable, et qui a manifestement présidé à la négociation de l'AFRB. En conséquence, nous allons montrer que l'acceptation de conditions d'application homogènes d'un accord relatif au marché intérieur de l'UE par un État tiers ne requiert pas nécessairement, afin d'assurer une application homogène du droit du marché intérieur, la reconnaissance d'une compétence exclusive de la CJUE pour l'interprétation des dispositions d'un tel accord, même lorsqu'elles sont formulées identiquement à des dispositions du droit de l'UE ou qu'elles y font renvoi.

2.1.2.2. *Les enjeux d'une interprétation uniforme d'un accord liant l'UE au regard de l'autonomie du droit de l'UE*

Le concept d'autonomie du droit de l'UE trouve son origine dans un arrêt de la Cour de justice de 1963, dans lequel la Cour affirme « qu'à la différence des traités internationaux ordinaires, le traité de la CEE a institué un ordre juridique propre, intégré au système juridique des États membres lors de l'entrée en vigueur du traité et qui s'impose à leurs juridictions »³⁷. Il y a dans cette autonomie du droit de l'UE une double dimension ; en effet la Cour affirme dans le même temps, une autonomie de l'ordre juridique communautaire (OJUE) par rapport à l'ordre juridique des États membres, et une autonomie par rapport au droit international public³⁸.

L'autonomie du droit de l'UE par rapport au droit des États membres signifie, selon la CJUE, qu'elle est seule à pouvoir légitimement interpréter la portée des dispositions de droit de l'UE au sein des ordres juridiques des États membres. Ou en d'autres termes, que les effets d'une norme juridique du droit de l'UE au sein des ordres juridiques des États

³⁶ CJUE, arrêt du 15 juillet 1964 dans l'affaire 6-64, *Flaminio Costa contre E.N.E.L.*, ECLI:EU:C:1964:66.

³⁷ CJUE, arrêt *Costa*, (loc. cit.).

³⁸ L'année précédente, dans un arrêt tout aussi important que l'arrêt *Costa* (et qui doit d'ailleurs être lu en lien avec celui-ci), la Cour avait déclaré : « qu'il faut conclure de cet état de choses que la Communauté constitue un nouvel ordre juridique de droit international » (CJUE, 5 février 1963, *Van Gend & Loos contre Administration fiscale néerlandaise*, affaire 26-62, ECLI:EU:C:1963:1). La Cour passe ainsi en une année d'un « nouvel ordre juridique de droit international », à « un ordre juridique propre », marquant ainsi cette volonté d'autonomisation de l'OJUE.

membres est déterminé par le droit de l'UE lui-même, et non par le droit des États membres³⁹. Et que si c'est bien au juge national d'appliquer le droit de l'UE au sein de l'ordre juridique national, il le fait sous le contrôle de la CJUE, laquelle a pour mission d'« assure[r] le respect du droit dans l'interprétation et l'application des traités », et que donc les questions d'interprétation de ce droit de l'UE relèvent de sa compétence exclusive, les juges nationaux devant par le mécanisme de la question préjudicielle (art. 267 TFUE) la saisir pour toute question d'interprétation.

L'autonomie du droit de l'UE par rapport au droit international signifie principalement que, bien qu'issu d'un traité international, le droit de l'UE ne s'applique et ne s'interprète pas selon les principes et règles d'interprétation du droit international public, mais selon des principes d'interprétation propres à l'OJUE, tels qu'ils ont été dégagés par la jurisprudence de la CJUE. Cette prétention soulève quelques difficultés de mise en œuvre dans les relations conventionnelles internationales de l'UE.

La Cour de justice, dans sa jurisprudence récente, érige même ce principe d'autonomie du droit de l'UE en pierre d'angle du projet d'intégration européenne. Cela ne l'empêche heureusement pas d'admettre « qu'un accord international, prévoyant la création d'une juridiction chargée de l'interprétation de ses dispositions et dont les décisions lient les institutions, y compris la Cour, n'est, en principe, pas incompatible avec le droit de l'Union »⁴⁰. Mais en pareil cas, la CJUE souligne « qu'un accord international ne peut avoir des incidences sur ses propres compétences que si les conditions essentielles de préservation de la nature de celles-ci sont remplies et que, partant, il n'est pas porté atteinte à l'autonomie de l'ordre juridique de l'Union (voir *avis 1/00*, EU:C:2002:231, points 21, 23 et 26, ainsi que *1/09*, EU:C:2011:123, point 76; voir également, en ce sens, arrêt *Kadi et Al Barakat International Foundation/Conseil et Commission*, EU:C:2008:461, point 282). »⁴¹

Ainsi, au titre de la préservation de l'autonomie de l'OJUE, la CJUE pose comme exigence fondamentale, lorsque l'UE s'engage par voie conventionnelle sur le plan international, que « les mécanismes relatifs à l'unité d'interprétation des règles de l'accord EAEC et au règlement des différends n'aient pas pour effet d'imposer à la Communauté et à ses institutions, dans l'exercice de leurs compétences internes, une interprétation déterminée

³⁹ C'est l'enjeu de l'arrêt de la Cour du 5 février 1963 (*Van Gend & Loos, loc. cit.*) : « Attendu que le gouvernement des Pays-Bas et le gouvernement belge contestent la compétence de la Cour, au motif qu'il s'agirait en l'espèce d'une demande relative non à l'interprétation mais à l'application du traité dans le cadre du droit constitutionnel des Pays-Bas; que plus particulièrement la Cour ne serait pas compétente pour se prononcer sur une prééminence à reconnaître, le cas échéant, aux dispositions du traité C.E.E. soit sur la législation néerlandaise, soit sur d'autres accords passés par les Pays-Bas et intégrés dans leur droit national; que la solution d'un tel problème tomberait sous la compétence exclusive des juridictions nationales, sous réserve d'un recours selon les conditions fixées par les articles 169 et 170 du traité; ». Et la cour de répondre à cette objection par la négative et en conséquence de déterminer elle-même l'effet direct d'une disposition du traité CEE au sein de l'ordre juridique néerlandais.

⁴⁰ CJUE, avis du 18 décembre 2014 rendu en vertu de l'article 218, paragraphe 11, TFUE « Projet d'accord international – Adhésion de l'Union européenne à la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales – Compatibilité dudit projet avec les traités UE et FUE », *Avis 2/13*, ECLI:EU:C:2014:2454, § 182. Voir aussi, *Avis 1/91*, EU:C:1991:490, §§ 40 et 70, ainsi que *1/09*, EU:C:2011:123, § 74.

⁴¹ CJUE, avis du 18 décembre 2014 portant sur le « *Projet d'accord international – Adhésion de l'Union européenne à la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales – Compatibilité dudit projet avec les traités UE et FUE* », *Avis 2/13*, ECLI:EU:C:2014:2454, §§ 182 et 183.

des règles de droit communautaire reprises par ledit accord (*avis 1/91 et 1/92*) »⁴². Une lecture attentive des avis 1/91 et 1/92 rendus par la CJUE à propos de la compatibilité de l'AEEE avec le droit de l'UE montre que la CJUE (la version soumise à son appréciation en 1992 avait été modifiée pour tenir compte des objections que la Cour avait formulées à l'égard de certains mécanismes procéduraux envisagés par l'AEEE dans sa version initiale) n'est en fait pas très préoccupée des possibles divergences d'interprétation dans l'application d'un accord international auquel est partie l'UE, au sein de l'OJUE d'une part, et dans un ordre juridique tiers de l'autre (voir ci-dessous). Son unique souci est l'autonomie de l'OJUE.

En effet, dans son avis 1/92 par lequel la CJUE reconnaît la conformité des mécanismes mis en place par l'EEE tel que révisé suite à son avis 1/91, la Cour rappelle que « dans son avis du 14 décembre 1991, la Cour a constaté que l'objectif de l'homogénéité dans l'interprétation et l'application du droit dans l'Espace EE se heurtait aux divergences existantes entre les finalités et le contexte de l'accord, d'une part, et ceux du droit communautaire, d'autre part. C'est compte tenu de cette contradiction que la Cour a conclu que le système juridictionnel envisagé était de nature à mettre en cause l'autonomie de l'ordre juridique communautaire dans la poursuite des objectifs qui lui sont propres. » Et de constater que « *Dès lors que les divergences relevées subsistent, il convient d'examiner si les nouvelles dispositions de l'accord, qui ont remplacé celles que la Cour avait considérées comme incompatibles avec l'autonomie du droit communautaire, sont susceptibles de soulever des objections similaires.* »⁴³ Ainsi, comme nous le verrons plus en détail ci-dessous, la CJUE réaffirme que des normes identiques, selon qu'elles seront appliquées dans le cadre de l'ordre juridique communautaire ou en dehors, pourront donner lieu à des interprétations différentes⁴⁴. Mais cela ne lui pose pas véritablement problème.

Le véritable souci des juges du plateau de Kirchberg est l'autonomie du droit communautaire, pas l'interprétation uniforme. C'est donc dans cette seule perspective que la CJUE procède à l'examen des nouvelles dispositions de l'Accord EEE. La Cour n'est ainsi pas sans s'inquiéter du mécanisme prévu par les articles 105 et 111 de l'AEEE, lesquels prévoient la compétence du comité mixte (UE-AELE) pour procéder « à l'examen permanent de l'évolution de la jurisprudence de la Cour de justice des CE et de la Cour AELE », avec la possibilité, en cas « d'une divergence de jurisprudence de ces deux Cours [pour laquelle] le Comité mixte de l'EEE n'a pas réussi à préserver l'interprétation homogène du présent accord », le renvoi au mécanisme de règlement des différends de l'art. 111 AEEE. Dans ce cadre, l'art. 111 § 3 AEEE prévoit que « 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 [...] ou des actes adoptés en application de ces deux traités [...], les parties contractantes parties au différend peuvent convenir de demander à la Cour de justice des CE de se

⁴² CJUE, avis du 18 avril 2002, portant sur le « *Projet d'accord portant création d'un espace aérien européen commun entre la Communauté européenne et des pays tiers* », *Avis 1/00*, ECLI:EU:C:2002:231 § 13.

⁴³ CJUE, avis du 10 avril 1992, portant sur le « *Projet d'accord entre la Communauté, d'une part, et les pays de l'Association européenne de libre échange, d'autre part, portant sur la création de l'Espace économique européen* », *Avis 1/92*, ECLI:EU:C:1992:189, § 18 (c'est moi qui souligne).

⁴⁴ Voir des développements sur cette situation curieuse d'un point de vue juridique, N. Levrat, "Articulating Evolutionary Interpretation and the Rule of Law : The EU as a Composite Legal Order Based on Relative Rules of Law", in Georges Abi-Saab, Kenneth Keith, Gabrielle Marceau & Clément Marquet, *Evolutionary Interpretation and International Law*, Hart publishing, 2019 pp. 313-327.

prononcer sur l'interprétation des règles pertinentes. » Ce mécanisme est assez similaire à celui prévu par l'art. 10 de l'AFRB, même si le champ d'application de la « procédure en cas de difficulté d'interprétation ou d'application » de l'AFRB couvre un champ potentiellement plus large que les procédures prévues dans le cadre de l'AEEE par les articles 105 et 111 AEEE, puisqu'il n'est pas limité à des divergences de jurisprudence mais peut s'appliquer à toute « difficulté d'interprétation ou d'application du présent accord ou d'un des accords concernés ou d'un acte juridique qui y est mentionné ». Autre différence substantielle, et qui montre à quel point l'AFRB est, pour ce qui est du recours à la CJUE, beaucoup plus contraignant que l'EEE, dans le cadre de ce dernier, il faut que les parties au différend conviennent de soumettre une question d'interprétation à la CJUE, alors que dans le cadre de l'AFRB, la Suisse ne pourrait s'opposer à ce que le Tribunal arbitral saisisse la CJUE d'une question d'interprétation !

Dans le cadre de l'Accord EEE révisé, ce qui va convaincre la CJUE de l'innocuité du mécanisme vis-à-vis de l'autonomie de l'OJUE, ce n'est pas tant la possibilité d'un renvoi lui garantissant le monopole de l'interprétation du droit de l'UE (tel que prévu par l'art. 111 § 3 AEEE, y compris le cas échéant hors de l'OJUE), que l'existence d'un « procès-verbal agréé ad article 105 » selon lequel « les décisions prises par le comité mixte en vertu de cette disposition ne peuvent, en aucun cas, affecter la jurisprudence de la Cour de justice. »⁴⁵ En effet, concernant le mécanisme de l'article 105 AEEE (le rôle du Comité mixte pour assurer l'homogénéité d'interprétation de l'AEEE), la Cour indique : « Si cet article devait être entendu comme comportant la possibilité, pour le comité mixte, de méconnaître le caractère contraignant des décisions de la Cour dans l'ordre juridique communautaire, l'attribution d'une telle compétence à ce comité porterait atteinte à l'autonomie de l'ordre juridique communautaire dont la Cour doit assurer le respect, en vertu de l'article 164 du traité CEE, et serait donc incompatible avec le traité. »⁴⁶ La Cour est bien consciente que dans l'accomplissement de cette tâche, le Comité mixte pourrait être amené à adopter une interprétation d'une disposition de droit de l'UE (ou identique au droit de l'UE) – même hors de tout règlement formel d'un différend, ce qui aurait pour effet d'écorner son monopole d'interprétation du droit de l'UE au sein de l'UE. C'est donc ce « procès-verbal agréé ad article 105 », qui constitue pour la CJUE la garantie suffisante pour l'autonomie du droit de l'UE. Et la CJUE étend son raisonnement à l'article 111, puisque l'accès au mécanisme de règlement des différends de l'art. 111 ne se fait que via l'art. 105 § 3 de l'AEEE⁴⁷. En conséquence dit la Cour, « il s'ensuit que les compétences que l'article 111 attribue au Comité mixte ne portent pas atteinte au caractère contraignant de la jurisprudence de la Cour et à l'autonomie de l'ordre juridique communautaire, dès lors qu'il est établi que le principe énoncé au « procès-verbal agréé ad article 105 » lie les parties contractantes. »⁴⁸

Quelle est l'importance de cette jurisprudence pour ce qui concerne le mécanisme de

⁴⁵ CJUE, avis du 10 avril 1992, portant sur le « *Projet d'accord entre la Communauté, d'une part, et les pays de l'Association européenne de libre échange, d'autre part, portant sur la création de l'Espace économique européen* », Avis 1/92, ECLI:EU:C:1992:189, § 23.

⁴⁶ Ibid, § 22.

⁴⁷ « A cet égard, il convient toutefois d'observer que l'article 105, paragraphe 3, établit un lien entre la procédure de cet article et celle de l'article 111 de l'accord et que ce lien impose une interprétation systématique et cohérente de ces deux dispositions. Une telle interprétation implique nécessairement que le principe énoncé au « procès-verbal agréé ad article 105 » s'applique également lorsque le Comité mixte tente de régler un différend en recherchant une solution acceptable pour les parties contractantes, conformément à l'article 111 », Ibid, § 28.

⁴⁸ Ibid, § 29.

Règlement des différends de l'AFRB ? Selon nous, et rien de moins, qu'à moins que des déclarations interprétatives aient été faites par les parties lors de la conclusion de l'AFRB, le libellé de l'art. 10 § 3 AFRB ne garantit pas que le Comité mixte ou le Tribunal arbitral ne méconnaissent l'interprétation que donne la Cour d'une disposition de droit de l'UE. Il est certes indiqué que « l'arrêt de la Cour de justice de l'Union européenne lie le tribunal arbitral » ; mais la décision du Tribunal arbitral liera les parties (art. 10 § 5 AFRB), donc le cas échéant, la CJUE. Et dans la mesure où tout règlement d'un différend par une juridiction, y inclus un Tribunal arbitral, implique une interprétation du droit, il est possible que les arbitres pour appliquer une dispositions du droit de l'UE auquel renvoie un accord bilatéral d'accès au marché intérieur CH-UE, même en tenant compte de la jurisprudence de la CJUE ou même après lui avoir soumis une question préjudicielle, se trouvent contraints d'appliquer les dispositions juridiques faisant l'objet du différend au cas d'espèce dans le contexte dans lequel se situe le différend, c'est-à-dire *in casu* le contexte des relations bilatérales entre la Suisse et l'UE, et non dans le contexte particulier du droit de l'UE. **C'est un risque que le mécanisme actuel de règlement des différends mis en place par l'AFRB ne permet pas d'écarter entièrement.** Un tel risque devrait inquiéter la CJUE, en ce sens qu'il représente une menace potentielle et substantielle à sa conception de l'autonomie du droit de l'UE, comme elle l'a indiqué dans son avis 1/91 par lequel elle rejette la création d'une « cour EEE ».

2.1.2.3. *L'interprétation uniforme (au sens du droit de l'UE) d'un accord relatif au marché intérieur à l'intérieur et à l'extérieur de l'OJUE ne peut pas être garantie selon la CJUE*

La Cour souligne dans son avis 1/91 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 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 but.» Et la Cour de constater que les éléments du marché intérieur auquel se réfère le Traité EEE sont le but de ce dernier, alors que le marché intérieur, dans le cadre de l'UE, « loin de représenter une finalité en soi, ne sont que des moyens pour la réalisation de ces objectifs. » Il va de soi que les accords permettant l'accès de la Suisse au marché intérieur n'ont pas pour finalité de faire participer la Suisse à cette « union sans cesse plus étroite entre les peuples de l'Europe »⁴⁹, mais simplement à permettre à la Suisse, à ses citoyens et ses opérateurs économiques, d'avoir accès à certains éléments du marché intérieur. Or comme le dit la Cour dans son avis 1/91, « Pour ce qui est de la Communauté, en revanche, le régime de libre-échange et de concurrence, que l'accord vise à étendre à l'ensemble du territoire des parties contractantes, s'est développé et s'insère dans l'ordre juridique communautaire, dont les objectifs vont au-delà de celui poursuivi par l'accord. » Ce qui amène la CJUE à la conclusion qu'il « résulte de ces considérations que *l'homogénéité des règles de droit dans*

⁴⁹ Art. 1^{er} § 2 TUE.

*l'ensemble de l'Espace EE n'est pas garantie par l'identité de contenu ou de rédaction des dispositions du droit communautaire et des dispositions correspondantes de l'accord. »*⁵⁰

Cette conclusion négative n'est cependant pas définitive, puisque la Cour « convient d'examiner si l'accord prévoit d'autres moyens pour garantir cette homogénéité. »⁵¹ Elle examine dans cette perspective l'art. 6 AEEE, cité ci-dessus. Elle note à ce propos que « bien que l'article 6 de l'accord ne précise pas clairement s'il vise la jurisprudence de la Cour de justice dans son ensemble, et notamment la jurisprudence sur l'effet direct et la primauté du droit communautaire, il ressort du protocole 35 de l'accord que, sans reconnaître les principes de l'effet direct et de la primauté qui s'imposent en vertu de cette jurisprudence, les parties contractantes s'engagent seulement à introduire, dans leurs ordres juridiques respectifs, une disposition législative qui permette aux termes de l'accord de prévaloir sur des dispositions législatives contraires. »⁵²

Par le Protocole n° 35 à l'AEEE, les États membres de l'AELE parties à cet accord s'engagent comme suit : « Afin de régler d'éventuels conflits entre les dispositions résultant de la mise en œuvre des règles de l'EEE et d'autres dispositions législatives, les États de l'AELE s'engagent à introduire, si nécessaire, dans leur législation une règle aux termes de laquelle les règles de l'EEE prévalent dans ces cas. »⁵³ Dans le cadre de l'AFRB, la Suisse ne va pas aussi loin, puisque selon l'art. 7 § 1, « chaque Partie contractante prend les mesures appropriées pour assurer l'application effective et harmonieuse des accords sur son territoire. » Il est clair que la formule de l'AFRB ne prévoit pas une primauté du droit issu des accords concernés sur le droit suisse au sens que la CJUE donne à ce concept au sein de l'UE. Même la formule plus précise et apparemment plus contraignante du protocole n° 35 à l'AEEE n'est pas considérée par la CJUE comme permettant un tel résultat. Au contraire, dans son avis 1/91, la CJUE interprète la formule du protocole n° 35 comme une preuve que le renvoi de l'art. 6 AEEE à la jurisprudence de la CJUE ne couvre pas l'ensemble de la jurisprudence (sans quoi ce Protocole n° 35 serait inutile). Et donc la CJUE de conclure : « Il s'ensuit que le respect de la jurisprudence de la Cour de justice, imposé par l'article 6 de l'accord, ne s'étend pas à des éléments essentiels de cette jurisprudence qui sont inconciliables avec les caractéristiques de l'accord. Par conséquent, **l'article 6, en tant que tel, n'est en mesure d'assurer l'objectif de l'homogénéité du droit dans l'ensemble de l'Espace EE, ni pour le passé ni pour le futur. » Ce qui est vrai pour les États membres de l'AELE partie à l'EEE l'est a fortiori pour la Suisse. Et, nous allons le montrer, la CJUE peut s'en accommoder.**

En effet, dans son avis 1/91, la Cour s'inquiète de ce que les cinq juges de la CJUE qui siègeraient au sein de la Cour EEE⁵⁴ « suivant qu'ils siégeront à la Cour de justice ou à la Cour EEE, les juges de la Cour de justice, membres de la Cour EEE, auront à appliquer et à interpréter les mêmes dispositions, mais selon des approches, des méthodes et des concepts différents, afin de tenir compte de la nature de chaque traité et des objectifs qui lui sont propres. »⁵⁵ C'est le constat, tout à fait logique du point de vue du droit de l'UE et du droit international public, que tout en ayant le souci « d'assurer des conditions

⁵⁰ CJUE, avis 1/91 (loc. cit.), § 22. C'est nous qui soulignons.

⁵¹ Ibid, § 23.

⁵² Ibid, § 27.

⁵³ JOUE, n° L1/205 du 3 janvier 1994.

⁵⁴ Le mécanisme de règlement des différends prévu par la version originale de l'AEEE (tel qu'examiné par la CJUE dans la procédure d'avis 1/91) prévoyait une Cour EEE composée de 5 juges membres de la CJUE et de 3 juges issus des juridictions suprême des États parties à l'EEE en tant que membres de l'AELE.

⁵⁵ CJUE, avis 1/91 (loc. cit.), § 51.

homogènes » dans l'application de l'accord, il n'est pas possible d'exiger un effet uniforme (au sens que prend ce principe en droit de l'UE) des dispositions de ces accords au sein de l'ordre juridique de l'UE et au sein d'un autre ordre juridique (pour ce qui nous concerne l'ordre juridique helvétique). La CJUE va avoir l'occasion de préciser sa position sur ce point dans une intéressante affaire C-321/97⁵⁶, par laquelle deux ressortissantes suédoises demandent à la CJUE de constater que la Suède aurait dû leur appliquer certains principes dégagés par la jurisprudence de la Cour sur la base de l'Accord EEE, les faits pertinents pour l'affaire en cours devant une juridiction suédoise ayant leur origine en 1994, c'est-à-dire après que l'AEEE soit entré en vigueur pour la Suède (en tant qu'État membre de l'AELE), mais avant que la Suède ne devienne un État membre de l'UE, le 1^{er} janvier 1995.

Le juge suédois confronté à ces questions juridiques pour le moins complexes, décide de saisir la CJUE de trois demandes de questions préjudicielles. Dans ce contexte, la Cour a l'occasion de rappeler « qu'un accord conclu par le Conseil, conformément aux articles 228 du traité CE (devenu, après modification, article 300 CE) et 238 du traité CE (devenu article 310 CE), constitue, en ce qui concerne la Communauté, un acte pris par l'une de ses institutions, au sens de l'article 177, premier alinéa, sous b), du même traité, que les dispositions de pareil accord forment partie intégrante, à partir de l'entrée en vigueur de celui-ci, de l'ordre juridique communautaire et que, dans le cadre de cet ordre juridique, la Cour est compétente pour statuer à titre préjudiciel sur l'interprétation de cet accord (voir arrêt du 30 septembre 1987, *Demirel*, 12/86, Rec. p. 3719, point 7).

Par conséquent, la Cour est en principe compétente pour statuer à titre préjudiciel sur l'interprétation de l'accord EEE lorsqu'une telle question est soulevée devant une juridiction de l'un des États membres.

Toutefois, *cette compétence pour interpréter l'accord EEE au titre de l'article 177 du traité est valable uniquement en ce qui concerne la Communauté*, en sorte que la Cour n'est pas compétente pour se prononcer sur l'interprétation dudit accord pour ce qui relève de son application dans les États de l'AELE. »⁵⁷

Constatons donc premièrement qu'aucune règle de l'OJUE n'impose à la CJUE de garantir une interprétation uniforme du droit de l'UE en dehors de l'OJUE. Cela s'explique, selon l'avocat général qui a eu à examiner cette affaire pour la raison suivante : « *Rappelons tout d'abord que l'objectif d'une interprétation uniforme n'a aucun caractère absolu. Le juge communautaire comprend parfaitement les limites de tout effort d'harmonisation par voie d'interprétation ; c'est pourquoi il se refuse à intervenir dans l'examen des modalités et des limites de l'application des règles qu'il est appelé à interpréter dans un domaine extérieur à l'ordre juridique communautaire.* De plus, il est indispensable de souligner la singularité de la présente affaire : les deux premières questions préjudicielles ne concernent pas seulement l'interprétation d'une disposition présentant un caractère à la fois communautaire et extracommunautaire, à savoir l'article 6 de l'accord EEE ; elles posent directement la question du mode d'application de cette disposition et de ses conséquences dans un ordre juridique extérieur à l'ordre communautaire. *Cette confusion entre interprétation et application suffit à fonder l'incompétence de la Cour.*

⁵⁶ CJUE, arrêt du 15 juin 1999 dans l'affaire *Ulla-Brith Andersson et Susanne Wåkerås-Andersson contre Svenska staten (État suédois)*, affaire C-321/97, ECLI:EU:C:1999:307.

⁵⁷ Ibid, §§ 26 à 28 (c'est nous qui soulignons).

En d'autres termes, le juge communautaire a certes accepté dans des cas limites d'interpréter des dispositions dont l'application en dehors de l'ordre juridique communautaire peut être différente de ce qu'elle serait à l'intérieur de cet ordre juridique; il ne saurait cependant exercer sa mission d'interprétation au titre de l'article 177 du traité dans des cas où la question soulevée revient en fait à définir le mode d'application d'une ou de plusieurs règles communautaires dans un domaine étranger au champ d'application du droit communautaire. »⁵⁸

Ainsi, tant du point de vue de la CJUE que de son avocat général, il n'existe pas de nécessité impérieuse de garantir l'interprétation uniforme des dispositions d'un accord international auquel est partie l'UE à l'intérieur et en dehors de l'OJUE. La Cour devient compétente pour connaître des dispositions d'un tel accord au sein de l'OJUE, en conséquence de l'art. 216 § 2 TFUE – tout comme les juridictions suisses le deviennent au sein de l'OJCH en vertu des articles 5 et 190 de la Constitution fédérale – mais ce n'est pas de sa responsabilité d'assurer une telle uniformité d'interprétation hors de l'OJUE. La Cour reconnaît certes qu'une telle compétence pourrait lui être attribuée par un Traité international (ce que permet notamment l'art. 107 AEEE en combinaison avec le Protocole n° 34 à ce traité, selon lequel un État de l'AELE partie à l'EEE peut autoriser ses juridictions nationales à poser des questions préjudicielles à la CJUE). Mais comme le souligne la CJUE, « une telle possibilité n'ayant pas été utilisée jusqu'à présent »⁵⁹, elle n'a pas connaissance des questions préjudicielles qui lui sont soumises en l'affaire C-321/97⁶⁰.

Ce que nos recherches dans le cadre de la rédaction de ce rapport montrent, est qu'à notre meilleure connaissance, la CJUE n'a jamais été saisie d'une question préjudicielle relative aux effets d'une disposition d'un accord international identique (ou faisant renvoi) à une disposition de droit de l'UE hors de l'OJUE!⁶¹ En d'autres termes, si le mécanisme de règlement des différends prévu par l'article 10 ARFB, et notamment la saisine par le Tribunal arbitral de la CJUE d'une question préjudicielle concernant l'interprétation d'une disposition identique à une disposition de droit de l'UE, devait être mise en œuvre, cela constituerait une première! Et *au vu des considérations de la CJUE sur les conditions, méthodes et concepts qu'elle aurait à appliquer « afin de tenir compte de la nature de chaque traité et des objectifs qui lui sont propres »*⁶² pour interpréter de telles dispositions, il est plus que probable que si la question porte sur les effets d'une disposition d'un accord bilatéral relatif à l'accès de la Suisse au marché intérieur dans l'ordre juridique suisse, la CJUE pourrait être amenée à interpréter la portée de cette disposition différemment qu'elle l'aurait fait au sein de l'OJUE. Avec ensuite pour la CJUE, mais aussi pour les États membres de l'UE et les particuliers appliquant cette même disposition mais en tant que droit de l'UE (donc à l'intérieur de l'OJUE), la délicate question de la portée de cette interprétation

⁵⁸ Conclusions de l'avocat général Cosmas présentées le 19 janvier 1999, dans l'affaire *Ulla-Brith Andersson et Susanne Wåkerås-Andersson contre Svenska staten (Etat suédois)*, affaire C-321/97, ECLI:EU:C:1999:9, § 28.

⁵⁹ CJUE, arrêt dans l'affaire C-321/97 (*loc. cit.*), § 29.

⁶⁰ En pratique, cette conclusion ne concerne que les deux premières questions préjudicielles. La troisième était pour sa part recevable.

⁶¹ Même l'arrêt *Polydor* (CJUE, arrêt du 9 février 1982, *Polydor Limited et RSO Records Inc. contre Harlequin Records Shops Limited et Simons Records Limited*, affaire 270/80, ECLI:EU:C:1982:43), souvent étudié et cité dans ce contexte, porte sur l'effet au Royaume-Uni – donc à l'époque au sein de l'OJCEE (OJUE) puisque c'est à ce titre que les dispositions de l'accord avec le Portugal s'appliquent au Royaume-Uni – et non sur les effets juridiques de cet accord dans l'ordre juridique portugais.

⁶² Voir supra note 55.

donnée par la CJUE hors de l'OJUE. C'est précisément cela que la CJUE veut éviter, car cela pourrait compromettre « l'autonomie de l'OJUE ».

Soulignons encore que si la question d'interprétation se pose au sein de l'OJUE, la procédure de l'art. 10 § 3 AFRB n'est guère utile, puisque la CJUE peut, en tout temps être saisie, aux conditions de l'art. 267 TFUE, d'une question préjudicielle dans le cadre de l'OJUE (voir ci-dessus le § 26 de l'arrêt dans l'affaire C-321/97). L'utilité de ce mécanisme de l'art. 10 § 3, ne concerne donc qu'une éventuelle question d'interprétation d'une disposition d'un accord bilatéral entre la Suisse et l'UE dans l'ordre juridique suisse, laquelle pourrait être à ce point divergente (dans ses effets) de l'interprétation donnée à la même disposition dans l'OJUE, au point de donner naissance à un différend entre l'UE et la Suisse. Or pour les raisons expliqués par la Cour elle-même dans sa jurisprudence examinée ci-dessus, la CJUE serait empruntée pour répondre à une telle question.

En conclusion de cette longue analyse, nous nous permettons de suggérer à des négociateurs suisses de faire part à leurs homologues négociant au nom de l'UE de ces difficultés concrètes que poserait probablement à la CJUE la mise en œuvre du mécanisme de règlement des différends tel que prévu par l'art. 10 de l'AFRB. Peut-être les négociateurs suisses devraient demander, par souci de sécurité juridique (e qui, rappelons-le est l'un des objectifs fondamentaux de l'AFRB selon son article premier) à ce que la CJUE soit saisie selon le mécanisme de l'art. 218 § 11 TFUE sur la compatibilité de ce mécanisme de question préjudicielle prévu par l'art. 10 § 3 AFRB avec le principe d'autonomie de l'OJUE. A moins d'un revirement complet de jurisprudence de la CJUE sur la notion d'autonomie de l'OJUE, il paraît très probable que la CJUE considère ce mécanisme de question préjudicielle lui demandant d'interpréter des dispositions ou notions de l'OJUE hors du cadre de ce dernier, comme incompatible avec l'autonomie de l'OJUE.

Quant à la Suisse, compte-tenu de la grande sensibilité politique qui existe dans le pays sur la question de la « soumission » de la Suisse à des décisions de la CJUE (la rhétorique sur les « juges étrangers »), le bénéfice d'un maintien de l'art. 10 AFRB sous sa forme actuelle paraît mince. Il serait même possible d'argumenter que dans la mesure où la CJUE n'a encore jamais eu à se prononcer sur les effets d'une disposition d'un accord international identique à une disposition du droit de l'UE dans l'ordre juridique d'un État tiers, il est assez difficile de prévoir la réponse que celle-ci apporterait à une telle question. Ce qui en termes de « sécurité juridique » – rappelons que selon l'art. 1^{er} AFRB, c'est l'objectif principal de cet accord – n'est pas nécessairement une avancée.

2.2. L'usage d'une « clause guillotine »

Ce « mécanisme juridique » (appelé selon la doctrine juridique « principe du parallélisme approprié ») a été introduit par les accords bilatéraux de 1999, et figure plus spécifiquement dans l'art. 25 de l'Accord sur la libre circulation des personnes. Au moment de la conclusion de cet Accord, des forces politiques influentes en Suisse rechignaient à ce qu'une libre circulation des personnes entre la Suisse et l'UE soit acquise durablement. Dans la mesure où l'acceptation du « paquet » des sept accords bilatéraux était politiquement incertaine en Suisse, les négociateurs suisses ont proposé que cet accord particulier soit conclu pour une durée initiale de sept ans, reconductible ensuite

pour une période indéterminée (voir art. 25 § 2 ABLCP). Les sept accords étant, de l'avis des négociateurs, un paquet dont l'équilibre entre les parties impliquait le maintien intégral, l'art. 25 § 4 ABLCP prévoit que si cet accord particulier est dénoncé, les six autres accords dit « bilatérales I » cessaient également d'être applicables.

Ce principe est repris – et même renforcé – par l'AFRB, puisque selon son article 22, la dénonciation de cet accord impliquerait celle de tous les accords bilatéraux qui se réfèrent au présent accord ; en d'autres termes, tous les accords relatifs à l'accès au marché intérieur (selon les articles 2, 3 et 17 § 3 AFRB), cesseront également d'être applicables.

D'un point de vue juridique, une telle disposition constitue un aléa majeur, d'ailleurs peut-être contraire à l'objectif principal de l'AFRB tel qu'énoncé à l'art. 1^{er} dudit accord, à savoir « de garantir aux parties contractantes, aux opérateurs économiques et aux particuliers une plus grande sécurité juridique [...] ». Elle pourrait en effet avoir le pouvoir de rendre caduc des accords pour lesquels aucune difficulté d'application n'existe, par simple « effet d'entraînement ». En conséquence, selon une analyse juridique étroite, cela devrait être un objectif de négociation d'écarter lors d'une révision de l'AFRB la clause figurant à l'art. 22 § 2 dudit accord, ou alternativement de tenter d'en limiter la portée.

Une « vue plus large » de l'effet d'une telle clause mérite cependant d'être considéré. La dénonciation d'un accord bilatéral muni d'une telle clause peut être comparée à une « option atomique », qui mettrait en péril l'ensemble des relations Suisse-UE. C'est sur ce constat d'effets disproportionnés par rapport au but que pourraient rechercher certains acteurs qu'a été bâtie à la fin des années 1950 la théorie de la dissuasion nucléaire, selon laquelle l'existence d'arsenaux nucléaires entre les deux adversaires stratégiques du monde bipolaire d'alors garantit la paix (entre ces deux acteurs) et écarte le risque effectif de conflit. Théorie paradoxale, mais qui n'a pas été démentie par l'histoire. De même, le référendum que promettait l'UDC avant le terme de 7 ans prévu par l'art. 25 § 2 ABLCP n'a finalement pas été convoqué.

Donc, selon cette théorie et sa mise en œuvre, l'existence d'une « clause guillotine » d'une portée aussi large que possible dans les relations juridiques Suisse-UE pourrait être, paradoxalement et dans les faits, un facteur de sécurité juridique. Mais alors aussi, du point de vue Suisse, un mécanisme d'irréversibilité des accords bilatéraux. En effet, bien que s'agissant d'accords bilatéraux relevant du DIP, et que donc chaque partie peut, moyennant le respect des dispositions prévues par ledit traité, dénoncer et non d'un « transfert de droits souverains » lequel « une limitation définitive de ces droits souverains »⁶³, il pourrait pour la Suisse être pratiquement impossible de les dénoncer. En effet, selon la « théorie de la dissuasion » mentionnée ci-dessus, il se pourrait que les « clauses guillottes » aient pour effet pratique de rendre irréversibles (parce que trop coûteuse) les limitations à sa souveraineté que la Suisse accepte par les accords bilatéraux qui la lient à l'UE. Ce qui n'est manifestement pas la volonté du peuple suisse. D'où notre proposition (voir la proposition n° 1 dans la partie D ci-dessous) de remplacer les clauses guillottes par des clauses de rendez-vous.

⁶³ Voir CJUE, arrêt *Costa*, cité supra note 36.

2.3. Le principe de coopération loyale

En droit de l'UE, le principe de coopération loyale est énoncé à l'art. 4§3 TUE. En vertu de ce principe : « [...] l'Union et les États membres se respectent et s'assistent mutuellement dans l'accomplissement des missions découlant des traités »⁶⁴. Ce principe a été également développé dans la jurisprudence de la CJUE aussi bien pour sa dimension négative (les États membres s'engagent à ne pas adopter de mesures allant à l'encontre de la réalisation des missions découlant des traités au fondement de l'UE), que pour sa dimension positive (les États membres entre eux, de manière horizontale, et les États membres et les institutions de l'UE, dans leurs relations « verticales », s'assistent et adoptent des mesures visant à accomplir des missions découlant des traités).

Le principe de coopération loyale a par ailleurs été également applicable au RU pendant la période de transition. Autrement dit, bien que le RU ait quitté l'UE, avant l'entrée en vigueur de l'ACCUERU et pendant le 2020 (l'année correspondante à la période de transition selon l'accord de retrait)⁶⁵, il a été lié par le droit de l'UE et les principes qui le régissent. Ainsi, la question se posait de savoir pour le RU si pendant la période de transition les diplomates britanniques pouvaient renégocier les accords internationaux que le RU avait signé en tant qu'État membre de l'UE et qui devaient cesser leur application vis-à-vis du RU après la période de transition. De fait, et on le sait, le RU a négocié des accords internationaux avec des États tiers pendant la période de transition (dits « *rollover agreements* »), ce qui témoigne d'une lecture souple du principe de coopération loyale faite par l'UE dans le cadre du Brexit.

Dans l'AFRB, le principe de coopération loyale, ou des dispositions équivalentes à ce principe peuvent être identifiées dans plusieurs dispositions. Premièrement, dans le préambule, les parties sont « désireux de contribuer au renforcement de la coopération entre les institutions de l'Union européenne et les autorités suisses, y compris le Parlement européen et le Parlement suisse »⁶⁶. Les parties s'engagent également à coopérer en vertu de l'art. 6 de l'AFRB pour ce qui est de la surveillance de l'application de l'accord. Enfin et surtout, c'est dans l'art. 13§3 de l'AFRB que le principe de coopération loyale est inscrit de manière quasi-identique à ce qui est prévu dans l'OJUE : « les parties contractantes coopèrent loyalement dans le cadre de la procédure afin de faciliter la prise des décisions ». L'art. 13 de l'AFRB concerne la « procédure consécutive à l'adoption d'un acte juridique » et se situe dans le Chapitre 4 de l'accord-cadre relatif à « l'adaptation des accords concernées ». Le principe de coopération loyale trouve ainsi sa place dans le cadre des relations Suisse-UE pour ce qui est de l'adaptation des accords bilatéraux d'accès au marché à l'évolution de l'acquis pertinent. A notre avis un tel principe ne préjuge en rien la nature des relations bilatérales entre la Suisse et l'UE. Bien que de manière sémantique il existe une similarité évidente avec le même principe en droit de l'UE, dans le cadre des relations Suisse-UE, il ne devrait pas être interprété au-delà d'une simple coopération entre les parties au traité international. En d'autres termes, un « principe de foi augmentée ».

⁶⁴ Art. 4§3 TUE.

⁶⁵ Art. 129 § 1 de l'Accord de retrait entre l'UE et le RU *OJ 2019 C 384 I/01 et I/02*.

⁶⁶ Voir notamment la partie III de l'accord sur la « Coopération et la coordination » et notamment l'art. 16 sur la coopération parlementaire.

2.4. Le principe de confiance mutuelle

L'ordre juridique de l'UE s'est construit autour du narratif d'un nouvel ordre juridique du droit international de nature *sui generis*⁶⁷. Selon ce narratif, les relations entre les États membres de l'UE, basées sur l'égalité⁶⁸ et la réciprocité, ont évolué dans le contexte de l'intégration européenne pour former des relations basées sur la confiance mutuelle. Le principe de confiance mutuelle ne figure pas en tant que tel dans les traités. Il s'appuie principalement sur le principe de reconnaissance mutuelle, tel qu'issu de la jurisprudence *Cassis de Dijon*⁶⁹ pour ce qui est de l'harmonisation des règles au sein du marché intérieur de l'UE. Il est également présent dans les traités concernant la reconnaissance mutuelle des diplômes⁷⁰ ou des décisions judiciaires dans le cadre de l'espace de liberté, de sécurité et de justice⁷¹. Ce n'est que récemment que le principe de confiance mutuelle a été étendu par la CJUE aux relations entre les juridictions nationales des États membres en tant que telles⁷². Dans une série d'arrêts récents, la Cour a construit une approche systémique autour du principe de confiance mutuelle, tel qu'applicable dans les relations entre les juridictions des États membres d'une part, et les juridictions nationales et la CJUE de l'autre. Le respect des valeurs communes par les États membres de l'UE⁷³, combiné au système complet de voies de recours dans l'ordre juridique de l'UE et de ses États membres⁷⁴, constituent ainsi une base solide de relations basées sur le principe de confiance mutuelle. De fait, l'observateur peut relever l'ambition d'une approche systémique dans la jurisprudence récente de la CJUE relative au principe de confiance mutuelle. Dans les arrêts *Associação Sindical dos Juizes Portugueses*⁷⁵, *Achmea*⁷⁶, ou encore dans les deux affaires en manquement *Commission c. Pologne*⁷⁷, la Cour de justice articule le principe de confiance mutuelle autour du principe de coopération loyale d'une part⁷⁸, et de l'État de droit de l'autre, en tant que valeurs au fondement de l'UE⁷⁹. L'indépendance des juridictions nationales et l'autonomie de l'ordre juridique de l'UE, en tant que composantes d'un tout complexe, matérialisent ainsi, dans leur ensemble, le principe de

⁶⁷ Pour les premiers arrêts de la Cour quant à la nature spécifique de l'ordre juridique de l'UE: CJUE, arrêt du 5 février 1963, *Van Gend & Loos c Administration fiscale néerlandaise* 1963 00003 ECLI:EU:C:1963:1; CJUE, arrêt du 15 juillet 1964, *Flaminio Costa c ENEL* 1964 01141 ECLI:EU:C:1964:66.

⁶⁸ Art. 4§2 TUE.

⁶⁹ CJUE, arrêt du 20 février 1979, *Rewe-Zentral AG c Bundesmonopolverwaltung für Branntwein (Cassis de Dijon)* 1979-00649 ECLI:EU:C:1979:42.

⁷⁰ Art. 53 TFUE.

⁷¹ Arts. 67, 70, 81 et 82 *ibid.*

⁷² CJUE, arrêt du 27 février 2018, *Associação Sindical dos Juizes Portugueses c Tribunal de Contas* ECLI:EU:C:2018:117; CJUE, arrêt du 6 mars 2018, *République slovaque c Achmea BV (Achmea)* ECLI:EU:C:2018:158.

⁷³ CJUE, arrêt du 24 juin 2019, *Commission européenne c République de Pologne* ECLI:EU:C:2019:531; CJUE, arrêt du 5 novembre 2019, *Commission européenne c République de Pologne* ECLI:EU:C:2019:924.

⁷⁴ CJUE, arrêt du 23 avril 1986, *Parti écologiste 'Les Verts' c Parlement européen* 1986-01339 ECLI:EU:C:1986:166.

⁷⁵ CJUE, arrêt du 27 février 2018, *Associação Sindical dos Juizes Portugueses c. Tribunal de Contas* (op. cit.).

⁷⁶ CJUE, arrêt du 6 mars 2018, *République slovaque c. Achmea BV (Achmea)* (op. cit.).

⁷⁷ *Commission européenne c. République de Pologne, 24 juin 2019* (op. cit); *Commission européenne c. République de Pologne, 5 novembre 2019* (op. cit).

⁷⁸ Art. 4§3 TUE.

⁷⁹ Art. 2 *ibid.*

confiance mutuelle sur lequel reposent les relations non seulement des États membres de l'UE, mais surtout de leurs juridictions.

Ainsi, le véritable problème pour l'UE, et surtout pour la CJUE, quant à la problématique de l'interprétation homogène de l'acquis de l'UE est le danger d'une potentielle remise en question de l'autonomie du droit de l'UE basée, selon la jurisprudence récente de la CJUE, sur le principe de confiance mutuelle, matérialisée par les relations entre les juridictions au sein de l'UE. Comme l'affirme la CJUE dans son avis 2/13 du 18 décembre 2014, « En particulier, la clef de voute du système juridictionnel ainsi conçu est constituée par la procédure du renvoi préjudiciel prévue à l'article 267 TFUE qui, en instaurant un dialogue de juge à juge précisément entre la Cour et les juridictions des États membres, a pour but d'assurer l'unité d'interprétation du droit de l'Union (voir, en ce sens, arrêt *Van Gend & Loos*, EU:C:1963:1, p. 23), permettant ainsi d'assurer sa cohérence, son plein effet et son autonomie ainsi que, en dernière instance, le caractère propre du droit institué par les traités (voir, en ce sens, *avis 1/09*, EU:C:2011:123, points 67 et 83). »⁸⁰ Ainsi, le devoir imparté aux juridictions nationales de l'UE par les traités (selon l'interprétation qu'en donne la CJUE) est précisément de préserver la nature du droit de l'UE par le biais du système complet des voies de recours mis en place dans le cadre du système juridictionnel de l'UE en étroite coopération avec les juridictions nationales⁸¹.

Selon cette acception, ce principe de confiance mutuelle – pas plus que les principes de primauté ou d'interprétation uniforme – ne saurait être étendu hors de l'OJUE, et notamment aux juridictions suisses. Si l'art. 11 de l'AFRB envisage bien une « coopération entre juridictions », celle-ci ne s'inscrit ni dans le cadre de l'OJUE, ni ne peut reposer sur le mécanisme de la question préjudicielle tel qu'énoncé à l'art. 267 TFUE, « clé de voûte du système juridictionnel » de l'UE. En conséquence, cette coopération entre juges dans le cadre des relations Suisse-UE n'est pas censée reposer sur le principe de confiance mutuelle.

En effet, si le principe de confiance mutuelle est effectivement une garantie qui fait parfaitement sens au sein de l'OJUE, compte tenu de la structure particulière de celui-ci et du dialogue des juges qu'il orchestre via le mécanisme de la question préjudicielle, l'application d'un tel principe n'est pas extensible à l'OJCH dans ses relations avec les institutions de l'OJUE. Il convient en effet de rappeler que les relations entre la Suisse et l'UE se situent dans le cadre du droit international public, lequel est fondé sur le principe de réciprocité, et non celui de confiance mutuelle. Les juridictions suisses, y compris le Tribunal fédéral, n'ont donc aucune obligation de « faire confiance » à la CJUE. La réciprocité est d'ailleurs également vraie. D'où la nécessité, le cas échéant, de prévoir un mécanisme supérieur, en droit international public, de règlement des différends en cas de divergence substantielle dans l'application au sein des deux ordres juridiques concernés des dispositions d'effet direct d'un accord bilatéral relatif au marché intérieur de l'UE. Il serait ainsi inapproprié de la part de l'UE d'exiger de la Suisse d'appliquer le principe de confiance mutuelle dans le cadre des relations régies par l'accord-cadre de 2018. Il découle aussi qu'en l'absence de confiance mutuelle structurelle entre la Suisse et l'UE, il ne peut-être concevable que le mécanisme de règlement des différends tel que prévu par

⁸⁰ *Avis 2/13*, § 176.

⁸¹ *Parti écologiste 'Les Verts' c. Parlement européen* (op. cit); *Avis 1/09, Création d'un système unifié de règlement des litiges en matière de brevets* (op. cit).

l'art. 10 de l'AFRB confie le règlement de tels différends d'interprétation à la juridiction de l'une des parties (voir ci-dessous les sections 2.5 et 3.3.).

2.5. Considérations sur les mécanismes de règlement des différends dans les relations Suisse-UE concernant les accords relatifs au marché intérieur

Cette question est, pour différentes raisons, particulièrement délicate, tant du point de vue de l'UE que du point de vue de la Suisse. Du point de vue de l'UE, le souci est que dans le cadre du règlement d'un différend, une juridiction extérieure à l'OJUE soit amenée à interpréter une disposition du droit de l'UE d'une manière non conforme à la jurisprudence dégagée par la CJUE, et pire encore, que cette interprétation s'impose à la CJUE, altérant ainsi « l'autonomie » du droit de l'UE ; nous avons largement examiné cette perspective sous 2.1.2. ci-dessus.

Du point de vue de la Suisse, c'est d'une part une référence à l'histoire mythifiée du pays (le refus des juges étrangers dans nos vallées), et d'autre part le souci légitime qu'un mécanisme juridictionnel contraignant puisse limiter les droits politiques du souverain, c'est-à-dire du peuple suisse. Soulignons à ce propos que cette défiance des juges est profondément ancrée dans le système institutionnel suisse, et que notre pays est l'une des très rares démocraties libérales à ne pas offrir un mécanisme juridictionnel de contrôle de constitutionnalité des lois adoptées par les représentants des citoyens. En effet, l'art. 190 de la Constitution fédérale⁸² impose aux juridictions suisses, y inclus le Tribunal fédéral, d'appliquer les lois fédérales. Cette curiosité peut s'expliquer par le fait que toutes les lois fédérales sont soumises à un possible référendum, et que donc les lois fédérales sont validées, même tacitement lorsque le référendum n'est pas demandé, par le souverain lui-même, et donc n'ont à ce titre pas à être contrôlées par les juges. Notons par contre que cette injonction faite par l'art. 190 de la Constitution Fédérale couvre aussi le droit international, lequel est donc constitutionnellement d'application directe en Suisse (cela découle aussi de l'art. 5 Cst féd.), mais sans rang de préséance sur les lois nationales, contrairement à ce qui concerne le droit de l'UE au sein des ordres juridiques des États membres de l'UE, selon la jurisprudence de la CJUE, comme nous allons le voir ci-dessous.

Reconnaissons donc que les enjeux autour de ces questions liées aux règlements des différends par des juridictions sont sensibles et justifiés de part et d'autre. Soulignons aussi que tout règlement d'un différend par une juridiction (ou un tribunal arbitral) implique de décider entre des prétentions divergentes de deux parties, lesquelles considèrent leur position comme fondée en droit. Ainsi, toute décision de règlement d'un différend s'appuie donc inévitablement sur une interprétation du droit. Même le mécanisme de la question préjudicielle tel qu'il existe au sein de l'OJUE ne garantit pas que le juge national, lorsqu'il applique l'interprétation rendue par la Cour dans la cadre d'un arrêt sur question préjudicielle, ne procède pas lui aussi à une interprétation du droit (même dans le respect de l'interprétation donnée par la CJUE) pour son application au cas d'espèce. C'est ainsi que fonctionne le droit positif.

⁸² Cet article se lit comme suit : « Le Tribunal fédéral et les autres autorités sont tenus d'appliquer les lois fédérales et le droit international. »

La difficulté supplémentaire que présente le droit de l'UE dans ses relations avec des pays tiers, est que dans les domaines relatifs au marché intérieur, ce droit (international de par son origine – le droit « né du traité » selon la CJUE⁸³) peut produire un effet direct, c'est-à-dire être invoqué directement devant des juridictions par des particuliers, au sein de l'ordre juridique de l'une des parties à l'accord international. Ainsi un sujet d'un ordre juridique national (une personne privée ou le cas échéant une entité publique) peut invoquer une règle issue du droit international au sein d'un ordre juridique « interne » pour en tirer des droits.

L'effet direct d'une règle issue du droit international au sein de l'ordre juridique d'une partie à un traité n'est, en fait, pas du tout une singularité du droit de l'UE. Le droit international public produit des effets directs au sein des ordres juridiques nationaux, comme nous l'avons par exemple vu ci-dessous pour le droit suisse. Ce qui est spécifique au droit de l'UE, c'est la prétention, affirmée dès 1963 par la CJUE, de déterminer au niveau inter- (supra-) national l'effet juridique de la norme internationale au sein de l'ordre juridique national. Le système classique de la mise en œuvre du droit international public au bénéfice des particuliers, est fondé sur une stratification à deux niveaux des ordres juridiques. Ainsi des normes sont négociées au niveau international, entre représentants des États, en droit international public. Parmi ces normes, certaines concernent les relations entre les parties à l'accord international (Suisse et UE dans le cas qui nous concerne), et d'autres peuvent conférer ou garantir des droits à des particuliers. En dehors de l'OJUE, la première catégorie de normes (règles régissant les relations entre les parties à l'accord) relèvent du droit international public seul ; en d'autres termes, les juridictions d'une des parties ne peuvent pas connaître d'un différend entre parties. Au contraire, les normes de l'accord conférant des droits à des personnes privées doivent être mises en œuvre dans l'ordre juridique de chacune des parties, selon les règles de « réception » de cet ordre juridique. Il s'agit alors d'une mise en œuvre d'une norme d'origine internationale au sein de l'ordre juridique (interne) de chaque partie ; pour ce qui nous concerne, l'OJCH d'une part, l'OJUE de l'autre. C'est donc le droit de chaque partie qui détermine la portée juridique, puis le cas échéant les modalités de mise en œuvre du droit international au bénéfice d'un particulier.

Si l'une des parties considère que cette mise en œuvre d'une disposition issue du régime juridique commun (l'accord international) dans l'ordre juridique de l'autre partie n'est pas conforme aux engagements internationaux qui lient les parties à l'accord, cette partie peut alors – à partir du constat que les droits que l'un de ses ressortissants aurait dû pouvoir invoquer dans l'ordre juridique de l'autre partie n'ont pas été correctement mis en œuvre par l'autre partie – prendre fait et cause pour son ressortissant, et considérer que la mise en œuvre défectueuse de normes issues de l'accord international dans l'ordre juridique de l'autre partie, constitue une violation de l'accord international, et donc le fondement d'un différend entre les parties. Ce mécanisme complexe d'articulation entre les ordres juridiques des parties et l'ordre juridique international est qualifié en droit international public, de « protection diplomatique ». Il consacre la dichotomie claire entre des ordres juridiques de niveaux différents, au sein desquels des sujets de droit différents – les parties au traité au niveau international, dont les relations relèvent du droit international public, leurs ressortissants au sein de l'ordre juridique de chacune des parties, dont les droits issus de l'accord international produisent leurs effets dans chaque ordre juridique des parties – peuvent à l'un ou l'autre niveau et selon les principes

⁸³ Expression utilisée par la CJUE dans son célèbre arrêt *Costa* (op. cit.).

juridiques propres à chaque ordre juridique, invoquer des droits issus d'une même disposition du traité ; mais dans des contextes et des ordres juridiques de nature différente, régis par des principes différents.

Le droit de l'UE, notamment dans le cadre de sa mise en œuvre, brouille totalement cette organisation stratifiée. En effet, dans un arrêt séminal de 1963, la Cour de justice va déclarer, « que la Communauté constitue un nouvel ordre juridique de droit international, au profit duquel les États ont limité, bien que dans des domaines restreints, leurs droits souverains, et dont les sujets sont non seulement les États membres mais également leurs ressortissants; que, partant, le droit communautaire, indépendant de la législation des États membres, de même qu'il crée des charges dans le chef des particuliers, est aussi destiné à engendrer des droits qui entrent dans leur patrimoine juridique »⁸⁴ Cette situation particulière découle, selon la CJUE, du fait « que l'objectif du traité CEE qui est d'instituer un marché commun dont le fonctionnement concerne directement les justiciables de la Communauté, implique que ce traité constitue plus qu'un accord qui ne créerait que des obligations mutuelles entre les États contractants. » C'est cela qui crée la singularité – l'autonomie selon la CJUE – du droit de l'UE. **Les droits et obligations des États membres et de leurs ressortissants, au sein de l'OJUE, sont placés et interprétés dans le même ordre juridique, et non comme dans le droit international classique dans ses relations avec les ordres juridiques des parties, dans deux ordres juridiques distincts.** C'est pourquoi la doctrine de l'effet direct constitue le socle de la singularité irréductible du droit de l'UE.

Cette invocation directe du droit de l'UE par des particuliers au sein de l'UE est, toujours selon la Cour et toujours dans le même arrêt, fondée précisément sur le mécanisme de la question préjudicielle tel que prévu par les traités communautaires, puisque selon elle « le rôle de la Cour de justice dans le cadre de l'article 177, dont le but est d'assurer l'unité d'interprétation du traité par les juridictions nationales, confirme que les États ont reconnu au droit communautaire une autorité susceptible d'être invoquée par leurs ressortissants devant ces juridictions »⁸⁵. La question préjudicielle est ainsi, comme l'a dit avec force la CJUE dans son Avis 2/13, la clé de voûte de l'OJUE⁸⁶, le fondement de la singularité de l'OJUE. Ce mécanisme peut-il alors être utilisé hors de l'OJUE ?

Du point de vue des deux parties, la réponse doit-être négative. En effet, comme l'a reconnu la Cour dans son avis 1/91 (voir supra le point 2.1.2.2), les dispositions d'un accord international liant l'UE à un État tiers ne peuvent pas être interprétées comme les traités au fondement de l'UE, les États tiers n'étant pas comme les États membres liés par l'ensemble des avantages et contraintes qui sont ceux des États membres. La question préjudicielle, qui est l'élément le plus singulier de l'OJUE, ne peut pas être exportée hors de l'OJUE. Du point de vue de l'UE, et en particulier de la CJUE, sa saisine par une question préjudicielle pour interpréter hors de l'OJUE une disposition identique à celle d'une disposition de l'OJUE aurait soit pour effet de « banaliser » l'OJUE, c'est-à-dire remettre en cause son autonomie par rapport au droit international, ce que la Cour ne veut à aucun prix (voir notre analyse de ce concept d'autonomie, ci-dessus point supra 2.1.2.2.), soit être dévoyé, l'interprétation donnée hors de l'OJUE d'une disposition de l'OJUE pouvant conduire à des effets juridiques différents qu'au sein de l'OJUE. En d'autres termes, la CJUE devrait, si une question préjudicielle lui était soumise par les arbitres selon le mécanisme

⁸⁴ Arrêt *Van Gend & Loos* (op. cit) (c'est nous qui soulignons).

⁸⁵ Ibid.

⁸⁶ Voir supra note 40.

défini par l'art. 10 § 3 AFRB, choisir entre assurer une interprétation uniforme du droit de l'UE, y compris hors de l'OJUE, ce qui reviendrait à banaliser l'OJUE et à le « réintégrer » au DIP, soit renoncer à l'interprétation uniforme, ce qui est pourtant le but que vise à garantir ce mécanisme de question préjudicielle.

Ainsi, l'extension des principes d'interprétation propres à l'OJUE hors de l'OJUE ne paraît ni souhaitable, ni réaliste. Prétendre cependant, à l'opposé, que les accords bilatéraux entre la Suisse et l'UE ne relèvent que du droit international public, ne serait pas sans coût non plus. De ce point de vue, le mécanisme de Règlement des différends mis en place par l'ACCUERU est révélateur des conséquences qu'un confinement des relations juridiques entre partie au seul droit international public implique, du point de vue de l'UE. Originellement, l'UE souhaitait un mécanisme de règlement des différends calqué sur celui de l'AFRB ; le gouvernement britannique a catégoriquement rejeté cette solution. En conséquence, dans le cadre de l'ACCUERU, le règlement des différends est laissé au seul DIP. Avec pour conséquence, comme le précise l'art. INST.29 § 2, que « les décisions et sentences du tribunal d'arbitrage sont contraignantes pour l'Union et le Royaume-Uni. **[Mais]** Elles ne créent aucun droit ni aucune obligation à l'égard des personnes physiques ou morales. » Comme le précisait d'ailleurs l'art. COMPROV.16 de cet accord, « Sans préjudice de l'article MOBI.SSC.67 [Protection des droits individuels] et à l'exception, en ce qui concerne l'Union, de la troisième partie [Coopération des services répressifs et judiciaires], aucune disposition du présent accord ou de tout accord complémentaire ne peut être interprétée comme conférant des droits ou imposant des obligations aux personnes d'une autre nature que celles créées entre les Parties en vertu du droit international public, ni comme permettant d'invoquer directement le présent accord ou tout accord complémentaire dans les systèmes juridiques internes des Parties »⁸⁷.

Ainsi, le maintien strict dans le cadre du droit international public, et non en partie en interaction directe avec l'OJUE, ne pourrait se faire qu'au détriment de l'invocabilité directe des dispositions des accords internationaux liant l'UE dans les ordres juridiques internes des parties (*in casu* l'OJUE et l'OJUK ; pour ce qui nous concernerait, l'OJUE et l'OJCH). D'où la difficulté de trouver un mécanisme de règlement des différends qui ne soit ni interne à l'OJUE (puisque l'État tiers n'a par définition pas adhéré à l'UE et que donc la mise en œuvre ne peut pas se faire au sein de l'OJUE), ni basé uniquement sur le DIP, ce qui nierait l'autonomie du droit de l'UE par rapport au DIP (voir ci-dessus).

Pour sortir de cette impasse, il nous semble nécessaire de catégoriser les différends qui peuvent naître lors de la mise en œuvre d'un accord bilatéral entre la Suisse et l'UE « dans les domaines relatifs au marché intérieur ». Il y a selon nous 5 catégories de différends possibles :

1. Un différend entre une personne privée (suisse) et une autorité publique au sein de l'OJUE
2. Un différend entre personnes privées (dont au moins une personne privée suisse) au sein de l'OJUE
3. Un différend entre une personne privée (de l'UE) et une autorité publique au sein de l'OJCH
4. Un différend entre personnes privées (dont au moins une de l'UE) au sein de l'OJCH
5. Un différend entre parties (Suisse et UE).

⁸⁷ Art. COMPROV.16 de l'ACCUERU.

Cette catégorisation, pour évidente qu'elle soit, nous semble utile pour régler la question qui nous préoccupe. Il va de soi que pour les deux premiers cas de figure, ce sont des juridictions, au sein de l'OJUE – mais le plus vraisemblablement des juridictions nationales – qui vont connaître du différend. Avec le cas échéant la possibilité, en cas d'une question d'interprétation d'une disposition de droit de l'UE (y inclus une disposition d'un traité international auquel l'UE est partie), de saisir la CJUE d'une question préjudicielle⁸⁸. Qu'une partie à l'instance soit de nationalité suisse ne devrait rien changer, au sein de l'OJUE, dans la mesure où un accord bilatéral avec la Suisse confère des droits directement invocables par une personne privée de nationalité suisse au sein de cet ordre juridique.

Pour ce qui est des cas de figure 3 et 4, ce sont les juridictions suisses qui sont compétentes. Elles peuvent être tenues, c'est notamment ce que prévoit l'art. 4 § 2 de l'AFRB, d'interpréter et d'appliquer les dispositions dont l'application « implique des notions de droit de l'Union européenne » « conformément à la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne, antérieure ou postérieure. » Par contre, elles ne peuvent pas saisir la CJUE pour confirmer ou infirmer une interprétation d'une telle notion de droit de l'Union européenne. Cette limitation est valide sans discrimination pour ce qui concerne des ressortissants (ou une personne morale) suisse ou des ressortissants (ou une personne morale) d'un des États membres de l'Union européenne qui veut invoquer un effet direct d'une norme issue d'un accord bilatéral entre l'UE et la Suisse dans l'OJCH.

Même si les interprétations peuvent être différentes, il n'est pas certain qu'elles constituent des cas d'application non-homogène. Il existe aussi de nombreuses possibilités de différenciations au sein de l'OJUE, lesquelles ne conduisent pas nécessairement à des conditions non-homogènes ou à des discriminations dans l'application du droit. Si tel devait néanmoins être le cas, on pourrait alors considérer qu'il y a un différend entre parties (selon un mécanisme s'apparentant à celui de la protection diplomatique tel que défini dans cette section *supra*).

Est-ce que ce différend doit alors être considéré comme un cas qui met en œuvre le principe d'effet direct du droit de l'UE ? Nous pensons que cela n'est pas nécessaire. Le différend peut effectivement porter sur les effets de l'application d'une (ou plusieurs) disposition(s) de l'accord bilatéral au sein de l'ordre juridique de l'une ou de l'autre des parties. Les instances chargées de régler ce différend entre parties (un comité mixte ou une instance arbitrale) peuvent se pencher sur la manière et les principes selon lesquels est mise en œuvre la disposition faisant l'objet du litige dans l'ordre juridique de chaque partie. Elles n'en doivent pas pour autant arriver à une solution qui ferait que les modalités d'application de cette disposition dans l'ordre juridique de chacune des parties soit absolument identique. Comme l'a relevé la CJUE dans son avis 1/91, les contextes juridiques et politiques différents peuvent avoir pour conséquence qu'une norme formulée dans des termes exactement identique produise des effets juridiques différents dans des ordres juridiques différents (voir ci-dessus 2.1.2.3). Cela ne semble pas choquer la Cour, puisque c'est elle qui l'a dit.

Si ces modalités de mise en œuvre différentes ont pour conséquence que les conditions d'application de l'accord au sein de l'ordre juridique de chacune des parties ne sont pas homogènes [il faudra probablement s'entendre sur ce que signifient ces termes ; selon qu'il s'agit d'un effet uniforme, ou d'une non-discrimination au sein de chaque OJ, la réponse devrait être différente] , alors c'est aux parties au différend de trouver une

⁸⁸ Art. 267 TFUE.

solution, en droit international (puisque aucune ne peut imposer l'application de son propre ordre juridique à l'autre) et non dans le droit de l'une ou l'autre des parties. Des mécanismes de droit international peuvent bien évidemment être utilisés en vue du règlement du différend (p. ex. des mesures de compensation ou la suspension de l'application de certaines normes conventionnelles). Mais cela n'implique pas l'application, dans le cadre du litige entre les parties contractantes, du droit de l'autre partie.

Dans le cadre du Traité CETA, la CJUE a été appelée à se prononcer sur la conformité au droit de l'UE de ce traité, et notamment de son mécanisme de règlement des différends entre investisseur et État (RDIE). Dans son avis 1/17, la CJUE conclut à la compatibilité du mécanisme de RDIE, tel que prévu dans l'accord CETA, avec les traités⁸⁹. A cet effet, la Cour rappelle qu'elle a une compétence exclusive pour interpréter le droit de l'Union et se trouve en conséquence seule compétente pour examiner si le mécanisme du RDIE, tel que prévu dans le CETA, est de nature à porter atteinte au « cadre constitutionnel » de l'Union⁹⁰. La Cour débute ainsi son analyse en constatant que : « Aux fins de cet examen, il y a lieu de constater, d'emblée, que le mécanisme RDIE envisagé se situe en dehors du système juridictionnel de l'Union. En effet, le for envisagé par l'AECG est distinct des juridictions internes du Canada, de l'Union et des États membres de celle-ci. Le Tribunal et le Tribunal d'appel de l'AECG ne sauraient, dès lors, être considérés comme faisant partie du système juridictionnel de l'une ou de l'autre de ces Parties. Toutefois, le caractère extérieur du mécanisme RDIE envisagé par rapport au système juridictionnel de l'Union ne signifie pas, en lui-même, que ce mécanisme porte atteinte à l'autonomie de l'ordre juridique de l'Union. »⁹¹

Le mécanisme de RDIE tel que prévu dans le CETA se situe donc en dehors du système juridictionnel de l'UE et de ses États membres, ainsi que de celui du Canada. La Cour insiste de manière inhabituellement forte sur la nature de l'externalisation du mécanisme de RDIE, tel que prévu dans le CETA, de l'OJUE. Le fait que ce mécanisme se situe exclusivement dans le cadre du CETA démontre qu'il est régi par les règles du droit international uniquement. Par ailleurs, la Cour affirme que : « En effet, s'agissant des accords internationaux conclus par l'Union, la compétence des juridictions visées à l'article 19 TUE pour interpréter et appliquer ces accords ne prévaut ni sur celle des juridictions des États tiers avec lesquelles ces accords ont été conclus ni sur celle des juridictions internationales que de tels accords instaurent. Partant, si lesdits accords font partie intégrante du droit de l'Union et peuvent dès lors faire l'objet de renvois préjudiciels [...], ils concernent tout autant lesdits États tiers et peuvent donc également être interprétés par les juridictions de ces États. C'est, en outre, précisément en raison du caractère réciproque des accords internationaux et de la nécessité de préserver la compétence de l'Union dans les relations internationales qu'il est loisible pour celle-ci [...] de conclure un accord qui confère à une juridiction internationale la compétence pour interpréter cet accord sans que cette juridiction soit soumise aux interprétations dudit accord que fournissent les juridictions des Parties. »⁹²

⁸⁹ Architecture institutionnelle validée par la CJUE dans l'avis 1/17 du 30 avril 2019, ECLI :EU :C :2019 :341.

⁹⁰ Ibid, § 112.

⁹¹ Ibid, §§ 113-115.

⁹² Ibid, §§ 116-117.

Ainsi, le fait que le mécanisme de RDIE se situe en dehors du système juridictionnel de l'UE et de ses États membres, d'une part, et du Canada, d'autre part, ne l'oblige pas à prendre en compte l'interprétation de l'accord faite par les juridictions des parties qui le rend acceptable aux yeux de la CJUE. Le mécanisme prévu par l'art. 10 § 3 AFRB, en obligeant les arbitres à prendre en compte l'interprétation du droit de l'UE telle que donnée par la CJUE si le différend porte sur la mise en œuvre de l'art. 4 § 2 AFRB – et même en les contraignant, le cas échéant, de solliciter une interprétation ad hoc de l'effet juridique de l'interprétation d'un accord bilatéral hors de l'OJUE – crée une immixtion entre l'OJUE et le DIP, ce qui est précisément ce que semble redouter la CJUE. Ainsi, selon un raisonnement *a contrario*, nous pouvons logiquement conclure que le mécanisme de règlement des différends de l'AFRB, en l'état, serait non-conforme avec le principe d'autonomie du droit de l'UE, cher à la CJUE.

Dans le cadre du CETA, la Cour vérifie de plus si le mécanisme de RDIE du CETA impliquerait la compétence des tribunaux envisagés pour interpréter et appliquer les règles du droit de l'Union. Dans le cadre du CETA, la Cour considère que le tribunal saisi ne prendra en compte le droit de l'UE qu'en tant que « question de fait »⁹³. C'est-à-dire que le tribunal considérera, le cas échéant, les effets de l'application du CETA dans l'OJUE (et leur conformité avec les engagements de l'UE et ses États membres dans le cadre du CETA), sans se pencher sur la « mécanique interne » à l'OJUE, et vérifier notamment les conditions auxquelles les juridictions au sein de l'OJUE ont interprété et appliqué le CETA. Enfin, la Cour vérifie que les sentences issues de ce mécanisme de RDIE, rendues sans avoir interprété ou appliqué le droit de l'UE, pourraient néanmoins avoir pour effet d'empêcher les institutions de l'Union de fonctionner conformément au cadre constitutionnel de celle-ci. Ce qui, selon la Cour, n'est pas le cas.

Une autre piste intéressante pour contourner la difficulté d'une question préjudicielle qui amènerait la CJUE à devoir interpréter des concepts ou normes issues du droit de l'UE hors de l'OJUE, dans l'avis 1/92 que nous avons examinée ci-dessus, la Commission européenne a fait valoir durant la procédure devant la CJUE que si la procédure de question préjudicielle telle qu'envisagée par l'art. 111 § 3 de la nouvelle version de l'AEUE devait être mobilisée, c'est-à-dire « si le différend porte sur une disposition qui est en substance identique aux dispositions correspondantes du droit communautaire, les parties contractantes concernées peuvent décider de demander à la Cour de justice de trancher le point contesté. *Si tel est le cas, et bien que ce ne soit pas inscrit dans l'accord, il est convenu que c'est la Commission qui saisira la Cour et lui demandera un avis, au sens de l'article 228 du traité CEE.* Si au-delà d'un certain délai, aucun accord n'a été conclu au sein du comité mixte, la partie contractante qui s'estime lésée peut prendre soit une mesure de sauvegarde, soit une mesure de suspension de l'accord. » Cette procédure de saisine de la Cour selon l'article 228 TCE de l'époque correspond précisément à la disposition de l'art. 218 § 11 TFUE qui permet actuellement à la Cour de rendre un avis sur la conformité d'un traité avec l'OJUE⁹⁴. En d'autres termes, la question posée à la Cour, si l'on suit cette procédure telle qu'indiquée par la Commission, ne serait pas de se prononcer sur l'interprétation à donner à une disposition dont l'application (en dehors de l'OJUE) implique des notions de droit de l'Union européenne, mais plutôt une question posée par l'UE (via la Commission) en tant que partie à un accord international pour savoir si les

⁹³ Ibid, § 131.

⁹⁴ Le Traité de Lisbonne a renommé le TCE en TFUE. Il y a de plus eu plusieurs modifications et réorganisation au sein du traité. Cette disposition particulière n'a cependant pas été modifiée.

modalités d'application de cet accord (*in casu* l'EEE) demeurent conformes au droit de l'UE. Avec probablement pour conséquence – mais on ne le sait pas puisque cette procédure n'a à ce jour jamais été activée – qu'en cas de réponse de la CJUE concluant en une incompatibilité entre l'application d'un accord déterminé et l'OJUE, l'UE serait alors obligée – comme cela est prévu par l'article 218 § 11 – soit de dénoncer l'accord, soit de modifier les traités au fondement de l'UE.

Comme cette section a essayé de le démontrer, il existe plusieurs autres pistes, pour ce qui est du règlement des différends entre parties, alternative à un mécanisme de question préjudicielle à la CJUE qui lierait ensuite l'instance chargée du règlement du différend quant à l'interprétation à donner au droit contenu dans un accord bilatéral en dehors de l'OJUE. Et même, si l'on s'en tient à l'affirmation de la Commission devant la CJUE dans le cadre de l'avis 1/92 relatif au mécanisme de saisine de la Cour prévu par l'art. 111 § 3 AEEE, qu'en pareil cas d'espèce ce ne serait pas une saisine fondée sur une application par analogie de l'art. 267 TFUE, mais plutôt une saisine fondée, toujours par analogie, sur le mécanisme de l'art. 218 § 11 TFUE. Sans pouvoir à ce stade proposer une solution univoque, il nous paraît cependant clair au terme de cette section que la solution proposée par l'art. 10 AFRB pour le règlement des différends est loin d'être la seule envisageable, et donc qu'elle peut à ce titre être rediscutée. Nous estimons même probable qu'en cas de saisine de la CJUE selon l'art. 218 § 11 TFUE – ce qui est toujours formellement possible, l'AFRB n'étant toujours pas entré en vigueur – celle-ci soulève l'incompatibilité de ce mécanisme avec l'OJUE. Demander expressément à la Commission de saisir la CJUE d'un avis quant à la conformité du mécanisme de règlement des différends de l'AFRB avec l'OJUE pourrait être inclus dans les stratégies de (re)négociation de la Suisse. Il est possible, face au risque non-négligeable d'échec devant la CJUE (nous estimons la probabilité à 50%), que la Commission préfère l'ouverture de négociations (voir 1.4. ci-dessus) en vue d'un Accord-cadre global, plutôt que de courir ce risque.

3. Les possibilités de modification de l'Accord-cadre de 2018 dans le contexte actuel

Compte tenu de l'aspect touffu du complexe d'accords bilatéraux entre la Suisse et l'UE, l'UE demande à la Suisse depuis au moins 2008 de mettre en place un cadre institutionnel homogène pour les accords d'accès au marché. Les conclusions du Conseil de l'UE sur les relations avec les pays de l'AELE de 2008⁹⁵, 2010⁹⁶ et de 2012⁹⁷ mentionnent déjà la volonté, du côté de l'UE de négocier, un cadre institutionnel pour les relations entre la

⁹⁵ Conclusions du Conseil de l'UE sur les relations de l'UE avec les pays de l'AELE (projet de), 5 décembre 2008 :

(<https://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST%2016651%202008%20REV%201/FR/pdf>).

Voir notamment les §§ 28 et 29.

⁹⁶ Conclusions du Conseil de l'UE sur les relations de l'UE avec les pays de l'AELE (projet de), 7 décembre 2010 :

(<https://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST%2017423%202010%20INIT/FR/pdf>).

Voir notamment les §§ 6, 37-50.

⁹⁷ Conclusions du Conseil sur les relations de l'UE avec les pays de l'AELE, 20 décembre 2012 :

(<https://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST%205101%202013%20INIT/FR/pdf>).

Voir notamment les §§ 29-40

Suisse et l'UE, à défaut duquel aucun autre accord sectoriel d'accès au marché entre la Suisse et l'UE ne devait être conclu.

Il convient de noter que les négociations d'un accord-cadre institutionnelle entre la Suisse et l'UE, suite notamment aux Conclusions du Conseil mentionnées ci-dessus, se sont déroulées dans la continuité de la logique selon laquelle la Suisse devrait être traitée comme un pays de l'AELE non membre de l'EEE. Dans le cadre de ces négociations menant à l'AFRB, cinq, parmi les quelques 120 accords sectoriels conclus entre la Suisse et l'UE, ont été identifiés par la Suisse et l'UE comme étant d'accès au marché intérieur de l'UE⁹⁸. Du point de vue de l'UE, l'accès au marché intérieur de l'UE comprend une harmonisation des normes et une reprise de l'acquis de l'UE dans ce domaine. Dans ses Conclusions de 2012, le Conseil affirme notamment que : « toute nouvelle évolution de ce système complexe d'accords remettrait en cause l'homogénéité du marché intérieur, augmenterait l'insécurité juridique et rendrait plus difficile la gestion d'un système d'accords aussi vaste et aussi hétérogène. Compte tenu du haut niveau d'intégration de la Suisse dans l'UE, toute nouvelle extension de ce système risquerait de surcroît de compromettre les relations de l'UE avec les partenaires de l'AELE membres de l'EEE ». A notre avis, il existe deux éléments importants dans ce raisonnement du Conseil de l'UE quant aux relations institutionnelles entre la Suisse et l'UE.

Premièrement, le Conseil soulève la complexité du système d'accords bilatéraux mis en place entre la Suisse et l'UE, dont le danger serait de produire de l'insécurité juridique et d'alourdir les modalités de gestion. Deuxièmement, le Conseil souligne le danger de proposer à la Suisse un accès au marché intérieur de l'UE, en substance identique à celui dont bénéficient les autres pays de l'AELE membres de l'EEE, sans qu'il y ait un cadre institutionnel adéquat. En somme, le fait que certains accords bilatéraux d'accès au marché conclus entre la Suisse et l'UE (dont la substance est identique à certains aspects de l'accès au marché de l'UE dans le cadre de l'accord sur l'EEE) procurent directement des droits et engendrent des obligations pour les opérateurs économiques, ce qui nécessite un certain degré d'homogénéité juridique. C'est donc dans ce contexte que les négociations quant à la mise en place d'un accord-cadre institutionnel entre la Suisse et l'UE ont commencé en 2013. Dans cette partie nous verrons d'abord l'origine et le contexte de négociation de l'accord-cadre de 2018 (3.1.). Dans un deuxième temps nous tâcherons de voir s'il est possible de « recadrer » le champ d'application de l'accord-cadre institutionnel (3.2.) pour enfin analyser des alternatives possibles au mécanisme de règlement des différends prévu dans l'accord-cadre institutionnel de 2018 (3.3.).

⁹⁸ Voir l'art. 2§2 AFRB quant au champ d'application de l'accord sectoriel. Il convient de noter que le mandat de négociations du côté de l'UE du 6 mai 2014, "Council decision authorising the opening of negotiations on an agreement between the European Union and the Swiss Confederation on an institutional framework governing bilateral relations", identifie 9 accords sectoriels entre la Suisse et l'UE comme relatifs à l'accès au marché intérieur, dans la deuxième partie des directives de négociations (<https://www.elvetia.org/euch/pdf/EU-Mandat.pdf>).

3.1. L'origine et le contexte de négociation de l'Accord de 2018 (et sa réception en Suisse)

L'AFRB (ou « accord-cadre institutionnel » entre la Suisse et l'UE) dans sa version négociée en 2018 est résultat de négociations qui ont commencé en 2012⁹⁹. Suite à de nombreuses demandes de la part de l'UE de mettre en place un cadre institutionnel homogène pour les accords d'accès au marché intérieur, la Suisse a initié en 2012 des négociations avec l'UE en envoyant de premières propositions concrètes. La volonté a été de trouver un accord dans un contexte relativement serein, avant la votation en Suisse sur l'initiative populaire « contre l'immigration de masse » du 9 février 2014, laquelle pouvait (et vu le résultat du vote a effectivement eu) avoir des incidences sérieuses sur la relation bilatérale Suisse-UE.

Avant cependant de nous pencher sur les subtilités institutionnelles qui constituent l'essentiel de l'AFRB de 2018, rappelons tout de même qu'il existait aussi, au moment où vont s'ouvrir ces négociations, entre la Suisse et l'UE, un différend assez substantiel relatif à l'application de l'Accord du 22 juillet 1972, et en particulier autour de la notion « d'aides d'État ». En droit du marché intérieur de l'UE, les aides d'États sont considérées comme de potentielles distorsions de concurrence au sein du marché intérieur. Suite à la crise financière de 2008, une évolution de la sensibilité des décideurs au niveau planétaire face à des régimes fiscaux trop favorables à des entreprises multinationales place la Suisse – comme d'autres pays – sous les feux de l'actualité internationale, notamment en raison de certaines pratiques cantonales en matière de fiscalité des entreprises. Dans ce contexte, la Commission européenne fait évoluer sa doctrine en matière « d'aide d'États »¹⁰⁰, et considère que les régimes fiscaux offerts à des entreprises multinationales n'ayant pas d'activités commerciales en Suisse par certains Cantons constituent des « aides d'État » substantielles et distordent ainsi la concurrence au sein du marché intérieur. La Commission invoque notamment l'art. 23 § 1, ch. Iii de l'Accord bilatéral de 1972 pour demander à la Suisse de faire cesser ces pratiques considérées comme déloyales.

C'est donc aussi une des raisons centrales pour lesquelles la Commission tenait absolument à la conclusion de l'AFRB. D'ailleurs, de manière très intéressante d'un point de vue juridique, figure en annexe à l'AFRB, un « projet de décision du comité conjoint de l'art. 29 de l'Accord entre la Confédération suisse et la Communauté économique européenne, conclu à Bruxelles le 22 juillet 1972 », accord qui n'est pas formellement soumis à l'AFRB. Ce projet de décision, vise à permettre l'utilisation du Tribunal arbitral de l'AFRB en cas de différend concernant l'interprétation ou l'application de l'Accord de

⁹⁹ Pour l'état des négociations entre la Suisse et l'UE quant à l'accord-cadre institutionnel en 2014 voir notamment : Yuliya Kaspiarovich, « Le cadre institutionnel pour les accords bilatéraux Suisse-UE : statu quo, perspectives et critiques », mémoire de master, juin 2014, Global Studies Institute, collection Euryopa, vol. 85-2015 (<https://www.unige.ch/gsi/files/6914/2770/0564/Kaspiarovich.pdf>). Voir également un rapide survol du contexte historique par Carl Baudenbacher, « The Swiss Government's Flailing Insta Project », Weekend EU Law edition of EU Law Live commercial blog, janvier 2021, No 44, pp. 2-5 ([https://issuu.com/eulawlive/docs/weekend edition 44/1?ff&hideShareButton=true&pageLayout=singlePage](https://issuu.com/eulawlive/docs/weekend%20edition%2044/1?ff&hideShareButton=true&pageLayout=singlePage))

¹⁰⁰ Voir notamment le renversement total de la position de la Commission sur cette question entre les affaires : CJUE, arrêt du 12 septembre 2006, *Cadbury Schweppes plc et Cadbury Schweppes Overseas Ltd contre Commissioners of Inland Revenue*, ECLI:EU:C:2006:544, et Tribunal dans les arrêts du 15 juillet 2020, *T-778/16 Irlande c. Commission* et *T-892/16 Apple Sales International et Apple Operations Europe c. Commission*, ECLI:EU:T:2020:338.

1972¹⁰¹. Cette tension dans les relations entre la Suisse et l'UE a été résolue – non sans péripéties et difficultés, notamment le rejet en votation populaire de la RIE III – par l'acceptation par le peuple suisse de la RFFA, qui conduit à la révision de la fiscalité des entreprises en Suisse et contraint les cantons qui avaient recours aux pratiques fiscales qui dénonçait la Commission à y renoncer. C'est donc un élément de contexte important, qui a joué dans les négociations menant à l'AFRB, qui n'est plus pertinent, la Suisse ayant unilatéralement donné satisfaction à la prétention de l'UE.

C'est donc dans ce contexte lourd¹⁰² qu'en mai 2013, trois pistes pour une architecture institutionnelle entre la Suisse et l'UE ont été identifiées par Yves Rossier, Secrétaire d'État aux affaires étrangères de la Confédération de l'époque et David O'Sullivan, Directeur général administratif du service européen pour l'action extérieure¹⁰³. Les trois scénarii évoqués dans le document de travail avaient pour principes généraux les éléments suivants :

Le premier principe est en fait la raison d'être-même, telle que perçue par l'UE, de l'accord-cadre institutionnel entre la Suisse et l'UE. Il s'agit de la volonté d'assurer l'homogénéité juridique dans les parties du marché intérieur auxquelles la Suisse participe. Pour ce faire, l'adaptation dynamique des accords bilatéraux d'accès au marché à l'acquis de l'UE pertinent, ainsi que l'interprétation et l'application uniforme sont, selon l'UE, nécessaires. Cette exigence de la part de l'UE s'explique par la logique interne à l'ordre juridique de l'UE. En effet, les accords bilatéraux Suisse-UE d'accès au marché sont basés sur le droit de l'UE. Par ailleurs, nombreuses sont les dispositions des accords qui confèrent directement des droits aux particuliers et peuvent ainsi bénéficier de l'effet direct, tant au sein de l'OJUE que de l'OJCH. De ce fait, il ne s'agit pas d'accords internationaux classiques relevant purement du droit international public. En effet, les accords bilatéraux d'accès au marché, en renvoyant au droit de l'UE relatif au marché intérieur avec des dispositions bénéficiant d'effet direct, ne se situent pas strictement dans le cadre des relations basées uniquement sur la réciprocité inhérente au droit international public. Ces accords bénéficient d'une complexité supplémentaire propre au droit de l'UE qui cherche à éviter toute discrimination possible en matière de traitement des acteurs économiques opérant au sein du marché intérieur. De ce fait, l'UE exige une homogénéité juridique qui implique une adaptation dynamique ainsi qu'une interprétation et application uniforme des règles de droit auxquels sont soumis les acteurs économiques suisses et ceux provenant de l'UE. Or, une interprétation et application uniforme ne veut pas pour autant dire qu'il s'agit d'une interprétation identique des règles de droit de l'UE à l'intérieur de l'OJUE et à l'extérieur de celui-ci. Pour

¹⁰¹ Le projet de décision se lit comme suit : « Article 1 : Il est convenu que – pour le règlement d'éventuels différends concernant l'interprétation ou l'application de l'Accord, y inclus dans les domaines des aides d'État et des mesures de sauvegardes, – les Parties assisteront le Comité mixte établi par l'article 29 de l'Accord en recourant – si nécessaire et souhaité – au tribunal arbitral établi par l'accord institutionnel, qui réglera le différend conformément à l'Article 10 dudit accord. Il est convenu que cette utilisation du tribunal arbitral de l'accord institutionnel est faite aux seules fins d'assister le Comité mixte de l'Accord et n'affectera ni son rôle, ni ses compétences, ni les modalités de son fonctionnement telles que prévues par l'Accord. »

¹⁰² Lors de sessions tenues à Washington et à Saint-Petersbourg en 2013, le G20 va décider de lutter contre l'évasion fiscale, et notamment mettre la Suisse à l'index (sur « liste noire », puis « liste grise »).

¹⁰³ « Non-paper. Éléments de discussion sur les questions institutionnelles entre l'Union européenne et la confédération helvétique », ci-après « document de travail Rossier/O'Sullivan », 13 mai 2013.

cette raison, la CJUE refuse d'interpréter des dispositions libellées en termes identiques au droit de l'UE hors de l'OJUE ¹⁰⁴.

Le deuxième principe découle directement du premier et veut que la Suisse reprenne le droit de l'UE pertinent aussi vite que possible (adaptation dynamique). L'objectif en est que l'acquis pertinent soit appliqué simultanément dans l'ensemble du marché intérieur de l'UE pour qu'il puisse être invoqué rapidement par l'ensemble des acteurs opérant au sein du marché, évitant ainsi toute discrimination liée à des divergences quant au droit en vigueur dans l'OJUE et l'OJCH. Si ce raisonnement est en effet en accord avec la rationalité sous-jacente au droit de l'UE, elle ne respecte pas forcément le processus démocratique suisse. Pour cette raison d'ailleurs, l'art. 14 de l'AFRB prend en compte le « respect d'obligations constitutionnelles par la Suisse ». Du point de vue de l'UE, la possibilité donnée à la Suisse de bénéficier de 2, voire de 3 ans (en cas de référendum) supplémentaire, pour mettre en œuvre l'acquis pertinent relatif au marché intérieur de l'UE constitue une concession importante qui témoigne d'un certain degré de confiance entre la Suisse et l'UE. Le principe de « confiance mutuelle » pourrait ainsi dans une certaine mesure se matérialiser dans le cadre de relations entre la Suisse et l'UE pour ce qui est des accords d'accès au marché.

Le troisième principe tel qu'identifié dans le document de travail Rossier/O'Sullivan est que la Suisse participe à l'élaboration du nouvel acquis pertinent (mais non pas à la prise de décision), à l'image du mécanisme prévu dans le cadre de l'accord sur l'EEE. Ainsi l'art. 12 de l'AFRB détaille les modalités de participation de la Suisse à l'élaboration de tous types d'actes du droit de l'UE qu'elle aurait à appliquer. De ce point de vue, et aussi longtemps que la rationalité derrière l'accord-cadre reste la même, il convient d'assurer que la Suisse puisse participer à l'élaboration du droit de l'UE pertinent.

Le quatrième principe est celui d'interprétation conforme à la jurisprudence de la CJUE antérieure et postérieure à la signature de l'accord. Ce principe est repris dans l'art. 4§2 de l'AFRB. Cette exigence n'est pas nouvelle et de fait le Tribunal fédéral tient déjà compte de la jurisprudence de la CJUE postérieure à la signature de certains accords bilatéraux, notamment pour ce qui est de l'accord portant sur la libre circulation des personnes. Il convient cependant de relativiser cette exigence d'interprétation conforme à la jurisprudence de la CJUE pour deux raisons. Premièrement, même au sein de l'UE, il arrive que des États membres s'écartent des arrêts de la CJUE. Il est certes vrai que les États membres peuvent être « rappelés à l'ordre » au sein de l'UE par le biais de la procédure en manquement, mais il n'existe pas de pratique probante en ce sens¹⁰⁵. Deuxièmement, en vertu de la jurisprudence « Polydor » de la CJUE¹⁰⁶, même dans les cas où des dispositions des accords internationaux sont en substance identiques à celles formulées en droit de l'UE, il convient d'interpréter ces dispositions en accord avec le contexte dans lequel elles s'inscrivent¹⁰⁷.

Le cinquième et le dernier principe du document de travail Rossier/O'Sullivan concerne le rôle de la CJUE et de la Commission en matière de règlement des différends et la

¹⁰⁴ Voir la partie du rapport consacrée à l'autonomie de l'OJUE (2.1.2.).

¹⁰⁵ Voir à ce sujet la thèse de Mme Ioana Perin Raducu, « Le système juridictionnel de l'Union européenne en tant qu'interface entre ordres juridiques dans un modèle d'intégration pluridimensionnelle », soutenue à l'Université de Genève le 17 décembre 2009.

¹⁰⁶ CJUE, arrêt du 9 février 1982, *Polydor Limited et RSO Records Inc. contre Harlequin Records Shops Limited et Simons Records Limited*, Affaire 270/80, ECLI :EU :C :1982 :43.

¹⁰⁷ Voir la partie du rapport consacrée à l'autonomie de l'OJUE (2.1.2.).

surveillance de l'application de l'accord. L'AFRB réserve effectivement un rôle actif à la Commission et à la CJUE, nous y reviendrons plus en détails dans la partie 3.3. consacrée au mécanisme de règlement des différends.

Il nous paraît important de rappeler ces principes, dégagés en 2013, pour permettre aujourd'hui une lecture critique de l'AFRB. En effet, à la lumière de ce qui a été discuté dans la première partie de ce rapport, il convient de rappeler que le contexte de négociations de l'UE avec son voisinage proche a sensiblement changé depuis 2013. Il serait ainsi possible de placer l'AFRB dans le contexte actuel afin de repenser les mécanismes qu'il contient ainsi que son champ d'application.

Par ailleurs, le document de travail Rossier/O'Sullivan proposait 3 scénarii pour une architecture institutionnelle entre la Suisse et l'UE. Sans entrer dans les détails, nous allons survoler ces 3 hypothèses. La première hypothèse était de créer une architecture en deux piliers (à l'image de celle existante dans l'EEE) impliquant que la Suisse négocie avec la Norvège, l'Islande et le Liechtenstein afin que le pilier institutionnel de l'AELE ait également la compétence sur les accords Suisse-UE. Autrement dit, la Suisse participerait de manière quasi identique à l'EEE, comme les autres pays de l'AELE, sans pour autant formellement adhérer à l'EEE. La deuxième hypothèse était de créer des institutions communes compétentes pour d'éventuels différends entre la Suisse et l'UE dans le champ d'application de l'accord-cadre. Une telle solution soulève deux problèmes majeurs. D'un côté, il est quasi-évident que si l'avis de la CJUE devait être sollicité dans le cadre de la procédure prévu par l'art. 218 § 11 TFUE, la Cour rejetterait une telle option. Il convient de rappeler à cet effet l'avis 1/91 de la Cour¹⁰⁸ quant à la compatibilité de la première version de l'accord sur l'EEE avec les traités. De l'autre côté, compte tenu du narratif quant à l'autonomie de l'ordre juridique de l'UE, il est également plus que probable que la CJUE aurait suggéré que la Commission ainsi que la CJUE devraient avoir le droit de regard ultime quant à la mise en œuvre et l'interprétation des dispositions de l'accord relatif au marché intérieur de l'UE (puisque relevant du droit de l'UE), et non une institution commune aux parties. Enfin, la troisième hypothèse proposée dans le document de travail consistait en une coopération juridictionnelle. C'est une variation nettement plus « soft » de cette dernière hypothèse qui a été finalement retenue dans l'AFRB de 2018.

Cette excursion dans le contexte historique qui nous a mené à l'AFRB de 2018 est importante afin de comprendre la logique derrière les négociations, ainsi que les motivations juridiques de notre partenaire. Certaines contraintes liées à la nature même du droit de l'UE sont profondément enracinées dans le narratif juridique construit par le juge de l'UE surtout depuis les années 1960. Toute négociation internationale, y compris avec des partenaires commerciaux d'importance capitale pour l'UE comme la Suisse, est ainsi perçue comme un potentiel danger pouvant remettre en question le caractère *sui generis* de l'ordre juridique de l'UE. S'il est ainsi vrai que le contexte de négociations a changé depuis 2013 (2 accords Brexit, CETA...), les vulnérabilités internes de l'UE (crise de l'État de droit, crise migratoire, crise de la zone euro...) peuvent avoir un impact indirect quant à la volonté des négociateurs européens de s'ouvrir à la créativité pour écouter les demandes suisses. C'est ainsi qu'une sensibilité fine quant aux particularités internes du droit de l'UE relatives au narratif sous-jacent à sa construction sont très utiles pour négocier une relation sereine basée sur la confiance. Il convient que le négociateur

¹⁰⁸ CJUE, avis 1/91 du 14 décembre 1991 portant sur le projet d'accord entre la Communauté, d'une part, et les pays de l'Association européenne de libre échange, d'autre part, portant sur la création de l'Espace économique européen, (op. cit), ECLI :EU :C :1991 :490.

suisse rassure son partenaire européen qu'il comprend les mécaniques internes propres à l'OJUE et qu'il n'existe aucune intention de remettre en question les particularités internes de cet ordre juridique. Ceci dit, les relations entre la Suisse et l'UE se situent dans le cadre du droit international public et non dans l'OJUE ; en conséquence, le principe de l'égalité des parties au traité doit être respectée.

Il convient de souligner une fois de plus que la comparaison avec l'accord portant sur les relations futures entre l'UE et le RU n'est pas tout à fait pertinente. Comme il a déjà été souligné dans la première partie, la logique même de l'ACCUERU est basée sur l'idée d'extraction de l'UE et non pas le rapprochement. Par ailleurs, cet accord ne comporte aucune disposition d'effet direct relevant du droit de l'UE et repose dans son ensemble sur une logique relevant du droit international public classique. Cependant, et les commentateurs oublient assez souvent de le rappeler, il convient de lire ACCUERU ensemble avec l'accord de retrait. Bien qu'il ait cessé d'être applicable après la période de transition s'écoulant à la fin de 2020, il contient des dispositions pour lesquelles le droit de l'UE continue à s'appliquer sur une période allant au-delà de la période de transition ou pour lesquelles la CJUE garde tout son rôle¹⁰⁹. Il existerait ainsi, à notre avis, une certaine marge de manœuvre pour le négociateur suisse quant au mécanisme de règlement des différends dans l'accord-cadre institutionnel Suisse-UE.

Ainsi, la question se pose de savoir si, de manière stratégique et afin de répondre aux consultations et oppositions au projet d'accord-cadre en Suisse, il est préférable de tenter de renégocier, probablement en se contentant de changements cosmétiques certains éléments de l'AFRB de 2018, ou plutôt de proposer une logique de négociations différente, dans la perspective d'un cadre global nouveau, lequel chapeauterait les relations bilatérales complexes de la Suisse avec l'UE ?

3.2. Recadrer l'accord-cadre : malgré son appellation, « l'accord-cadre » n'a qu'un champ d'application réduit

Il convient de rappeler que l'accord-cadre institutionnel, dans sa forme actuelle, ne serait applicable qu'à 5 accords identifiés d'accès au marché. En vertu de l'art. 2 § 2 de l'AFRB : « les accords concernés conclus par les parties contractantes sont les suivants : accord du 21 juin 1999 sur la libre circulation des personnes ; accord du 21 juin 1999 sur le transport aérien ; accord du 21 juin 1999 sur le transport des marchandises et de voyageurs par rail et par route ; accord du 21 juin 1999 relatif aux échanges de produits agricoles ; accord du 21 juin 1999 relatif à la reconnaissance mutuelle en matière de la conformité. » S'il est effectivement vrai qu'il s'agit d'accords très importants dans le cadre des relations Suisse-UE, et que l'art. 2 § 1 AFRB prévoit que de futurs accords d'accès au marché que la Suisse conclurait avec l'UE seraient également couverts par le champ d'application de cet accord-cadre, il ne s'agit tout de même que de cinq accords sur les 120 conclus entre la Suisse et l'UE. Nous ne mésestimons pas le fait que ces cinq accords ont une importance toute particulière aussi bien pour la Suisse que pour l'UE, notamment

¹⁰⁹ Notamment pour ce qui est du droit des citoyens de l'UE, le budget de l'UE, le protocole sur la frontière avec l'Irlande et le protocole sur la base de l'armée du RU au Chypre, voir notamment : Steve Peers, 'EU Law Analysis 3 of the Revised Brexit Withdrawal Agreement : Dispute Settlement' (*EU Law Analysis*, 18 octobre 2019 :

<http://eulawanalysis.blogspot.com/2019/10/analysis-3-of-revised-brexit-withdrawal.html>).

du point de vue économique. Ainsi, le narratif relatif à une « accord-cadre » pour l'ARFB de 2018 ne représente par la réalité de la situation. L'AFRB est loin de proposer un « cadre » à l'ensemble d'accords faisant partie de la relation bilatérale entre la Suisse et l'UE. Il nous paraît ainsi important, pour des raisons de communication à l'égard des milieux politiques suisses, de changer d'éléments de langage. Évidemment, ce changement d'éléments de langage doit être effectué en lien direct avec la stratégie de négociation que la Suisse souhaitera privilégier.

3.3. Le mécanisme de règlement des différends prévu dans l'accord de 2018 peut-il être modifié ?

En l'état actuel de l'AFRB tel que négocié en 2018, le mécanisme de règlement des différends est inscrit à l'art. 10, lequel s'intitule « Procédure en cas de difficulté d'interprétation ou d'application ». Cet article se situe dans le chapitre 3 de l'accord relatif au « Contrôle de légalité et procédure en cas de difficulté d'interprétation ou d'application », et ne concernerait qu'un éventuel différend quant à l'interprétation ou l'application du droit repris par la Suisse dans le cadre d'un des cinq accords d'accès au marché couverts par le champ d'application de l'accord-cadre. Ainsi, en vertu de l'art. 10 § 1, la solution doit d'abord être recherchée au sein du comité mixte sectoriel propre à l'accord. Si le comité mixte ne parvient pas à trouver une solution dans un délai de trois mois, la Suisse ou l'UE peuvent alors saisir le tribunal arbitral qui réglera le différend (art. 10 § 2 + protocole sur le tribunal arbitral). Le paragraphe 3 de l'art. 10 est le plus problématique ; il est libellé comme suit : « lorsque le différend soulève une question concernant l'interprétation ou l'application d'une disposition visée dans le deuxième paragraphe de l'article 4 du présent accord¹¹⁰, et si son interprétation est pertinente pour régler le différend et nécessaire pour lui permettre de statuer, le tribunal arbitral saisit la Cour de justice de l'Union européenne. L'arrêt de la Cour de justice de l'Union européenne lie le tribunal arbitral ». Autrement dit, ce paragraphe prévoit que le tribunal arbitral saisit d'un différend qui n'a pas pu être tranché au sein du comité mixte sectoriel puisse poser une question d'interprétation à la CJUE ; le Tribunal arbitral serait ensuite lié dans sa mission de règlement du différend par l'interprétation du droit de l'UE que la CJUE aura fourni à sa question préjudicielle. Une telle disposition, à notre avis, relève presque de l'absurde, puisque l'utilité tout court d'une mise en place d'un tribunal arbitral est remise en question. Si ce tribunal en posant une question d'interprétation à la CJUE ne dispose d'aucune marge d'appréciation quant à l'application de la réponse de la CJUE au problème concret, alors il ne peut plus être qualifié de Tribunal arbitral au sens du droit international public, d'autant que le mécanisme proposé reviendrait à laisser la CJUE décider, indirectement certes, de l'issue de la procédure.

Comparons ce dispositif avec celui prévu dans le cadre de l'EEE, notamment par l'art. 111 relatif au règlement des différends entre parties dans le cadre de l'EEE. Cette disposition constitue donc une disposition dont la finalité est comparable à celle prévue à l'art. 10 § 3

¹¹⁰ Art. 4 de l'AFRB porte sur le « principe d'interprétation uniforme », son § 2 est libellé comme suit : « 2. dans la mesure où leur application implique des notions de droit de l'Union européenne, les dispositions du présent accord concernés et les actes juridiques de l'Union européenne auxquels référence y est faite, sont interprétés et appliqués conformément à la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne, antérieure et postérieure à la signature de l'accord concerné. »

AFRB. Or la comparaison révèle des surprises. Dans le cas de l'EEE, c'est le comité mixte seul, donc avec le consentement de toutes les parties au différend, qui décide de poser une éventuelle question d'interprétation à la CJUE. Il n'est d'ailleurs pas précisé non plus dans cet art. 111 que la réponse de la CJUE lie le comité mixte¹¹¹. En d'autres termes, le dispositif tel que prévu par l'art. 10 AFRB est plus contraignant pour la Suisse que ne le serait, pour ce qui est de l'interprétation du droit de l'UE par la CJUE, une adhésion à l'EEE !

Par ailleurs, une autre comparaison s'impose ici qui est celle de ACCUERU. Il convient cependant de rappeler en préalable que l'ACCUERU et l'AFRB sont des accords complètement différents aussi bien pour ce qui est de leur raison d'être, que pour ce qui est de leur champ d'application. Ce nonobstant, les négociateurs de l'UE ont insisté pour que le RU ait le même type de mécanisme de règlement des différends que celui négocié par la Suisse tel qu'enchâssé dans l'art. 10 AFRB¹¹². Les négociateurs britanniques n'ont pas hésité à refuser en bloc cette solution, au risque d'un « no-deal Brexit », pour ne pas avoir ce type de mécanisme de règlement des différends. Dans le champ limité d'application de l'ACCUERU ils y sont parvenus (voir section 2.5. ci-dessus).

Nous soutenons ainsi que compte tenu du contexte actuel dans le cadre duquel les renégociations sur le cadre-institutionnel entre l'UE et la Suisse vont être menées, il convient de repenser entièrement le mécanisme de règlements des différends tel que prévu dans l'art. 10 AFRB. Il est certes extrêmement important que les négociateurs suisses reconnaissent les particularités de l'OJUE comme un ordre juridique *sui generis* de droit international en respectant le narratif établi par la CJUE et proposent en ce sens une forme de garantie à la CJUE, comme cela a été apparemment fait dans le cadre de l'EEE (voir avis 1/92, § 22). En revanche, il faut que les négociateurs suisses rappellent fermement que le droit de l'UE tel que repris par la Suisse dans le cadre des accords sectoriels d'accès au marché intérieur de l'UE n'est pas du droit de l'UE par nature, même s'il est formulé en des termes identiques au droit de l'UE. Il s'agit, le cas échéant, de normes libellées de manière identique, mais dont l'interprétation en dehors de l'OJUE n'est pas nécessairement la même qu'au sein de l'OJUE (voir ci-dessus 2.1.2.3.). Or, le fait que cette interprétation puisse être différente dans l'OJCH ne porte aucunement atteinte à l'autonomie et à l'interprétation qu'en est donnée en droit de l'UE par la CJUE.

Afin de satisfaire aux exigences de l'UE, la Suisse pourrait proposer un mécanisme semblable à l'art. 111 de l'accord sur l'EEE, lequel est subordonné à l'art. 105 AEEE. L'avantage d'un tel mécanisme est en effet dans la marge de manœuvre qu'il laisse au comité mixte pour appliquer, ou pas, la décision en interprétation de la CJUE. L'avantage est que la décision finale, en tout cas pour le côté suisse, sera prise au sein du comité mixte. Tandis que pour l'UE, l'interprétation donnée par la CJUE sera contraignante, surtout si comme le prétend la Commission, la saisine de la CJUE dans le cadre de l'art. 111 § 3 AEEE se fait par un mécanisme de saisine analogue à celui de l'art. 218 § 11 TFUE¹¹³. Il apparaît ainsi clairement qu'un État non-membre de l'UE partie à l'EEE ne serait pas nécessairement lié par cet avis (d'où l'importance pour la CJUE de ce « procès-verbal ad

¹¹¹ Voir à ce propos les considérations de la CJUE dans son avis 1/92, et la référence, centrale pour la Cour, au « procès-verbal ad art. 105 » (ci-dessus, section 2.1.2.2.)

¹¹² Voir notamment les documents de travail des institutions de l'UE: 'Internal EU27 Preparatory Discussions on the Future Relationship: "Governance", UKTF (2020) 9 – Commission to EU 27'.

¹¹³ Voir ci-dessus la note 94 et les considérations dans ce rapport relatives au raisonnement de la Cour dans l'avis 1/92 : sections 2.1.2.2. et surtout 2.5. pp. 43-44).

article 105 »). En cas d'impossibilité pour le comité mixte de respecter l'avis de la CJUE, se poserait alors pour l'UE la question de sa participation continue à l'accord concerné. Dans le cas de l'AEEE, le risque paraît énorme. Dans une architecture plus décentralisée comme la connaissent la Suisse et l'UE avec un grand nombre d'accords sectoriels, le risque semble plus mesuré. Sauf si une « clause guillotine » (voir 2.2. ci-dessus) lie l'accord concerné à d'autres accords bilatéraux.

Si l'on place ce mécanisme prévu par l'art. 10 de l'AFRB dans le contexte global de l'AFRB, il faut le lire en tenant compte de l'art. 9 AFRB, lequel stipule que : « les parties contractantes s'engagent à ne pas soumettre un différend relatif à l'interprétation ou à l'application des accords concernés et des actes juridiques de l'Union européenne auxquels référence y est faite ou à la légalité d'une décision adoptée par la Commission européenne sur la base du présent accord ou des accords concernés à un mode de règlement autre que ces prévus par le présent accord. »¹¹⁴ Autrement dit, ces deux articles lus ensemble donnent le quasi-monopole à la juridiction de la CJUE. Ainsi, la Suisse accepterait que la CJUE soit la seule autorité compétente pour interpréter les dispositions de l'accord-cadre. Considérant que dans le cadre d'un accord bilatéral comme l'ACCUERU, l'UE reconnaît que la CJUE constitue la juridiction de l'une des parties¹¹⁵, il paraît peu conforme aux principes du droit international général qu'un accord de DPI, même lorsqu'il renvoie à des notions ou à des actes juridiques appartenant à l'ordre juridique de l'une des parties, soit soumis dans les relations – relevant du DIP – entre les parties à l'interprétation exclusive de la juridiction de l'une des parties.

Cette acceptation, discutabile du point de vue du DIP, serait d'autant plus paradoxale de la part de la Suisse que la CJUE même ne semble pas exiger un tel degré d'intégration au sein du marché intérieur. Il convient de rappeler que du point de vue du droit de l'UE les accords bilatéraux sectoriels entre la Suisse et l'UE ainsi que l'accord-cadre fond partie du droit dérivé de l'UE et peuvent faire objet d'un différend devant la CJUE suite à une procédure introduite en vertu des traités UE et FUE. L'autonomie de l'ordre juridique de l'UE pourrait ainsi être préservée par le biais de ces procédures ouvertes en droit de l'UE devant la CJUE (voir 2.2. et 2.5 ci-dessus). Les décisions de la CJUE seront ainsi contraignantes dans l'ordre juridique de l'UE et le cas échéant pour la partie UE des accords Suisse-UE. Les négociateurs suisses devraient ainsi convaincre les négociateurs de l'UE que le fait que les décisions de la CJUE quant à l'interprétation des accords d'accès au marché Suisse-UE soient contraignantes uniquement pour ce qui est de l'OJUE ne porte en rien atteinte, ni à la jurisprudence de la CJUE, ni à l'autonomie de l'OJUE. La Suisse, s'engagera de son côté à interpréter les dispositions des accords identiques en substance au droit de l'UE en conformité avec la jurisprudence de la CJUE (art. 4 § 2 de l'AFRB), mais compte tenu des objectifs et du contexte inhérents à l'application au sein de l'OJCH des accords bilatéraux Suisse-UE.

¹¹⁴ Cet art. est identique à l'art. 344 du TFUE applicable exclusivement dans le cadre des relations entre les États membres de l'UE.

¹¹⁵ Voir notamment les articles COMPROV.13 § 3 et INST.29 § 4A de l'ACCUERU.

3.3.1. Tableau comparatif sommaire des solutions institutionnelles dans les accords internationaux de l'UE :

Accord	Rationalité	Régime juridique de l'accord : 1. Droit substantiel (droit de mise en œuvre de l'accord) 2. Droit régissant l'accord	Rôle de la CJUE
Accord de retrait du RU de l'UE + la période de transition	Extraction du droit de l'UE et construction de relations basées sur le droit international	1. Droit de l'UE 2. Droit internat.	1. CJUE 2. Arbitrage + questions d'interprétation à la CJUE
ACCUERU	Libre-échange + aspect sectoriels	1. Droit internat. (droit de l'UE restant de l'accord de retrait) 2. Droit internat.	1. (CJUE) 2. Arbitrage ¹¹⁶
AFRB	Accords d'accès au marché intérieur de l'UE	1. Droit de l'UE (comme droit de mise en œuvre des accords bilatéraux d'accès au marché listés dans l'art. 2 de l'AFRB) 2. Droit internat.	1. Juridictions des parties 2. Arbitrage + questions d'interprétation à la CJUE
Accord d'association UE-Ukraine	Association avec perspective d'une potentielle adhésion	1. and 2. Droit internat. avec des éléments du droit de l'UE	1. and 2. Arbitrage + questions d'interprétation à la CJUE
CETA	Libre-échange et d'autre aspects globaux y relatifs	• Droit internat.	• Arbitrage ¹¹⁷
Accord de libre-échange UE-Singapour	Libre-échange et d'autre aspects globaux y relatifs	• Droit internat.	• Arbitrage

¹¹⁶ Voir notamment les documents de travail des institutions de l'UE: 'Internal EU27 Preparatory Discussions on the Future Relationship: "Governance", UKTF (2020) 9 – Commission to EU 27' (op. cit).

¹¹⁷ Mécanisme validé par la CJUE dans l'*avis 1/17* du 30 avril 2019, ECLI :EU :C :2019 :341.

D. PROPOSITIONS POUR DE NOUVELLES NÉGOCIATIONS AVEC L'UE

Au terme de cette analyse des relations institutionnelles entre la Suisse et l'UE, nous nous permettons de proposer, par ordre de préférence, quatre stratégies de renégociations en vue de définir un cadre de relations institutionnelles entre la Suisse et l'Union européenne.

PROPOSITION 1 : Proposer un véritable accord-cadre pour les relations Suisse-UE

Cette proposition est à la fois la plus audacieuse et celle qui, selon nous et dans le contexte actuel, pourrait au mieux servir les intérêts de la Suisse dans sa relation bilatérale avec l'UE.

Elle consisterait pour la Suisse de proposer à l'UE de conclure un véritable accord-cadre, qui engloberait l'ensemble des relations conventionnelles entre la Suisse et l'UE, et pas uniquement les accords relatifs à l'accès de la Suisse au marché intérieur, sur des bases nouvelles.

Cette solution n'empêcherait pas la nécessité de trouver une solution au mécanisme de règlement des différends dans le cadre de l'accès au marché intérieur de l'UE (voir PROPOSITION 2 ci-dessous), mais cela permettrait d'avancer sur des questions institutionnelles (*a priori*) peu sensibles, sans se compromettre dans un mécanisme de règlement des différends conduisant à soumettre l'interprétation et l'application du droit de l'UE dans l'OJCH à la CJUE.

Il s'agirait, comme l'ont fait les britanniques et l'UE avec l'ACCUERU du 24 décembre 2020, de construire un vaste édifice institutionnel chapeautant l'ensemble des relations entre la Suisse et l'UE. Mais contrairement aux britanniques et européens, qui ont construit un vaste édifice mais dont la plupart des « pièces » sont encore vides – le contenu matériel de l'ACCUERU est fort maigre – cet édifice institutionnel entre la Suisse et l'UE serait immédiatement rempli des 120 accords bilatéraux liant la Suisse à l'UE.

Un tel édifice plairait certainement à l'UE, et ne coûterait politiquement – selon nous – pas beaucoup à la Suisse. Il aurait même, toujours selon nous, **plusieurs avantages pour la Suisse**.

Il fournirait un forum permanent pour des discussions et négociations entre la Suisse et l'UE ; même si les négociations demeurent sectorielles. Un blocage tel que nous connaissons aujourd'hui pour cause de non-aboutissement des négociations institutionnelles serait moins probable.

Un comité mixte suprême, (l'équivalent du « comité de partenariat de l'ACCUERU ») ajouterait un niveau politique supplémentaire pour le règlement des différends, avant le recours à une procédure juridictionnelle (c'est aussi le modèle prévu par l'art. 105 AEEE). Il nous semble plus plausible d'arriver à une solution politique de règlement d'un

différend relatif à l'interprétation ou l'application d'un accord bilatéral au sein d'un comité de haut niveau politique, qu'au sein d'un comité sectoriel.

On pourrait probablement dans ce cadre placer plusieurs accords bilatéraux mineurs sous l'égide d'un seul comité mixte.

On pourrait aussi remplacer le mécanisme de la question préjudicielle à la CJUE, pour ce qui concerne les références à un acte de droit de l'UE ou à « des notions de droit de l'UE » (art. 4 § 1 AFRB), par une « clause de rendez-vous », qui obligerait que chaque accord bilatéral fasse l'objet d'un examen périodique quant à ses conditions d'application et d'interprétation. La période pourrait par exemple être de cinq ou sept ans. Ainsi, si une question d'interprétation ou d'application d'un des accords bilatéraux sectoriels fait l'objet d'un différend non résolu, chacune des parties pourrait s'en retirer (ce qui probablement obligerait alors à une renégociation d'un accord dans le domaine concerné). Bien évidemment, pareil mécanisme de réadaptation permanente des accords (voir ci-dessus 2.4) impliquerait, pour être effectif, que soient supprimées les « clauses guillotines » (voir ci-dessus 2.2.).

PROPOSITION 2 : Renégocier le mécanisme de règlement des différends dans l'AFRB actuel

Il est apparu à l'issue de notre analyse qu'en l'état actuel l'AFRB est non seulement du point de vue de son mécanisme de règlement des différends défavorable à la Suisse, mais aussi que, par comparaison avec d'autres mécanismes juridictionnels de règlement des différends dans des accords récents conclus par l'UE – y compris pour certain conférant des droits d'effet direct au sein de l'OJUE – qu'il existerait une marge juridique pour la renégociation du mécanisme de règlement des différends tel que prévu dans l'AFRB surtout pour ce qui est du rôle attribué à la CJUE dans ce dernier.

Soulignons que les éléments développés dans cette proposition auraient très vraisemblablement aussi à s'appliquer dans le cadre de la PROPOSITION 1. Nous suggérons même que la négociation de ce mécanisme de règlement des différends relatif à des dispositions dont l'application implique des notions de droit de l'UE serait plus facile dans le cadre plus large d'un accord-cadre global. En effet, l'ensemble de l'AFRB est marqué par la logique de satellisation de ses voisins par l'UE, que nous avons mise en évidence dans notre première partie. En conséquence, la seule renégociation du mécanisme de règlement des différends de cet accord sera plus difficile à faire aboutir que la négociation d'un nouveau mécanisme de règlement des différends qui ne concernerait qu'une partie spécifique du droit (les accords conférant un accès au marché intérieur) couvert par l'accord-cadre mentionné dans la PROPOSITION 1.

Ceci étant acté, une renégociation du mécanisme de règlement des différends de l'actuel AFRB (art. 10), devrait selon nous se fonder sur la logique juridique suivante :

La Suisse reconnaît en prémisses à la négociation la nature *sui generis* de l'ordre juridique de l'UE au sein duquel les décisions de la CJUE ont la valeur contraignante. La Suisse est prête à le reconnaître dans le texte du traité.

Les décisions que la CJUE pourrait prendre dans le cadre du champ d'application de l'AFRB, pour ce qui relève de leur application dans l'OJUE, sont obligatoires dans tous leurs éléments à l'intérieur de l'OJUE, y compris à l'égard de ressortissants ou d'entreprises suisses.

La portée de l'accord-cadre institutionnel entre la Suisse et l'UE ne préjuge en rien l'ordre des compétences et les voies de recours établis dans l'OJUE. La Suisse est prête à le reconnaître dans le texte du traité.

La Suisse s'engage à interpréter les dispositions en substances identiques à celles issues du droit de l'UE, tant dans ses relations avec l'UE que dans son ordre juridique pour ce qui concerne les dispositions d'effet direct, en conformité avec la jurisprudence de la CJUE, tant antérieure que postérieure à la signature du présent traité.

Un éventuel différend quant à des divergences d'application des normes relevant du droit de l'UE régissant le marché intérieur pour les parties auxquelles la Suisse participe sera réglée au sein du comité mixte sectoriel de l'accord en question. Le cas échéant, un tribunal arbitral pourrait être saisi. Celui-ci ne traiterait, dans le cadre du DIP, que du différend entre les parties. Il pourrait certes examiner les effets juridiques de l'application d'un accord bilatéral dans l'ordre juridique de chaque partie, mais il ne se prononcerait pas sur la manière dont l'accord bilatéral est intégré et interprété dans l'ordre juridique de chaque partie (le droit de chaque partie est, comme l'a dit la CJUE dans son avis 1/17 relatif au CETA, considéré comme une « question de fait » (voir ci-dessus 2.5.).

Toute décision prise dans le cadre d'un Règlement des différends entre parties à l'accord ne s'applique que dans les relations entre les parties. Une telle décision ne peut être invoquée directement dans l'ordre juridique de l'une des parties.

PROPOSITION 3 : Remplacer le mécanisme de la question préjudicielle tel que prévu à l'art 10 § 3 AFRB par des clauses de rendez-vous avec possibilité de dénoncer l'accord

En complément ou alternativement à la PROPOSITION 2, une autre révision du mécanisme institutionnel mis en place par l'AFRB (ou certains accords relatifs au marché intérieur couverts par cet « accord-cadre » - notamment les « bilatérales I » -) pourrait être ainsi proposée.

Plutôt qu'une adaptation par une interprétation prétorienne des dispositions des accords, les parties contractantes s'engageraient à insérer dans tous les accords concernés par la mise en œuvre de l'AFRB une « clause de rendez-vous périodique », par exemple tous les cinq ans ou tous les sept ans, permettant à chacune des parties à l'accord concerné de demander une renégociation de l'accord, ou de le dénoncer, en cas de refus de négocier de l'autre partie ou de désaccord persistant.

En l'échange de son consentement à ce mécanisme, la Suisse demanderait l'abandon des « clauses guillotines » dans tous ses accords bilatéraux avec l'UE (même si nous avons vu sous la section 2.2. ci-dessus que la clause guillotine pouvait aussi induire un effet de dissuasion, potentiellement favorable à la stabilité juridique).

La Suisse pourrait même concéder dans ce cadre, pour autant que le droit de l'UE l'autorise, à l'UE le droit de demander un avis à la CJUE sur la conformité d'un accord bilatéral tel qu'appliqué ou interprété par les parties avec le droit de l'UE, selon une procédure conçue par analogie avec l'art. 218 § 11 TFUE. En ce cas, l'UE pourrait se retrouver contrainte par l'avis de la CJUE de renégocier l'accord bilatéral ou de le dénoncer.

Ce mécanisme remplacerait l'art. 10 AFRB en sa forme actuelle. Pareille solution n'est pas idéale en termes de sécurité juridique formelle, mais elle permettrait d'éviter à la Suisse de se retrouver directement liée par une décision de la CJUE. De son côté, la Suisse pourrait également dénoncer un accord bilatéral, objet de désaccord persistant entre les parties, de manière unilatérale.

La PROPOSITION 2 serait néanmoins préférable à la PROPOSITION 3.

PROPOSITION 4 : Annexer une déclaration interprétative à l'art. 10 § 3 de de l'AFRB actuel

Comme nous l'avons montré dans notre partie analytique, le mécanisme de la question préjudicielle à la CJUE tel que prévu par l'art. 10 § 3 AFRB ne nous paraît pas nécessairement convainquant. Ni pour l'UE, ni pour la Suisse.

En conséquence, et faute de pouvoir renégocier l'AFRB dans un cadre plus large (PROPOSITION 1) ou le mécanisme de règlement des différends de l'AFRB (PROPOSITION 2), nous suggérons d'adjoindre une déclaration interprétative – soit conjointe (meilleure option), soit unilatérale de la Suisse – relative à l'art. 10 § 3 AFRB.

La Suisse formulerait une déclaration de la teneur suivante : « En cas de question préjudicielle posée à la CJUE selon la disposition de l'art. 10 § 3 AFRB, la Suisse comprend que conformément à sa jurisprudence constante, la CJUE interprétera une disposition d'un accord bilatéral entre la Suisse et l'Union européenne faisant référence à des actes ou des notions de droit de l'UE, non pas uniquement en fonction de la similarité des termes employés dans l'accord bilatéral avec le droit de l'UE, mais principalement à la lumière du sens ordinaire à attribuer à ses termes dans leur contexte, et à la lumière de l'objet et du but de cet Accord bilatéral, comme le rappelle l'article 31 de la Convention de Vienne sur le droit des traités du 23 mai 1969. » Une déclaration conjointe aurait, *mutatis mutandis*, la même formulation.

* * *

Nous sommes conscients qu'aucune des propositions ci-dessus n'est parfaitement satisfaisante d'un point de vue institutionnel ni d'un point de vue politique. Il nous semble néanmoins nécessaire de mettre en balance l'intérêt d'un arrangement institutionnel aussi acceptable et efficient que possible, et le besoin de développer la coopération entre l'UE et la Suisse dans de nouveaux domaines, notamment du point de vue des intérêts de l'économie suisse.

Il se trouve que depuis maintenant plus d'une décennie, cette « question institutionnelle » empêche le développement de tout nouvel accord entre la Suisse et l'UE. Il nous a donc

paru nécessaire de mettre en balance les questions de principe liées aux relations institutionnelles, avec l'intérêt de poursuivre le développement de la coopération économique entre la Suisse et l'UE. D'où des propositions pragmatiques, éventuellement minimalistes, mais qui, nous osons l'espérer, devraient pouvoir débloquer ce dossier, tant entre les parties qu'en Suisse.

