HAL
open science

L'Union européenne et la Suisse : recherches sur l'institutionnalisation d'une relation entre l'UE et un État tiers

Clémentine Mazille

To cite this version:

Clémentine Mazille. L'Union européenne et la Suisse : recherches sur l'institutionnalisation d'une relation entre l'UE et un État tiers. Droit. Université de Bordeaux; Université de Genève, 2014. Français. NNT : 2014BORD0386 . tel-01230073

HAL Id: tel-01230073

https://theses.hal.science/tel-01230073

Submitted on 17 Nov 2015

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

THÈSE PRÉSENTÉE

POUR OBTENIR LE GRADE DE

DOCTEUR DE

L'UNIVERSITÉ DE BORDEAUX

ÉCOLE DOCTORALE DE DROIT (E.D. 41)

SPÉCIALITÉ DROIT PUBLIC

Par Clémentine MAZILLE

L'Union européenne et la Suisse

Recherches sur l'institutionnalisation d'une relation entre l'UE et un État tiers

Sous la direction de Monsieur le Professeur Olivier DUBOS
et de Madame le Professeur Christine KADDOUS

Soutenue le 05 décembre 2014

Membres du jury :

Mme Isabelle BOSSE-PLATIÈRE,	Professeur à l'Université de Rennes 1, Chaire européenne Jean Monnet,	Rapporteur
M. Massimo CONDINANZI,	Professeur, Università degli Studi di Milano,	Rapporteur
M. Olivier DUBOS,	Professeur à l'Université de Bordeaux, Chaire Jean Monnet	
M. Jean-Claude GAUTRON,	Professeur émérite à l'Université de Bordeaux,	Président
Mme Christine KADDOUS,	Professeur à l'Université de Genève, Chaire Jean Monnet ad personam	
M. Nikos SCANDAMIS,	Professeur honoraire de l'Université d'Athènes	
M. Pascal SCIARINI,	Professeur du Département de science politique et relations internationales de l'Université de Genève	

Titre : L'Union européenne et la Suisse. Recherches sur l'institutionnalisation d'une relation entre l'UE et un État tiers

Résumé : La relation entre l'Union européenne et la Suisse est celle d'une ambivalence entre l'intériorité et l'extériorité de la Suisse par rapport à l'Union européenne, tension que rend prégnant l'effet de l'écoulement du temps. Une analyse de l'interaction entre le subjectivisme et l'objectivisme caractérisant cette relation permet d'expliquer juridiquement cette tension, et de qualifier le développement de la relation Suisse-UE. Il existe entre l'Union européenne et la Suisse un phénomène d'objectivisation du droit, profondément lié à l'utilisation du droit de l'Union européenne pour fonder les règles applicables. Ce phénomène se prolonge au niveau institutionnel : les négociations en cours visent à renforcer l'homogénéité du droit de la relation Suisse-UE sur le droit de l'UE. Pourtant, ce phénomène d'objectivisation se heurte à certaines limites : l'ensemble formé entre l'Union européenne et la Suisse ne peut prétendre qu'à un développement intrinsèquement limité, parce qu'il ne bénéficie pas d'une « idée d'oeuvre » propre, mais emprunte celle de l'Union européenne. La tension résultant entre le maintien dans le temps d'un phénomène d'objectivisation et les limites inhérentes de l'objectivité possible, semble alors être la manifestation de la liberté politique, qui se pose dans un ensemble qui se construit, sans pouvoir se déployer dans la mesure du commun.

Mots clés : Union européenne – Suisse – accords – intégration – communauté – règles primaires – règles secondaires – institution

---

Title : Switzerland and the European Union. Research on the institutionalization of a relationship between the EU and a third country

Abstract : The relationship between Switzerland and the European Union can be described as a tension between the interiority and the exteriority of the former to the latter. This ambivalence is emphasised by the effect of the passage of time. The interaction between objectivism and subjectivism can explain both the legal analysis of this tension as the evolution of the relationship. One can point to the existence of a legal objectivization phenomenon linked to the use of European Union law in order to determine the applicable law between the two parties. This phenomenon extends to the institutional part of the relationship as well: the ongoing negotiations are to strengthen the homogeneity of the law applied in the EU-Switzerland relationship by aligning it on European Union law. However, the evolution of this objectivization phenomenon is limited. The evolution of the group/ensemble formed by the European Union and Switzerland has an innate boundary as it is lacking its own "idée d'oeuvre", thus following that of the European Union. The tension between the ongoing objectivization phenomenon and its innate limits seems to reflect the issue of political liberty. As the group/ensemble is still evolving and raises politically related issues, political liberty cannot unfold.

Keywords : European Union – Switzerland – agreements – integration – community – primary rules – secondary rules – institution

---

Unité de recherche

[Centre de Recherches et de Documentation Européennes et Internationales
[CRDEI – EA 4193 – Université de Bordeaux, Av. Léon Duguit, 33600 PESSAC]

L'Université de Bordeaux n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans les thèses. Ces opinions doivent être considérées comme propres à leurs auteurs.

Remerciements

Quelle curieuse ironie que celle de découvrir, au bout de plusieurs années de travail et de dizaines de pages, que l'on manque de mots et de temps pour remercier ceux qui ont été si essentiels à son aboutissement.

Que mes directeurs de thèse, ma famille et mes amis dont les membres du CRDEI voient dans ces quelques mots, ma sincère gratitude.

SOMMAIRE

PARTIE 1 – ANALYSE STATIQUE
L'équilibre entre subjectivisme et objectivisme dans la relation Suisse-UE

Titre 1. Les éléments subjectifs et objectifs déterminant la relation Suisse-UE

Chapitre 1 – Les éléments subjectifs déterminant la relation Suisse-UE
Chapitre 2 – Les éléments objectifs déterminant la relation Suisse-UE

Titre 2. Les actes juridiques régissant la relation Suisse-UE

Chapitre 1 – L'européanité caractéristique des règles du premier degré
Chapitre 2 – L'autonomie caractéristique des règles du second degré

PARTIE 2 – ANALYSE DYNAMIQUE
L'objectivisation de la relation Suisse-UE

Titre 1. Le mouvement d'objectivisation

Chapitre 1 – La précarité de l'équilibre entre objectivisme et subjectivisme
Chapitre 2 – L'évolution de l'équilibre dans le sens de l'objectivisme

Titre 2. Le degré d'objectivisation

Chapitre 1 – L'institutionnalisation sous l'angle de l'action normative
Chapitre 2 – L'institutionnalisation sous l'angle de l'ordonnancement systémique

LISTE DES PRINCIPAUX SIGLES ET ABREVIATIONS

AELE	Association européenne de libre-échange
A.F.D.I.	Annuaire français de droit international
A.P.D.	Archives de Philosophie du Droit
ALE	Accord de libre-échange entre la Suisse et la Communauté européenne, du 22 juillet 1972
ALCP	Accord de libre circulation des personnes entre la Suisse, l'Union européenne et ses Etats membres, du 21 juin 1999
C.M.L.R.	Common Market Law Review
DDS	Documents diplomatiques suisses
Droits	Droits : revue française de théorie, de philosophie et de culture juridiques
EEE	Espace économique européen
E.F.A.R.	European Foreign Affairs Review
E.J.I.L.	European Journal of International Law
E.J.L.R.	European Journal of Law Reform
JCl	JurisClasseur
JdT	Journal des Tribunaux
JO	Journal Officiel (des Communautés/de l'Union européenne)
PJA	Pratique juridique actuelle
R.A.E.	Revue des Affaires Européennes
R.D.P.	Revue du droit public et de la science politique en France et à l'Etranger
R.G.D.I.P.	Revue Générale de droit international public
R.M.C.U.E.	Revue du Marché Commun et de l'Union européenne
RO	Recueil Officiel (de la Confédération suisse)
R.R.J.	Revue de la Recherche Juridique. Droit prospectif
R.T.D.E.	Revue trimestrielle de droit européen
RS	Recueil Systématique (de la Confédération suisse)
R.S.D.I.E.	Revue suisse de droit international et européen
R.S.J.	Revue suisse de jurisprudence
S.F.D.I.	Société française pour le Droit international
UE	Union européenne

Introduction

1. L'Europe est un puzzle dont l'une des pièces centrales fait ostensiblement défaut. Cette image adoptée par l'un des bulletins d'information « SuissEurope »[1] montre, au-delà du trait d'esprit, l'évidence de la « question suisse » pour l'Union européenne et de la « question européenne » pour la Suisse. Cette présentation de la Confédération comme une « pièce manquante » de l'Union européenne reflète l'une des données principales de cette relation : sa situation apparaît comme résultant d'un acte de différentiation par rapport au projet d'unification qui se met en place autour d'elle. Situation étonnante, au regard de la force d'attraction de l'Union européenne, que la résistance d'un Etat dont l'enclave au sein de l'organisation européenne se fait toujours plus nette tandis que se réalise un processus d'unification entre les Etats et les peuples voisins.

2. C'est ainsi dans la perspective d'une tension née de cette position d'enclavement que s'établissent les fondements de la relation entre la Suisse et l'Union européenne. Tout le pragmatisme déployé par les négociateurs suisses et européens, pour établir progressivement les bases juridiques de cette relation, ne saurait échapper à cette tension que l'écoulement du temps va rendre prégnante.

3. Aujourd'hui, cette relation, qui se définit sous la forme d'une juxtaposition de rapports, apparaît clairement remise en question, ou du moins, sujette à des tensions appelant des changements (Sujet). Comprendre l'évolution actuelle, et peut-être au-delà, la nature même de cette relation, implique d'appréhender son développement dans la durée ainsi que par rapport à la construction de l'Union européenne (Objet). Les analyses théoriques, qui postulent et recherchent l'articulation des éléments subjectifs de la volonté avec les éléments objectifs factuels et juridiques, constituent une grille d'analyse pertinente pour comprendre le déploiement et les perspectives de la relation Suisse-UE dans la durée

---

1 Suisseurope 1/2010, mars, p.8 (publication de la direction des affaires européennes, Département fédéral des affaires étrangères suisse : https://www.eda.admin.ch/dea/fr/home.html).

2 Dans cette optique, l'appellation d'« accords Suisse-UE » recouvrira, sauf mention spéciale destinée à souligner un aspect historique ou une question de compétence, l'ensemble des accords conclus entre les diverses Communautés

(Méthode). L'équilibre entre le subjectivisme et l'objectivisme se réalise dans la combinaison entre une certaine « européanité » des règles établies, lesquelles laissent toutefois à la Suisse et à l'Union européenne une autonomie à l'égard des applications et modifications futures de ces règles. Mais la succession dans le temps de ces règles et les négociations en cours reflètent peut-être un mouvement de fond, dans lequel le renforcement de l'européanité du droit de la relation Suisse-UE traduit une objectivisation de la relation dont le degré et la nature apparaissent au terme d'une analyse institutionnelle (Thèse).

LE SUJET : LES CARACTERES DE LA RELATION SUISSE-UE

4. Si la relation de la Suisse et de l'Union européenne mérite d'être étudiée, c'est parce qu'elle est le lieu d'un paradoxe apparent. Alors qu'elle est *a priori* faiblement définie sinon comme un agglomérat de rapports établis de manière pragmatique par des actes variés (I), des tensions se font jour dans cette relation qui pourrait se voir rationalisée au terme des négociations sur les questions institutionnelles ouvertes en 2014 (II).

I. Des rapports partiellement définis

5. Ce qui est apparent dans la relation entre la Suisse et de l'Union européenne, c'est davantage « ce qu'elle n'est pas » que ce « qu'elle est » : elle n'est pas un rapport d'un membre à une entité supérieure. Pour autant, il est dans l'intérêt de la Suisse et de l'Union d'éviter un cloisonnement qui apparaîtrait comme un vecteur d'isolement de la première au sein de la seconde. C'est dans cette perspective définie en premier lieu « par la négative », éviter un isolement de la Suisse (A), que la relation s'est établie sur le fondement de divers actes juridiques, dont seule une juxtaposition peut donner un aperçu des liens juridiques les reliant l'une à l'autre (B).

A) Une relation définie « par la négative »

6. Comprendre la relation Suisse-UE implique d'en retenir une conception large, qui inclut la relation établie entre la Suisse d'une part, les premières Communautés et leurs

Etats membres d'autre part[2]. Car, précisément, ce qui caractérise en premier lieu la relation Suisse-UE, c'est que contrairement à la plupart de ses Etats voisins, la Suisse n'a pas participé à la fondation des Communautés européennes. Elle a opté pour la voie initialement concurrente de l'Association européenne de libre-échange[3], et elle n'a pas non plus ultérieurement adhéré aux Communautés et à l'Union européenne auxquelles s'est ralliée la majorité des Etats de l'AELE.

7. Pourtant, cette situation ne résulte pas d'un choix direct du peuple et des cantons suisses : ceux-ci ne se sont jamais formellement prononcés sur l'adhésion aux Communautés ou à l'Union européenne. La Confédération repose pourtant sur un système de démocratie directe ou semi-directe caractérisé par son usage des scrutins référendaires, et il existe de nombreuses votations liées à l'Union européenne. Mais aucune n'a porté sur la ratification d'un traité d'adhésion à l'Union, contrairement par exemple à ce qui a eu lieu en Norvège[4]. Une demande d'adhésion aux Communautés a pourtant été présentée par la Suisse le 20 mai 1992, quelques jours après la signature de l'accord établissant l'Espace économique européen. Toutefois, la demande d'adhésion a été « gelée » à la suite du rejet par votation populaire de la ratification de cet accord.

8. En effet, et c'est la seconde caractéristique de la relation Suisse-UE, elle est profondément marquée par la signature puis le refus de la Suisse de ratifier l'accord de Porto du 2 mai 1992[5], conclu entre les Etats de l'Association européenne de libre-échange, la Communauté européenne et ses Etats membres. Cet accord, entré en vigueur entre les autres signataires, prévoit l'institution d'un « *Espace économique européen homogène* »[6] fondé sur des règles communes, reprises du droit de l'Union et notamment des quatre libertés

---

2 Dans cette optique, l'appellation d'« accords Suisse-UE » recouvrira, sauf mention spéciale destinée à souligner un aspect historique ou une question de compétence, l'ensemble des accords conclus entre les diverses Communautés et/ou l'Union européenne et/ou les Etats membres, et la Suisse.

3 Convention du 4 janvier 1960 instituant l'Association européenne de libre-échange, *RO 1960 635.*

4 La non-adhésion de la Norvège résulte en effet de choix exprimés lors des votations de 1972 et 1994 par lesquelles le peuple norvégien a refusé de ratifier respectivement un traité d'adhésion à la Communauté économique européenne et un traité d'adhésion à l'Union européenne.

5 Accord du 2 mai 1992 sur l'Espace économique européen entre les Communautés européennes, leurs États membres et la République d'Autriche, la République de Finlande, la République d'Islande, la principauté de Liechtenstein, le Royaume de Norvège, le Royaume de Suède et la Confédération suisse, *JO L 1 du 03.01.1994, p.3-522.* L'accord, signé par la Suisse, n'a cependant pas été ratifié, ce qui a conduit à l'adjonction du Protocole du 17 mars 1993 entre les Communautés européennes, leurs États membres et la république d'Autriche, la république de Finlande, la république d'Islande, la principauté de Liechtenstein, le royaume de Norvège et le royaume de Suède portant adaptation de l'accord sur l'Espace économique européen, *JO L 1 du 03.01.1994, p.572-605.*

6 Article 1, paragraphe 1, de l'accord EEE précité.

fondamentales du marché intérieur, des règles en matière de concurrence et de celles relatives aux politiques horizontales et d'accompagnement. Des dispositions institutionnelles assurent en outre que l'interprétation et la modification de ces règles soient le plus homogènes possible entre le « pilier AELE » et le « pilier UE » de l'EEE, ce dernier étant le « centre de gravité juridique » de cette construction. Si ce sont formellement des dispositions d'un accord international qui s'appliquent, leur fondement sur une part substantielle du droit de l'Union, les dispositions institutionnelles prévues et la construction jurisprudentielle que l'accord EEE a reçue, incitent souvent à en offrir une lecture « intégrative »[7], que l'on y voit une extension des règles de l'ordre juridique de l'Union européenne[8] et par là, un vecteur d'intégration dans le marché de l'Union européenne[9], ou un vecteur d'un ordre juridique propre au profit des Etats de l'AELE[10].

9. Or, à la suite du refus de la Suisse de participer à l'EEE, la relation avec l'Union européenne s'est poursuivie sur le fondement de différents accords sectoriels, que l'on caractérise généralement par leur opposition avec l'accord EEE.

10. D'une part, ces accords Suisse-UE sont considérés comme *bilatéraux* même si formellement, ils peuvent être plurilatéraux lorsque les Etats membres de l'Union européenne en sont signataires, et lorsqu'ils sont conclus par deux Communautés ou par l'Union européenne et une Communauté[11]. Par comparaison avec l'accord EEE

---

7 L'on peut reprendre la définition de l'intégration, formulée en matière économique, par Pierre PESCATORE. Il distingue ainsi les systèmes de simple libération commerciale qui se caractérisent par un « *maintien des cadres de l'économie nationale malgré la libération* », des systèmes d'intégration qui visent un « *dépassement des cadres de l'économie nationale grâce à la libération* ». Pierre PESCATORE, « La morphologie des traités de coopération et d'intégration économique », in *De l'union douanière à l'union économique*, actes du colloque de Liège des 23-25 avril 1969, Liège, Faculté de droit de l'Université de Liège, 1970, pp.219-230, spéc. p.229.

8 Christine KADDOUS, *Le droit des relations extérieures dans la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes*, Dossier de droit européen n°6, Helbing & Lichtenhahn / Bruylant, Bâle/Bruxelles, 1998, 550 p., spéc. pp. 449 et s. ; Josiane AUVRET-FINCK, « Espace économique européen », *Répertoire de droit européen*, 2003, pts 21 et 77.

9 Sven NORBERG, « The Agreement on a European Economic Area », *C.M.L.R.* 1992, n°6, vol.29, pp.1171-1198.

10 Sur les différentes perceptions de l'EEE sous l'angle de leur incidence sur la notion d'Etat tiers en droit de l'Union européenne, voir Eleftheria NEFRAMI, « L'accord sur l'Espace économique européen, porteur d'un statut propre d'Etat tiers », in I. BOSSE-PLATIERE, C. RAPOPORT (dir.), *L'État tiers en droit de l'Union européenne,* actes du colloque de Rennes des 21 et 22 juin 2012, Bruxelles, Bruylant, 2014, pp. 299-322, et les avis et arrêts suivants : CJCE, 14 décembre 1991, *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 1/91, *Rec.* 1991, p. I-06079 ; TPI, 22 janvier 1997, *Opel Austria GmbH c. Conseil de l'Union européenne*, aff. T-115/94, *Rec.* 1997, p. II-39 ; Cour AELE, 10 décembre 1998, *Sveinbjörnsdóttir c. Islande*, aff. E-9/97, *Rec.* 1998, p.95 ; CJCE, 11 juin 2009, *Commission c. Royaume des Pays-Bas*, aff. C-521/07, *Rec.* 2009, p. I-4873, pts 32 et s.

11 Voir par exemple l'accord du 21 juin 1999 entre la Confédération suisse d'une part, et la Communauté européenne et ses Etats membres, d'autre part, sur la libre circulation des personnes (*RO 2002 1529 / JO L 114 du 30.4.2002, p. 6-72*) ; l'accord-cadre de coopération scientifique et technique du 8 janvier 1986 entre les Communautés européennes

qui exigeait une coordination entre les Etats de l'AELE pour apparaître comme un « pôle AELE » face au « pôle UE », les accords Suisse-UE établissent directement un lien entre la Suisse et l'Union européenne[12].

11. D'autre part, et surtout, ces différents accords sectoriels ont été établis dans l'optique de fonder une relation conçue comme étant institutionnellement et matériellement « en deçà » de celle établie entre les Etats de l'EEE. La Suisse ayant souhaité conserver une marge de manœuvre plus grande que celle des Etats de l'AELE membres de l'EEE, les accords bilatéraux ne comportent en général pas d'obligation de reprendre les nouveaux développements de « l'acquis »[13] de l'Union européenne servant de référence[14], et l'interprétation juridictionnelle dans l'ordre juridique suisse n'est pas soumise à la compétence d'une juridiction supranationale telle que la Cour AELE. D'un point de vue matériel, et même considérés de manière combinée, ces accords sectoriels ne recouvrent pas la même étendue par rapport au droit de l'Union, et les droits de circulation garantis, par exemple celui de la libre prestation de services, sont d'une portée plus limitée[15].

12. Une étude comparative – laquelle ne sera menée que ponctuellement – apporterait des précisions quant à la teneur réelle de la différence avec l'EEE en 2014. La différence avec la relation que l'Union européenne entretient avec les autres Etats de l'AELE devrait en outre tenir compte des liens qui dépassent le cadre du marché intérieur, qu'il s'agisse de l'association de ces Etats à l'ELSJ ou à des opérations de PESC de l'Union européenne. La juxtaposition des différents accords liant la Suisse et l'Union européenne, bien qu'elle rende ces comparaisons difficiles, laisse ainsi apparaître une relation *in fine* développée.

---

et la Confédération suisse (*RO 1986 183 / JO L 313 du 22.11.1985, p.6-8*) ; Accord entre la Confédération suisse, l'Union européenne et la Communauté européenne sur l'association de la Confédération suisse à la mise en œuvre, à l'application et au développement de l'acquis de Schengen (*RO 2008 481 / JO L 53 du 27.2.2008, p. 52-79*).

12 Pour une comparaison entre l'EEE et les accords bilatéraux voir par exemple René SCHWOK, Nicolas LEVRAT, « Switzerland's relations with the EU after the adoption of the seven bilateral agreements », *E.F.A.R.* 2001, vol. 6, n°3, pp. 335-354, spéc. pp. 344-348.

13 Sur les divers aspects de l'acquis de l'Union et notamment l'acquis et les Etats de l'AELE, voir Fabrice PICOD (dir.) « *L'acquis de l'Union européenne* », *R.A.E.* 2002, n°7, pp.785-822 et n°8, pp.933-1091.

14 On relèvera cependant le cas particulier des accords d'association de la Suisse à l'« acquis Schengen » et l'« acquis Dublin ».

15 A cet égard, voir le chapitre consacré à la relation Suisse-UE dans l'ouvrage : Christine KADDOUS, Diane GRISEL, *Libre circulation des personnes et des services*, Bâle, Helbing & Lichtenhahn, 2012, 1036 p.

B) *Une relation définie « par pointillisme »*

13. Les premières bases juridiques de la relation Suisse-UE concernent des consultations avec la Haute autorité de la Communauté du charbon et de l'acier[16], des concessions tarifaires avec la Communauté économique européenne accordées par exemple sur les fromages dans le cadre des négociations du G.A.T.T.[17], ou encore une coopération scientifique avec la Communauté européenne de l'énergie atomique[18]. La relation revêt une importance particulière à la suite de la signature en 1972 des accords de libre-échange, sur le charbon et l'acier ainsi que sur les produits industriels[19]. Il faudrait en outre faire une place, parmi les premiers accords importants, à celui de 1989 sur l'assurance directe autre que l'assurance sur la vie[20].

14. Dans un second temps, les négociations dites bilatérales, consécutives au rejet de l'EEE, ont abouti en 1999 à la signature d'un ensemble d'accords dits « bilatéraux I »[21]. Même si les négociations sur les différents dossiers ont été menées suivant un principe de « *parallélisme approprié* »[22] qui garantit un équilibre global des droits et obligations entre la Suisse et l'Union européenne, les sept accords de 1999 n'établissent que des coopérations *sectorielles*. Ils développent la relation Suisse-UE dans les domaines de la coopération scientifique, des transports terrestres et aériens, de la libre circulation des personnes, des

---

16 Accord de consultation du 7 mai 1956 entre la Confédération suisse et la Haute Autorité de la Communauté Européenne du Charbon et de l'Acier, *RO 1957 70 / JO A 7 du 21.2.1957, p. 85-87*.

17 Accord des 29 et 30 juin 1967 (sous forme d'échange de lettres) concernant certaines concessions tarifaires, *RO 1967 1998 / JO L 257 du 13.10.1969, p.3-11*.

18 Accord du 14 septembre 1978 entre la Confédération suisse et la Communauté européenne de l'énergie atomique concernant la coopération dans le domaine de la fusion thermonucléaire contrôlée et de la physique des plasmas, *RO 1980 693 / JO L 242 du 4.9.1978, p. 2–9*.

19 Accord du 22 juillet 1972 entre la Confédération suisse et la Communauté économique européenne (relatif au libre-échange), *RO 1972 3169 (RS 0.632.401) / JO L 300 du 31.12.1972, p. 189-280*. L'accord a été plusieurs fois modifié pour y inclure de nouveaux produits.
Accord du 22 juillet 1972 entre la Confédération suisse et les Etats membres de la Communauté européenne du charbon et de l'acier, *RO 1973 2057 / JO L 350 du 19.12.1973, p. 13-28*. A la suite de l'extinction du traité CECA, cet accord ainsi que l'ensemble des « accords CECA » conclus ont été abrogés par échange de notes des 4 novembre 2004 et 18 décembre 2009, avec effet au 19 décembre 2009 (*RO 2010 567 / JO L 288 du 4.11.2009, p.18-21*).
Des accords comparables ont été conclus entre la Communauté et chacun des autres Etats de l'AELE.

20 Accord du 10 octobre 1989 entre la Confédération suisse et la Communauté économique européenne concernant l'assurance directe autre que l'assurance sur la vie, *RO 1992 1894 / JO L 205 du 27.7.1991, p. 2–47* .

21 Daniel FELDER, Christine KADDOUS (dir.), *Accords bilatéraux Suisse-UE (Commentaires) - Bilaterale Abkommen Schweiz-EU (Erste Analysen)*, Bruxelles/Bâle, Bruylant/Helbing & Lichtenhahn, 2001, 783 p.

22 Voir les mandats adoptés par le Conseil de l'Union européenne : Décisions du Conseil du 31 octobre 1994 autorisant la Commission à négocier des accords bilatéraux avec la Suisse sur la libre circulation des personnes, dans le domaine de la recherche et du développement technologique, dans le secteur agricole - sur la reconnaissance mutuelle en matière d'évaluation de la conformité, dans le secteur des marchés publics (10439/94) ; Décision du Conseil du 14 mars 1995 autorisant à négocier un accord entre la Communauté européenne et la Confédération suisse dans les domaines des transports routiers et aériens (5824/95 DCL1).

marchés publics, des obstacles techniques au commerce et de l'échange de produits agricoles[23]. De nouvelles négociations ont par la suite conduit en 2004 à la conclusion d'un nouveau paquet de neuf accords dits « bilatéraux II »[24] qui poursuivent la collaboration entre la Suisse et l'Union européenne dans les domaines de la fiscalité, de la lutte contre la fraude, des produits agricoles transformés, des statistiques, de l'audiovisuel, de l'environnement, de l'immigration et celui de la coopération policière et judiciaire en matière pénale[25].

15. On retrouve cette hétérogénéité dans les accords postérieurs qui portent sur l'éducation[26], les mesures de contrôles douaniers[27], les opérations de politique étrangère[28], ou encore sur la navigation par satellite[29]. Aujourd'hui, les négociations entre la Suisse et l'Union européenne concernent les domaines de l'électricité, l'agriculture, la sécurité alimentaire, la sécurité des produits, la santé publique, la participation au programme de l'UE en matière d'encouragement de la culture, le commerce des droits d'émission ainsi que les questions dites institutionnelles. La relation Suisse-UE est ainsi établie sur le fondement d'une pluralité d'accords sectoriels : seule la juxtaposition de la centaine d'accords existants (leur nombre exact n'étant pas clairement défini[30]), et en particulier des vingt principaux, permet d'avoir un aperçu de cette relation et de son importance.

---

23 Voir la liste des sept accords signés le 21 juin 1999 dans la bibliographie.

24 Christine KADDOUS, Monique JAMETTI GREINER (dir.), *Accords bilatéraux II Suisse-UE : et autres accords récents*, *Bilaterale Abkommen II Schweiz-EU : und andere neue Abkommen*, Dossiers de droit européen, vol. 16, Bruxelles/Genève/Paris, Bruylant/ Helbing & Lichtenhahn/LGDJ, 2006, 1006 p.

25 Voir la liste des neuf accords signés le 26 octobre 2004 en bibliographie.

26 Accord du 15 février 2010 établissant les termes et conditions de la participation de la Confédération suisse au programme «Jeunesse en action» et au programme d'action dans le domaine de l'éducation et de la formation tout au long de la vie (2007–2013), (*RO 2011 879 / JO L 87 du 7.4.2010, p. 7–18*) ;

27 Accord du 25 juin 2009 relatif à la facilitation des contrôles et des formalités lors du transport des marchandises ainsi qu'aux mesures douanières de sécurité (*RO 2011 983 / JO L 199 du 31.7.2009, p. 24-42*).

28 Pour un exemple récent, voir l'accord du 4 juillet 2014 concernant la participation de la Suisse à la mission de l'Union européenne d'assistance aux frontières en Libye (EUBAM Libye), *JO L 205 du 12.7.2014, p.3-6*.

29 Accord de coopération du 18 décembre 2013 relatif aux programmes européens de navigation par satellite (*RO 2014 299 / JO L 15 du 20.1.2014, p.3-17*).

30 Le nombre exact d'accords est difficile à établir compte tenu de l'extinction de certains accords notamment ceux relatifs à la participation de la Suisse à des programmes de l'Union européenne. A cela s'ajoute une variation possible selon que l'on inclut les protocoles modificatifs des accords existants, et surtout les décisions des comités mixtes Suisse-UE institués par les accords, qui modifient les accords mais dont la nature conventionnelle est, on le verra, ambigüe.

En 1993, la Commission recensait 35 accords dans sa communication du 1er octobre 1993 sur l'avenir des relations avec la Suisse, *COM(1993) 486 final*.

En 2006, le Conseil fédéral soulignait « *une vingtaine d'accords sectoriels principaux et une centaine d'accords secondaires* » : Rapport Europe 2006 du Conseil fédéral du 28 juin 2006, *FF 2006, n°35, pp.6461-6622*, spéc. p.6478, pt 2.3.3. Dans le même sens, voir la déclaration de la Commission du 26 avril 2007 lors du débat au

16. Outre ces liens sectoriels variés, il faut également tenir compte de la particularité, pour la relation Suisse-UE, de certaines lois fédérales suisses. En 1988, le Conseil fédéral a décidé d'instituer un contrôle de compatibilité avec le droit communautaire des projets de loi qui présentent une dimension transfrontière[31]. Cet examen dit « d'eurocompatibilité » était destiné à éviter des divergences considérées comme inutiles et infondées avec le droit communautaire. Il ne s'agissait donc pas d'instaurer un alignement systématique du droit fédéral suisse avec le droit communautaire, mais de réaliser un alignement dans la mesure où il relèverait de l'intérêt de la Suisse. A la suite du refus du peuple et des cantons suisses de ratifier l'accord EEE, le Conseil fédéral suisse a décidé de poursuivre cette politique, en considérant que : « *Ce n'est que si le droit suisse est compatible avec le droit européen qu'il sera possible de maintenir toutes les options, à savoir adhérer à l'EEE ou à la CE sans obstacles infranchissables ou, le cas échéant, choisir une autre solution limitée à des accords bilatéraux* »[32]. La Suisse a ainsi adopté un paquet législatif dit « Swisslex », qui reprend de nombreuses adaptations au droit de l'Union européenne prévues pour l'accession à l'EEE dans le projet « Eurolex ». Cette adaptation s'est poursuivie dans des domaines variés, principalement et logiquement dans les domaines les plus directement liés à l'économie, comme en matière de concurrence, mais également en matière sociale.

17. Cette adaptation autonome du législateur fédéral suisse, qu'elle se réalise sur un ensemble de textes ou, selon la formule du Professeur JACOT-GUILLARMOD « *par doses homéopathiques* »[33] à l'occasion de chaque projet législatif, revêt une importance primordiale pour la relation Suisse-UE. L'homogénéisation du droit suisse avec le droit de l'Union européenne, qu'elle assure une unification du marché entre les cantons suisses[34]

Parlement européen, relatif aux relations entre l'Union européenne et la Suisse, et la résolution du Parlement européen du 7 septembre 2010, « EEE-Suisse: obstacles à la pleine mise en œuvre du marché intérieur », *JO C 308E du 20.10.2011, p.18–22*, pt C.

Cependant, en 2011, la Commission européenne estimait à environ 85 le nombre d'accords conclus : Réponse de Catherine ASHTON au nom de la Commission européenne du 28 janvier 2011, à la question parlementaire E-9527/2010 du 15 novembre 2010, *JO C 265 E du 09.09.2011, p.33*.

31 Rapport du Conseil fédéral du 24 août 1988 sur la position de la Suisse dans le processus d'intégration européenne, *FF 1988, vol.III, n°37, pp. 233-445*, spéc. p.365

32 Message du Conseil fédéral du 24 février 1993 sur le programme consécutif au rejet de l'Accord EEE, *FF 1993, vol. I, n°11, pp. 757-942*, spéc. p.762, pt 11.

33 Olivier JACOT-GUILLARMOD, « L'ordre juridique suisse face à l'ordre juridique communautaire : aspects normatifs et judiciaires », in D. SCHINDLER, G. HERTIG, J. KELLENBERGER, D. THÜRER, R. ZÄCH (dir.), *Le droit suisse et le droit communautaire : convergences et divergences*, Zürich, Schulthess, 1990, pp.1-20, spéc. p.4.

34 C'est en particulier l'objet de la loi fédérale sur le marché intérieur (LMI), du 6 octobre 1995, *RO 1996 1738*. Même si elle n'est pas traitée dans le cadre de cette étude compte tenu de l'ampleur du champ de recherches qu'elle impliquerait, on soulignera que l'adaptation se réalise également au niveau cantonal.

ou qu'elle ouvre la circulation aux produits commercialisés dans l'Union européenne[35], a été en pratique très largement assurée[36]. En effet, l'« eurocompatibilité » de l'ordre juridique suisse favorise la conclusion ultérieure d'accords entre l'Union européenne et la Suisse, cette dernière pouvant faire valoir lors des négociations qu'elle est d'autant plus susceptible de mettre en œuvre un accord fondé sur le droit de l'Union européenne, qu'une partie de sa législation est déjà homogène avec ce droit. Ce constat est très net en matière économique, l'adaptation autonome permettant « *de faciliter l'accès au marché intérieur* »[37].

18. Par conséquent, la relation entre l'Union européenne et la Suisse apparaît fondée sur divers accords sectoriels, auxquels s'ajoutent des actions parallèles et casuistiques du législateur fédéral suisse. Ces différents actes juridiques reprennent, dans des proportions variables, des dispositions du droit de l'Union européenne, sans que cette utilisation soit rattachée à un projet global tel que celui poursuivi par l'accord EEE et bien sûr, les traités constitutifs de l'Union européenne. Or, cette approche assez technique de la relation Suisse-UE, qui conduit parfois à voir une « *intégration douce* »[38] - quoique partielle – de la Suisse dans l'Union européenne, ne doit pas laisser penser que la voie choisie est une voie « tranquille ».

II. Un bilatéralisme sous tension

19. Le bilatéralisme institué entre l'Union européenne et la Suisse, parce qu'il est faiblement encadré institutionnellement, accorde une place quasiment quotidienne à la question « politique ». Alors que le politique est limité dans la définition des normes

---

35 Loi fédérale du 12 juin 2009 modifiant la loi sur les entraves techniques au commerce (LETC), *RO 2010 2617*, parfois également appelée loi « sur le principe Cassis de Dijon », par référence à la jurisprudence éponyme de la Cour de justice de l'Union européenne (CJCE, 20 février 1979, *Rewe-Zentral AG c. Bundesmonopolverwaltung für Branntwein*, aff. 120/78, *Rec.* 1979, p.649).

36 Le législateur fédéral n'adopte « *qu'exceptionnellement* » des actes juridiques non compatibles avec le droit de l'Union européenne : rapport du Conseil fédéral du 3 février 1999 sur l'intégration, *FF 1999, vol. IV, n°22*, pp. 3600-4011, spéc. p.3634. C'est notamment dans les domaines de la politique fiscale et agricole que la législation suisse se démarque davantage de celle de l'Union européenne.

37 Rapport Europe 2006, *op.cit.*, p.6477 pt 2.3.2.

38 Blaise KNAPP, « La Suisse et l'Union européenne, une intégration douce », in *Au carrefour des droits. Mélanges en l'honneur de Louis DUBOUIS*, Paris, Dalloz, 2002, pp. 387-405, spéc. pp. 391-395.

applicables, laquelle suit une approche essentiellement pragmatique[39], il recouvre une place importante dans la mise en ouvre des accords. Par conséquent, dans la relation Suisse-UE, le « politique » est relégué à une place marginale dans la définition d'une relation conçue comme pragmatique, ce qui en affecte la stabilité juridique dans la mise en œuvre des accords conclus (A). Cette tension sous-jacente à la relation Suisse-UE, pourrait cependant être juridiquement encadrée puisque la Suisse et l'Union européenne ont ouvert en 2014 des négociations sur des questions dites institutionnelles (B).

A) L'absence de stabilité juridique de la relation Suisse-UE

20. Les actes qui fondent la relation Suisse-UE, en particulier les accords Suisse-UE, ont vocation à déployer des effets juridiques « quotidiens », à l'égard notamment des personnes relevant de l'ordre juridique de la Suisse et de celui de l'Union européenne. Il ne s'agit pas tant de se prononcer sur l'effet direct ou non des dispositions, que de souligner que ces dispositions concernent les personnes : le travailleur salarié qui prétend à la libre circulation, le demandeur d'emploi à une exportation de ses droits, le commerçant qui souhaite exporter ses produits, la société qui développe son offre de transport, l'étudiant qui complète son cursus universitaire ou encore l'établissement qui répond à un appel à projets.

21. Or, l'importance de la stabilité juridique dans ces situations quotidiennes, tranche avec les efforts politiques constants qu'elle implique pour la maintenir dans la durée. Le « pointillisme juridique » qui caractérise la relation Suisse-UE renvoie à l'absence de continuité prévisible quant aux « futurs points » de la relation Suisse-UE, autant qu'à l'absence de constance des « points déjà écrits ».

22. En l'absence de direction, la relation Suisse-UE ne présente pas d'« automatismes » quant aux prochains pas de la relation. La participation de la Suisse à des programmes de l'Union européenne doit à chaque fois être négociée, là où les pays candidats à l'Union européenne et les pays de l'AELE membres de l'accord EEE « *ont une vocation reconnue à*

---

[39] Le terme ne renvoie pas à la connotation philosophique dégagée à la suite de Charles S. PEIRCE pour spécifier la signification des concepts « intellectuels » (v. André JACOB (dir.), *Encyclopédie philosophique universelle*, vol. II les notions philosophiques, Paris, PUF, 1998, p.2015 et s.).

participer aux programmes communautaires »[40]. L'accord ouvrant la participation de la Suisse au programme « Jeunesse en action » a été par exemple signé onze ans après que la Suisse et la Communauté se sont engagées à discuter et à préparer *rapidement* des négociations[41]. En outre, compte tenu de l'extinction des programmes de l'Union dans ce domaine, cet accord de 2010[42] est parvenu à échéance trois ans après sa signature. Enfin, les négociations s'imposent encore, même lorsqu'il s'agit de poursuivre une coopération établie dans un programme parvenu à expiration, et le programme de l'Union en question a souvent déjà commencé lorsqu'elles aboutissent. Le programme « Erasmus + »[43] a ainsi débuté au 1er janvier 2014, sans que la participation de la Suisse ait fait l'objet d'un accord.

23. A cela s'ajoutent les initiatives populaires en Suisse, comme celle du 9 février 2014 « Contre l'immigration de masse »[44], dont l'acceptation a introduit une nouvelle disposition dans la Constitution suisse, non-compatible avec l'accord Suisse-UE sur la libre circulation des personnes (ALCP)[45]. La Suisse espère depuis lors négocier avec l'Union européenne une adaptation de l'ALCP[46], qui risque d'être complexe à obtenir, l'Union ayant de son côté réaffirmé son attachement à la libre circulation des personnes. Dans cette optique, à la suite du vote du 9 février 2014, l'Union européenne a suspendu provisoirement les négociations sur la participation de la Suisse au programme « Erasmus + » précité, ainsi qu'au programme « Horizon 2020 »[47]. Cet exemple montre ainsi la place du politique au quotidien : l'absence de règles structurelles fortes inhérentes

---

40 Considérant n°14 de la décision n°1719/2006/CE du Parlement européen et du Conseil du 15 novembre 2006 établissant le programme Jeunesse en action pour la période 2007-2013 (*JO L 327 du 24.11.2006, p.30-44*).

41 Déclaration commune relative à de futures négociations additionnelles annexée à l'accord de 1999 sur la libre circulation des personnes.

42 Accord du 15 février 2010 établissant les termes et conditions de la participation de la Confédération suisse au programme «Jeunesse en action» et au programme d'action dans le domaine de l'éducation et de la formation tout au long de la vie (2007–2013), *RO 2011 879 / JO L 87 du 7.4.2010, p. 7-18.*

43 Règlement (UE) n°1288/2013 du Parlement européen et du Conseil du 11 décembre 2013 établissant "Erasmus +": le programme de l'Union pour l'éducation, la formation, la jeunesse et le sport et abrogeant les décisions n°1719/2006/CE, n°1720/2006/CE et n°1298/2008/CE, *JO L 347 du 20.12.2013, p. 50-73*. Ce programme « succède » à deux programmes auxquels la Suisse participait en vertu de l'accord de 2010.

44 L'initiative a été acceptée à 50,3% des électeurs, et par douze cantons et cinq demi-cantons : arrêté du Conseil fédéral du 13 mai 2014 constatant le résultat de la votation populaire du 9 février 2014, *FF 2014 n°23, pp.3957-3962*, spéc. p.3960.

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

46 Le Conseil fédéral a adopté le 8 octobre 2014 un projet de mandat de négociations, mis en consultation auprès des commissions de politique extérieure des deux Chambres fédérales, de la Conférence des gouvernements cantonaux et des partenaires sociaux.

47 Des solutions transitoires ont cependant été mises en place, notamment pour Horizon 2020.

au droit de la relation Suisse-UE, telles qu'une règle de primauté, est vecteur de complication pour la mise en œuvre d'accords conclus, mais également pour la négociation de nouveaux accords. On soulignera que le 30 novembre 2014, le peuple et les cantons suisses se sont prononcés sur l'initiative « EcoPop »[48], également considérée comme contraire à l'accord Suisse-UE sur la libre circulation des personnes[49].

24. Enfin, la stabilité de la relation juridique est aussi mise en cause en raison de la faiblesse des règles qui garantissent l'interprétation homogène des règles posées par les accords Suisse-UE. Ces règles rendent possibles la cristallisation de différends comme celui qui est relatif à la portée de l'interdiction des aides d'Etat posée par l'accord de libre-échange de 1972. Cette « *controverse qui, depuis 2005, suscitait des tensions et avait conduit l'UE à menacer de prendre d'importantes mesures de rétorsion* »[50], vient de s'achever par la signature le 14 octobre 2014, entre la Suisse et les Etats membres de l'Union européenne, d'une déclaration commune sur la fiscalité des entreprises. C'est donc de manière politique qu'a été réglé le « contentieux fiscal » latent depuis une dizaine d'années. Mais font encore l'objet de divergences de vues entre la Suisse et l'Union, les règles suisses concernant la notification préalable pour la fourniture de services transfrontaliers[51] ou encore l'interdiction faite aux taxis allemands et autrichiens de prendre en charge des passagers à l'aéroport de Zurich[52].

25. Dans une relation dont le développement, déjà important, est appelé à se poursuivre, ces situations d'instabilité apparaissent de moins en moins satisfaisantes pour l'Union européenne et la Suisse, qui ont décidé en 2014 d'ouvrir des négociations sur des questions dites institutionnelles.

---

48 Initiative populaire fédérale « Halte à la surpopulation - Oui à la préservation durable des ressources naturelles », dont est à l'origine l'association « Ecologie et Population », et qui vise à mettre un terme à la surpopulation (de la Suisse) à fins de « préservation durable des ressources naturelles ». L'initiative a été rejetée.

49 Voir l'avis de droit de Christine KADDOUS, précité, qui porte également sur cette votation. On soulignera que cette incompatibilité peut être exposée par le Conseil fédéral, lorsqu'il recommande à l'Assemblée de soumettre le projet à la votation en recommandant son rejet. Voir le message du Conseil fédéral du 23 octobre 2013 concernant l'initiative populaire « Halte à la surpopulation - Oui à la préservation durable des ressources naturelles », *FF 2013 n°46, pp.7783-7836.*

50 Voir le communiqué de presse du Département fédéral des finances de la Confédération suisse, disponible à l'adresse suivante : https://www.news.admin.ch/message/index.html?lang=fr&msg-id=54818.

51 Conclusions du Conseil de l'Union européenne sur les relations de l'UE avec les pays de l'AELE, 8 décembre 2008, pt 27 ; voir également la réponse de la Commission européenne du 1er octobre 2008 à la question parlementaire E-3900/200 sur l'« accord de libre circulation avec la Suisse et discrimination dont sont victimes des entreprises européennes », posée le 11 juillet 2008 (*JO C 40 du 18.02.2009*).

52 Résolution du Parlement européen du 7 septembre 2010 « EEE-Suisse: obstacles à la pleine mise en œuvre du marché intérieur », *JO C 308E du 20.10.2011, p. 18*–22, pt 13.

B) *La stabilisation recherchée dans les négociations actuelles sur les questions institutionnelles*

26. Des négociations sur des « questions institutionnelles » entre l'Union européenne et la Suisse ont été ouvertes au premier semestre 2014[53]. L'homogénéité des règles applicables entre la Suisse et l'Union européenne, affirmée comme un élément essentiel du bon fonctionnement des accords[54], pourrait ainsi devenir un véritable *objectif* poursuivi par les accords Suisse-UE[55]. Mais il n'y aurait là un objectif de la relation Suisse-UE que si les solutions apportées valent pour l'ensemble des accords conclus et non pour les seuls accords Suisse-UE à venir[56].

27. Sur le plan technique, l'homogénéité pourrait être renforcée par la généralisation d'une clause qui impose de tenir compte de la jurisprudence de la CJUE antérieure à la date de signature des accords, pour interpréter les règles qui se réfèrent à des notions de droit de l'UE. De même, la faculté pour la Suisse de présenter des mémoires et observations écrites devant la CJUE pourrait être étendue. L'Union européenne souhaite également un mécanisme indépendant de surveillance et d'exécution des décisions de justice qui fait défaut du côté de la Suisse, alors que l'application des accords Suisse-UE est pour les Etats de l'Union soumise au contrôle de la Cour de justice. La Suisse et l'Union pourraient également considérer que le développement des règles applicables devrait par principe suivre celui du droit de l'UE ayant servi de référence, avec comme contrepartie une implication accrue de la Suisse dans le processus législatif de l'Union européenne.

28. Les négociations sur les questions institutionnelles revêtent un enjeu considérable pour la relation Suisse-UE. D'une part, elles supposent que l'Union européenne et la Suisse définissent plus clairement la direction de leur relation, par des règles ayant une

---

53 Le Conseil fédéral suisse a adopté le 18 décembre 2013 le mandat de négociation avec l'UE. Du côté de l'UE, le Conseil a adopté, le 6 mai 2014 une décision autorisant l'ouverture de négociations relatives à un accord entre l'UE et la Suisse sur un cadre institutionnel.

54 Intervention de Christine KADDOUS à la Table Ronde sur « *le Partenariat Suisse-UE. Bilan, quelle perspective ?* », Université de Genève, 21 janvier 2013.

55 Cette concordance ressort de la proposition du 15 juin 2012 de la Présidente de la Confédération suisse au Président de la Commission européenne, sur des principes applicables à la résolution des questions institutionnelles dans le cadre de l'accord "électricité" entre la Suisse et l'Union européenne, et de la réponse du 21 décembre 2012 du Président de la Commission européenne, sur la position de l'Union européenne vis-à-vis des propositions institutionnelles de la Suisse, *PRES(2012)1548156*.

56 La position de la Suisse et celle de l'Union européenne ne semblent pas encore coïncider sur ce point.

emprise sur le futur – qu'il s'agisse du temps de l'application ou du temps de la modification du droit. D'autre part, elles tendent à ce que la Suisse renonce à une part d'autonomie en se soumettant à un mécanisme de surveillance supranational, ou en acceptant par principe l'évolution des règles qui la lient à l'Union européenne. Enfin, si ces questions se posent avec une sensibilité particulière, c'est parce qu'elles mettent aussi en cause le droit de l'UE. Les questions institutionnelles se posent précisément en raison de l'application de règles tirées du droit de l'UE et notamment celles du marché intérieur ; et l'on ne s'étonnera pas que le développement de l'intégration de la Suisse dans le marché intérieur mène à des réflexions sur une structure institutionnelle comparable à celle de l'EEE. Mais, et de nouveau comme pour l'EEE, ce lien étroit avec le droit de l'Union européenne pose en retour la question de l'autonomie de l'ordre juridique de l'Union européenne. L'issue de ces négociations dépend donc de la possibilité de renforcer le rattachement dans le temps au droit de l'UE, tout en conciliant les exigences d'autonomie de la Suisse et de l'Union européenne.

29. C'est ainsi dans le développement du « commun » dans le temps que doit être recherché le sens de la relation Suisse-UE.

L'OBJET : LE TEMPS ET LE COMMUN DANS LA RELATION SUISSE-UE

30. On a pu apercevoir que la relation établie depuis soixante ans entre la Suisse et l'Union européenne met en jeu un rapport important au temps et au droit de l'Union. C'est ce rapport au temps et au « commun » établi entre les Etats membres de l'Union qui soulève tout à la fois la difficulté d'appréhender cette relation et l'intérêt de le faire. La question des rapports entre le temps et le droit dans la relation Suisse-UE (I) est ainsi imbriquée avec celle du « commun » établi par les règles applicables entre la Suisse et l'Union européenne, lesquelles se fondent sur le « commun » établi entre les Etats membres de l'Union européenne (II). L'objet de cette thèse est ainsi de comprendre à la fois les rapports du temps et du commun dans la relation Suisse-UE.

I. Le temps et le droit dans la relation Suisse-UE

31. Appréhender le temps dans une relation juridique et plus généralement dans son rapport au droit est une question éminemment complexe, et en premier lieu au regard de chacune des notions impliquées : « *La perplexité de Saint Augustin devant ce qu'est le temps n'est pas moindre que celle de Kant devant ce qu'est le droit* »[57], soulignait le Professeur Joe VERHOEVEN. Les rapports du temps et du droit ont cependant fait l'objet d'analyses importantes, qu'elles portent sur un objet délimité (un aspect temporel du contentieux, l'application provisoire des règles, l'histoire ou le cheminement des idées juridiques ou d'une construction juridique...), ou qu'elles cherchent à systématiser les différents rapports du temps et du droit en général ou dans une branche du droit.

32. La présente analyse est à la fois moins approfondie et plus ciblée : il ne s'agit pas de réaliser une systématisation de l'ensemble des rapports du temps et du droit dans la relation Suisse-UE. Les développements suivants visent simplement à souligner ceux des rapports qui semblent essentiels pour comprendre la relation et pour préciser la tension précédemment évoquée. Dans cette optique, trois points semblent déterminants. Si les fondements juridiques de la relation Suisse-UE ont été établis avec pragmatisme sans que les règles n'aient une emprise forte sur le futur (A), le fait que cette relation dure depuis une soixantaine d'années (B) pose avec une acuité croissante la question de l'ordre recherché, lequel fait l'objet des négociations sur les questions institutionnelles (C).

A) Un droit du présent

33. Certes, la relation juridique entre l'Union européenne et la Suisse est nécessairement projetée dans le futur. Il en va là plus généralement d'une caractéristique du droit : « *c'est pour demain que le droit est fondamentalement fait* »[58], et les règles établies dans la relation Suisse-UE visent nécessairement à régir des comportements à venir. Mais, en dépit de cette approche « irréductible » du futur, les règles se caractérisent par une

---

[57] Joe VERHOEVEN, « Les conceptions et les implications du temps en droit international », in *Le droit international et le temps*, actes du colloque de Paris des 25-27 mai 2000, Paris, Pedone, 2001, pp.9-34, spéc. p.11.

[58] *Ibid.*, p.19.

projection limitée dans le futur. En effet, dans la relation entre la Suisse et l'Union européenne, le temps apparaît d'abord comme un temps du *présent* pour trois raisons.

34. La première détermine les deux autres : elle tient à l'optique dans laquelle la Suisse et l'Union européenne ont établi des règles pour régir leur relation. Cette dernière a été fondée sur une approche pragmatique des négociateurs suisses et européens, comme alternative à l'adhésion à l'Union et à l'Espace économique européen qui sont des projets qui se placent clairement pour l'un[59], davantage pour l'autre[60], dans une perspective de long terme. Au contraire, le pragmatisme appréhende les questions qui feront l'objet de règles sous leur angle technique et immédiat, et réduit l'emprise des règles sur le futur, lequel constituera à un moment donné un présent auquel pourra s'appliquer un nouveau pragmatisme. De nouveaux accords sont conclus, et de nouvelles législations suisses adaptées, au gré des intérêts présents au moment de leur élaboration.

35. Par conséquent, et en second lieu, les règles établies ne déterminent que faiblement le comportement de la Suisse et de l'Union européenne face à une situation née à la suite de l'écoulement du temps. L'application des règles est par exemple une conséquence juridique à venir et prévisible de la conclusion et de l'entrée en vigueur des accords Suisse-UE. Cette opération peut donner lieu à des interprétations différentes des règles posées par les accords, ou à une modification du régime juridique interne dans lequel ils s'insèrent et qui est susceptible d'avoir des incidences sur leur application. De même, avec l'écoulement du temps, une règle posée par un accord peut apparaître comme insuffisante ou inadéquate pour régir la relation Suisse-UE. Bien que ces phénomènes juridiques soient prévisibles, il existe peu de règles (que l'on appellera règles du second degré) qui ont pour objet de régir l'application ou la modification des règles qui régissent directement le comportement notamment des personnes visées par les accords Suisse-UE (règles qui seront qualifiées de règles du premier degré)[61]. Ou alors ces règles du second degré sont peu contraignantes, elles n'exercent qu'une faible emprise sur les – futurs –

---

59 Voir en ce sens, Hélène GAUDIN, « Le temps et le droit communautaire : remarques introductives autour du droit positif », in *Les dynamiques du droit européen en début de siècle. Etudes en l'honneur de Jean-Claude GAUTRON*, Paris, Pedone, 2004, pp. 349-368.

60 L'objectif de l'accord de Porto est « *de favoriser un renforcement continu et équilibré des relations économiques et commerciales entre les parties contractantes, dans des conditions de concurrence égales et le respect des mêmes règles, en vue de créer un Espace économique européen homogène* » (article 1 de l'accord du 2 mai 1992 sur l'Espace économique européen, non souligné dans le texte).

61 Sur cette dichotomie, voir, *infra*, n°90 et n°108.

comportements des autorités juridictionnelles et politiques de la Suisse et de l'Union européenne. Le temps est ainsi essentiellement considéré comme un temps présent : le futur n'est qu'un « présent à venir » qui devra alors faire de nouveau l'objet d'une appréciation autonome et pragmatique au moment opportun.

36. Enfin, lorsque le temps est l'objet direct des règles posées par les accords, il est conditionné. Cette conditionnalité est très nette dans les accords bilatéraux de 1999, conclus pour une période initiale de sept ans[62]. En outre, ces accords prévoyaient qu'en cas de reconduction, ils seraient conclus pour une durée indéterminée « *à moins que la Communauté européenne ou la Suisse ne notifie le contraire à l'autre partie contractante, avant l'expiration de la période initiale* »[63]. En cas de non-reconduction, de reconduction limitée temporellement, ou de dénonciation de l'un des accords, l'ensemble des accords bilatéraux de 1999 cesse d'être applicable. La « période d'essai » des sept ans est aujourd'hui achevée, les accords ayant été reconduits. Ils rejoignent alors le régime d'une large part des accords, conclus pour une « *durée illimitée* »[64], ou – et le vocable est significatif – pour une « *durée indéterminée* »[65]. Or, lorsque cette durée illimitée ou indéterminée est expressément prévue, elle est en général suivie aussitôt – parfois dans la même phrase – d'une mention des conditions de dénonciation[66].

---

62 Article 25 de l'accord sur la libre circulation des personnes ; article 21, paragraphe 2, de l'accords sur la reconnaissance mutuelle des évaluations de conformité ; article 18, paragraphe 2, de l'accord sur les marchés publics ; article 17, paragraphe 2, de l'accord sur les produits agricoles ; article 36, paragraphe 2 de l'accord sur le transport aérien ; article 58, paragraphe 2, de l'accord sur les transports terrestres.

Cette condition résulte de la volonté de la Suisse de ne pas introduire une libre circulation des personnes dite « automatique ». En contrepartie, et pour limiter le risque de « détricotage » entre les accords, l'Union européenne a souhaité l'introduction d'une clause dite « guillotine » qui lie la vie juridique des accords. En vertu de cette clause, la non-reconduction ou l'extinction de l'un des accords entraîne celle des autres. Pour l'accord de coopération scientifique, sa dénonciation aurait entraîné également la cessation des autres accords. En revanche, et logiquement, une telle cessation des autres accords ne pouvait pas résulter de son extinction prévue au terme des programmes de recherches de l'Union européenne auxquels la Suisse participe.

63 Voir les dispositions citées dans la note précédente.

64 Article 15 de l'accord-cadre de coopération scientifique et technique du 8 janvier 1986 entre les Communautés européennes et la Confédération suisse, *RO 1986 183/ JO L 313 du 22.11.1985, p.6-8*.

65 Formule employée dans les accords bilatéraux de 1999 précités.

66 L'accord peut également prévoir un autre motif de cessation qui témoigne également d'une faible emprise sur le futur. Par exemple, l'accord du 11 décembre 2002 entre l'Union européenne et le gouvernement de la Confédération suisse [...] concernant la participation de la Suisse à la mission de police de l'Union européenne (MPUE) en Bosnie-et-Herzégovine (*JO L 239 du 25.9.2003, p. 14-16*) qui prévoyait qu'il resterait en vigueur « *tant que durera la contribution de la Suisse à la MPUE* » (article 8, paragraphe 2). Pour un exemple récent, voir l'article 9, paragraphe 3, de l'accord du 4 juillet 2014 entre l'Union européenne et la Confédération suisse concernant la participation de la Suisse à la mission de l'Union européenne d'assistance aux frontières en Libye (EUBAM Libye), (*JO L 205 du 12.7.2014, p.3-6*).

37. La relation Suisse-UE s'inscrit donc dans une conception très prudente du futur, qui tranche incontestablement avec la construction de l'Union européenne qui jusqu'au traité de Lisbonne, alimentait des doutes sur la possibilité de retrait des Etats membres. Pour autant, en pratique, la relation entre l'Union européenne et la Suisse s'est inscrite dans la durée.

B) L'insertion du droit dans la durée

38. Les règles de la relation Suisse-UE s'inscrivent dans la durée. Si l'on conçoit en premier lieu la durée comme un espace temporel entre deux termes, on remarque que certaines règles sont enserrées dans des délais, en particulier les dispositions des accords qui prévoient la participation de la Suisse à des programmes de l'Union européenne[67].

39. L'on peut ensuite concevoir la durée comme un espace temporel de succession d'instantanés : que le temps soit ou non régi par le droit, le droit se déploie dans le temps. De nouvelles règles sont régulièrement adoptées, pour renouveler la participation de la Suisse à des programmes de l'UE[68], pour assurer la participation de la Suisse à de nouvelles opérations de l'UE[69], et plus largement pour étendre le champ de la coopération établie entre l'Union européenne et la Suisse[70]. En outre, tant qu'elle est en vigueur, une même règle donne lieu à autant d'utilisations que de situations dans lesquelles elle est invoquée : ainsi le droit d'exercer une activité salariée en Suisse ou dans un Etat de l'UE, posé par l'ALCP, produit des effets chaque fois qu'un ressortissant de la Suisse ou de

---

67 Voir par exemple l'accord du 26 octobre 2004 entre la Communauté européenne et la Confédération suisse dans le domaine de l'audiovisuel, établissant les termes et conditions pour la participation de la Confédération suisse aux programmes communautaires MEDIA Plus et MEDIA Formation, *RO 2006 1041 / JO L 90 du 28.3.2006, p. 23-34*. [entré en vigueur le 01.04.2006, abrogé le 31.12.2006].

68 A titre d'exemple en matière audiovisuelle : accord du 26 octobre 2004 entre la Communauté européenne et la Confédération suisse dans le domaine de l'audiovisuel, établissant les termes et conditions pour la participation de la Confédération suisse aux programmes communautaires MEDIA Plus et MEDIA Formation (*RO 2006 1041 / JO L 90 du 28.3.2006, p. 23-34*) ; accord du 11 octobre 2007 entre la Communauté européenne et la Confédération suisse dans le domaine de l'audiovisuel, établissant les termes et conditions pour la participation de la Confédération suisse au programme communautaire MEDIA 2007 (*RO 2007 6953 / JO L 303 du 21.11.2007, p. 11–23*)

69 Voir par exemple l'accord du 11 décembre 2002 concernant la participation de la Suisse à la mission de police de l'Union européenne en Bosnie-et-Herzégovine précité ; l'accord du 14 juillet 2004 relatif à la participation de la Suisse à la mission de police de l'Union européenne dans l'ancienne République yougoslave de Macédoine (EUPOL « Proxima ») (*JO L 354 du 30.11.2004, p.78-80*) ; l'accord du 22 décembre 2005 concernant la participation de la Confédération suisse à la mission de surveillance de l'Union européenne à ACEH (Indonésie) (Mission de surveillance à ACEH-MSA) (*JO L 349 du 31.12.2005, p.31-34*).

70 Par exemple avec l'accord de coopération du 18 décembre 2013 entre la Confédération suisse d'une part, l'Union européenne et ses États membres d'autre part, relatif aux programmes européens de navigation par satellite, *RO 2014 299 / JO L 15 du 20.1.2014, p.3-17*.

l'Union européenne en tire bénéfice. Ces applications d'une même règle, successives bien qu'isolées entre elles, peuvent ainsi être lues dans la durée.

40. Enfin, on peut considérer ces applications de règles non pas comme isolées, mais liées entre elles, dans une durée conçue cette fois comme un « *milieu temporel dans lequel le droit se situe* »[71]. C'est ici l'idée que la chronologie a une incidence sur les règles qui se suivent, que ce rapport entre les règles soit lui-même défini par des règles (qu'il s'agisse d'un temps juridique) ou non. La participation de la Suisse à un nouveau programme de l'UE est en pratique d'autant plus facile et d'autant plus attendue, que la Suisse participait déjà au programme précédent de l'Union européenne. En ce sens, la participation de la Suisse au programme Horizon 2020, huitième programme-cadre de recherche scientifique de l'UE, est envisagée en considération de l'accord précédant, qui a jeté les fondements de la collaboration dans ce domaine. Dans l'exemple de la coopération scientifique, c'est même à plusieurs programmes-cadres successifs que la Suisse a été associée, et l'on comprend d'autant plus la volonté de la Suisse et de l'UE d'assurer les conditions de participation au nouveau programme[72]. Toujours dans cette logique de liens entre les règles dans la durée, on soulignera que certains accords comportent une clause de « stand still » ou encore des dispositions qui s'inscrivent dans une logique de « droits acquis »[73], qui prennent en compte les situations juridiques antérieurement formées.

41. Par conséquent, le droit de la relation Suisse-UE s'inscrit dans la durée, ne serait-ce parce qu'elle subit l'effet de l'écoulement du temps. La relation juridique de la Suisse avec l'Union européenne, si l'on inclut la relation établie avec les premières Communautés, a alors plus de soixante ans. Or, cet écoulement du temps a des conséquences sur un autre aspect du droit au temps. Plus exactement, c'est la perception de cet écoulement du temps, la perception par l'Union européenne et par la Suisse de la durée conçue comme

---

71 Marie CRESP, *Le temps juridique en droit privé. Essai d'une théorie générale*, Aix-en-Provence, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 2013, 462 p. (version dact., p.14, pt 4).

72 En réaction au vote de l'initiative populaire « Contre l'immigration de masse » du 9 février 2014, la Commission européenne a décidé de suspendre les négociations relatives à l'association de la Suisse à Horizon 2020 (alors que prenait fin le 7ème programme-cadre européen en 2013). Toutefois, un accord provisoire conclu entre la Suisse et l'UE, lui permet de bénéficier d'une association partielle à Horizon 2020 jusqu'à fin 2016. Elle reste cependant exclut de deux des cinq « piliers » du programme et ne bénéficie donc pas des fonds d'encouragement correspondants.

73 Selon l'article 23 de l'ALCP : *« En cas de dénonciation ou de non reconduction, les droits acquis par les particuliers ne sont pas touchés »*.

« *l'en-train-de-se-faire* »[74], qui pose la question de la nature et de la direction de cette construction.

C) Le temps de l'ordre

42. Non seulement les règles de la relation Suisse-UE ont produit leurs effets en s'inscrivant dans l'écoulement du temps, mais c'est aujourd'hui peut-être le temps qui a produit ses effets sur les règles. L'écoulement de ce temps, prolongé sur des dizaines d'années, a conduit l'Union européenne et la Suisse à percevoir leur relation dans le temps. C'est ici le temps « *ressenti-subjectif* » qui s'oppose au temps « *physique-objectif* »[75], qui pose la question de l'ordre dans lequel se déploie le droit et qui explique l'ouverture de négociations sur des questions institutionnelles (1). L'avènement de ces réflexions conduit à se demander si aujourd'hui, la relation Suisse-UE n'est pas parvenue à un tournant tel que cette période marquerait un « temps-rupture » (2). La projection assumée dans un futur commun pose en outre la question de la place de la politique pour assurer le développement ordonné de la relation Suisse-UE (3).

1. L'ordre temporel

43. Ce n'est pas simplement l'ordre chronologique qui est en cause ici. C'est, bien plus, l'ordonnancement rationnel des règles entre elles, de leur application et de leur modification. C'est l'ordre de la relation Suisse-UE qui est posé, parce que le « pointillisme juridique » précédemment évoqué commence à former une image qui est désormais appréhendée directement. Et cette recherche de l'ordre temporel se fait à la fois par une *systématisation passéiste*, et une *projection dans le futur*.

44. Du point de vue de la Suisse, cette recherche de l'ordre se fait d'abord par un « regard en arrière » : de la succession des accords bilatéraux, elle en a reconstitué un ordonnancement, une systématisation. C'est une « *voie* » bilatérale qu'elle considère mener

---

[74] Jean COMBACAU, « L'écoulement du temps », in *Le droit international et le temps*, actes du XXXIVème colloque de Paris organisé par la SFDI les 25, 26 et 27 mai 2000, Paris, Pedone, 2001, 282 p., pp.77-107.

[75] François OST, « Conclusions générales : le temps, la justice et le droit », in S. GABORIAU, H. PAULIAT (dir.), *Le temps, la justice et le droit*, Limoges, Presses universitaires de Limoges, 2004, pp.357-369, spéc. p. 359 ; Joe VERHOEVEN, « Les conceptions et les implications du temps en droit international », *op.cit.*, p.12. En philosophie on se reportera notamment aux travaux de Henri BERGSON, *Essai sur les données immédiates de la consciences* (1889), Paris, PUF, 2007, 9ème éd. Et *Durée et simultanéité* (1922), Paris, PUF, 2007, 3ème édition ; André JACOB (dir.), *Encyclopédie philosophique universelle*, vol. II les notions philosophiques, Paris, PUF, 1998, p.2570.

avec l'Union européenne. Cette systématisation d'une relation qui s'est établie de manière pragmatique correspond à la perception d'une certaine stabilité acquise par le recours prolongé dans le temps à des accords pourtant établis avec une emprise minimale sur le temps. Et c'est cette (re)constitution d'un ordre passéiste que la Suisse veut projeter dans le futur en développant, avec l'Union européenne, ce qu'elle considère être la voie de leur relation. Elle souhaite ainsi poursuivre la voie bilatérale, en mettant à jour les accords existants, en concluant de nouveaux accords, et en établissant de nouvelles règles dites institutionnelles.

45. Presque au même moment, cette (re)constitution de l'ordre de la relation établie avec la Suisse, conduit l'Union européenne à vouloir poursuivre sa relation avec la Suisse, mais en introduisant pour le futur des règles qui établissent un nouvel ordre et qui ont précisément pour fonction de régir plus directement le futur. L'Union européenne a ainsi elle aussi souhaité mener des négociations sur les questions dites institutionnelles. Les premières règles établies, essentiellement des « *règles dans le jeu* »[76], n'apparaissent ainsi plus suffisantes pour l'Union européenne qui souhaite développer « *les règles du jeu* »[77], celles qui définissent l'ordre dans lequel doivent se déployer les premières.

46. Or, ces – hypothétiques – règles qui pourraient avoir une emprise plus forte sur le futur de la relation Suisse-UE posent à leur tour deux questions sur leur rapport au temps et au droit.

2. *Un temps-rupture ?*

47. Les négociations en cours entre la Suisse et l'Union européenne sur des questions dites institutionnelles constituent une étape importante dans le développement de cette relation juridique. Ces négociations n'ont pas encore abouti à l'établissement de nouvelles règles ; peut-être même qu'aucun accord ne sera trouvé sur ces règles. Mais elles marquent une volonté de changement concordante de la part de l'Union européenne et de la Suisse, et cette volonté de changement est celle d'une prévisibilité sur le futur « commun ».

---

[76] Jean COMBACAU, « Le droit international : bric-à-brac ou système ? », *A.P.D.*, t. 31 « le système juridique », 1986, pp.85-105.

[77] *Ibid.*

48. Ce changement – même simplement voulu, même à ce stade hypothétique – traduit-il une simple évolution, résultat d'un lent écoulement du temps qui conduit presque naturellement à une sophistication douce du « commun » construit depuis plusieurs années entre la Suisse et l'Union européenne ? Ou bien est-ce davantage un véritable saut qualitatif, qui se réalise à un moment qui pourrait alors correspondre au temps « *prométhéen* » qui pour François OST caractérise les grandes révolutions, temps qui oppose à la « *continuité du temps qui s'écoule et qui s'use* »[78], « *la force de l'instant créateur* »[79] ?

49. On peut en particulier se demander si la relation entre l'Union européenne et la Suisse se trouve à un tournant comparable à celui amorcé entre la Communauté européenne et les Etats de l'AELE au milieu des années 1980. Dans la Déclaration du Luxembourg de 1984, les Etats de l'AELE, la CEE et ses Etats membres s'étaient engagés à approfondir leur relation, mais « *le pragmatisme inspirant le "processus de Luxembourg" [n'allait pas tarder] à montrer ses limites au regard de l'objectif commun poursuivi* »[80]. C'est alors la « Déclaration Delors » de 1989 qui introduit l'idée d'un saut qualitatif ayant conduit à l'institution de l'Espace économique européen.

50. Pour comprendre ce temps actuel de la relation Suisse-UE, et déterminer s'il s'agit d'un temps « prométhéen », on ne peut s'en tenir « *à la seule pointe de cet instant* »[81] : il faut regarder à la fois en aval, mais aussi en amont de ce temps. Le temps de l'aval ne nous est pas connu, et l'on ne peut que regarder en amont si l'on retrouve un mouvement, une force qui s'accumule pendant un temps long et qui, « *à l'instar d'un ressort longtemps comprimé, se libère* »[82]. L'inscription de la relation entre la Suisse et l'Union européenne dans la durée ne doit ainsi pas simplement être lue comme un vecteur d'ordre, de recherche de systématisation de la société. Il faut bien plus comprendre le sens, les mouvements de fond de cette relation dans la durée pour comprendre la relation Suisse-UE en 2014 parce que « *le discontinu ne s'enlève que sur fond de continu ; la néguentropie*

---

78 François OST, « L'instantané ou l'institué ? L'institué ou l'instituant ? Le droit a-t-il pour vocation de durer ? », in *François OST/ Mark VAN HOECKE (dir.), Temps et droit : le droit a-t-il pour vocation de durer ? Time and law : is it the nature of law to last ?*, Bruxelles, Bruylant, 1998, pp.7-14, spéc. p.8.

79 *Ibid.*

80 Josiane AUVRET-FINCK, « Espace économique européen », *Répertoire de droit européen*, 2003, pt 7.

81 *Ibid.* p.9.

82 *Ibid.* p.9.

créatrice ne se comprend que par contraste avec la loi générale d'entropie »[83]. C'est dans le sens du mouvement de la relation Suisse-UE que l'on peut parvenir à comprendre la nature à laquelle elle est aujourd'hui parvenue.

51. Par ailleurs, la recherche de l'ordonnancement de la relation Suisse-UE se fait nécessairement dans une appréhension du futur commun, qui pose la question de la place de la « politique » dans un ensemble – qui a des fondements sociaux – qui se projette dans l'avenir.

3. *Le temps politique*

52. Cette question se pose « au stade » des questions institutionnelles : si les négociations en cours aboutissent, elles auront même implicitement intégré une dimension politique dans la façon dont les dispositions institutionnelles régiront le futur commun entre l'Union européenne et la Suisse. De la même manière que les dispositions institutionnelles de l'EEE emportaient nécessairement une vision politique commune entre les Etats de l'AELE, l'Union européenne et ses Etats membres, de nouvelles dispositions institutionnelles entre la Suisse et l'Union européenne traduiraient aussi une conception politique de l'organisation de l'ensemble projeté dans un futur.

53. Mais la question du politique se retrouve aussi dans la place que les dispositions institutionnelles accorderont à cette dimension. En d'autres termes, les hypothétiques nouvelles règles institutionnelles peuvent établir un cadre plus ou moins politique pour le déploiement dans la durée de la relation Suisse-UE. La question d'un cadre de représentation parlementaire commun a par exemple été évoquée par les parlementaires suisses et européens, ne serait-ce que sous la forme de réunions institutionnalisées[84]. On est encore loin d'une véritable assemblée commune de l'ensemble Suisse-UE, ayant des compétences décisionnelles à l'égard de la relation Suisse-UE, et cela se comprend au regard du second aspect de la relation Suisse-UE.

---

83 *Ibid.* p.9. La « néguentropie » est l' « *évolution d'un système qui présente un degré croissant d'organisation* » (Dictionnaire du Centre National de Ressources Textuelles et Lexicales : http://www.cnrtl.fr).

84 Déclaration commune de la Délégation de l'Assemblée fédérale chargée des relations avec le Parlement européen et de la Délégation du Parlement européen pour les relations avec la Suisse, établie lors de la 31ème rencontre interparlementaire entre la Suisse et l'Union européenne des 16 et 17 juillet 2012 à Berne.

54. En effet, si le politique a vraisemblablement une place dans la relation Suisse-UE qui cherche une rationalisation d'un futur commun, les modalités de définition de cette place sont particulièrement compliquées, dès lors que le commun de la relation Suisse-UE est fortement imbriqué avec le commun de l'Union européenne.

II. Le commun dans la relation Suisse-UE

55. Dès le début de la construction communautaire, la Suisse est un Etat voisin de trois des membres fondateurs des Communautés. Elle partage avec les Etats membres et leurs peuples un certain nombre de valeurs et liens culturels, linguistiques, économiques qui auraient pu inciter à approfondir les liens par l'intégration dans une communauté[85]. On peut ainsi s'attendre à voir émerger le phénomène souligné par Pierre-Yves MONJAL, selon lequel la reconnaissance et le partage d'éléments semblables conduisent à la constitution de communautés[86]. Ce développement se réalise, mais selon des modalités autres que celles que les Etats membres de l'Union européenne ont choisies (A). Pour autant, il entretient un rapport étroit avec le « commun » établi au sein de l'Union européenne[87], et c'est ce lien qui favorise à la fois la progression, mais aussi la tension de la relation Suisse-UE parce qu'il met constamment en cause l'autonomie de chacune des parties à la relation (B).

A) Un commun autre que celui des Etats membres de l'UE

56. La relation entre l'Union européenne et la Suisse s'établit entre deux entités autonomes l'une par rapport à l'autre, et de nature différente (1). Compte tenu des nombreux liens établis, leurs rapports sont aujourd'hui étroits (2).

---

85 Selon le préambule de l'AELE, les Etats s'*« attachent à maintenir les relations privilégiées entre les Etats membres et à faciliter la poursuite de bonnes relations que chacun d'entre eux entretient avec l'Union européenne, en raison de leur proximité géographique, de leurs valeurs communes de longue date et de leur identité européenne ».*

86 Pierre-Yves MONJAL, « A la recherche d'une notion perdue : le "commun" », in P.-Y. MONJAL, E. NEFRAMI (dir.), *Le commun dans l'Union européenne*, Bruxelles, Bruylant, 2009, pp.7-31, spéc. p.17.

87 Olivier BEAUD, « Ouverture : L'Europe entre droit commun et droit communautaire », *Droits : revue française de théorie, de philosophie et de culture juridiques*, 1991, n°14, pp.3-16.

1. *Un commun entre deux entités différentes*

57. La relation Suisse-UE met en rapport deux entités autonomes de nature différentes, ce qui explique les particularités de cette relation, y compris en ce qu'elle met en cause l'identité de chacune.

58. L'Union européenne d'abord, peut être vue comme un système juridique[88] dont les règles sont susceptibles « d'emprunts ». L'« *influence normative de l'UE à l'extérieur* »[89] est un phénomène marquant que l'on retrouve, avec une certaine intensité dans la relation Suisse-UE. Le droit de l'UE constitue en effet le fondement matériel des dispositions des accords Suisse-UE ou des législations suisses. Mais ce système repose aussi sur un principe cardinal, celui de l'autonomie de l'ordre juridique de l'Union européenne, auquel la Cour de justice veille dans le cadre des relations extérieures de l'Union européenne[90]. L'établissement d'un commun entre la Suisse et l'Union européenne ne doit ainsi pas porter atteinte à l'autonomie de l'ordre juridique de l'Union européenne.

59. En outre, et que l'on insiste sur sa qualité d'organisation internationale[91] ou sa dimension fédérative[92], l'Union européenne est fondamentalement une entité composée d'Etats membres. La relation entre la Suisse et l'Union européenne met ainsi également en cause la relation de la Suisse avec tout ou partie des Etats membres de l'Union. La répartition des compétences entre les Etats et l'Union européenne détermine le type d'accords conclus avec la Suisse. De même, l'élargissement de l'Union européenne à de

---

88 Denys SIMON, *Le système juridique communautaire*, Paris, PUF, 2001, 3ème éd., 779 p.

89 Myriam BENLOLO-CARABOT, « L'influence extérieure de l'Union européenne », in M. BENLOLO-CARABOT, U. CANDAS, E. CUJO (dir.), *Union européenne et droit international. En l'honneur de Patrick DAILLIER*, Paris, Pedone, 2012, pp.61-91, spéc. pp.76 et s. Voir également les travaux de thèse d' Ulas CANDAS, *Les relations extérieures, instrument d'une projection de l'acquis de l'Union européenne sur le plan international*, Droit communautaire, Paris X, 2008, 807 p. et Christine KADDOUS, *Le droit des relations extérieures dans la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes*, *op.cit.*, pp.449 et s.

90 A cet égard, on soulignera qu'à l'exception de l'accord signé avec la Suisse en matière de navigation intérieure ayant donné lieu à l'avis 1/76 (CJCE, 26 avril 1977, *Projet d'accord relatif à l'institution d'un Fonds européen d'immobilisation de la navigation intérieure*, avis 1/76, *Rec.* 1977, p.741), la Cour de justice n'a pas été amenée à se prononcer sur la compatibilité des accords Suisse-UE avec l'autonomie de l'ordre juridique de l'Union européenne. C'est donc au regard notamment de l'avis 1/91 (CJCE, 14 décembre 1991, *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 1/91, *Rec.* 1991, p. I-06079) que l'on s'interrogera sur cette compatibilité.

91 Voir par exemple l'article de Denys SIMON et Anne RIGAUX, « Les Communautés et l'Union européenne comme organisations internationales », in E. LAGRANGE, J.-M. SOREL (dir.), *Droit des organisations internationales*, Issy-les-Moulineaux, LGDJ, 2013, pp. 114-141.

92 Voir en particulier les travaux d'Olivier BEAUD, notamment *Théorie de la Fédération*, Paris, PUF, 2009, 2ème éd., 456 p. ; et O. BEAUD, « Fédéralisme et souveraineté. Notes pour une théorie constitutionnelle de la fédération », *RDP*, 1998, n°1, p. 83.

nouveaux Etats, peut par exemple conduire à de nouvelles règles telles que la participation de la Suisse à la réduction des disparités économiques et sociales dans l'Union européenne, ou plus classiquement à l'extension du champ d'application des accords. En effet, les accords conclus par l'Union européenne avec la Suisse s'appliquent aux Etats membres de l'Union européenne. Enfin, la relation Suisse-UE implique également un « niveau étatique » dans la mesure où les accords Suisse-UE sont en large partie fondés sur le droit applicable aux Etats membres.

60. Enfin, et sans exhaustivité sur la nature de l'Union européenne, le fait qu'elle soit également une construction économique et politique, a aussi une incidence dans sa relation avec la Suisse. L'enclavement de celle-ci dans le marché intérieur de l'Union européenne suscite par exemple un intérêt de part et d'autre, à l'approfondissement de leur relation. Mais en même temps, c'est pour éviter un risque de « dilution » du marché commun qu'avaient échoué les négociations de 1957 relatives à l'établissement d'une zone de libre-échange CEE-AELE. Quant à la dimension politique de l'Union européenne, elle contribue probablement à expliquer la réticence de la Suisse à adhérer à l'Union.

61. En effet, la Suisse pourrait être un Etat membre de l'Union européenne : elle est, pour reprendre la formule de Cécile RAPOPORT, un « *Etat membre potentiel* »[93]. Elle répond au critère d'européanité géographique, ainsi qu'aux critères politiques et économiques fixés par le Conseil européen de Copenhague[94]. Il resterait pour l'Union européenne à déterminer sa capacité à assimiler la Suisse en tant que nouvel Etat membre, tout en maintenant l'élan de l'intégration. Mais de manière générale, la non-adhésion de la Suisse n'apparaît pas comme une situation expliquée par une difficulté ou réticence du point de vue de l'Union européenne.

62. C'est alors dans les particularités de la Suisse que l'on cherche à expliquer la position générale d'extériorité qui caractérise sa relation à l'Union européenne : elle est un tiers. Certaines de ces spécificités sont économiques : si la Suisse est enclavée dans le marché intérieur de l'Union européenne, son économie est également très ouverte aux pays

---

93 Cécile RAPOPORT, *Les partenariats entre l'Union européenne et les Etats tiers européens - Étude de la contribution de l'Union européenne à la structuration juridique de l'espace européen,* Bruxelles, Bruylant, 2011, 809 p., spéc. p.52, §86.

94 Conseil européen de Copenhague, Conclusions de la présidence, 21 et 22 juin 1993, *Bull. CE* 6-1993, pt. I.13.

extra-européens. L'activité des secteurs financiers et l'activité du secteur bancaire bénéficient en particulier du régime du « secret bancaire », même si la Suisse est amenée à coopérer de plus en plus avec les autorités fiscales des Etats européens, et des Etats-Unis[95]. La Confédération suisse est un Etat neutre, qui repose sur une structure fédérale et fonctionne selon un système de démocratie semi-directe[96]. Or, l'adhésion à l'Union européenne est susceptible de mettre en cause certaines de ces caractéristiques. L'exercice des compétences des cantons et demi-cantons ou l'exercice des droits populaires fédéraux devraient notamment satisfaire aux exigences de primauté du droit de l'Union européenne, tandis que la neutralité devrait être conciliée avec les compétences de l'Union européenne en matière de politique commerciale ou dans le domaine de la politique étrangère et de sécurité commune. Ces caractéristiques constitutionnelles sont fortement liées à l'identité de cet Etat de superficie réduite – sans être pour autant classé dans les micro-Etats – et construit progressivement par la réunion entre des cantons différents – ne serait-ce que du point de vue économique ou linguistique. La relation de la Suisse à l'Union européenne pose ainsi avec une acuité particulière la question de l'identité de la Suisse, d'autant plus dans une perspective d'adhésion.

63. Pour autant, l'adhésion à l'Union européenne n'est pas exclue : une demande a été déposée en 1992 et, plus de vingt ans après ce refus, le statut de la demande est ambigu. Elle est officiellement toujours existante ; si une initiative populaire visant à en bloquer les effets a été rejetée[97], de l'autre côté l'initiative en faveur du lancement des négociations a également été rejetée[98]. L'adhésion fait partie des options théoriques de politique européenne identifiées par le Conseil fédéral[99]. Le commun entre la Suisse et l'Union

---

95 Pour une analyse à la fois transversale et approfondie des problèmes économiques, sociaux et politiques de la relation Suisse-UE, voir Clive H. CHURCH, (dir.), *Switzerland and the European Union: a close, contradictory and misunderstood relationship*, London, Routledge, 2007, 263 p.

96 M. DUMOULIN, G. DUCHENNE (dir.), *Les petits Etats et la construction européenne*, actes de la VIIe Chaire Glaverbel, Bruxelles, PIE-Peter Lang, 2002, pp.345-396.

97 Initiative « Négociations d'adhésion à l'UE: que le peuple décide! » aboutie le 7 juin 1994, rejetée par votation du 8 juin 1997 (votation n°434).

98 Initiative populaire fédérale « Oui à l'Europe! », aboutie le 14 février 1997, rejetée par votation du 4 mars 2001 (votation n°474).

99 Rapport Europe 2006 du Conseil fédéral du 28 juin 2006, *FF 2006, n°35, pp.6461-6622*, spéc. p.6476, pt 2.3.1. Les instruments de la politique européenne de la Suisse (dont certains peuvent se combiner) sont : l'*adaptation autonome* du droit suisse sur le droit de l'UE, la gestion et la *mise à jour des accords bilatéraux existants* ; la conclusion d'*accords dans de nouveaux domaines* ; l'établissement d'une *union douanière* ; l'amélioration du cadre institutionnel existant notamment par un *accord-cadre* ; l'établissement d'une véritable *association bilatérale* qui renforce le dialogue politique et serve de plate-forme pour le développement des relations futures ; l'adhésion à

se construit ainsi sur fond d'un rapport d'extériorité de la Suisse à l'Union, qui se définit non sans ambages : la Confédération n'est pas membre alors qu'elle pourrait l'être, et n'exclut pas de l'être sans que ce ne soit un objectif.

64. L'établissement d'un commun entre la Suisse et l'Union européenne est ainsi profondément déterminé par les natures constitutionnelles de ces deux entités d'une part, et par l'ambiguïté sur le caractère provisoire ou non du commun construit par la voie bilatérale d'autre part.

2. *Un commun important construit par une voie bilatérale*

65. La voie bilatérale a permis à la Suisse, qui « *vit une communauté de destin avec ses voisins européens* », d'assurer « *la sauvegarde et le développement de relations étroites et privilégiées avec l'UE, essentielles à la stabilité politique et économique* »[100]. Les différents accords sectoriels et les législations suisses ont permis d'établir un « espace normatif commun » entre l'Union européenne (et ses Etats membres) et la Suisse. Une juxtaposition des différents accords donne un aperçu de l'ampleur du champ matériel de ce commun. Ce commun est en outre appelé à se développer, au regard des négociations en cours sur de nouveaux domaines sectoriels et sur des questions institutionnelles. La mise en place de ce commun, dont on a vu qu'il s'établit sur fond d'une certaine ambiguïté, se réalise néanmoins depuis une soixantaine d'années, et amène à s'interroger sur sa nature.

66. En particulier, si l'on reprend l'analyse de Pierre-Yves MONJAL sur le commun, on peut déjà se poser une question : celle de savoir si cet approfondissement du commun a donné lieu à un dépassement des intérêts collectifs de la Suisse, de l'UE et ses Etats membres. L'objet principal de la thèse sera ainsi de savoir s'il existe un commun Suisse-UE-Etats membres qui se caractérise par une objectivité suffisante pour constituer une entité nouvelle.

67. Or, la réponse à cette question ne peut que tenir compte d'une caractéristique essentielle de ce commun : distinct de celui des Etats membres, ce commun s'établit en prenant celui des Etats membres comme référentiel.

---

l'EEE ; l'*adhésion différenciée* et enfin l'*adhésion*. Voir également le rapport du Conseil fédéral du 17 septembre 2010 sur l'évaluation de la politique européenne de la Suisse, *FF 2010, n°43, pp.6615-6718*.

[100] Rapport Europe 2006 *op.cit.*, p.6474, pt 2.2.

B) *Un commun sur celui des Etats membres de l'UE*

68. L'approfondissement de la relation entre la Suisse et l'Union européenne (et ses Etats membres) s'est réalisé dans le sens de l'Union européenne. Les accords conclus sont généralement basés sur le droit de l'Union européenne et les législations suisses considérées sont adaptées au droit de l'Union européenne. La relation Suisse-UE est ainsi une relation qui rapproche la Suisse des Etats membres de l'Union européenne et du statut d'Etat membre de l'Union européenne, ce qui conduit à soulever trois remarques.

1. *La question incidente de la frontière entre Etat membre et Etat tiers*

69. L'application par la Suisse de règles basées sur le droit de l'UE pose la question de la frontière entre l'Etat membre et l'Etat tiers à ou de l'Union européenne[101], et rejoint partiellement les réflexions sur la différenciation et plus exactement sur l'intégration différenciée[102]. Ces questions seront également abordées dans cette étude. Mais elles ne le seront qu'à titre incident ; uniquement dans la mesure où l'utilisation de l'Union comme référentiel, influence le « mouvement de fond » de cette relation dans la durée. Ce n'est donc pas la question de la frontière entre Etat membre et Etat tiers qui sera étudiée ici, mais celle de l'incidence de ce mouvement de réduction de cette frontière pour la relation Suisse-UE. Dès lors que le sens de ce mouvement se réalise vers l'Union, se posent deux autres questions dont seule l'une d'entre elles peut recevoir des pistes de réponse.

2. *La question centrale de l'articulation entre le commun de l'UE et le commun Suisse-UE*

70. Puisque le commun de la relation Suisse-UE se construit en prenant le référentiel du commun établi au sein de l'Union européenne, il faut essayer de cerner ce phénomène juridique. On cherchera à comprendre les techniques juridiques employées pour mettre en place un tel rattachement au droit de l'Union européenne. Selon les techniques employées,

---

101 Isabelle BOSSE-PLATIERE, Cécile RAPOPORT (dir.), *L'État tiers en droit de l'Union européenne,* actes du colloque de Rennes des 21 et 22 juin 2012, Bruxelles, Bruylant, 2014, 501 p.

102 Christine GUILLARD, *L'intégration différenciée dans l'Union européenne*, Bruxelles, Bruylant, 2006, 619 p. Pour une actualité sur les recours introduits par le Royaume-Uni, mettant en cause les fondements des décisions établissant la position de l'UE au sein des comités mixtes EEE, Suisse-UE, et UE-Turquie, voir Catherine FLAESCH-MOUGIN, Cécile RAPOPORT, « L'Union européenne confrontée à la gestion de la différenciation dans son action extérieure », *R.T.D.E*, 2014, n°1, pp.180-183.

« l'arrimage »[103] sur le droit de l'Union européenne peut être plus ou moins fort. On essaiera également de préciser les causes de ce rattachement, lesquelles apparaissent intuitivement liées à l'enclavement de la Suisse au sein de l'Union européenne. On pourra ainsi identifier le sens d'influence des différentes contraintes factuelles qui déterminent ce rattachement, mais également l'action des divers aspects de la construction de l'Union européenne ou du droit de la Confédération suisse, pour cerner leur influence sur les volontés de la Suisse et de l'Union européenne d'établir une relation fondée sur le droit de l'UE. Il faut encore en regarder les manifestations dans le temps. Une fois conclu, l'accord établi sur le droit de l'UE suit-il une application et une modification qui correspondent à celles reçues pour le droit de l'UE de base au sein de l'UE ? Si oui, cette évolution juridique est-elle le résultat de l'application de règles ayant une emprise sur le futur ? Dans le cas contraire, comment peut-on expliquer une telle évolution et que signifie-t-elle pour la relation Suisse-UE ?

71. En effet, la question de savoir si la relation établie entre l'Union européenne et la Suisse a acquis une certaine part d'objectivité, implique de comprendre l'incidence de l'utilisation de l'Union européenne comme « référentiel » de cette relation. On essaiera ainsi non seulement de déterminer l'autonomie acquise par le commun formé entre la Suisse et l'Union européenne, mais également d'envisager l'autonomie possible de cette relation. Cette mise en perspective du commun Suisse-UE avec le commun UE, éclaire en premier lieu les tensions évoquées dans la relation Suisse-UE. En effet, ce lien pose la question de la part et la nature des choix possibles dans cette relation, sachant qu'elle doit être conciliée avec les autonomies respectives de la Suisse et de l'Union européenne. Cette question, appréhendée dans sa dimension temporelle, est en réalité celle de la liberté exercée par la Suisse et par l'Union européenne dans leur relation commune. La question est trop vaste pour être traitée dans cette étude ; mais l'on peut néanmoins tenter d'en « situer les lieux », de préciser dans quelle mesure la question de la liberté se pose dans la relation Suisse-UE. Cette étude du rapport « de fond » entre le commun Suisse-UE et le commun de l'UE laisse en second lieu apparaître des limites intrinsèques à

---

[103] Le terme est emprunté à Cécile RAPOPORT, *Les partenariats entre l'Union européenne et les Etats tiers européens - Étude de la contribution de l'Union européenne à la structuration juridique de l'espace européen,* Bruxelles, Bruylant, 2011, 809 p.

l'autonomisation du commun Suisse-UE, c'est-à-dire les limites du développement institutionnel par la voie bilatérale.

72. Se pose ainsi sous un nouvel angle la question de l'adhésion de la Suisse à l'Union européenne, mais cette question ne peut faire l'objet d'aucune prédiction.

3. *La question sous-jacente de l'adhésion comme point d'arrivée du rapprochement sur le statut d'Etat membre*

73. Le rapprochement du droit auquel se soumet la Suisse, sur le droit applicable aux Etats membres de l'Union européenne, faciliterait juridiquement une adhésion puisque la reprise de l'acquis de l'Union européenne serait d'autant plus facile. A cet égard, Cécile RAPOPORT souligne que la Suisse (ainsi que les autres Etats de l'AELE) a « *atteint avec l'UE un niveau d'intégration juridique sans précédent, qui* [lui] *permettrait de satisfaire dans un délai relativement bref aux critères d'adhésion* »[104].

74. Mais l'on ne peut prédire la suite du mouvement. On peut mettre en évidence le sens du rapprochement, la nature des éléments qui tendent à ce rapprochement. On peut encore préciser les tensions existantes entre ce rapprochement, l'éventuelle autonomie acquise par le commun de la relation Suisse-UE, et l'incidence pour l'autonomie de la Suisse et celle de l'Union européenne. Ces tensions s'expliquent par l'influence d'éléments qui seront qualifiés d'objectifs : l'enclavement de la Suisse dans l'Union européenne, les effets du droit de l'Union européenne, les exigences constitutionnelles d'autonomie, sont autant d'éléments factuels ou légaux qui déterminent la relation Suisse-UE. Ces tensions devront encore être regardées sous l'angle de l'objectivisme qui caractérise une entité comme autonome en ce qu'elle revêt une réalité objective. L'incidence de la relation Suisse-UE à l'égard de l'autonomie qu'elle laisse à la Suisse et à l'Union européenne, et son effet dans la mise en place potentielle d'un commun autonome sont autant de questions centrales qui mettent en cause la notion d'objectivisme. Mais l'étude de l'objectivisme ne peut réduire la part incompressible du subjectivisme de la Suisse et de l'Union européenne.

---

[104] Cécile RAPOPORT, *Les partenariats entre l'Union européenne et les Etats tiers européens*, *op.cit.* p.77, §121 (voir également p.52, §86 où l'auteur souligne qu'une adhésion serait « *relativement aisée* », compte tenu du développement économique, de sa qualité d'Etat démocratique et du nombre important de normes qu'elle a en commun avec les Etats de l'Union européenne).

75. Et dans ce subjectivisme, sensible à la dimension volontariste de la relation, certains éléments sont difficiles à appréhender pour la science juridique : le choix des peuples et dirigeants, leur liberté politique s'exerce non seulement au regard de données objectives, mais aussi au regard d'éléments psychologiques qu'une étude juridique peinerait à deviner, fusse-t-elle conçue largement. Ainsi, même en achevant l'analyse avec une conception large du droit, notamment celle de Maurice HAURIOU, on ne peut que cerner ce qu'est la relation au regard des éléments objectifs et subjectifs existants, et identifier les limites de cette relation, limites que les volontés de la Suisse et de l'Union européenne peuvent prendre en compte sans qu'elles ne soient déterminantes dans leurs choix futurs.

76. Ainsi, la détermination heuristique des « limites de la voie bilatérale » n'implique pas que la relation Suisse-UE ne pourra pas perdurer en l'état, mais simplement qu'en perdurant, elle rendra prégnantes certaines des tensions identifiées. La suite appartient au politique et ce que l'on peut espérer ici, c'est de cerner par une approche juridique les lieux dans lesquels la part de politique se pose.

77. L'étude de la relation Suisse-UE part ainsi du subjectivisme, de la volonté de la Suisse et celle de l'Union européenne, et s'achève en tenant compte de ce subjectivisme. Mais elle cherchera à appréhender ce subjectivisme dans son rapport à l'objectivisme (aux éléments objectifs juridiques, auxquels on ajoutera les éléments objectifs factuels, afin de comprendre l'évolution de cette relation dans le temps, qui peut être à la fois juridique et factuel). La méthode employée doit ainsi permettre d'analyser les éléments subjectifs et objectifs dans cette relation.

LA METHODE : UNE LECTURE DE L'OBJECTIVISME ET DU SUBJECTIVISME DANS LA RELATION SUISSE-UE

78. L'analyse des interactions entre le subjectivisme et l'objectivisme dans la relation Suisse-UE (destinée à comprendre cette relation juridique dans le temps et ainsi à identifier le « commun ») impose de recourir en premier lieu à une théorie de l'acte juridique. Support fondamental de toute relation juridique, l'acte est en effet le lieu d'expression des tensions que l'on chercher à appréhender (I). Ce n'est donc qu'après

avoir exploré les actes juridiques qui régissent la relation Suisse-UE, qu'il sera possible de compléter l'analyse de cette relation par des approches institutionnelles (II).

I. Problèmes spécifiques et choix réalisés

79. La nature de la relation Suisse-UE implique de mobiliser dans une approche généraliste des champs disciplinaires variés, parce qu'elle met en rapport deux sujets particuliers (A), et qu'elle se fonde sur des règles matérielles diversifiées (B).

A) L'analyse d'un rapport entre l'UE et un Etat tiers particulier

80. La relation Suisse-UE se déploie dans un cadre international (1), dont l'analyse mérite d'être complétée par les points de vue internes de l'Union et de la Suisse (2).

1. Le cadre international de la relation Suisse-UE

81. La Suisse et l'Union sont deux sujets de droit international. Leur relation se déploie ainsi dans un cadre international. La présente étude amènera à s'interroger sur la spécificité ou l'objectivité que revêt cet ensemble, c'est-à-dire sur l'autonomie éventuelle acquise par celui-ci. Mais le point de départ ne peut être autre que l'ordre juridique international dans lequel se déploie cette relation. Il suppose ainsi de recourir à des concepts tirés du droit international, ce que l'on fera par exemple dans l'étude de la nature des comités mixtes Suisse-UE institués par les différents accords bilatéraux.

82. Puisque cette étude a pour objet de caractériser l'objectivisme et le subjectivisme dans la relation Suisse-UE, il faut alors convenir que l'ordre juridique international accorde une place au subjectivisme et à l'objectivisme. C'est là un postulat qu'adopte cette étude : elle part du constat que le droit international accorde une place centrale à la volonté des sujets dans la formation des règles auxquelles ils se soumettent, mais rejette une approche purement subjective, en considérant que cette volonté est déterminée par des éléments objectifs. On reconnaîtra ainsi des éléments objectifs légaux tels que le « *piège*

à volonté »[105] que constitue le principe *Pacta sunt servanda* qui oblige les parties à un traité à respecter les engagements qu'elles ont voulus. On recherchera également les éléments objectifs factuels, tels que « *les contraintes résultant de l'interdépendance* »[106] dans laquelle les sujets se trouvent les uns par rapport aux autres ou « *les considérables inégalités qui les séparent* »[107].

83. Il convient enfin de cibler les règles du droit international qui s'appliquent à la Suisse et à l'Union européenne. Ne seront à cet égard retenues que les dispositions qui spécifient la relation Suisse-UE. Dans cette optique, seront exclues les coutumes internationales[108] ainsi que les accords multilatéraux auxquels la Suisse et l'Union européenne (et/ou ses Etats membres) sont parties, y compris les accords institutifs d'organisations internationales. Ces règles ne seront évoquées que ponctuellement, pour éclairer la relation établie sur la base d'accords Suisse-UE (la Suisse et l'Union européenne sont soumises au principe de bonne foi, et l'approfondissement de la relation s'avère ainsi facilité par les fondements mis en place dans un cadre multilatéral tel que par exemple l'OMC ou l'OACI).

2. *Les points de vue internes de la relation Suisse-UE*

84. Trois raisons incitent à prendre en compte les aspects internes de la relation entre l'Union européenne et la Suisse. En premier lieu, cette relation s'appuie sur le droit interne de chacune. Classiquement, elle dépend dans sa pratique du régime que reçoivent les accords dans leurs ordres juridiques internes respectifs. Mais en outre, ces accords entretiennent un lien particulier avec leur droit interne. Le droit de l'Union européenne constitue en large partie le fondement des règles matérielles des accords Suisse-UE, ainsi que des législations suisses adaptées spontanément au droit de l'UE. En second lieu, cette relation met en cause l'autonomie respective de l'Union européenne et de la Suisse, voire pose une question identitaire en particulier pour la Suisse. Enfin, sur un plan théorique, la

---

105 Alain PELLET, « Lotus que de sottises on profère en ton nom! : remarques sur le concept de souveraineté dans la jurisprudence de la Cour mondiale », in *Mélanges en l'honneur de Jean-Pierre Puissochet : l'État souverain dans le monde d'aujourd'hui*, Paris, Pedone, 2008, pp. 215-230, spéc. p.218.

106 Michel VIRALLY, « Panorama du droit international contemporain – Cours général de droit international public », *R.C.A.D.I.*, 1983, V, tome 183, pp.9-382, spéc. p.35

107 *Id.*

108 Il faut cependant reconnaître qu'une coutume régionale pourrait s'appliquer spécifiquement entre la Suisse et l'Union européenne.

conception que se font les membres d'un groupe peut permettre de qualifier leurs liens[109]. Par exemple, le fondement juridique retenu au sein de l'Union européenne pour les accords Suisse-UE est susceptible de révéler la portée qu'elle entend donner à sa relation avec la Suisse[110].

85. Par conséquent, il conviendra de prendre en compte le point de vue de l'Union européenne et celui de la Suisse[111]. Et l'on espèrera compenser une familiarité moindre avec le droit suisse par rapport au droit de l'Union européenne, par l'importance des ressources « suisses » disponibles, en particulier du fait des nombreux textes officiels[112] et travaux doctrinaux accessibles[113]. Cet appui permettra en outre de procéder à l'analyse des nombreuses règles matérielles applicables entre l'Union européenne et la Suisse.

B) L'analyse de règles matérielles variées

86. La juxtaposition des accords Suisse-UE et des législations suisses adaptées au droit de l'Union européenne donne un aperçu du large champ couvert dans la relation Suisse-UE[114]. L'analyse des règles implique non seulement de se référer à un accord, mais également à ses annexes, qui elles-mêmes renvoient à divers règlements et directives de l'Union européenne, dont les dispositions peuvent en outre faire l'objet d'aménagements dans l'accord. Il faut également, en l'absence de version consolidée, tenir compte des

---

109 Herbert Lionnel Adolphus HART, *Le concept de droit,* (traduction de l'ouvrage *The concept of law*, 1961 par Michel Van de KERCHOVE), Bruxelles, Publications des Facultés Universitaires Saint-Louis, 1976, p. 108 : *« Les affirmations énoncées du point de vue externe peuvent être elles-mêmes de deux sortes. L'observateur peut en effet, sans accepter lui-même les règles, affirmer que les membres du groupe les acceptent, et il peut ainsi se référer de l'extérieur à la manière dont ils les considèrent d'un point de vue interne »*.

110 Les accords bilatéraux I de 1999 ont été fondés sur l'article 310 CE (devenu article 217 TFUE). Ces accords peuvent ainsi apparaître comme des accords « *créant une association caractérisée par des droits et obligations réciproques, des actions en commun et des procédures particulières* ». Toutefois l'on soulignera que ce choix avait surtout permis de surmonter (provisoirement) un conflit sur la répartition des compétences entre la Communauté et les Etats membres, dans le domaine de la libre circulation des personnes. Les accords bilatéraux II ont quant à eux été fondés sur les dispositions matérielles des domaines concernés.

111 La volonté de la Suisse et celle de l'Union européenne peut être décelée dans les considérants des accords, ou dans les actes qui accompagnent le processus d'adoption de ces accords (mandats, proposition, décision de signature…). Elle peut enfin être exposée dans des rapports ou conclusions relatifs à la relation Suisse-UE. Dans les développements qui suivent, l'essentiel des informations obtenues résulte des rapports ou messages du Conseil fédéral, plus étayés et plus nombreux que les propositions ou recommandations de la Commission européenne, les mandats et conclusions du Conseil de l'UE, les décisions autorisant la signature ou conclusion, ou les résolutions du Parlement européen.

112 Voir la note précédente.

113 L'essentiel de ses travaux sont disponibles en langue française ou anglaise, tandis que pour la doctrine s'exprimant en allemand il existe de nombreux renvois des auteurs bilingues qui permettent d'en prendre la mesure.

114 Le libre-échange des produits, la libre circulation des personnes, la coopération dans le domaine scientifique, audiovisuel, celui des statistiques, la coopération en matière policière et judiciaire et les opérations civiles et militaires en dehors des territoires de la Suisse et de l'Union sont autant de domaines régis dans la relation Suisse-UE.

révisions introduites par les protocoles et par les décisions du comité mixte institué par cet accord. Enfin, une connaissance de l'état des règles peut impliquer une lecture combinée de divers accords sectoriels.

87. Compte tenu de l'approche générale retenue, dans la perspective de comprendre les « mouvements de fond » de la relation Suisse-UE, la présente étude n'exposera pas une approche détaillée des règles applicables. Une telle connaissance bénéficie cependant des éclairages apportés notamment par les travaux doctrinaux spécialisés, ainsi que les messages particulièrement précis du Conseil fédéral, qui accompagnent les projets de loi ou les projets d'arrêtés fédéraux d'approbation d'un accord Suisse-UE.

II. L'utilisation des analyses de l'acte juridique

88. L'étude de la relation Suisse-UE implique en premier lieu d'analyser les actes juridiques sur lesquels elle repose. Parce que les théories juridiques visent à « *l'explication rationnelle* »[115] des règles de Droit, une approche théorique doit permettre de comprendre la structure des actes juridiques qui fondent la relation Suisse-UE.

89. C'est alors à une théorie de l'acte juridique qu'il convient de se référer, afin d'inclure non seulement les accords Suisse-UE, mais aussi les législations suisses adaptées spontanément au droit de l'UE et qui ont une incidence considérable dans la relation Suisse-UE[116]. Sans remettre en cause la qualité des autres théories de l'acte juridique[117], il a semblé adéquat de s'appuyer sur celle élaborée par le Professeur Jean HAUSER[118], quand bien même elle a été fondée sur des observations de mécanismes juridiques relevant du droit privé. En effet, la théorisation proposée se veut générale ; l'auteur n'hésite d'ailleurs pas à faire des parallèles avec les questions qui se posent en droit public. En outre, l'utilisation de cette théorie n'a pas vocation à (re)construire une théorie des actes

---

115 G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, Paris. P.U.F., 2011, 9ème éd., 1095 p., V° Théorie juridique.

116 Ces législations « régissent » aussi la relation Suisse-UE, à condition de ne pas considérer ce terme dans un sens autoritaire et extérieur, mais simplement où elles produisent des effets juridiques immédiats (que l'on pense à la « loi Cassis de Dijon) ou médiats (en ce qu'elles favorisent la conclusion ultérieure d'accords Suisse-UE).

117 Sans exhaustivité, l'on peut en particulier souligner les importantes contributions de Léon DUGUIT, Hans KELSEN ou Charles EISENMANN.

118 Jean HAUSER, *Objectivisme et subjectivisme dans l'acte juridique. Contribution à la théorie générale de l'acte juridique*, Paris, LGDJ, 1971, 339 p.

applicables dans la relation Suisse-UE[119], mais simplement à bénéficier dans le cadre de la relation Suisse-UE de la grille d'analyse de l'interaction des éléments subjectifs et objectifs, qui « *marquent dès l'origine la structure de l'acte* »[120]. Cet appui n'est au demeurant pas exclusif du recours à d'autres moyens d'analyse, comme la lecture de Michel VIRALLY qui précise notamment l'action des éléments objectifs que constituent l'interdépendance ou l'inégalité[121].

90. Différents travaux doctrinaux permettent par ailleurs d'apporter des précisions sur la structure des actes régissant la relation Suisse-UE, et en premier lieu pour qualifier les accords Suisse-UE et les législations suisses. Ils fonderont également des distinctions sur la structure des actes, traditionnellement considérés en tant que mode de production du droit et comme produit de cette opération. Au sein de cette dernière catégorie, l'on s'appuiera en particulier sur la distinction des règles selon leur fonction[122]. Ainsi pour le Professeur HART, les règles primaires « *prescrivent à des êtres humains d'accomplir ou de s'abstenir de certains comportements, qu'ils le veuillent ou non* », alors que les règles secondaires veillent « *à ce que les êtres humains puissent, en accomplissant certains actes ou en prononçant certaines paroles, introduire de nouvelles règles de type primaire, en abroger ou en modifier certaines, ou, de différentes façons, déterminer leur incidence ou contrôler leur mise en œuvre* »[123]. Employée principalement dans le cadre d'un ordre juridique étatique, cette dichotomie de la fonction des règles a également été utilisée dans l'analyse des règles du droit international en général[124], ou des règles conventionnelles[125].

---

119 Une telle perspective impliquerait une étude approfondie de la possibilité de transposer l'analyse du Professeur HAUSER dans le cadre international. Dans sa démarche de théorisation de l'acte juridique en droit international public, Jean Paul JACQUE refusait par exemple d'opérer une transposition des analyses du droit interne : Jean Paul JACQUE, *Eléments pour une théorie de l'acte juridique en droit international public*, Paris, LGDJ, 1972, 511 p.

120 *Ibid.*, p.16.

121 Michel VIRALLY, « Panorama du droit international contemporain », *op.cit.*

122 Pour Paul ROUBIER, ce sont ainsi les normes à caractère substantiel qu'il faut distinguer du « *droit régulateur* » (Paul ROUBIER, *Théorie générale du droit. Histoire des doctrines juridiques et philosophie des valeurs sociales*, Paris, Sirey, 1946, spéc. p.262). Pour une présentation détaillée des différentes théories non-réductionnistes, admettant une pluralité de fonctions des énoncés normatifs, voir Guillaume TUSSEAU, *Les normes d'habilitations*, Paris, Dalloz, 2006, 813 p., spé. pp. 119 et s.

123 Herbert Lionel Adolphus HART, *Le concept de droit, op. cit.*, spéc. p.105.

124 Jean COMBACAU distingue ainsi les « *règles dans le jeu* » et les « *règles du jeu* » : Jean COMBACAU, « Le droit international : bric-à-brac ou système ? », *A.P.D.*, t. 31 « le système juridique », 1986, pp.85-105.

125 Voir la thèse de Florence POIRAT qui superpose à cette dichotomie celle qui distingue entre l'acte juridique en tant que mode de production du droit et l'acte juridique en tant que produit. Ainsi un traité international produit des règles primaires et secondaires. Parmi ces dernières, certaines sont dissociables de l'acte qui les pose, comme celles qui habilitent des organes à créer du droit dérivé ; d'autres sont intimement liées à l'acte, « *elles ont pour objet de régir le traité qui les pose* », telles que les clauses finales (relatives au mode de production) et les clauses de règlement

91. Si l'on met en perspective cette lecture de l'acte juridique dans son rapport au temps – puisque tel est l'objet de la relation Suisse-UE –, il faut souligner qu'elle offre une lecture « instantanéiste » de la relation Suisse-UE. Il s'agit là d'un point d'entrée indispensable pour analyser cette relation entre deux sujets qui choisissent d'établir des liens juridiques, même si ces choix peuvent être orientés par des éléments objectifs.

92. Cette lecture instantanéiste apporte ainsi une conception essentiellement « statique » de la relation Suisse-UE, essentielle pour comprendre les fondements de cette relation : elle explique l'équilibre entre l'objectivisme et le subjectivisme établi par les actes juridiques de la relation Suisse-UE[126].

93. Elle peut également, dans une certaine mesure, en révéler certains aspects dynamiques. La lecture de ces actes juridiques dans le temps, conçu comme un espace de successions d'instantanés, permet ainsi de réaliser la construction qui se met en place par la juxtaposition des règles applicables dans la relation Suisse-UE. En reprenant l'image du puzzle de la construction européenne, l'on peut remarquer que les nouveaux actes juridiques et nouvelles règles adoptés sont autant de pièces qui forment une image, et posent par incidence la question de la nature de l'image voulue et de ses contours[127]. En outre, si l'on regarde non plus seulement la juxtaposition des règles entre les actes juridiques, mais leur juxtaposition dans le temps même encore conçu de manière instantanée, cette succession d'instantanés entraîne, un peu comme le fait un « flip book » dont les images défilant rapidement donnent une impression de mouvement, l'idée que la succession des règles dans les actes Suisse-UE n'est pas neutre et qu'elle a un sens[128].

94. C'est alors à des outils qui permettent une analyse de la relation Suisse-UE dans la durée que l'on doit recourir pour compléter l'approche dynamique de la relation Suisse-UE.

(relatives au produit) : Florence POIRAT, *Le traité, acte juridique international – Recherches sur le traité international comme mode de production et comme produit*, Leiden, M. Nijhoff Publishers, 2004, 506 p., spéc. p.391.

126 Voir, *infra*, partie 1, n°s 105 et s.

127 Voir, *infra*, partie 2, titre 1, chapitre 1, n°s 815 et s.

128 Voir, *infra*, partie 2, titre 1, chapitre 2, n°s 967 et s.

III. L'utilisation des analyses institutionnelles

95. Les analyses institutionnelles prennent également en compte les actes juridiques, mais elles en révèlent une autre dimension, parce qu'elles considèrent le déploiement des éléments subjectifs et objectifs dans la durée. L'approche instantanéiste, qui ne donne pas qu'une image statique, donne un aperçu du mouvement de la relation Suisse-UE. L'analyse institutionnelle permet de rechercher s'il y a une logique caractéristique de ce mouvement, qui permettrait de voir dans la relation entre la Suisse et l'Union européenne, au-delà d'un rapport entre deux entités, une certaine unité. Une recherche sur l'institutionnalisation d'une relation se donne ainsi pour objet d'identifier, à travers la configuration des tensions et des mécanismes adoptés pour leur résolution, les logiques d'ensemble à l'œuvre dans ce processus qui tend vers une certaine unité.

96. Cette unité, c'est l'institution. Ou plus exactement, l'institution est un concept de compréhension d'une unité qui ne se résume pas en la somme de ses composantes, que ces dernières soient des règles juridiques, ou des membres d'un groupe social. L'on peut en effet déjà souligner que l'approche de l'institution est variée. Elle est même décrite par René LOURAU comme une notion « *polysémique, équivoque, problématique* »[129]. Elle n'en reste pas moins une lecture d'un ensemble considéré *comme un*. L'institution se décline en général en tant qu'elle est un objet, l'institué, ou un processus instituant[130]. Plus précisément, l'analyse institutionnelle retient en général comme « point d'accroche » l'institué, qu'elle peut considérer sous son aspect formel d'une part, ou dans son rapport avec le processus instituant, d'autre part.

97. L'on peut d'abord retenir une approche formelle de l'institué, considéré dans sa réalité juridique extrinsèque. Dans la relation Suisse-UE, les accords bilatéraux instituent des comités mixtes Suisse-UE et des règles primaires et secondaires. L'analyse institutionnelle cherche alors à déterminer si ces institués caractérisent autre chose qu'un rapport « inter-personnel » entre la Suisse et l'Union européenne. Existe-t-il une forme d'autorité ou d'ordonnancement qui permettrait de caractériser un véritable « ensemble Suisse-UE », une institution au sens formel ? Cet angle d'approche impliquera ainsi de

---

129 René LOURAU, *L'analyse institutionnelle,* Paris, Les Editions de Minuit, 1970, p.141

130 Jacques CHEVALLIER, « L'analyse institutionnelle », in *L'institution*, CURAPP, Paris, PUF, 1981, pp.3-61, spéc. p.5.

tenter de préciser la nature des comités mixtes Suisse-UE et des décisions qu'ils adoptent[131]. C'est en outre par une approche systémique, une recherche de l'ordonnancement des règles de la relation Suisse-UE, et plus précisément de l'articulation entre les règles primaires et secondaires, que l'on peut cerner l'unité de l'ensemble formé.

98. La seconde approche considère l'institué dans son rapport avec une force instituante[132]. Et c'est là, associée à la théorie de l'Institution de Maurice HAURIOU, une des tentatives les plus abouties de conciliation entre l'objectivisme et le subjectivisme. Le doyen de Toulouse a en effet analysé l'institution en tant qu'entité autonome, dans son individualité objective, tout en accordant une place centrale à la volonté des membres du groupe et à celle des organes de gouvernement. Il a cherché à expliquer les ressorts de la vie juridique de l'institution dans la durée, sous l'effet non seulement des bornes transactionnelles que constituent les règles de droit, mais également des manifestations de communion des membres et organes, autour de « l'idée d'œuvre » – concept fondamental de sa théorie. L'idée d'œuvre correspond à la fois aux buts et fonctions de l'institution, définis non seulement sous un aspect matériel, mais aussi, et c'est essentiel, par une dimension idéelle. Et c'est lorsque cette idée d'œuvre est « incorporée » par les membres du groupe, que l'institution se développe par un « pouvoir de gouvernement » au départ « minoritaire et fortement exécutif », et ensuite « majoritaire et délibératif ». Cette théorie apporte un éclairage important sur la relation Suisse-UE, qui bénéficie d'une force instituante empruntée à l'idée d'œuvre de l'Union européenne. Elle permet non seulement de qualifier l'ensemble formé entre la Suisse et l'Union européenne, mais également d'en déduire les limites intrinsèques de son développement institutionnel. De telles limites apparaissaient déjà du point de vue de l'Union européenne, parce qu'elles traduisent les exigences de l'autonomie de l'Union européenne. Mais, en prenant comme objet la relation Suisse-UE, la théorie institutionnelle explique que l'idée d'œuvre a vocation à rester extérieure. Or, cette extériorité entraîne l'impossibilité de développer un véritable pouvoir politique, un « pouvoir de gouvernement » majoritaire et délibératif susceptible de donner lieu à des « manifestations de communion » des membres du groupe Suisse-UE. Elle pose ainsi pleinement la question de la liberté politique susceptible

---

131 Voir, *infra*, partie 2, titre 2, chapitre 1, n°s 1166 et s., et chapitre 2, n°s 1382 et s..

132 Voir, *infra*, partie 2, titre 2, chapitre 2, n°s 1449 et s.

d'être exercée dans l'ensemble Suisse-UE. L'on comprend ainsi que la présente étude démontrera l'objectivisation limitée de la relation établie entre l'Union européenne et la Suisse par la voie bilatérale.

LA THESE : L'OBJECTIVISATION LIMITEE DE LA RELATION SUISSE-UE

99. La démonstration des interactions entre l'objectivisme et le subjectivisme qui se manifestent dans la relation Suisse-UE, peut être menée en deux temps : à une analyse statique de la relation Suisse-UE, succèdera une analyse dynamique de cette relation.

100. L'analyse statique est celle de l'équilibre établi entre les éléments subjectifs et objectifs déterminant la relation entre l'Union européenne et la Suisse. Elle est dite statique, même si elle prend en compte l'évolution de ces éléments, dans la mesure où ceux-ci sont essentiellement considérés comme des instantanés : ce qui est recherché, c'est le sens général d'influence des éléments subjectifs et objectifs. L'équilibre constaté est un équilibre entre deux tensions. D'un côté, les éléments subjectifs et objectifs (en particulier le développement du droit de l'Union européenne) tendent au rapprochement de la relation entre la Suisse et l'Union européenne, et ce, sur le droit de l'Union européenne. De l'autre côté, d'autres éléments subjectifs et objectifs (en particulier l'autonomie et la volonté d'autonomie de la Suisse et de l'Union européenne) freinent cette action de rapprochement.

101. Cet équilibre se manifeste dans la structure des actes juridiques de la relation Suisse-UE. D'une part, des règles que l'on qualifiera du premier degré sont fondées sur le droit de l'Union européenne. D'autre part, les règles du second degré se caractérisent par l'autonomie qu'elles laissent aux autorités politiques et juridictionnelles suisses à l'égard de l'application et de la modification des règles du premier degré.

102. Pour autant, l'approche dynamique montre que l'équilibre établi par les actes juridiques apparaît précaire. L'interprétation de ces règles qui tout à la fois traduisent une intégration et une extériorité de la Suisse est d'autant plus complexe que de nouvelles règles continuent d'être fondées sur le droit de l'Union européenne. Ces phénomènes juridiques traduisent ainsi un mouvement d'objectivisation lié à l'européanité des règles

primaires. Cette objectivisation se constate également pour les règles secondaires : les négociations sur les questions institutionnelles visent à encadrer l'action des autorités politiques et juridictionnelles (communes et propres à chacune des parties), et ce, en orientant leurs décisions sur le droit de l'Union européenne.

103. Le degré d'objectivité ainsi atteint reste cependant faible. L'analyse de la nature des comités mixtes Suisse-UE peut permettre d'y voir davantage que des conférences internationales de parties contractantes, des organes communs. Cette qualification laisse cependant place à d'importants doutes. Cette incertitude traduit elle-même la faiblesse des règles secondaires dans la relation Suisse-UE, et notamment celles que le Professeur HART appelle les règles « de reconnaissance et d'adjudication », qui permettraient d'apporter une réponse juridique certaine à la nature des comités mixtes. L'articulation des règles primaires et secondaires laisse ainsi apparaître un ensemble que l'on peut qualifier d'« ordre juridique semi-complexe » au sens de Noberto BOBBIO. Cette approche combinée révèle en outre un décalage entre les règles primaires et secondaires, qui peut être expliqué par la théorie de l'institution de Maurice HAURIOU. Elle permet de voir dans l'ensemble formé entre la Suisse et l'Union européenne, une certaine individualité objective, mais son développement ne pourra qu'être limité, parce qu'elle ne contient pas en elle ce « germe institutionnel » qu'est l'idée d'œuvre.

104. L'équilibre entre les éléments subjectifs et objectifs déterminant la relation Suisse-UE (partie 1) explique ainsi le mouvement et la nature de l'objectivisation de cette relation (partie 2).

*

* *

PARTIE 1 : ANALYSE STATIQUE

L'équilibre entre subjectivisme et objectivisme dans la relation Suisse-UE

105. L'analyse statique permet de montrer quels sont les éléments subjectifs et objectifs qui déterminent la relation Suisse-UE, afin d'exposer la structure des actes juridiques auxquels ils ont abouti. De l'interaction entre ces éléments, se comprennent les actes juridiques à la fois en tant que support normatif et en tant que normes ou règles (tenues ici pour synonymes). Si l'on reprend le vocable employé par la théorie générale de l'acte juridique de Jean HAUSER[133], c'est la « synthèse » entre ces éléments subjectifs et objectifs qui marque la structure des actes juridiques. Il s'agit ainsi d'identifier les éléments subjectifs et objectifs en tant qu'ils conditionnent la structure des actes établis dans la relation Suisse-UE, avant d'analyser ces actes juridiques qui résultent de la synthèse entre ces éléments.

106. L'analyse statique ne peut cependant l'être que partiellement. La volonté de la Communauté économique européenne en 1958 n'est par exemple pas identique à la volonté de l'Union européenne en 2014. Plus encore, la volonté de la Suisse lorsqu'elle signe l'accord EEE en mai 1992 est sensiblement différente en décembre 1992 lorsqu'elle en refuse la ratification. Pour autant, derrière ces variations, on retrouve certaines constantes telles que la volonté de préserver l'intégration européenne, ou la volonté d'adopter une approche pragmatique pour régler les liens entre l'Union européenne et la Suisse. C'est peut-être davantage l'intensité de ces éléments qui varie selon la période considérée : les premiers pas des Communautés rendent prégnants le besoin de préserver cette construction, tandis que le rejet de l'EEE renforce la perception d'un nécessaire pragmatisme pour relancer la relation Suisse-UE.

107. Cette volonté de pragmatisme caractérise fortement la relation entre l'Union européenne et la Suisse. Mais en tant que tel, le pragmatisme n'est pas porteur d'une direction préétablie, mais simplement d'une méthode pour parvenir à l'action juridique. Les volontés de l'Union européenne et de la Suisse sont en ce sens faiblement orientées. Ces éléments subjectifs sont alors particulièrement sensibles aux éléments objectifs, qui participent alors fortement à la définition des volontés de la Suisse et de l'Union. L'action de ces éléments objectifs intervient à double sens. D'un côté, l'élément objectif que constitue le développement du droit de l'Union tend au rapprochement de la relation

---

[133] Jean HAUSER, *Objectivisme et subjectivisme dans l'acte juridique. Contribution à la théorie générale de l'acte juridique*, Paris, LGDJ, 1971, 339 p.

entre l'Union européenne et la Suisse et ce, sur le droit de l'UE. De l'autre côté, cette action est freinée par l'autonomie de la Suisse et de celle de l'Union européenne, qui reposent sur des fondements objectifs, et qui agissent en sens inverse en limitant ce rapprochement.

108. Cette interaction éclaire la structure des actes juridiques établis pour régir la relation Suisse-UE. Ces actes se caractérisent à la fois par l'utilisation du droit de l'Union pour fonder les règles applicables, et par le maintien d'une autonomie à l'égard de l'application et de la modification de ces règles. Leur structure peut être affinée par le recours à la dichotomie entre les règles, selon la fonction qu'elles exercent. A partir des distinctions théoriques[134], on considèrera comme règles du premier degré ou règles primaires[135], celles qui ont pour objet de régir le comportement des personnes physiques ou morales relevant de l'ordre juridique suisse ou européen, et le comportement des autorités si elles n'ont pas pour objet de régler d'autres règles. Ces règles du premier degré se caractérisent par leur « européanité » : elles se réfèrent au droit de l'UE pour établir la substance des contenus prescriptifs. Elles entretiennent un rapport de proximité avec le droit de l'UE qui est modulé selon que s'applique un « principe de reprise de l'acquis de l'UE » ou un « principe d'équivalence des législations ». Le rattachement au droit de l'UE est en outre parfois prolongé par une obligation de prendre en compte la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne pour interpréter les notions fondées sur le droit de l'UE.

109. En revanche, la structure des règles du second degré ou secondaires, celles qui ont pour objet notamment des règles de premier degré, est moins homogène. La plupart de ces règles sont peu contraignantes : elles ne limitent que faiblement le comportement des

---

134 Voir les théories évoquées lors de la méthode, *supra*, introduction, n°90.

La dichotomie retenue à ce stade ne sera cependant pas rattachée à l'une des définitions doctrinales afin de conserver une approche la plus empirique possible.

Ce choix se justifie en outre au regard des variations entre la dichotomie sur la fonction des règles. En effet, la terminologie employée pour distinguer ces règles diffère : Noberto BOBBIO, « Nouvelles réflexions sur les normes primaires et secondaires », in N. BOBBIO, *Essais de théorie du droit*, Paris, LGDJ, 1998, 286 p., pp.159-173 (rééd. de Noberto BOBBIO, « Nouvelles réflexions sur les normes primaires et secondaires », in *C. PERELMAN (dir.), La règle de droit*, Bruxelles, Bruylant, 1971, pp. 104-122).

En outre, les contours des catégories dégagées ne coïncident pas complètement selon les auteurs, et peut-être aussi au sein d'une même théorie : voir en particulier les différences de définitions dans la théorie de HART relevées par Guillaume TUSSEAU, *Les normes d'habilitation*, Paris, Dalloz, 2006, 813 p., spéc. pp.214-215.

135 Par commodité, ces règles seront également appelées règles primaires mais elles ne doivent pas être confondues avec le « droit primaire », expression qui renvoie à un aspect essentiellement hiérarchique en droit des organisations internationales et en droit de l'Union européenne (le « droit primaire » au sens hiérarchique contient ainsi des règles qui sont, du point de vue de leurs fonctions, non seulement primaires mais aussi secondaires au sens fonctionnel).

autorités politiques et juridictionnelles suisses à l'égard de l'application et de la modification des règles notamment celles du premier degré. Si l'on retrouve ici l'influence du pragmatisme et de l'autonomie de la Suisse et celle de l'Union européenne, cette structure des règles du second degré affecte directement l'européanité des règles du premier degré parce que l'application ou la modification ne garantissent pas le rattachement au droit de l'Union dans le temps. Pourtant, certaines règles du second degré imposent des conditions plus exigeantes afin d'assurer que l'évolution des règles du premier degré se réalise en fonction du droit de l'Union. Et les négociations actuelles entre la Suisse et l'Union européenne se rattachent à cette logique : les questions institutionnelles sont celles des règles du second degré et sont menées afin d'accroître l'homogénéité d'application des règles du premier degré et ce, sur l'homogénéité établie au sein de l'Union européenne.

110. La relation Suisse-UE est déterminée par une faible orientation des volontés de la Suisse et de l'Union européenne : l'action juridique est recherchée dans une optique de pragmatisme, et limitée par la volonté de l'Union européenne et de la Suisse de préserver leur autonomie respective. On comprend ainsi que les actes juridiques soient établis de manière ponctuelle, sectorielle et progressive. Surtout, cette caractéristique du subjectivisme se retrouve dans les règles du second degré, caractérisées par l'autonomie qu'elles laissent à la Suisse et à l'Union européenne pour appliquer et modifier les accords. Mais cette faible définition des volontés de la Suisse et de l'Union européenne laisse également place à l'influence d'un autre élément objectif que l'autonomie : celle du droit de l'Union européenne, dont le développement favorise celui de la relation Suisse-UE. Et c'est largement en fonction du droit de l'Union européenne que ce développement se réalise, en particulier par l'adoption de règles du premier degré basées sur le droit de l'Union européenne. C'est ainsi dans la nature et le sens d'action des éléments subjectifs et objectifs (titre 1), que l'on peut comprendre la structure des actes juridiques établis (titre 2).

*

* *

Titre 1 – Les éléments subjectifs et objectifs déterminant la relation Suisse-UE

Titre 2 – Les actes juridiques régissant la relation Suisse-UE

Titre 1

Les éléments subjectifs et objectifs déterminant la relation Suisse-UE

111. La relation entre l'Union européenne et la Suisse est déterminée par certains facteurs, subjectifs et objectifs. Il paraît important, pour donner une lecture réaliste de la relation juridique Suisse-UE, d'identifier ceux des éléments principaux qui l'influencent[136]. Suivant la logique du Professeur HAUSER qui s'attache essentiellement aux « *points de jonction* »[137] des éléments de l'acte juridique, l'enjeu de la présente partie est, au-delà de l'identification de chacun des éléments, de comprendre leur interaction et leur influence sur la structure des actes juridiques déterminant la relation Suisse-UE.

112. L'étude de ces éléments et de « l'empreinte » qu'ils peuvent laisser dans les actes juridiques régissant la relation Suisse-UE appelle une certaine catégorisation. Mais les éléments subjectifs et objectifs sont appréhendés avec souplesse dans leur classification pour deux raisons. D'une part, il n'est pas toujours simple de cerner les contours des éléments avant leur interaction. En effet, la volonté d'un sujet intègre dès le départ la réalité du monde objectif : c'est une volonté qui se prononce à l'égard d'une réalité objective juridique et factuelle qu'elle cherche à appréhender[138]. Par exemple, si

---

136 L'exposé des bases élémentaires de la relation, parce qu'il implique des compétences en matière géopolitique, économique, environnementale, ne pourra dans le cadre de cette étude, être mené que de manière partielle. Il résultera une part d'exclusion de certains phénomènes géopolitiques, sociologiques, culturels, psychologiques, alors même qu'ils participent à déterminer la volonté de la Suisse, de l'Union européenne, et leur liberté d'action. Bien que voulue, une approche réaliste ne pourra simplement que tendre vers ce qualificatif, tant les problèmes sont complexes, divers et intriqués. Parce que certains points de la réalité dépassent l'objet de l'étude, ou nos compétences pour les analyser, il manquera inévitablement un certain relief géopolitique, sociologique, culturel, économique, pour saisir dans leur entièreté tant les volontés des parties, que les contraintes qui pèsent sur elles. Notre effort se limitera donc à l'esquisse de grandes catégories permettant de lire les éléments « à la base » de la relation Suisse-UE. On retrouve ainsi le constat que la « *description de la réalité sociale n'est jamais totalement dépourvue de subjectivisme, car la réalité intelligible oblige à faire des choix dans l'extrême complexité des faits observés et à leur attribuer une importance relative, ce qui relève d'un jugement personnel* » : Michel VIRALLY, « Panorama du droit international contemporain », *R.C.A.D.I.*, 1983, V, tome 183, pp.9-382, spéc. p.36.

137 Jean HAUSER, *Objectivisme et subjectivisme dans l'acte juridique*, *op.cit.*, spéc. p.15.

138 En outre, la distinction entre les éléments subjectifs et objectifs pose des questions de référentiel. D'abord, sur la méthode, l'étude d'éléments objectifs factuels tels que l'interdépendance sera faite, faute de compétence propre dans les domaines économiques, sociaux essentiellement à partir de la perception que ces sujets se font de l'interdépendance. C'est pourquoi il y a aussi une teinte de subjectivisme dans cette contrainte objective factuelle (qui se superpose au subjectivisme de l'observateur externe). Ensuite, l'objet d'analyse est une relation. La distinction entre les éléments subjectifs et objectifs pose encore une question du référentiel parce que la volonté d'un sujet est une réalité objective pour un autre sujet. C'est un problème similaire qui se pose pour opérer une distinction au sein des éléments objectifs (voir note suivante).

l'autonomie de l'Union européenne revêt une dimension objective qui résulte de ses fondements constitutionnels, l'Union européenne peut vouloir préserver cette autonomie dans ses relations avec la Suisse de sorte que l'autonomie peut aussi être étudiée comme un élément subjectif. Par conséquent, un choix sera fait d'identifier les éléments « essentiellement » subjectifs de chacune partie, et d'en compléter l'analyse par des éléments « principalement » objectifs. D'autre part, au sein de cette catégorie des éléments objectifs, la distinction entre les éléments factuels et les éléments légaux ne s'impose pas non plus avec évidence. Une contrainte juridique pour une partie ne constitue pas nécessairement une règle juridiquement contraignante pour l'autre partie[139]. Comme cette classification n'est pas l'objet de cette étude, mais un simple outil, elle ouvre la possibilité de faire un choix. A cet égard, pour éviter de déplacer le débat sur des questions de juridicité, les développements suivront le choix de classer parmi les éléments objectifs légaux ceux qui sont considérés comme juridiques par chacune des parties et au sein de leur ordre juridique interne[140]. Ainsi, la qualification des éléments objectifs et subjectifs n'est pas comprise dans sa valeur intrinsèque, mais dans une optique fonctionnelle : ils introduisent une grille d'analyse de la relation Suisse-UE.

113. Le recensement des éléments subjectifs et objectifs principaux qui influencent la relation Suisse-UE est ainsi une lecture des bases, des constantes déterminant la relation Suisse-UE. Cela n'exclut pas toute idée de mouvement d'interaction entre les éléments ni même d'évolution de ces éléments. En effet, cette recherche renvoie dans une certaine mesure à une dynamique. L'interaction entre les éléments subjectifs et objectifs implique l'idée d'un mouvement d'influence entre ces éléments ; celui-ci peut en outre varier selon les moments, le cadre dans lequel s'inscrit la relation Suisse-CEE en 1958 n'étant pas le même que le cadre de la relation Suisse-UE en 2014. Mais cette recherche reste

---

139 C'est en particulier le cas lorsque la contrainte juridique est une règle d'origine interne : par exemple une disposition de la Constitution suisse ne s'impose pas juridiquement à l'Union européenne.
De même, la valeur juridique peut être perçue différemment si l'on se place du point de vue international de l'ensemble formé entre la Suisse et l'Union européenne. Par exemple, les traités internationaux multilatéraux auxquels sont parties la Suisse et l'Union européenne seront clairement des contraintes légales, juridiques. En revanche, du point de vue de cet ensemble régional, les dispositions constitutionnelles internes de la Suisse ou de l'Union européenne ne seront reconnues juridiquement qu'à un titre défini par les dispositions de droit international (général ou spécial).

140 Cette dernière précision permet de lever un obstacle : un ordre juridique peut considérer comme juridiques les dispositions d'un autre ordre. Par exemple, la Suisse ne nie pas que le droit de l'UE constitue pour cette dernière du droit. Le droit suisse peut même reconnaître des effets juridiques au droit de l'UE. Mais le droit de l'UE ne pénètre pas *per se* cet ordre juridique tiers à l'Union européenne et autonome.

appréhendée ici dans une dimension essentiellement statique : il s'agit ici de donner quelques « instantanés » de la relation Suisse-UE qui ont été déterminants pour aboutir à la structure des accords bilatéraux et sectoriels[141] et qui expliqueront dans une seconde partie l'image particulière de la relation Suisse-UE qu'apporte une analyse dynamique[142].

114. C'est donc dans cette perspective réaliste et synthétique que l'on tentera d'expliquer les bases « élémentaires » de cette relation, au travers de l'étude des éléments subjectifs (chapitre 1) et des éléments objectifs (chapitre 2) puisque leur combinaison explique la relation établie entre la Suisse et l'Union européenne.

*

* *

Chapitre 1 – Les éléments subjectifs déterminant la relation Suisse-UE

Chapitre 2 – Les éléments objectifs déterminant la relation Suisse-UE

*

* *

[141] Voir, *infra*, partie 1, titre 2, n°402 et s.

[142] Voir, *infra*, partie 2, n°806 et s.

Chapitre 1 – Les éléments subjectifs déterminant la relation Suisse-UE

115. Malgré l'importance de la place de la volonté des sujets de droit international dans la formation des règles conventionnelles, il n'est pas toujours simple de qualifier la volonté de la Suisse dans ses relations avec l'Union européenne, et inversement. Du côté de l'Union européenne, les sources sont rares et l'image de la Confédération diffère sensiblement selon les Etats membres considérés[143] ; du côté de la Suisse, les sources sont importantes mais contingentes, et la volonté de la Suisse que l'on pense identifier dans celle du Conseil fédéral n'est déjà plus celle du peuple et des cantons[144].

116. La dimension méthodologique de cette difficulté peut être partiellement levée en tirant quelques enseignements généraux du droit international, ainsi qu'en analysant cette volonté sous un prisme historique de la relation Suisse-UE. Il apparaît ainsi que la volonté de la Suisse et celle de l'Union européenne ont un rôle central dans la définition des liens juridiques qui régissent leur relation. Néanmoins, sur le fond, elles n'apportent qu'une définition limitée de l'orientation qu'elles donnent à la relation Suisse-UE. Ce que la Suisse et l'Union européenne veulent dans leur relation n'est pas clairement établi : le pragmatisme n'apporte qu'une indication limitée sur l'orientation de la relation voulue et la volonté de préserver leur autonomie est essentiellement limitative. Ainsi, l'importance du subjectivisme dans l'établissement de la relation Suisse-UE (section 1), tranche avec la faible définition des volontés de la Suisse et de l'Union (section 2). Cette faible caractérisation annonce les difficultés qui apparaîtront lors de l'opération

---

143 René SCHWOK, *Horizon 1992 : la Suisse et le grand marché européen*, Genève, Georg, 1989, 206 p., spéc. p.XIV. Sur les remarques relatives aux sources de l'étude, voir, *supra*, introduction, n°85.

144 La position de la Suisse à l'égard de l'EEE illustre cette idée puisque le Conseil fédéral suisse a négocié et signé l'accord de Porto le 2 mai 1992, que le peuple et les cantons ont rejeté le 6 décembre 1992. En outre, la volonté du peuple et des cantons est aussi sujette à interprétation : le rejet de la ratification de l'accord EEE a conduit le Conseil fédéral à ne pas donner à la suite de la demande d'adhésion déposée le 20 mai 1992, alors qu'il avait considéré que les deux questions étaient distinctes dans son message du 18 mai 1992 relatif à l'approbation de l'Accord EEE, *FF 1992, vol. IV, n°33*, pp.1-654.

d'interprétation des accords Suisse-UE[145], et amènera à préciser la qualification de la nature de la relation Suisse-UE[146].

*

* *

Section 1 - Les éléments subjectifs classiques déterminant la relation Suisse-UE

Section 2 - Les éléments subjectifs caractéristiques de la relation Suisse-UE

*

* *

[145] Voir, *infra*, partie 2, titre 1, chapitre 1, n°815 et s., sur la précarité de l'équilibre subjectivisme/objectivisme établi.

[146] Voir, *infra*, partie 2, titre 2, chapitre 2, n°1499, sur la nature limitée de l'institutionnalisation entre la Suisse et l'UE en particulier sur l'absence d'idée d'œuvre.

Section 1. Les éléments subjectifs classiques déterminant la relation Suisse-UE

117. Les volontés de la Suisse et de l'Union européenne restent centrales dans le développement de leurs liens juridiques, même si elles subissent l'influence d'éléments objectifs factuels comme légaux. Si l'on cherche à préciser la place et le contenu de ces volontés à partir des théories générales, on soulignera que la Suisse et l'Union européenne sont dans une situation qui n'est pas identique compte tenu de la nature étatique de l'une et d'organisation internationale de l'autre. Toutefois, il ressort de leur nature commune de sujet du droit international, deux grandes caractéristiques de la volonté de la Suisse et celle de l'Union européenne : cette volonté porte un potentiel créateur de normes susceptibles de développer la relation juridique Suisse-UE et cette volonté tend à préserver l'autonomie du sujet qui la manifeste. En effet la Suisse et l'Union européenne sont dans une position semblable à l'égard de leur « pouvoir de vouloir » leur permettant de s'engager juridiquement dans l'ordre juridique international (§1). Des similitudes se retrouvent également dans le contenu de leur volonté générale, en ce que chaque sujet du droit international prétend à une liberté d'action aussi large que possible, afin de préserver son autonomie inhérente à sa qualité de sujet de droit international (§2).

§1 – Le subjectivisme dans les rapports internationaux entre la Suisse et l'UE

118. En tant que sujets du droit international, la Suisse et l'Union européenne peuvent exprimer une volonté propre, à laquelle le droit international attache des effets juridiques (A). La nature de sujet dérivé du droit international influence le subjectivisme de l'Union européenne, qui n'est pas identique à celui de la Suisse. Néanmoins, elles restent dans une situation similaire dans la mesure où la qualité de l'Union européenne limite le champ d'exercice de sa capacité normative, mais pas l'existence d'un « pouvoir de vouloir » reconnu par l'ordre juridique international aux organisations (B). La volonté

de la Suisse et celle de l'Union européenne est ainsi un élément essentiel qui permet l'établissement de la relation Suisse-UE, sur la base d'accords Suisse-UE.

A) Le subjectivisme lié à la qualité de sujet de droit international

119. La Suisse et l'Union européenne sont des sujets du droit international titulaires d'une personnalité juridique internationale, ce qui permet de reconnaître une volonté de l'Etat suisse et une volonté de l'organisation qu'est l'Union européenne (1). Le droit international accorde en outre une place centrale à la volonté des sujets de droit international dans la production de droits et obligations, notamment par la voie conventionnelle. La qualité de sujet du droit international de la Suisse et de l'Union européenne leur ouvre ainsi les conditions « minimales » pour prétendre faire découler de leur volonté certains effets juridiques (2).

1) La volonté propre, corollaire de la personnalité juridique

120. La Suisse et l'Union européenne sont deux sujets de droit international bénéficiant d'une personnalité juridique internationale[147]. Pour la Suisse, le constat est classique : l'État est historiquement et qualitativement le sujet premier, principal du droit international. Sa souveraineté en fait un sujet singulier et plénier de l'ordre juridique international ; il en détient ainsi une capacité naturelle de « vouloir » et de faire produire des effets à cette volonté. L'existence d'une volonté propre et autonome d'une organisation est parfois considérée comme « l'essence du phénomène de l'organisation internationale »[148]. Elle doit cependant reposer sur un fondement juridique précis : une charte institutive qui lui confère, explicitement ou implicitement, cette personnalité. La personnalité juridique internationale de la Communauté européenne a rapidement été acquise[149], contrairement à celle de l'Union européenne qui a fait l'objet de nombreux

---

147 On tiendra pour synonymes les expressions « *sujet de droit international* » et « *titulaire de la personnalité juridique internationale* » : voir Jean SALMON (dir.), *Dictionnaire de droit international public*, Bruxelles, Bruylant, 2001, 1198 p., spéc. p.820. La personnalité juridique internationale étant définie comme l'« *Aptitude à être titulaires de droits et tenus d'obligations selon le droit international* » (*id.*).

148 Juan-Antonio CARRILLO-SALCEDO, « Droit international et souveraineté des Etats : Cours général de droit international public », *R.C.A.D.I.*, 1996, I, tome 257, pp.35-222, spéc. pp.122.

149 Article 210 du traité CEE instituant la Communauté économique européenne de 1957 (devenu article 281 du traité CE, *JO C 325 du 24.12.2002 p.33–184*) : « *La Communauté a la personnalité juridique* ». Sur le caractère

débats doctrinaux[150]. Depuis le Traité de Lisbonne, l'Union européenne bénéficie expressément d'une personnalité juridique[151]. Elle est de ce fait capable d'exprimer dans l'ordre international une volonté propre, distincte de ses membres.

121. La reconnaissance d'une telle volonté est importante compte tenu de la place que le droit international accorde à la volonté dans l'établissement des règles internationales.

2) *La volonté, condition de l'activité conventionnelle internationale*

122. La Suisse et l'Union européenne bénéficient d'une personnalité juridique internationale qui leur ouvre une capacité juridique[152], c'est-à-dire une aptitude à participer à l'activité juridique internationale. La Suisse bénéficie d'une telle capacité en vertu de sa qualité étatique ; quant à l'Union européenne, l'étendue de sa capacité dépend des compétences qui lui sont attribuées par ses traités institutifs. Cette activité juridique internationale peut s'exercer par voie conventionnelle, c'est-à-dire par la conclusion de traités internationaux[153]. Le Conseil fédéral suisse avait considéré en 1999 que l'Union européenne ne disposait pas d'une personnalité juridique lui permettant de conclure des accords avec la Suisse[154] ; toutefois, en 2004 il a signé un accord sur l'association de la Suisse à Schengen dans lequel l'Union était formellement partie contractante[155].

---

international de cette disposition, voir Jean RAUX, « Capacité internationale de la Communauté et de l'Union européenne. La personnalité internationale ? », *JCl Europe*, fasc. 2200, juillet 2002, pts 7 et s.

150 Voir les positions et références exposées par Jean-Victor LOUIS, « La personnalité juridique internationale de la Communauté et de l'Union européenne » in J.-V. LOUIS, M. DONY (dir.), *Commentaire J. MEGRET. Le droit de la CE et de l'Union européenne*, vol.12 : Relations extérieures, Bruxelles, Université de Bruxelles, 2005, 2ème éd., pp.25-56. Pour des études postérieures, voir par exemple Loïc GRARD, « L'Union européenne, sujet de droit international », *R.G.D.I.P.* 2006, pp.337-372 ; et en sens contraire Carlo SANTULLI, « *Retour sur la théorie de l'organe commun. Réflexions sur la nature juridique des organisations internationales à partir du cas d'Alba et de la Celac, comparées notamment à l'Union européenne et à l'O.N.U.* », *R.G.D.I.P.* 2012, n°3, pp. 565-578, spéc. p. 572.

151 Article 47 du traité UE: « *L'Union a la personnalité juridique* ». Traité sur l'Union européenne (version consolidée), *JO C 326 du 26.10.2012, p.13-46*.

152 La distinction avec la personnalité est traditionnellement portée sur le caractère actif que confère la capacité, la personnalité étant au contraire davantage une qualité passive, celle de sujet de droit. Elle est définie ainsi : « *la qualité de sujet consiste dans l'aptitude à recevoir de l'ordre juridique duquel on la tient des droits, des pouvoirs et des* obligations » (Jean COMBACAU, Serge SUR, *Droit international public*, Paris, LGDJ, 2006, 7ème éd., 813 p., spéc. p. 711). Au contraire, la capacité « *se compose des pouvoirs légaux que l'ordre juridique accorde aux êtres qu'il érige en sujet de droit et grâce auxquels ils exercent une activité légale : c'est parce qu'il est "capable" que le sujet, déjà titulaire de droits et obligations reconnus par le droit objectif, peut s'en créer d'autres par le jeu des actes juridiques dont il est l'auteur et des faits juridiques qui lui sont imputables, et peut faire valoir les uns et les autres par des "actions légales", c'est-à-dire par les voies de droit qui lui sont ouvertes* » (*Ibid.* p.314).

153 On rappellera qu'est exclue du champ de l'étude la question des règles coutumières : voir, *supra*, n°83.

154 En effet, en 1999 le Conseil fédéral suisse considère que l'Union européenne « *n'a pas la compétence de signer des traités internationaux* » : Message du Conseil fédéral du 23 juin 1999 relatif à l'approbation des accords sectoriels entre la Suisse et la CE, *FF 1999, vol. 6, n°34, pp. 5440-6398*, spéc. p.5445, note 1.

155 La Suisse a implicitement reconnu une telle compétence en 2004 en signant l'accord d'association à Schengen, conclu entre la Suisse, l'Union européenne et la Communauté européenne (Accord du 26 octobre 2004 sur l'association de la

Désormais le traité de Lisbonne reconnaît expréssement la personnalité juridique de l'Union européenne, ce qui constitue, comme le souligne le Professeur Fabrice PICOD « *une assurance supplémentaire pour les partenaires de l'Union qui sont amenés à s'engager avec elle et à développer leurs relations* »[156].

123. Non seulement les volontés de la Suisse et de l'Union européenne, couplées avec leur capacité d'agir internationalement, leur permettent de conclure des accords, mais en outre ces volontés jouent un rôle considérable dans la détermination des droits et obligations auxquels elles sont soumises[157]. Cependant, affirmer la place centrale de la volonté ne doit pas conduire à revenir sur le postulat choisi dans le cadre de cette étude quant aux sources du droit : celles-ci mêlent subjectivisme et objectivisme. C'est l'idée, exprimée simplement, que la volonté peut beaucoup, mais ne peut pas tout. Elle est notamment limitée non seulement par des règles de droit international général, dont le maintien et la validité ne dépendent pas que de la volonté de l'Etat, mais également par l'existence de nécessités factuelles.

124. En somme, la personnalité juridique internationale permet de reconnaître une volonté de l'Etat suisse et une volonté de l'organisation qu'est l'Union européenne, et assure les conditions minimales pour que l'expression de cette volonté puisse entraîner des droits et obligations conventionnels. D'autres conditions juridiques sont fixées par le droit international général qui détermine les conditions dans lesquelles l'expression de la volonté d'un Etat et celle d'une organisation internationale peuvent produire valablement des engagements conventionnels. En outre, l'Union européenne est soumise à des conditions supplémentaires : elle peut prétendre, du fait de cette personnalité juridique internationale, à une capacité normative, mais celle-ci est en outre conditionnée par un second élément : sa charte constitutive.

125. La nature de sujet originaire ou dérivé influence ainsi l'étendue et l'exercice du pouvoir attaché à la volonté.

Confédération suisse à la mise en œuvre, à l'application et au développement de l'acquis de Schengen, *RO 2008 481 / JO L 53 du 27.2.2008, p. 52-79*).

156 Fabrice PICOD, « Le traité de Lisbonne », *JCl Europe*, fasc.10, sept. 2012, pt 9.

157 En effet, au vu de la structure décentralisée et peu institutionnalisée de l'ordre juridique international, la volonté du sujet de droit international joue un rôle essentiel dans l'élaboration du droit international.

B) *Le subjectivisme lié à la nature des sujets de droit international*

126. La Suisse et l'Union européenne sont deux sujets de droit international de nature juridique différente. La première est un sujet originaire du droit international, qui tire de sa qualité étatique des attributs de souveraineté qui lui confèrent un « pouvoir de vouloir » étendu. La faculté de contracter des engagements internationaux est classiquement considérée comme un attribut de la souveraineté de l'État[158]. En revanche, la seconde est un sujet dérivé du droit international, institué et déterminé par une charte institutive qui conditionne son « pouvoir de vouloir ». On pourrait alors penser que la Suisse est placée dans une situation juridique plus favorable que l'Union. Cette affirmation est vraie mais ne doit pas être surestimée : d'abord, compte tenu du postulat choisi dans cette étude, on retiendra que la volonté de la Suisse même si elle est un Etat souverain, n'est pas illimitée (1) ; ensuite, la volonté de l'Union intègre simplement des limites supplémentaires quant à l'étendue de son « pouvoir de vouloir ». Ces limites tendent à être repoussées sur le plan matériel au fur et à mesure que les compétences internationales de l'Union européenne progressent. Quoiqu'il en soit, dès que les conditions de sa capacité normative sont réunies, l'Union se trouve dans une situation comparable à la Suisse et doit consentir pour être liée juridiquement par un accord (2).

1) *Le « pouvoir de vouloir » de la Suisse*

127. La qualité et le rôle de la volonté de la Suisse dépendent de la perception de la souveraineté, elle-même intrinsèquement liée à la conception du droit international. L'Etat exprime ainsi une volonté en vertu de ce qui est un « *attribut fondamental* »[159] de sa qualité étatique : la souveraineté. La qualité de la volonté dépend alors de celle de la souveraineté. Or sur ce point, différentes conceptions sont possibles.

128. Dans une acception absolue de la souveraineté, celle-ci est considérée comme un « *pouvoir originaire, illimité et inconditionné de l'État* ». Cette vision peut alors conduire à considérer que « *plus rien, à part sa propre volonté 'd'autolimitation', ne l'empêche d'empiéter sur*

---

158 Cour permanente de justice internationale : C.P.J.I., 17 août 1923 (arrêt), *affaire du vapeur Wimbledon*, série A, n°1, p.25.

159 *Ibid.* Comme le relèvent les auteurs, la doctrine sociologique rejette néanmoins cette idée, préférant voir dans l'ordre juridique international lui-même, le titulaire de la souveraineté.

la volonté des autres États »[160]. Or ce n'est pas la conception qui sera retenue ici, compte tenu de certains arguments opposés aux doctrines purement volontaristes, arguments qui s'inscrivent cependant dans un postulat que l'on rappellera.

129. D'abord, cette doctrine volontariste, en considérant que la « *volonté créatrice de droit est forcément 'autonome'* »[161], ne parvient pas à expliquer « *la question majeure […] de savoir pourquoi l'État souverain est lié par sa volonté et pourquoi, une fois lié, il l'est irrémédiablement* »[162]. Il y a des éléments objectifs qui s'appliquent et notamment des règles du droit international[163] qui imposent à la volonté à t+1 de respecter les engagements pris à un instant t : c'est le principe *pacta sunt servanda*. Une autre critique de la conception absolutiste de la souveraineté tient à la structure horizontale de l'ordre juridique international, et plus précisément à l'existence d'autres sujets de droit international souverains : « *dans la société internationale contemporaine, largement interétatique, la souveraineté de chaque État se heurte à celles, concurrentes et égales, de tous les autres États. Dès lors, contrairement à ce qu'écrivent les auteurs volontaristes, la limitation de la souveraineté ne découle pas de la volonté de l'État mais des nécessités de coexistence des sujets de droit international* »[164]. L'affrontement inévitable entre les souverainetés étatiques, par définition égales entre elles, ne peut ainsi être résorbé que par une appréhension de la souveraineté

---

160 Patrick DAILLIER, Mathias FORTEAU, Alain PELLET, *Droit international public*, Paris, LGDJ, 2009, 8ème éd., 1709 p., spéc. p.466.

161 *Ibid.* p.111.

162 *Ibid.* p.114. Voir également la démonstration opérée par l'un des auteurs, Alain PELLET, « Lotus que de sottises on profère en ton nom! : remarques sur le concept de souveraineté dans la jurisprudence de la Cour mondiale », in *Mélanges en l'honneur de Jean-Pierre PUISSOCHET : l'État souverain dans le monde d'aujourd'hui*, Paris, Pedone, 2008, pp. 215-230, à propos de la place excessive accordée à la volonté de l'État à la suite de l'arrêt de la C.P.J.I. dans l'affaire du Lotus (C.P.J.I., 7 septembre 1927 (arrêt), *affaire du Lotus, France c. Turquie*, Rec. série A, n°10).

163 Dans sa thèse, Jean HAUSER souligne également l'influence de l'élément objectif que constitue le temps (à son tour pris en compte par le droit). Il explique que la volonté construit pour durer, la durée constitue l'une des bases d'action d'un acte juridique ; mais elle catégorise aussi l'acte juridique et « *constitue un nouvel îlot de résistance à l'action de la volonté* » : Jean HAUSER, *Objectivisme et subjectivisme dans l'acte juridique. Contribution à la théorie générale de l'acte juridique*, Paris, LGDJ, 1971, 339 p., spéc. p. 127.

164 Patrick DAILLIER, Mathias FORTEAU, Alain PELLET, *Droit international public*, *op.cit.*, p.467. Cette limitation née de la confrontation des souverainetés, est également relevée par Pierre-Marie DUPUY et Juan-Antonio CARRILLO-SALCEDO, ce dernier notant que « *chaque État prétend exercer la totalité des pouvoirs juridiques qui lui sont conférés par le droit, mais il se heurte du même coup à la prétention correspondante de ses partenaires, les autres États souverains* » : Juan-Antonio CARRILLO-SALCEDO, « Droit international et souveraineté des États : Cours général de droit international public », *R.C.A.D.I.*, 1996, I, tome 257, pp.35-222, spéc. p.45. Voir aussi Jean-Marc SOREL, « L'institutionnalisation des relations internationales », in *E. LAGRANGE, J.-M. SOREL (dir.), Droit des organisations internationales*, Issy-les-Moulineaux, LGDJ, 2013, pp.11-34, spéc. p. 28 qui explique que le principe de l'égalité souveraine entre les Etats, « *est une limite au volontarisme car la volonté de l'Etat est bridée par la coexistence avec d'autres Etats* ». Toutefois pour l'auteur ce principe est « *une fiction et ne correspond pas à la réalité de la vie internationale. Le droit international actuel, au lieu de postuler seulement l'égalité souveraine des Etats, pose plutôt ce principe comme un objectif car les règles réelles et matérielles du droit international sont organisées à partir de la constatation de l'inégalité réelle des Etats* » (*Id.*).

qui s'arrête là où commence celles des autres États. La limitation de la souveraineté trouve ainsi son origine dans une coexistence des États souverains objectivement nécessaire. Enfin, un troisième argument, qui laisse clairement apparaître le postulat choisi, tient à la prise en compte du contexte dans lequel se forme le droit.

130. Il faut en effet reconnaître sinon un postulat et une perspective réaliste[165] qui, comme l'indique Michel VIRALLY, s'efforce d'appréhender le droit « *comme il se présente (comme un ensemble normatif), mais [aussi] de le replacer dans son environnement socio-historique sans lequel il n'a pas de réalité* »[166]. Les volontaristes « *négligent totalement le fait que l'État qui exprime une "volonté" agit sous la pression de nécessités économiques et politiques déterminées et dans un cadre social donné* »[167]. C'est l'idée, que l'on retrouve dans la théorie de l'acte du Professeur Jean HAUSER, selon laquelle l'entrecroisement de la volonté et de l'objectif factuel relève de la « *réalité la plus élémentaire* »[168] – « *Le monde objectif y est étroitement combiné dès l'origine avec la volonté parce que c'est la volonté d'un homme qui y vit et parce que sa cause finale est ce monde objectif* »[169]. Il en est de même pour l'État qui évolue dans une société internationale déterminée par des considérations géopolitiques, économiques, culturelles… Certains auteurs soulignent ainsi que l'interdépendance entre les Etats « *est un phénomène aussi marquant que leur souveraineté* »[170]. Le Conseil fédéral suisse soulignera même que, compte tenu des interdépendances existantes, l'indépendance est « *dans un certain sens, un concept relatif* »[171]. On peut alors présumer une union originelle entre la volonté de l'État et l'élément objectif factuel, celui-ci venant s'intégrer à la volonté pour la limiter et la déterminer.

131. De l'interaction évidente et élémentaire de la volonté de l'État avec l'élément objectif factuel, il résulte que la volonté de l'État est non-illimitée ; et c'est cette volonté

---

165 Cette qualification ne renvoie pas forcément aux classifications des courants de théories du droit. Elle vise une approche qui tente d'équilibrer l'étude et l'influence des facteurs volontaristes et objectivistes, légaux comme factuels.

166 Michel VIRALLY, « Panorama du droit international contemporain – Cours général de droit international public », *R.C.A.D.I.*, 1983, V, tome 183, pp.9-382, spéc. p.26.

167 Patrick DAILLIER, Mathias FORTEAU, Alain PELLET, *Droit international public*, *op.cit.*, p.115.

168 Jean HAUSER, *Objectivisme et subjectivisme dans l'acte juridique*, *op.cit.*, p.82.

169 *Id.*

170 Pierre-Marie DUPUY, Yann KERBRAT, *Droit international public*, Paris, Dalloz, 2012, 11ème éd., 929 p., spéc. p.409.

171 Il poursuit en concluant qu' « *Aucun pays n'est entièrement indépendant* » si le mot devait être compris comme impliquant l'absence d'influence concrète d'éléments extérieurs : Rapport du Conseil fédéral du 24 août 1988, sur la position de la Suisse dans le processus d'intégration européenne, *FF 1988, vol.III, n°37, pp. 233-445*, spéc. p.322.

non-abstraite qu'il exprimera dans l'exercice de sa capacité normative. Ces qualités de la volonté peuvent également être constatées s'agissant des organisations internationales, même si le raisonnement qui permet de parvenir à cette conclusion diffère quelque peu.

2) *Le « pouvoir de vouloir » de l'Union européenne*

132. Fondées par un acte juridique établi par des Etats, les organisations internationales sont soumises au principe de spécialité[172] qui tout à la fois impulse et contient leurs actions. Il signifie que les organisations doivent agir en vertu de leurs chartes constitutives, actes fondateurs par lesquels les Etats leur confèrent implicitement ou explicitement certains attributs : buts, missions, compétences, personnalité juridique.

133. La nature exacte de l'Union européenne ne peut probablement pas être enserrée trop rapidement dans une catégorie ; mais en tant que sujet du droit international, elle s'apparente aux organisations internationales[173]. Ses compétences et pouvoirs sont limités en fonction de ses traités fondateurs[174]. Les traités UE et FUE[175] définissent la compétence de l'Union européenne, c'est-à-dire le domaine matériel à l'intérieur duquel elle peut déployer ses activités, mais aussi le pouvoir de l'Union européenne, c'est-à-dire le moyen juridique attribué à ses institutions pour mettre en œuvre les compétences reconnues à l'Union européenne[176]. Quand bien même des compétences supplétives permettent à l'Union européenne de vouloir et d'agir dans une situation qui n'a pas été prédéterminée par le traité, ces dispositions ne confèrent pas à cette organisation un pouvoir de vouloir comparable à celui de l'Etat[177]. Au sein de l'Union, cette limitation se manifeste par un

---

172 « *Principe en vertu duquel les droits et les devoirs d'une organisation internationale sont restreints aux buts et aux fonctions de celle-ci, énoncés ou impliqués par son traité constitutif et développés dans la pratique* » : Jean SALMON (dir.), *Dictionnaire de droit international public*, *op.cit.*, spéc. p.1047.

173 Denys SIMON, Anne RIGAUX, « Les Communautés et l'Union européenne comme organisations internationales », in *E. LAGRANGE, J.-M. SOREL (dir.), Droit des organisations internationales*, Issy-les-Moulineaux, LGDJ, 2013, pp. 114-141.

174 Sur les compétences et pouvoirs, on se reportera aux définitions données par Vlad CONSTANTINESCO, *Compétences et pouvoirs dans les Communautés européennes*, Paris, L.G.D.J., 1974, 492 p., spéc. pp.68 et s. et 82 et s.

175 Traité sur l'Union européenne (version consolidée), *JO C 326 du 26.10.2012, p.13-46* et traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (version consolidée), *JO C 326 du 26.10.2012, p.47-200*.

176 La définition est reprise de la formule employée par Denys SIMON, *L'interprétation judiciaire des traités d'organisations internationales. Morphologie des conventions et fonction juridictionnelle*, Paris, Pedone, 1981, 936 p., spéc. p.165, note 58.

177 La Cour de Justice des Communautés européennes a ainsi jugé que la clause prévue à l'article 235 CEE « *ne saurait constituer un fondement pour élargir le domaine des compétences de la Communautés au-delà du cadre général résultant de l'ensemble des dispositions du traité* », cette disposition ne pouvant revenir à détourner la procédure de

choix approprié de la base juridique de l'acte adopté par l'Union européenne, qui est une question d'ordre constitutionnel déterminante pour la validité de son consentement[178].

134. Ces limites sont importantes pour la relation Suisse-UE puisqu'elles conditionnent la volonté et la capacité de l'Union européenne d'agir juridiquement avec la Suisse. Concrètement, selon le type de compétences dont l'Union européenne dispose, elle peut établir ou non une relation conventionnelle avec la Suisse. Ces limites conditionnent « le périmètre de la relation Suisse-UE ». Mais ces limites peuvent être partiellement « compensées » par la conclusion d'accords mixtes, qui permet notamment à la relation Suisse-UE de s'établir même lorsque l'Union européenne ne dispose pas d'une compétence externe couvrant l'ensemble de l'accord envisagé, en associant les Etats membres de l'UE[179]. En outre, ces limites sont évolutives et le pouvoir attaché à la volonté de l'Union européenne est étendu au fur et à mesure que ses compétences augmentent. Une relation entre la Suisse et les Etats membres de l'Union européenne ou certains d'entre eux peut ainsi théoriquement devenir une relation Suisse-UE compte tenu de l'évolution des compétences de l'Union européenne[180].

---

modification du traité prévu par ce dernier. CJCE, 28 mars 1996, *Adhésion de la Communauté à la convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales,* avis 2/94, *Rec.* 1996, p. I-1759.

178 CJCE, 6 décembre 2001, *Protocole de Cartagena*, avis 2/00, *Rec.* 2001, p. I-09713, pt 5 : « *le choix de la base juridique appropriée revêt une importance de nature constitutionnelle. En effet, la Communauté ne disposant que de compétences d'attribution, elle doit rattacher le protocole à une disposition du traité qui l'habilite à l'effet d'approuver un tel acte. Le recours à une base juridique erronée est donc susceptible d'invalider l'acte de conclusion lui-même et, partant, de vicier le consentement de la Communauté à être liée par l'accord auquel cette dernière a souscrit* ». Du point de vue du droit international, on soulignera qu'en vertu de la Convention de Vienne de 1986 sur le droit des traités entre Etats et organisation internationale (qui reprend des règles coutumières), la nullité du traité conclu en violation du droit interne d'une organisation est (comme pour les Etats) limitée. Selon l'article 46, paragraphe 2, de ladite convention : « *Le fait que le consentement d'une organisation internationale à être liée par un traité a été exprimé en violation des règles de l'organisation concernant la compétence pour conclure des traités ne peut être invoqué par cette organisation comme viciant son consentement, à moins que cette violation n'ait été manifeste et ne concerne une règle d'importance fondamentale* ».

179 Pour une définition et une analyse approfondie des accords mixtes, voir Eleftheria NEFRAMI, *Les accords mixtes de la Communauté européenne : aspects communautaires et internationaux,* Bruxelles, Bruylant, 2007, 711 p.

180 Une hypothèse de substitution comparable à celle réalisée pour le GATT ne semble pas s'être posée dans le cadre restreint des relations entre la Suisse et les Etats membres de l'Union européenne. Toutefois, on peut souligner l'évolution de la convention de Lugano de 1988 conclue entre la Suisse (et les autres Etats de l'AELE) et les Etats de la Communauté européenne (*RO 1991 2436 / JO L 319 du 25.11.1988, p. 9–48*). Cette convention reprenait la Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968 signée entre les Six (*JO L 299* du 31.12.1972, p.32-45 ; sur le lien entre cette convention et le droit communautaire, voir Hélène GAUDEMET-TALLON, *Compétence et exécution des jugements en Europe*, Paris, LGDJ, 2010, 4ème éd., 750 p., pp.3 et s.). Après l'entrée en vigueur du Traité d'Amsterdam, le Conseil de l'UE a « transformé » la Convention de Bruxelles en un règlement (règlement n°44/2001 du 22 décembre 2000, dit « Bruxelles I », *JO L 12 du 16.01.2001, p.1-23*), qui apporte en outre des modifications substantielles. La convention de Lugano de 1988 a ensuite été remplacée par une « nouvelle convention de Lugano » du 30 octobre 2007 (*RO 2010 5609 / JO L 147 du 10.06.2009, p.5-43*), conclue cette fois entre la Suisse (et les autres Etats de l'AELE) et la Communauté européenne (ainsi que le Danemark en raison de sa position particulière dans ce domaine).

135. Dès que la capacité de l'Union européenne est acquise, c'est-à-dire dès que la relation Suisse-UE « a vocation » à s'établir, l'Union est alors juridiquement dans une situation comparable à la Suisse dans l'ordre international et ce, sur un point : le consentement des organisations internationales est en principe requis pour que celles-ci soient liées par des règles conventionnelles, comme c'est le cas pour les sujets étatiques. Par conséquent, la relation Suisse-UE ne peut s'établir en principe que par des traités internationaux auxquels la Suisse et l'Union ont consenti[181]. De ce point de vue, un « pouvoir de vouloir » de l'Union et de la Suisse est en principe nécessaire pour que s'établissent des liens conventionnels entre ces deux sujets. Et c'est parce que la relation Suisse-UE part juridiquement sur une situation égalitaire ou du moins similaire, que les éléments factuels d'inégalité auront une influence marquée dans cette relation juridique[182].

136. Par conséquent, malgré certaines différences quant aux contraintes supplémentaires qui pèsent sur l'Union européenne, cette dernière et la Suisse peuvent exprimer une volonté propre qui permet de fonder une relation juridique notamment conventionnelle. Si l'on cherche à préciser le contenu de cette volonté, on peut souligner, toujours à partir des enseignements généraux du droit international, que leur volonté est celle d'établir des relations tout en conservant la plus grande marge de manœuvre possible.

§2 – La prétention à l'autonomie des sujets de droit international

137. L'analyse du contenu de la volonté de la Suisse et celle de l'Union européenne se fonde ici sur les travaux de Michel VIRALLY qui cherche à identifier les contraintes objectives et subjectives auxquelles sont soumis les Etats, généralisées aux organisations internationales. Parmi ces éléments, la prétention à l'indépendance et plus largement à l'autonomie, constitue une aspiration classique et commune des sujets de droit international (A). Mais il s'agit d'une revendication à une liberté d'action « *aussi totale et*

---

181 Sur les questions plus complexes des traités internationaux auxquels l'Union européenne n'est pas partie, voir notamment aux travaux de Oana MACOVEI, *L'Union européenne, tiers aux conventions des Etats membres*, thèse dact., Université de Bordeaux, 2013, 714 p.

182 Voir, *infra*, chapitre 2, section 1, n°252 et s.

incontrôlée que possible »[183] : elle se heurte donc à des aspirations similaires et contraires, à des nécessités de coopérations et notamment à des nécessités de sécurité juridique. Ces éléments constituent, du point de vue du sujet qui manifeste une volonté d'autonomie, des éléments objectifs. Dès lors, la volonté d'autonomie intègre des éléments objectifs qui enserrent son action entre l'objectivement nécessaire et le réalisable (B).

A) L'aspiration subjective de l'autonomie

138. La Suisse (1) comme l'Union européenne (2) veulent préserver l'autonomie qui les caractérise en tant que sujet de droit international, y compris ceux des éléments qui définissent en propre leur individualité objective de sujet de droit international.

1) La volonté de la Suisse de préserver son autonomie

139. Michel VIRALLY souligne qu'un sujet de droit international veut généralement pouvoir agir le plus librement possible. Cette aspiration est très forte chez les sujets étatiques compte tenu de leur souveraineté et son corollaire, l'indépendance de l'Etat[184]. Apparaît ainsi l'un des éléments caractéristiques de la volonté de la Suisse, celui d'établir des relations étroites avec l'Union européenne tout en préservant son « autonomie de décision »[185]. La volonté d'autonomie est aussi une volonté de conserver ce qui caractérise l'Etat, ce qui en fait une entité distincte des autres ; la Suisse refuse des liens trop étroits avec les Etats membres de l'Union européenne, notamment ceux résultant d'une adhésion, en considérant que cette position permet de préserver les principes de politique

---

183 Michel VIRALLY, « Panorama du droit international contemporain – Cours général de droit international public », *R.C.A.D.I.*, 1983, V, tome 183, pp.9-382, spéc. p.35

184 Voir la formulation retenue dans la sentence de la Cour Permanente d'Arbitrage, rendue par l'arbitre Max HUBER, en 1928 : « *La souveraineté, dans les relations entre Etats, signifie l'indépendance. L'indépendance, relativement à une partie du globe, est le droit d'y exercer, à l'exclusion de tout autre Etat, les fonctions étatiques* » : CPA, 4 avril 1928, *Ile de Palmas (Pays-Bas c. Etats Unis)*, *Recueil des Sentences arbitrales,* vol. II, pp.829-872, spéc. p.838.

185 Le Conseil fédéral déclarait en ce sens : « *Il faudrait naturellement fixer les limites de la solidarité et du parallélisme de l'évolution des deux partenaires, là où l'autonomie de décision de notre Etat serait compromise outre mesure* » : Rapport du Conseil fédéral du 24 août 1988 sur la position de la Suisse dans le processus d'intégration européenne, *FF 1988, vol.III, n°37, pp. 233-445*, spéc. p.333. A la suite de la conclusion des accords bilatéraux I, le Conseil fédéral déclarait que : « *Dans les sept accords, les parties contractantes ont tenu à sauvegarder leur autonomie de décisions* » : Message du Conseil fédéral du 23 juin 1999 relatif à l'approbation des accords sectoriels entre la Suisse et la CE, *FF 1999, vol. VI, n°34, pp. 5440-6398*, spéc. p. 5469, pt 148.5 ; de même, à propos de l'« *autonomie législative* », *ibid.* p.5470.

étrangère, et institutions fédéralistes et démocratiques suisses[186]. Il ne s'agit pas ici de dire que la Suisse préfèrera restée isolée ni que les liens qu'elle établira avec l'Union n'affecteront d'aucune manière des éléments caractéristiques de son autonomie ; mais la Suisse, à l'instar des autres sujets de droit international, cherche à préserver autant que possible sa marge de manœuvre.

2) *La volonté de l'Union européenne de préserver son autonomie*

140. Les organisations internationales disposent également d'une certaine autonomie liée à leur qualité de sujets du droit international. La prétention à l'autonomie est ainsi liée aux fondements légaux de l'organisation internationale. On a pu apercevoir que ces éléments objectifs déterminent la volonté d'une organisation internationale dans les effets qu'elle est susceptible de produire ; on comprend ici que ces éléments déterminent aussi un contenu de cette volonté : l'organisation veut préserver son autonomie qu'elle tire de ses traités institutifs.

141. Mais si l'on s'en tient à ce stade sur le contenu de cette volonté, sans considérer ses fondements (objectifs), on peut souligner que l'organisation est ainsi susceptible d'assoir et de revendiquer cette autonomie, à la fois par rapport à leurs membres et par rapport à des Etats tiers[187]. Et pour l'Union européenne cette prétention est assez marquée : cette « *pétition d'autonomie* » a même pour Jean BOULOUIS, « *un caractère fondamental, tant du point de vue politique que du point de vue juridique* »[188]. A l'égard des Etats membres, l'autonomie de l'ordre juridique de l'Union européenne assure les bases d'une primauté du droit de l'Union européenne et plus largement les conditions de son effectivité[189] ; à l'égard des Etats tiers et autres organisations internationales, l'aspiration à la liberté de

---

186 Rapport du Conseil fédéral du 24 août 1988 sur la position de la Suisse dans le processus d'intégration européenne, *op.cit.*, p.364. Sur les accords bilatéraux de 1999 et la « marge de manœuvre » et la « souveraineté » des cantons suisses, voir le message du Conseil fédéral du 23 juin 1999 relatif à l'approbation des accords sectoriels entre la Suisse et la CE, *op.cit.*

187 Voir notamment la position exprimée par la Cour Internationale de Justice à l'égard de la protection par l'ONU des membres du personnel de l'organisation : C.I.J., 11 avril 1949 (avis),*Réparation des dommages subis au service des Nations Unies*, *CIJ Rec.*, p.174.

188 Jean BOULOUIS, *Droit institutionnel de l'Union* européenne, Paris, Montchrestien, 1997, 6ème éd., 407 p., spéc. p.249, §406.

189 Voir notamment l'arrêt Costa dans lequel la Cour de Justice des Communautés européennes considérait que « *le traité de la C.E.E. 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* » : CJCE, 15 juillet 1964, *Costa c. ENEL*, aff. 6/64, *Rec.* 1964, p.1141, spéc. p.1158.

l'UE s'exprime sous la forme d'une volonté de préserver et son « *autonomie de décision* »[190], et l'autonomie de l'interprétation de son droit interne[191]. Enfin, et comme pour la Suisse, en tant que sujet de droit international, l'Union européenne dispose aussi d'une individualité objective qu'elle cherche à caractériser et revendiquer. La prétention de l'Union à l'autonomie couvre alors une volonté de préserver certains éléments particuliers qui la distinguent des autres sujets de droit et notamment des autres organisations. A cet égard, Jean-Claude GAUTRON et Loïc GRARD soulignaient que « *l'affirmation de l'autonomie permet de poser les bases de la spécificité des Communautés au regard du droit des organisations internationales* »[192]. En somme, la prétention de l'Union européenne à l'autonomie « *vise à libérer la construction communautaire des dépendances susceptibles d'en altérer l'originalité et la cohérence et à informer ses relations avec les ordonnancements juridiques avec lesquels elle est nécessairement en contact* »[193].

142. Si l'on peut caractériser le contenu des volontés de la Suisse et l'Union européenne comme aspirant à une liberté qui leur permette de préserver leur autonomie, ce subjectivisme se conjugue toutefois avec des éléments objectifs. On a pu l'apercevoir pour l'Union européenne parce que les fondements de sa prétention à l'autonomie sont d'ordre légal : ses traités institutifs. C'est cette conjugaison des éléments objectifs dans la volonté de la Suisse et celle de l'Union européenne qui peut être ensuite précisée.

B) Une aspiration subjective intégrant « l'objectivement nécessaire et possible »

143. La prétention subjective à l'autonomie subit une certaine objectivisation à deux niveaux : elle se heurte à des éléments objectifs, et exprime une volonté qui intègre ces

---

190 Voir le discours du 20 mai 1987 de Willy DE CLERCQ, membre de la Commission européenne lors de la rencontre d'Interlaken entre la Commission et des ministres de l'AELE (cité dans le rapport du Conseil fédéral du 24 août 1988, sur la position de la Suisse dans le processus d'intégration européenne, *FF 1988, vol.III, n°37, pp. 233-445*, spéc. p.293) . Voir également, *infra*, chapitre 2, section 2, §1, C) 2.

191 Voir les avis rendus par la Cour de justice, et notamment l'avis 1/91 (CJCE, 14 décembre 1991, *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 1/91, *Rec.* 1991, p. I-06079). La question de l'autonomie sera approfondie *infra*, titre 2, chapitre 2, n°673 et s., lors de l'étude de la compatibilité des accords Suisse-UE avec l'autonomie de l'ordre juridique de l'Union.

192 Jean-Claude GAUTRON, Loïc GRARD, « Le droit international dans la construction de l'Union européenne. Rapport général », in *Droit international et droit communautaire – perspectives actuelles. Colloque de Bordeaux de la SFDI*, Paris, Pedone, 2000, pp.11-152.

193 Jean BOULOUIS, *Droit institutionnel de l'Union* européenne, *op.cit.*. p.249, §406.

éléments objectifs. Loin d'être une prétention subjective pure, elle intègre immédiatement certaines limites objectives.

144. D'abord, la prétention d'un sujet de droit international à une liberté d'action « *aussi totale et incontrôlée que possible* »[194] se heurte à des prétentions semblables d'autres sujets de droit. Parfois considérée sous le prisme de « l'inter-subjectivité »[195], cette limite est ici considérée comme objective. L'objectivisation résultant de la structure horizontale de l'ordre international a été soulignée pour expliquer que la souveraineté de l'Etat n'est pas absolue et se heurte à celle, concurrente et égale des autres Etats[196]. De même l'organisation internationale, sujet de droit international autonome par rapport à ses membres et par rapport aux tiers, peut aussi prétendre à une liberté d'action la plus large possible. Et cette aspiration est, comme pour l'Etat, limitée par les prétentions concurrentes et égales des autres sujets.

145. Ensuite, le « possible » dans lequel se manifeste la prétention à la liberté d'action est lui aussi conditionné par certaines limites légales. La Suisse et l'Union européenne sont par exemple tenues de respecter les engagements qu'elles ont souscrits en vertu du principe juridique *pacta sunt servanda* ; la simple évolution de la volonté de l'une – quand bien même elle résulterait d'une évolution du droit constitutionnel interne – ne peut pas suffire à modifier les engagements contractés[197]. La volonté de l'Union européenne connaît en outre des limites supplémentaires liées à sa nature d'organisation, limites posées par sa charte constitutive. En somme, la Suisse et l'Union européenne aspirent à la plus grande liberté d'action possible, cette volonté étant limitée par des éléments objectifs qui font varier l'étendue de ce « possible ».

146. De plus, la volonté d'une marge de manœuvre aussi large que possible, est également déterminée en fonction d'un autre élément objectif, en apparence opposé : la nécessité de limiter sa propre marge de manœuvre. Elle peut être expliquée par une

---

194 Michel VIRALLY, « Panorama du droit international contemporain », *op.cit.*, spéc. p.36.

195 Jean COMBACAU, « Le droit international : bric-à-brac ou système ? », *A.P.D.*, t. 31 « le système juridique », 1986, pp.85-105.

196 Voir, *supra*, §1, n°129.

197 Sur les incidences que posent en particulier les initiatives populaires en Suisse, voir, *infra*, chapitre 2, n°360 et s.

idée proche des théories de droit constitutionnel classiques sur la nature de l'Etat[198]. Pour Michel VIRALLY, la prétention à l'autonomie « *s'accompagne, nécessairement, de la recherche de la sécurité qui est le grand impératif politique, car il n'y a pas de liberté sans elle* »[199]. Or, parce que les sujets de droit ne sont pas égaux en pratique – et l'on aperçoit l'un des éléments objectifs factuels conditionnant les relations internationales – ils vont chercher à combler cette *nécessaire* sécurité qu'ils ne peuvent obtenir par des moyens propres de puissance. Un sujet de droit international est ainsi enclin à chercher des « *appuis extérieurs, apportant un renfort ou une protection.* […] *La recherche de l'indépendance conduit ainsi, souvent, à tisser de nouveaux liens d'interdépendance, ou, à choisir entre plusieurs dépendances, celle qui est la moins lourde* »[200]. Ainsi l'aspiration à l'indépendance non seulement se concilie, mais parfois implique, la recherche d'une forme de contrainte juridique, d'une organisation matérielle organisée[201]. On retrouve cette idée par exemple dans la volonté de la Suisse de substituer, à un « modus vivendi » non-obligatoire avec la Communauté européenne, un véritable traité international juridiquement contraignant[202]. La prétention à l'autonomie est donc loin d'être purement subjective : elle est « *toujours un état relatif et instable, gagné par les contraintes de l'interdépendance* »[203], et l'on verra comment ces contraintes factuelles de l'interdépendance influencent la volonté de la Suisse et celle de l'Union européenne pour établir des liens juridiques[204].

147. En conclusion, le subjectivisme déterminant dans la relation entre l'Union européenne et la Suisse a pu être dans un premier temps précisé à partir des enseignements généraux du droit international. Il en ressort que l'Union européenne et la

---

198 Pour un exposé de ces théories, voir Bernard CHANTEBOUT, *Droit constitutionnel*, Paris, Sirey, 30ème éd., 2013, 656 p., spéc. pp.4 et s.

199 Michel VIRALLY, « Panorama du droit international contemporain », *op.cit.*, spéc. p.37.

200 *Ibid.*

201 Cette idée se rapproche de celle formulée par le Professeur HAUSER, selon laquelle « *le contractant économiquement faible trouve finalement plus de limites au pouvoir de sa volonté dans le monde matériel juridiquement libre que dans un monde matériel juridiquement organisé* ». Jean HAUSER, *Objectivisme et subjectivisme dans l'acte juridique. Contribution à la théorie générale de l'acte juridique*, Paris, LGDJ, 1971, 339 p., spéc. p.48.

202 Il existait en effet en matière de transit un simple « *modus vivendi* » entre la CEE et la Suisse. La Suisse a cependant souhaité conclure un véritable accord formel (basé sur le règlement CEE n°542/69 du 18 mars 1969 relatif au transit communautaire). Elle espérait ainsi assoir ses droits à l'égard de la CEE et « *faire valoir son point de vue* » en cas de modification du règlement : message du Conseil fédéral du 11 décembre 1972 concernant un accord avec la Communauté économique européenne sur l'application de la réglementation relative au transit communautaire, *FF 1973, vol.I, n°7, pp. 185-289*, spéc. p.188.

203 Michel VIRALLY, « Panorama du droit international contemporain », *op.cit.*, spéc. p.37.

204 Voir, *infra*, chapitre 2, section 1, n°237 et s.

Suisse sont des sujets capables d'exprimer une volonté et de faire produire des effets juridiques à cette volonté. Mais leur volonté – et en aval leur pouvoir de vouloir – est déterminée par des éléments objectifs qui conditionnent l'un des contenus classiques de la volonté d'un sujet de droit international : la prétention à l'autonomie. Le subjectivisme déterminant la relation Suisse-UE peut ensuite être précisé à partir des manifestations de volonté de la Suisse et de l'Union européenne.

*

* *

Section 2. Les éléments subjectifs caractéristiques de la relation Suisse-UE

148. Les éléments précédents ont laissé transparaître que des sujets de droit international sont incités à coopérer en raison de facteurs objectifs, mais que leur volonté de collaboration doit s'allier avec la préservation d'une autonomie. La Suisse comme l'Union européenne, espèrent ainsi établir une coopération avantageuse pour chacune, tout en préservant leur autonomie : la « souveraineté législative » pour la Suisse, et l'autonomie de l'ordre juridique pour l'Union européenne. Cet équilibre se concrétise dans la relation Suisse-UE d'une manière particulière, en raison de l'échec des négociations sur une zone de libre-échange envisagée en 1957, mais aussi de celui de la ratification de l'accord EEE en 1992 (§1). La relation Suisse-UE se développe donc en maintenant une approche bilatérale pragmatique, parfois systématisée sous le vocable de « voie bilatérale » (§2).

§1 – Les volontés de la Suisse et de la Communauté au regard de l'échec des négociations de 1957 et 1992

149. La relation Suisse-UE aurait pu être établie au niveau européen essentiellement dans un cadre multilatéral, celui d'une zone de libre-échange envisagée en 1957, et d'un Espace économique européen créé par l'accord de 1992. Or, les négociations ont échoué en 1958 compte tenu des divergences de vues sur la forme de cette zone, et du risque que faisait courir une telle zone à la Communauté économique européenne nouvellement créée (A). Le « processus du Luxembourg » mené dans les années 1980 oriente le rapprochement entre les Etats de l'AELE et la Communauté et ses Etats membres vers une coopération plus structurée. Cependant, l'accord trouvé devra être renégocié à la suite du premier « *drama of the EEA* »[205] : la Cour de justice des Communautés européennes a considéré l'accord comme incompatible avec la « *charte constitutionnelle d'une communauté*

[205] Barbara BRANDTNER, « The Drama of the EEA - Comments on Opinions 1/91 and 1/92 », *E.J.I.L.*, 1992, vol.3, n°2, pp.300-328.

de droit »[206] que constitue le traité CEE. Un nouvel accord est signé et prévoit, pour préserver l'autonomie de l'ordre juridique communautaire, une structure juridictionnelle duale entre les membres de l'AELE d'une part, et ceux de la CE d'autre part. Mais alors le nouvel accord signé en mai 1992, est rejeté par le peuple et les cantons suisses qui y voient – selon les interprétations données au referendum du 6 décembre 1992 – une atteinte excessive pour l'autonomie de la Suisse (B).

A) L'échec des négociations de 1957 sur une grande zone de libre-échange

150. Compte tenu de la coopération économique instaurée dans le cadre de l'Organisation européenne de coopération économique (OECE) regroupant la Suisse et les autres Etats d'Europe (1), le projet des Six d'approfondir leur relation va susciter l'adoption d'une grande zone de libre-échange, qui se concevra selon deux grands projets (2). Mais les négociations échouent à la fin de l'année 1958, et l'on essaiera d'en comprendre les raisons (3), pour en identifier les principales conséquences pour la relation Suisse-UE (4).

1) Le risque de scinder la coopération économique établie dans l'OECE

151. La relation entre la Suisse et l'Union européenne (et historiquement la Communauté européenne) doit se comprendre au regard de la coopération instaurée en 1948 entre les Etats européens, notamment la Suisse et les Etats qui formeront les Six au sein des futures Communautés. L'OECE créée en 1948[207] a comme tâche immédiate[208] d'assurer la mise en œuvre de l'aide américaine décidée par le « plan Marshall »[209],

---

206 CJCE, 14 décembre 1991, *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 1/91, *Rec.* 1991, p. I-06079, pt 21.

207 Elle est mise en place par la Convention de coopération économique européenne, signée le 16 avril 1948, et entrée en vigueur le 1er juillet 1948. L'OECE réunit alors l'Autriche, la Belgique, le Danemark, la France, la Grèce, l'Irlande, l'Islande, l'Italie, le Luxembourg, la Norvège, les Pays-Bas, le Portugal, le Royaume-Uni, San Marin, la Suède, le Liechtenstein, la Suisse, la Turquie (elle fut signée par les commandants en chef des zones d'occupation en Allemagne de la France, du Royaume-Uni et des États-Unis). Trois Etats sont associés (les Etats-Unis, le Canada, la Yougoslavie). L'OECE est remplacée en 1960 par l'Organisation de coopération et de développement économique (OCDE) et comprend désormais plus de trente membres.

208 Voir le titre I, article 1 alinéa 2 et le titre II, article 11 de la Convention précitée.

209 A la suite de la Seconde Guerre Mondiale le secrétaire d'État américain George Marshall, propose aux pays d'Europe, le 5 juin 1947, un plan d'aide économique de grande ampleur. Il considère à cet égard qu' « *Il ne serait ni bon ni utile que ce gouvernement entreprenne d'établir de son côté un programme destiné à remettre l'économie de l'Europe sur pied. C'est là l'affaire des Européens. L'initiative, à mon avis, doit venir de l'Europe. Le rôle de ce pays devrait consister à apporter une aide amicale à l'établissement d'un programme européen, et à aider ensuite à mettre en*

en recourant à divers leviers tels que la productivité, le système des paiements, ou la libéralisation des échanges. Si la Suisse n'avait pas un intérêt direct et immédiat dans le bénéfice de l'aide apportée par les Etats-Unis à l'Europe, elle décide néanmoins de participer à ce cadre de la coopération économique en Europe (de l'Ouest)[210] qui se met en place avec l'OECE[211].

152. Malgré leur volonté d'associer le Royaume-Uni aux travaux[212], et de tenir informé l'OECE[213], le projet des Six va profondément bouleverser la coopération économique européenne. La décision de certains Etats de dépasser une simple libéralisation en créant une véritable communauté sectorielle en 1951 (la CECA), économique en 1957 (la CEE), est perçue comme un risque de « scinder » le groupe formé au sein de l'OECE. En effet, certains membres de l'OECE (dont la Suisse) refusent de participer aux marchés communs[214]. Or, l'intégration très poussée qu'envisagent une partie des membres (les Six) ne pouvait qu'affecter la coopération de caractère plus général progressivement instaurée au sein de l'OECE[215], laquelle en outre, arrivait à certaines limites[216].

œuvre ce programme dans la mesure où il sera possible de le faire. Ce programme devrait être général et établi en commun par un grand nombre de nations européennes, sinon par toutes. » : George MARSHALL, « Discours du Secrétaire d'Etat des Etats-Unis prononcé le 5 juin 1947 à l'Université Harvard », La Documentation française, Notes et Etudes Documentaires n°641, Paris, 12 juin 1947. Par conséquent, ce programme de relèvement européen « *n'est pas un simple programme d'aide ; il ne s'est pas borné à assurer un soutien à tel ou tel pays ; il a constitué l'amorce d'une tentative pour lancer les pays d'Europe sur la voie de la coopération économique et mettre fin aux difficultés engendrées par des échanges bilatéraux entachés de restrictions* » : Daniel BARBEZAT, « Le Plan Marshall et les origines de l'OECE », in R.T. GRIFFITHS (dir.), *À la découverte de l'OECE*, 1997, pp.35-48, spéc. p.35.

210 L'U.R.S.S. a refusé de participé à cette coopération, ce refus entraînant également le maintien à l'écart d'autres Etats européens de l'Est. Sur les raisons et conséquences de ce refus, voir Henryk DUNAJEWSKI, « Le Plan Marshall et les pays de l'Europe de l'Est », *Revue d'études comparatives Est-Ouest*, vol.14, 1983, n°1, pp. 47-73.

211 Sur les raisons du choix de la Suisse, et la levée des réserves relatives à la neutralité, voir notamment le Message du Conseil fédéral du 26 août 1948, concernant la ratification de la convention de coopération économique européenne, *FF 1948, vol.II, n°34, pp. 1113-1157*, spéc. pp.1133 et s.

212 Le Royaume-Uni bénéficiait ainsi d'une position différente de la Suisse et des autres Etats de l'OECE : voir la partie II, §§6 et 7 de la résolution adoptée par les ministres des Affaires étrangères des Etats membres de la CECA (Messine, 1er au 3 juin 1955), *Archives historiques du Conseil de l'Union européenne*.

213 Point 8 du communiqué de presse adopté à l'issue de la Conférence de Venise le 30 mai 1956, Archives historiques du Conseil de l'Union européenne, Négociations des traités instituant la CEE et la CEEA (1955-1957), *CM3/NEGO/093*.

214 Sur l'interprétation de la neutralité de la Suisse comme un obstacle à l'adhésion aux Communautés, voir, *infra*, chapitre 2, section 2, n°350 et s.

215 *Le rôle de l'Organisation Européenne de Coopération Economique*, Rapport du Secrétaire Général, OECE, Paris, 1959, 119 p., spéc. p.10.

216 Bien qu'elle ait été jugée efficace, la libéralisation entreprise dans le cadre de l'OECE est apparue, en 1956, comme ayant atteint ses limites. C'est ce que rappelle le groupe de travail spécial [qui sera] chargé d'étudier les possibilités d'instituer une Zone de libre-échange, dans son rapport : « *L'œuvre de libéralisation des échanges intra-européens entreprise par l'O.E.C.E. depuis sa fondation a été efficace. Mais, au cours de l'année 1956, il apparaît qu'elle ne peut, sous sa forme actuelle, dépasser certaines limites.* » : Rapport sur la possibilité d'instituer une Zone de libre-échange en Europe, rapport préparé pour le Conseil de l'OECE par un groupe de travail spécial, OECE, Paris, 1957, 61 p., spéc. p.7. En effet, la libération des échanges entreprise dans le cadre de l'OECE reposait sur la suppression progressive des contingents. Or en 1956, la plupart des Etats avaient atteint un taux de libération de 90%. Le problème tenait

153. Le Conseiller fédéral en charge de la diplomatie suisse déclarera ainsi au Conseil de l'OECE : « *Nous comprenons les raisons qui ont engagé les six pays à prendre une initiative qu'ils jugent dans l'intérêt général de notre continent. Mais aujourd'hui – dans le cadre de l'O.E.C.E. – la question précise qui me paraît se poser est celle-ci : Est-ce que le marché commun, s'il n'est pas complété par une institution plus large, groupant tous les pays de l'O.E.C.E., ne risque pas de conduire à de nouvelles divisions en Europe, réalisant certes une unité plus grande dans le cadre restreint des six pays, mais au prix d'une rupture de la cohésion économique de l'Europe dans son ensemble ? Ce qui a été acquis serait ainsi compromis, remis en cause. Les discriminations que l'O.E.C.E. a réussi à éliminer réapparaîtraient. […]. C'est pourquoi le gouvernement suisse est convaincu – non pas seulement de l'opportunité ou de l'utilité – mais de la nécessité absolue de la création d'une zone de libre-échange, c'est-à-dire d'une institution qui, sans faire obstacle à l'œuvre et à l'action des six du marché commun, permettrait de maintenir ce qui a été acquis, de le développer, de l'améliorer* »[217].

154. C'est effectivement l'idée d'une grande zone de libre-échange qui est alors envisagée[218].

2) *Les projets de zone de libre-échange*

155. En juillet 1956, le Royaume-Uni soumet au Conseil de l'OECE un projet de zone de libre-échange, et le groupe de travail institué au sein de l'OECE rend son rapport en janvier 1957 sur la possibilité d'instituer une zone de libre-échange[219]. A la suite de la signature des Traités de Rome, le 25 mars 1957, les ministres des pays membres de l'OECE se réunissent en octobre pour aborder les problèmes de fond, et instituer un nouvel

---

moins à la restriction quantitative des échanges, qu'aux barrières de nature tarifaire (voir cependant la décision de la France de 1957 sur le rétablissement des barrières quantitatives).

217 « Déclaration générale de M. Max PETITPIERRE faite à l'occasion de la réunion du Conseil des Ministres de l'O.E.C.E. des 16-18 octobre 1957 », in A. FLEURY (dir.), *DDS*, volume 20 (1.4.1955-28.2.1958), 2004, 423 p. (dodis.ch/13222).

218 André MARCHAL, « Marché commun européen et zone de libre-échange », *Revue économique*, volume 9, n°2, 1958. pp. 255-266, spéc. p.260 ; Ernst THURNHEER, *La Zone de libre échange. L'association des pays membres de l'OECE à la CEE*, Thèse, Droit, Université de Paris, 1959, 267 p. ; Laurent WARLOUZET, « La Commission européenne face au défi de la « Grande Europe » : la négociation de la zone de libre-échange en 1958 », in G. BOSSUAT, A. DEIGHTON (dir.), *L'Union européenne, acteur de la sécurité mondiale*, Paris, Soleb, 2007, pp. 364-381.

219 Le 19 juillet 1956, le Conseil de l'OECE décide de mandater un Groupe de Travail – dit groupe des Dix-sept – sur la possibilité « *d'étudier les formes et les méthodes possibles d'une association, sur une base multilatérale, entre l'Union douanière et les pays Membres qui n'y participeront pas* ». Il rend son rapport en janvier 1957 : Rapport sur la possibilité d'instituer une Zone de libre-échange en Europe, rapport préparé pour le Conseil de l'OECE par un groupe de travail spécial, OECE, Paris, 1957, 61 p.

organe, le Comité intergouvernemental de la zone de libre-échange, présidé par le britannique R. MAUDLING.

156. La Suisse et le Royaume-Uni semblent s'accorder sur l'approche commerciale de la Zone, la Suisse estimant que « *la convention de zone de libre échange devrait, de manière générale, être limitée à l'abolition des tarifs douaniers (à l'exception des droits fiscaux) et des contingents ainsi qu'aux interventions gouvernementales en matière de concurrence* »[220]. La position de la Suisse est cependant plus souple que celle du Royaume-Uni, en premier lieu à l'égard des produits agricoles qu'elle n'exclut pas mais auxquels elle estime nécessaire d'attribuer un statut spécial visant un équilibre entre la réduction des barrières aux échanges et la nécessité de maintenir une base suffisante d'approvisionnement autonome. En outre, la Suisse est ouverte à la discussion sur « *l'établissement d'un régime libéral pour les facteurs de production ou à une coordination des politiques économiques* »[221]. Cependant, et c'est un point essentiel, elle considère que la zone de libre-échange « *ne doit pas être une transposition ou une adaptation du Traité de Rome* »[222], et toute discussion sur une coopération approfondie ne doit se faire que dans le cadre et selon les méthodes de l'OECE, notamment selon une approche intergouvernementale.

157. Cependant, la France propose, le 20 février 1958[223], une conception de la Grande Zone de libre-échange sinon opposée, du moins très différente sur plusieurs niveaux. Si elle envisage une règle de décision à l'unanimité et des clauses de sauvegarde, la France considère que la zone de libre-échange doit être établie progressivement, de manière décalée et non concomitante avec l'ouverture réalisée dans la CEE ; elle inclut également des éléments de politique commune agricole et des dispositions d'harmonisation en matière sociale. Les Six établissent une position commune, à la suite des travaux du « Comité OCKRENT » et au memorandum de la Commission européenne, « *certes plus modéré que le mémorandum français de février 1958, mais qui contribue à remettre en cause la*

---

220 Déclaration de M. Thomas HOLENSTEIN, 17.10.1957. Zone de libre échange », in A. FLEURY (dir.), *DDS*, volume 20 (1.4.1955-28.2.1958), 2004, 423 p. (dodis.ch/13221).

221 *Ibid.*

222 *Ibid.*

223 Laurent WARLOUZET, « Négocier au pied du mur : la France et le projet britannique de zone de libre-échange (1956-1958) », *Relations internationales*, 2008/4 n°136, pp. 33-50 spéc. p.39. L'auteur souligne également l'habileté de la diplomatie française à « communautariser » ses exigences.

conception britannique d'une zone strictement commerciale au libéralisme automatique »[224]. Le projet des Six est plus souple que le projet français (la France a notamment renoncé à l'exigence du décalage), mais il conserve une approche globale basée sur le Traité instituant la CEE. N'étant pas simplement commerciale, c'est une « *Association économique européenne* » que les Six proposent de mettre en place[225].

158. Cependant en octobre 1958, les négociations à l'OECE s'enlisent à tel point que les négociations sont suspendues à la fin de l'année 1958, soit juste avant la mise en application des premières mesures intra-communautaires.

3) Les raisons de l'échec des négociations

159. L'échec des négociations sur la zone de libre-échange s'explique probablement par la conjonction de différents points, liés entre eux : le cadre ambigu de la négociation sur la zone, le défaut intrinsèque de toute zone de libre-échange, les divergences de conceptions sur ce projet, mais aussi le risque d'incompatibilité entre le projet de zone de libre-échange et la jeune CEE.

160. En effet, l'idée d'une grande zone de libre-échange était essentiellement portée par des considérations négatives : ne pas rétablir une division en Europe, ne pas porter atteinte à la coopération économique mise en place dans le cadre de l'OECE. Sans renier l'existence d'une envie politique d'approfondir la coopération, il semblerait que les discussions se soient engagées dans un sens technique pour trouver un arrangement à la suite de la mise en place du Marché commun, et l'absence d'ambition politique claire n'a pas permis de quitter le terrain des rapports de faisabilité, mémorandum et autres projets qui se sont succédé. A cela s'ajoute une certaine division des « Non-Six » sur les questions sensibles, les intérêts de la Suisse par exemple en matière d'agriculture ne recoupant pas ceux du Royaume-Uni, ce dernier étant lui-même dans une position hésitant entre « *une stratégie mondiale et une stratégie européenne* »[226]. Ce manque de direction claire laissera ainsi latents certains problèmes traditionnels relatifs à la mise en place d'une zone de

---

[224] *Ibid.* p.45.

[225] Pour une synthèse des propositions communes voir le rapport du Département fédéral de l'économie publique du 9 août 1958, « Etat des négociations sur la zone de libre échange », *DDS* (dodis.ch/16436).

[226] Laurent WARLOUZET, « Négocier au pied du mur : la France et le projet britannique de zone de libre-échange (1956-1958) », *Relations internationales*, 2008/4 n°136, pp. 33-50 spéc. p.41.

libre-échange, et en particulier le risque de détournement de trafic résultant de la levée des restrictions quantitatives et barrières tarifaires sans l'adoption d'un tarif douanier commun. Ainsi, et au-delà de leurs différences techniques, les positions des « Six » et « Non-Six » s'opposent sur le projet à réaliser : une association économique qui se déploie autour et en fonction du Marché commun d'un côté ; une zone commerciale de libre-échange de produits essentiellement industriels qui ceinturerait géographiquement le Marché commun de l'autre côté. Le projet britannique est ainsi perçu comme vecteur d'un risque, celui de « diluer » le Marché Commun. On comprend ainsi mieux la position *a priori* singulière des Six quant aux règles de vote. Alors que les Onze se sont convaincus de la nécessité pour le bon fonctionnement de la Zone, d'abandonner dans certains cas la règle de l'unanimité, les Six, qui ont accepté un passage progressif à la majorité dans le Marché Commun, ont exigé le maintien de l'unanimité dans la Grande Zone, « *soucieux d'éviter que l'adoption d'une règle de majorité dans le cadre de la Zone ne mette la Communauté en difficulté, voire n'en compromette l'existence* »[227]. Il faut en effet souligner le fait, qu'à ce moment là, que la Communauté économique européenne faisait ses premiers pas, sur la base d'une ambition forte mais inédite. En ce sens Robert SCHUMAN doutait de la possibilité pour les Six d'« *adhérer à la fois, et simultanément, à la Communauté Européenne et à la Zone de Libre-échange* »[228]. La mise en place de la CEE laissait ainsi craindre qu'entre le projet d'intégration et le libre-échange il y ait, plus qu'une différence, une « *certaine incompatibilité ou contradiction entre les deux régimes* »[229].

4) *Les conséquences de cet échec sur la volonté de la Suisse et celle de la CEE*

161. L'échec de ces négociations a eu deux influences majeures sur la relation Suisse-UE (alors CEE). La première concerne la volonté de la Communauté économique européenne, pour qui les relations avec la Suisse ne doivent pas conduire à un émiettement de l'union formée entre les Etats membres de la Communauté[230] . La seconde concerne la volonté de

---

227 *Le rôle de l'Organisation Européenne de Coopération Economique*, Rapport du Secrétaire Général, O.E.C.E., Paris, 1959, 119 p., spéc. p.25. Le rapport précise les questions qui auraient manifestement pu faire l'objet d'un accord de celles qui n'ont pas pu être aplanies.

228 Discours prononcé par M. Robert SCHUMAN à la Conférence organisée par le Conseil Britannique du Mouvement Européen (Londres, 19 au 21 Février 1958), Paris, Organisation française du Mouvement européen, 1958, 5 p.

229 *Ibid.*

230 Voir, sous le prisme inverse, l'influence de ce processus d'unification (considéré comme une contrainte objective légale) sur la volonté de l'Union européenne, *infra*, chapitre 2, section 2, n°315 et s.

la Suisse : celle-ci maintient son souhait de se rapprocher de la Communauté, et en assure les conditions de réalisation par une coordination avec sept autres Etats, au sein de l'Association européenne de libre-échange (AELE) créée en 1960[231].

162. Cette volonté de la Suisse peut être précisée sur trois points : il s'agit d'abord d'une volonté de concurrencer économiquement la CEE ; mais il s'agit aussi, à terme de s'associer au développement économique de la CEE ; la Suisse vise ainsi une coopération avec la CEE par le biais de la « plate-forme » de l'AELE.

163. En tant que réaction directe à l'établissement de la CEE et à l'échec d'une Grande zone de libre-échange, l'AELE avait « *principalement pour objectif d'assurer le libre-échange entre ses États membres et de faire contrepoids à l'essor du Marché commun, en devenant une alternative intergouvernementale aux Communautés européennes dites supranationales* »[232]. Elle est établie comme un contre-projet à la CEE pour des Etats qui rejettent l'ampleur de l'intégration mise en place par les Traités de Rome, comme un moyen pour ces Etats d'assurer un développement économique face au Marché Commun. Dès lors, il résulte de la coopération économique initialement instaurée au sein de l'OECE une « *concurrence entre la Communauté européenne et l'Association européenne de libre échange* »[233].

164. Mais dès le départ, la Convention instituant l'AELE affiche comme objectif principal de « *faciliter l'établissement dans un proche avenir d'une association multilatérale ayant pour objet d'éliminer les obstacles aux échanges et de développer une coopération économique plus étroite entre les membres de l'Organisation Européenne de Coopération Economique, y compris les membres de la Communauté Economique Européenne* »[234]. Cet objectif a été maintenu et réaffirmé quarante ans après, lors de l'amendement de la Convention de Stockholm

---

231 En effet, cet échec aura en premier lieu des conséquences pour l'OECE elle-même (voir le rapport du Groupe chargé d'envisager la réforme de l'OECE en 1960, rapport du Groupe des Quatre, *Une Organisation économique rénovée*, Rapport du groupe créé par la Résolution du 14 janvier 1960 adoptée par les Vingt Gouvernements et la Commission de la Communauté Economique Européenne, OECE, Paris, 1960, 78 p., spéc. p.17). Il entraînera également l'établissement d'une zone de libre-échange entre les Etats de l'OECE qui n'ont pas adhéré au Marché Commun partisans du projet : est créée en 1960 l'Association européenne de libre-échange (AELE). Elle réunit à sa création l'Autriche, le Danemark, la Norvège, le Portugal, le Royaume-Uni, la Suède et la Suisse. Convention du 4 janvier 1960 instituant l'Association européenne de libre-échange, *RO 1960 635*.

232 Skuli MAGNUSSON, « Cour AELE », *JCl Europe*, fasc.4000, juillet 2011, pt 2.

233 Jean-Claude GAUTRON, *Droit européen*, Paris, Dalloz, 2012, 14ème éd., 346 p., spéc. p.55.

234 Convention du 4 janvier 1960 instituant l'Association européenne de libre-échange, *RO 1960 635*.

en 2001[235]. L'AELE est ainsi de manière « existentielle » tout entière tournée vers un approfondissement de la coopération économique avec la CEE puis l'Union européenne.

165. C'est donc par le biais de l'AELE que la relation entre la Suisse et la CEE est dans un premier temps amenée à se développer. L'AELE constitue ainsi un socle devant offrir à la Suisse notamment plus de poids dans des négociations économiques avec la CEE. Néanmoins, ce poids suppose une convergence des positions au sein de l'AELE, initialement faiblement structurée autour d'un organe intergouvernemental qui adopte ses décisions essentiellement à l'unanimité[236]. En outre, une telle convergence n'est pas simple, car l'AELE réunit des Etats très différents qui n'ont ainsi pas forcément le même intérêt par rapport à la Communauté[237]. Enfin, l'effet de levier ainsi obtenu est limité matériellement à la coopération instaurée au sein de l'AELE : essentiellement un libre-échange de produits industriels (en 1960).

166. Ont ainsi été conclus en 1972, des accords de libre-échanges entre la CEE et chacun des Etats de l'AELE. Cette avancée s'est réalisée à une période qui avait permis de constater les résultats du libre-échange établi entre les Etats de l'AELE, et qui avait accordé à la CEE le temps nécessaire à sa mise en place. C'est également la perspective d'adhésion à la CEE de trois Etats de l'AELE qui a influencé la volonté de ces derniers de ne pas rétablir des barrières avec leurs anciens partenaires[238], en concluant des accords entre les deux grands groupes. En réalité il s'agit plus exactement d'« accords parallèles » entre la CEE et chacun des Etats de l'AELE. « *Bien que négociés bilatéralement, ceux-ci sont conçus sur le même modèle* »[239], les différences s'expliquant selon les intérêts particuliers de l'Etat de

---

235 Les Etats de l'AELE ont réaffirmé lors de l'amendement de Vaduz en 2001 « *la grande priorité qu'ils attachent à maintenir les relations privilégiées entre les Etats de l'AELE et à faciliter la poursuite des bonnes relations que chacun d'entre eux entretient avec l'Union européenne* » : Convention du 4 janvier 1960 instituant l'Association européenne de libre-échange (telle que modifiée par l'accord de Vaduz du 21 juin 2001, *RO 2003 2685*).

236 Ingrid DETTER, « Aspects institutionnels de l'Association européenne de libre-échange », *A.F.D.I.* 1960, vol.6, n°1, pp. 791-800.

237 Voir à cet égard la thèse de Colomba PAINDAVOINE, *La stabilisation progressive des relations entre la Communauté européenne et l'A.E.L.E.*, 1998, 753 p.

238 Le 26 septembre 1972, les Norvégiens se prononcent par référendum contre l'entrée de leur pays dans la CEE. Par conséquent, ce n'est qu'en 1973 qu'elle conclura un accord de libre-échange comparable (accord entre la Communauté économique européenne et le Royaume de Norvège, *JO L 171 du 27.6.1973, p.2-102*). Sur l'élargissement de la CEE en tant que contrainte objective légale déterminant la relation Suisse-UE, voir, *infra*, chapitre 2, section 2, n°333 et s.

239 Josiane AUVRET-FINCK, « Espace économique européen », *Rép. de droit européen*, 2003, pt 4.

l'AELE signataire, et portent essentiellement sur le libre-échange de produits industriels[240].

167. L'accord Suisse-CEE de libre-échange du 22 juillet 1972 est ainsi formellement un accord bilatéral, mais il doit être regardé au regard des négociations plus larges entre l'AELE et la CEE. Ce n'est pas véritablement cet accord qui marque l'entrée de la relation Suisse-UE dans une voie bilatérale, même s'il a été précédé d'accords sectoriels sur certains produits[241]. En effet, à la suite de cet accord, la relation Suisse-CEE est encore essentiellement une relation AELE-CEE. Celle-ci connaît un approfondissement notable dans le cadre de l'espace économique européen, et c'est le refus de la Suisse de ratifier l'accord signé, qui entraîne la relation Suisse-CE dans une voie bilatérale.

B) L'échec des orientations de 1992 sur un espace économique européen

168. Le « processus de Luxembourg » engagé à la suite de la Déclaration de Luxembourg de 1984 traduit une période dans laquelle les Etats de l'AELE dont la Suisse d'une part, la Communauté et de ses Etats membres d'autre part, affichent leur volonté d'approfondir leur relation, en franchissant une étape qualitative (1). Elle aboutit à la signature de l'accord établissant un espace économique européen (EEE) entre les Etats de l'AELE, la Communauté et ses Etats membres. Le 2 mai 1992, la Suisse signe cet accord de Porto qui lui assure une intégration dans le marché intérieur et dépose quelques jours plus tard une demande d'adhésion à la Communauté européenne (2). Mais le refus du peuple et des cantons suisses de ratifier l'accord EEE (3), a eu une incidence considérable sur la relation entre la Suisse et la Communauté devenue Union européenne. La volonté de la Suisse s'oriente dans l'immédiat sur une relation moins contraignante et moins ambitieuse, que l'Union européenne a accepté au moins dans les premiers temps consécutifs au rejet de l'EEE (4). Cette approche pragmatique destinée à renforcer la relation Suisse-UE aboutit à la conclusion d'accords sectoriels, qui portent avec eux une certaine ambiguïté sur le caractère provisoire ou non de cette démarche.

---

240 Accord du 22 juillet 1972 entre la Confédération suisse et la Communauté économique européenne , *RO 1972 3169 / JO L 300 du 31.12.1972, p. 189-280*. Des accords de libre-échange du charbon et de l'acier ont également été conclus, par exemple l'accord (désormais abrogé) du 22 juillet 1972 entre les Etats membres de la Communauté européenne du charbon et de l'acier et la Confédération suisse, *RO 1973 2057 / JO L 350 du 19.12.1973, p. 13-28*.

241 Voir les références faites par Josiane AUVRET-FINCK aux accords de juin 1967 concernant certains fromages ou les produits horlogers.

1) *Le processus de Luxembourg*

169. A la suite de la conclusion des accords de libre-échange de 1972[242] et de la libération effective atteinte en 1977, les Etats de l'AELE appellent à une coopération intensifiée au sein de l'AELE et à la poursuite des relations commerciales et économiques avec la Communauté[243]. Toutefois, la nouvelle impulsion souhaitée trouve peu de concrétisations, compte tenu de la situation économique difficile à la fin des années 1970 et des effets de l'augmentation importante des prix pétroliers en 1979. Hormis des accords ponctuels, la relation CEE-AELE se développe surtout par l'établissement de dialogues réguliers, à différents niveaux : à partir du milieu des années 1970, des réunions conjointes régulières sont organisées entre le Comité consultatif de l'AELE et le Comité économique et social des CEE et entre le Comité de parlementaires de l'AELE et le Parlement européen[244].

170. Le contexte des relations CEE-AELE se modifie notablement au milieu des années 1980. D'abord, la libéralisation atteinte par les accords de libre-échange de 1972 est sur le point d'atteindre ses dernières limites puisqu'au 1er janvier 1984, les dernières barrières tarifaires entre la CEE et l'AELE sont supprimées. En outre, la Finlande, membre associé à l'AELE depuis 1961 s'apprête à devenir membre à part entière de l'AELE (au 1er janvier 1986) ; à l'inverse, un troisième Etat, le Portugal, quitte l'AELE pour adhérer à la Communauté. La Communauté économique européenne se prépare à franchir une nouvelle étape importante à la suite de la signature de l'Acte unique européen[245]. Enfin, les Etats européens prennent conscience de la nécessité de renforcer leur cohésion économique pour faire face à la concurrence des États-Unis et du Japon. Par conséquent,

---

242 L'accord CEE-Norvège n'a été conclu qu'en 1973, à la suite du refus de la Norvège d'adhérer à la Communauté économique européenne. Voir, *supra*, n°166.

243 Sommet de Vienne du 13 mai 1977, communiqué et déclaration, voir le *17ème rapport annuel de l'AELE (1976-1977).* Pour une comparaison des échanges commerciaux de l'AELE, entre la période allant de 1959 à 1972 et celle allant de 1972 à 1975, voir l'*EFTA Bulletin*, n°3/77, volume XVIII, avril 1977, pp.3-5. Du point de vue de la CEE en outre, les rapports avec les Etats de l'AELE « *pouvaient être qualifiés de routiniers et courants, engendrant de temps à autre des accords pratiques et techniques pour faciliter les échanges économiques entre les deux groupes* » : Helen WALLACE, « Vers un espace économique européen : chances et difficultés d'une négociation conclue au finish », *R.M.C.U.E.* 1991, n°351, octobre, pp.694-703, spéc. p.696.

244 Sur la faible dimension « parlementaire » de la relation Suisse-UE, voir, *infra*, partie 2, titre 2, n°1166 et n°1548 et s.

245 Acte unique européen, *JO L 169 du 29.06.1987, p. 1-29*.

la Suisse et les autres Etats de l'AELE, veulent éviter d'être « *marginalisés ou satellisés* »[246], ou encore d'être « *évincés* »[247].

171. Le 9 avril 1984, les ministres des Etats de l'AELE, de la CEE, ainsi que la Commission européenne adoptent une déclaration qui ouvre la voie à ce qui est communément appelé « le processus de Luxembourg ». La Déclaration de Luxembourg affiche la volonté de ses signataires de créer « *un Espace économique européen dynamique profitable à leurs pays* »[248]. Ils se déclarent prêts à améliorer la libre circulation des produits industriels par le recours à l'harmonisation des normes, l'élimination des obstacles techniques, la simplification des formalités aux frontières et règles d'origine, l'élimination de pratiques susceptibles de fausser le jeu de la concurrence, ainsi que l'accès aux marchés publics. En outre, ils conviennent d'élargir et approfondir la coopération dans les domaines de la recherche, des transports, de l'agriculture, la pêche, l'énergie, et se montrent ouverts à des consultations sur la protection sociale, la culture, l'environnement ou encore la propriété intellectuelle.

172. Cette déclaration offre ainsi une impulsion à un élargissement de la coopération et à de nouvelles techniques de coopération : l'établissement d'accords-cadres comme celui de 1986 en matière de recherche[249], ou, comme l'explique Josiane AUVRET-FINCK, la conclusion d'accords multilatéraux. Sont ainsi conclues entre la CEE et les six Etats de l'AELE : des conventions sur un régime de transit commun et sur la simplification des formalités dans les échanges de marchandises[250], ainsi qu'une convention (celle de

---

246 Josiane AUVRET-FINCK, « Espace économique européen », *op.cit.*, pt 5 ; René SCHWOK, « L'AELE face à la Communauté européenne : un risque de satellisation », *Journal of European Integration*, 1989, vol. XIII, n°1, pp. 15-53.

247 Catherine FLAESCH-MOUGIN, « Les accords externes de la CEE (1.07.1986-31.10.1989) » (chronique), *R.T.D.E.* 1990, n°1, pp.85-126, spéc. p.86.

248 Déclaration de Luxembourg du 9 avril 1984 adoptée à l'issue de la 1ère réunion ministérielle entre la Communauté européenne, ses Etats membres et les Etats de l'AELE.

249 Accord-cadre de coopération scientifique et technique du 8 janvier 1986 entre la Confédération suisse et les Communautés européennes, *RO 1986 183 / JO L 313 du 22.11.1985, p.6-8*. L'accord-cadre se réfère à la déclaration du Luxembourg de 1984 et notamment en ce qu'elle soulignait que « *l'interdépendance économique grandissante entre les Communautés et les pays de l'AELE justifiait en particulier une coopération dans le domaine de la recherche et du développement et ont souligné la nécessité d'accentuer ces efforts, notamment en vue de favoriser la mobilité des chercheurs, que, par ailleurs, les ministres ont souhaité qu'une attention particulière soit réservée à certains domaines industriels et technologiques d'avenir* ».

250 Convention du 20 mai 1987 entre la Communauté économique européenne, la République d'Autriche, la République de Finlande, la République d'Islande, le Royaume de Norvège, le Royaume de Suède et la Confédération helvétique relative à un régime de transit commun, *RO 1988 p.308 / JO L 226 du 13.8.1987, p. 2–117* ; Convention du 20 mai 1987 entre la Communauté économique européenne, la République d'Autriche, la République de Finlande, la République d'Islande, le Royaume de Norvège, le Royaume de Suède et la Confédération helvétique relative à la

Lugano) concernant la compétence judiciaire et l'exécution des décisions en matières civile et commerciale[251].

173. Mais c'est la « Déclaration Delors » du 17 janvier 1989 qui propose un véritable tournant dans la relation AELE-CE. Cette relation peut se poursuivre, explique le président de la Commission européenne, selon deux grandes voies : « *ou bien continuer dans le cadre des rapports actuels, en fait essentiellement bilatéraux, pour aboutir finalement à une zone de libre-échange entre la Communauté et les pays appartenant à l'Association européenne de libre-échange. Ou bien rechercher une nouvelle forme d'association, qui serait plus structurée sur le plan institutionnel, avec des organes communs de décision et de gestion, et ce afin d'accroître l'efficacité de notre action. Ce serait souligner la dimension politique de notre coopération dans les domaines de l'économique, du social, du financier, voire du culturel* »[252]. Jacques DELORS ouvre ainsi la voie à une considérable évolution des relations entre la Communauté européenne et ses Etats membres d'une part, et la Suisse et les autres Etats de l'AELE d'autre part.

174. Son invitation était cependant tempérée par deux préoccupations. La première a été aperçue lors de l'étude des négociations de 1957[253] : c'est la « *crainte que les disciplines et solidarités politiques qui étayaient les relations entre les membres de la CEE ne soient diluées dans l'effort d'intégration des adhérents de l'AELE dans un nouveau cadre de coopération* »[254]. Le président de la Commission européenne soulignait en particulier que la Communauté n'est pas seulement un grand marché et qu'elle avait vocation à se transformer en union politique. « *Ce contrat de mariage […] est indivisible, même si toutes ses stipulations ne sont pas encore mises en œuvre. Seule cette affectio societatis qui nous unit nous permet de transcender les difficultés et contradictions, bref d'avancer dans tous les domaines de l'action collective. Dès lors, il est extrêmement délicat de vouloir établir au sein de cette union, qui se veut exhaustive, des menus à option* »[255]. Par conséquent, et en second lieu, les solutions lui semblaient

---

simplification des formalités dans les échanges de marchandises, *RO 1988 301 / JO L 134 du 22.05.1987, p. 2-77*. Les deux conventions de réfèrent à la déclaration du Luxembourg de 1984 et notamment en ce qu'elle visait « *la simplification des formalités aux frontières et des règles d'origine* ».

251 Convention du 16 septembre 1988 concernant la compétence judiciaire et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale, *RO 1991 2436 / JO L 319 du 25.11.1988, p.9-48*.

252 Discours du 17 janvier 1989 présenté par Jacques DELORS devant le Parlement européen.

253 Voir, *supra*, n°159 et s. On la retrouve également lors de l'influence du processus d'unification sur la volonté de l'Union européenne, *infra*, chapitre 2, section 2, n°327 et s.

254 Helen WALLACE, « Vers un espace économique européen : chances et difficultés d'une négociation conclue au finish », *R.M.C.U.E.* 1991, n°351, octobre, pp.694-703, spéc. p.696.

255 Discours du 17 janvier 1989 présenté par Jacques DELORS précité.

différentes si l'AELE décidait de renforcer ses propres structures, hypothèse ouvrant la voie à une coopération entre deux piliers : CE et AELE.

175. Les Etats de l'AELE ayant accueilli favorablement cette initiative, c'est sur « *une forme d'association plus structurée, avec des organes communs de décision et de gestion* »[256] que s'engagent les discussions relatives à un *Espace Economique Européen dynamique et homogène*[257]. Par dynamique, l'AELE et la CE visent à la fois les effets de la libéralisation attendus et « *l'intention de l'AELE et de la CE de poursuivre l'extension du champ d'action de leur coopération* »[258].

176. La négociation sur l'EEE est officiellement ouverte le 1er juillet 1990. Très complexe – elle a pu être considérée comme « *la plus difficile* »[259] jusqu'alors menée par les négociateurs de la CEE – elle aboutit en octobre 1991 à un accord politique. En décembre 1991, la Cour de justice des Communautés européennes considère que le mécanisme juridictionnel prévu par le projet d'accord EEE est incompatible avec le Traité CE[260]. Une seconde version est alors arrêtée et, à la suite de l'avis positif rendu le 10 avril 1992[261], l'accord est signé en mai 1992 à Porto.

2) *La signature de l'accord de Porto et la demande d'adhésion de la Suisse*

177. L'accord signé le 2 mai 1992 à Porto par les ministres des Affaires étrangères des Douze de la CEE et des Sept de l'AELE[262] comprend 129 articles, 49 protocoles, 22 annexes et une cinquantaine de déclarations. Il est divisé en 9 parties relatives aux objectifs et principes de l'EEE, à la libre circulation des marchandises, celle des personnes des services

---

256 Déclaration d'Oslo du 15 mars 1989, adoptée à l'issue de la réunion des chefs de gouvernement de l'AELE.

257 Déclaration d'Oslo du 15 mars 1989, précitée. L'expression se retrouve également dans les conclusions conjointes de la réunion entre les Etats de l'AELE et la Commission adoptées à l'issue de la rencontre de Reykjavik du 5 juin 1986.

258 Secrétariat de l'AELE, *L'Association européenne de libre-échange*, Genève, 1987, p.119, cité par René SCHWOK, « L'AELE face à la Communauté européenne : un risque de satellisation », *Revue d'Intégration Européenne*, 1989, vol. XIII, n°1, pp. 15-53, spéc. p.42.

259 Helen WALLACE, « Vers un espace économique européen : chances et difficultés d'une négociation conclue au finish », précité, p.700.

260 CJCE, 14 décembre 1991, *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 1/91, *Rec. 1991, p. I-06079*.

261 CJCE, 10 avril 1992, *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, *Rec. 1992, p. I-02821*.

262 Accord du 2 mai 1992 sur l'Espace économique européen entre les Communautés européennes, leurs États membres et la République d'Autriche, la République de Finlande, la République d'Islande, la principauté de Liechtenstein, le Royaume de Norvège, le Royaume de Suède et la Confédération suisse, *JO L 1 du 03.01.1994, p.3-522*.

et des capitaux, aux règles de concurrence ; il comporte également des dispositions dites horizontales liées aux quatre libertés de circulation, les principes applicables à la coopération en dehors des quatre libertés, les dispositions institutionnelles, financières et enfin les dispositions générales et finales.

178. Parallèlement à la négociation sur l'EEE, certains Etats de l'AELE ont déposé une demande d'adhésion aux Communautés européennes. Le 22 octobre 1991, au moment où un accord politique sur l'EEE est trouvé, le Conseil fédéral suisse décide de faire de l'adhésion de la Suisse aux Communautés européennes, un objectif de sa politique européenne. Une demande officielle est présentée par la Suisse quelques jours après la signature de l'accord de Porto, le 25 mai 1992.

179. Or cette demande d'adhésion jette le doute sur l'objectif et la nature de l'EEE, et contribuera à entraîner le rejet par referendum, de l'accord signé à Porto.

3) Le referendum négatif du 6 décembre 1992

180. Après l'approbation de l'accord par l'Assemblée fédérale suisse[263], le peuple et les cantons rejettent l'accord, le 6 décembre 1992. La participation est particulièrement forte avec un taux supérieur à 78% ; il faut remonter à 1947 pour rencontrer un taux de participation comparable à celui de l'EEE[264]. L'approbation de l'accord, recommandée par la majorité de la classe politique et les milieux économiques est refusée à 50,3% des voix du peuple, ce qui représente un écart de 24000 voix entre les votes pour et contre. Le refus est assez net au niveau des cantons puisque 14 cantons et 4 demi-cantons rejettent l'accord EEE (contre 6 cantons et 2 demi-cantons), avec un clivage marqué entre la Suisse romande, très favorable à l'EEE (plus de 78% de votes favorables dans les cantons de Genève, Vaud et Neuchâtel), à l'inverse de la Suisse alémanique (plus de 70% de votes contre dans les cantons d'Uri, Schwyz et Obwald) et du Tessin (rejet à 60%)[265].

---

263 Arrêté de l'Assemblée fédérale du 9 octobre 1992 sur l'Espace économique européen, *FF 1992, n°42, pp.53-54.*

264 Hanspeter KRIESI, Claude LONGCHAMP, Florence PASSY, Pascal SCIARINI, *Analyse-Vox de la votation fédérale du 6 décembre 1992*, Genève/Zürich, Département de Science Politique/GfS Forschungsinstitut, 1993, n°47, spéc. p.2.

265 Voir l'arrêté du Conseil fédéral du 28 janvier 1993 constatant le résultat de la votation populaire du 6 décembre 1992 (Espace économique européen [EEE]), *FF 1993, n°5, pp.147-148.* Des études mettent en évidence d'autres clivages. L'analyse d'Hanspeter KRIESI, Claude LONGCHAMP, Florence PASSY, Pascal SCIARINI précitée souligne notamment « *l'importance de cinq clivages: "populiste" (opposant les citoyens faisant confiance au gouvernement aux citoyens méfiants), linguistique, ville/campagne, niveau de formation et gauche/droite. Ainsi, les personnes accordant leur confiance aux autorités, les Romands, les citoyens vivant en ville, ceux bénéficiant d'un niveau de formation supérieur*

181. L'entrée en vigueur de l'accord EEE était prévue au 1er janvier 1993[266] sous réserve que toutes les parties contractantes aient déposé leurs instruments de ratification ou approbation à cette date. Le referendum négatif en Suisse conduit les autres parties contractantes à régler la non-participation de la Suisse, d'autant qu'elle compromet, par ricochet, la ratification de l'accord par le Liechtenstein[267]. Un protocole est adjoint à l'accord EEE signé le 2 mai. Il modifie l'accord notamment quant aux références à la Confédération suisse[268], et reporte l'entrée en vigueur de l'accord pour le Liechtenstein qui dépendra d'une date fixée par le Conseil EEE[269]. L'accord EEE entre ainsi en vigueur le 1er janvier 1994, et le 1er mai 1995 pour la Principauté du Liechtenstein.

4) Les conséquences du referendum sur la volonté de la Suisse et de l'UE

182. Du point de vue de la Suisse, le referendum du 6 décembre 1992 sera qualifié de « dimanche noir » par le conseiller fédéral Jean-Pascal DELAMURAZ[270] et constituera pour certains un « traumatisme de l'EEE ». Les conséquences prévisibles pour la Suisse sont celles d'un maintien des « discriminations » par rapport au marché intérieur, mais aussi un accroissement de celles-ci, compte tenu de l'achèvement du marché intérieur au 1er janvier 1993 d'une part, marché auquel seront intégrés les autres Etats de l'AELE partenaires de la Suisse d'autre part. Comme l'expliquent Cédric DUPONT et Pascal SCIARINI : « *Switzerland could not afford to confine itself to a wait-and-see position that could end up in economic discrimination and political isolation* »[271]. La Suisse souhaitera ainsi corriger les effets discriminatoires inévitables[272] : elle se montre rapidement « *désireuse*

---

et, pour terminer, les personnes qui politiquement se situent à gauche, ont été largement favorables à l'EEE. De ces cinq clivages principaux, deux sont prépondérants pour l'explication du vote: le clivage "populiste" et le clivage linguistique » (*ibid. p.3*). Voir également Frank EMMERT, « Switzerland and the EU: Partners, for Better or for Worse », *E.F.A.R.* 1998, n°3, pp. 367-398.

266 Article 129, paragraphe 3, de l'accord sur l'EEE précité.

267 En vertu de l'accord douanier de 1923, conclu entre le Liechtenstein et la Suisse, celui-ci ne peut s'engager seul : Josiane AUVRET-FINCK, « Espace économique européen », *Répertoire de droit communautaire*, 2003, pt 11.

268 Protocole du 17 mars 1993 entre les Communautés européennes, leurs États membres et la république d'Autriche, la république de Finlande, la république d'Islande, la principauté de Liechtenstein, le royaume de Norvège et le royaume de Suède portant adaptation de l'accord sur l'Espace économique européen, *JO L 1 du 03.01.1994, p.572-605*.

269 Article 1, paragraphe 2, lu en combinaison avec l'article 22, paragraphe 4 du Protocole d'adaptation précité.

270 Allocution du conseil fédéral Jean-Pascal DELAMURAZ au soir du 6 décembre 1992.

271 Cédric DUPONT, Pascal SCIARINI, « Back to the future: the first round of bilateral talks with the EU », in C. CHURCH (dir.), *Switzerland and the European Union: A Close, Contradictory and Misunderstood Relationship*, London, Routledge, pp. 202-214, spéc. p.202.

272 Allocution du conseil fédéral Jean-Pascal DELAMURAZ au soir du 6 décembre 1992.

d'accéder au marché unique et à certains programmes communautaires comme le prévoyait l'accord EEE »[273].

183. Mais elle ne peut le faire qu'en tenant compte des limites internes résultant de l'expression de la volonté du peuple et des cantons d'une part, et des limites externes résultant de la nouvelle position de l'Union européenne d'autre part. S'agissant des premières, la position exprimée par le peuple et les cantons lors d'un referendum est difficile à interpréter[274]. Il semble que la votation du 6 décembre ait été interprétée comme un rejet ou du moins un report de la question de l'adhésion à l'Union européenne (a) et un refus des dispositions institutionnelles contraignantes de l'EEE d'autre part (b). Quant à l'Union européenne, elle établit une position de principe de refus que la Suisse obtienne par un biais autre que l'EEE, les avantages de cet espace, sans les contraintes acceptées par les Etats de l'AELE (c). La marge de manœuvre, étroite, conduit la relation Suisse-UE à s'engager sur une voie pragmatique[275].

a) L'adhésion, simple option de politique européenne

184. Le rejet de l'accord EEE a de manière directe repoussé la perspective d'adhésion à la future Union européenne. Il n'a pas conduit à un abandon de cette perspective, le Conseil fédéral ayant déclaré voir « *dans la décision du 6 décembre un mandat le chargeant de laisser la porte ouverte à toutes les options* »[276], y compris l'adhésion à l'Union européenne. Effectivement, la Suisse a décidé de maintenir la demande d'ouverture de négociations et l'adhésion reste une option de politique européenne de la Suisse[277]. Mais en 1993, le Conseil fédéral a décidé, par une formule assez large, que « *ces négociations ne seront*

---

273 Communication de la Commission du 1er octobre 1993 sur l'avenir des relations avec la Suisse, *COM(1993) 486 final*. La Commission précise : « *La Suisse accorde un intérêt primordial aux transports aériens et routiers et à la recherche, mais aussi à la reconnaissance mutuelle des diplômes, à la statistique, et à la coopération dans le domaine du cinéma et de la télévision (MEDIA). Dans les domaines plus directement liés au commerce et à la mise en œuvre de l'accord de libre-échange existant, elle s'intéresse notamment aux règles d'origine et aux échanges de produits agricoles transformés, aux obstacles techniques aux échanges (reconnaissance mutuelle des procédures d'essai et de certification), à la libéralisation des marchés publics, à la responsabilité du fait des produits, aux questions vétérinaires et phytosanitaires et à la propriété intellectuelle* ».

274 En doctrine, voir notamment : Hanspeter KRIESI, Claude LONGCHAMP, Florence PASSY, Pascal SCIARINI, *Analyse-Vox de la votation fédérale du 6 décembre 1992*, Genève/Zürich, Département de Science Politique/GfS Forschungsinstitut, 1993, n°47, 5 p. Voir également les références en langue allemande citées par Frank EMMERT, « Switzerland and the EU: Partners, for Better or for Worse », *E.F.A.R.* 1998, n°3, pp. 367-398.

275 Voir, *infra*, §2, n°200.

276 Message du Conseil fédéral du 24 février 1993 sur le programme consécutif au rejet de l'Accord EEE, *FF 1993, vol. 1, n°11, pp. 757-942*, spéc. p.762, pt 1.1.

277 Voir notamment le rapport Europe 2006 du 28 juin 2006, *FF 2006, vol.II, n°35, pp.6461-6622*, spéc. pp.6488 et s.

entamées que lorsque les conditions seront remplies sur le plan de la politique intérieure, extérieure et économique »[278]. Cela signifie qu'après le referendum négatif du 6 décembre 1992, la Suisse n'a pas donné suite à la demande d'adhésion présentée en mai de la même année. Comme l'explique Clive CHURCH, « *the government had first to freeze its application for membership and then to delay its reactivation* »[279].

185. Le maintien de la demande d'adhésion se comprend au regard du fait que le Conseil fédéral suisse avait pris soin de distinguer les questions de la participation à l'EEE, de l'adhésion à l'UE, en soulignant que cette dernière donnerait également lieu à un referendum obligatoire[280]. En outre, il était possible de considérer que parmi les « non » à l'EEE, se trouvaient également des positions en faveur d'une véritable adhésion, pour des motifs de valeur ou des motifs pragmatiques[281], et qui craignaient que l'EEE ne maintienne durablement la Suisse « dans l'Europe du deuxième cercle ».

186. Pour autant il était politiquement difficile d'envisager dans l'immédiat une adhésion à l'Union européenne. En effet, et de manière générale, la demande d'adhésion des Etats de l'AELE avait jeté un doute sur la nature et l'objectif de l'EEE : cette réalisation n'était-elle qu'en réalité une « anti-chambre » de l'adhésion à la Communauté[282] ? Et cette interrogation a été suscitée dans le débat national suisse par le Conseil fédéral. Il avait souligné que, d'un point de vue comparatif et horizontal, l'EEE et l'adhésion permettaient la participation au marché intérieur[283] ; la différence se situait d'un point de vue matériel, notamment sur l'étendue de la participation au marché intérieur et sur l'adhésion à la finalité politique de la Communauté qui allait devenir Union européenne avec l'entrée en vigueur du Traité de Maastricht. Par conséquent, l'EEE a été présenté par le Conseil fédéral comme la première étape d'une adhésion à l'Union européenne. Dans son

---

278 Message du Conseil fédéral du 24 février 1993 sur le programme consécutif au rejet de l'Accord EEE, *op.cit.* p.762, pt 1.1.

279 Clive H. CHURCH, « Introduction », in Clive H. CHURCH (dir.), *Switzerland and the European Union: a close, contradictory and misunderstood relationship*, London, Routledge, 2007, 263 p., pp.1-15, spéc. p.2

280 Message du Conseil fédéral du 18 mai 1992 relatif à l'approbation de l'Accord EEE, *FF 1992, vol. IV, n°33 du 21 août 1992*, pp.1-654, spéc. p.

281 On soulignera que l'EEE implique pour les Etats de l'AELE une reprise de l'acquis communautaire mais ne confère en contrepartie qu'un droit de participer au « decision-shaping », alors que l'adhésion confère un véritable droit de vote à l'Etat membre.

282 Gert-Jürgen FRISCH, Catherine-Anne MEYER, « Le traité sur l'Espace économique européen : cadre juridique d'une "Europe du deuxième cercle" », *R.M.C.U.E* 1992, n°360, juillet-août, pp.596-602, spéc. p.602.

283 Message du Conseil fédéral du 18 mai 1992 relatif à l'approbation de l'Accord EEE, *op.cit.*, p.52, pt 4.143.

message relatif à l'approbation de l'accord EEE, il souligne : « *Notre participation à l'EEE ne peut plus être considérée comme le dernier mot de notre politique d'intégration. Elle s'inscrit dans notre stratégie européenne en deux temps dont l'objectif est l'adhésion pleine et entière de la Suisse à la CE. Notre participation à l'EEE se présente désormais comme une étape susceptible de nous rapprocher de cet objectif* »[284]. Ce lien semble avoir été utilisé durant la compagne politique pour mobiliser des arguments contre l'EEE[285] ; ce lien explique en tout cas, que le rejet de l'EEE ait entraîné avec lui le report de la question de l'adhésion de la Suisse à l'Union.

187. A la suite du rejet de l'EEE, l'adhésion à la Communauté n'est devenue qu'une option de politique européenne, parmi d'autres. En 1993, il identifie trois options : l'approfondissement des relations bilatérales Suisse-CE, l'adhésion ultérieure à l'accord EEE et l'adhésion à la Communauté[286]. En 2010, le Conseil fédéral s'arrête moins des options, que sur des instruments de politique européenne. Certains de ces instruments peuvent être combinés : poursuite de la voie bilatérale (y compris l'adaptation des accords existants aux développements du droit de l'UE) sans conclusion de nouveaux accords ; poursuite de la voie bilatérale par la conclusion de nouveaux accords ; mise en place d'un cadre institutionnel visant à faciliter la gestion des accords entre la Suisse et l'UE ; adhésion de la Suisse à l'EEE ; adhésion de la Suisse à l'UE ; adhésion de la Suisse à l'UE assortie de certaines dérogations[287].

188. Le rejet de l'EEE a ainsi eu une influence primordiale pour la relation Suisse-UE qui va se développer sur la base d'accords sectoriels, sans que ceux-ci ne s'inscrivent dans un objectif affirmé d'adhésion. En outre, il semble que le referendum négatif du 6 décembre 1992 ait conduit la Suisse à vouloir établir une relation avec l'Union européenne sur la base d'accords dont les dispositions « institutionnelles » sont plus limitées que dans l'EEE.

---

284 Message du Conseil fédéral du 18 mai 1992 relatif à l'approbation de l'Accord EEE, *op.cit.*, p.54, pt 4.143. (original souligné).

285 Comme l'explique des analystes, il est « *difficile d'affirmer que le dépôt de la demande d'adhésion à la CE est responsable de l'échec de I'EEE. Néanmoins, la stratégie des opposants visant à lier les deux enjeux a certainement favorisé le lancement d'un débat de fond sur l'identité suisse, en particulier en Suisse alémanique, débat qui a indirectement pu affecter le vote sur l'EEE* » : Hanspeter KRIESI, Claude LONGCHAMP, Florence PASSY, Pascal SCIARINI, *Analyse-Vox de la votation fédérale du 6 décembre 1992*, précité, spéc. p.5.

286 Message du Conseil fédéral du 24 février 1993 sur le programme consécutif au rejet de l'Accord EEE, *FF 1993, vol. I, n°11, pp. 757-942*, spéc. p.767, pt 122.11.

287 Rapport du Conseil fédéral du 17 septembre 2010 sur l'évaluation de la politique européenne de la Suisse, *FF 2010, n°43, pp.6615-6718*, spéc. pp.6661-6662.

b) La limitation des dispositions institutionnelles contraignantes

189. Le referendum négatif semble ensuite avoir été compris comme un rejet des dispositions institutionnelles les plus contraignantes de l'EEE. Ce constat se vérifie au regard des structures des actes juridiques adoptés à la suite du rejet de l'EEE.

190. Une participation à l'EEE impliquait que la Suisse et les Etats de l'AELE reprennent d'un commun accord l'acquis de la Communauté. Après le rejet de l'EEE, la Suisse a conclu des accords qui se distinguent de l'accord EEE rejeté le 6 décembre, en ce qu'ils impliquent théoriquement, moins de concessions de la part de la Suisse. D'abord, du point de vue de l'élaboration de ces accords, avec un nombre limité de parties à accorder, les volontés de chacune se heurtent à un nombre plus restreint de positions différentes, ce qui assure potentiellement, que soit trouvé un accord satisfaisant autant que possible leurs intérêts[288]. Ensuite, le fonctionnement de ces accords accorde à la Suisse une plus grande marge de manœuvre. L'EEE fonctionnait en termes de prise de décision politique comme un accord bilatéral avec un « pôle » des Etats de la Communauté et un « pôle » des Etats de l'AELE qui devaient parler d'une voix[289]. Or le caractère bilatéral des accords Suisse-UE est plus marqué[290] : la Suisse est seule dans le « pôle » opposé à l'Union européenne, elle n'a pas à se concerter avec d'autres Etats de l'AELE pour décider si elle reprend un nouveau développement du droit de l'Union européenne.

191. Ensuite, l'EEE est fondé sur un « principe de reprise » de l'acquis de l'Union. Ce principe n'est pas clairement défini[291] mais il semble recouvrir deux aspects.

---

288 Voir en ce sens, René SCHWOK, Nicolas LEVRAT, « Switzerland's relations with the EU after the adoption of the seven bilateral agreements », *European Foreign Affairs Review,* 2001, vol. 6, n°3, pp. 335-354, spéc. p. 344; Philippe NELL, « L'accord sur l'EEE et les bilatérales Suisse/UE : réflexions sur deux négociations », *Revue économique et sociale,* juin 2000, vol. 58, n°2, pp. 61-86. Sur l'avantage du bilatéralisme au regard de l' « opinion suisse », voir par exemple Hélène HOTELLIER, « Les accords bilatéraux Suisse-Union européenne. La troisième voie : une intégration sans adhésion », in M. DUMOULIN, G. DUCHENNE (dir.), *Les petits Etats et la construction européenne*, actes de la VIIe Chaire Glaverbel, Bruxelles, PIE-Peter Lang, 2002, pp. 237-263, spéc. p. 248.

289 « *Cette liberté d'action était en partie limitée par la structure multilatérale de l'EEE qui obligeait les pays de l'AELE à parler d'une seule voix* » (René SCHWOK, « Les accords sectoriels Union européenne-Suisse : une nouvelle forme de flexibilité dans la dimension extérieure de l'UE », *R.M.C.U.E.* oct. 1999, n°432, pp. 613-619, spéc. p. 616). Cécile RAPOPORT en tire des conséquences sur le type d'accord : « *Multilatéral dans sa forme, l'accord EEE n'en est pas moins bilatéral dans son fonctionnement dans la mesure où ses dispositions n'envisagent les Etats AELE que collectivement* » (Cécile RAPOPORT, *Les partenariats entre l'Union européenne et les Etats tiers européens - Étude de la contribution de l'Union européenne à la structuration juridique de l'espace européen,* Bruxelles, Bruylant, 2011, 809 p., spéc. p. 161, note 553).

290 Voir, *infra*, chapitre 2, section 2, n°295 et s. sur les accords mixtes Suisse-UE.

291 Sur l'étude de ce principe, voir, *infra*, titre 2, chapitre 1, n°472 et s.

Le premier concerne les conditions d'intégration[292] et d'interprétation[293] des actes de l'Union européenne auquel l'accord EEE se réfère en annexe : le principe de reprise vise une coïncidence aussi étroite que possible entre l'acte de l'Union européenne repris dans l'accord EEE et l'acte correspondant au sein de l'Union européenne. Le second aspect concerne l'évolution du droit qui suit en principe celle du droit de l'Union européenne qui avait servi de fondement à l'accord : même s'ils doivent se prononcer à chaque fois, et le faire d'un bloc, les Etats de l'AELE membres de l'EEE s'étant engagés à reprendre les nouveaux développements du droit de l'Union européenne[294], un tel engagement étant parfois appréhendé sous le prisme des rapports asymétriques entre les Etats de l'AELE et le « pôle UE »[295]. Or, à la suite du rejet de l'EEE, les accords Suisse-UE seront en majorité fondés sur un « principe d'équivalence » des législations, qui semble introduire une plus grande souplesse entre le droit posé par les accords et le droit de l'Union européenne qui sert de fondement[296]. En ce sens, le Conseil fédéral suisse déclarait dans son message relatif à l'approbation des accords bilatéraux de 1999 que : « *A la différence de l'accord sur l'EEE, la Suisse conservera son autonomie législative* »[297].

192. Enfin, si la Suisse avait participé à l'EEE, elle aurait dû se soumettre à un contrôle de l'application de l'accord opéré par une instance supranationale. En premier lieu, une

---

292 Voir l'article 7 de l'accord EEE sur les conditions d'intégration des règlements et directives auxquels se réfère l'annexe. Cette clause ne semble pas avoir été reprise dans les accords Suisse-UE alors même qu'ils contiennent également en annexe des règlements et directives. On ne la trouve même pas dans les rares accords fondés sur une reprise de l'acquis, si bien que le principe de reprise, moins récurrent, est aussi moins fort dans le cadre des accords Suisse-UE.

293 Voir notamment l'article 6 de l'accord EEE sur la prise en compte de la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne pour interpréter les dispositions reprises du droit de l'UE. Cette clause n'a été reprise que dans deux accords Suisse-UE : voir, *infra*, titre 2, chapitre 1, n°569 et s.

294 Des règles que l'on qualifiera de second degré (voir, *infra*, titre 2, chapitre 2, notamment n°778 et s.) enserrent cet engagement. Si l'organe de gestion de l'EEE (le comité mixte EEE) ne parvient pas à une décision sur une modification d'une annexe intégrant un nouveau développement de l'acquis de l'UE dans le domaine couvert par l'annexe (ou à défaut une décision en assurant le bon fonctionnement), l'annexe « *est considérée comme suspendue provisoirement* » : article 102, paragraphe 4, de l'accord EEE.

295 L'obligation de reprise n'est compensée que par une participation au decision-shaping, et non par un droit de vote comparable à celui que détiennent les Etats en leur qualité de membres de l'Union. Il y a ainsi une asymétrie, exposée en ces termes par le Conseil fédéral suisse : «*Que l'accord EEE ne respecte pas dans tous ses éléments le principe de l'égalité des parties contractantes, qu'en particulier l'accord EEE ne prévoie aucune co-décision, c'est un fait. Au fond, l'accord reflète la réalité européenne d'aujourd'hui et le rôle moteur que joue la CE dans le processus en cours pour établir une nouvelle architecture européenne. Mais nous ne pouvons pas en déduire pour autant que l'accord EEE ne confère pas aux pays de l'AELE des droits et des garanties leur permettant de faire entendre leur voix. La structure institutionnelle à disposition devrait nous permettre d'influencer – mais non pas de co-déterminer – l'évolution future du droit de l'EEE.»* : Message du Conseil fédéral du 18 mai 1992 relatif à l'approbation de l'Accord EEE, *FF 1992, vol. IV, n°33*, pp.1-654, spéc. p.46, pt 4.13.

296 Sur les hypothèses de significations du principe d'équivalence, voir, *infra*, titre 2, chapitre 1, n°515 et s.

297 Message du Conseil fédéral du 23 juin 1999 relatif à l'approbation des accords sectoriels entre la Suisse et la CE, *FF 1999, vol. VI, n°34, pp. 5440-6398*, spéc. p.5443.

autorité de surveillance veille à la bonne exécution de l'accord de Porto[298]. Homologues des Commissaires européens, les membres de l'Autorité exercent leurs fonctions en toute indépendance par rapport aux Etats de l'AELE. En second lieu, l'accord EEE prévoit la mise en place d'une juridiction supranationale. La Cour EEE initialement envisagée n'a pas été instituée compte tenu de l'avis d'incompatibilité avec le Traité de Rome rendu par la Cour de justice des Communautés[299]. Une Cour AELE est compétente, en ce qui concerne l'application de l'accord EEE pour: a) les actions concernant la procédure de surveillance à l'égard des États de l'AELE; b) les recours contre les décisions prises par l'Autorité de surveillance AELE dans le domaine de la concurrence ; c) le règlement des différends entre deux ou plusieurs États de l'AELE[300]. En comparaison, à la suite du rejet de l'accord EEE, la très grande majorité des accords Suisse-UE conclus ne prévoient pas la compétence d'une juridiction supranationale à l'égard de la Suisse[301].

193. On peut ainsi penser que, à la suite du referendum négatif du 6 décembre 1992, la Suisse a voulu établir avec l'Union européenne des liens « débarrassés » des obligations institutionnelles les plus contraignantes. En contrepartie, la position de l'Union européenne s'est également modifiée.

c) La limitation des concessions matérielles de l'Union européenne

194. La Suisse propose dès février 1993 l'ouverture de négociations dans une quinzaine de secteurs. Or comme l'explique un auteur : « *The reaction of EU representatives […] was rather unwelcoming* »[302], même si la Commission européenne a souligné les liens étroits

---

298 Prévue par l'article 108, paragraphe 1, de l' accord EEE, cette Autorité de surveillance a été instaurée par un accord entre les Etats membres de l'AELE signé le même jour que l'accord de Porto (Accord entre les États de l'AELE relatif à l'institution d'une Autorité de surveillance et d'une Cour de justice, *JO L 344 du 31.12.1994, p.1-83*).

299 CJCE, 14 décembre 1991, *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 1/91, *Rec. 1991, p. I-06079*.

300 Article 108, paragraphe 1, de l' accord EEE. Sur cette juridiction, voir Skuli MAGNUSSON, « Cour AELE », *JurisClasseur Europe*, fasc.4000, juillet 2011.

301 Sur le degré d'autonomie assuré dans le régime de surveillance des accords Suisse-UE par rapport à celui prévu par l'accord EEE, voir, *infra*, titre 2, chapitre 2, n°639 et s.

302 Frank EMMERT, « Switzerland and the EU: Partners, for Better or for Worse », *E.F.A.R.* 1998, n°3, pp. 367-398, spéc. p.376.

entre la Suisse et la Communauté et l'importance d'éviter « *une détérioration significative du fait du rejet de l'EEE* »[303].

195. Il faut notamment rappeler que dans l'accord EEE, les dispositions institutionnelles contraignantes pour les Etats de l'AELE représentent un avantage pour la Communauté et désormais l'Union européenne. En particulier, le fait que les Etats de l'AELE se prononcent d'une seule voix sur la reprise d'un développement du droit de l'Union européenne évite à celle-ci des négociations avec chacun de ces Etats et un risque de morcellement du droit applicable selon les Etats de l'AELE qui auraient accepté de reprendre ou non tel développement. De même, l'engagement pris par les Etats de l'AELE de reprendre un développement pertinent du droit de l'Union européenne limite les efforts que l'Union européenne doit déployer pour convaincre d'une telle reprise le pôle AELE de l'EEE. Enfin, par rapport au simple contrôle juridictionnel interne et national, l'acceptation par ces Etats d'une juridiction supranationale, la Cour AELE, constitue une garantie supplémentaire pour le bon fonctionnement de l'accord EEE et donc de l'intégration dans le marché intérieur de l'Union européenne qu'il assure.

196. Or, l'établissement avec la Suisse d'une relation conventionnelle qui ne reprend pas ces dispositions institutionnelles entraîne en contrepartie une limitation des concessions sur le plan matériel.

197. Cette limitation s'exprime de manière générale sous l'idée que, à la suite du rejet par la Suisse de l'accord EEE, l'Union européenne ne souhaitera pas que la Suisse obtienne, par la voie bilatérale, tous les avantages de l'EEE sans les concessions faites par les Etats de l'AELE. Face aux demandes de négociations d'accords sectoriels présentées par la Suisse, la Commission souligne qu'il serait « *inopportun que la Suisse recueille tous les avantages d'un accord qu'elle a rejeté et dont l'entrée en vigueur a été de ce fait si longtemps retardée* »[304]. Cette idée se retrouve dans le message du Conseil fédéral suisse consécutif au rejet de l'EEE : « *La CE et ses Etats membres ont toujours souligné qu'ils n'étaient pas disposés à offrir à la Suisse un "EEE bilatéral" ou un "EEE à la carte"* »[305]. Il est difficile de savoir si cette

---

303 Communication de la Commission du 1er octobre 1993 sur l'avenir des relations avec la Suisse, *COM(1993) 486 final*, pt 9.

304 Communication de la Commission du 1er octobre 1993, précitée, pt 10.

305 Message du Conseil fédéral du 24 février 1993 sur le programme consécutif au rejet de l'Accord EEE, *FF 1993, vol. I, n°11, pp. 757-942*, spéc. p.767, pt 122.11.

limite a effectivement été tenue ; on verra en particulier que la relation Suisse-UE couvre de vastes pans du marché intérieur de l'Union européenne[306]. Mais sur le principe, le rejet par la Suisse de l'accord EEE aura conduit l'Union européenne à vouloir établir une relation qui ne confère pas à la Suisse les seuls avantages de l'Espace économique européen.

198. Cette limitation se retrouve sur les dossiers matériels sur lesquels l'Union est prête à entrer en discussion : l'Union européenne insiste pour que les discussions s'engagent sur le dossier de la libre circulation des personnes et celui des transports, « *deux piliers essentiels de la construction de la nouvelle Europe qui intéressent directement les citoyens; ils présentent un lien direct avec les quatre libertés qui sous-tendent le marché unique et la philosophie de la Communauté* »[307]. Elle impose en outre un parallélisme des négociations et s'assure, par une « clause guillotine » que les concessions faites par la Suisse dans un accord seront appréciées par rapport à l'ensemble des accords conclus en 1999[308].

199. L'échec des négociations sur l'EEE va ainsi conduire l'Union européenne et la Suisse à vouloir établir une relation « pragmatique », c'est-à-dire qui approche les questions de manière le plus technique et le moins politique possible, et les règle en assurant une certaine souplesse.

---

306 Voir, *infra*, partie 2, titre 1, n°871 et s.

307 Communication de la Commission du 1er octobre 1993, précitée, pt 10. Voir également les mandats adoptés par le Conseil de l'Union européenne en 1994 et 1995. Décision du Conseil du 14 mars 1995 autorisant à négocier un accord entre la Communauté européenne et la Confédération suisse dans les domaines des transports routiers et aériens (5824/95 DCL1). A la suite d'une demande d'accès aux autres directives de négociations adoptées le 31 octobre 1994, le secrétariat du Conseil a envoyé les recommandations faites par le COREPER le 26 octobre 1994. Il a été possible de vérifier de la coïncidence entre les recommandations et la décision sur les points qui devaient faire l'objet de communiqué de presse. On supposera pour le reste, que le Conseil a adopté telles quelles les recommandations (Recommandations du COREPER au Conseil de l'UE du 26 octobre 1994, de décisions du Conseil autorisant la Commission à négocier des accords bilatéraux avec la Suisse sur la libre circulation des personnes, dans le domaine de la recherche et du développement technologique, dans le secteur agricole, sur la reconnaissance mutuelle en matière d'évaluation de la conformité, dans le secteur des marchés publics, *10439/94*).

308 Sur l'influence du referendum dans les règles secondaires des accords Suisse-UE, voir, *infra*, chapitre 2, section 2 n°372 et s.

§2 – La volonté de pragmatisme

200. Après le referendum négatif sur l'EEE, la Suisse se retrouve « *pour la première fois tout à fait isolée par rapport à Bruxelles* »[309]. En outre, « *le pays demeurait profondément divisé sur la voie à suivre* »[310]. Or les contraintes objectives qui pèsent sur elles sont maintenues voire accrues du fait de l'évolution de la Communauté d'une part, et de l'intégration des Etats de l'AELE dans l'EEE d'autre part[311]. La Suisse choisit par conséquent d'adopter une approche pragmatique, c'est-à-dire une approche qui permette de satisfaire ses intérêts en essayant de limiter les éléments « politiquement sensibles » qui avaient conduit au rejet de l'EEE et par contrecoup au gel de l'adhésion à l'Union européenne ; l'Union acceptera de suivre également cette voie avec la Suisse. L'adaptation autonome du législateur suisse au droit de l'Union européenne (A) et la conclusion des accords sectoriels (B) ont été des outils permettant de développer de manière pragmatique la relation Suisse-UE. Vingt ans après avoir été utilisée, cette approche pragmatique soulève désormais certaines questions que l'on peut à ce stade évoquer (C), avant qu'elles ne soient approfondies[312].

A) L'adaptation autonome du législateur, manifestation du pragmatisme dans la relation Suisse-UE.

201. A titre liminaire, il convient de souligner que les lois fédérales[313] suisses sont dans cette étude considérées comme déterminant la relation Suisse-UE lorsqu'elles sont des applications des accords Suisse-UE, ou lorsqu'elles sont comme ici, des adaptations « autonomes » au droit de l'Union européenne[314].

---

309 Alexis P. LAUTENBERG, « Les accords bilatéraux vus de Bruxelles », in D. FELDER, C. KADDOUS (dir.), *Accords bilatéraux Suisse - UE (Commentaires),* Bruxelles, Bruylant, 2001, pp.21-24, spéc. p.21.

310 *Ibid.* Sur les résultats du referendum et des références d'analyse, voir, *supra*, n°180 et s.

311 Sur l'influence des contraintes objectives sur la volonté de la Suisse, voir, *infra*, chapitre 2, n°217 et s.

312 Voir, *infra*, partie 2, n°805 et s.

313 La présente étude s'attache aux aspects fédéraux du droit suisse, mais l'on peut souligner que l'eurocompatibilité est aussi recherchée au niveau cantonal : en ce sens Bettina KAHIL, *Suisse-Europe : mesurer le possible, viser à l'essentiel. Aspects politiques et juridiques des négociations bilatérales*, Centre Patronal, Lausanne, 1995, 105 p., spéc. pp.26-27 et les références citées.

314 Sans produire des obligations à charge de l'Union, ces actes unilatéraux ont des incidences notables dans la relation de la Suisse à l'Union européenne. En effet, une législation interne n'est pas neutre, elle a des conséquences en termes économiques, donc dans le rapport d'un Etat avec une organisation ayant l'économie et le droit comme leviers d'intégration. En outre, les législations suisses ont également des effets sur la relation – conventionnelle cette fois – entre la Suisse et l'Union dans la mesure où les adaptations autonomes unilatérales du droit suisse facilitent

202. A la suite du rejet de l'EEE, la Suisse renforce sa stratégie d'adaptation autonome au droit de l'Union européenne, considérant en particulier que « *[l]a renonciation à la poussée de libéralisation provenant de l'EEE accroît l'urgence de mesures autonomes de réformes* »[315]. Cette politique avait été amorcée en 1988, lorsque le Conseil fédéral suisse avait décidé d'examiner la compatibilité des projets de lois qui ont une incidence transfrontière avec le droit communautaire[316], et si l'intérêt de la Suisse le justifie, d'adapter le contenu au droit communautaire. Il s'agissait d'opérer un contrôle « d'eurocompatibilité »[317] lequel pouvait aboutir ou non à une adaptation de la loi suisse.

203. Ce contrôle d'eurocompatibilité constituait déjà d'une approche pragmatique du législateur fédéral, fondée sur l'idée que le droit de la Communauté produisait des effets pour la Suisse[318], des effets de « discrimination »[319]. La stratégie d'analyse à la lumière du droit européen concernait au départ les projets de loi suisse qui avaient une dimension transfrontalière, un impact international[320]. Cet examen a été ensuite élargi, de sorte que

---

souvent ensuite la reconnaissance par l'Union, dans un accord, de l'équivalence des législations suisses et européennes. Cela signifie qu'on peut considérer que ces lois « régissent » la relation Suisse-UE dès lors que le terme « régir » n'est pas pris dans son sens extérieur et autoritaire. Sur l'influence des lois suisses sur la relation Suisse-UE, voir, *infra*, chapitre 2, n°379 et s.

315 Message du Conseil fédéral du 24 février 1993 sur le programme consécutif au rejet de l'Accord EEE, *FF 1993, vol. I, n°11, pp. 757-942*, spéc. p.775.

316 Rapport du Conseil fédéral du 24 août 1988 sur la position de la Suisse dans le processus d'intégration européenne, *FF 1988, vol.III, n°37, pp. 233-445*, spéc. p.365. L'annexe 6 du rapport décrit l'organisation de cet examen. Concrètement, le Conseil fédéral introduit un chapitre procédant à cet examen d'eurocompatibilité dans les messages adressés aux Chambres fédérales (portant sur l'adoption de lois ou de modifications de lois) et dans les propositions d'ordonnances fédérales. Dans ce chapitre intitulé "Relation avec le droit européen", l'examen d'eurocompatibilité commence par la présentation de la réglementation européenne correspondante au projet suisse, qu'elle soit en vigueur au sein de l'Union mais aussi simplement en préparation. Cet exposé permet dans un second temps de préciser la mesure de la compatibilité des règles suisses envisagées. A noter que peuvent également être présentées les règles en vigueur au sein d'autres organisations européennes. Parfois, le message compare également le régime existant au sein d'Etats tels que le Canada ou les Etats-Unis. Le régime existant au sein de l'Union n'est ainsi pas le seul référent du législateur suisse. Cependant son examen est désormais systématique.

317 Rapport du Conseil fédéral du 24 août 1988, *op.cit.*, spéc. pp.320-321. On trouve le terme « euro-compatibilité (ex : rapport du Conseil fédéral du 18 mai 1992 sur la question d'une adhésion de la Suisse à la Communauté européenne, *op.cit.*, spéc. p.1133) ou « eurocompatibilité » (ex : rapport sur l'intégration du 3 février 1999, *FF 1999, vol. IV, n°22, pp. 3600-4011*, spéc. p.3609, p.3634 ; rapport Europe 2006 du 28 juin 2006, *FF 2006, vol.II, n°35, pp.6461-6622*, spéc. p.6477).

318 Voir, *infra*, chapitre 2, n°217 et s. sur l'influence des contraintes objectives sur la volonté de la Suisse, et plus particulièrement du législateur suisse, de s'adapter au droit de l'Union européenne.

319 Le terme n'est pas pris ici dans une acception juridique mais simplement repris du vocable employé par le Conseil fédéral suisse dans ses rapports.

320 Franz A. BLANKART, « Droit et politique dans les relations entre la Suisse et la Communauté », in O. JACOT-GUILLARMOD (dir.), *L'avenir du libre-échange en Europe : vers un Espace économique européen*, Zurich, Schulthess, 1990, pp. 245-252, spéc. p. 251.

désormais le Conseil fédéral doit, pour chaque projet d'acte faire le point sur ses relations avec le droit européen[321].

204. De même, cette stratégie est pragmatique dans la mesure où l'adaptation autonome ne se réalise que lorsqu'elle correspond à un intérêt de la Suisse, qui est apprécié au cas par cas. Il s'agit ainsi pour la Suisse d'adapter les conditions-cadres notamment de son économie au droit de l'Union européenne. Mais cette adaptation se réalise en dehors de toute obligation juridique, de manière autonome. Ce qualificatif d'autonomie exprime l'absence d'une obligation juridique de mettre le droit suisse en conformité avec le droit de l'Union européenne. En d'autres termes, parler d'adaptation autonome signifie que la norme a été rendue équivalente au droit de l'Union sans que cela soit la réponse à une obligation juridique : cette norme ne trouve pas sa source formelle dans le droit de l'UE ou dans un accord tel que l'EEE. Ce pragmatisme permet par conséquent de choisir celles des adaptations qui correspondent à l'intérêt de la Suisse.

205. Or, malgré le rejet de l'EEE, la Suisse maintient cette stratégie d'adaptation au droit de l'Union européenne[322], en considérant que : « *Le non à l'EEE n'était en aucun cas un non au rapprochement [du droit suisse] au droit européen* »[323]. Bien plus, un grand nombre d'adaptations prévues pour mettre en œuvre l'EEE (le paquet « Eurolex »), sont rapidement reprises dans un paquet désormais nommé « Swisslex »[324]. On verra que

---

321 Art. 141 de Loi sur l'Assemblée fédérale (LParl) du 13 décembre 2002, *RO 2003 3543* :
« *1. Lorsqu'il soumet un projet d'acte à l'Assemblée fédérale, le Conseil fédéral y joint un message.*
2. Dans son message, le Conseil fédéral motive son projet d'acte et en commente au besoin les dispositions. D'autre part, dans la mesure où des indications substantielles peuvent être fournies, il fait notamment le point sur:
a. les bases légales ou constitutionnelles sur lesquelles le projet se fonde, ses effets sur les droits fondamentaux, sa compatibilité avec le droit de rang supérieur et ses relations avec le droit européen,[…] »

Comme l'explique la Commission des institutions politiques du Conseil national dans son rapport: il s'agit d'une nouveauté qui indique que le message du Conseil fédéral doit aborder la question de la compatibilité du texte avec le droit de rang supérieur c'est-à-dire « *le droit international public applicable à la Suisse* », et avec le droit européen qui semble limité à celui de la Communauté (et par extension l'Union) : « *Quant au droit communautaire, c'est l'arsenal réglementaire de l'Union européenne qui présente un intérêt pour la Suisse* » : Rapport de la Commission des institutions politiques du Conseil national du 1er mars 2001 sur l'initiative parlementaire de loi sur le Parlement (LParl), *FF 2001, n°30*, pp.3298-3454, spéc. p.3425.

322 En effet, la participation à l'EEE – accord fondé sur le droit de l'Union européenne – exigeait une adaptation du droit suisse. Cette adaptation, qui aurait été juridiquement nécessaire, avait été envisagée sous la forme d'une modification groupée de plusieurs lois fédérales : les projets « Eurolex ».

323 Message du 24 février 1993 sur le programme consécutif au rejet de l'Accord EEE, *op.cit.*, p.785.

324 *Ibid.*, p.786. Ainsi, dans l'optique de maintenir toutes les options en matière de politique européenne, et de relancer son économie, la Suisse a décidé de reprendre en grande partie ces projets, devenus après l'échec du référendum des projets « Swisslex ». Elle a plus précisément repris 16 des adaptations du paquet Eurolex en l'état. Pour une liste et une analyse de ces rapprochements voir Blaise KNAPP, « La Suisse et l'Union européenne, une intégration douce », in *Au carrefour des droits. Mélanges en l'honneur de Louis DUBOUIS*, Paris, Dalloz, 2002, pp. 387-405, spéc. pp. 391-395.

même si cette adaptation ne se réalise que dans la mesure où elle correspond à un intérêt de la Suisse, un tel intérêt est souvent constaté compte tenu de l'influence des contraintes objectives résultant du droit de l'Union européenne[325].

206. En somme, l'adaptation autonome est une stratégie qui permet au législateur suisse d'apprécier de manière casuistique, ceux des rapprochements avec le droit de l'Union qui seraient opportuns pour la Suisse. Elle correspond à une concrétisation de l'aspiration à la plus grande marge de manœuvre possible d'un Etat qui est l'une des caractéristiques classiques de la volonté d'un sujet[326], et son renforcement s'explique au regard du rejet de l'EEE qui conduit la Suisse à vouloir préserver une marge de manœuvre (ce qu'offre la législation suisse en tant qu'acte unilatéral interne) tout en répondant aux contraintes objectives notamment factuelles que posent l'évolution de la Communauté et la mise en place de l'EEE.

207. Ces adaptations autonomes étant réalisées par des actes unilatéraux de la Suisse, elles ne peuvent pas satisfaire l'ensemble des intérêts de la Suisse et en particulier pallier les effets discriminatoires que produit le droit de l'Union européenne. A la suite du rejet de l'EEE, la Suisse a donc également souhaité conclure des accords avec l'Union européenne, mais à nouveau selon une démarche pragmatique.

B) Les accords sectoriels Suisse-UE, manifestations du pragmatisme dans la relation Suisse-UE

208. Après le référendum négatif sur l'EEE, la Suisse opte pour une « stratégie moins politisée »[327] : « *régler, de manière pragmatique […] diverses questions d'intérêt réciproque » entre la Suisse et l'UE. En proposant la négociation d'accords bilatéraux et sectoriels dans une quinzaine de secteurs*[328]*, le Conseil fédéral suisse s'engage « dans la seule voix possible, dans l'immédiat, pour une majorité de Suisses »*[329].

---

325 Voir, *infra*, chapitre 2, n°217 et s.

326 Voir, *supra*, section 1, n°138 et s.

327 Andreas R. ZIEGLER, « L'avenir des accords de l'Union européenne avec ses pays voisins : l'exemple de la Suisse », in C. PHILIP (dir.), *Réalisations et défis de l'Union européenne : droit, politique, économie. Mélanges en hommage à Panayotis SOLDATOS*, Bruxelles, Bruylant, 2012, pp.583-594, spéc. p.589.

328 Règles d'origine, perfectionnement passif des textiles, produits agricoles transformés, obstacles techniques aux échanges, marchés publics, responsabilité du fait des produits, règles vétérinaires, règles phytosanitaires, propriété

209. Cette approche pragmatique rejoint celle de l'Union européenne. Dans une communication adoptée l'année suivant le rejet par la Suisse de l'accord EEE, la Commission européenne souligne l'importance, compte tenu des liens unissant la Suisse à l'Union européenne, d'éviter une détérioration des relations, et d'essayer de la développer en adoptant « *une certaine souplesse* »[330]. En outre, la Commission souligne qu'un équilibre des engagements susceptibles d'être pris pouvait être établi non seulement au sein d'un domaine d'intérêt réciproque, mais également entre des dossiers différents « *en faisant en sorte qu'une demande de la Suisse soit contrebalancée par une demande de la Communauté d'une importance analogue* »[331]. Suivant cette stratégie, le Conseil de l'UE accepte d'entrer en matière sur cinq objets proposés par la Suisse, auxquels il ajoute les dossiers des produits agricoles de la libre circulation des personnes. Il adopte des mandats de négociations sectorielles, ce qui permet une approche relativement souple et technique. Cette volonté de pragmatisme se concrétise par des accords bilatéraux et sectoriels, et en premier lieu par les « paquets » signés respectivement en 1999 et 2004[332]. Ces accords bilatéraux I et II visent « *à régler de manière pragmatique les problèmes concrets qui se présentent* »[333] dans les relations Suisse-UE.

210. Mais on soulignera aussi que la volonté de la Suisse d'adopter une approche le moins politisée possible s'est à certains égards heurtée au pragmatisme de l'Union. Cette dernière a en effet subordonné l'ouverture des négociations à des dossiers tels que la libre circulation des personnes qui ont une connotation politique marquée[334] et qui avaient donné lieu à d'importants débats lors de la campagne sur l'EEE. Et ce choix s'explique par une stratégie de l'Union : « *Ayant à l'esprit l'objectif à long terme de l'adhésion, il s'agissait pour l'UE en priorité de faire accepter par la Suisse la notion même de la libre circulation des personnes*

---

intellectuelle, transport aérien, transport terrestre, recherche, programme audiovisuel MEDIA, statistique, éducation/formation/jeunesse.

329 Alexis P. LAUTENBERG, « Les accords bilatéraux vus de Bruxelles », in D. FELDER, C. KADDOUS (dir.), *Accords bilatéraux Suisse - UE (Commentaires)*, Bruxelles, Bruylant, 2001, pp.21-24, spéc. p.21. Dans le même sens : Cédric DUPONT, Pascal SCIARINI, « Back to the future: the first round of bilateral talks with the EU », in C. CHURCH (dir.), *Switzerland and the European Union: A Close, Contradictory and Misunderstood Relationship*, London, Routledge, pp. 202-214, spéc. p.202.

330 Communication de la Commission du 1er octobre 1993 sur l'avenir des relations avec la Suisse, *COM(1993) 486 final*, pt 8.

331 Communication de la Commission du 1er octobre 1993 précitée, pt 11.

332 Voir la liste des accords dans la bibliographie.

333 Message du Conseil fédéral du 1er octobre 2004 relatif à l'approbation des accords bilatéraux entre la Suisse et l'Union européenne […], *FF 2004, vol. I, n°44, pp.5593-5924*, spéc. p.5614, pt 1.1.

334 Voir, *supra*, n°198.

en tant qu'un des principes de base de la cohabitation en Europe occidentale »[335]. En outre, et afin d'assurer une avancée des négociations dans tous les domaines, y compris ceux qui relèvent de l'intérêt de l'UE, le Conseil a imposé lors du premier cycle de négociations bilatérales, un « *parallélisme approprié entre les différents accords sectoriels concernés* »[336].

C) Les conséquences du pragmatisme dans la relation Suisse-UE

211. Le pragmatisme qui a guidé l'établissement de la relation Suisse-UE à partir de 1993 entraîne deux effets majeurs sur la relation Suisse-UE.

212. En premier lieu, le pragmatisme a favorisé l'établissement d'accords posant des règles de conduite, sans que celles-ci ne soient rattachées à un objectif clairement affirmé par l'accord. Par conséquent, les juges (Tribunal fédéral suisse et Cour de justice de l'Union européenne notamment) ne disposent pas de principes directeurs clairs leur permettant d'assurer une interprétation de ces règles qui soit à la fois prévisible, et homogène entre le juge suisse et le juge de l'Union[337]. Cette lacune pourrait au moins partiellement être levée par les négociations en cours, qui pourraient aboutir à faire de l'homogénéité du droit applicable, un objectif poursuivi par les parties[338].

213. En second lieu, le pragmatisme qui caractérise la relation Suisse-UE renvoie à l'absence d'objectif à long terme. Il a probablement permis de lever les difficultés pour approfondir la relation Suisse-UE à la suite du referendum négatif sur l'EEE. D'un point de vue politique, « *this strategy was not optimal because it would not bring a long-term economic solution and left Switzerland with no political say* »[339]. Le chef de la mission Suisse auprès de l'UE considèrera même que les accords bilatéraux (de 1999) « *fournissent les bases d'une trêve, mais cette trêve n'est qu'apparente et la polarisation entre les partisans et d'une adhésion et*

---

335 Alexis P. LAUTENBERG, « Les accords bilatéraux vus de Bruxelles », précité, p.22.

336 Recommandations du COREPER au Conseil de l'UE du 26 octobre 1994, de décisions du Conseil autorisant la Commission à négocier des accords bilatéraux avec la Suisse sur la libre circulation des personnes, dans le domaine de la recherche et du développement technologique, dans le secteur agricole, sur la reconnaissance mutuelle en matière d'évaluation de la conformité, dans le secteur des marchés publics, *10439/94*. Sur l'hypothèse d'assimilation des décisions du Conseil aux recommandations du COREPER, voir, *supra*, n°198.

337 Sur l'interprétation des accords Suisse-UE, en tant qu'elle confirme certaines ambiguïtés de la relation Suisse-UE, voir *infra*, partie 2, titre 1, n°929 et s.

338 Voir, *infra*, partie 2, titre 1, n°1097 et s.

339 Cédric DUPONT, Pascal SCIARINI, « Back to the future: the first round of bilateral talks with the EU », *op.cit.*, p.202.

ceux qui sont satisfaits de ce qui a été atteint réapparaîtra rapidement »[340] ; en outre, pour l'Union européenne et ses Etats membres, « *il demeurera crucial de connaître les intentions plus fondamentales de la Suisse sur le moyen et le long terme* »[341]. En outre et dans une optique institutionnelle qui sera approfondie dans cette étude, le pragmatisme constaté implique probablement aussi l'absence « d'idée d'œuvre » commune à la Suisse et l'Union européenne, ce qui limite les formes du développement institutionnel de l'ensemble formé entre la Suisse et l'Union européenne d'une part, et soulève des questions sur la liberté politique dans un ensemble qui se construit par pragmatisme d'autre part[342].

*

* *

Conclusion du chapitre 1.

214. Les volontés de la Suisse et de l'Union européenne sont essentielles pour fonder une relation conventionnelle. Elles ont été des vecteurs d'impulsion de la relation Suisse-UE lorsque la Suisse et la Communauté ont voulu créer une grande zone de libre-échange en 1957 ou qu'elles ont voulu établir un espace économique européen. Pourtant ces volontés n'ont pas abouti juridiquement à la conclusion d'un accord, faute de parvenir à un s'accorder sur la forme d'une zone de libre-échange en 1958, et compte tenu de l'évolution (ou de la précision) de la volonté de la Suisse lors du referendum du 6 décembre 1992 par lequel le peuple et les cantons suisses ont refusé la ratification de l'accord de Porto établissant l'Espace économique européen (EEE).

215. Ces deux temps historiques soulignent alors un élément que l'on avait pu apercevoir lors de l'étude générale du subjectivisme en droit international : les sujets de droit international, Etats comme organisations, ont tendance à vouloir préserver leur autonomie, en s'assurant la plus grande marge de manœuvre possible. En 1958 c'est essentiellement la Communauté récemment mise en place qui n'a pas voulu poursuivre

---

340 Alexis P. LAUTENBERG, « Les accords bilatéraux vus de Bruxelles », in D. FELDER, C. KADDOUS (dir.), *Accords bilatéraux Suisse - UE (Commentaires)*, Bruxelles, Bruylant, 2001, pp.21-24, spéc. p.22.

341 *Ibid.* p.23.

342 Sur l'utilisation de la théorie de Maurice HAURIOU pour éclairer la relation Suisse-UE, voir, *infra*, partie 2, titre 2, n°1448 et s., spéc. n°1498.

des négociations sur une zone de libre-échange, afin d'assurer des conditions optimales pour le processus d'intégration entre ses Etats membres. En 1992 c'est la Suisse qui refuse l'intégration dans le marché intérieur par le biais d'une structure institutionnelle qui limite son autonomie dans des proportions jugées excessives par le peuple et les cantons. La relation Suisse-UE va ainsi s'établir selon une voie pragmatique, c'est-à-dire que les volontés de la Suisse et celles de l'Union européenne se porteront sur des objets sectoriels, dans l'optique d'établir des effets juridiques concrets qui se rattachent le moins possible à une vision politique et à long terme.

216. La relation Suisse-UE est ainsi caractérisée par un subjectivisme central mais peu défini, ou du moins caractérisé par une approche limitative (à l'égard de l'autonomie de chaque partie et à l'égard d'une idée-force pérenne). Il reste alors à identifier quels sont les éléments objectifs déterminant la relation Suisse-UE et leur sens d'action. Certains d'entre eux ont partiellement été évoqués : la volonté de l'Union européenne est par exemple déterminée par sa charte institutive qui en fait un sujet autonome du droit international ; la volonté de la Suisse dépend aussi de l'exercice des droits populaires garantis par la Constitution. Il s'agit ensuite d'approfondir l'identification de ces éléments et d'identifier leurs influences sur la relation Suisse-UE.

*

* *

Chapitre 2 – Les éléments objectifs déterminant la relation Suisse-UE

217. Parmi les éléments objectifs qui déterminent la relation juridique entre la Suisse et l'Union européenne, l'on peut distinguer entre des éléments objectifs factuels et légaux[343].

218. Les interdépendances entre la Suisse et l'Union européenne, ainsi que les inégalités entre ces deux sujets de droit international sont des éléments objectifs factuels qui exercent une influence importante sur la relation juridique entre la Suisse et l'Union européenne. Le sens de leur emprise peut varier mais l'on peut souligner que, de manière générale, l'Etat suisse paraît plus sensible à l'interdépendance qui existant avec l'Union européenne, compte tenu de la puissance notamment économique de celle-ci. Ces deux éléments factuels ont alors des conséquences, en particulier sur la volonté de la Suisse d'établir des actes juridiques (législations internes et accords Suisse-UE) dont certaines règles reprennent ce droit de l'Union européenne qui exerce des effets factuels à l'égard de la Suisse. Cette influence s'exerce plus précisément sur les règles, que l'on qualifiera ici de premier degré, qui régissent essentiellement le comportement des personnes relevant de l'ordre juridique suisse et de l'ordre juridique de l'Union européenne.

219. Se superposent à cette pression, des contraintes légales[344] qui peuvent venir contrer ou à l'inverse appuyer le sens d'action des éléments factuels précités. L'influence du droit de l'Union varie en fonction des aspects de la construction de l'Union européenne envisagés. De manière générale, le droit de l'Union tend à ce que la relation Suisse-UE s'établisse par des actes juridiques dont les règles (qualifiées ici du premier degré) sont fondées sur le droit de l'Union européenne. Cette structure, qui favorise une intégration de la Suisse à l'Union européenne[345], est néanmoins limitée par le droit de l'Union qui tend à préserver l'intégration établie entre les Etats membres. Le droit de la Confédération

---

343 Voir, *supra*, n°112, les remarques relatives à la distinction du fait et du droit qui ne sont pas prises ici dans un sens systémique.

344 Le terme désigne les contraintes considérées comme juridiques dans les ordres juridiques internes de la Suisse et de l'Union européenne (et de leur point de vue) : voir, *supra*, n°112.

345 Sur la technique de cette intégration, envisagée sous le prisme d'une assimilation de la Suisse à un Etat membre de l'Union européenne, voir, *infra*, partie 2, titre 1, n°819 et s.

suisse a également des incidences notables sur la relation Suisse-UE. D'un côté, les caractéristiques constitutionnelles de la Suisse sont essentiellement des vecteurs de spécificités de la relation Suisse-UE (par rapport au commun établi entre les Etats membres notamment). Elles expliquent en particulier la place centrale que conserve la négociation politique en amont et en parallèle des accords Suisse-UE, ainsi que certaines règles (qualifiées de règles du second degré), relatives au maintien dans le temps des règles du premier degré. D'un autre côté, les législations fédérales suisses, lorsqu'elles sont adaptées au droit de l'Union européenne, établissent une « euro-compatibilité » de l'ordre juridique suisse avec celui de l'Union européenne et favorisent ainsi la conclusion ultérieure d'accords entre la Suisse et l'Union européenne.

220. Il convient ainsi, sans perspective d'exhaustivité, de relever certains des éléments objectifs factuels (section 1) et légaux (section 2) qui influencent la volonté de la Suisse et celle de l'Union européenne et la structure des actes juridiques adoptés pour régir cette relation.

*

* *

Section : Les éléments objectifs factuels

Section 2 : Les éléments objectifs légaux

*

* *

Section 1. Les éléments objectifs factuels

221. En déclenchant une volonté de changement, et en orientant l'objet de celui-ci, les contraintes factuelles ont une incidence directe sur la détermination de la Suisse et de l'Union européenne à agir juridiquement. Il n'est évidemment pas possible de lister l'intégralité de ces éléments. On en retrouvera par ailleurs certaines lors de l'étude des contraintes légales, parce que le développement du droit de l'UE produit des effets concrets pour la Suisse[346] ou encore parce l'organisation fédérale suisse repose sur des réalités factuelles (historiques, linguistiques et culturelles) qui ont des incidences pour la relation Suisse-UE[347]. On essaiera ici de suivre les contraintes classiquement identifiées en droit international à partir notamment des travaux de Michel VIRALLY[348], afin de comprendre dans quelle mesure elles influencent la relation Suisse-UE.

222. On retrouve ainsi dans des rapports du Conseil fédéral suisse, un phénomène identifié par Michel VIRALLY : l'interdépendance affecte la volonté d'un sujet de droit international d'agir juridiquement lorsqu'elle menace son indépendance[349]. C'est le cas chaque fois que l'interdépendance se développe « *d'une manière déséquilibrée au détriment de certains Etats et que finalement le risque d'être soumis à des pressions augmente. Une autonomie et une autarcie complètes étant irréalistes, la différenciation et l'approfondissement d'une interdépendance* équilibrée *peuvent devenir des moyens propres à consolider l'indépendance* »[350]. L'Etat cherche alors à « régler juridiquement » ces contraintes objectives qui atteignent sa liberté d'action. De manière *a priori* paradoxale, alors que l'interdépendance est un élément incitant à l'action juridique, cette action peut précisément réaliser un approfondissement de l'interdépendance. L'action juridique vient ainsi offrir un aménagement rationnel et équilibré de ces rapports entre sujets de droit international, en pratique inégaux et interdépendants. Le regain de liberté est ainsi précisément obtenu par

---

346 Voir, *infra*, section 2, n°300 et s.

347 Voir, *infra*, section 2, n°358 et s..

348 Michel VIRALLY, « Panorama du droit international contemporain », *R.C.A.D.I.*, 1983, V, t.183, pp.9-382, spéc. pp.35 et s.

349 L'indépendance est, d'un point de vue politique, définie comme la capacité de l'Etat de « *veiller à ses propres intérêts et d'accomplir ses tâches étatiques essentielles sans qu'une puissance étrangère puisse lui imposer sa volonté* » : Rapport du Conseil fédéral du 24 août 1988 sur la position de la Suisse dans le processus d'intégration européenne, *FF 1988, vol.III, n°37, pp.233-445*, spéc. p.323.

350 *Ibid.* p.322.

la soumission à des obligations juridiques[351]. On peut déjà souligner l'importance de cette remarque, car l'étude s'achèvera sur un constat d'une restriction de liberté, qui amène à se demander si l'adhésion à l'Union ne serait pas un moyen de recouvrer cette part de liberté.

223. Il n'y a donc probablement pas de spécificité sur la nature de l'action de l'interdépendance et de l'inégalité dans la relation Suisse-UE. En revanche, il y a probablement une spécificité sur l'intensité de cette influence. Franck EMMERT considère même qu'entre la Suisse et l'Union européenne, il y aurait ainsi « *an inevitable partnership* »[352]. L'interdépendance (§1) et l'inégalité (§2) sont en effet des contraintes objectives qui affectent considérablement la relation Suisse-UE.

§1 – L'interdépendance entre la Suisse et l'Union européenne

224. L'interdépendance désigne l'état objectif factuel de dépendance entre la Suisse et l'Union européenne, et constitue de ce point de vue une première approche des intérêts qu'ils portent l'un à l'égard de l'autre. Dans la relation Suisse-UE, l'interdépendance est un facteur d'influence important (A), qui déploie des effets variés (B).

A) L'importance de l'interdépendance

225. L'interdépendance entre la Suisse et l'Union européenne se manifeste dans des domaines qui dépassent le cadre commercial (1). Cette contrainte revêt une importance particulière compte tenu de la position géographique de la Suisse, ainsi que de facteurs conjoncturels liés à des constructions juridiques (2).

1) Le champ de l'interdépendance

226. L'interdépendance en matière économique est un phénomène généralement constaté par les autorités politiques suisses et européennes. Dès les années 1970, les

---

351 Le Conseil fédéral souligne que sur un plan juridique, la souveraineté n'est pas « *affectée lorsque l'Etat assume des obligations de droit international* » : *id.*

352 Frank EMMERT, « Switzerland and the EU: Partners, for Better or for Worse », *E.F.A.R.* 1998, n°3, pp. 367-398, spéc. p.371.

parlementaires suisses[353] et le Conseil fédéral[354] soulignent l'étroite imbrication économique de la Suisse avec son environnement européen et notamment la Communauté économique européenne. Cette interdépendance a été entretenue par l'accord de libre-échange de 1972[355], et après vingt ans d'application de cet accord, la Commission européenne insiste sur l'importance des relations économiques et notamment commerciales avec la Suisse[356].

227. L'interdépendance se manifeste également dans de nombreux autres domaines comme en matière environnementale, en raison du caractère transnational de certains problèmes de la civilisation industrielle moderne[357]. Elle existe également dans des domaines plus étroitement liés à la souveraineté comme ceux de la coopération judiciaire[358], en raison de la circulation des personnes en Europe.

228. L'interdépendance est ainsi de manière générale une contrainte factuelle qui influence la coopération entre la Suisse et l'Union européenne[359], et qui s'étend au fur et à mesure que la coopération progresse.

2) *Les facteurs d'interdépendance*

229. Dans la relation Suisse-UE, l'interdépendance constitue une pression assez importante en raison de la position géographique de la Suisse (a). Mais ce minimum d'interdépendance peut en outre augmenter en fonction – notamment[360] – de deux

---

353 On soulignera par exemple les discussions parlementaires relatives à l'accord de 1972 qui constatent une interdépendance économique, même si tous les parlementaires ne partagent pas la réponse juridique que la Suisse doit apporter à cette interdépendance. Voir par exemple les positions exprimées lors des discussions relatives au projet d'arrêté du 16 août 1972 du Conseil fédéral, n°20 001 296, *B.O.A.F.*, *1972, vol. IV, pp.1441-1443*, spéc. p.1442 ; *pp. 1434-1464*, spéc. p.1438 ; et *p.1458*.

354 Voir notamment le message du Conseil fédéral du 16 août 1972, relatif à l'approbation des Accords entre la Suisse et les Communautés européennes, *FF 1972, vol.II, n°41, pp. 645-989*, spéc. pp.646 et s..

355 Accord entre la Confédération suisse et la Communauté économique européenne (relatif au libre-échange), *RO 1972 3169 / JO L 300 du 31.12.1972, p. 189-280*.

356 Communication de la Commission du 1er octobre 1993 sur l'avenir des relations avec la Suisse, *COM(1993) 486 final*, pt 9. Voir aussi les appréciations plus récentes de l'interdépendance économique, par exemple sur le site de la délégation de l'Union européenne en Suisse, rubrique « Relations politiques et économiques ».

357 Message du Conseil fédéral du 16 août 1972, précité, p.723. Voir aussi les considérations relatives à l'accord sur l'environnement dans le message du Conseil fédéral du 1er octobre 2004 relatif à l'approbation des accords bilatéraux entre la Suisse et l'Union européenne [...], *FF 2004, vol. I, n°44, pp.5593-5924*, spéc. pp.5670 et s.

358 Voir les considérations relatives à l'accord d'association de la Suisse à Schengen dans le message du Conseil fédéral du 1er octobre 2004 précité, pp.5689 et s.

359 Voir par exemple le rapport du Conseil fédéral du 24 août 1988 sur la position de la Suisse dans le processus d'intégration européenne, *FF 1988, vol.III, n°37, pp. 233-445*, spéc. p.235.

360 Sur l'absence d'exhaustivité des présents développements, voir, *supra*, n°110 et s. Le contexte géopolitique pourrait aussi être pris en compte par exemple, comme le fait Colomba PAINDAVOINE : la « *position centrale [de la Suisse]*

facteurs, étroitement mêlés : l'interdépendance tend à s'accroître en fonction de la conclusion d'accords (b) et du renforcement de l'intégration au sein de l'Union (c).

a) La position géographique

230. La *situation* géographique de la Suisse n'est pas systématiquement vecteur d'interdépendance avec l'Union européenne. Certains éléments tels que la taille, le relief et le climat du pays, ne jouent pas forcément dans le sens de l'interdépendance, et rendent plus difficiles la survenance d'un accord dans certains domaines[361], comme l'illustre l'exemple de la politique agricole[362].

231. En revanche, la *position* géographique de la Suisse joue généralement en faveur du renforcement de l'interdépendance, et par conséquent d'un renforcement juridique de la coopération Suisse-UE[363]. Si « *l'interdépendance universelle – politique, stratégique, économique et écologique – est l'un des traits les plus caractéristiques de la société internationale à l'aube du XXIème siècle* »[364], elle est d'autant plus forte pour les Etats voisins ou frontaliers. Or la Suisse est « *fortement enclavée dans les territoires des pays de la Communauté* »[365],

---

dans le continent, ainsi que l'intime et permanente dépendance de sa prospérité à l'égard des courant d'échanges européens, l'amènent à s'allier à ses voisins et ce d'autant plus depuis que la Guerre Froide a cessé » : Colomba PAINDAVOINE, *La stabilisation progressive des relations entre la Communauté européenne et l'A.E.L.E.*, 1998, 753 p., spéc. p. 59

361 Sur l'influence de l'interdépendance sur l'établissement de liens conventionnels, voir, *infra*, n°239 et s.

362 En effet, l'agriculture suisse, largement déterminée par la taille, le relief, et le climat du pays, a difficilement, et seulement progressivement été appréhendée par les accords Suisse-UE. Contrairement au souhait de la Communauté économique européenne, seule une « lucarne agricole » a été insérée dans l'accord de libre-échange de 1972, ceci afin de permettre à la Suisse d'assurer la sauvegarde de son *« degré d'auto-approvisionnement relativement modeste, [et] de garantir le revenu des paysans* » (message du Conseil fédéral du 16 août 1972, relatif à l'approbation des Accords entre la Suisse et les Communautés européennes, *FF 1972, vol.II, n°41, pp. 645-989*, spéc. pp.656-657). La question agricole joue ainsi en principe comme une contrainte limitant la volonté de la Suisse de conclure certains types d'actes juridiques, et notamment un traité d'adhésion à la Communauté économique européenne (message du Conseil fédéral du 16 août 1972, *op.cit.*, spéc. p.649). En 1992, le Conseil fédéral souligne la difficulté de la question agricole, sans porter toutefois la même appréciation d'incompatibilité avec l'adhésion (rapport du Conseil fédéral du 18 mai 1992 sur la question d'une adhésion de la Suisse à la Communauté européenne, *FF 1992, vol.III, n°27, pp. 1125-1320*, spéc. p.1299). Cette influence s'exerce également dans les autres relations extérieures de la Suisse, comme à l'égard du GATT : elle a fondé le refus de la Suisse d'adhérer au GATT lors de sa création, puis justifié la négociation d'un simple statut de membre associé en 1958, l'absence de droit de vote étant contrebalancée par la possibilité de se tenir à l'écart de la libéralisation des marchés agricoles. Néanmoins, l'adhésion complète de la Suisse en 1966 prouve à nouveau que si elle constitue une contrainte limitative à l'adoption de certains actes, la restriction du champ d'action de la volonté ne revêt pas un caractère absolu.

363 Voir, *infra*, n°237 et s.

364 Juan-Antonio CARRILLO-SALCEDO, « Droit international et souveraineté des Etats : Cours général de droit international public », *R.C.A.D.I.*, 1996, I, tome 257, pp.35-222, spéc. p.51.

365 Message du Conseil fédéral du 11 décembre 1972, concernant un accord avec la Communauté économique européenne sur l'application de la réglementation relative au transit communautaire, *FF 1973, vol.I, n°7, pp. 185-289*, spéc. p. 186.

cette situation étant d'autant plus nette que la Confédération est entourée de trois des Six Etats fondateurs des Communautés européennes (l'Allemagne, la France et l'Italie).

b) La conclusion d'accords

232. L'interdépendance est aussi modifiée au fur et à mesure que des accords sont conclus. Les accords viennent appréhender juridiquement un donné factuel, qu'ils modifient dans le même mouvement. Cela signifie que les accords viennent « répondre » à une nécessité de coopération résultant d'une interdépendance[366]. Cette réponse n'est pas neutre, elle créée une situation nouvelle et par là même, un lien d'interdépendance nouveau[367]. Par exemple, à la suite de la conclusion de l'accord de 1972, le Conseil fédéral constate : « *Bien qu'une interdépendance relativement étroite nous lie aujourd'hui déjà aux Etats des CE, le libre-échange avec la Communauté élargie créera une situation nouvelle pour notre économie* »[368]. En d'autres termes, le construit que véhiculent les accords devient peu à peu un donné, qui à son tour impliquera une construction juridique.

c) L'évolution de l'Union européenne

233. L'évolution de l'Union européenne, depuis les premières Communautés, influence l'interdépendance qui existe avec la Suisse. Compte tenu du caractère essentiellement dynamique de cette construction communautaire et européenne d'une part, et d'une certaine inégalité factuelle entre la Suisse et l'Union européenne d'autre part[369], l'évolution de cette dernière est particulière pour la relation Suisse-UE. Facteur d'interdépendance, la construction européenne incite la Suisse à se montrer attentive à ce « *mouvement général d'intégration en Europe occidentale* »[370]. Cette influence sera approfondie au titre de l'influence des contraintes légales sur la relation Suisse-UE[371], et l'on verra qu'elle sera

---

366 Voir, *infra*, n°237 et s.

367 Voir les remarques relatives à l'aspiration à l'autonomie, limitée par des nécessités de coopération, *supra* n°146.

368 Message du Conseil fédéral du 16 août 1972, *op.cit.*, spéc. p.727. Concrètement, la situation nouvelle concerne tant « *l'industrie d'exportation, dont les produits jouiront du libre accès au grand marché européen* » que « *le marché intérieur* [suisse]*, où les entreprises devront s'adapter à de nouvelles conditions de concurrence* ».

369 Sur les inégalités, voir, *infra*, n°252 et s.

370 Rapport du Conseil fédéral du 24 août 1988 sur la position de la Suisse dans le processus d'intégration européenne, *FF 1988, vol.III, n°37, pp. 233-445*, spéc. p.304.

371 Voir, *infra*, section 2, n°283 et s.

d'autant plus perceptible que la coopération entre la Suisse et l'Union européenne s'est établie sur la base du droit de l'Union[372].

234. Mais il faut souligner que si l'évolution de la construction de l'Union européenne a des effets plus forts sur l'interdépendance que l'évolution du droit suisse, elle n'affecte pas uniquement la dépendance de la Suisse à l'égard de l'Union européenne. Même si la pression exercée sur la Suisse peut être plus forte, l'évolution de l'Union renforce également sa dépendance à l'égard de la Suisse[373] : il s'agit bien ici d'une interdépendance.

235. Ce développement de la construction européenne renforce l'interdépendance économique[374] et élargit le champ de l'interdépendance dans des domaines « *non commerciaux* »[375], par exemple « *les transports, le rapprochement des législations, les problèmes de l'établissement et des services, la recherche, la protection de l'environnement et la politique monétaire* »[376]. De même, Josiane AUVRET-FINCK soulignait que « *la proximité géographique, l'interdépendance économique et commerciale, dans un contexte où le Marché commun apparaît rapidement comme un réel succès, […] conduisent inéluctablement au rapprochement des pays membres de l'AELE et des Communautés européennes* »[377].

236. L'interdépendance – et davantage encore son renforcement – incitent en effet à adopter une réaction juridique.

B) L'influence de l'interdépendance dans la relation Suisse-UE

237. L'interdépendance évolue en fonction des constructions juridiques réalisées entre la Suisse et l'Union européenne et au sein de cette dernière, mais elle constitue aussi un donné objectif factuel qui suscite des constructions juridiques. C'est ici l'idée que : « *Ce que*

---

372 Sur cette évolution, abordée sous le prisme de l'objectivisation, voir, *infra*, partie 2, titre 1, n°966 et s.

373 Pour un exemple en ce sens, on citera le cas de l'adoption au sein de l'Union européenne, d'une directive en matière de fiscalité de l'épargne, qui a conduit l'Union européenne à chercher à obtenir la coopération de la Suisse dans ce domaine. Voir, *infra*, n°250 ; n°313 et *infra*, titre 2, chapitre 2, n°779, les remarques relatives à l'accord du 26 octobre 2004 entre la Confédération suisse et la Communauté européenne prévoyant des mesures équivalentes à celles prévues dans la directive 2003/48/CE du Conseil en matière de fiscalité des revenus de l'épargne sous forme de paiements d'intérêts (*RO 2005 2571 /JO L 385 du 29.12.2004, p. 30-42*)

374 Voir par exemple le rapport sur les Grandes lignes de la politique gouvernementale 1983-1987 du 18 janvier 1984, *FF 1984, vol. I, n°8, pp. 153-271*, spéc. p.201 ; le rapport du Conseil fédéral du 24 août 1988, *op.cit.*, spéc. p.280, p.281, et p.294.

375 Voir le message du Conseil fédéral du 16 août 1972, *op.cit.*, spéc. p.722 ; ou encore le rapport du Conseil fédéral du 18 mai 1992 sur la question d'une adhésion de la Suisse à la Communauté européenne, *FF 1992, vol.III, n°27, pp. 1125-1320*, spéc. p.1238

376 Message du Conseil fédéral du 16 août 1972, *op.cit.*, spéc. p.722.

377 Josiane AUVRET-FINCK, « Espace économique européen », *Rép. de droit européen*, 2003, pt 3.

l'interdépendance économique a commencé, les relations juridiques vont le poursuivre »[378]. Ce phénomène, qui n'est d'ailleurs là non plus pas propre à la relation Suisse-UE, peut être précisé sans qu'il n'y ait toutefois dans cette recherche une quelconque systématisation obligatoire. Cette recherche est en effet menée à partir des réactions juridiques généralement identifiées et concrétisées par l'adoption d'actes juridiques, alors même que l'ensemble des acteurs politiques ne partagent ni la conception de l'action juridique qui doit répondre à cette contrainte, ni l'opportunité même d'une telle action juridique[379].

238. On peut identifier une influence immédiate et une influence médiate de l'interdépendance sur la relation Suisse-UE. L'interdépendance constitue un donné objectif qui, dès l'origine, va s'intégrer à la volonté des parties, de conclure un acte juridique (1). Cette matérialité objective va également influer sur la structure de l'acte juridique, même s'il est difficile de prévoir *a priori* un type de structure en fonction de la pression de l'interdépendance, d'autres éléments, subjectifs ou objectifs interférant dans cette recherche d'un équilibre de l'acte juridique liant la Suisse et l'Union (2).

1) *La volonté de la Suisse et la volonté de l'UE d'apporter une réponse juridique à l'interdépendance*

239. L'interdépendance incite à l'adoption d'un nouvel acte, l'inaction étant globalement notamment considérée comme source de désavantages. Pour la Suisse : « *L'indépendance est mise d'autant plus en danger que les interdépendances se développent d'une manière déséquilibrée au détriment de certains Etats et que finalement le risque d'être soumis à des pressions augmente. Une autonomie et une autarcie complètes étant irréalistes, la différenciation et l'approfondissement d'une interdépendance équilibrée peuvent devenir des moyens propres à consolider l'indépendance* »[380].

---

378 Colomba PAINDAVOINE, *La stabilisation progressive des relations entre la Communauté européenne et l'A.E.L.E.*, 1998, 753 p., spéc. p. 18

379 Par exemple, certains parlementaires suisses considéraient l'accord de libre-échange de 1972 comme une réponse inopportune à l'interdépendance économique. L'un d'eux explique ainsi : « *Il y a une interdépendance économique […], mais nous ne voyons simplement aucune raison d'institutionnaliser nos rapports avec le Marché commun ; qu'ils subsistent tels qu'ils sont, il n'y a pas besoin d'aller plus loin* » (Intervention du Président du groupe parlementaire Parti du Travail, discussions relatives au projet d'arrêté du 16 août 1972 du Conseil fédéral, n°20 001 296, *B.O.A.F., 1972, vol. IV, pp.1441-1443*, spéc. p.1442).

380 Rapport du Conseil fédéral du 24 août 1988, *op.cit.*, spéc. p.322.

240. Dès lors, l'élément objectif qu'est l'interdépendance s'intègre dans la volonté des parties : constatant cette interdépendance, la Suisse et l'Union européenne vont vouloir y réagir juridiquement. L'interdépendance constitue ainsi un donné objectif qui, si l'on reprend les grilles d'analyse de la théorie générale de l'acte juridique, s'intègre à la volonté d'agir juridiquement. C'est là un phénomène classique d'union originelle entre le monde objectif et subjectif identifié par le Professeur Jean HAUSER.

241. L'interdépendance exerce de manière générale une influence plus forte sur la volonté de la Suisse d'apporter une réponse juridique que sur celle de l'Union européenne. Il s'agit, du point de vue de la Suisse d'éviter son isolement « *à la longue difficilement supportable pour un pays si étroitement lié à l'Europe* »[381]. Déjà en 1972, le Conseil fédéral soulignait que compte tenu du degré « *actuel – et surtout prévisible – qu'atteint l'interdépendance* »[382] *entre la Suisse et les Communautés,* « *cette œuvre [de l'intégration européenne] devient également la nôtre* »[383]. Mais elle vaut également pour l'Union européenne, parce que l'efficacité d'une de ses législations ou d'une liberté de circulation, peut se voir affectée par l'enclavement de la Suisse dans son territoire.

242. Cette réaction juridique à l'interdépendance va dans le sens d'un renforcement de la coopération, dans les domaines commerciaux et plus généralement économiques[384]. Mais l'interdépendance favorise aussi le renforcement de la coopération dans d'autres domaines. C'est par exemple le cas en matière policière dans le cadre de la lutte contre le crime organisé, la criminalité en matière de stupéfiants, le terrorisme, et en matière migratoire dans le cadre de la lutte contre l'immigration illégale et l'abus du droit d'asile[385]. La Suisse percevait comme préjudiciable le fait de ne pas participer à la collaboration mise en place par les Etats de la Communauté, dont faisaient partie « *trois de [ses] cinq voisins. Dans les domaines du droit, des enquêtes et du savoir-faire, la Suisse cour[ai]t le risque de devenir peu à peu une île dans le sens négatif du terme* »[386]. De même, la situation

---

381 Message du Conseil fédéral du 16 août 1972, *op.cit.*, spéc. p.649.
382 *Ibid.* p.720.
383 *Ibid.*
384 Message du Conseil fédéral du 16 août 1972, *op.cit.*, spéc. p.722.
385 Rapport du Conseil fédéral du 18 mai 1992, *op.cit.*, spéc. p.1253.
386 *Ibid.*

géographique de la Suisse a incité la Suisse et la Communauté européenne à conclure un accord renforçant leur coopération en matière environnementale[387].

243. L'interdépendance constitue ainsi un objectif factuel qui s'intègre aux volontés de la Suisse et de l'Union européenne en incitant à appréhender juridiquement ce donné, dans le sens d'un renforcement de la coopération. On peut alors essayer de préciser la structure des actes juridiques qui subissent cette influence.

2) *L'influence sur la structure des actes juridiques*

244. L'interdépendance qui existe entre la Suisse et l'Union européenne influence les législations que la Suisse adopte[388]. La construction de l'Union européenne étant un facteur d'interdépendance, on comprend que certaines législations suisses réagissent à cette interdépendance en s'adaptant au droit de l'Union européenne[389].

245. L'interdépendance affecte aussi de manière plus directe la relation Suisse-UE, en influençant les accords que la Suisse et l'Union européenne concluent. Elle en influencera le nombre si les accords sont sectoriels, en fonction de ceux des domaines dans lesquels on constate une interdépendance et nécessité de coopération. Mais l'interdépendance influence surtout la teneur des accords.

246. L'intensité de l'interdépendance est déterminante : plus la pression de l'interdépendance est forte, plus les parties auront tendance à établir – ou vouloir établir – des actes qui donnent naissance à des normes impliquant un haut degré de coopération, voire d'intégration. C'est même face au constat d'une forte interdépendance que la Suisse (du moins le Conseil fédéral) envisagera de développer sa coopération au maximum en envisageant l'adhésion à l'Union européenne[390].

---

387 Voir notamment l'exposé des motifs, pt 6, de la proposition de décision du Conseil relative à la signature, au nom de la Communauté européenne, de l'accord entre la Communauté européenne et la Confédération suisse concernant la participation de la Suisse à l'agence européenne pour l'environnement et au réseau européen d'information et d'observation pour l'environnement, 8 octobre 2004, *COM(2004) 658 final, JO C 290 du 27.11.2004, p.6*. De même voir le message du Conseil fédéral du 1er octobre 2004 relatif à l'approbation des accords bilatéraux entre la Suisse et l'Union européenne, [...], *FF 2004, vol. I, n°44, pp.5593-5924*, spéc. pp. 5677-5678.

388 On retrouve ici une certaine asymétrie évoquée lors de l'étude de l'Union comme facteur d'interdépendance.

389 Sur l'adaptation autonome de la Suisse au droit de l'Union européenne, voir, *infra*, section 2, n°305, n°379, ainsi que *infra*, titre 2, chapitre 1, n°437 et s.

390 « *Ce qui est déterminant, c'est de reconnaître en Europe les interdépendances politiques, économiques, écologiques et technologiques pour essayer d'y faire face, ainsi qu'à leur dynamique propre, en ayant recours à des solutions tant de politique étrangère qu'institutionnelles qui réduisent de manière supportable pour la dignité de la Suisse les*

247. L'évolution de l'interdépendance a également des effets majeurs sur la relation Suisse-UE : son caractère contingent explique notamment l'insertion d'une « clause évolutive » dans un accord[391], laquelle peut être plus ou moins précise[392]. Le caractère évolutif de l'interdépendance, et plus précisément son renforcement, explique aussi l'extension des domaines matériels couverts par les accords[393].

248. Enfin, le « motif » de l'interdépendance a des conséquences sur le type et le régime de la de coopération qui s'établit entre la Suisse et l'Union européenne. Deux exemples illustrent cette idée.

249. En premier lieu, la position géographique de la Suisse peut inciter à faciliter la libre circulation des marchandises et ce sur la base des règles communautaires comme l'illustre l'exemple de l'accord relatif au transit de 1972[394]. Compte tenu de l'enclavement de la Suisse, et afin d'éviter que la circulation des marchandises ne soit ralentie, une partie importante du trafic (notamment entre l'Allemagne et le Benelux d'une part, et l'Italie d'autre part) était acheminée à travers le territoire de la Suisse[395]. Afin que la circulation à travers le territoire d'un Etat tiers n'entraîne pas la perte de leur caractère communautaire, la Communauté européenne a permis à ces marchandises de bénéficier d'un certificat de

---

dépendances unilatérales. C'est pourquoi, le Conseil fédéral est d'avis qu'une telle solution ne peut résider à l'heure actuelle que dans une participation à la CE » : rapport du Conseil fédéral du 18 mai 1992 sur la question d'une adhésion de la Suisse à la Communauté européenne, *FF 1992, vol.III, n°27, pp. 1125-1320*, spéc. p.1239.

391 C'est le cas de l'accord de libre-échange de 1972 qui « *contient dans son préambule une déclaration d'intention - concrétisée dans son article 32 - qui témoigne de la volonté des parties à l'accord de développer et d'approfondir leurs relations mutuelles dans des domaines non régis par l'accord. Cette* clause évolutive *a fourni les bases, tant juridiques qu'institutionnelles, de la coopération entre la Suisse et les Communautés qui a été constamment et systématiquement élargie depuis 1972.* » : rapport du Conseil fédéral du 24 août 1988 sur la position de la Suisse dans le processus d'intégration européenne, *FF 1988, vol.III, n°37, pp. 233-445*, spéc. p.281.

392 Ont également pu être insérées des « clauses évolutives » plus contraignantes, et clairement liées à un des facteurs d'interdépendance : le droit de l'UE. Voir l'accord du 26 octobre 2004 sur l'association de la Confédération suisse à la mise en œuvre, à l'application et au développement de l'acquis de Schengen (*RO 2008 481 / JO L 53 du 27.2.2008, p. 52-79*) et celui relatif aux critères et aux mécanismes permettant de déterminer l'Etat responsable de l'examen d'une demande d'asile introduite dans un Etat membre ou en Suisse (*RO 2008 515 / JO L 53 du 27.2.2008, p.5-17*). Sur le principe de reprise dans ces accords, voir, *infra*, titre 2, chapitre 1, n°472 et s. et chapitre 2, n°778 et s.

Aujourd'hui, la question d'une généralisation de la reprise de l'acquis de l'Union européenne se pose dans le cadre des négociations en cours sur les questions dites institutionnelles : voir, *infra*, partie 2, titre 1, n°1089 et s.

393 Voir les remarques, *supra*, sous 1) sur la volonté de la Suisse et de l'Union d'étendre leur coopération juridique à de nouveaux domaines.

394 Accord du 23 novembre 1972 entre la Confédération suisse et la Communauté économique européenne sur l'application de la réglementation relative au transit communautaire, *RO 1974 281 / JO L 294 du 29.12.1972, p. 2–85.*

395 Message du Conseil fédéral du 11 décembre 1972, concernant un accord avec la Communauté économique européenne sur l'application de la réglementation relative au transit communautaire, *FF 1973, vol.I, n°7, pp. 185-289*, spéc. p. 186. L'enclavement de la Suisse fait de celle-ci, si elle est contournée, « *un obstacle à la libre circulation des marchandises au sein de la Communauté économique européenne* » : Message du 24 août 1977 concernant l'Accord entre la Confédération suisse, la République d'Autriche et la Communauté économique européenne sur l'extension du champ d'application de la réglementation relative au transit communautaire, *FF 1977, vol.II, n°36, pp. 1409-1418*, spéc. p.1411.

circulation mais dont les formalités et les conditions étaient plus restrictives que celles d'un certificat communautaire[396]. Compte tenu des avantages économiques majeurs[397] que représentait le trafic par son territoire, la Suisse a cherché à obtenir que les marchandises transitant en Suisse puissent bénéficier du régime simplifié basé sur le principe de l'expédition directe. L'interdépendance existante, que venait affecter un acte juridique de l'Union européenne, a ainsi justifié la conclusion d'un accord facilitant la libre circulation des marchandises, et ce, sur la base des règles communautaires.

250. En second lieu, l'interdépendance résultant notamment de la position géographique de la Suisse peut favoriser la collaboration dans les domaines d'activités transnationales, là encore en fonction du régime existant dans l'Union, comme l'illustre l'exemple de l'accord sur la fiscalité de l'épargne[398]. Afin d'éviter que l'adoption d'une directive n'entraîne un placement des revenus d'une banque située dans un Etat membre de l'Union vers une banque située en Suisse, l'Union européenne a souhaité et obtenu la conclusion d'un accord par lequel la Suisse s'engage à appliquer des règles similaires à celles prévues dans la directive. L'enclavement de la Suisse sur le territoire de l'Union ainsi que la dimension économique de l'interdépendance existant entre la Suisse et l'Union européenne a ainsi influencé la volonté de cette dernière de conclure un accord évitant le contournement de sa législation, précisément en assurant un régime juridique basé sur le droit de l'UE.

251. En conclusion, l'interdépendance entre la Suisse et l'Union européenne influence la relation Suisse-UE notamment sur leur volonté d'appréhender juridiquement cette interdépendance. L'interdépendance semble notablement influencée par la construction de l'Union, cette dernière se manifestant dans la structure des actes juridiques adoptés : chaque fois qu'ils sont basés sur le droit de l'UE. Cette « coloration » est en outre plus marquée si l'on prend en compte l'action d'une deuxième contrainte objective factuelle. L'inégalité entre la Suisse et l'Union européenne, lorsqu'elle penche en faveur de cette

---

396 *Id.*

397 Message du Conseil fédéral du 11 décembre 1972, *op.cit.*, p.186. Bien que le terme « discrimination » puisse prêter à discussion, le Conseil fédéral considérait que « *les dispositions prises par la commission constituaient une menace de discrimination du transit par la Suisse car la plupart des marchandises en transit étaient passibles du régime restrictif* » : *id.*

398 Accord du 26 octobre 2004 prévoyant des mesures équivalentes à celles prévues dans la directive 2003/48/CE du Conseil en matière de fiscalité des revenus de l'épargne sous forme de paiements d'intérêts, *RO 2005 2571 /JO L 385 du 29.12.2004, p.30-42.*

dernière, tend ainsi à accroître la pression de l'interdépendance sur la Suisse, « *the* de facto *dependency of Switzerland* »[399].

§2 - Les inégalités entre la Suisse et l'Union européenne

252. La différence de puissance entre les sujets du droit international est déterminante dans leur relation juridique, comme peut l'être aussi leur interdépendance[400]. Il est cependant plus difficile de préciser l'inégalité qui existe entre deux sujets de droit international, que de le faire pour l'interdépendance qui peut exister. La difficulté tient précisément aux outils juridiques disponibles dans une analyse juridique pour apporter une telle précision : les déclarations ou explications des autorités politiques qui interviennent dans l'adoption d'actes juridiques. Pour des raisons de politique évidentes, il est plus facile pour ces autorités de constater une interdépendance que de souligner les rapports de fait inégalitaires qui existent entre elles. C'est ce qui explique que cette partie comportera une part de reconstruction des quelques indices disponibles juridiquement.

253. Sous cette importante réserve, il semble possible de préciser l'analyse des contraintes objectives factuelles déterminantes dans la relation Suisse-UE. La Suisse et l'Union européenne apparaissent comme deux sujets de droit international placés dans une situation juridique comparable à l'égard de l'adoption d'actes juridiques, mais des éléments factuels orientent le résultat de cette relation juridique. La nature de cette contrainte (A) explique le type d'influence qu'elle exerce sur la relation Suisse-UE (B).

A) La nature de l'inégalité

254. La relation juridique entre la Suisse et l'Union européenne est influencée par la position dominante que peut revêtir en pratique, l'un de ces deux sujets sur une question donnée. Ce rapport de puissance dépend de différents facteurs qui placent tantôt la Suisse, tantôt l'Union européenne en situation favorable.

---

399 Frank EMMERT, « Switzerland and the EU: Partners, for Better or for Worse », *E.F.A.R.* 1998, n°3, pp. 367-398, spéc. p.376.

400 Michel VIRALLY, « Panorama du droit international contemporain – Cours général de droit international public », *RCADI*, 1983, V, tome 183, pp.9-382. Sur le postulat adopté dans cette étude, qui tient compte des volontés mais aussi des éléments objectifs légaux et factuels, voir, *supra*, introduction.

255. Pour autant, il semble que la relation juridique soit influencée par une certaine puissance de l'Union européenne (et auparavant celle des Communautés européennes). C'est en effet ce que l'on peut penser au vu de la structure des actes juridiques adoptés[401].

256. Ce constat se comprend au regard des facteurs classiques d'inégalité, et des domaines dans lesquels la relation Suisse-UE s'établit. En d'autres termes, la relation Suisse-UE se déploie surtout dans les champs dans lesquels l'Union européenne est, au vu des facteurs d'inégalité, en situation de force.

257. En effet, l'inégalité entre des sujets de droit international peut résulter de divers éléments imbriqués[402]. La taille d'un Etat ou d'une organisation, sa situation géographique, à laquelle sont liés le type et le volume de ressources naturelles présentes sur son territoire, son développement technologique et démographique déterminent sa puissance économique. Celle-ci, combinée à la stabilité politique et la force diplomatique, conditionnent aussi sa puissance politique.

258. Or, les Communautés européennes sont très tôt apparues comme une puissance notamment économique. Par conséquent, « *dès le départ, il ne s'agit pas d'une relation d'égal à égal, la CEE prenant toujours la tête* »[403]. Lors de la mise en place de l'Union européenne, la Suisse soulignait que la capacité « *des pays tiers européens de traiter d'égal à égal avec la CE va encore s'amenuiser dans les années à venir et une défense efficace de leurs intérêts spécifiques leur deviendra de plus en plus difficile* »[404]. Le Conseil fédéral soulignait aussi en 1988 la « *différence de poids économique des parties* »[405], et sa conséquence : « *les pays non-membres sont quelque peu tributaires de la Communauté dont la puissance économique et l'autonomie sont*

---

401 Voir, *infra*, n°268 et surtout *infra*, titre 2, chapitre 1, n°410 et s. les développements consacrés à l'européanité des règles primaires applicables entre la Suisse et l'Union européenne (c'est-à-dire le fait que les principales règles sont basées sur le droit de l'Union européenne).

402 Pour un exposé détaillé plus détaillé on se reportera notamment aux travaux précités de Michel VIRALLY, « Panorama du droit international contemporain », *R.C.A.D.I.*, 1983, V, tome 183, pp.9-382, spéc. pp.40-42.

403 Colomba PAINDAVOINE, *La stabilisation progressive des relations entre la Communauté européenne et l'A.E.L.E.*, 1998, 753 p., spéc. p. 7. L'auteur étudie la Suisse (notamment) dans le cadre multilatéral de l'AELE. Si celui-ci comportait au départ sept Etats contre six pour les Communautés, en revanche, le libre-échange au sein de l'AELE est apparu limité par le manque de cohérence et de perspective de l'AELE alors que les Communautés s'établissaient entre six Etats proches et avaient vocation à établir un véritable marché commun avec une union douanière.

404 Rapport du Conseil fédéral du 18 mai 1992 sur la question d'une adhésion de la Suisse à la Communauté européenne, *FF 1992, vol.III, n°27, pp. 1125-1320*, spéc. p.1136.

405 Rapport du Conseil fédéral du 24 août 1988 sur la position de la Suisse dans le processus d'intégration européenne, *FF 1988, vol.III, n°37, pp. 233-445*, spéc. p.303.

beaucoup plus grandes »[406]. Aujourd'hui, l'union économique comporte vingt huit Etats, dont plus de la moitié disposent d'une monnaie commune, elle couvre plus de 4 millions de kilomètres carrés, 507 millions d'habitants avec un PIB de 13 000 milliards d'euros en 2012[407]. Elle est ainsi environ 100 fois plus grande que la Suisse, peuplée de 60 fois plus d'habitants et la valeur de son PIB est 26 fois plus grande.

259. On comprend ainsi que l'élargissement et l'approfondissement de l'Union ont tendance à accroître sa capacité d'influence sur la Suisse et ce d'autant plus que « *l'AELE a vu sa portée considérablement réduite ensuite des adhésions de l'Autriche, de la Finlande et de la Suède à l'Union européenne* »[408]. Cette influence se fait essentiellement sentir en matière économique, et progressivement à d'autres matières telles que la coopération policière ou judiciaire et même dans une certaine mesure, dans le domaine de la politique étrangère de sécurité. L'évolution de l'Union européenne, chaque fois qu'elle tend vers une consolidation et un renforcement est donc là encore un facteur d'inégalité[409].

260. En somme, la relation Suisse-UE tend à s'établir sur des questions dans lesquelles l'Union européenne est souvent en position avantageuse, ce qui se répercute et se manifeste dans les liens juridiques tissés.

B) L'influence de l'inégalité dans la relation Suisse-UE

261. Les inégalités existantes d'un point de vue factuel entre la Suisse et l'Union européenne se manifestent dans la relation juridique Suisse-UE parce que celle-ci s'établit au départ sur un rapport plutôt égalitaire, que cet élément objectif vient déséquilibrer[410]. Elle se concrétise ensuite dans la volonté d'apporter une réponse juridique à cet élément objectif factuel (1) et dans le type de réponse, c'est-à-dire dans la structure des actes juridiques (2).

---

406 *Ibid.* p.333.

407 Source : Eurostat. L'Office statistique de l'Union européenne dispose également de données à l'égard de la Confédération suisse, associée au système statistique européen (SSE) en vertu d'un accord signé en 2004 (accord du 26 octobre 2004 relatif à la coopération dans le domaine statistique, *RO 2006 5933 / JO L 90 du 28.3.2006, p. 2-20*).

408 Bettina KAHIL, *Suisse-Europe : mesurer le possible, viser à l'essentiel. Aspects politiques et juridiques des négociations bilatérales*, Centre Patronal, Lausanne, 1995, 105 p., spéc. p.14.

409 Sur l'évolution de l'Union européenne comme facteur d'interdépendance, voir, *supra*, n°233.

410 Voir, *supra*, chapitre 1, section 1, n°117, les remarques relatives à la situation similaire (bien que non-identique) de la Suisse et de l'Union européenne quant à leur capacité normative.

1) *La volonté de la Suisse d'apporter une réponse juridique aux inégalités*

262. Alors que la Suisse et l'Union européenne sont placées dans une situation juridique comparable, celle-ci subit l'influence déséquilibrante de la puissance de l'une d'entre elles. On retrouve ici un phénomène connu dans l'ordre international : le sujet « *qui exprime une "volonté" agit sous la pression de nécessités économiques et politiques déterminées et dans un cadre social donné* »[411]. Or dans ce cadre, l'Union européenne a une place importante.

263. Par conséquent, l'élément objectif factuel qu'est l'inégalité, chaque fois qu'il penche en faveur de l'Union européenne, exerce une pression sur un élément subjectif, la volonté de la Suisse, qui va chercher à remédier juridiquement à cette situation. C'est cette pression qui va influencer la volonté de la Suisse d'agir juridiquement, au point même d'envisager une adhésion à l'Union européenne parce que le fonctionnement de l'Union « *offre aux petits Etats les conditions d'égalité requises pour défendre efficacement leurs intérêts* »[412]. Celle-ci n'a pas abouti, ce qui ne signifie pas que l'inégalité n'exerce pas d'influence, mais simplement qu'elle s'exerce en parallèle ou en concurrence avec d'autres éléments dont certains qui échappent à l'analyse juridique. Il reste alors à voir quel type de réponse juridique a été apporté à l'inégalité.

2) *L'influence sur la structure des actes juridiques*

264. L'inégalité factuelle peut avoir influencé le type d'actes juridiques (a), et le type de règles juridiques régissant la relation Suisse-UE (b).

a) L'influence sur le type d'acte juridique

265. Ce sont essentiellement des accords, et des accords bilatéraux, qui régissent la relation entre la Suisse et l'Union européenne[413]. Le caractère bilatéral des accords conclus ne constitue pas une réponse juridique claire aux rapports d'inégalité. On peut en effet théoriquement concevoir que la Suisse trouvera une solution d'autant plus conforme à son

---

411 Patrick DAILLIER, Mathias FORTEAU, Alain PELLET, *Droit international public*, 8ème éd., LGDJ, 2009, 1709 p., spéc. p.115.

412 Rapport du Conseil fédéral du 18 mai 1992 sur la question d'une adhésion de la Suisse à la Communauté européenne, *FF 1992, vol.III, n°27, pp. 1125-1320*, spéc. p.1298. Sur le fonctionnement de l'Union en tant qu'il tend à gommer les inégalités factuelles entre petits et grands Etats, voir le rapport précité, spéc. pp.1151 et s.

413 Sur le caractère bilatéral des accords Suisse-UE, auquel se rapprochent les accords mixtes Suisse-UE-Etats membres, voir les remarques, *infra*, section 2, n°295 et s.

intérêt qu'elle se heurte à une seule autre volonté, celle de l'Union européenne. A l'inverse, la Suisse pourrait aussi trouver appui, face à l'Union européenne, si la négociation intègre d'autres sujets mais à condition qu'elle ait avec ceux-ci un intérêt concordant. Le rejet par la Suisse de l'accord EEE a certes conduit à l'établissement de la relation Suisse-UE par voie bilatérale, de sorte que l'on peut penser que ce type d'acte juridique permet de ne pas accroître l'inégalité existant avec l'Union européenne ; mais l'interprétation de l'incidence de l'inégalité factuelle de l'Union européenne au regard du rejet de l'accord de Porto devrait intégrer d'autres questions que le type d'acte juridique, celles des types de règles posées[414].

266. En revanche, l'inégalité a sans doute exercé une influence sur un autre type d'acte déterminant dans la relation Suisse-UE : certaines législations suisses. La Suisse a en effet décidé d'essayer de « compenser » son extériorité à l'Union européenne, puissance qui exerce une influence matérielle pour elle, en utilisant un outil juridique interne : sa législation. C'est ce que l'on appelle l'adaptation autonome de la Suisse[415]. Pour comprendre en quoi celle-ci constitue peut-être une réponse à une situation juridique inégalitaire, il faut se pencher sur un autre aspect de la structure de ces actes juridiques : le type de normes ou règles qu'ils posent.

b) L'influence sur les règles posées par les actes juridiques

267. Les règles posées par les actes juridiques peuvent avoir été déterminées en partie par l'inégalité factuelle constatée. Cette influence peut être perceptible à l'égard de certaines règles qui régissent le comportement des individus en Suisse et dans l'Union et que l'on qualifiera de règles primaires (i), mais aussi à l'égard de règles qui régissent les

---

414 L'accord EEE est non seulement fondé sur un « principe de reprise » de l'acquis de l'Union, mais en plus ce principe supposait que la Suisse se concerte avec ses partenaires de l'AELE pour déterminer si le « camp AELE » acceptait ou non de reprendre un nouveau développement de l'acquis de l'Union européenne. Le rejet de l'accord EEE n'est donc pas lié à son caractère « multilatéral » mais à son fonctionnement « bilatéral » AELE/UE. Plus précisément, il ne faut pas uniquement considérer l'asymétrie qu'il aurait posé juridiquement entre la Suisse et l'Union européenne mais aussi « l'intermédiaire » que créé le « pilier AELE » entre la volonté de la Suisse et le sens de la décision qui sera adoptée (à l'issue des négociations et éventuelles concessions avec ses partenaires de l'AELE).

415 Sur cette politique en tant qu'elle concrétise une volonté de pragmatisme de la Suisse, voir, *supra*, chapitre 1, section 2, n°201 et s.

comportements des autorités suisses et européennes à l'égard des règles primaires précédentes que l'on appellera règles secondaires (ii)[416].

i) L'influence de l'inégalité sur les règles primaires

268. L'influence de l'inégalité factuelle sur les règles primaires peut être lue et interprétée de manière différente.

269. Les règles primaires applicables qui régissent la relation Suisse-UE sont essentiellement des règles basées sur le droit de l'Union européenne[417], et l'on peut voir dans cette européanité des règles, une concrétisation, sur le plan normatif, de la position dominante de l'Union européenne. En d'autres termes, l'élément objectif factuel de l'inégalité, de la puissance de l'Union européenne, influence la structure des actes juridiques en favorisant l'établissement de règles primaires basées sur le droit de l'Union.

270. Mais dans le même temps, cette structure permet aussi à la Suisse de « récupérer » une situation d'égalité sur deux plans.

271. D'une part, l'adaptation autonome de son droit interne à celui de l'Union, est en quelque sorte une manière de limiter les conséquences de l'inégalité factuelle avec l'Union européenne[418]. De manière directe, et notamment en matière économique, les divergences du droit suisse et du droit européen peuvent constituer un désavantage pour la Suisse car, comme le relève le Professeur Franz BLANKART : « *le folklore législatif crée des disparités juridiques, donc des entraves aux échanges économiques* »[419]. Par conséquent, en adaptant son droit à l'Union européenne, la Suisse assure « *l'eurocompatibilité des biens et des servies indigènes, primordiale pour la compétitivité des entreprises suisses* »[420]. Ensuite, et de manière

---

416 Sur la dichotomie utilisée, voir *supra*, n°90 et 108-109.

417 Pour des développements ayant directement pour objet l'européanité des règles primaires, voir, *infra*, titre 2, chapitre 2, n°410 et s.

418 Compte tenu de leur importance qualitative et quantitative, et de leur impact sur la relation Suisse-UE, les législations suisses sont intégrées à l'étude, ce qui suppose de ne pas considérer qu'elles « régissent » la relation Suisse-UE dans un sens extérieur et autoritaire puisqu'elles ne s'imposent pas juridiquement à l'Union européenne.

419 Franz A. BLANKART, « Droit et politique dans les relations entre la Suisse et la Communauté », in O. JACOT-GUILLARMOD (dir.), *L'avenir du libre-échange en Europe : vers un Espace économique européen*, Zurich, Schulthess, 1990, pp. 245-252, spéc. p. 251.

420 Rapport Europe 2006 du Conseil fédéral du 28 juin 2006, *FF 2006, vol.II, n°35, pp.6461-6622*, spéc. p.6475. La législation suisse, en étant compatible avec le droit de l'UE, est un atout pour les organismes, entreprises–et particuliers établis en Suisse, qui ont un objet de travail ou une relation avec un organisme, une entreprise et des individus de l'UE. Concrètement, l'adaptation autonome en matière économique pourra porter sur les prescriptions relatives aux produits : en harmonisant les règles de fabrication, la Suisse facilite pour les entreprises qui les produisent, leur commercialisation dans l'UE. C'est dans cette logique que le Conseil fédéral explique : « *la*

médiate, cette compatibilité bénéficie également à l'Etat suisse désireux de négocier un accord avec l'Union européenne, et qui peut dès le début des négociations, se prévaloir d'une compatibilité de sa législation dans le domaine concerné[421]. L'équivalence des législations, préexistante à l'accord est en effet pour l'Union un gage d'efficacité de l'accord à venir qui est généralement fondé sur une extension de l'application du droit de l'Union. La Suisse compense ainsi au moins partiellement, la différence de puissance avec l'Union, en se positionnant comme un partenaire juridiquement similaire, pour faciliter l'obtention d'un accord avec l'Union européenne.

272. D'autre part, l'établissement de règles primaires basées sur le droit de l'Union permet à la Suisse de compenser l'inégalité existant avec l'Union européenne non pas de manière frontale, mais en se positionnant comme un Etat membre de l'Union européenne[422]. Il ne s'agit alors pas tant de lutter contre la puissance de l'Union européenne, que de bénéficier de cette puissance dans les domaines dans lesquels elle est marquée, par exemple en matière économique, mais aussi scientifique ou culturelle[423].

ii) L'influence de l'inégalité sur les règles secondaires

273. Comme pour le point précédent, l'influence de l'élément objectif factuel qu'est l'inégalité sur les règles secondaires, peut recevoir des interprétations différentes[424].

---

compétitivité de la place économique suisse en tant que lieu de production dépend en grande partie de l'eurocompatibilité de notre législation » : Rapport Europe 2006, *op.cit.*, p.6477.

421 Rapport du Conseil fédéral du 24 août 1988 sur la position de la Suisse dans le processus d'intégration européenne, *FF 1988, vol.III, n°37, pp. 233-445*, spéc. pp.365-366.

Par exemple, la législation sociale suisse était déjà équivalente à plusieurs règlements de l'Union européenne, ce qui a facilité la conclusion de l'accord du 21 juin 1999 sur le transport de marchandises et de voyageurs par rail et par route, (*RO 2002 1649 / JO L 114 du 30.4.2002, p.91-131*) qui prévoit, outre une libéralisation des marchés des transports routiers et ferroviaires, une harmonisation des normes sociales sur la base du droit européen. Voir le commentaire de Jean-Claude SCHNEUWLY, « Principales caractéristiques de l'Accord sur le transport de marchandises et de voyageurs par rail et par route », in D. FELDER, C. KADDOUS (dir.), *Accords bilatéraux Suisse-UE (Commentaires)*, Bruxelles, Bruylant, 2001, pp. 492-508.

Le législateur fédéral suisse peut avoir cette idée dès l'adoption de la législation nationale : voir par exemple, dans son message concernant une loi fédérale sur les médicaments et les dispositifs médicaux (Loi sur les produits thérapeutiques), du 1er mars 1999, *FF 1999, vol.III, n°21, pp. 3151-3349*, spéc. p.3161.

422 Sur l'assimilation de la Suisse à un Etat membre de l'UE, voir, *infra*, partie 2, titre 1, n°819 et s.

423 Voir par exemple les accords de coopération scientifique et technologique entre la Communauté européenne et la Communauté européenne de l'énergie atomique d'une part, et la Confédération suisse, d'autre part (par exemple celui du 21 juin 1999 : *RO 2002 1998 / JO L 114 du 30.4.2002, p.468-479.*), ou encore les accords établissant les termes et conditions pour la participation de la Confédération suisse aux programmes communautaires MEDIA (par exemple celui du 26 octobre 2004 : *RO 2006 1041 |JO L 90 du 28.3.2006, p. 23-34*).

424 Pour des développements ayant directement pour objet la structure des règles secondaires posées par les accords Suisse-UE, voir *infra*, titre 2, chapitre 2, n°610 et s.

274. Pour la plupart, les règles secondaires se caractérisent par l'importante marge d'appréciation qu'elles assurent à l'Union européenne et la Suisse. Si on les compare aux règles secondaires contenues dans l'accord EEE rejeté par la Suisse, on s'aperçoit que les règles secondaires posées par les accords Suisse-UE sont moins contraignantes pour la Suisse en termes d'interprétation et de modification du droit. Elles laissent à la Suisse une liberté plus grande pour décider d'interpréter les règles primaires conformément au droit de l'Union européenne, et pour décider de reprendre un nouveau développement de l'acquis de l'Union européenne. Ces règles secondaires peuvent ainsi apparaître comme un élément de réaction à l'encontre de la puissance de l'Union européenne, un élément destiné à enserrer juridiquement l'influence factuelle de l'Union européenne.

275. Certaines règles secondaires en revanche imposent des conditions plus strictes et donc plus restrictives pour la Suisse, pour garantir que les règles primaires posées par les accords Suisse-UE sont interprétées conformément à leurs équivalentes dans l'Union européenne, et modifiées en suivant les développements de l'acquis de l'Union. On peut alors soit infirmer l'interprétation précédente et considérer que la puissance de l'Union européenne ne peut pas influencer les règles secondaires dans deux sens diamétralement opposés. On peut aussi y voir une influence plus forte de l'élément objectif factuel et considérer que son importance est telle qu'il ne peut être limité dans les règles secondaires[425], d'où le maintien d'un « arrimage »[426] des règles primaires sur le droit de l'Union européenne.

276. Ainsi, les différences de puissance entre l'Union européenne et la Suisse se répercutent, comme il est classique en droit international, sur leur capacité d'influence normative. Cette inégalité factuelle entraîne trois effets notables. D'abord, en raison de la puissance notamment économique de l'Union européenne, sa législation exerce des effets sur la Suisse. Ensuite, et en conséquence, l'inégalité factuelle vient influer sur la volonté notamment de la Suisse de réagir juridiquement à cette contrainte objective. Enfin, elle

---

425 Concrètement, la volonté de la Suisse étant celle de préserver son autonomie décisionnelle, cela signifie qu'elle n'a pas obtenu une limitation de l'inégalité et ce, compte tenu du fait que les négociations intègrent ces rapports de puissance.

426 Sur l'emploi de ce terme, voir Cécile RAPOPORT, *Les partenariats entre l'Union européenne et les Etats tiers européens - Étude de la contribution de l'Union européenne à la structuration juridique de l'espace européen,* Bruxelles, Bruylant, 2011, 809 p., spéc. p. 63.

joue une influence déterminante dans la structure des actes juridiques pertinents dans la relation Suisse-UE, à la fois sur le type d'acte juridique et le type de règles considérées.

277. En conclusion, l'interdépendance et l'inégalité sont deux éléments objectifs factuels déterminant la relation Suisse-UE. Ils favorisent son développement, et apportent une certaine « coloration » à la relation juridique Suisse-UE, fortement influencée par la construction de l'Union européenne. La construction de l'Union européenne produit des effets pour la relation Suisse-UE dont certains ont été abordés par le prisme des éléments factuels d'interdépendance et d'inégalité. Sans passer par ce prisme des éléments objectifs factuels, on peut préciser l'influence qu'exerce la construction de l'Union européenne sur la relation Suisse-UE. Conformément aux choix méthodologiques retenus[427], c'est donc au titre de l'influence des éléments objectifs légaux que l'influence de la construction de l'Union européenne sera précisée. Cette influence se combine avec d'autres éléments objectifs légaux, suisses et européens.

*

* *

[427] Voir, *supra*, n°111 et s.

Section 2. Les éléments objectifs légaux

278. L'étude de la relation Suisse-UE peut également intégrer les contraintes légales eu égard à l'influence qu'elles exercent sur cette relation. Ces éléments objectifs légaux, autrement dit considérés comme juridiques par la Suisse et l'Union européenne au sein de leur ordre juridique interne, peuvent être considérés selon qu'ils sont issus de sources internationales ou internes des ordres juridiques respectifs de la Suisse et de l'Union.

279. Les sources internationales du droit suisse et du droit de l'Union européenne exercent une influence notable sur la relation Suisse-UE et mériteraient une analyse plus approfondie. Cependant, compte tenu de la complexité d'une telle étude[428] et du risque de chevauchement avec d'autres éléments[429], on se limitera à en relever certains aspects. L'influence des sources internationales peut être distinguée selon que ces règles internationales assurent la participation commune de la Suisse et de l'Union européenne (et/ou ses Etats membres) à des organisations internationales, ou qu'elles établissent des relations « privilégiées » entre chacune d'elle avec des Etats tiers.

280. Dans le premier cas, la participation commune de la Suisse et des Six à l'OECE a déterminé la volonté de la Suisse et des autres Etats de l'AELE de se rapprocher du

---

428 Des actes législatifs ou réglementaires peuvent reprendre une disposition de droit international, soit en exécution d'une obligation internationale, soit en considération d'opportunité. Il n'est alors pas toujours facile d'identifier la source internationale de telle ou telle disposition du droit interne d'une partie.
En outre, et avant tout développement du droit international, c'est la perspective de développement de ce droit, en considération de différents facteurs, qui influence la relation Suisse-UE. Par exemple, la position que la Suisse doit adopter à l'égard des Communautés européennes est examinée en fonction du cadre plus large de la coopération au niveau européen. Plus précisément, et d'une part, « *l'élargissement des compétences de la Communauté amène naturellement la majorité des membres à déplacer le centre de leurs intérêts sur la collaboration intra-communautaire, au détriment des organisations européennes de plus grande envergure* » (Rapport du Conseil fédéral du 24 août 1988, sur la position de la Suisse dans le processus d'intégration européenne, *FF 1988, vol.III, n°37, pp. 233-445*, spéc. p.248). D'autre part, lorsque les Etats membres interviennent en bloc dans l'organisation, « *ils influent de manière déterminante sur tout ce qui fait l'objet de la coopération dans ce forum* » (*ibid.* p.326). De même, la situation en Europe née de la chute du mur de Berlin en 1989 va exercer une influence décisive sur la volonté de la Suisse et des autres Etats de l'AELE de se rapprocher des Communautés (Colomba PAINDAVOINE, *La stabilisation progressive des relations entre la Communauté européenne et l'A.E.L.E.*, 1998, 753 p.).

429 Certaines de ces influences recoupent l'étude des éléments subjectifs : la participation de la Suisse et des Six à l'Organisation Européenne de Coopération économique a été déterminante sur le libre-échange établi au niveau bilatéral entre la Suisse et la CEE (voir, *supra*, chapitre 1, n°150 et s). En outre, une approche combinée des éléments objectifs légaux d'origine interne et internationale est parfois souhaitable afin d'éviter des distinctions formelles qui n'apporteraient pas en clarté. A titre d'exemple, la neutralité de la Suisse a des fondements juridiques constitutionnels mais aussi internationaux ; et la politique de neutralité de la Suisse à l'égard de l'Union européenne varie aussi selon les orientations choisies à l'égard d'autres constructions internationales, qu'il s'agisse du Conseil de l'Europe ou de l'ONU. De même, l'influence de l'élargissement de l'Union européenne implique une prise en compte de la situation internationale antérieure qui est modifiée par ce processus de la construction européenne.

marché commun pour éviter des discriminations[430]. La participation à l'OMC conditionne également la relation Suisse-UE[431] tout en facilitant l'approfondissement de la coopération instaurée au niveau international[432]. L'influence du Conseil de l'Europe, « *principale source d'un patrimoine juridique commun aux Etats membres de l'Union et aux Etats tiers européens* »[433] est également très forte. Elle permet, par un effet de « cercle vertueux » l'approfondissement de la coopération, comme dans le domaine de l'entraide judiciaire[434] ou en matière audiovisuelle[435]. Enfin, la participation commune de la Suisse et de l'UE (et/ou ses Etats membres) à des organisations spécialisées comme dans le domaine de l'aviation civile, facilite également l'approfondissement de la coopération entre l'Union européenne et la Suisse : la Confédération est susceptible d'accepter d'autant plus facilement une reprise des règles de l'Union européenne qu'elles proviennent matériellement de dispositions à l'élaboration desquelles elle a pu participer[436].

---

430 Voir, *supra*, chapitre 1, section 2, n°150 et s.

431 Par exemple, afin de participer au programme MEDIA de l'Union européenne, la Suisse a demandé une exception à la clause de la nation la plus favorisée imposée par l'Accord général sur le commerce des services (AGCS/OMC) consacré aux prestations audiovisuelles (Message du Conseil fédéral relatif à l'approbation des accords bilatéraux entre la Suisse et l'Union européenne […] du 1er octobre 2004, *FF 2004, vol. I, n°44, pp.5593-5924*, spéc. p. 5680).

432 Voir par exemple le considérant 1 de l'accord du 21 juin 1999 entre la Confédération suisse et la Communauté européenne sur certains aspects relatifs aux marchés publics (*RO 2002 1951 / JO L 114 du 30.4.2002, p. 430-467*), et le considérant 6 de l'accord du 21 juin 1999 entre la Confédération suisse et la Communauté européenne relatif à la reconnaissance mutuelle en matière d'évaluation de la conformité (*RO 2002 1803 / JO L 114 du 30.4.2002, p.369-429*).

433 Cécile RAPOPORT, *Les partenariats entre l'Union européenne et les Etats tiers européens - Étude de la contribution de l'Union européenne à la structuration juridique de l'espace européen,* Bruxelles, Bruylant, 2011, 809 p., spéc. p.23.

434 Dans ce domaine, des fondements ont été posés dans le cadre du Conseil de l'Europe ; la coopération a été approfondie entre les Etats membres de la Communauté ; elle a ensuite de nouveau été approfondie dans le cadre du Conseil de l'Europe ; enfin, un accord Suisse-UE prolonge la coopération. Voir notamment le titre III de l'accord de coopération du 26 octobre 2004 entre la Confédération suisse, d'une part et la Communauté européenne et ses États membres, d'autre part, pour lutter contre la fraude et toute autre activité illégale portant atteinte à leurs intérêts financiers (*RO 2009 1299 / JO L 46 du 17.2.2009, p. 8–35*), ainsi que les éclairages apportés par Fabrice FILLIEZ, « Les sources du droit de l'UE en matière de protection des intérêts financiers », in C. KADDOUS, M. JAMETTI GREINER (dir.), *Accords bilatéraux II Suisse-UE : et autres accords récents*, Bruxelles, Bruylant, 2006, pp. 621-654.

435 De manière « parallèle », a été élaborée une Convention dans le cadre du Conseil de l'Europe et une directive au sein de la Communauté européenne, qui régissent la diffusion sur le territoire des Etats, d'émissions de programmes audiovisuels provenant d'autres Etats. La directive ne coïncide pas complètement avec la convention ; un accord Suisse-UE détermine l'application entre la Suisse et les Etats membres de l'UE de la convention (lorsque ces derniers y sont partie), ou de la directive 89/552 dans les autres cas. Voir l'article 1 de l'annexe II de l'accord du 26 octobre 2004 entre la Communauté européenne et la Confédération suisse dans le domaine de l'audiovisuel, établissant les termes et conditions pour la participation de la Confédération suisse aux programmes communautaires MEDIA Plus et MEDIA Formation, (*RO 2006 1041 / JO L 90 du 28.3.2006, p. 23-34*). Sur les rapports entre la Convention et la directive, mais également sur l'incidence de cette Convention dans les négociations avec les Etats de l'AELE (dont la Suisse) en vue de la création de l'Espace économique européen, voir Laurence BOISSON DE CHAZOURNES, « L'espace audiovisuel européen : quelques réflexions à propos des instruments de sa mise en œuvre », *A.F.D.I.*, vol.35, 1989, pp. 683-701, spéc. pp.688 et s.

436 On reprendra notamment l'exemple cité par Cécile RAPOPORT des « règles » non contraignantes en matière de sûreté aérienne adoptées dans le cadre de la Conférence européenne de l'aviation civile : « *Susceptibles d'être ensuite transposées en droit communautaire sous la forme d'un "droit contraignant", ces normes paneuropéennes constituent un socle juridique commun à partir duquel des relations juridiques plus étroites pourront s'établir à titre*

281. A côté de ce socle commun, les relations avec d'autres Etats qu'entretiennent la Suisse d'une part, l'Union européenne d'autre part, peuvent également avoir des conséquences sur la relation Suisse-UE. La relation de la Suisse avec les Etats de l'AELE a constitué un facteur important de renforcement des liens entre la Suisse et, historiquement, la CEE[437]. Parmi ces Etats, il faut souligner le cas particulier du Liechtenstein : compte tenu de l'union entre cet Etat et la Suisse, certains accords s'appliquent également au Liechtenstein[438], ou comportent une clause permettant au Liechtenstein d'« adhérer » à l'accord Suisse-UE[439]. De même, la relation de l'Union européenne avec les autres Etats de l'AELE influence aussi la relation Suisse-UE : elle sert de référent pour la relation Suisse-UE à la fois comme limite (on a évoqué la volonté de l'Union de limiter ses relations avec la Suisse afin que cette dernière n'obtienne pas uniquement les avantages de l'EEE) et comme modèle (la coopération Suisse-UE s'est par exemple inspirée de l'accord d'association de la Norvège et de l'Islande à l'espace Schengen).

282. Ainsi, sans perspective exhaustive, on peut essayer d'identifier ceux des éléments du droit de l'Union européenne et du droit fédéral suisse qui ont influencé la relation juridique Suisse-UE. Si ces influences sont variées, une vision générale laisse apparaître

---

bilatéral entre la Communauté et certains Etats tiers européens » (Cécile RAPOPORT, *Les partenariats entre l'Union européenne et les Etats tiers européens*, *op.cit.*, spéc. pp.23-24). Sur la facilité pour la Suisse de reprendre en matière d'aviation civile, le droit de l'UE qui lui-même est fondé sur des dispositions élaborées dans des instances dont elle est membre, voir également le message du Conseil fédéral du 23 juin 1999 relatif à l'approbation des accords sectoriels entre la Suisse et la CE, *FF 1999, vol. VI, n°34, pp. 5440-6398*, spéc. pp.5569 et s.

437 Voir, *supra*, chapitre 1, section 2, n°161.

438 Cette application s'explique par l'existence de l'union douanière et monétaire qui lie les territoires de la Suisse et du Liechtenstein depuis 1923 (Traité du 29 mars 1923 entre la Suisse et la Principauté de Liechtenstein concernant la réunion de la Principauté de Liechtenstein au territoire douanier suisse*, RO 39 565*),

Une telle application peut résulter d'un accord additionnel ou être prévue directement par l'accord. Pour un exemple de ces deux hypothèses, voir : l'accord additionnel entre la Communauté économique européenne, la Confédération suisse, la Principauté de Liechtenstein, sur la validité pour la principauté de Liechtenstein de l'accord entre la Communauté économique européenne et la Confédération suisse du 22 juillet 1972 (*RO 1972 3122 /JO L 300 du 31.12.1972 p. 281-282*), et l'article 4, paragraphe 2, de l'accord du 26 octobre 2004 modifiant l'accord du 22 juillet 1972 pour ce qui concerne les dispositions applicables aux produits agricoles transformés (*RO 2005 1533 / JO L 23 du 26.1.2005, p. 19–48*) qui prévoit que l'accord « *s'applique aussi au territoire de la Principauté de Liechtenstein tant que l'union douanière avec la Suisse est maintenue* ».

439 Compte tenu de la suppression des contrôles de frontière et de douane à la frontière nationale, une clause a été insérée pour permettre au Liechtenstein d'adhérer à l'accord d'association de la Suisse à Schengen : article 16 de l'accord du 26 octobre 2004 sur l'association de la Confédération suisse à la mise en œuvre, à l'application et au développement de l'acquis de Schengen (*RO 2008 481 / JO L 53 du 27.2.2008, p. 52-79*). Des contrôles ont dû être provisoirement rétablis, en attendant l'association du Liechtenstein à l'espace Schengen fondée sur le Protocole du 28 février 2008 entre la Confédération suisse, l'Union européenne, la Communauté européenne, et la Principauté de Liechtenstein sur l'adhésion de la Principauté de Liechtenstein à l'accord entre la Confédération suisse, l'Union européenne et la Communauté européenne sur l'association de la Confédération suisse à la mise en œuvre, à l'application et au développement de l'acquis de Schengen (*RO 2011 1333 | JO L 160 du 18.6.2011, p. 21–36*).

une sorte de parallélisme. En effet, les exigences constitutionnelles et structurelles de l'Union européenne limitent un rapprochement de la Suisse par une voie autre que l'adhésion ; du reste, le droit de l'Union européenne favorise l'établissement d'une relation juridique fondée sur le droit de l'UE (§1). Le droit constitutionnel de la Suisse a également fondé des limitations à une adhésion ; le rapprochement avec l'Union s'opère alors de manière mesurée par une stratégie d'adaptation autonome des lois suisses au droit de l'UE, qui favorise la conclusion ultérieure d'accords Suisse-UE (§2).

§1 – Le droit de l'Union européenne

283. L'influence du droit de l'Union européenne sur la relation Suisse-UE apparaît relativement clairement si l'on considère l'Union européenne comme une organisation internationale, son action y compris extérieure, étant déterminée par sa charte constitutive. On peut même deviner que sa perspective intégrative joue de manière ambivalente en l'incitant à tisser des relations extérieures structurantes en particulier dans l'espace européen, mais constitue aussi un frein à ses relations extérieures lorsqu'elles sont perçues comme susceptibles de mettre en cause son autonomie[440]. Pour la Suisse, le droit de l'Union européenne produit des effets qui vont influencer sa volonté d'agir juridiquement et les réponses qu'elle est susceptible d'apporter. Ces effets revêtent par ailleurs une intensité telle qu'ils peuvent être perçus comme des facteurs d'adhésion à l'Union[441]. L'on comprend ainsi que la Suisse cherche à anticiper les évolutions internes de l'Union[442] parce qu'elle considère que « *la poursuite, notamment sur le plan qualitatif, des progrès réalisés en matière d'intégration ne manquerait pas d'avoir des incidences sur les relations entre la Suisse et*

---

440 Voir par exemple l'étude des dispositions relatives à l'interprétation des accords Suisse-UE à l'aune de l'autonomie de l'ordre juridique de l'Union européenne, *infra*, titre 2, chapitre 2, n°673.

441 Le Conseil fédéral considérait que la Suisse pourrait être conduite à franchir le pas de l'adhésion « *le jour où les développements européens et intracommunautaires, de même que leur conséquence principale, l'influence grandissante de la CE sur nos comportements, auraient à ce point relativisé les objections actuelles à une adhésion à la CE que les différences entre les deux options pourraient alors ne plus avoir la même importance qu'aujourd'hui* ». Rapport du Conseil fédéral du 18 mai 1992 sur la question d'une adhésion de la Suisse à la Communauté européenne, *FF 1992, vol.III, n°27, pp. 1125-1320*, spéc. p.1129).

442 Voir les rapports du Conseil fédéral en matière de politique européenne, et le suivi institutionnalisé du droit de l'Union européenne dans le cadre du processus législatif fédéral suisse.

la Communauté »[443], et par ricochet sur ses autres relations extérieures, notamment avec les Etats de l'AELE[444].

284. On retiendra ainsi quelques exemples de l'influence qu'a eue le droit de l'Union sur la relation Suisse-UE. Et puisque ce droit est avant tout un outil de la construction de l'Union européenne, on analysera l'influence sur la relation Suisse-UE de divers aspects de cette construction. Le « système »[445] des compétences au sein de l'Union européenne détermine notamment le type d'acte juridique établi : il entraîne notamment la conclusion d'accords Suisse-UE ou d'accords « Suisse-UE-Etats membres » et dans ce dernier cas une certaine unité d'engagement de l'UE et de ses Etats membres (A). Les conséquences du processus d'unification du droit au sein de l'Union européenne sur la relation Suisse-UE se situent essentiellement sur le type de règles du premier degré applicable, c'est-à-dire sur les règles qui régissent le comportement des ressortissants suisses et européens : ce processus favorise l'adaptation autonome des lois suisses sur le droit de l'UE, et l'arrimage des accords Suisse-UE sur le droit matériel de l'Union européenne (B). Quant à la dimension de réalisation d'une union douanière et économique de la construction européenne, elle agit de manière ambivalente en attirant la volonté de la Suisse et de l'Union européenne d'intégrer la Suisse tout en exigeant des limites destinées à préserver cette unification (C). Enfin, l'élargissement de l'Union européenne a conduit à l'extension du réseau conventionnel entre la Suisse et l'Union européenne, mais aussi à un resserrement du maillage ainsi tissé par une exigence de solidarité à l'égard des Etats membres de l'Union européenne (D).

---

443 *Ibid.* p.325. Ou encore p.248 : « *Cette extension remarquable de la coopération à l'intérieur de la CE n'est pas sans conséquence[s] pour les relations de la Communauté avec les pays qui n'en font pas partie* ».

444 Le droit de l'Union européenne affecte aussi par ricochet les relations de la Suisse avec les Etats de l'AELE. En effet, « *l'orientation imprimée au processus d'intégration communautaire a dans la plupart des cas une telle incidence sur l'environnement européen que celui-ci s'en trouve influencé et contraint de réagir* » : Rapport du Conseil fédéral du 24 août 1988, *op.cit.*, spéc. p.326. L'intégration européenne aurait pu avoir un effet structurant majeur dans l'évolution des relations que la Suisse entretient avec les autres Etats membres de l'AELE si la Suisse avait ratifié l'accord EEE en 1992 (sur ce point voir notamment Colomba PAINDAVOINE, *La stabilisation progressive des relations entre la Communauté européenne et l'A.E.L.E.*, thèse dact., Lille II, 1998, 753 p.). Faute d'avancée commune entre les Etats de l'AELE, les liens tissés par chacun avec l'Union européenne amènent dans un troisième temps au développement des liens entre les Etats de l'AELE : voir par exemple la modification de la Convention instituant l'AELE à la suite de la conclusion de l'accord EEE de 1992 d'une part, et à l'accord Suisse-CE-Etats membres sur la libre circulation des personnes [ALCP] de 1999 d'autre part, révision entrée en vigueur en même temps que l'ALCP (accord signé le 21 juin 2001 à Vaduz portant sur l'amendement de la Convention AELE, *RO 2003 2685*).

445 Marc BLANQUET, « Compétences de l'Union – Architecture générale – Délimitation », *JCl Europe*, fasc. 170, 2012, pt 3.

A) *Les règles de compétences au sein de l'Union européenne*

285. Selon les compétences de l'Union européenne dans le domaine concerné par l'accord ou par un aspect de l'accord, les accords Suisse-UE prévoient l'extinction des accords antérieurs conclus entre la Suisse et les (ou certains) Etats membres, ou une coordination avec de tels accords[446]. Mais les conséquences les plus nettes des règles de compétences de l'Union européenne résident peut-être en amont de ce type de règles secondaires. En effet, et en premier lieu, ces compétences ont des conséquences sur la volonté de la Suisse et celle de l'Union européenne, laquelle peut intervenir avec ou sans ses Etats membres (1). La répartition des compétences se concrétise dans la structure de l'accord qui peut être un accord Suisse-UE, ou Suisse-UE-Etats membres, et elle confère à ces derniers une certaine unité de l'ensemble UE-Etats membres (2).

1) *L'influence sur les volontés à concilier*

286. Du point de vue de la Suisse, le transfert de compétences des Etats à l'Union européenne peut être vecteur de complications ou d'incertitudes dès lors que des questions antérieurement traitées avec les Etats notamment les Etats voisins relèvent de compétences de la Communauté ou de l'Union européenne[447]. Toutefois, le transfert, lorsqu'il est partiel, peut aussi être perçu comme une garantie pour la Suisse qu'elle conservera un contrôle sur l'accord et notamment son extension à de nouveaux Etats de l'Union européenne[448].

---

446 Voir par exemple l'article 7 de l'arrangement du 1er août 1969 entre la Communauté économique européenne et la Suisse sur le trafic de perfectionnement dans le secteur textile (*RO 1969 707/ JO L 240 du 24.9.1969, p. 5-9*) qui prévoit l'abrogation des accords existants en la matière entre la Suisse et les Etats membres (abrogation qui sera confirmée par des échanges de notes entre la Suisse et les Etats parties à ces accords). Voir également l'article 20 de l'accord de 1999 sur la libre circulation des personnes (ALCP) précité, en vertu duquel les accords en matière de sécurité sociale, conclus entre les Etats de la Communauté et la Suisse sont suspendus sauf disposition contraire posée dans l'annexe II.

447 La Suisse se trouve ainsi « *face à un phénomène unique dans l'histoire de* [ses] *relations extérieures, à savoir le fait que leur réalisation contractuelle dépend en partie de la préconcertation et de l'approbation des Etats membres, même si certains d'entre eux – comme c'est le cas pour la navigation rhénane – n'ont pas d'intérêts dans le domaine qui fait l'objet de l'accord* » : Franz A. BLANKART, « Droit et politique dans les relations entre la Suisse et la Communauté », in O. JACOT-GUILLARMOD (dir.), *L'avenir du libre-échange en Europe : vers un Espace économique européen*, Zurich, Schulthess, 1990, pp. 245-252, spéc. p. 247.

De même, ce transfert permet aussi à certains Etats d'exercer une influence particulière sur l'action extérieure de la Communauté comme celle des Etats du Sud de l'Europe en matière de libre circulation : Bettina KAHIL, *Suisse-Europe : mesurer le possible, viser à l'essentiel. Aspects politiques et juridiques des négociations bilatérales*, Centre Patronal, Lausanne, 1995, 105 p., spéc. p.12.

448 Cette remarque est d'autant plus importante pour des questions sensibles telles que celles qui concernent les migrations. A propos de l'accord sur la libre circulation des personnes, le Conseil fédéral soulignait qu'en cas

287. Du point de vue de l'Union européenne, la répartition des compétences au sein de l'Union a des incidences pour la formation de sa volonté externe de l'Union, qu'il s'agisse de sa mise en place, avec l'adoption des mandats de négociations pertinents, ou de sa cristallisation, par exemple au niveau des procédures de ratification applicables. Mais cette répartition ne se concrétise pas systématiquement de la même façon : même si l'accord en cours de négociation relève de compétences de l'Union européenne et de compétences de ses Etats membres, ces derniers n'interviennent pas systématiquement dans la négociation. C'est en pratique souvent un « *principe du négociateur unique* »[449] qui prévaut : pour différentes raisons, il n'existe pas toujours une « *mixité dans la conduite des négociations d'un accord mixte* »[450].

288. Il est par conséquent difficile d'identifier un sens précis d'influence des compétences de l'Union européenne sur les négociations d'un accord avec la Suisse. En revanche, les conséquences des compétences de l'Union européenne sur la structure des actes juridiques sont plus marquées, et en premier lieu sur le type d'acte conclu au terme des négociations.

2) L'influence sur le type d'acte juridique

289. Le plus souvent, l'existence et la nature des compétences attribuées à l'Union européenne influence le type d'accords conclus sur deux points. D'une part, les compétences de l'Union européenne déterminent en principe les signataires des accords, de sorte que l'on retrouve essentiellement des accords Suisse-UE et accords mixtes Suisse-UE-Etats membres (a). D'autre part, la répartition des compétences influence également le « fonctionnement » de l'accord qui, même lorsqu'il est conclu par les Etats de l'Union européenne, s'apparente à un traité bilatéral (b).

---

d'élargissement de l'Union européenne que l'adaptation de l'accord serait nécessaire « *car l'accord sur la circulation des personnes est non seulement passé entre la Suisse et la CE, mais également entre la Suisse et chacun des Etats membres qui la composent* » : Message du Conseil fédéral du 23 juin 1999 relatif à l'approbation des accords sectoriels entre la Suisse et la CE, *FF 1999, vol. VI, n°34, pp. 5440-6398*, spéc. p.5448, pt 11.

449 Marianne DONY, « Les accords mixtes », in J.-V. LOUIS, M. DONY (dir.), *Commentaire J. MEGRET. Le droit de la CE et de l'Union européenne*, t.12 : *Relations extérieures*, Bruxelles, Université de Bruxelles, 2005, 2ème édition, pp.167-199, spéc. p.181

450 Eleftheria NEFRAMI, *Les accords mixtes de la Communauté européenne : aspects communautaires et internationaux, Bruxelles*, Bruylant, 2007, 711 p., spéc. pp.286 et s.

a) Des accords Suisse-UE et Suisse-UE-Etats membres

290. En premier lieu, en attribuant une personnalité juridique internationale aux Communautés et à l'Union européenne[451], les traités instituant l'Union européenne et auparavant les Communautés ont influencé la relation Suisse-UE qui s'établit par voie d'accords Suisse-CE et Suisse-UE. L'entrée en vigueur du Traité de Lisbonne[452], qui consacre la disparition de la Communauté européenne au profit de l'Union européenne a conduit à une limitation des formes d'accords essentiellement aux accords Suisse-UE[453].

291. En second lieu, la répartition des compétences résultant des traités instituant l'Union européenne a eu deux types d'incidences sur les actes juridiques régissant la relation Suisse-UE.

292. La première concerne la répartition des compétences entre l'Union européenne (et auparavant les Communautés) et ses Etats. Selon les compétences de l'Union et celles des Etats membres, l'accord conclu avec la Suisse sera en général un accord simple ou un accord « mixte » dans lequel les Etats membres sont également parties contractantes[454]. A partir des travaux d'Eleftheria NEFRAMI, on peut préciser que les accords sont mixtes lorsque la Communauté (et désormais l'Union européenne) « *ne dispose pas de compétence externe couvrant l'ensemble de l'accord envisagé et lui permettant de le conclure sans le concours étatique* »[455]. Dans le cadre de la relation Suisse-UE, Christine KADDOUS souligne ainsi que l'accord sur la libre circulation des personnes de 1999 est un accord mixte, « *l'objet de*

---

451 Voir, *supra*, chapitre 1, n°120.

452 Traité de Lisbonne modifiant le traité sur l'Union européenne et le traité instituant la Communauté européenne, signé à Lisbonne le 13 décembre 2007 (*JO C 306 du 17.12.2007, p. 1–271*), entré en vigueur le 1er décembre 2009.

453 Les accords postérieurs au traité de Lisbonne sont conclus par l'UE et non la CE. Quant aux accords antérieurement conclus, une modification est souvent introduite pour que le terme « Communauté » soit remplacé par « Union ». Par ailleurs, la Communauté européenne de l'énergie atomique est maintenue (*JO C 327 du 26.10.2012, p.1-107*), de sorte que peuvent toujours être conclus des accords Suisse-CEEA. Enfin, à la suite de l'extinction du Traité CECA le 23 juillet 2002, les droits et obligations découlant des accords internationaux conclus par la CECA avec des pays tiers ont été transmis à la Communauté européenne (décision 2002/595/CE des représentants des gouvernements des États membres, *JO L 194 du 23.7.2002, p. 35*). Les accords conclus entre la Suisse et la CECA ont été abrogés au 19 décembre 2009 (échanges de notes entre le Conseil fédéral et la Commission européenne du 4 novembre 2004 et 18 décembre 2009, *RO 2010 567 / JO L 288 du 4.11.2009, p.18-21*)

454 On se limitera ici à une définition générale de l'accord mixte conçu comme un traité « *conclu par une organisation internationale et ses Etats membres, avec d'autres sujets du droit international* » : Eleftheria NEFRAMI, *Les accords mixtes de la Communauté européenne : aspects communautaires et internationaux,* Bruxelles, Bruylant, 2007, 711 p., spéc. p.4.

455 Eleftheria NEFRAMI, *Les accords mixtes de la Communauté* européenne, *op.cit.*, p.15.

l'accord dépassant la compétence communautaire »[456]. La nature des compétences de la Communauté à l'égard de l'ensemble de l'accord a ainsi entraîné la conclusion d'accords Suisse-CE-Etats membres ou d'accords Suisse-CE[457]. Depuis l'entrée en vigueur du Traité de Lisbonne ce cas de mixité se retrouve dans la conclusion d'accords Suisse-UE-Etats membres et d'accords Suisse-UE[458]. L'on peut cependant souligner certains cas particuliers dans lesquels un accord entre Etats a été « intégré » à un accord avec l'UE[459], ou dans lesquels les Etats membres ont décidé de ne pas exercer leurs compétences en devenant parties contractantes à l'accord[460].

293. La répartition des compétences entre l'Union européenne et les Communautés a également pu conduire à la conclusion d'un accord Suisse-CE-UE. Ledit accord, qualifié « *d'accord mixte de deuxième génération* »[461], associe la Suisse à l'acquis Schengen[462]. Avec le traité de Lisbonne, ce type d'accord mixte disparaît au profit d'accords Suisse-UE.

---

456 Christine KADDOUS, « Les accords sectoriels dans le système des relations extérieures de l'Union européenne », in D. FELDER, C. KADDOUS (dir.), *Accords bilatéraux Suisse - UE (Commentaires)*, Bruxelles, Bruylant, 2001, pp. 77-115, spéc. p.81.

457 Voir par exemple l'accord du 21 juin 1999 entre la Confédération suisse d'une part, et la Communauté européenne et ses Etats membres, d'autre part, sur la libre circulation des personnes (*RO 2002 1529 / JO L 114 du 30.4.2002, p. 6–72*) et l'accord du 26 octobre 2004 entre la Confédération suisse et la Communauté européenne concernant la participation de la Suisse à l'Agence européenne pour l'environnement et au réseau européen d'information et d'observation pour l'environnement (*RO 2006 1111 / JO L 90 du 28.3.2006, p.37-47*).

458 Voir par exemple l'accord de coopération du 18 décembre 2013 entre l'Union européenne et ses États membres, d'une part, et la Confédération suisse, d'autre part, relatif aux programmes européens de navigation par satellite (*RO 2014 299 / JO L 15 du 20.1.2014, p.3-17*) et l'accord du 28 avril 2008 entre la Confédération suisse et l'Union européenne sur les procédures de sécurité pour l'échange d'informations classifiées (*RO 2008 4065 | JO L 181 du 10.7.2008, p. 58–61*).

459 Voir l'accord du 2 mai 1992 entre la Confédération suisse et la Communauté européenne sur le transport de marchandises et de voyageurs par rail et par route (*RO 1993 1198 / JO L 373 du 21.12.1992, p. 26–46*) qui « intègre », en raison de l'absence de compétence de la Communauté européenne en matière d'infrastructure, un accord trilatéral entre l'Allemagne, l'Italie et la Suisse. Cet accord trilatéral « *fait ainsi partie de l'accord sur le transit, alors même qu'il doit être considéré comme un accord international en soi* » : Message du Conseil fédéral du 13 mai 1992 relatif à l'accord sur le transit conclu entre la Communauté européenne et la Suisse, ainsi que sur l'accord trilatéral entre la République fédérale d'Allemagne, la Suisse et l'Italie sur le trafic combiné rail/route, *FF 1992, vol.III, n°26, pp. 1001-1059*, spéc. p.1005.

460 Pour l'accord Suisse-CE sur la fiscalité de l'épargne, les Etats membres ont convenu « *à titre exceptionnel et sans que cela ne crée de précédent,* [qu'ils] *n'exerceront pas leur compétence dans ce cas précis* » : exposé des motifs de la proposition de décision du Conseil du 10 février 2004 relative à la conclusion de l'accord entre la Communauté européenne et la Confédération suisse prévoyant des mesures équivalentes à celles prévues dans la directive 2003/48/CE du Conseil du 3 juin 2003 sur l'imposition des revenus de l'épargne sous forme de paiements d'intérêts et du protocole d'accord qui l'accompagne, *COM(2004) 75 final*.
Pour l'accord Suisse-CE sur le transport aérien, à la lumière de la répartition des compétences entre la Communauté européenne et ses Etats membres dans ce domaine, voir Vincent CORREIA, *L'Union européenne et le droit international de l'aviation civile. La contribution de l'Union européenne aux évolutions contemporaines du droit aérien international*, (*version dact.*, t.I, Bordeaux, 2012, pp. 294 et s.), Bruxelles, Bruylant, 2014, 976 p.

461 Eleftheria NEFRAMI, *Les accords mixtes de la Communauté européenne, op.cit.*, p.7.

462 Le seul cas d'accord Suisse-CE-UE semble être celui de l'accord du 26 octobre 2004 d'association de la Suisse à Schengen (*RO 2008 481 / JO L 53 du 27.2.2008, p. 52-79*).

De même, il existe des accords Suisse-CE-CEEA en matière de coopération scientifique[463]. Le traité de Lisbonne a maintenu l'existence de la Communauté de l'énergie atomique mais aucun accord Suisse-CEEA-UE n'a été conclu[464].

294. La répartition des compétences au sein de l'Union européenne conduit à une diversité d'accords conclus avec la Suisse, qui ne doit cependant pas être surestimée. Certes, les accords Suisse-UE-Etats membres (et auparavant Suisse-CE-Etats membres) sont formellement multilatéraux dans la mesure où ils comportent plus de deux parties contractantes. Toutefois, la particularité de la construction de l'Union européenne conduit à un « ordonnancement » des parties contractantes, l'Union européenne et ses Etats membres apparaissant sous un pôle relativement uni.

b) Des accords de type bilatéral

295. La répartition de la compétence entre l'Union européenne et ses Etats membres peut conduire à la conclusion d'accords Suisse-UE-Etats membres. Mais le caractère plurilatéral de ce type d'accords ne doit pas être surestimé. D'abord, et de manière générale, la logique qui régit les compétences au sein de l'Union européenne est englobante. On rappellera à cet égard l'explication de Marc BLANQUET : il existe au sein de l'Union européenne « *un certain ordre, un ordonnancement, dans un système général de compétences comprenant une composante communautaire largement déterminée au-delà des indications expresses du traité, et une composante nationale relative aux compétences des États membres dont il faut d'emblée préciser qu'elle est influencée par la dynamique de l'intégration, c'est-à-dire qu'elle est appréhendée dans une logique de soumission aux objectifs communautaires, aux domaines de compétence communautaire et au droit communautaire* »[465].

---

463 Accord du 21 juin 1999 de coopération scientifique et technologique entre la Communauté européenne et la Communauté européenne de l'énergie atomique d'une part, et la Confédération suisse, d'autre part (*RO 2002 1998 / JO L 114 du 30.4.2002, p.468-479*) ; accord du 16 janvier 2004 de coopération scientifique et technologique entre la Confédération suisse d'une part, et la Communauté européenne et la Communauté européenne de l'énergie atomique, d'autre part (*RO 2005 5057 / JO L 32 du 5.2.2004, p.23-33*) ; accord du 25 juin 2007 de coopération scientifique et technologique entre la Confédération suisse d'une part, et la Communauté européenne et la Communauté européenne de l'énergie atomique, d'autre part (*RO 2008 3237 | JO L 189 du 20.7.2007, p.26-39*).

464 Accord du 7 décembre 2012 sur la coopération scientifique et technique entre la Communauté européenne de l'énergie atomique, d'une part, et la Confédération suisse, d'autre part, associant la Confédération suisse au programme-cadre de la Communauté européenne de l'énergie atomique pour des activités de recherche et de formation dans le domaine nucléaire (2012-2013) (*RO 2013 519 / JO L 4 du 9.1.2013, p. 3-12*).

465 Marc BLANQUET, « Compétences de l'Union – Architecture générale – Délimitation », *JCl Europe*, fasc. 170, janv. 2012, pt 3.

296. Non seulement la plurilatéralité ne doit pas être surestimée mais en outre, les accords mixtes peuvent présenter un caractère bilatéral marqué. La mixité d'un accord « *désigne l'engagement conjoint d'une organisation et de tous ses Etats membres* »[466]. La Communauté (et désormais l'Union européenne) et ses Etats membres « *constituent, à l'égard de leurs cocontractants, un ensemble communautaire dont les deux composantes, Communauté-Etats membres, agissent de façon complémentaire* »[467]. Dès lors que l'Union européenne et ses Etats membres sont perçus comme un ensemble, l'accord établi entre cet ensemble et un pays tiers « *a le caractère d'accord bilatéral, les liens conventionnels n'étant pas créés entre la Communauté et ses Etats membres ni parmi les Etats membres* »[468].

297. Davantage qu'un accord Suisse-UE-Etats membres, l'accord sur la libre circulation des personnes [ALCP] est un accord mixte[469], ce qui signifie qu'il se présente comme un accord conclu entre la Suisse d'une part, l'Union européenne et ses Etats membres d'autre part. Le préambule ainsi que l'intitulé de l'ALCP font état d'une telle mixité qui semble consacrer la participation de l'UE comme principe : c'est un accord « *entre la Communauté européenne et ses Etats membres, d'une part, et la Confédération suisse, d'autre part* »[470]. Dans l'accord mixte sur la libre circulation des personnes conclu avec la Suisse, il y a ainsi, davantage qu'une juxtaposition des engagements de l'Union européenne et de ses Etats membres, un « *rapport d'imbrication* »[471] entre l'UE et ses Etats membres.

298. Enfin, une distinction relevée par Eleftheria NEFRAMI permet de préciser l'étendue de la mixité et par là-même la portée du caractère bilatéral de cet accord. Dans l'ALCP, la mixité, la complémentarité entre la Communauté (devenue Union) et ses Etats membres est substantielle et non pas uniquement formelle[472]. La mixité ne concerne

---

466 Eleftheria NEFRAMI, *Les accords mixtes de la Communauté européenne, op.cit.*, p.5.

467 Eleftheria NEFRAMI, *Les accords mixtes de la Communauté européenne, op.cit.*, p.17.

468 *Ibid.* p.18.

469 Christine KADDOUS, « Les accords sectoriels dans le système des relations extérieures de l'Union européenne », précité, p.81. Voir également la précision apportée en ce sens par Dámaso RUIZ-JARABO COLOMER, Conclusions sur CJCE Ord., 4 août 2006, *Zentralbetriebsrat der Landeskrankenhäuser Tirols c. Land Tirol*, aff. C-339/05, *Rec.* 2006, p. I-07097, pt 8 (aff. radiée).

470 Eleftheria NEFRAMI, *Les accords mixtes de la Communauté européenne, op.cit.*, pp.250 et s.

471 *Ibid.* p.5.

472 L'ALCP confère essentiellement sur des droits de libre circulation des travailleurs salariés et de liberté d'établissement, appuyés par la reconnaissance de droits sociaux en faveur des ressortissants suisses et des Etats membres de l'UE. De tels domaines n'entrent pas dans le cadre de la compétence exclusive que l'Union détient en vertu de l'article 3 TFUE. Du reste, les bases juridiques choisies pour cet accord n'éclairent que faiblement la nature des compétences et par là-même la nature de cet accord mixte. La Commission avait proposé que les accords soient fondés sur les dispositions matérielles des domaines concernés (et notamment sur les dispositions relatives au marché intérieur :

pas uniquement la détermination des parties contractantes mais se prolonge au niveau de l'application de l'accord qui ne suit pas celle d'un accord de type communautaire : il existe un vrai partage des compétences entre l'UE et ses Etats membres, maintenu depuis l'entrée en vigueur du Traité de Lisbonne.

299. En somme, les règles de compétences déterminent le type d'accords notamment entre des accords Suisse-UE ou Suisse-UE-Etats membres, ces derniers présentant des caractères bilatéraux qui les rapprochent des premiers. Le contenu de ces accords Suisse-UE ou Suisse-UE-Etats membres s'explique au regard d'un autre aspect de la construction de l'Union européenne : l'union qui se développe entre ses membres.

B) L'unification du droit au sein de l'Union européenne

300. Le processus d'unification du droit au sein de l'Union européenne constitue un élément objectif légal qui a principalement deux effets sur la relation Suisse-UE : il influence les volontés de la Suisse et de l'Union d'intervenir juridiquement (1), mais aussi sur le type de règles primaires et secondaires considéré comme approprié (2).

1) L'influence sur les volontés d'agir juridiquement

301. Le processus d'unification du droit au sein de l'Union européenne affecte la volonté de celle-ci d'établir des relations juridiques avec la Suisse, en particulier lorsque l'efficacité d'une disposition est menacée par un risque de contournement de la législation européenne projetée. L'unification du droit dans certains domaines tels que la taxation bancaire, est ainsi une contrainte légale affectant la volonté de l'Union d'établir des

---

voir la proposition de décision du Conseil du 4 mai 1999, *COM (1999) 229 final*). Or est apparu entre la Commission et les Etats membres un conflit quant à la base juridique de cet accord, problème lié à la répartition des compétences entre la Communauté européenne et les Etats membres dans ce domaine. Le Conseil de l'Union européenne n'a cité comme base juridique que l'article 300, paragraphe 3, alinéa 2 du traité CE [devenu article 218 du traité FUE, paragraphe 6, alinéa a), pt i.)] qui prévoit l'avis conforme du Parlement pour la conclusion d'accords d'association en liaison avec l'article 310 du traité CE [devenu article 217 du traité FUE : « *L'Union peut conclure avec un ou plusieurs pays tiers ou organisations internationales des accords créant une association caractérisée par des droits et obligations réciproques, des actions en commun et des procédures particulières* »]. Cette substitution des dispositions matérielles par l'article 310 a permis de débloquer la situation politique. Cependant cette substitution ne résoudra pas « *les problèmes qui pourront éventuellement naître entre la Communauté européenne et les Etats membres en matière de répartition des compétences lors de l'application de l'accord sur la libre circulation des personnes* » (Christine KADDOUS, « Les accords sectoriels dans le système des relations extérieures de l'Union européenne », précité, p.91). En effet, on se reportera au problème de base juridique et à la réponse apportée dans l'arrêt : CJUE, 27 février 2014, *Royaume-Uni c. Conseil*, aff. C-656/11, *non encore publié*).

relations avec la Suisse sur ce point[473], et par ricochet les concessions qu'elle est prête à accorder dans d'autres dossiers[474].

302. Mais c'est probablement du point de vue de la Suisse que les effets du droit de l'Union influencent le plus les relations extérieures. En effet, le processus d'unification du droit au sein de l'Union européenne peut être vecteur de désavantages pour la Suisse qui résultent de l'application d'un droit différent à ses ressortissants qui souhaitent entrer en relation économique ou personnelle avec des ressortissants communautaires[475]. Ces désavantages sont d'autant plus perceptibles qu'ils se combinent avec la puissance de l'Union européenne, avec l'inégalité factuelle précédemment évoquée[476]. La Suisse va alors vouloir agir juridiquement pour modifier la situation objective désavantageuse. Ce processus l'a conduit à envisager l'adhésion à l'Union européenne[477], à conclure des accords avec l'Union européenne, ainsi qu'à utiliser son droit interne pour limiter les effets négatifs de l'unification du droit entre les Etats membres de l'Union européenne.

303. Cette action juridique voulue est particulière. La réponse apportée au processus d'unification se caractérise par l'utilisation du droit de l'Union européenne pour fonder les accords Suisse-UE et certaines lois fédérales suisses.

2) L'influence sur la structure des actes juridiques

304. L'unification du droit entre les Etats membres de l'Union européenne conduit la Suisse à réagir de manière unilatérale, en adaptant spontanément son droit à celui de l'Union (a). En outre, cette unification a également des conséquences sur les accords

---

473 Voir les développements relatifs à l'accord sur la fiscalité de l'épargne, *infra*, n°313, et titre 2, chapitre 2, n°779.

474 Cette contrainte explique la dérogation accordée à la Suisse dans un autre dossier en cours de négociation, sur la reprise de l'acquis Schengen relatif aux demandes de perquisition et de saisie pour les infractions dans le domaine de la fiscalité directe. La Commission considérait en effet que cette dérogation était « *nécessaire pour conclure un accord avec la Suisse dans le domaine de la fiscalité des revenus de l'épargne qui, à son tour, était nécessaire à l'entrée en vigueur de la directive 2003/48/CE du Conseil du 3 juin 2003 en matière de fiscalité des revenus de l'épargne* » : exposé des motifs de la proposition du 14 septembre 2004 de décision du Conseil relative à la signature, au nom de l'Union européenne, de l'accord [d'association à Schengen], *COM(2004)593 final*.

475 Ces désavantages sont parfois perçus comme des « discriminations » : voir par exemple le rapport du Conseil fédéral du 24 août 1988, sur la position de la Suisse dans le processus d'intégration européenne, *FF 1988, vol.III, n°37, pp. 233-445*, spéc. p.285.

476 Sur cet élément objectif factuel qui évolue en fonction de la construction juridique de l'Union, voir, *supra*, section 1, n°254.

477 Rapport du Conseil fédéral du 18 mai 1992 sur la question d'une adhésion de la Suisse à la Communauté européenne, *FF 1992, vol.III, n°27, pp. 1125-1320*, spéc. p.1129.

Suisse-UE, dans lesquels les règles (primaires notamment, secondaires parfois) sont basées sur le droit de l'Union européenne (b).

a) L'adaptation autonome du législateur fédéral suisse au droit de l'UE

305. Compte tenu de l'importance des effets du droit communautaire pour la Suisse[478], le Conseil fédéral a mis en place en 1988 un contrôle de compatibilité des projets législatifs fédéraux suisses avec le droit communautaire, qui désormais vise le droit de l'Union. Il s'agit d'un contrôle « d'eurocompatibilité » qui peut aboutir à une adaptation « autonome »[479].

306. L'examen des projets de lois suisses à l'aune du droit européen permet au Conseil fédéral de préciser « *dans quelle mesure les dispositions proposées sont compatibles avec le droit européen* »[480]. Puisque le droit de l'Union européenne est un droit commun, mettant en œuvre un processus d'unification, et produisant des effets pour la Suisse, cette dernière cherche à éviter des divergences avec le droit de l'Union qui seraient « *inutiles* »[481], « *infondées* »[482], celles qui ne correspondraient pas à un intérêt spécifique de la Suisse. L'examen d'eurocompatibilité est ainsi une réponse au processus d'unification existant au sein de l'Union européenne. Si l'on garde le vocable de distinction entre les règles, l'on pourrait dire que cette règle secondaire qui détermine la manière dont les autorités fédérales suisses assurent la production des autres règles, a intégré la contrainte du droit de l'Union européenne en particulier celle de l'unification du droit.

307. Cet examen n'aboutit en revanche pas systématiquement à un alignement sur le droit de l'Union[483]. En d'autres termes, les dispositions du droit suisse (des règles

---

478 Voir, *supra*, 1, n°301, les remarques relatives à la volonté d'agir juridiquement de la Suisse en raison du processus d'unification. Celui-ci doit en outre être mis en perspective avec le développement de la puissance notamment économique de l'Union européenne (*supra*, n°252 et s.).

479 Cette expression vise à distinguer ces législations, de celles qui sont liées à une obligation d'adaptation contenue dans les accords conclus avec l'Union. L'adaptation autonome est autonome en ce qu'elle n'est pas l'exécution d'un accord Suisse-UE. Voir, *supra*, chapitre 1, section 2, n°201 et s., sur le pragmatisme de cette stratégie législative.

480 Rapport du Conseil fédéral du 24 août 1988 sur la position de la Suisse dans le processus d'intégration européenne, *op.cit.*, spéc. p.365.

481 Rapport du Conseil fédéral du 24 août 1988, *op.cit.*, spéc. p.330

482 Rapport Europe 2006 du 28 juin 2006, *FF 2006, n°35, pp.6461-6622*, spéc. p.6478.

483 Cette absence d'automaticité résulte largement des rapports du Conseil fédéral : « *il n'est pas envisagé d'adapter automatiquement le droit suisse au droit européen* », Rapport du Conseil fédéral du 24 août 1988, *op.cit.*, spéc. p.330 ; ou encore : « *Dans les domaines de dimensions transfrontalières, le Conseil fédéral veille à éviter les distorsions infondées entre le droit suisse et le droit communautaire. Cependant, ce principe, dit de l'adaptation*

primaires qui régissent le comportement des individus placés sous la juridiction suisse) ne sont pas toujours – et c'est logique – adaptées au droit de l'Union. Cette adaptation n'a lieu que si le législateur considère qu'il en va de l'intérêt de la Suisse, par exemple pour les entreprises et particuliers établis en Suisse, qui ont une relation professionnelle ou personnelle avec une entreprise et des individus de l'Union européenne. Or ces lois suisses, ces règles primaires reprennent de manière notable le droit commun de l'Union européenne : le droit suisse a très largement, quasiment « *systématiquement* »[484], été rendu eurocompatible. « *Dans la pratique, le Parlement et le Conseil fédéral n'adoptent qu'exceptionnellement des actes juridiques qui ne sont pas compatibles* »[485].

308. L'influence du processus d'unification est ainsi particulièrement forte. Certes, dans certains domaines – politique fiscale, agricole, étrangère – d'autres intérêts ont milité en faveur de certaines spécificités dans le droit suisse, René SCHWOK soulignant par exemple que « [d]'*une manière générale, les multinationales, les banques et les assurances ont transformé la Suisse en un havre de législations "spéciales"* »[486]. Pour autant, la spécificité ne concerne pas l'ensemble de la législation relative à ces domaines, pas plus qu'elle n'est figée. La part de législations adaptées spontanément au droit de l'Union européenne, est ainsi susceptible d'évoluer en fonction de l'intérêt que la Suisse perçoit[487].

309. Malgré le rejet de l'EEE, la Suisse a adopté une série de lois d'adaptation au droit de l'Union européenne[488]. L'adaptation autonome peut ainsi se réaliser de manière substantielle comme lors de l'adoption des modifications de seize lois dans un « paquet Swisslex »[489], ou alors « *par doses homéopathiques, au "coup par coup", à l'occasion de chaque*

---

autonome du droit, ne s'applique que lorsqu'il sert les intérêts de la Suisse », dans le rapport Europe 2006 du 28 juin 2006, *op.cit*, p.6477.

484 Rapport du Conseil fédéral du 3 février 1999 sur l'intégration, *FF 1999, vol. IV, n°22*, pp. 3600-4011, spéc. p.3609.

485 Rapport sur l'intégration du 3 février 1999, *op.cit.*, p.3634.

486 René SCHWOK, « Théorie du "petit Etat" européen et pays originairement de l'AELE », in M. DUMOULIN, G. DUCHENNE (dir.), *Les petits Etats et la construction européenne*, Bruxelles, PIE-Peter Lang, 2002, pp. 111-133, spéc. p. 121, l'auteur analysant en outre le rapport de la politique agricole et la politique étrangère suisse avec la construction européenne.

487 Sur l'évolution de l'adaptation autonome, considérée dans la durée (et sur la signification de cette évolution), voir, *infra*, partie 2, titre 1, n°980 et s.

488 En effet, la participation à l'EEE – accord fondé sur le droit de l'Union– exigeait une adaptation du droit suisse. Cette adaptation, qui aurait été juridiquement nécessaire, avait été envisagée sous la forme d'une modification groupée de plusieurs lois fédérales : les projets « Eurolex ».

489 Message du Conseil fédéral du 24 février 1993 sur le programme consécutif au rejet de l'Accord EEE, *FF 1993, vol. I, n°11, pp. 757-942,* spéc. p.786. Ainsi, dans l'optique de maintenir toutes les options en matière de politique européenne, et de relancer son économie, la Suisse a décidé de reprendre en grande partie ces projets, devenus après l'échec du référendum des projets « Swisslex ». Elle a plus précisément repris 16 des adaptations du paquet

projet législatif »[490]. La Suisse a, par exemple[491], jugé nécessaire d'avoir une législation équivalente à celle de l'Union européenne relative aux marchandises, avec la loi fédérale sur le marché intérieur[492] ou encore la loi fédérale sur les entraves techniques au commerce[493]. Cette dernière a même été modifiée pour introduire un principe équivalent au « principe Cassis de Dijon »[494]. Le droit de la concurrence offre également des situations d'adaptation de la législation suisse, par exemple la loi sur les cartels, qui a fait évoluer une législation nationale permissive vers un droit proche de celui de l'Union[495].

310. Ces importantes adaptations dans le secteur économique soulignent l'importance de l'effet sur la Suisse du processus d'unification du droit entre les Etats membres de l'Union européenne. L'adaptation s'étend à des matières aussi diverses que les domaines financiers avec la loi sur la Banque nationale ou la loi sur les fonds de placement[496], le domaine de la santé avec la loi sur les produits thérapeutiques[497], ou encore des aspects

---

« Eurolex » en l'état (les seules modifications étant rédactionnelles ou tenant à la technique législative). Pour une liste et une analyse de ces rapprochements, voir par exemple Blaise KNAPP, « La Suisse et l'Union européenne, une intégration douce », in *Au carrefour des droits. Mélanges en l'honneur de Louis DUBOUIS*, Paris, Dalloz, 2002, pp. 387-405, spéc. pp. 391-395.

490 Olivier JACOT-GUILLARMOD, « L'ordre juridique suisse face à l'ordre juridique communautaire : aspects normatifs et judiciaires », in D. SCHINDLER, G. HERTIG, J. KELLENBERGER, D. THÜRER, R. ZÄCH (dir.), *Le droit suisse et le droit communautaire : convergences et divergences*, Zürich, Schulthess, 1990, pp.1-20, spéc. p.4.

491 Pour une étude de l'adaptation autonome du droit privé suisse, en fonction notamment des périodes et des outils juridiques de la reprise, voir l'article de Vincent MIGNON, « Analyse méthodologique comparée des droits français, allemand et suisse », in *Le droit privé suisse à l'épreuve du droit privé communautaire* , pp.202-241.

492 Loi fédérale sur le marché intérieur (LMI), du 6 octobre 1995, *RO 1996 1738*. Le texte de cette loi « *est directement inspiré du droit européen* » : Olivier MACH, « La place des Accords bilatéraux II dans l'ordre juridique suisse », in C. KADDOUS, M. JAMETTI GREINER (dir.), *Accords bilatéraux II Suisse-UE : et autres accords récents*, Bruxelles, Bruylant, 2006, pp. 169-192, spéc. p. 181.

493 Loi fédérale sur les entraves techniques au commerce (LETC), du 6 octobre 1995, *RO 1996 1725*.

494 Loi fédérale du 12 juin 2009 modifiant la loi sur les entraves techniques au commerce (LETC), *RO 2010 2617*. Voir le message du Conseil fédéral du 25 juin 2008 concernant la révision partielle de la loi fédérale sur les entraves techniques au commerce (LETC), *FF 2008, vol.I, n°35, pp.6643-6730*.

495 Sur ce point voir André MACH, « Quelles réponses politiques face à la globalisation et à la construction européenne? Illustration à partir de la révision de la loi suisse sur les cartels », *Swiss Political Science Review*, vol. 4, n° 2, 1998, pp. 25-49. La loi fédérale sur la concurrence déloyale a été partiellement révisée par la loi du 17 juin 2011, en vigueur depuis le 1er juillet 2012 (*RO 2011 4909*). Cette adaptation porte notamment sur l'article 8, dont la rédaction « *s'inspire largement* » de la directive 93/13/CEE du 5 avril 1993 concernant les clauses abusives (message du Conseil fédéral du 2 septembre 2009 concernant la modification de la loi fédérale contre la concurrence déloyale, *FF 2009, n°38, pp.5539-5578*, spéc. p.5561).

496 Respectivement : Loi sur la Banque nationale (LBN) du 3 octobre 2003, *RO 2004 1985* ; Loi fédérale sur les placements collectifs de capitaux (LPCC) du 23 juin 2006, *RO 2006 5379*. Ces exemples d'adaptation autonome ainsi que ceux mentionnés ci-dessous sont cités dans le rapport Europe 2006 du Conseil fédéral, *FF 2006, n°35, pp.6461-6622,* spéc. p.6477.

497 Loi fédérale sur les médicaments et les dispositifs médicaux du 15 décembre 2000 (Loi sur les produits thérapeutiques, LPTh), *RO 2001 2790*. Voir le message du Conseil fédéral du 1er mars 1999 concernant une loi fédérale sur les médicaments et les dispositifs médicaux, *FF 1999, vol.III, n°21, pp. 3151-3349*, spéc. pp.3160-3161.

de droit du travail avec par exemple la loi sur l'égalité entre femmes et hommes[498] ou la loi sur la libre circulation des avocats[499].

b) L'« arrimage » des accords Suisse-UE sur le droit de l'UE

311. L'unification du droit au sein de l'Union européenne favorise également un « arrimage »[500] de la relation conventionnelle établie entre la Suisse et l'Union européenne, sur le droit de l'Union européenne.

312. Les accords Suisse-UE et plus précisément celles des règles que l'on appelle ici primaires (celles qui régissent le comportement des particuliers établis en Suisse et dans l'Union européenne) sont en effet largement fondés sur le droit de l'Union européenne. Sans anticiper sur les techniques assurant ce rattachement, cette européanité du droit applicable entre la Suisse et l'Union européenne[501], l'on peut relever que l'unification du droit de l'aviation civile entre les Etats membres de l'UE explique l'européanité des règles posées dans l'accord de 1999 sur le transport aérien[502], un constat similaire pouvant être fait pour la plupart des accords.

313. En outre, et même si l'influence est ici moins nette, le processus d'unification du droit au sein de l'Union européenne influence parfois aussi les règles secondaires[503]. On a vu que dans le domaine de la fiscalité de l'épargne, le processus d'unification du droit au sein de l'Union européenne était bloqué. Certains Etats membres avaient subordonné leur vote d'une directive à la conclusion d'accords avec certains Etats tiers

---

498 Loi sur l'égalité entre femmes et hommes (LEg) du 24 mars 1995, *RO 1996 1498*. L'adaptation réalisée est expliquée en ces termes : « *Bien que la Suisse ne puisse ratifier l'Accord EEE, elle doit s'efforcer de rendre son ordre juridique eurocompatible* », en particulier avec l'article 119 du Traité de Rome, la jurisprudence de la Cour de justice, et sic directives (message du Conseil fédéral du 24 février 1993 concernant la loi fédérale sur l'égalité entre femmes et hommes [...], *FF 1993, vol.I, n°16, pp. 1163-1248*, spéc. p.1204.)

499 Loi fédérale sur la libre circulation des avocats (LLCA) du 23 juin 2000, *RO 2002 863*. Cette loi est citée comme exemple d'adaptation autonome dans le Rapport Europe 2006 du Conseil fédéral, *op.cit.*, p.6477. Il faut néanmoins distinguer les dispositions de la loi inspirées du droit européen qui constituent des adaptations autonomes, et les modifications qui étaient nécessaires en vertu de l'accord sur la libre circulation des personnes conclu avec la Communauté et ses Etats membres (message du Conseil fédéral du 28 avril 1999 concernant la loi fédérale sur la libre circulation des avocats, *FF 1999, vol. VI, n°34, pp. 5331-5398*, spéc. p.5339 ; message du Conseil fédéral du 23 juin 1999, relatif à l'approbation des accords sectoriels entre la Suisse et la Communauté européenne, *FF 1999, vol. VI, n°34, pp. 5440-6398*, spéc. p.5445).

500 Cécile RAPOPORT, *Les partenariats entre l'Union européenne et les Etats tiers européens - Étude de la contribution de l'Union européenne à la structuration juridique de l'espace européen,* Bruxelles, Bruylant, 2011, 809 p., spéc. p. 63.

501 Voir, *infra*, titre 2, chapitre 1.

502 Accord du 21 juin 1999 sur le transport aérien, *RO 2002 1705 / JO L 114 du 30.4.2002, p.73-90*.

503 Voir, *infra*, titre 2, chapitre 2.

dont la Suisse, afin d'éviter le risque de concurrence fiscale. Par conséquent, l'accord conclu en 2004 établit non seulement des règles primaires basées sur la directive[504], mais aussi des règles secondaires qui lient la vie juridique de l'accord à celle de la directive.

314. En somme, le processus d'unification du droit au sein de l'Union européenne favorise le développement juridique de la relation Suisse-UE, et ce sur la base du droit de l'Union européenne, et par ricochet l'européanisation du droit suisse[505]. Cet effet se retrouve sous le prisme de l'union économique et politique, même si ce volet de la construction de l'Union européenne fait aussi apparaître des limites sous forme de conditions posées au développement de la relation Suisse-UE.

C) La réalisation d'une union économique et politique

315. La réalisation d'une union économique et politique, dès lors qu'elle se réalise par l'attribution de compétences à l'Union européenne et le développement d'un droit commun, comporte des effets similaires sur la relation Suisse-UE à ceux précédemment étudiés[506]. Il s'agit alors de souligner les autres effets les plus notables de la réalisation de l'union économique et politique.

316. La réalisation d'une union – dès celle de l'union douanière – a eu certains effets sur la relation Suisse-UE (alors CEE). Elle a ainsi conduit à l'extension des règles existantes entre la Suisse et certains Etats, aux autres Etats de l'union[507]. Elle explique également la volonté de la Suisse de donner une assise juridique plus solide à ses relations avec cette

---

504 Directive 2003/48/CE du Conseil du 3 juin 2003 en matière de fiscalité des revenus de l'épargne sous forme de paiements d'intérêts, *JO L 157 du 26.06.2003, p. 38-48*. Il s'agit d'un accord du 26 octobre 2004 entre la Confédération suisse et la Communauté européenne (*RO 2005 2571 / JO L 385 du 29.12.2004, p.30-42*) qui, comme son intitulé l'indique, prévoit « *des mesures équivalentes à celles prévues dans la directive 2003/48/CE du Conseil* » précitée.

505 Bettina KAHIL, *Suisse-Europe : mesurer le possible, viser à l'essentiel. Aspects politiques et juridiques des négociations bilatérales*, Centre Patronal, Lausanne, 1995, 105 p., spéc. pp.14-15.

506 Voir, *supra*, n°285 et s.

507 La mise en place d'une union douanière entre les Six à la suite de l'adoption du Traité de Rome a eu plusieurs effets partiellement abordés. Le remplacement en 1968, des tarifs douaniers nationaux des Etats membres de la Communauté européenne par un tarif commun, a conduit à un arrangement en 1969 entre la CEE et la Suisse (arrangement du 1er août 1969 sur le trafic de perfectionnement dans le secteur textile, *RO 1969 707/ JO L 240 du 24.9.1969, p. 5-9*). La réalisation de l'union douanière a ainsi entraîné un effet lié à l'attribution de compétences à la CEE : la conclusion d'un accord avec la CEE et l'abrogation des accords existants avec certains Etats membres. Elle a aussi suscité l'extension des règles d'abolition des droits de douanes en vigueur depuis de longues années, entre la Suisse et l'Allemagne, la France et l'Italie, dans les rapports entre la Suisse et les autres Etats de la CEE avec lesquelles la Suisse ne disposait pas d'accords comparables.

union[508]. La réalisation de l'union offre aussi un aperçu de la tendance à établir des actes sur le droit communautaire, avec l'idée que dans certaines matières « *la Suisse n'est plus considérée comme pays tiers* »[509]. Mais apparaissent aussi certaines limites puisqu'il s'agit d'étendre un régime « *conçu pour les besoins de la Communauté* »[510] ce qui a impliqué des adaptations par rapport au droit communautaire.

317. Ces deux derniers éléments se manifestent avec une certaine acuité avec la réalisation de l'union économique et politique. Ce sont plus précisément les temps forts de fondation de l'union économique et politique qui ont eu des effets notables en influençant la volonté de la Suisse de *s'intégrer* à l'union (1) et la volonté de l'Union européenne de *préserver* l'union mise en place (2).

1) L'influence sur la volonté de la Suisse d'intégrer l'union

318. La perspective d'achèvement du marché intérieur avec l'Acte unique européen de 1986[511] et la réalisation d'une union économique par le Traité de Maastricht de 1992[512] ont influencé la volonté de la Suisse de s'intégrer au marché intérieur, à travers la création de l'Espace économique européen (a). La perspective de réalisation d'une union politique par le Traité de Maastricht a influencé la volonté de la Suisse d'adhérer à l'Union notamment pour participer au plus tôt, dans l'espoir de l'orienter, à la politique étrangère qui se mettait en place (b). Certes, aucun de ces projets n'a abouti, compte tenu du résultat du référendum du 6 décembre 1992[513] : la volonté de la Suisse est également déterminée par d'autres éléments. Pour autant, il semble que l'achèvement du marché intérieur et la réalisation d'une union politique ont été considérés comme des éléments jouant en faveur d'une intégration de la Suisse dans l'union européenne.

---

508 Voir l'exemple tiré de la conclusion d'un accord sur le transit qui succède à un simple *modus vivendi*, *supra*, chapitre 1, section 1, n°146.

509 Voir le message du 24 août 1977 concernant l'Accord entre la Confédération suisse, la République d'Autriche et la Communauté économique européenne sur l'extension du champ d'application de la réglementation relative au transit communautaire, *FF 1977, vol.II, n°36, pp. 1409-1418,* spéc. p.1412.

510 Message du Conseil fédéral du 11 décembre 1972, *op.cit.*, spéc. p.188.

511 Voir notamment « L'achèvement du marché intérieur », Livre blanc de la Commission à l'intention du Conseil européen, 14 juin 1986*, COM/85/0310*, et l'Acte unique européen, signé à Luxembourg le 17 février 1986 et à La Haye le 28 février 1986, *JO L 169 du 29 juin 1987, p. 1*.

512 Traité sur l'Union européenne, signé à Maastricht le 7 février 1992, *JO C 191, 29.7.1992* ; Traité instituant la Communauté européenne, signé à Maastricht le 7 février 1992, *JO C 224, 31.8.1992*.

513 Sur les difficultés de déterminer la « volonté » d'un sujet étatique tel que la Suisse, compte tenu des rapports entre gouvernants et gouvernés, de l'organisation fédérale et du fonctionnement démocratique, auxquelles s'ajoute les évolutions temporelles, voir, *supra*, chapitre 1.

a) La volonté d'intégrer par l'EEE, un marché intérieur en voie d'achèvement

319. La perspective d'achèvement du marché intérieur et la réalisation d'une union économique ont fortement influencé la volonté de la Suisse d'intégrer le marché intérieur. Cette modification prévisible, conjuguée avec une autre contrainte objective, celle des effets économiques de l'accord de libre-échange de 1972[514], a favorisé les négociations sur l'Espace économique européen[515].

320. Cette perspective a joué sur la volonté de la Suisse mais aussi sur celle de la Communauté européenne et de ses Etats membres. Mais ce qui caractérise plus particulièrement la volonté de la Communauté – notamment dans la « Déclaration Delors » de 1989 – c'est la volonté que cette relation soit approfondie de manière structurée, afin de préserver l'intégration communautaire[516].

321. Pour la Suisse, la nouvelle réaffirmation des objectifs du Traité de Rome lui posait un « *défi* […] *proportionnel au progrès de l'intégration communautaire* »[517]. Les Etats de l'AELE ainsi que la Commission européenne reconnaissaient à cet égard que « *le programme de la Communauté pour l'achèvement de son marché intérieur d'ici 1992 a créé un nouveau défi non seulement pour la Communauté, mais aussi pour les pays de l'AELE* »[518]. Comme l'explique Catherine FLAESCH-MOUGIN : plus encore que les aspects juridiques, « *il faut souligner l'impact psychologique de l'A.U.E. sur les partenaires et même les "non-partenaires" de la Communauté. Partagés entre l'immense espoir de profiter du grand marché intérieur et la crainte d'en être évincés par une Communauté protectionniste (crainte d'une "Europe forteresse"), ils se sont tous, à des degrés divers, mobilisé par rapport à cette perspective. Il apparaît toutefois que ce sont les relations de proximité qui ont été les plus touchées. Les pays de l'AELE, tout particulièrement, souhaitent réaliser avec la Communauté européenne un espace économique*

---

514 Rapport du Conseil fédéral du 24 août 1988 sur la position de la Suisse dans le processus d'intégration européenne, *FF 1988, vol.III, n°37, pp. 233-445*, spéc. pp.279-283. On soulignera que des accords de libre-échange similaires avaient été conclus par la Communauté avec les autres Etats de l'AELE.

515 L'EEE est ici considéré comme un cadre juridique permettant l'intégration d'Etats tiers dans le marché intérieur de l'Union européenne.

516 Voir, *infra*, b).

517 René SCHWOK, *Horizon 1992 : la Suisse et le grand marché européen*, Genève, Georg, Institut universitaire d'études européennes, 1989, 206 p., spéc. p.XVI.

518 Conclusions conjointes de la réunion entre les Etats de l'AELE et la Commission européenne adoptées à l'issue de la rencontre de Reykjavik du 5 juin 1986.

homogène »[519]. La perspective de l'Acte unique européen, puis celle du Traité de Maastricht, ont ainsi été un élément important dans la volonté de la Suisse d'intégrer dans le marché intérieur de l'Union européenne, même s'il n'a pas suffit à entraîner cette intégration. De même, et si de nouveau ce rapprochement n'a pas abouti, le projet de créer une union politique entre les Etats de la Communauté est un élément qui a incité la Suisse à envisager d'adhérer à l'union qui allait se mettre en place.

b) La volonté d'adhérer à une union politique en commencement

322. La décision des Etats membres de la Communauté de créer une union politique a également constitué une forme de contrainte objective déterminant la relation Suisse-UE.

323. L'influence sur la relation Suisse-UE de l'unification sur le plan politique des Etats membres de la Communauté (avec l'adoption du Traité de Maastricht) apparaît discrètement dans les déclarations annexées à l'accord EEE. Il est en effet possible de déduire de la signature du Traité de Maastricht trois mois auparavant celle de l'accord EEE, l'adjonction dans ce dernier, de deux déclarations « à dimension politique ». Les deux déclarations, portant respectivement « *sur le dialogue politique* » et « *sur la facilitation des contrôles aux frontières* », font écho aux coopérations instaurées dans le cadre des deuxième et troisième piliers du traité de Maastricht alors récemment signé[520].

324. De plus, la mise en place de l'union politique a sensiblement (bien que succinctement) modifié la volonté de la Suisse à l'égard de l'intégration communautaire : c'est notamment compte tenu de cette réalisation que le Conseil fédéral suisse a voulu que la Suisse adhère à l'Union européenne. Alors qu'en 1988, le Conseil fédéral estimait que l'adhésion à la Communauté ne revêtait pas un intérêt immédiat pour la Suisse, il est conduit à revoir sa position en 1992, notamment face aux changements intervenus dans la construction communautaire. Deux éléments majeurs se combinent pour expliquer cette

---

519 Catherine FLAESCH-MOUGIN, « Les accords externes de la CEE (1.07.1986-31.10.1989) » (chronique), *RTDE* 1990, n°1, pp.85-126, spéc. p.86.

520 Dans la première, les gouvernements des États de la CE et de l'AELE s'engagent « *sous réserve de modalités pratiques à définir dans des enceintes appropriées, à coopérer afin de faciliter les contrôles de leurs ressortissants et des membres de leurs familles aux frontières entre leurs territoires* ». La seconde est également une déclaration des gouvernements des États de l'AELE et ceux de la CE (mais ici, la Communauté est associée aux souhaits exprimés) : « *La Communauté et ses États membres et les États de l'Association européenne de libre-échange ont exprimé leur souhait de renforcer leur dialogue politique sur la politique étrangère en vue de favoriser des relations plus étroites dans des domaines d'intérêt réciproque* ».

position. D'une part, le Traité de Maastricht constitue un « *saut qualitatif du processus d'intégration communautaire* »[521] : qui exercera sur la Suisse une « *influence grandissante* »[522], et finalement sa marge de manœuvre en matière de politique intérieure comme extérieure[523]. D'autre part, le fait que l'union politique en était à ses premiers pas, a également été déterminant sur la volonté de la Suisse. Pour le Conseil fédéral, l'union politique décidée à Maastricht, « *est moins un aboutissement que le point de départ d'une réalisation qui va se mettre en place graduellement et dont les étapes, à la différence de celles qui doivent conduire à l'Union économique et monétaire, n'ont pas été programmées* »[524]. Il en conclut qu'il est dans l'intérêt de la Suisse d'adhérer à la Communauté afin de pouvoir « *participer à la définition du contenu, encore indéterminé sur plusieurs aspects importants, de l'Union politique* »[525].

325. En somme, le traité établissant l'Union européenne a constitué une contrainte objective à l'égard de laquelle la réaction juridique envisagée était la conclusion d'un acte juridique spécial, un traité d'adhésion. Le fait que la Suisse n'ait jamais adhéré à l'Union ne remet pas en cause l'existence de cette pression, qui ne constitue pas, ainsi que nous l'avons souligné à plusieurs reprises, une pression unique et absolue, mais une pression combinée et relative. La construction d'une union, de l'Union européenne continue d'influencer sur la volonté de la Suisse de se rapprocher de l'Union européenne. A la suite du referendum négatif de 1992, ce rapprochement s'est fait par des accords sectoriels, conçus de manière « statique ». Cependant, « *La marche de l'Union ne s'arrête pas. A peine avons-nous rattrapé quelques éléments essentiels du marché intérieur que l'écart se creuse à nouveau avec les autres piliers de la construction européenne* »[526]. Et l'on verra que le droit posé

---

521 Rapport du Conseil fédéral du 18 mai 1992, sur la question d'une adhésion de la Suisse à la Communauté européenne, *FF 1992, vol.III, n°27, pp. 1125-1320*, spéc. p.1135.

522 Rapport du Conseil fédéral du 18 mai 1992, *op.cit.*, p.1136.

523 *Ibid.* Plus précisément, le Conseil fédéral souligne que les pays tiers subissent l'évolution de la réalisation de l'Union, dotée de nouveaux domaines de compétence notamment ceux de la politique étrangère et de sécurité et des affaires intérieures et judiciaires, dont les effets des décisions « *vont déterminer dans une large mesure la marche de l'Europe et, finalement, le champ de manœuvre de leurs propres décisions de politique intérieure et extérieure* » (*ibid.)*, et dont le poids dans la négociation conventionnelle, bilatérale ou dans l'enceinte d'organisation, ne peut que croître à leur détriment.

524 Rapport du Conseil fédéral du 18 mai 1992 *op.cit.*, p.1130.

525 *Ibid.*

526 Alexis P. LAUTENBERG, « Les accords bilatéraux vus de Bruxelles », in D. FELDER, C. KADDOUS (dir.), *Accords bilatéraux Suisse - UE (Commentaires),* Bâle, Helbing & Lichtenhahn, 2001, pp.21-24, spéc. p.24.

par les accords sectoriels continue d'être influencé par la réalisation d'une union entre les Etats membres de l'UE.

326. De son côté, l'Union européenne va surtout chercher à préserver cette union économique et politique, en particulier lorsqu'elle franchit un nouveau pas.

2) *L'influence sur la volonté de l'Union européenne de préserver son intégration*

327. L'achèvement du marché intérieur n'a pas uniquement conduit les Etats de l'AELE à vouloir se rapprocher des Communautés et de la future Union européenne. La Communauté européenne a assez rapidement perçu la nécessité de préserver son marché intérieur[527], notamment à l'égard des négociations qu'elle menait avec les Etats de l'AELE. Le Conseil fédéral explique ainsi cette exigence de la Communauté européenne : « *l'accent mis sur la priorité à accorder à l'intégration communautaire est l'expression d'une exigence fondamentale. Elle est le corollaire du fait que les Etats membres de la CE ont consenti le sacrifice d'une renonciation à l'exercice de certains droits de souveraineté pour "assurer par une action commune le progrès économique et social de leurs pays" (préambule du Traité CEE). L'intégration leur confère un droit de participer aux activités de la Communauté et leur ouvre des possibilités de coopération qu'ils n'auraient guère pu obtenir d'une autre manière et qui les libèrent - pour une large part dans certains domaines - de la nécessité de collaborer avec des Etats tiers* »[528]. Cette exigence apparaît assez forte, précisément au moment où l'intégration s'intensifie[529]. Les années 1980 – 1990 marquent en effet une étape essentielle pour la réalisation de l'union économique, et la Communauté (la Commission européenne notamment) cherchait à en assurer les conditions optimales. Concrètement, la protection du marché intérieur s'est déclinée sur plusieurs volets d'exigence de la Communauté européenne.

328. D'abord, d'un point de vue temporel, il s'agissait pour la Communauté européenne d'éviter que les négociations avec les Etats de l'AELE ne retardent la mise en place effective du marché intérieur[530]. Plus encore, il s'agissait de faire en sorte que le

---

527 Voir le discours du Commissaire W. DE CLERCQ du 20 mai 1987 lors de la rencontre avec les Etats de l'AELE à Interlaken (cité par le rapport du Conseil fédéral du 24 août 1988, sur la position de la Suisse dans le processus d'intégration européenne, *FF 1988, vol.III, n°37, pp. 233-445*, spéc. p.292) et le discours du Président de la Commission Jacques DELORS, du 17 janvier 1989, présenté devant le Parlement européen.

528 Rapport du Conseil fédéral du 24 août 1988, *op.cit.*, p.292.

529 Rapport du Conseil fédéral du 24 août 1988, *op.cit.*, pp.293-294.

530 *Ibid.*

moment choisi pour approfondir la relation coïncide avec le programme d'achèvement du marché intérieur. La Suisse (et les autres Etats de l'AELE) avaient ainsi accepté que « *l'accord instituant l'EEE entre en vigueur parallèlement à l'achèvement du marché intérieur de la CE* »[531].

329. Cela se comprend au regard de la structure de la coopération envisagée au sein de l'EEE : c'est un parallélisme avec le marché intérieur qui est visé[532], et qui guidera d'un point de vue matériel le développement de la relation juridique de la Suisse avec la Communauté. La perspective d'achèvement du marché intérieur a en effet orienté les négociations : du point de vue de la Communauté, le marché intérieur a vocation à être le point d'ancrage de la relation Suisse-CE.

330. Par conséquent, la négociation s'établit sur un référentiel large : non seulement les règles du marché intérieur, mais aussi « *des domaines allant au-delà du programme du marché intérieur* »[533], considérés comme complémentaires. En d'autres termes, la Communauté européenne souhaitait que soient appliquées des règles (que l'on a appelées règles primaires) basées sur de larges pans du droit de l'Union européenne : non seulement les libertés de circulation, mais aussi des règles « liées » au marché intérieur, « associées » à son bon fonctionnement[534].

331. Enfin, et toujours dans cette logique, l'influence du marché intérieur se veut également structurante d'un point de vue institutionnel, c'est-à-dire au niveau des règles secondaires qui régissent l'interprétation et la modification des règles primaires (qui seraient basées sur celles du marché intérieur). D'une part, l'intégration d'Etats tiers dans le marché intérieur ne doit pas aboutir à limiter l'autonomie de la Communauté. La métaphore utilisée par Jacques DELORS est à cet égard très claire : dans cette Maison appelée "Communauté européenne", seuls les membres en seraient architectes et en

---

531 Communiqué de la réunion ministérielle du Conseil de l'AELE, Genève, 11 et 12 décembre 1989.

532 Une « *coordination accrue* » est envisagée dans les conclusions conjointes des ministres de l'AELE et la Commission européenne adoptées à l'issue de la rencontre de Reykjavik du 5 juin 1986. Mais c'est probablement le discours de Jacques DELORS de 1989 qui propose « *une nouvelle forme d'association, qui serait plus structurée sur le plan décisionnel* », et un large cadre matériel du contenu de cette coopération, incluant autres les règles permettant la suppression des entraves aux échanges, celles qui assurent des conditions de concurrence loyale et qui évitent un dumping social.

533 Déclaration d'Oslo du 15 mars 1989, adoptée à l'issue de la réunion des chefs de gouvernement de l'AELE. Voir également le discours de Jacques DELORS précité.

534 Il s'agit notamment de domaines relevant de « politiques horizontales et d'accompagnement » du marché intérieur, comme la recherche, l'éducation, l'environnement et les transports.

conserveraient soigneusement les clés[535]. Cela signifie notamment que la Communauté ne souhaitait pas établir des règles secondaires qui accordent une influence trop forte aux Etats de l'AELE dans le processus d'adoption ou d'interprétation du droit de l'Union européenne[536]. D'autre part, la Communauté souhaitait éviter un morcellement des règles tirées du marché intérieur. Il fallait ainsi d'abord garantir que les règles secondaires maintiennent « l'arrimage » des règles primaires sur le marché intérieur en termes d'interprétation et de reprise du droit communautaire. Il fallait ensuite assurer que les Etats de l'AELE formeraient un bloc homogène du point de vue de l'interprétation et de la reprise du droit du marché intérieur.

332. L'achèvement du marché intérieur et la réalisation d'une union économique et politique ont ainsi eu des effets ambivalents pour la Suisse et la Communauté européenne : ils ont accru leur volonté de rapprochement d'un côté, tout en exacerbant la volonté de préserver leur autonomie. Enfin, la relation Suisse-UE est marquée par l'influence du processus d'élargissement de l'Union européenne, qui tend à développer le réseau conventionnel établi entre la Suisse et l'UE, en incluant une logique de cohésion en raison des situations économiques de certains Etats adhérants.

D) Le processus d'élargissement de l'Union européenne

333. Le processus d'élargissement de la Communauté, puis de l'Union européenne entraîne des conséquences dans les relations qu'elle entretient jusqu'alors avec d'autres Etats, et notamment avec la Suisse. On en soulignera trois éléments : l'influence sur la volonté de la Suisse de se rapprocher de l'Union européenne (1), l'influence sur l'extension des règles applicables entre la Suisse et la Communauté aux nouveaux Etats membres (2) et l'influence sur le type de règles applicables notamment en termes de solidarité (3).

---

535 Discours de Jacques DELORS du 17 janvier 1989, précité.

536 La Cour de justice des Communautés européennes a veillé à l'autonomie de l'ordre juridique communautaire dans le contrôle des règles secondaires relatives à l'interprétation du droit. Elle a considéré comme portant atteinte à l'autonomie, l'organisation juridictionnelle prévue dans la première version de l'accord EEE : CJCE, 14 décembre 1991, *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 1/91, *Rec.* 1991, p. I-06079. Sur l'utilisation de l'avis 1/91 de la CJCE pour expliquer la structure des règles secondaires prévues par les accords Suisse-UE, voir, *infra*, titre 2, chapitre 2, n°639 et s.

1) *L'influence sur la volonté de la Suisse de se rapprocher de la Communauté*

334. L'élargissement et même la perspective de cet élargissement[537] ont d'abord conduit la Suisse à vouloir se rapprocher de la Communauté puis de l'Union européenne.

335. La Suisse espérait ainsi maintenir les liens privilégiés qu'elle entretenait avec le potentiel Etat adhérant, en particulier à l'égard des Etats initialement membres de l'AELE. Ainsi s'explique la conclusion des accords bilatéraux de libre-échange entre la CEE et les Etats de l'AELE dont la Suisse, qui évitent le rétablissement de barrières aux échanges entre les nouveaux Etats membres et leurs anciens partenaires de l'AELE[538].

336. La volonté de la Suisse de se rapprocher de l'Union en voie d'élargissement s'explique aussi par la crainte d'être marginalisée. Il s'agit alors de renforcer sa position avec la Communauté européenne dont les « centres d'intérêts » pouvaient être modifiés avec l'élargissement, d'autant plus si celui-ci était quantitativement important[539]. C'est compte tenu de la possibilité d'un élargissement futur de la Communauté européenne (aux Etats d'Europe centrale et orientale) que la Suisse a envisagé de

---

537 Déjà la tentative d'adhésion en 1961 de la Grande-Bretagne, le Danemark et la Norvège, illustrait cette idée. Lorsque ces trois membres de l'AELE présentèrent une demande d'adhésion, la « *Finlande, l'Autriche, la Suède et la Suisse, […] s'efforcèrent de trouver une forme de relations institutionnelles avec la CEE qui se différenciât de l'adhésion* » (rapport du Conseil fédéral du 24 août 1988 sur la position de la Suisse dans le processus d'intégration européenne, *FF 1988, vol.III, n°37, pp. 233-445*, spéc. p.240). Mais le refus opposé, en 1963 par le Général DE GAULLE à la candidature britannique mis fin à la perspective d'élargissement, et « *il n'y eut pas de négociations formelles entre la Suisse et la CE* » (*ibid.* p.241).

De même, c'est dans la perspective de l'élargissement de l'Union européenne aux Etats d'Europe centrale et orientale que la Suisse (et les autres Etats de l'AELE) ont souhaité l'accord EEE. Les Etats de l'AELE craignaient « *une moins grande disponibilité* » de la Communauté à leur égard.

538 Du point de vue de la Suisse, l'influence de cet élargissement sur sa relation avec la Communauté est assez nette : « *Les adhésions imminentes de la Grande-Bretagne, du Danemark et de l'Irlande à la CEE […], contraignirent à nouveau les* autres Etats de l'AELE *à chercher de leur côté* une nouvelle définition de leurs relations avec la CEE *dans le but d'éviter la division de l'espace économique ouest-européen* » (rapport du Conseil fédéral du 24 août 1988, *op.cit.*, p.241). Voir également le message du Conseil fédéral du 16 août 1972, relatif à l'approbation des Accords entre la Suisse et les Communautés européennes, *FF 1972, vol.II, n°41, pp. 645-989*, spéc. p.657.

La Communauté a également souhaité approfondir sa relation avec la Suisse en signant l'accord de libre-échange, mais cet intérêt est moins net, contrebalancé par le défi que lui pose l'élargissement (voir, *infra*). Sur le lien entre l'élargissement de la CEE et l'accord Suisse-CEE de libre-échange, voir par exemple Josiane AUVRET-FINCK, « Espace économique européen », *Rép. de droit eurorpéen*, 2003, pt 4, qui souligne que « *Symboliquement, les traités et actes d'adhésion, d'une part, et les accords de libre-échange entre la CEE* […] *et la Suisse* […] *sont signés ensemble le 22 juillet 1972* ».

539 Marc MARESCEAU souligne que la Suisse et les autres Etats de l'AELE (ainsi que les micro-Etats européens) « *semblent tous non seulement conscients de l'importance de l'élargissement [de 2004] mais aussi préoccupés de son possible impact sur leurs relations respectives avec l'UE. Tous veulent éviter que l'élargissement de l'UE implique leur isolement économique et politique en Europe* […] » : Marc MARESCEAU, « L'Union européenne élargie et les relations de proximité intra-européennes : un essai de synthèse », in J. ANDRIANTSIMBAZOVINA, C. GESLOT (dir.), *Les Communautés et l'Union européennes face aux défis de l'élargissement*, Paris, La Documentation française, 2005, pp.279-297, spéc. p.280.

participer à l'EEE[540]. C'est également en raison de la perspective d'un élargissement de la Communauté européenne (à des Etats de l'AELE) que le Conseil fédéral suisse estimait en 1992 important « *de déposer rapidement [une] demande d'ouverture des négociations d'adhésion* »[541], afin de ne pas « *manquer le premier "convoi", qui comprendra en tout cas l'Autriche, la Suède et la Finlande et qui devrait se mettre en marche dès 1993* »[542].

337. Enfin, l'élargissement influence également le rythme de développement des relations Suisse-UE, parce qu'il fixe une date à partir de laquelle le jeu des négociations politiques se compliquerait par l'adhésion de nouveaux Etats. Marc MARESCEAU explique qu'en raison de l'élargissement à venir à dix nouveaux Etats membres, la Suisse et l'Union ont voulu « *conclure rapidement les négociations* [bilatérales II] *car si la signature de ces accords s'avérait impossible avant l'élargissement de l'UE, les négociations deviendraient naturellement plus compliquées* »[543]. Les accords bilatéraux II ont été signés en octobre 2004.

338. Du côté de l'Union européenne, l'élargissement n'a pas le même effet impulsif sur sa relation avec la Suisse, car l'élargissement est un défi pour l'Union comme l'est également l'approfondissement[544]. L'élargissement a ainsi conduit la Communauté à adopter une position de réserve par rapport aux liens que la Suisse souhaitait établir. L'accord de libre-échange de 1972 est ainsi en-deçà des propositions suisses[545], cette

---

540 « *L'AELE ressent l'urgence de resserrer ses liens avec la CEE provoquée par l'impatience des PECO dans leur cheminement vers la démocratie et l'économie de marché* », et potentiellement par leur cheminement vers l'Europe communautaire. Ces contraintes extérieures « *dictent une redéfinition des relations CEE-AELE* » : « *L'urgence pousse à conclure l'EEE* » : Colomba PAINDAVOINE, *La stabilisation progressive des relations entre la Communauté européenne et l'A.E.L.E.*, 1998, 753 p., spéc. p. 10.

541 Rapport du Conseil fédéral du 18 mai 1992 sur la question d'une adhésion de la Suisse à la Communauté européenne, *FF 1992, vol.III, n°27, pp. 1125-1320*, spéc. p.1129.

542 *Ibid.*, p.1130 et pp.1139-1141. Sur la prise en compte de cet élargissement dans l'optique d'une « adhésion conditionnée » de la Suisse, voir Gérard F. BAUER, *Observations et réflexions sur la situation et l'évolution de l'Union européenne. Répercutions possibles sur les relations de la Suisse avec l'UE*, Neuchâtel, Hauterive, 1994, 23 p., spéc. pp.18 et s.

543 Marc MARESCEAU, « L'Union européenne élargie et les relations de proximité intra-européennes : un essai de synthèse », in J. ANDRIANTSIMBAZOVINA, C. GESLOT (dir.), *Les Communautés et l'Union européennes face aux défis de l'élargissement*, Paris, La Documentation française, 2005, pp.279-297, spéc. p.282.

544 Voir, *supra*, 3, b).

545 L'accord de libre-échange de 1972 (dont les discussions ont commencé dès la première demande d'adhésion du Royaume-Uni) est ainsi en-deçà des propositions envisagées par la Suisse. La Confédération envisageait, par exemple, une forme d'association comparable à celle instituée entre la CEE et la Grèce, c'est-à-dire une union douanière (la lettre de l'Ambassadeur de Suisse à Paris, au Chef du Département Politique sur la position française sur l'association du 20 juillet 1962, dodis.ch/30274). Or la Commission européenne avait fait preuve d'importantes réserves dans son appréciation de la coopération. Elle considérait que les relations entre la CEE et les Etats de l'AELE non-candidats ne pourraient parvenir à l'élimination des entraves commerciales que si la concurrence n'est pas sensiblement faussée par la diversité des tarifs extérieurs, par des ententes et monopoles, des pratiques de dumping ou encore des subventions publiques ; et que cette élimination touchait aussi de près d'autres questions relatives à la libre circulation des travailleurs, la libéralisation des services et à l'échange de produits agricoles. Or non seulement les Etats de l'AELE n'étaient pas près à négocier dans tous ces domaines, mais en plus, l'application de règles

approche minimale étant décrite comme un « "*chacun chez soi*" *qui sauvegarde le fonctionnement d'une communauté que l'élargissement va déjà passablement alourdir* »[546].

2) *L'influence sur l'extension des règles existantes aux nouveaux Etats membres*

339. L'élargissement a également et logiquement conduit à l'extension des relations que la Suisse entretient avec la Communauté (puis l'Union européenne) et ses Etats membres aux nouveaux adhérents[547].

340. Lorsque les relations Suisse-UE sont établies sur la base d'accords mixtes dont les Etats membres sont signataires, l'extension n'est pas automatique. En effet, elle suppose la modification de l'accord à une nouvelle partie contractante, l'Etat adhérant à l'Union européenne. C'est d'ailleurs là un élément qui permet à la Suisse de consentir formellement à l'extension du régime conventionnel établi aux nouveaux Etats membres[548]. En pratique, les négociations aboutissent à l'adjonction de protocoles aux accords existants[549].

341. Lorsque les relations Suisse-UE sont établies sur la base d'accords conclus uniquement entre la Suisse et l'Union (ou la Communauté) européenne, l'élargissement de l'Union européenne devrait théoriquement conduire à une simple extension du champ d'application territorial de l'accord. En effet, les accords Suisse-UE sont applicables en principe sur le territoire de la Suisse d'une part, et le territoire de l'Union européenne tel

---

identiques pouvait se heurter à l'autonomie décisionnelle de la Communauté. La Commission préconisait ainsi des dispositions limitées temporellement (un « *statu quo* » de deux ans) ou « *des accords simples, basés sur quelques règles générales facilement applicables et visant essentiellement les échanges de produits industriels* » (avis du 16 juin 1971 en ce qui concerne les relations de la Communauté élargie avec les États membres et associé de l'AELE non candidats à l'adhésion, *Bulletin des Communautés européennes*, 1971, n°supplément 3/71, pp.3-16). L'accord conclu en 1972 correspond globalement à cette dernière forme, c'est-à-dire en deçà des propositions suisses.

546 Yann de L'ECOTAIS, « L'Europe à Seize », *Revue du marché commun,* 1972, n°157, pp.607-609, spéc. p.608.

547 Sur les négociations pour étendre les règles existantes entre la Suisse et l'Etat adhérant à l'UE aux relations Suisse-UE voir, *supra*, b), l'exemple des adhésions du Royaume-Uni, du Danemark et (avant le referendum négatif) de la Norvège en 1972, qui a conduit à la conclusion de l'accord Suisse-CEE de libre-échange de 1972.

548 Voir les remarques relatives à l'extension de l'accord Suisse-CE-Etats membres sur la libre circulation des personnes, *supra*, 1, a).

549 Voir par exemple le Protocole à l'accord entre la Confédération suisse, d'une part, et la Communauté européenne et ses Etats membres, d'autre part, sur la libre circulation des personnes, concernant la participation, en tant que parties contractantes, de la République tchèque, de la République d'Estonie, de la République de Chypre, de la République de Lettonie, de la République de Lituanie, de la République de Hongrie, de la République de Malte, de la République de Pologne, de la République de Slovénie et de la République slovaque, à la suite de leur adhésion à l'Union européenne, conclu le 26 octobre 2004, *R0 2006 995 / JO L 89 du 28.3.2006, p. 30-44.*

que défini par ses traités constitutifs d'autre part[550]. En outre, du point de vue de l'ordre juridique de l'UE, les nouveaux membres sont tenus de reprendre l'intégralité de l'acquis de l'Union européenne, dont fait partie l'acquis conventionnel[551]. Pourtant, en pratique, plusieurs raisons peuvent conduire la Suisse et l'Union européenne à amender formellement l'accord conclu, comme le montrent les modifications introduites à l'accord Suisse-CEE de 1972[552] à la suite de l'adhésion de l'Espagne et du Portugal en 1986[553]. Cet élargissement de la Communauté en 1986 a par ailleurs surtout eu une influence notable sur la relation Suisse-UE qui tient à la particularité des nouveaux adhérents.

3) *L'influence sur la volonté de l'UE d'imposer une solidarité*

342. Les spécificités des nouveaux Etats membres de la Communauté et désormais de l'Union européenne influencent à de nombreux égards la relation juridique Suisse-UE. L'élargissement à l'Espagne et au Portugal par exemple, s'est traduit par des dispositions spécifiques liées à certains territoires particuliers (les îles Canaries, Ceuta et Melilla) et par un règlement conventionnel d'importantes questions agricoles[554]. Mais l'un des éléments le plus marquant tient probablement à l'influence sur la relation Suisse-UE de la situation économique et sociale générale de certains Etats adhérents à la Communauté puis à l'Union européenne.

---

550 Le renvoi au traité dépend évidemment de la période considérée et des compétences. Les accords Suisse-UE renvoient ainsi aux conditions d'application territoriales du traité instituant la CEE (ex : article 35 de l'accord de libre-échange entre la Confédération suisse et la Communauté économique européenne du 22 juillet 1972, *RO 1972 3169 / JO L 300 du 31.12.1972, p. 189-280*), du traité instituant la CEEA (ex : article 20 de l'accord du 14 septembre 1978 entre la Communauté européenne de l'énergie atomique et la Confédération suisse concernant la coopération dans le domaine de la fusion thermonucléaire contrôlée et de la physique des plasmas, *RO 1980 693 / JO L 242 du 4.9.1978, p. 2–9*) ou du traité instituant la CE (ex : article 34 de l'accord du 21 juin 1999 entre la Confédération suisse et la Communauté européenne sur le transport aérien, *RO 2002 1705 / JO L 114 du 30.4.2002, p.73-90*).

551 Voir Josiane AUVRET-FINCK, « L'acquis conventionnel de l'Union », *R.A.E. 2001-2002*, pp.991-1005.

552 Protocole du 14 juillet 1986 additionnel à l'Accord entre la Confédération suisse et la Communauté économique européenne à la suite de l'adhésion du Royaume d'Espagne et de la République portugaise à la Communauté, *RO 1987 200 / JO L 337 du 29.11.1986 p.121-175*.

553 D'abord, au sein de la Communauté européenne, l'application aux nouveaux Etats membres de dispositions transitoires implique qu'elle entame des négociations avec ses partenaires de libre-échange. Ensuite, parce que la Suisse pouvait entretenir des relations conventionnelles avec l'Etat adhérant, que l'un comme l'autre peuvent vouloir préserver en incitant la Communauté à les prendre en compte. Le Portugal était par exemple membre de l'AELE aux côtés de la Suisse et l'Espagne avait conclu des accords de libre-échange avec la Suisse. Sur la stratégie de dénonciation des accords par la Suisse, afin d'exercer une pression sur la Communauté, voir le message du Conseil fédéral du 12 août 1986 relatif à des accords économiques avec les Communautés Européennes à la suite de l'adhésion de l'Espagne et du Portugal, *FF 1986, vol.III, n°36, pp. 1-112.*

554 Sur les problèmes posés par ces questions, et les difficultés de négociation (en particulier pour les questions agricoles) voir le message du Conseil fédéral du 12 août 1986 précité. Sur l'influence des adhésions espagnole et portugaise sur la relation entre les Etats de l'A.E.L.E. et la Communauté européenne, voir Colomba PAINDAVOINE, *La stabilisation progressive des relations entre la Communauté européenne et l'A.E.L.E.*, 1998, 753 p., spéc. pp.177 et s.

343. En effet, la disparité économique entre les Etats membres des Communautés, consécutive à l'élargissement de 1986 sera déterminante pour la relation juridique avec la Suisse. Cette disparité explique la volonté de la Communauté : celle d'éviter que les Etats de l'AELE bénéficient « *unilatéralement des efforts de libéralisation consentis dans le cadre du programme du marché intérieur, sans pour autant contribuer à améliorer les conditions structurelles des régions d'Europe économiquement défavorisées* »[555]. Il faut en effet comprendre cette exigence au regard des efforts de politique régionale et sociale entrepris, en complément des mesures de libéralisation et d'harmonisation, afin d'achever la réalisation du marché intérieur. Le parallélisme entre le développement de la construction communautaire, qui mène un programme d'achèvement du marché intérieur complété par des efforts en matière de politique régionale et sociale, est alors suivi dans les relations AELE-CE, puisque l'accord EEE prévoira des mesures de libéralisation, complétés par une contribution des Etats de l'AELE à la cohésion économique et sociale.

344. La Suisse n'ayant pas ratifié l'accord EEE, sa contribution à la cohésion économique et sociale a provisoirement été laissée en suspens[556]. La conclusion d'accords sectoriels en 1999, dont l'un porte sur la libre circulation des personnes, ne sera pas directement accompagnée d'une contribution à la réduction des disparités dans l'Union européenne. Pourtant déjà, le chef de la Mission suisse auprès des Communautés européennes soulignait les soupçons qui pèsent sur la Suisse de ne profiter que des avantages de l'intégration conquise « *à grands efforts et à des coûts élevés par les Européens* »[557]. C'est l'élargissement de 2004 à huit nouveaux Etats, et en 2007 à deux nouveaux Etats, qui va conduire l'Union européenne à « inviter » la Suisse à participer à la cohésion économique et sociale. En étendant l'accord sur la libre circulation des personnes aux nouveaux Etats membres, la Suisse a accepté une telle contribution. Elle se fait cependant de manière autonome : la Confédération suisse ne participe pas directement à la politique de l'Union

---

555 Rapport du Conseil fédéral du 24 août 1988 sur la position de la Suisse dans le processus d'intégration européenne, *FF 1988, vol.III, n°37, pp.233-445*, spéc. p.293. Le Conseil fédéral cite les propos du commissaire des CE responsable des relations extérieures, W. DE CLERCQ, tenus le 20 mai 1987, à Interlaken.

556 Suite au referendum du 6 décembre 1992, le Conseil fédéral déclarait : « *Pour faire suite à la décision du souverain, la Suisse* […] *ne sera pas en mesure de partager les charges financières qui seront strictement liées à ce dernier ni en particulier de contribuer au fonds de cohésion créé par l'EE*E » : Message du Conseil fédéral du 24 février 1993 sur le programme consécutif au rejet de l'Accord EEE, *FF 1993, vol. I, n°11, pp. 757-942*, spéc. p.772, pt 123.2.

557 Alexis P. LAUTENBERG, « Les accords bilatéraux vus de Bruxelles », in D. FELDER, C. KADDOUS (dir.), *Accords bilatéraux Suisse - UE (Commentaires)*, Bruxelles, Bruylant, 2001, pp.21-24, spéc. p.24.

européenne. Un « memorandum » a été signé pour fixer le cadre de cette contribution[558], et a été suivi d'accords bilatéraux entre la Suisse et les Etats de l'Union européenne bénéficiaires[559].

345. En conclusion, le droit de l'Union européenne constitue un élément objectif qui exerce des influences nombreuses sur la relation Suisse-UE, lesquelles varient selon l'aspect de la construction de l'Union européenne considéré. Les règles de compétences ont notamment des conséquences sur le type d'accord conclu avec la Suisse. Le processus d'unification explique que ces accords ainsi que des législations suisses reprennent le droit de l'Union notamment dans les règles dites du premier degré. La réalisation d'une union joue de manière ambivalente comme cadre d'intégration de la Suisse. Enfin, l'élargissement contribue à renforcer les liens établis entre la Suisse et l'Union européenne (et ses Etats membres).

346. La liste n'est pas exhaustive et l'on pourrait s'étonner que certains éléments de la construction de l'Union européenne ne soient pas particulièrement mis en avant. Il manque probablement une analyse de l'influence sur la relation Suisse-UE de la démocratie au sein de l'Union européenne, c'est-à-dire celle des modalités de représentation des Etats et peuples européens et de participation des gouvernants et gouvernés à la prise de décision. Compte tenu de l'évolution de la relation Suisse-UE, cette question semble affecter directement la relation Suisse-UE. L'analyse dynamique et notamment institutionnelle de la relation Suisse-UE conduira à constater que la relation Suisse-UE pose, avec une prégnance peut-être plus forte qu'elle ne le semble, la question de l'exercice de la liberté politique au sein de cet ensemble formé progressivement entre la

---

558 La contribution de la Suisse à la cohésion économique, sociale et territoriale de l'Union européenne n'a pu être réglée par un accord classique, c'est-à-dire contraignant juridiquement en droit international (voir l'exposé des motifs de la proposition de décision du Conseil du 20 octobre 2005 autorisant la conclusion, au nom de la Communauté européenne, d'un mémorandum d'entente entre la Communauté européenne et le Conseil fédéral suisse concernant une contribution de la Confédération suisse à la réduction des disparités économiques et sociales au sein de l'Union européenne élargie, et autorisant certains États membres à conclure individuellement des accords avec la Confédération suisse en vue de la mise en œuvre du mémorandum, *COM(2005) 468final*). Le Memorandum est donc considéré comme n'ayant « *pas de caractère contraignant en droit international* » (Rapport Europe 2006 du 28 juin 2006, *FF 2006, vol.II, n°35, pp.6461-6622*, spéc. p.6496, pt 3.1.4). On soulignera en outre les doutes entourant la conclusion formelle par l'Union européenne puisque la proposition autorisant la conclusion a été retirée, et classée parmi les « *propositions de la Commission qui ne revêtent plus un caractère d'actualité* » (*JO C 252 du 18.9.2010, p. 10*).

559 Le détail des projets est disponible sur le site des autorités fédérales : http://www.contribution-enlargement.admin.ch/en/Home/Projects.

Suisse et l'Union européenne[560]. Mais sans anticiper sur ces réflexions, l'influence sur la relation Suisse-UE de cet aspect de la construction de l'Union européenne est difficile à déterminer. Outre la question du rôle du Parlement européen à l'égard des accords Suisse-UE, le caractère démocratique de l'Union européenne pourrait avoir une influence sur la volonté de la Suisse d'adhérer à l'Union européenne. Or l'argument en faveur d'une telle adhésion peut d'abord varier selon que l'on met l'accent sur le déficit démocratique de l'Union européenne ou sur le renforcement de la démocratie[561]. De même, ce dernier point peut influencer différemment la volonté de la Suisse selon que l'on considère qu'il menace l'exercice des droits démocratiques nationaux, ou que l'on envisage un nouveau paradigme démocratique au niveau européen.

347. La relation Suisse-UE est ainsi de manière générale marquée par le droit de l'Union européenne qui à la fois favorise et limite l'établissement d'accords basés sur le droit de l'Union européenne. A cette action se superpose celle du droit de la Confédération suisse : la structure étatique et les stratégies législatives permettent de placer la relation avec l'Union européenne au centre des discussions, mais rendent en même temps difficile l'établissement d'une vision à long terme de cette relation.

§2 – Le droit de la Confédération suisse

348. De manière générale, le droit de la Confédération suisse ne s'oppose pas juridiquement à une adhésion à l'Union européenne. Il permet en outre de placer la relation Suisse-UE au centre de la discussion politique, que ce soit dans la stratégie législative du Conseil fédéral suisse ou dans l'exercice des droits constitutionnels populaires, lesquels peuvent en outre aboutir à approuver un accord conclu avec l'Union européenne. Mais ce ne sont peut-être pas les éléments qui ont influencé de manière la plus marquante la relation Suisse-UE : la Suisse n'a pas adhéré à l'Union européenne, et la légitimité démocratique de la voie bilatérale suivie n'est pas facile à caractériser juridiquement. En revanche, et même si théoriquement il n'existe pas forcément

---

560 Voir, *infra*, partie 2, titre 2, chapitre 2, section 2, §2, les réflexions sur la liberté politique dans l'ensemble Suisse-UE.

561 Voir par exemple Gérard F. BAUER, *Observations et réflexions sur la situation et l'évolution de l'Union européenne. Répercutions possibles sur les relations de la Suisse avec l'UE*, Neuchâtel, Hauterive, 1994, 23 p., spéc. pp.11 et s.

d'incompatibilité juridique pour que la Suisse adhère à l'Union européenne, il semble que les structures constitutionnelles suisses aient servi de fondement à une retenue de la Suisse dans sa relation avec l'Union européenne (A). Le législateur fédéral suisse tente alors de compenser certaines conséquences résultant de ce refus d'adhérer par une stratégie d'adaptation autonome en vue de la conclusion ultérieure d'un accord avec l'Union européenne (B). On retrouve ainsi dans l'étude de l'influence du droit de la Confédération suisse, des explications sur la volonté de pragmatisme de la Suisse et de l'Union européenne, puisque la structure constitutionnelle de la Suisse a jusqu'ici utilisée pour limiter l'affirmation d'une vision politique à long terme de la relation Suisse-UE[562].

A) L'influence du droit constitutionnel suisse sur la relation Suisse-UE

349. La relation particulière de la Suisse à l'Union européenne, et notamment son refus d'adhérer, est souvent expliquée au regard des spécificités qui caractérisent cet Etat : notamment sa neutralité, son système fédéral et sa démocratie[563]. Plus précisément, la neutralité (1) et le système fédéral (2) de la Suisse ne s'opposent pas juridiquement à une adhésion de la Suisse à l'Union européenne, mais ces deux éléments juridiques recouvrent des réalités factuelles qui expliquent la volonté de la Suisse de maintenir une certaine distance à l'égard de l'intégration européenne. Quant aux droits politiques fédéraux, les limites qu'ils posent à l'égard des accords bilatéraux sectoriels, mettent en évidence les problèmes susceptibles de se poser dans une hypothèse d'adhésion à l'Union (3).

1) L'influence de la neutralité

350. La neutralité de la Suisse est l'un des principaux éléments déterminant la politique étrangère et d'intégration de la Suisse à l'égard de l'Union européenne. De manière générale, le sens d'influence de la neutralité réside probablement dans la position prudente et pragmatique de la Suisse à l'égard de la construction européenne. Il s'agit là d'une influence générale, et on soulignera que la neutralité a pu être considérée comme un

---

562 Voir, *supra*, chapitre 1, section 2, §2, les remarques relatives au pragmatisme et les conséquences que cette dimension entraîne sur la relation Suisse-UE.

563 Voir par exemple la présentation de la relation Suisse-UE faite par Frank EMMERT, « Switzerland and the EU: Partners, for Better or for Worse », *E.F.A.R.* 1998, n°3, pp. 367-398, spéc. pp.367 et s. ou Cécile RAPOPORT, *Les partenariats entre l'Union européenne et les Etats tiers européens - Étude de la contribution de l'Union européenne à la structuration juridique de l'espace européen,* Bruxelles, Bruylant, 2011, 809 p., spéc. pp.193 et s.

obstacle à l'adhésion de la Suisse aux Communautés européennes[564] mais aussi comme n'empêchant pas une adhésion[565].

351. Cette variation s'explique au regard de la distinction, qu'il convient d'opérer, entre le *droit* de neutralité qui recoupe les limites véritablement juridiques de la neutralité, et la *politique* de neutralité déployée pour garantir l'efficacité et la crédibilité de la neutralité, « *définie en fonction du droit, de la situation internationale, de l'histoire et de la tradition, ainsi que de l'intérêt du pays* »[566].

352. Le *droit* de neutralité n'impose que des restrictions assez précises à la Suisse dans ses affaires étrangères. Ces obligations trouvent une partie de leurs fondements en droit international[567]. En contrepartie de l'inviolabilité de son territoire, la Convention de la Haye de 1907 impose à la Suisse le devoir de ne pas participer à la guerre, d'assurer sa propre défense, de garantir l'égalité de traitement des belligérants. Quant à la Constitution fédérale suisse, elle établit les compétences de l'Assemblée fédérale et du Conseil fédéral afin d'assurer la neutralité *et* l'indépendance de la Suisse[568], mais elle n'en fait pas un but de la Confédération ou de la politique étrangère[569]. Par conséquent, juridiquement, le droit de neutralité qui impose à la Suisse de ne pas prendre partie matériellement dans un conflit international, ne s'oppose pas directement à l'adhésion de la Suisse à l'Union

---

564 Message du Conseil fédéral du 5 février 1960 sur la participation de la Suisse à l'association européenne de libre-échange, *FF 1960, vol.I, n°10, pp. 869-1131*, spéc. p.889.

565 Rapport du Conseil fédéral du 18 mai 1992 sur la question d'une adhésion de la Suisse à la Communauté européenne, *FF 1992, vol.III, n°27, pp. 1125-1320*. Voir également le rapport du Conseil fédéral du 29 novembre 1993 sur la neutralité, *FF 1994, vol.I, n°3, pp.200-237*, spéc. pp.227 et s., pt 5.

566 Définition de site du Département fédéral des affaires étrangères suisse, disponible sur le site : http://www.eda.admin.ch/eda/fr/home/topics/intla/neutre.html. Une telle distinction est ancienne et se retrouve par exemple dans le rapport du Conseil fédéral du 26 octobre 1962 concernant les relations de la Suisse avec le Conseil de l'Europe, *FF 1962, vol.II, n°46, pp. 1073-1104*, spéc. pp.1085 et s.

567 La neutralité apparaît en 1516 à la suite de la bataille de Marignan, et sera consacrée dans l'ordre juridique international par le Traité de Paris du 20 novembre 1815, par lequel les grandes puissances européennes reconnaissent la neutralité perpétuelle de la Suisse et garantissent l'inviolabilité de son territoire : Déclaration du 20 mars 1815 des Puissances signataires de la Paix de Paris du 30 mai 1814 [l'Autriche, la France, la Grande-Bretagne, le Portugal, la Prusse, et la Russie], l'Accession de la Confédération suisse du 27 mai 1815 et l'Acte portant reconnaissance et garantie de la neutralité perpétuelle de la Suisse et de l'inviolabilité de son territoire du 20 novembre 1815.

Le régime juridique de la neutralité de la Suisse est ensuite précisé en 1907 avec la Convention de La Haye du 18 octobre 1907 concernant les droits et les devoirs des puissances et des personnes neutres en cas de guerre sur terre, *RO 26 376* ; Convention de La Haye du 18 octobre 1907 concernant les droits et les devoirs des puissances neutres en cas de guerre maritime, *RO 26 530* (ratifiées le 12 mai 1910 par la Suisse).

568 Article 85, paragraphe 6 et article 102, paragraphe 9, de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 29 mai 1874 (*RS 1 3*).
Article 173, paragraphe 1, pt a) et article 185, paragraphe 1, de la Constitution du18 avril 1999

569 Les rédacteurs des Constitutions de 1848, 1874 et 1999 ont même, « *sciemment évité de citer la neutralité dans les buts de la Confédération ou dans les principes de politique étrangère* » : DFAE, *L'essentiel sur la neutralité de la Suisse*, p.1.

européenne. Si en 1960 la Suisse rejette cette perspective[570], c'est en application d'une politique de neutralité.

353. Or, cette politique de neutralité varie car « *les limites à ne pas dépasser pour que la neutralité suisse reste crédible ne peuvent pas être fixées une fois pour toutes. Elles dépendent, en particulier, des modifications politiques et économiques qui peuvent survenir tant en Europe que dans le monde* »[571].

354. De manière générale cependant, cette politique de neutralité a souvent été définie dans le sens d'une retenue de la Confédération à l'égard d'alliances politiques, compte tenu de l'histoire de la Suisse. En effet, une politique de neutralité restrictive peut apparaître comme une garantie de la cohésion interne de la Confédération. D'une part, la Suisse s'est construite notamment depuis 1516 en instaurant une tradition de neutralité. La neutralité est ainsi une notion qui « *plonge ses racines dans la longue histoire du pays* »[572], une notion ancrée « *dans la conscience nationale suisse* »[573]. D'autre part, la Suisse s'est formée à partir de l'union de cantons avec d'importantes différences sur le plan linguistique, culturel, économique ou confessionnel. La neutralité de la Confédération est ainsi un moyen de préserver la cohésion interne d'un pays susceptible de voir des choix de la Confédération entraîner des tensions internes entre des cantons hétérogènes[574]. Par conséquent, les limitations induites par le principe juridique de neutralité sont en général renforcées par la perception que les Suisses se font du principe de neutralité, c'est-à-dire par la politique de neutralité.

---

570 Par exemple, le Conseil fédéral considérait : « *Une adhésion de la Suisse ä une organisation telle que la communauté, dont le caractère politique est évident et qui est en outre nettement limitée du point de vue géographique, ainsi que l'abandon partiel de l'indépendance nationale - fondement de la neutralité suisse - que cette adhésion aurait impliqué, auraient été considérés comme le début d'un processus de dégradation de la neutralité et de l'indépendance de la Suisse, même si les obligations incombant à un Etat neutre en cas de guerre pouvaient être formellement réservées* » : Message du Conseil fédéral du 5 février 1960 sur la participation de la Suisse à l'association européenne de libre-échange, *FF 1960, vol.I, n°10, pp. 869-1131*, spéc. p.889.

571 Rapport du Conseil fédéral du 24 août 1988, sur la position de la Suisse dans le processus d'intégration européenne, *FF 1988, vol.III, n°37, pp. 233-445*, spéc. p.323. Sur la position initiale de la Suisse face à l'intégration européenne, voir Henri RIEBEN, « La Suisse et la Communauté européenne », *Revue économique*, 1960, vol.11, n°5, pp. 705-738, qui souligne notamment le lien d'interdépendance étroite entre la politique économique extérieure et la politique étrangère.

572 Etienne BOURGNON, « La Suisse dans le conflit idéologique contemporain », *Politique étrangère* n°1, 1952, pp. 477-498, spéc. p.477.

573 Rapport du Conseil fédéral du 24 août 1988, *op.cit.*, spéc. p.321.

574 Par exemple, le DFAE souligne que : « *L'abandon de la neutralité au profit d'une politique extérieure active aurait certainement débouché, au XVIe siècle par exemple (conflits confessionnels), sur des tensions que la Suisse n'aurait pas pu supporter* ». DFAE, *La neutralité de la* Suisse, 4ème édition, p.3.

355. Compte tenu de la contingence des autres facteurs (l'économie, la situation politique sur le plan international), il est difficile de préciser davantage les facteurs qui déterminent la politique de neutralité, laquelle influence à son tour la politique de la Suisse à l'égard de l'Union européenne. On peut souligner que cette position est en outre liée à celle que la Suisse adopte à l'égard des autres organisations internationales qui interviennent au niveau régional[575] ou mondial[576]. Et sur ce point, la position de la Suisse à l'égard de l'Union européenne est susceptible d'évoluer compte tenu de l'adhésion en 2002 de la Suisse à l'Organisation des Nations Unies[577].

356. Aujourd'hui, « *une majorité de Suisses continue d'estimer que la neutralité suisse est incompatible avec une adhésion* [à l'Union européenne] »[578]. En revanche, la politique de neutralité de la Suisse n'exclut pas l'alignement de la Suisse sur les sanctions économiques de l'Union européenne[579] : bien plus, « *depuis 1998, la Suisse a repris à son compte pratiquement toutes les sanctions décidées par l'UE* »[580]. En outre la politique de neutralité n'exclut pas la participation de la Suisse à des missions de PESC/PESD de l'Union

---

575 La coopération économique européenne réalisée dans le cadre de l'OECE a été envisagée sous l'angle de la neutralité. Le Conseil fédéral avait considéré que: « *Notre statut de neutralité s'oppose à ce que nous participions à une alliance politique ouverte ou déguisée, mais il n'empêche pas – et la solidarité, qui est le complément naturel de cette neutralité, nous le commande au contraire – de prendre part au relèvement économique de l'Europe* » : message du Conseil fédéral du 26 août 1948, concernant la ratification de la convention de coopération économique européenne, *FF 1948, vol.II, n°34, pp.1113-1157*, spéc. p.1135.

En revanche, la Suisse n'a pas adhéré au Conseil de l'Europe lors de sa création en 1949, et a attendu que le Conseil de l'Europe relègue ses ambitions « *de constituer le cadre d'une politique européenne commune* »: message du Conseil fédéral du 15 janvier 1963 concernant l'adhésion de la Suisse au Statut du Conseil de l'Europe, *FF 1963, vol.I, n°4, pp. 109-112*. Voir également le rapport du Conseil fédéral du 26 octobre 1962 concernant les relations de la Suisse avec le Conseil de l'Europe, *FF 1962, vol.II, n°46, pp.1073-1104*.

576 Bien qu'elle ait été membre de la Société des Nations, la Suisse n'a pas souhaité adhérer à l'Organisation des Nations Unies lors de sa création en 1945. Seule la participation à certaines institutions spécialisées de l'organisation (UNICEF, UNESCO, FAO) avait été jugée compatible avec sa neutralité. En 1986, le peuple suisse rejetait à plus de 75% des voix le projet d'adhésion à l'ONU, alors même que l'arrêté fédéral précisait que l'adhésion serait accompagnée d'une déclaration de la Suisse confirmant la neutralité permanente et armée de la Suisse. L'adhésion est acceptée par votation populaire le 3 mars 2002, et la demande suisse d'accession à l'ONU du 20 juin 2002 précise : « *En tant que membre de l'Organisation des Nations Unies, la Suisse restera neutre* ».

577 Voir, *supra*, note précédente.

578 René SCHWOK, « Un rapprochement.. qui éloigne la Suisse d'une adhésion », *R.M.C.U.E.*, 2004, n°483, pp. 645-650, spéc. p.650.

579 Rapport du Conseil fédéral du 29 novembre 1993 sur la neutralité, *FF 1994, vol.I, n°3, pp.200-237*, spéc. pp.231 et s., pt 532.

580 Rapport du Conseil fédéral du 9 janvier 2013 sur la politique économique extérieure 2012, *FF 2013, n°6, pp.1153-1272*, spéc. p.1255, pt 8.2.1 Voir par exemple les modifications de l'ordonnance du Conseil fédéral du 8 juin 2012 instituant des mesures à l'encontre de la Syrie (*RO 2012 3489*), notamment celles de l'annexe 7 (relative aux personnes physiques visées par l'interdiction d'entrée et de transit en Suisse et aux personnes et entités visées par les sanctions financières). Toutefois, la Suisse n'a pas repris intégralement les sanctions prononcées par l'UE contre l'Iran « *pour des raisons de politique étrangère, notamment (exercice du mandat de puissance protectrice des intérêts étasuniens en Iran)* » (Rapport sur la politique économique extérieure 2012, *op.cit.*, p.1255, pt 8.2.1 ; et le rapport du Conseil fédéral du 15 janvier 2014 sur la politique économique extérieure 2013, *FF 2014, n°5, pp.1137-1260*, spéc. p.1241, pt 8.2.1).

européenne, de nature civile mais aussi militaire[581]. Néanmoins, Cécile RAPOPORT souligne que contrairement à la coopération établie entre l'Union européenne et d'autres Etats tiers, la participation de la Suisse n'a pas été systématisée par un accord-cadre : ce modèle d'accord « *qui porte aussi bien sur des missions de nature civile que militaire, n'est pas adapté à la neutralité suisse* »[582], au moins à la politique de neutralité.

357. C'est ainsi peut-être moins la dimension juridique de la neutralité suisse que sa signification politique pour la Suisse qui explique la volonté de la Suisse de ne pas adhérer à l'Union européenne. Un constat similaire peut être fait à l'égard du fédéralisme caractérisant l'Etat suisse.

2) L'influence de l'organisation fédérale de la Suisse

358. L'organisation fédérale de la Suisse a une incidence importante dans la relation Suisse-UE. D'abord, le fédéralisme suisse explique en partie le refus de la Suisse d'adhérer à l'Union européenne : le canton suisse « *possède énormément de compétences qu'il ne désire transférer ni à Berne, ni a fortiori à Bruxelles* »[583], et les Suisses refusent une limitation des compétences cantonales dans les domaines de l'éducation, la santé, les marchés publics ou la fiscalité. Ensuite, et si l'on regarde l'incidence sur la voie bilatérale, on ne peut que souligner l'important « contentieux fiscal » entre la Suisse et l'Union européenne, qui mettait aux prises le rapport entre la Confédération et les cantons suisses[584]. De même, l'application des accords Suisse-UE au sein des cantons suisses est déterminante pour la relation Suisse-UE. On peut également souligner que l'organisation fédérale suisse est utilisée comme un référent de lecture de l'intégration européenne[585] ou encore mise en perspective pour souligner le décalage *a priori* étonnant entre « *la position géographique*

---

581 Voir notamment Cécile RAPOPORT, *Les partenariats entre l'Union européenne et les Etats tiers européens - Étude de la contribution de l'Union européenne à la structuration juridique de l'espace européen,* Bruxelles, Bruylant, 2011, 809 p., spéc. p.427 ; sur la coopération entre la Suisse et l'UE dans ce domaine, voir, *infra*, partie 2, titre 1, n°593 et s.

582 Cécile RAPOPORT, *Les partenariats entre l'Union européenne et les Etats tiers européens*, *op.cit.*, p.427.

583 René SCHWOK, « L'AELE face à la Communauté européenne : un risque de satellisation », *Journal of European Integration*, 1989, vol. XIII, n°1, pp. 15-53, spéc. p.38.

584 Il s'agissait plus précisément d'un désaccord sur la qualification « d'aide d'Etat » au sens de l'accord de libre-échange de 1972 (*RO 1972 3169 / JO L 300 du 31.12.1972, p. 189-280*), résultant du régime d'imposition pratiqué par certains cantons suisses. Cependant, du point de vue de l'Union européenne, et du point de vue de l'ordre juridique international, il s'agit là d'une question interne à l'Etat Suisse. Sur ce différend, voir, *infra*, partie 2, titre 1, chapitre 2.

585 Voir par exemple Dusan SIDJANSKI (dir.), *L'Union européenne à la lumière du fédéralisme suisse*, colloque Latsis, 1995, Georg, Genève, 1995, 209 p. Sur la question des compétences, voir la thèse de Bernard DUBEY, *La répartition des compétences au sein de l'Union européenne à la lumière du fédéralisme suisse : systèmes, enjeux et conséquences*, Paris, LGDJ, 2002, 876 p.

centrale de la Suisse, cette vocation séculaire à la fédération et la prudente réserve manifestée à l'égard des efforts d'intégration du continent »[586].

359. Pour autant, l'organisation fédérale dans sa dimension constitutionnelle, celle du rapport entre les pouvoirs, est probablement moins déterminante sur la relation Suisse-UE que les réalités historiques, linguistiques, économiques et culturelles qu'elle sous-tend. Elle renvoie au regroupement progressif des cantons depuis 1291, à l'existence de quatre langues nationales, et encore à la situation économique et géographique des cantons et demi-cantons. Ces réalités factuelles expliquent alors une certaine division en Suisse sur la politique européenne[587], et une tendance générale à une position de réserve de la Suisse à l'égard de l'Union européenne[588]. La relation de la Suisse à l'Union européenne est ainsi marquée par le souci de conserver une marge de manœuvre parce qu'« *Une nation qui doit son existence non pas à l'unité de langue, de culture ou d'origine, mais à une volonté politique, ne peut pas consentir à un affaiblissement progressif de son indépendance politique* »[589]. Ce n'est pas donc tant l'organisation fédérale que le fait qu'elle soit la concrétisation d'une volonté d'union politique qui est déterminante. En effet, du point de vue formel, en vertu de la Constitution fédérale[590], si les cantons « *sont associés à la préparation des décisions de politique extérieure affectant leurs compétences ou leurs intérêts essentiels* »[591], les « *affaires étrangères relèvent de la compétence de la Confédération* »[592]. C'est donc au niveau fédéral que sont en principe négociés, signés et conclus les accords Suisse-UE[593], par le biais du Conseil fédéral, de l'Assemblée fédérale ou de l'expression des droits politiques fédéraux.

---

586 Henri RIEBEN, « La Suisse et la Communauté européenne », *Revue économique*, 1960, vol.11, n°5, pp. 705-738, spéc. p.708.

587 Pour une étude de la position des « régions » à l'égard de l'accord de libre-échange de 1972, de l'accord EEE de 1992 et des accords bilatéraux Suisse-UE qui ont suivi, voir notamment René SCHWOK, *Suisse – Union européenne, l'adhésion impossible ?*, Lausanne, Presses polytechniques et universitaires romandes PPUR, 2010, 2ème éd., 149 p.

588 On trouve ainsi l'idée que « *dans une Europe politiquement unifiée, le peuple suisse, avec ses quatre langues, soumis à des forces centrifuges de nature culturelle et linguistique, n'aurait pas de noyau, de centre de gravité comme les Français, les Allemands ou même les Suédois et les Hollandais, dont le pays est lui-même la source de la langue et de la culture* » : Hans SCHAFFNEB, « La Suisse et les discussions sur l'intégration européenne », exposé à l'Union suisse du commerce et de l'industrie, le 20 septembre 1958. Zurich, p. 13, cité par Henri RIEBEN, « La Suisse et la Communauté européenne », *Revue économique*, 1960, vol.11, n°5, pp. 705-738, spéc. p.712.

589 Message du Conseil fédéral du 5 février 1960 sur la participation de la Suisse à l'association européenne de libre-échange, *FF 1960, vol.I, n°10, pp. 869-1131*, spéc. p.889. Le Conseil fédéral expliquait ainsi pourquoi « *La volonté d'indépendance du peuple suisse s'oppose* […] *à une adhésion à la communauté* » (*ibid.*).

590 Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999 (Cst.), *RO 1999 2556*, *RS.101*.

591 Article 55, alinéa 1 Cst.

592 Article 54, alinéa 1, Cst.

593 Sur ce point, voir Andreas AUER, Giorgio MALINVERNI, Michel HOTTELIER, *Droit constitutionnel suisse*, vol.I, L'État, Bern, Stämpfli, 3ème éd., 2013, 880 p., spéc. pp.446 et s.

L'influence de l'organisation fédérale sur la structure des actes juridiques rejoint ainsi l'étude des deux autres principes caractérisant la Suisse, et notamment les conditions de participation aux droits politiques fédéraux du peuple et des cantons qui assurent « *la double légitimité dont l'ordre constitutionnel suisse peut se réclamer* »[594].

3) *L'influence des droits politiques fédéraux*

360. Bien que la Suisse ne soit pas membre de l'Union européenne, son peuple se prononce souvent sur les questions européennes : on trouve des votations pour l'adhésion à l'Union européenne (rejetée)[595] et à l'opposé pour le retrait de la demande d'adhésion à l'Union européenne (rejetée également)[596], des votes dans le domaine des accords Suisse-UE, et principalement celui sur la libre circulation des personnes de 1999[597].

361. Ceci s'explique par le système démocratique suisse qui permet au peuple et aux cantons de se prononcer régulièrement sur la relation de la Suisse à l'Union européenne (a). Ces droits de participation du peuple et des cantons influencent la relation Suisse-UE : ils contribuent probablement à éloigner la Suisse d'une adhésion à des ensembles intégrés tels que l'EEE ou l'Union européenne, ou du moins à en renforcer les arguments politiques[598]. Si l'on s'en tient aux accords Suisse-UE conclus, il semble que les droits politiques fédéraux ont des conséquences sur l'importance des négociations préalables et parallèles aux accords Suisse-UE (b) et sur le type de règles secondaires qui régissent le maintien dans le temps des règles primaires (c).

---

594 Andreas AUER, Giorgio MALINVERNI, Michel HOTTELIER, *Droit constitutionnel suisse*, *op.cit.*. p.21.

595 Initiative populaire fédérale « Oui à l'Europe! », aboutie le 14 février 1997, rejetée par votation du 4 mars 2001, (votation n°474). Le Conseil fédéral et l'Assemblée avaient recommandé son rejet (Message du Conseil fédéral du 27 janvier 1999, *FF 1999, vol.IV, n°22, pp.3494-3504* ; Arrêté du 23 juin 2000 de l'Assemblée fédérale, *FF 2000 n°26, pp.3322-332*). Cette initiative subit « *un cuisant échec* » (René SCHWOK, *Suisse – Union européenne, l'adhésion impossible ?*, *op.cit.* spéc. p.90) : plus de 76% des votants la rejettent et la totalité des cantons.

596 Plus exactement, l'initiative « Négociations d'adhésion à l'UE: que le peuple décide! » aboutie le 7 juin 1994 ne visait pas directement le retrait de la demande d'adhésion faite par le Conseil fédéral en 1992, mais à en empêcher tout effet. Elle visait à confier au peuple et aux cantons la décision d'ouverture des négociations d'adhésion, et à rompre toute discussion entamée à cet effet. Le Conseil fédéral a proposé de rejeté l'initiative, comme l'Assemblée (Message du 23 août 1995, *FF 1995, n°43, pp.820-826* ; Arrêté du 21 juin 1996 de l'Assemblée fédérale, *FF 1995, n°26, p.40*). L'initiative a été rejetée.

597 Voir, *infra*, les exemples cités.

598 En ce sens : Frank EMMERT, « Switzerland and the EU: Partners, for Better or for Worse », *E.F.A.R.* 1998, n°3, pp. 367-398, spéc. p.374.

a) La relation Suisse-UE, objet d'exercice des droits politiques fédéraux

362. L'exercice des droits politiques fédéraux peut affecter de plusieurs manières la relation de la Suisse à l'Union européenne[599].

363. D'une part, l'approbation d'un accord avec l'Union européenne peut justifier le recours au referendum. Le referendum serait obligatoire si la Suisse voulait conclure un traité d'adhésion à l'Union européenne (vote du peuple et des cantons)[600]. C'est sur le fondement de l'article 140 de la Constitution qu'a été rejetée, par le peuple et les cantons, la ratification de l'accord EEE en 1992[601]. Les accords Suisse-UE peuvent également être soumis au referendum facultatif, d'autant que les cas d'ouverture de cette voie ont été assouplis. Plus précisément, si 50 000 citoyens ou 8 cantons le demandent dans les 100 jours à compter de la publication officielle de l'accord, un referendum (vote du peuple) peut être demandé pour les traités qui « *sont d'une durée indéterminée et ne sont pas dénonçables* », les traités qui « *prévoient l'adhésion à une organisation internationale* » et depuis 2003 ceux qui « *contiennent des dispositions importantes fixant des règles de droit ou dont la mise en œuvre exige l'adoption de lois fédérales* »[602]. De même, un referendum facultatif peut remettre en cause – et *a minima* retarder l'application[603] – d'une loi préparant un cadre juridique favorable aux négociations avec l'Union européenne, ou d'une loi de mise en œuvre d'un accord Suisse-UE[604]. En pratique, « *l'arme du referendum est efficace* »[605] :

---

599 Pour une étude plus approfondie, voir Astrid EPINEY, Karine SIEGWART (dir.), *Démocratie directe et Union européenne*, Freiburg, Universitätsverlag, 1997, 143 p. ; Ridha FRAOUA, Luzius MADER, « Les accords sectoriels et la démocratie suisse », in D. FELDER, C. KADDOUS (dir.), *Accords bilatéraux Suisse-UE (Commentaires),* Bruxelles, Bruylant, 2001, pp.149-182 ; Ridha FRAOUA, « Procédure d'approbation et de mise en œuvre des Accords bilatéraux II : aspects constitutionnels », in C. KADDOUS, M. JAMETTI GREINER (dir.), *Accords bilatéraux II Suisse-UE et autres accords récents*, Bruxelles, Bruylant, 2006, pp. 119-154.

600 Article 140 alinéa 1, b) de la Constitution suisse qui soumet au vote du peuple et des cantons « *l'adhésion à des organisations de sécurité collective ou à des communautés supranationales* ».

601 Le Conseil fédéral estimait que les éléments de supranationalité présents dans les accord relatifs à l'EEE ne suffisaient pas à réaliser toutes les conditions de l'article 89 al. 5 Cst. [devenu article 140 précité] et qu'en conséquence, la ratification de ces traités ne constituait pas une adhésion à une communauté supranationale au sens de cette disposition. Toutefois, il estimait opportun de les soumettre au referendum obligatoire car l'accord EEE oblige les Etats de l'AELE à créer deux organisations qui contiennent des éléments supranationaux (la Cour AELE et l'Autorité de surveillance AELE) ; l'accord EEE est un traité international comportant un vaste champ d'application matériel ; de nombreuses dispositions de l'EEE sont directement applicables ; l'approbation de l'Accord EEE exige nécessairement une adaptation du droit constitutionnel (Message du Conseil fédéral du 18 mai 1992 relatif à l'approbation de l'Accord EEE, *FF 1992, vol. IV, n°33*, pp.1-654, spéc. pp.525 et s.)

602 Article 141 (alinéa 1), pt d) Cst.

603 Le referendum législatif est suspensif.

604 Peuvent (notamment) faire l'objet d'une demande de referendum les lois fédérales adoptées par l'Assemblée fédérale, c'est-à-dire : « *Toutes les dispositions importantes qui fixent des règles de droit* » (article 141 (alinéa 1), pt a) Cst., lu en combinaison avec l'article 164 Cst.).

environ 7% des lois adoptées par l'Assemblée sont soumises au referendum, et une loi sur deux ne passe pas l'épreuve du scrutin.

364. D'autre part, le système suisse connaît des initiatives populaires qui peuvent remettre en cause les négociations en cours entre la Suisse et l'Union européenne. Plus encore, de telles initiatives peuvent affecter la mise en œuvre d'accords déjà conclus avec l'Union européenne, problème qui se pose également à l'égard des autres conventions ratifiées par la Suisse[606]. Il s'agit en effet plus précisément d'initiative populaire constitutionnelle c'est-à-dire que la modification introduite acquière un statut constitutionnel[607]. Or leur validité juridique est examinée au regard des règles impératives du droit international dont ne font pas partie les accords Suisse-UE[608]. Ces initiatives placent alors la question des rapports Suisse-UE sur le terrain le plus sensible

---

605 Andreas AUER, Giorgio MALINVERNI, Michel HOTTELIER, *Droit constitutionnel suisse*, vol. I, L'État, Bern, Stämpfli, 3ème éd., 2013, 880 p., spéc. p.269, §832, y compris pour les statistiques et exemples de lois acceptées et rejetées ces dernières années.

606 La Convention Européenne de sauvegarde des Droits de l'Homme et des libertés fondamentales (CEDH, *RO 1974 2151*) est probablement l'une des conventions les plus visées matériellement par les initiatives populaires.

607 L'initiative populaire ne vise, au niveau fédéral, que la révision de la Constitution. L'initiative populaire législative en revanche existe dans tous les cantons.

608 Les citoyens suisses peuvent « *proposer la révision totale de la Constitution* » (article 138 de la Constitution suisse de 1999, Cst.) ; si l'initiative recueille 100 000 signatures, la révision doit ensuite être élaborée par l'Assemblée avant d'être soumise au vote du peuple et des cantons.

La révision partielle (article 139 Cst.), peut être obtenue à la suite du dépôt par 100 000 citoyens d'une « *proposition conçue en termes généraux* » (qui doit alors être ensuite être rédigée et précisée par l'Assemblée) mais aussi d'un « *projet rédigé* » (article 139, alinéa 2, Cst.). Si l'initiative aboutit, elle est soumise à l'Assemblée fédérale pour deux types d'examen. En premier lieu, l'Assemblée examine la validité juridique de l'initiative : lorsqu'une initiative populaire ne respecte pas le principe de l'unité de la forme, celui de l'unité de la matière ou les règles impératives du droit international (et selon la jurisprudence du Tribunal fédéral l'exécutabilité), l'Assemblée fédérale la déclare totalement ou partiellement nulle. Si l'initiative est juridiquement valide, l'Assemblée se prononce ensuite sur l'opportunité de son adoption, et l'effet de ce second examen diffère selon que l'initiative ait été conçue comme un « *projet rédigé* » ou une « *proposition conçue en termes généraux* » (article 139, alinéa 4 Cst.). Dans le premier cas, toute initiative revêtant la forme d'un projet rédigé est soumise au vote du peuple et des cantons (article 139, alinéa 5 Cst.). Mais l'Assemblée fédérale peut opposer à l'initiative un « contre-projet » qui sera soumis au vote en même temps. Dans le premier cas, si l'Assemblée fédérale approuve l'initiative, elle élabore la révision partielle dans le sens de l'initiative et la soumet au vote du peuple et des cantons. Les chances d'adoption d'une initiative ont été élargies en 2009 (article 140 alinéa 2, pt b) de la Cst., *RO 2009 6409*) : désormais, si l'Assemblée rejette l'initiative, le peuple décide des suites à donner. S'il accepte l'initiative, l'Assemblée doit alors élabore le projet demandé par l'initiative (qui sera ensuite à nouveau soumis au vote, du peuple et des cantons, pour approbation de la révision).

On soulignera à titre d'exemple l'initiative « Pour le renvoi effectif des étrangers criminels », acceptée le 28 novembre 2010, et l'initiative «Pour le renvoi effectif des étrangers criminels (initiative de mise en oeuvre)». Ces initiatives concernent notamment les accords Suisse-UE (ainsi que la Convention européenne des droits de l'homme CEDH, ou la Convention AELE), car un renvoi automatique d'un ressortissant de l'UE serait contraire à l'accord sur la libre circulation des personnes. L'Assemblée fédérale ne peut cependant pas déclarer nulle l'initiative pour ce motif. En revanche, sont prises en compte les règles de droit international impératif notamment les règles de *jus cogens* telles que décrites par la Convention de Vienne de 1969 sur le droit des traités (*RO 1990 1112*) ainsi que certaines garanties posées par la CEDH. Le Conseil fédéral a considéré que la définition restrictive de ces règles impératives par l'initiative populaire sur la mise en œuvre était contraire à ces règles, et que l'initiative devait de ce fait être déclarée partiellement nulle au sens de l'art.139 al. 3 Cst. Le Conseil fédéral a ainsi proposé à l'Assemblée de soumettre au peuple « *la partie valable* », et, en opportunité, en leur recommandant de la rejeter (Message du Conseil fédéral du 20 novembre 2013, *FF 2013, n°50, pp.8493-8542*).

juridiquement (et politiquement), qui est celui du rang dans l'ordre juridique interne, du droit international conventionnel par rapport au droit constitutionnel[609]. De tels conflits peuvent être réduits en amont de l'initiative, en renforçant l'examen de l'initiative[610]. De même, la mise en œuvre de l'initiative peut opérer une conciliation entre les exigences de l'accord Suisse-UE et celles résultant de la nouvelle disposition constitutionnelle. Cependant, ces dispositions ne permettent pas d'éviter complètement le risque de contrariété avec un accord Suisse-UE.

365. On comprend ainsi que la relation Suisse-UE avance sur un terrain « versatile », parce que la mise en œuvre fréquente de l'expression de la volonté du peuple et des cantons peut profondément modifier le cadre de négociations de nouveaux accords Suisse-UE mais aussi les conditions d'application des accords Suisse-UE existants. En d'autres termes, les droits politiques fédéraux rendent plus complexes l'adoption d'un accord Suisse-UE et ses garanties de maintien dans le temps. Par conséquent, c'est probablement dans la place de la négociation par rapport aux accords Suisse-UE d'une part, et certaines règles secondaires relatives à la vie des accords d'autre part, que l'on trouve l'influence la plus notable des droits fédéraux suisses.

b) L'influence sur la durée des négociations des accords Suisse-UE

366. L'influence des droits populaires suisses se manifeste assez nettement dans les négociations du Conseil fédéral avec l'Union européenne qui sont souvent compliquées par les évolutions internes en Suisse. Les négociations avec l'Union européenne peuvent

---

609 La question des rapports entre le droit international et la Constitution fédérale suisse est complexe en particulier lorsqu'il s'agit d'une disposition autre qu'une règle impérative du droit international. Sur ce point voir Andreas AUER, Giorgio MALINVERNI, Michel HOTTELIER, *Droit constitutionnel suisse*, *op.cit.*, spéc. pp.458 et s., §§1350 et s.

610 Deux voies sont envisagées, et en premier lieu celle de l'extension de l'examen préliminaire de l'initiative avant la récolte des signatures. L'Office fédéral de la justice et la Direction du droit international public pourraient remettre aux auteurs de toute initiative populaire un avis officiel non contraignant sur la compatibilité de leur texte avec le droit international avant le début de la récolte des signatures. Cela permettrait aux auteurs de l'initiative de la rectifier s'ils le souhaitent dans un sens conforme au droit international. Cela permettrait ensuite aux citoyens d'être alertes quant à d'éventuels problèmes de compatibilité de l'initiative avec le droit international (car les listes de signatures devraient porter une formule-type indiquant le résultat (positif ou négatif) de ce contrôle préalable et une référence à l'avis officiel dans la Feuille fédérale. Rapport du Conseil fédéral du 5 mars 2010 sur les relations entre le droit international et le droit interne (*FF 2010, n°13, pp.2067-2144*).

D'autre part, le contrôle de validité de l'initiative, exercé par l'Assemblée au regard des dispositions impératives du droit international (le jus cogens, les principes fondamentaux du droit international humanitaire et les garanties du droit international qui ne souffrent aucune dérogation même en état de nécessité) pourrait être élargi à « *l'essence des droits fondamentaux* ». Rapport du Conseil fédéral du 30 mars 2011, additionnel au rapport du 5 mars 2010 sur la relation entre droit international et droit interne (*FF 2011,* n°*17, pp.3401-3448*).

être une « *mission difficile pour les négociateurs suisses* »[611]. C'est déjà la compétence du Conseil fédéral[612] en ce qui concerne la décision de négocier avec l'Union européenne[613] qui peut être mise en cause par des initiatives populaires. Ces difficultés se prolongent dans l'exercice même des négociations : les droits populaires influencent la durée des négociations des accords Suisse-UE, et en premier lieu celle de l'accord portant sur le domaine de l'initiative.

367. Il ne s'agit pas uniquement pour les négociateurs suisses d'assurer, compte tenu de l'hypothèse du referendum conventionnel facultatif, l'« acceptabilité politique » du futur accord Suisse-UE. La marge de négociations peut en outre être limitée en cours de discussions par l'intervention d'initiatives populaires[614]. A titre d'exemple l'on soulignera les négociations de l'accord de 1999 sur les transports terrestres qui se sont avérées difficiles, alors même qu'il existait déjà un accord ayant posé des fondements à la collaboration dans ce domaine[615]. L'acceptation par le peuple et les cantons d'une initiative « Pour la protection des régions alpines » en 1994 a d'abord retardé l'adoption par le Conseil de l'Union européenne du mandat de négociations avec la Suisse[616], l'Union

---

611 Bettina KAHIL, *Suisse-Europe : mesurer le possible, viser à l'essentiel. Aspects politiques et juridiques des négociations bilatérales*, Centre Patronal, Lausanne, 1995, 105 p., spéc. p.15.

612 Art. 184 « Relations avec l'étranger », de la Constitution suisse :
« *1 Le Conseil fédéral est chargé des affaires étrangères sous réserve des droits de participation de l'Assemblée fédérale; il représente la Suisse à l'étranger.*
2 Il signe les traités et les ratifie. Il les soumet à l'approbation de l'Assemblée fédérale. […] »

613 Ainsi, le Conseil fédéral avait recommandé de rejeter aussi bien l'initiative « Négociations d'adhésion à la UE: que le peuple décide! » qui visait à subordonner la décision d'ouverture de négociations à une votation du peuple et des cantons que l'initiative « Oui à l'Europe » qui visait l'ouverture immédiate de négociations d'adhésion avec l'Union européenne. Voir le message du 23 août 1995 du Conseil fédéral relatif à l'initiative populaire « Négociations d'adhésion à l'UE: que le peuple décide!», *FF 1995, vol.IV, n°43, pp.820-826* et le message du Conseil fédéral du 27 janvier 1999 relatif à l'initiative populaire «Oui à l'Europe!», *FF 1999, vol.IV, n°22, pp.3494-3504.*

614 Voir les références au « multi-level game » faites par René SCHWOK, *Suisse – Union européenne, l'adhésion impossible ?*, Lausanne, Presses polytechniques et universitaires romandes, 2010, 2ème édition, 149 p., spéc. p.24. Pour une analyse des négociations sur l'EEE, qui ne se limite pas à cette théorie de PUTNAM, voir Pascal SCIARINI, « La Suisse dans la négociation sur l'Espace économique européen: de la rupture à l'apprentissage », *Annuaire suisse de science politique*, 1992, n°32, pp.297-322, spéc. pp.299 et s.

615 Accord du 2 mai 1992 entre la Confédération suisse et la Communauté européenne sur le transport de marchandises et de voyageurs par rail et par route, *RO 1993 1198 / JO L 373 du 21.12.1992, p. 26–46*. Cependant on soulignera que cet accord avait été lui-même le fruit de difficiles négociations établies en marge des discussions sur l'EEE, comme l'explique Helen WALLACE dans son article : « Vers un espace économique européen : chances et difficultés d'une négociation conclue au finish », *R.M.C.U.E.* octobre 1991, n°351, pp.694-703, spéc. p.700.

616 Alors que le Conseil de l'Union européenne envisageait à la fin de l'année 1993 d'accepter la proposition de la Suisse d'entamer des négociations sectorielles (compte tenu du récent rejet de l'EEE), le peuple et les cantons suisses ont accepté le 20 février 1994 une initiative populaire introduisant un nouvel article dans la Constitution suisse afin de transférer sur le rail au maximum le trafic passant par les Alpes.

Initiative populaire fédérale « Pour la protection des régions alpines contre le trafic de transit », *RO 1994 1101*. Le Conseil fédéral et le Parlement avaient proposé de rejeter l'initiative (Message du Conseil fédéral du 12 février 1992 relatif à l'initiative populaire «pour la protection des régions alpines contre le trafic de transit», *FF 1992, vol.II, n°13,*

européenne ayant décidé de « *s'accorder un temps de réflexion pour réexaminer la question de ses liens en général avec la Suisse* »[617]. A la suite des éclaircissements apportés par la Suisse sur la mise en œuvre de cette initiative, le Conseil de l'Union européenne adoptera les mandats de négociation en 1995. Mais de nouveau, le dépôt d'une initiative a retardé la survenance d'un accord (les derniers points de blocage des accords de 1999 étant liés à cet accord sur le transport terrestre ainsi que celui sur le transport aérien)[618]. Ce n'est qu'à la suite du rejet du referendum par le peuple et les cantons le 27 septembre 1998[619] que les négociations externes avec la Communauté européenne ont pu aboutir le 1er décembre 1998. Ainsi, et sans le considérer comme la seule explication du délai écoulé entre les premières propositions de discussions de la Suisse et l'entrée en vigueur de l'accord – près de dix ans après –, l'exercice du jeu démocratique en Suisse rend incertaine la volonté de l'Etat suisse dans les négociations Suisse-UE.

368. Or, une fois signés et ratifiés – y compris par voie référendaire – les accords Suisse-UE ne sont pas à l'abri des incertitudes que peuvent introduire des initiatives populaires, à la fois sur leur mise en œuvre, mais aussi sur les accords en cours de négociation lorsque l'initiative a abouti. C'est en particulier le domaine de la libre circulation des personnes qui, compte tenu de son importance politique, économique et sociale, voire environnementale[620], illustre les conséquences importantes des votations populaires sur la relation Suisse-UE.

---

pp.865-909 ; article 2 de l'arrêté de l'Assemblée fédérale du 18 juin 1993 relatif à l'initiative populaire «pour la protection des régions alpines contre le trafic de transit», *FF 1993, vol.II, n°26, pp.861-862*).

Par conséquent, la Commission européenne a mené des discussions exploratoires avec les autorités suisses destinées à obtenir « les éclaircissements requis par les Ministres des Transports de la Communauté au sujet des différentes questions liées aux modalités de mise en œuvre de l'initiative des Alpes » : Conclusions du Conseil de l'Union européenne, affaires générales, 1796ème session du Conseil, 31 octobre 1994, (communiqué de presse : *PRES/94/219, 31/10/1994*) (recommandation du COREPER n° *10439/94* du 27 octobre 1994, p.2)

617 Rapport intermédiaire du Conseil fédéral du 29 mars 1995, sur la politique d'intégration européenne de la Suisse, *FF 1995, vol.III, n°21, pp. 191-217*, spéc. p.210

618 La Communauté européenne espérait négocier l'accès aux véhicules de 40 tonnes. De son côté, la Suisse a cherché à établir un cadre juridique interne favorable à l'issue des négociations avec l'Union européenne (Message du Conseil fédéral du 23 juin 1999 relatif à l'approbation des accords sectoriels entre la Suisse et la CE, *FF 1999, vol. VI, n°34, pp. 5440-6398*, spéc. p.5455). L'Assemblée fédérale a adopté le 19 décembre 1997 une loi fédérale concernant une redevance sur le trafic des poids lourds liée aux prestations (LPLP, *RO 2000 98*). Mais au mois d'avril 1997, un referendum contre cette loi, lancé par l'Association Suisse des transports routiers aboutit (c'est-à-dire que le nombre de signatures requis pour organiser un referendum est atteint).

619 C'est-à-dire, *a contrario*, l'acceptation de la loi sur la RPLP précitée.

620 Voir l'initiative populaire « Halte à la surpopulation - Oui à la préservation durable des ressources naturelles », dite « EcoPop », qui a abouti le 4 décembre 2012. Le Conseil fédéral et le Parlement ont proposé de rejeter l'initiative, soulignant sa contrariété avec l'accord Suisse-CE-Etats membres sur la libre circulation des personnes (Message du

369. Certes, la mise en œuvre de l'initiative populaire offre au Conseil fédéral l'occasion de concilier la nouvelle disposition constitutionnelle introduite à la suite de l'initiative populaire avec l'accord Suisse-UE sur la libre circulation des personnes (ALCP)[621]. Mais la réalisation d'une conciliation n'est pas toujours simple voire possible, d'autant qu'une telle recherche peut de nouveau être entravée par une nouvelle initiative. Cette hypothèse s'est concrétisée à la suite de l'adoption de l'initiative « Pour le renvoi des étrangers criminels »[622]. Alors que le Conseil fédéral recherchait une solution de conciliation avec l'accord Suisse-UE sur la libre circulation des personnes[623], une nouvelle initiative a été déposée pour assurer la mise en œuvre de la première, dans un sens qui n'est pas plus favorable à l'accord Suisse-UE[624]. Ces initiatives sont ainsi susceptibles d'entraîner la résurgence des négociations Suisse-UE, ainsi que la prolongation de ces discussions.

370. En premier lieu, les initiatives populaires peuvent entraîner la résurgence des négociations Suisse-UE pour deux raisons. D'une part, la Suisse – qui reste tenue au regard de l'ordre juridique international d'appliquer l'accord Suisse-UE[625] – peut être amenée à appliquer un régime considéré par l'Union européenne comme incompatible avec l'ALCP. Le différend susceptible de naître ne pourra alors être réglé que

---

Conseil fédéral du 23 octobre 2013, *FF 2013, n°46, pp.7783-7837* ; article 2 de l'arrêté de l'Assemblée fédérale du 20 juin 2014, *FF 2014, n°25, pp.4943-4944*). Le peuple et les cantons se prononceront le 30 novembre 2014.

621 Accord du 21 juin 1999 sur la libre circulation des personnes, *RO 2002 1529 / JO L 114 du 30.4.2002, p. 6-72*.

622 L'initiative « Pour le renvoi des étrangers criminels », entrée en vigueur le 28 novembre 2010, a introduit dans la Constitution suisse un nouvel article 121, alinéas 3 à 6, qui prévoit que les étrangers condamnés pour certaines infractions (meurtre, viol, brigandage, fraude à l'aide sociale…) « *doivent être expulsés du pays par les autorités compétentes et frappés d'une interdiction d'entrer sur le territoire allant de 5 à 15 ans* ». Compte tenu des importants problèmes qu'il pose à l'égard du droit international conventionnel liant la Suisse (notamment la CEDH et les accords Suisse-UE), le Département fédéral de justice et police a institué un groupe de travail chargé d'élaborer un rapport proposant des variantes de mise en œuvre de l'initiative (le rapport final a été remis le 28 juin 2011).

623 Le Conseil fédéral a en 2012 envoyé en consultation deux variantes pour la mise en œuvre de l'initiative sur le renvoi : « *Aucune des deux variantes ne garantit […] le respect plein et entier de l'ALCP conclu avec l'UE. Il n'est en effet pas possible de concilier systématiquement le droit pertinent de l'UE dans le cadre de cet accord, qui prévoit que chaque cas d'espèce fasse l'objet d'un examen individuel, avec les buts figurant dans la nouvelle disposition constitutionnelle. La variante 1 permet néanmoins de tenir davantage compte des exigences découlant de l'ALCP que la variante 2* » (voir le communiqué du Conseil fédéral du 23 mai 2012, disponible à partir de l'adresse : https://www.bj.admin.ch/bj/fr/home/aktuell/news/2012/ref_2012-05-230.html).

624 Initiative populaire fédérale « Pour le renvoi effectif des étrangers criminels (initiative de mise en œuvre) », aboutie le 5 février 2013. Voir le message du Conseil fédéral du 20 novembre 2013 concernant l'initiative populaire «Pour le renvoi des étrangers criminels (initiative de mise en œuvre), *FF 2013, n°50, pp.8493-8542*. La date de la votation n'a pas encore été fixée.

625 En effet, du point de vue de l'Union européenne, la Suisse est soumise au respect du principe *pacta sunt servanda*, en vertu duquel les sujets de droit international doivent respecter les engagements qu'ils ont souscrits. Juridiquement, la Suisse est ainsi tenue au respect des accords Suisse-UE, malgré la modification de son cadre juridique interne.

politiquement, dans le cadre du comité mixte Suisse-UE[626], lequel au demeurant, ne garantit pas le règlement d'un différend[627]. A cet égard, pour le moment, la Commission européenne a décidé d'attendre la législation de mise en œuvre de l'initiative « Pour le renvoi des étrangers criminels » de 2010, et plus récemment de l'initiative « Contre l'immigration de masse » de 2014, pour en examiner la compatibilité avec l'accord Suisse-UE[628]. D'autre part, l'initiative populaire peut entraîner la résurgence des négociations dans la perspective de modifier l'accord à l'égard duquel la Suisse n'est plus en mesure d'assurer le respect. Sur ce point, le Conseil fédéral suisse a adopté un projet de mandat pour la renégociation de l'ALCP avec l'UE[629]. Ces négociations offrent une perspective de résolution politique des problèmes de contrariété du nouveau régime suisse avec le droit posé par les accords Suisse-UE. Mais on aperçoit qu'un tel fonctionnement ne serait guère compatible avec une adhésion à l'Union européenne compte tenu des exigences de primauté et d'uniformité du droit de l'Union européenne[630].

371. En second lieu, les initiatives populaires peuvent avoir des conséquences sur d'autres points en cours de négociation entre la Suisse et l'Union européenne, en retardant la survenance d'un accord. Ainsi, à la suite de l'initiative « Contre l'immigration de masse » du 9 février 2014[631], le Conseil fédéral suisse a annoncé que la Confédération ne serait pas en mesure de signer et conclure le protocole étendant l'accord UE-Suisse sur la libre circulation des personnes à la Croatie, alors même que le Conseil fédéral avait approuvé ce « Protocole III » en août 2013. Pour autant, à la suite de la réaction de l'Union

---

626 Sur les comités mixtes institués par les accords Suisse-UE, voir, *infra*, (pour une présentation générale des compétences : partie 1, titre 2, chapitre 2 ; sur la nature des comités mixtes, partie 2, titre 2, chapitre 1).

627 Sur ce type de limites des règles secondaires, voir *infra*, partie 2, titre 1, chapitre 2, section 1 et partie 2, titre 2, chapitre 2, section 1).

628 Voir par exemple la réponse de la Haute Représentante/Vice-présidente Catherine ASHTON au nom de la Commission européenne du 20 mai 2014, à la question parlementaire E-003738-14 sur les « conséquences du vote suisse », posée le 26 mars 2014. Sur cette initiative, ainsi que celle à venir, voir : Christine KADDOUS, « Avis de droit sur la compatibilité de l'initiative "contre l'immigration de masse" et de l'initiative ECOPOP "Halte à la surpopulation – oui à la préservation durable des ressources naturelles" avec l'accord sur la libre circulation des personnes entre la Suisse et l'Union européenne (ALCP), l'application de la clause guillotine et la renégociation éventuelle de l'ALCP »,

629 La Suisse a demandé le 7 juillet 2014 une demande de révision de l'ALCP, à laquelle la Commission européenne et les Etats membres de l'Union européenne ont répondu le 25 juillet 2014. Direction des affaires européennes de la Confédération suisse, « Chronique: Etapes importantes à Berne et à Bruxelles », *suisseurope V/2014*.

630 Ces droits de démocratie directe sont en l'état considérés comme *le principal obstacle à une adhésion* selon René SCHWOK, « L'AELE face à la Communauté européenne : un risque de satellisation », *Journal of European Integration*, 1989, vol. XIII, n°1, pp. 15-53, spéc. p.38.

631 Arrêté du Conseil fédéral du 13 mai 2014 constatant le résultat de la votation populaire du 9 février 2014, *FF 2014 n°23 du 17 juin 2014, pp.3957-3962* ; la modification de la Constitution suisse (notamment de l'article 121, pt a, Cst.) est entrée en vigueur le 9 février 2014 (*RO 2014 1391*)

européenne, le Conseil fédéral suisse a décidé d'adopter des ordonnances par lesquelles la Suisse applique substantiellement les dispositions prévues pour les ressortissants croates dans le Protocole d'extension de la libre circulation[632]. La Suisse applique ainsi unilatéralement un régime, repoussant de manière provisoire son règlement sur le plan conventionnel. Cette situation se comprend en raison de la position de l'Union européenne : elle a adopté sur le plan politique une réserve à l'égard d'autres négociations en cours avec la Suisse. Le Conseil de l'Union européenne a par exemple reporté l'adoption du mandat de négociations sur les « questions institutionnelles avec la Suisse »[633] ; surtout, la Commission avait suspendu les négociations relatives à la participation de la Suisse aux programmes « Horizon 2020 » et « Erasmus+ » de l'Union européenne, considérés comme liés à l'accord sur la libre circulation des personnes. Ce lien entre plusieurs accords peut avoir été formulé juridiquement, et apparaît à certains égards comme une technique juridique de réaction face au risque que font peser les initiatives populaires sur la stabilité et l'équilibre du régime conventionnel établi entre la Suisse et l'Union européenne. Il convient alors d'étudier plus largement celles des règles secondaires qui peuvent être expliquées au regard des droits politiques fédéraux suisses.

c) L'influence sur les règles secondaires relatives au maintien dans le temps des règles primaires

372. Les droits politiques fédéraux en Suisse expliquent probablement certains traits dans la structure des accords Suisse-UE.

373. La règle secondaire la plus directement liée aux droits politiques fédéraux est probablement celle posée dans les accords d'association de la Suisse à Schengen et Dublin[634]. Ces accords, établis sur la base des accords d'association de la Norvège et de l'Islande à l'acquis Schengen et Dublin, sont fondés sur un principe d'application simultanée de l'acquis Schengen et Dublin, afin de permettre le bon fonctionnement de la coopération instaurée entre les Etats membres de l'Union européenne liés par l'acquis

---

632 Elle a également confirmé le versement de la contribution à l'élargissement en faveur de la Croatie.

633 Sur les « questions institutionnelles », voir, *infra*, partie 2, titre 1, n°1051 et s.

634 Accord du 26 octobre 2004 sur l'association de la Confédération suisse à la mise en œuvre, à l'application et au développement de l'acquis de Schengen, *RO 2008 481 / JO L 53 du 27.2.2008, p. 52-79*. Accord du 26 octobre 2004 relatif aux critères et aux mécanismes permettant de déterminer l'Etat responsable de l'examen d'une demande d'asile introduite dans un Etat membre ou en Suisse, *RO 2008 515 / JO L 53 du 27.2.2008, p.5-17*.

Schengen, et les Etats tiers associés[635]. Dans cette optique, la Suisse s'est engagée à reprendre les nouveaux développements du droit de l'Union européenne dans ce domaine, mais elle doit toutefois formellement se prononcer sur cette acceptation ou son refus[636]. Et c'est sur ce point que l'influence des exigences constitutionnelles suisses est marquée, comme l'explique Anne CORNU : « *La procédure parlementaire et les droits résultant de la démocratie directe nécessitent des délais de reprise plus longs que ceux accordés aux autres Etats participant à Schengen et Dublin* »[637].

374. Ensuite, et compte tenu de l'incertitude qu'ils laissent planer tant à l'égard de l'adoption d'un accord, qu'à l'égard de son maintien dans le temps, on peut penser que les droits politiques fédéraux ont influencé deux types de règles secondaires qui semblent en outre être le « contrepoids juridique » l'une de l'autre.

375. D'un côté, les accords Suisse-UE et notamment celui sur la libre circulation des personnes comportent des règles qui renforcent les conditions « d'acceptabilité politique » de l'accord, notamment la limitation initiale de l'ALCP à sept années[638].

376. Mais de l'autre côté l'Union européenne a cherché à assurer également les conditions maximales de pérennité des accords, et d'équilibre du régime conventionnel établi. L'« expérience de l'EEE » rejeté par referendum en décembre 1992[639] a conduit l'Union européenne à prendre en compte les droits politiques suisses dans ses

---

635 La Suisse a également conclu un accord parallèle avec la Norvège et l'Islande.

636 Sur le « principe de reprise », voir, *infra*, titre 2, chapitre 1, n°472 et s. et sur l'obligation de reprise des nouveaux développements de l'acquis Schengen et Dublin, voir, *infra*, titre 2, chapitre 2, n°785 et s.

637 Anne CORNU, « Les aspects institutionnels des Accords d'association de la Suisse à Schengen et à Dublin », in C. KADDOUS, M. JAMETTI GREINER (dir.), *Accords bilatéraux II Suisse-UE et autres accords récents,* Bruxelles, Bruylant, 2006, pp. 207-244, spéc. p.236. La Suisse dispose en principe d'un délai de trente jours après l'adoption par les institutions de l'Union européenne d'un nouveau développement de l'acquis Schengen pour notifier à l'Union sa décision d'acceptation ou de refus de reprendre le nouveau développement. Lorsque l'approbation du nouveau développement relève de la compétence de l'Assemblée fédérale voire du peuple, la Suisse bénéficie d'un délai de deux ans pour notifier à l'Union européenne la décision résultant de la procédure parlementaire voire référendaire. La Confédération a ainsi obtenu un délai plus long que celui accordé à la Norvège et l'Islande pour reprendre le développement de l'acquis, compte tenu des délais du referendum facultatif. Toutefois, la Suisse s'est engagée à ne pas attendre le terme des deux ans : si aucun référendum n'est demandé sur l'arrêté par lequel l'Assemblée approuve un développement à l'issue du délai référendaire, la Suisse notifie immédiatement au Conseil l'acceptation de la reprise. Pour des développements plus complets sur les cas d'ouverture du délai de deux ans, et les conditions d'acceptation mais aussi de transposition qui doivent être remplies à l'issue de ce délai, on se reportera utilement à la contribution d'Anne CORNU précitée.

638 Article 25, paragraphe 2, de l'accord du 21 juin 1999 sur la libre circulation des personnes, précité. Sur l'importance de la « non-automaticité » de l'introduction de la libre circulation des personnes pour la Suisse, voir Dieter GROSSEN, « Appréciation politique de l'Accord sur la libre circulation des personnes », in D. FELDER, C. KADDOUS, (dir.), *Accords bilatéraux Suisse-UE (Commentaires)*, Bruxelles, Bruylant, 2001, pp. 259-268, spéc. p.264. On soulignera cependant que cette limitation se retrouve dans les recommandations du Comité des Représentants Permanents du Conseil de l'UE n°10439/94 du 27 octobre 1994, pt 4.

639 Voir, *supra*, chapitre 1, section 2.

négociations avec la Suisse. En 1993, la Commission européenne soulignait : « *Compte tenu de la nature de la démocratie suisse et du rôle du référendum dans la constitution helvétique, il conviendrait d'établir explicitement un lien entre les accords dans différents domaines; sinon, des arrangements auxquels la Communauté est particulièrement attachée pourraient être ultérieurement rejetés par référendum. Ce lien devrait donc couvrir, non seulement la ratification et l'entrée en vigueur des accords, mais aussi la période qui s'ensuit* »[640]. Par conséquent, et en premier lieu, les négociations ayant abouti aux accords sectoriels de 1999 ont été menées suivant un principe de « parallélisme ». Ce principe assurait le progrès des négociations dans les différents domaines d'intérêts respectifs de la Suisse et de l'UE. En second lieu, et afin d'éviter le risque d'un « détricotage » des accords après leur entrée en vigueur, le risque étant accru par la clause de reconduction de l'ALCP au terme des sept ans, l'Union européenne a souhaité « *en contrepartie* »[641] l'insertion d'une règle secondaire assurant la solidarisation entre les accords[642]. Cette règle, fréquemment appelée « clause guillotine », lie la vie juridique des accords entre eux. Elle ne s'applique cependant pas en cas de cessation ordinaire de l'accord de coopération scientifique, prévu pour prendre fin à l'expiration des cinquièmes programmes-cadres de recherches[643], ce qui confirme que cette clause est destinée à assurer la stabilité du régime conventionnel établi entre la Suisse et l'Union européenne. Concrètement, elle impose à la Suisse – et le cas échéant le peuple suisse – de décider de l'intérêt à la cessation d'un accord au regard de l'intérêt au maintien des autres[644]. L'on peut ainsi considérer cette clause guillotine comme une réaction

---

640 Communication de la Commission du 1er octobre 1993 sur l'avenir des relations avec la Suisse, *COM(1993) 486 final*, pt 12.

641 Dieter GROSSEN, « Appréciation politique de l'Accord sur la libre circulation des personnes », précité, p. 264.

642 Voir par exemple l'article 17, paragraphes 3 et 4 de l'accord du 21 juin 1999 relatif aux échanges de produits agricoles, *RO 2002 2147 / JO L 114 du 30.4.2002, p. 132-349*. Sur ces clauses voir le message du Conseil fédéral du 23 juin 1999 relatif à l'approbation des accords sectoriels entre la Suisse et la CE, *FF 1999, vol. VI, n°34, pp. 5440-6398,* spéc. p. 5467, p. 5589, p.5737 . En doctrine, voir notamment : Christine KADDOUS, « Les accords sectoriels dans le système des relations extérieures de l'Union européenne », in D. FELDER, C. KADDOUS (dir.), *Accords bilatéraux Suisse - UE (Commentaires)*, Bruxelles, Bruylant, 2001, pp.77-115, spéc. p.91 note 45 ; Daniel FELDER, « Appréciation juridique et politique du cadre institutionnel et des dispositions générales des accords sectoriels », in D. FELDER, C. KADDOUS (dir.), *Accords bilatéraux Suisse-UE, op.cit.*, pp. 117-148, spéc. pp. 123-124 ; René SCHWOK, « Switzerland's approximation of its legislation to the EU Acquis : specificities, lessons and paradoxes », *The European journal of law reform*, 2007, vol.9, n°3, pp.449-465, spéc. p.451 et p. 455; Stephan BREITENMOSER, « Sectoral agreements between the EC and Switzerland : contents and context », *C.M.L.R.,* 2003, vol. 40, n°5, pp.1137-1186, spéc. p.1160.

643 Article 14, paragraphe 2 de l'accord du 21 juin 1999 de coopération scientifique et technologique, *RO 2002 1998 / JO L 114 du 30.4.2002, p.468-479*.

644 En ce sens, voir : Marc MARESCEAU, « L'Union européenne élargie et les relations de proximité intra-européennes : un essai de synthèse », in J. ANDRIANTSIMBAZOVINA, C. GESLOT (dir.), *Les Communautés et l'Union européennes face aux défis de l'élargissement*, Paris, La Documentation française, 2005, pp.279-297, spéc. p.282.

juridique à la contrainte légale que constitue le système démocratique suisse : l'Union européenne (à l'époque Communauté) « *tend*[ait] *par ce biais à éviter l'effet "sélectif" d'un référendum lancé contre l'un ou l'autre des éventuels accords* »[645]. En pratique, elle a peut-être eu une influence sur l'acceptation par la Suisse de la reconduction de l'accord sur la libre circulation des personnes, conclu pour une période initiale de sept ans[646].

377. Cette clause n'a pas été reprise pour l'ensemble des accords bilatéraux II conclus en 2004 : elle ne s'applique qu'entre les accords d'association à Schengen et d'association à Dublin[647]. Par la suite, certains accords comportaient une clause précisant que leur vie juridique serait liée à celle d'un accord existant. Par exemple l'accord de 2010 prévoyant la participation de la Suisse au programme de l'Union européenne « Jeunesse en action » prévoit qu'il ne serait pas prorogé en cas d'extinction ou de dénonciation de l'accord sur la libre circulation des personnes[648].

378. En somme, la récurrence des expressions directes de la volonté du peuple et des cantons suisses limite l'établissement d'une position à l'égard de l'Union européenne qui soit intrinsèquement perçue comme une perspective de long terme. Ce n'est pas qu'une telle situation ne puisse se maintenir dans la durée – la voie bilatérale empruntée depuis une quinzaine d'années affiche une stabilité malgré les « épisodes référendaires » précités et malgré la possible évolution sur des questions institutionnelles[649]. De même, les droits politiques ne font pas obstacle à la conclusion d'accords importants. Dans l'exemple précité sur les transports terrestres, l'accord conclu en 1999 visera notamment « *une*

---

645 Bettina KAHIL, *Suisse-Europe : mesurer le possible, viser à l'essentiel*, *Aspects politiques et juridiques des négociations bilatérales*, Centre Patronal, Lausanne, 1995, 105 p., spéc. p.16. Sur le lien fait par le Conseil fédéral entre la clause guillotine et le choix d'un seul arrêté fédéral d'approbation, voir Ridha FRAOUA, Luzius MADER, « Les accords sectoriels et la démocratie suisse », in D. FELDER, C. KADDOUS (dir.), *Accords bilatéraux Suisse-UE (Commentaires)*, Bruxelles, Bruylant, 2001, pp.149-182.

646 Par une votation du 8 février 2009, le peuple a accepté l'arrêté de l'Assemblée fédérale du 13 juin 2008 portant approbation de la reconduction de l'accord entre la Suisse et la Communauté européenne et ses Etats membres sur la libre circulation des personnes (*RO 2009 2411*).

647 Article 17, paragraphe 2, de l'accord d'association de la Suisse à la mise en œuvre, à l'application et au développement de l'acquis de Schengen, *RO 2008 481 / JO L 53 du 27.2.2008, p.52-79*. Article 16, paragraphe 2, lu en combinaison avec l'article 14, paragraphe 2, de l'accord du 26 octobre 2004 relatif aux critères et aux mécanismes permettant de déterminer l'Etat responsable de l'examen d'une demande d'asile introduite dans un Etat membre ou en Suisse, *RO 2008 515 / JO L 53 du 27.2.2008, p.5-17*. Voir également le message du Conseil fédéral du 1er octobre 2004, relatif à l'approbation des accords bilatéraux entre la Suisse et l'Union européenne […], *FF 2004, vol. I, n°44, pp.5593-5924*, spéc. p. 5614, p. 5629, p. 5912.

648 Article 3, alinéa 2, de l'accord du 15 février 2010 établissant les termes et conditions de la participation de la Confédération suisse au programme "Jeunesse en action" et au programme d'action dans le domaine de l'éducation et de la formation tout au long de la vie (2007–2013), *RO 2011 879 / JO L 87 du 7.4.2010, p. 7-18*.

649 Sur ces négociations, voir, *infra*, partie 2, titre 1, chapitre 2, section2.

politique coordonnée des transports visant à encourager l'utilisation de moyens de transport de marchandises et de voyageurs plus respectueux de l'environnement dans le souci d'allier la protection de l'environnement à l'efficacité des systèmes de transports, notamment dans la région alpine »[650]. L'exercice des droits populaires a également conduit à la ratification d'accords essentiels. On soulignera notamment que c'est par le biais de l'approbation référendaire que la Suisse a accepté l'extension de l'ALCP aux douze Etats ayant adhéré à l'Union européenne en 2004[651] et 2007[652]. Mais ces modes fréquents et directs d'expression de la volonté du peuple et des cantons en Suisse rendent plus prégnant, le risque qui existe dans tout Etat démocratique, que cette volonté se heurte à l'orientation envisagée ou adoptée par les gouvernants. Est ainsi limitée la possibilité pour la Suisse d'afficher une position à long terme à l'égard de l'Union européenne, notamment un objectif clair d'adhésion[653]. Par conséquent et en quelque sorte en contrepartie, la Suisse utilise l'instrument législatif pour influencer « au quotidien », sa relation avec l'Union européenne.

B) L'influence des lois fédérales adaptées au droit de l'UE

379. A côté des dispositions constitutionnelles suisses, certaines lois fédérales peuvent avoir une influence sur la relation Suisse-UE. En effet, si ces lois sont des actes unilatéraux

---

650 Accord du 21 juin 1999 sur le transport de marchandises et de voyageurs par rail et par route, *RO 2002 1649 /JO L 114 du 30.4.2002, p.91-131*.

651 Le Protocole relatif à l'extension de l'accord était soumis au referendum facultatif, en vertu de l'article 141 de la Constitution relatif aux « *traités internationaux qui contiennent des dispositions importantes fixant des règles de droit ou dont la mise en œuvre exige l'adoption de lois fédérales* ». Par une votation du 25 septembre 2005, le peuple a accepté l'arrêté de l'Assemblée fédérale 17 décembre 2004 portant approbation et mise en œuvre du protocole relatif à l'extension de l'accord entre la Confédération suisse, d'une part, et la Communauté européenne et ses Etats membres, d'autre part, sur la libre circulation des personnes aux nouveaux Etats membres de la Communauté européenne et portant approbation de la révision des mesures d'accompagnement concernant la libre circulation des personnes (*RO 2006 979*). Arrêté du Conseil fédéral du 15 novembre 2005 constatant le résultat de la votation populaire du 25 septembre 2005, *FF 2005 n°47 du 29 novembre 2005, pp.6467-6468.*

652 De même, par une votation du 8 février 2009, le peuple a accepté l'arrêté de l'Assemblée fédérale du 13 juin 2008 portant approbation et mise en œuvre du protocole visant à étendre l'accord sur la libre circulation à la Bulgarie et à la Roumanie (*RO 2009 2411*). Arrêté du Conseil fédéral du 12 mars 2009 constatant le résultat de la votation populaire du 8 février 2009, *FF 2009 n°12, pp.1429-1430.*

L'extension de l'accord à la Croatie, ayant adhéré à l'UE depuis 2013, n'a pas été formellement rejetée par le peuple. En revanche, à la suite de l'acceptation de l'initiative « Contre l'immigration de masse » le 9 février 2014, le Conseil fédéral a considéré que la Suisse n'était pas en mesure de ratifier en l'état le protocole d'extension signé. Sur cette initiative, voir, *supra*.

653 Pour une étude plus approfondie des droits démocratiques dans une optique d'adhésion, voir Pascal MAHON, Christoph MÜLLER, « Adhésion de la Suisse à l'Union européenne et démocratie directe », in T. COTTIER, A. R. KOPSE (dir.), *L'adhésion de la Suisse à l'Union européenne : enjeux et conséquences*, Zürich, Schulthess, 1998, pp.449-486 et l'ouvrage Astrid EPINEY, Karine SIEGWART (dir.), *Direkte Demokratie und Europäische Union. Démocratie directe et Union européenne*, Freiburg, Universitätsverlag, 1997, 143 p.

internes, leur contenu normatif n'est pas neutre pour la relation Suisse-UE. En produisant des règles similaires ou compatibles au droit de l'Union européenne, le législateur suisse confère à ses législations une portée externe (1). Parmi les adaptations au droit de l'Union européenne, la reprise par la Suisse du principe « Cassis de Dijon » mérite une attention particulière parce qu'elle est directement et clairement un outil de politique européenne (2).

1) L'influence sur la relation Suisse-UE des lois adaptées au droit de l'UE

380. Les lois fédérales suisses peuvent avoir une influence sur la relation Suisse-UE en premier lieu et classiquement, lorsqu'elles mettent en œuvre un accord Suisse-UE. La mise en œuvre des règles posées par les accords Suisse-UE dépend de leur régime juridique interne d'exécution, y compris celui déployé dans des mesures dites « d'accompagnement »[654]. C'est à son tour une application correcte et commune entre la Suisse et l'Union européenne qui incite au développement des relations conventionnelles (par exemple par l'adoption de nouveaux accords).

381. Mais d'autres dispositions fédérales, sans être des mesures d'exécutions des accords Suisse-UE, ont cependant une influence sur la relation Suisse-UE.

382. Il y a d'abord des dispositions financières (pas forcément des lois), qui définissent le cours de la monnaie suisse par rapport à l'euro[655], et des dispositions qui tentent de « compenser » la non-participation de la Suisse à des programmes de l'Union européenne, dans l'optique de conclure ultérieurement un accord avec l'Union européenne assurant cette participation. Dans le domaine audiovisuel[656], de l'éducation ou de la recherche[657], la

---

654 Voir notamment les mesures « d'accompagnement » de l'accord sur la libre circulation des personnes : Daniel VEUVE, « Mesures d'accompagnement de l'Accord sur la libre circulation des personnes », in D. FELDER, C. KADDOUS (dir.), *Accords bilatéraux Suisse-UE (Commentaires)*, Bruxelles, Bruylant, 2001, pp.291-311 ; Daniel VEUVE, « Les mesures d'accompagnement liées à l'extension de l'ALCP », in C. KADDOUS, M. JAMETTI GREINER (dir.), *Accords bilatéraux II Suisse-UE*, Bruxelles, Bruylant, 2006, pp. 849-867.

655 La Banque nationale suisse a décidé le 6 septembre 2011 de fixer le franc suisse sur un cours plancher de l'euro. Sur ces questions, voir la thèse en économie de Guillaume VALLET, *Intégration économique et autonomie politique : le cas Suisse-Union européenne : le franc suisse et l'euro*, Thèse, Grenoble 2, 2009, 436 p. ainsi que son article « La Suisse et la zone euro : une zone monétaire optimisée ? », *R.M.C.U.E*, n°543, décembre 2010, pp 624-635. Voir aussi les remarques relatives à l'indépendance monétaire de la Suisse faites par René SCHWOK, « L'absence de solidarité suisse au "contrat social" européen, un modèle à suivre ? », *Chantiers politiques*, 2012, n°10 Le nouveau contrat européen : Accords, engagements et solidarités en question, pp. 67-75, spéc. p.72.

656 « *Depuis le non à l'EEE de 1992, l'office fédéral de la culture (OFC) essaie, à coup de mesures financières compensatoires, de prévenir l'isolement de la Suisse dans le domaine de l'audiovisuel. […]. Mais ces mesures ne pouvaient et ne peuvent d'aucune façon remplacer la participation de la Suisse au programme MEDIA. Les coproductions entre la Suisse et les pays membres de l'Union sont difficiles, parce que, si elles apportent une*

Suisse a adopté des mesures visant à pallier au moins partiellement la non-participation aux programmes MEDIA, Erasmus + ou Horizon 2020.

383. Mais il faut également souligner le cas notable des lois fédérales adaptées *de manière autonome* au droit de l'Union européenne. Le législateur suisse a en effet mis en place en 1988 une stratégie globale qui consiste à étudier, lors de l'élaboration de certains projets de loi, le contenu du droit européen dans le domaine. Cette stratégie normative répond à une contrainte précédemment identifiée, celle de l'influence de l'unification du droit entre les Etats membres de l'Union européenne[658].

384. Sur le fond, les lois fédérales peuvent intégrer des dispositions du droit de l'Union européenne au fur et à mesure que progresse l'harmonisation au sein de l'Union européenne, en reprenant par exemple des prescriptions techniques de sécurité pour les marchandises ou produits phytosanitaires, ou des prescriptions en matière sociale[659]. Les lois fédérales peuvent également reprendre certains principes cardinaux du droit de l'Union européenne de la libre circulation en l'absence d'harmonisation des règles entre les Etats membres. Ainsi, en 1994, la loi sur le marché intérieur impose entre les cantons suisses une reconnaissance fondée sur le « principe Cassis de Dijon » développé par la Cour de justice des Communautés européennes[660] ; et en 2009, la loi sur les entraves

---

compensation du côté suisse, ces mesures sont inopérantes pour le partenaire » : message du Conseil fédéral du 1er octobre 2004 relatif à l'approbation des accords bilatéraux entre la Suisse et l'Union européenne […], *FF 2004, vol. I, n°44, pp.5593-5924*, spéc. pp.5678-5679.

657 La votation « Contre l'immigration de masse » du 9 février 2014 qui a entraîné la suspension des négociations sur la participation de la Suisse aux programmes de l'Union européenne « Erasmus + » et « Horizon 2020 ». Le 16 avril 2014, le Conseil fédéral a adopté des solutions transitoires pour permettre une mobilité des étudiants. Le 19 septembre 2014, il a prolongé cette solution pour les années 2015 et 2016. Les coûts de ces solutions transitoires sont couverts par les crédits prévus initialement pour les contributions aux programmes destinées à être versées à la Commission européenne en vue de l'association initialement prévue de la Suisse à Erasmus+ (soit 22,7 millions de francs pour 2014, 23,9 millions pour 2015 et 25,1 millions pour 2016). En matière de recherche, la Suisse et l'Union européenne se sont accordées pour permettre du 15 septembre 2014 au 31 décembre 2016 aux chercheurs suisses de participer en tant que partenaires associés à droits égaux à certaines activités du programme Horizon 2020 (les activités dites de «premier pilier»). La Suisse conserve un statut de pays tiers pour les autres appels à propositions du programme de l'UE ; les chercheurs suisses ne pouvant bénéficier de financements dans ces projets, le Conseil fédéral a décidé le 25 juin 2014 de prévoir un fonds de financement national. Voir à ce sujet, les indications du Secrétariat d'Etat à la formation, à la recherche et à l'innovation SEFRI, disponibles sur le site : http://www.sbfi.admin.ch/index.html?lang=fr.

658 Voir, *supra*, §1, B), 2, a).

659 Voir les exemples précités, *supra*, n°305 et s.

660 Comme l'explique le Conseil fédéral suisse, la loi sur le marché intérieur « *entend en tout premier lieu appliquer le principe dit Cassis-de-Dijon, adapté à cette occasion au cadre juridique suisse* » : Message concernant la loi fédérale sur le marché intérieur (LMI) du 23 novembre 1994, *FF 1995, vol.I, n°10, pp.1193-1272*, spéc. p.1216. Cette application est matériellement étendue à la reconnaissance des autorisations accordées à toutes les formes d'activités lucratives. S'agissant des marchandises, voir également la liste des réserves d'intérêts publics, jugée compatible avec la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes : Message concernant la loi fédérale sur les entraves techniques au commerce (LETC) du 15 février 1995, *FF 1995, vol.II, n°15, pp.489-603*, spéc. p.547.

techniques au commerce est modifiée dans le sens d'une application du « principe Cassis de Dijon » aux produits originaires de l'Union européenne (et plus largement de l'EEE)[661].

385. Ces législations contribuent à la mise en place d'un « *espace juridique eurocompatible* »[662] avec l'espace juridique de l'Union européenne. Elles ont une influence sur la relation Suisse-UE notamment sur le plan juridique parce qu'elles favorisent la conclusion ultérieure d'accords entre la Suisse et l'Union européenne. En effet, compte tenu de l'importance du droit de l'Union européenne – importance que l'on a pu apercevoir au titre des éléments factuels[663] et légaux[664] – la relation entre la Suisse et l'Union européenne s'établit sur le plan conventionnel par des accords fondés sur le droit de l'UE. Plus précisément, les accords peuvent imposer à la Suisse la reprise de règles de l'Union européenne en général listées en annexe ; ils peuvent aussi reconnaître l'équivalence entre les législations suisses et européennes listées, et en réalité l'équivalence de la législation suisse à celle de l'Union européenne[665]. L'adaptation autonome de la Suisse au droit de l'Union européenne facilite ainsi la reconnaissance par l'Union européenne de la possibilité pour la Suisse d'appliquer un accord de reprise du droit de l'Union européenne puisque les modifications seront limitées ; de même, elle facilite la reconnaissance par l'Union européenne de l'équivalence de la législation suisse au droit de l'UE[666]. En d'autres termes, l'adaptation unilatérale de la Suisse au droit de l'Union européenne prépare l'application conventionnelle d'un droit commun, en facilitant l'aboutissement des négociations et la mise en œuvre de l'accord conclu.

386. L'influence sur la relation Suisse-UE de ces lois fédérales varie selon l'optique dans laquelle l'adaptation est réalisée. Du point de vue de l'objet, on peut souligner que les lois fédérales, comme celle sur le marché intérieur ou une partie de la loi sur les avocats, peuvent reprendre des dispositions qui s'appliquent entre les Etats membres de l'Union européenne pour approfondir le marché intérieur entre les cantons suisses. Les lois

---

661 Sur cette loi, voir, *infra*, 2.

662 Rapport Europe 2006 du Conseil fédéral, *op.cit.*, p.6477.

663 Voir, *supra*, section 1, n°252 et s.

664 Voir, *supra*, section 2, n°283 et s.

665 Sur les principes de reprise et d'équivalence dans les accords Suisse-UE, voir, *infra*, titre 2, chapitre 1, n°464 et s.

666 Par exemple, à propos de l'accord sur les obstacles techniques au commerce, le Conseil fédéral soulignait que : « *Cet accord est le résultat de la voie de l'adaptation autonome empruntée par la Suisse dans différents domaines* » : Message du Conseil fédéral du 23 juin 1999 relatif à l'approbation des accords sectoriels entre la Suisse et la CE, *FF 1999, vol. VI, n°34, pp. 5440-6398*, spéc. p.5482, pt 166.3.

fédérales peuvent également soumettre des situations qui ont plus directement « vocation » à entrer en relation avec l'Union européenne (par exemple des produits marchands) à un droit qui en reprend les solutions. Du point de vue de la technique, l'adaptation peut être envisagée de manière négative, pour éviter une distorsion avec le droit de l'Union qui ne correspondrait pas directement à un intérêt de la Suisse ; ou de manière positive, lorsque l'acte (ou la disposition en cause) poursuivant la convergence est un instrument à part entière de poursuite des intérêts suisses[667].

387. Certes, en évitant une divergence qu'elle juge inutile, la Suisse poursuit un objectif positif, celui d'améliorer « l'efficacité » de la règle en cours d'élaboration. Dans les deux cas, l'adaptation se réalise parce qu'elle poursuit un objectif de la Suisse, et correspond ainsi à une approche très pragmatique de la portée européenne de sa législation. Mais dans le premier cas, le projet législatif est dessiné et la divergence avec le droit de l'Union européenne est un effet que l'on gomme parce qu'il y va d'un intérêt de la Suisse ; dans le second au contraire, des contours entiers de l'acte envisagé sont fonction du droit de l'Union européenne[668].

388. Bien plus que des contours, c'est parfois l'existence même de la législation suisse qui s'explique par l'adoption du droit de l'Union européenne comme référentiel : ce cas est illustré par la modification de la loi sur les entraves au commerce qui vise à insérer un principe équivalent au principe européen « Cassis de Dijon ». Elle constitue néanmoins un cas particulier d'adaptation à la fois sur sa portée directe dans la relation Suisse-UE et sur la technique juridique qu'elle met en œuvre.

---

667 En ce sens, voir Francesco MAIANI, « Legal Europeanization as Legal Transformation: Some Insights from Swiss 'Outer Europe' », in F. MAIANI, R. PETROV, E. MOULIAROVA (dir.), *European Integration Without EU Membership: Models, Experiences, Perspectives - European University Institute (EUI) Working Papers* n°2009/10, pp. 111-123, spéc. p. 113. Pour l'auteur, l'européanisation unilatérale renvoie au fait que le droit de l'UE peut être « *a major source of inspiration in a logic of lesson-drawing* » ; bien plus, elle peut désigner une politique législative « *aiming specifically at euro-compatibility* », l'auteur limitant toutefois à ce dernier cas le terme d'adaptation autonome.

668 La rédaction de la loi offre un indice de cette optique. Par exemple, une législation adaptée peut être complexe, l'eurocompatibilité n'étant obtenue qu'au moyen de nombreux bricolages juridiques ; au contraire il peut s'agir d'une législation dont la simplicité et la transparence avec le droit de l'Union européenne lui assurent un caractère « euroconvivial » (message du Conseil fédéral du 28 avril 1999 concernant la loi fédérale sur la libre circulation des avocats, *FF 1999, vol. VI, n°34, pp. 5331-5398, spéc.* p.5354).

2) *L'influence de la loi fédérale « Cassis de Dijon »*

389. L'introduction en droit suisse du principe européen « Cassis de Dijon » constitue une forme d'adaptation autonome qui se distingue de la plupart des autres. Avec la révision de la loi sur les entraves techniques au commerce[669], l'adaptation n'est pas conçue négativement à travers le souci d'éviter des divergences inutiles mais positivement parce qu'elle a pour but « *de doter l'instrumentaire visant à lutter contre les entraves techniques au commerce d'un volet supplémentaire* »[670]. Ici c'est l'intérêt de la Suisse qui suscite l'adoption d'une loi alignée partiellement sur le droit de l'Union européenne. La différence porte donc sur le moment de prise en compte de l'intérêt de la Suisse, *a posteriori* et comme rectificatif dans les premiers cas, alors qu'il apparaît en amont de la loi de 2009, comme élément déterminant l'existence même de cette loi parce que l'adaptation au droit de l'Union européenne constitue l'objet même de l'intérêt de la Suisse tel qu'identifié par le législateur fédéral. D'ailleurs l'introduction du principe « Cassis de Dijon » par cette loi est considérée comme l'un des volets de la lutte contre les entraves techniques au commerce, les deux autres étant « *l'harmonisation autonome et le développement du réseau d'accords internationaux* »[671]. L'adaptation au droit de l'Union européenne constitue donc l'objet même de la loi de 2010, celle-ci ayant pour but d'appréhender une situation commerciale avec l'Union européenne[672].

390. Bien plus, le contenu de cette adaptation au droit de l'Union européenne rend spécifique la loi sur les entraves techniques. Dans la plupart des autres cas[673], l'adaptation portait sur les dispositions du droit de l'Union européenne, et aboutissait à une harmonisation. L'équivalence du droit suisse avec le droit de l'Union européenne qui en résultait était une équivalence des dispositions matérielles des deux législations. La loi suisse de 2009 renforce cette harmonisation des prescriptions suisses avec le droit de

---

669 Loi fédérale du 12 juin 2009 modifiant la loi sur les entraves techniques au commerce (LETC), *RO 2010 2617.*

670 Message concernant la révision partielle de la loi fédérale sur les entraves techniques au commerce (LETC) du 25 juin 2008, *FF 2008, vol.I, n°35, pp.6643-6730*, spéc. p.6657.

671 Message concernant la révision partielle de la LETC, *op.cit.*, spéc. p.6659.

672 Voir la distinction « *entre l'objet (effet juridique direct et immédiat de l'acte), le but (résultat de l'effet juridique) et le motif (mobiles ayant servi d'antécédents à l'acte dans la pensée des auteurs)* », Jacques DEHAUSSY, *Jurisclasseur de droit international,* fasc. 12-C, §81, 2, cité par Jean Paul JACQUE, *Eléments pour une théorie de l'acte juridique*, Paris, L.G.D.J., 1972, 511 p., spéc. p.141.

673 La loi sur le marché intérieur avait également repris le principe « Cassis de Dijon » pour régler la circulation entre les cantons suisses. Voir, *supra*, 1.

l'Union européenne mais elle va plus loin en réglant le cas des prescriptions qui n'auraient pas été harmonisées avec le droit de l'Union européenne[674]. Comme toutes les prescriptions suisses n'ont pas été harmonisées avec le droit de l'Union européenne, la loi de 2010 reprend – partiellement – le principe « Cassis de Dijon » applicable entre les Etats membres de l'Union européenne[675]. La loi suisse de 2009 permet, lorsque les prescriptions suisses et européennes ne sont pas harmonisées, de commercialiser en Suisse un produit légalement mis en circulation dans l'Union (et plus largement dans l'EEE). L'adaptation du droit suisse au droit de l'Union porte donc sur le principe de reconnaissance mutuelle ; elle constitue en quelque sorte une équivalence sur le principe d'équivalence.

391. Mais cette adaptation met aussi en exergue l'action unilatérale du législateur suisse, en tant qu'elle est l'expression juridique d'un pouvoir qui n'implique pas de réciprocité. D'une part, l'adaptation unilatérale au principe Cassis de Dijon met en évidence le pouvoir du législateur suisse : il peut moduler ce principe, il peut opérer une sélection du contenu du droit de l'Union européenne qu'il souhaite reprendre. A cet égard, une liste d'exceptions a été établie et un régime spécial a été mis en place pour les denrées alimentaires. Dès lors que l'application du principe Cassis de Dijon ne trouve pas sa source dans une obligation juridique[676], la Suisse peut moduler l'application du principe Cassis de Dijon. Mais, la reconnaissance introduite en 2009 est unilatérale : la loi suisse peut certes reconnaître les effets de la législation d'un Etat membre sur le territoire suisse. Mais elle ne peut logiquement reprendre que partiellement le principe « Cassis de Dijon » en permettant la circulation en Suisse de produits fabriqués selon la législation d'un Etat de l'Union européenne et en obligeant l'administration suisse et les individus sous sa

---

674 Cette différence se dégage également des rapports du Conseil fédéral qui distingue la révision de la LETC visant à introduire le principe « Cassis de Dijon » de l'harmonisation autonome (sur les dispositions matérielles) : Message concernant la révision partielle de la loi fédérale sur les entraves techniques au commerce du 25 juin 2008, *FF 2008, vol.I, n°35, pp.6643-6730*, spéc. pp.6659.

675 Au sein de l'Union européenne, comme toutes les prescriptions ne sont pas harmonisées entre les Etats membres, la Cour de justice considère depuis 1979 que les Etats doivent reconnaître la législation appliquée lors de la fabrication du produit et permettre la commercialisation dans un Etat membre d'un produit mis en circulation conformément à la législation d'un autre Etat membre (CJCE, 20 février 1979, *Rewe-Zentral AG c. Bundesmonopolverwaltung für Branntwein*, aff. 120/78, *Rec. 1979*, p.649)

676 Certes, l'accord de libre-échange de 1972 permet la libre circulation de certains produits ; en outre, les règles de libre circulation posées par cet accord ont été reprises de celles du droit communautaire, notamment les articles 30 et 36 de traité CEE. Mais si ces dernières dispositions ont fondé le développement du principe « Cassis de Dijon » au sein de l'ordre juridique communautaire, une conséquence similaire n'a pas été établie juridiquement dans les rapports Suisse-UE. En ce sens, le Conseil fédéral suisse soulignait qu' « *Une telle analogie entre l'accord de libre-échange et le Traité CEE ne s'est pas complètement affirmée à ce jour sur les plans juridique et politique* » : Message du Conseil fédéral du 15 février 1995 concernant la loi fédérale sur les entraves techniques au commerce (LETC), *FF 1995, vol.II, n°15, pp.489-603*, spéc. p.504.

juridiction à respecter cette norme. En effet, en tant qu'acte unilatéral interne, la loi suisse ne peut poser des droits et obligations qu'à l'égard des personnes placées sous sa juridiction. Elle ne peut prétendre produire des effets juridiques extraterritoriaux qui consisteraient en une obligation pour un Etat de reconnaître la législation suisse applicable aux marchandises[677]. En d'autres termes, la loi suisse ne peut valablement obliger un Etat membre de l'UE (ou de l'EEE) à reconnaître les effets de sa législation en permettant la circulation dans cet Etat d'un produit fabriqué selon les prescriptions suisses[678]. Avec cette loi, la Suisse ne peut adopter en réalité qu'un principe de reconnaissance mutuelle partielle ou un principe de reconnaissance unilatérale.

392. Une reconnaissance mutuelle complète impliquerait une réaction juridique de l'Union européenne. Cette reconnaissance ne peut se fonder sur le principe reconnu en 1979. A cet égard, René SCHWOK soulignait la tentative de la Suisse de bénéficier du principe posé par la Cour de justice en 1979, prétention que la Commission européenne aurait refusé[679]. Il faudrait ainsi une réaction juridique formelle de l'Union européenne qui pourrait accepter de conclure un accord avec la Suisse reprenant complètement le principe « Cassis de Dijon ». On pourrait aussi concevoir que l'Union européenne exerce elle aussi une reconnaissance unilatérale à l'égard des marchandises conformes aux prescriptions

---

677 Dans une conception dualiste, une telle loi pourrait être considérée juridiquement comme valide dans l'ordre interne. Mais, d'une part, elle ne pourrait jamais prétendre à une application normale (celle-ci étant le fait d'un Etat sur lequel elle n'a pas de moyens d'emprise exécutifs et juridictionnels). D'autre part, elle ne serait pas reconnue par le droit international qui limite la compétence normative et exécutive des Etats à certains titres de compétences personnelle et territoriale, établis en tenant compte de la coexistence de plusieurs Etats souverains (voir notamment Brigitte STERN, « Quelques observations sur les règles internationales relatives à l'application extraterritoriale du droit », *A.F.D.I.*, vol. 32, 1986, pp. 7-52). Enfin, même si elle était considérée comme un acte unilatéral international, cette loi suisse ne pourrait valablement engendrer des obligations à charge d'Etats tiers. Elle entrerait donc dans la catégorie des « *prétentions qui cherchent à faire acquérir des droits à leur auteur mais n'en ont pas la capacité* » (Jean CHARPENTIER, « Engagements internationaux et engagements conventionnels, différences et convergences », in *Theory of international law at the threshold of the 21st century : essays in honour of Krzysztof SKUBISZEWSKI*, La Haye, Kluwer Law International, 1996, 1008 p., pp.367-380, spéc. p.367) ; cette loi ne serait alors pas un acte juridique mais un simple fait voire un fait juridique international (auquel le droit international ne confère pas la possibilité de produire des obligations juridiques à charge d'Etats tiers).

678 Le message du Conseil fédéral explique ainsi que « *le projet suisse, de par sa nature autonome, prévoit l'application du principe aux seuls produits importés en Suisse, tandis que le principe s'applique de manière réciproque dans la CE* » : message du 25 juin 2008 concernant la révision partielle de la loi fédérale sur les entraves techniques au commerce, *FF 2008, vol.I, n°35, pp.6643-6730*, spéc. pp.6671.

679 L'auteur souligne qu'à la suite de l'arrêt *Cassis de Dijon* rendu par la Cour de justice en 1979, la Suisse, « *pays non membre a donc saisi ce jugement pour obtenir la possibilité d'exporter ses bières en Allemagne à partir du territoire français. Mais la Commission a refusé d'étendre le principe de la reconnaissance mutuelle des normes à ce produit suisse* » : René SCHWOK, « L'AELE face à la Communauté européenne : un risque de satellisation », *Revue d'Intégration Européenne*, 1989, vol. XIII, n°1, pp. 15-53.

du droit suisse, réaction qui sur le plan de la théorie de l'acte juridique soulèverait d'intéressantes questions[680].

393. En somme, la modification de la loi fédérale sur les entraves techniques au commerce illustre cette appréhension par une législation de situations (ici des biens) présentant un élément d'extranéité : bien qu'elle prévoie plusieurs dérogations, cette loi consacre le principe « Cassis de Dijon ». Il n'est pas possible de parler de reconnaissance mutuelle dès lors que celle-ci n'a été érigée en principe que par un acte unilatéral suisse. Néanmoins, sa portée externe est importante : en vertu de ce principe repris du droit européen, les produits légalement mis sur le marché dans l'Union européenne ou dans l'EEE peuvent en principe circuler librement en Suisse. Les effets attendus de cette loi, en termes de concurrence et de baisse des prix[681], montrent par ailleurs que dans ce cadre, l'adaptation constitue pleinement un instrument au service d'une politique, en l'occurence économique.

394. L'adaptation autonome du législateur suisse se réalise ainsi de manière discrétionnaire par le biais d'actes unilatéraux et influe sur la manière dont la Suisse se place par rapport à l'ordre juridique de l'Union. Que l'adaptation autonome soit perçue comme un « parallélisme »[682], comme un « arrimage législatif »[683] ou de manière plus péjorative comme un « suivisme »[684], elle constitue, sur le plan de la technique juridique, un moyen de poursuivre une politique européenne qui concilie européanité et sauvegarde de l'autonomie décisionnelle de la Suisse et de l'Union.

---

680 Si l'Union prend un acte par lequel elle reconnaît que les marchandises légalement mises en circulation en Suisse peuvent être commercialisées au sein de l'Union européenne, quelle serait la nature de cet acte de l'Union européenne et de la LETC ? S'agirait-il de « législations parallèles »? Ou d'« actes unilatéraux croisés » ? Ces actes devraient-ils être regardés comme s'apparentant davantage à un traité ? Devraient-ils, dès lors, être considérés comme des actes internationaux ? Sur les difficultés de distinctions conceptuelles, voir Paul REUTER, « Principes de droit international public », *R.C.A.D.I.* 1961-II, t. 103, pp.425-655, spéc. p.565. ; Julio A. BARBERIS, « Le concept de 'traité international' et ses limites », *A.F.D.I.,* 1984, vol. 30, n°1, pp. 239-270, spéc. pp. 250-251. Voir également Michel VIRALLY, « Sur la notion d'accord », *in Fetschrift für Rudolf BINDSCHEDLER,* Berne, Stämpfli, 1980, pp. 159-172, spéc. p. 165.

681 Sur les effets attendus et constatés de cette loi, en termes de concurrence et de baisse des prix, voir les rapports annuels de la Commission de la concurrence, du Surveillant des prix et les rapports du Secrétariat é l'Economie (SECO).

682 Rapport du Conseil fédéral du 24 août 1988, *op.cit.*, spéc. p.365.

683 Cécile RAPOPORT, *Les partenariats entre l'Union européenne et les Etats tiers européens - Étude de la contribution de l'Union européenne à la structuration juridique de l'espace européen,* Bruxelles, Bruylant, 2011, 809 p., spéc. p. 63

684 C'est notamment une expression employée par le NOMES qui milite pour l'adhésion de la Suisse à l'Union européenne.

*

* *

Conclusion du chapitre 2.

395. L'influence des éléments objectifs factuels va essentiellement dans le sens d'une impulsion de la coopération entre la Suisse et l'Union européenne. L'interdépendance et l'inégalité existant entre la Suisse et l'Union européenne orientent également le sens du renforcement de la collaboration entre la Suisse et l'Union européenne. Le développement de cette dernière étant un facteur de développement de ces contraintes objectives, ces dernières tendent à orienter la relation Suisse-UE sur les règles de l'Union européenne.

396. Ces dernières exercent en effet une influence essentielle sur la relation Suisse-UE. Leurs conséquences diffèrent selon les aspects de la construction du droit de l'Union européenne que l'on considère. Les règles de compétences influencent le type d'accords conclu, encore que le système général des compétences au sein de l'Union européenne rapproche les accords simples Suisse-UE des accords mixtes Suisse-UE-Etats membres. Ensuite, les règles dites du premier degré (celles qui régissent le comportement des ressortissants suisses et européens) et dans une moindre mesure les règles du second degré (qui ont pour objet les précédentes) ont tendance à être fondées sur le droit de l'Union européenne au fur et à mesure que l'unification du droit progresse au sein de l'Union européenne. Le caractère « d'union » que représente la construction européenne joue de manière ambivalente en attirant la Suisse tout en imposant des limites à une intégration qui ne se voudrait pas complète c'est-à-dire à une intégration autre que l'adhésion. Enfin, le processus d'élargissement de l'Union européenne produit des conséquences dans le développement des liens entre la Suisse et l'Union européenne, y compris en faisant apparaître des exigences de solidarité. En somme, le droit de l'Union européenne constitue à la fois un vecteur d'impulsion de la relation et des contours de la relation Suisse-UE, et un vecteur de limitation dès lors que cette relation n'emprunte pas la voie de l'adhésion.

397. Or précisément, le droit de la Confédération suisse ne favorise pas une telle adhésion. Ce n'est pas que cette voie soit juridiquement incompatible avec les structures notamment constitutionnelles de la Suisse, d'autant que le droit constitutionnel peut être révisé. Mais cette structure constitutionnelle renvoie à des réalités factuelles (l'histoire de la Suisse, sa taille, les différences entre les cantons) qui tendent à interpréter ces structures constitutionnelles comme des éléments identitaires de la Suisse auxquels porterait atteinte une adhésion. En d'autres termes en pratique, la neutralité, l'organisation fédérale et les droits politiques populaires constituent des éléments objectifs qui influencent la relation Suisse-UE dans le sens d'une mise à l'écart de la Suisse par rapport à l'intégration de l'Union européenne. Les droits politiques fédéraux exercent un effet supplémentaire : celui de limiter une approche à long terme de la relation Suisse-UE qui recoupe la question de l'adhésion, mais qui se manifeste également dans la voie bilatérale choisie, puisque la mise en œuvre d'un accord Suisse-UE peut être remise en cause par une initiative populaire. Face à ces limites, le législateur suisse essaie au quotidien de limiter les désavantages d'une mise à l'écart, en adaptant le droit fédéral aux règles de l'Union européenne, lorsqu'il en va de l'intérêt de la Suisse. Le droit suisse constitue ainsi à la fois un vecteur de limitation au rapprochement avec l'Union européenne si celui-ci est conçu à long terme et notamment comme une adhésion, et un vecteur de rapprochement avec l'Union européenne, conçu comme pragmatique. On retrouve ainsi une caractéristique des éléments subjectifs, et une conclusion d'ensemble s'impose.

*

* *

Conclusion du titre 1.

398. En conclusion, la volonté de la Suisse et celle de l'Union européenne, centrales pour la formation et la définition des actes juridiques voués à régir leurs rapports, n'a un contenu que faiblement caractérisé. Loin d'être marquées par une idée-force structurante nette, les volontés de la Suisse et celles de l'Union européenne sont essentiellement celles d'un pragmatisme, qui aborde le développement de leur relation à court terme, et dans la

perspective de préserver leurs autonomies respectives. Cette volonté de pragmatisme a permis le développement de la relation Suisse-UE à la suite du referendum négatif sur l'EEE ; elle guide l'établissement des accords Suisse-UE et de certaines législations suisses liées à la relation Suisse-UE. Mais on peut déjà souligner que cette volonté de pragmatisme posera des difficultés dans l'interprétation des règles posées par les accords qui ne peut s'appuyer sur une direction claire[685] ; en outre, elle caractérisera la limitation du développement institutionnel de l'ensemble formé entre la Suisse et l'Union européenne sur la base des accords sectoriels et des législations suisses, lequel ne peut s'appuyer sur une dimension politique qui oriente la part d'indéterminé qui se pose dans un ensemble[686]. C'est donc un subjectivisme essentiellement guidé par des éléments objectifs, par les effets d'impulsion et de limitation de ces éléments objectifs.

399. Le développement de la relation Suisse-UE apparaît alors favorisé par l'action d'éléments objectifs factuels (l'interdépendance et l'inégalité) et d'éléments objectifs légaux (le droit de l'Union européenne et les législations suisses adaptées au droit de l'Union européenne). Toutefois, certains éléments objectifs limitent le rapprochement, ou plus exactement certaines formes de rapprochement. Les fondements constitutionnels de l'Union européenne s'opposent à un rapprochement qui porterait atteinte à l'autonomie de l'ordre juridique de l'Union européenne, ce risque augmentant au fur et à mesure que l'intégration de la Suisse progresse par une voie autre que l'adhésion. Or les structures constitutionnelles suisses ne favorisent pas l'affirmation et le suivi d'une perspective d'adhésion. C'est même plus largement le développement d'une relation conçue dans une optique de long terme qui est difficile à mettre en place pour la Suisse. Face à l'absence d'idée transcendante et structurante, on comprend ainsi la structure des actes établis pour régir la relation Suisse-UE.

400. Ils sont fondés matériellement sur le droit de l'Union ce qui correspond à la volonté de rapprochement impulsée et orientée par l'action des éléments objectifs (notamment l'effet d'attraction du droit de l'Union européenne). Mais le pragmatisme et le court terme se retrouvent dans le fait que ce sont des accords ou législations qui règlent des points

---

685 Voir, *infra*, partie 2, titre 1, chapitre 1.

686 Voir, *infra*, partie 2, titre 2, chapitre 2.

précis, sans objectifs clairs, qui laissent la plus grande marge de manœuvre possible à la Suisse et l'Union européenne pour appliquer et développer ces dispositions.

*

* *

Titre 2

Les actes juridiques régissant la relation Suisse-UE

401. De la combinaison des éléments subjectifs et objectifs déterminant la relation Suisse-UE, il résulte des actes juridiques qui concilient la recherche d'un rapprochement et d'un rapprochement sur l'Union européenne d'une part, et la préservation de l'autonomie de la Suisse et celle de l'Union européenne d'autre part. Les accords bilatéraux Suisse-UE et celles des législations suisses pertinentes pour la relation Suisse-UE sont marqués par cet équilibre. Ils le sont en dépit de leurs différences ; ils le sont ensuite à différents niveaux de la structure des actes.

402. La conciliation entre rapprochement sur le droit de l'Union européenne et maintien d'une distanciation caractérise les actes juridiques régissant la relation Suisse-UE, malgré les différences notables entre eux. Entre les législations suisses et les accords Suisse-UE, il y a une différence qui recoupe celle des actes unilatéraux internes et des actes conventionnels internationaux ; au sein de ces accords Suisse-UE, un accord sur l'audiovisuel est assez éloigné d'un accord sur le franchissement des frontières, la politique des visas et l'entraide répressive ou d'un accord sur les échanges de produits agricoles transformés. Ces différences peuvent s'expliquer au regard de la théorie de l'acte juridique élaborée par Jean HAUSER, dès lors que le poids et l'action des éléments subjectifs et objectifs peut varier[687]. Elles s'expliquent aussi au regard de la particularité des éléments subjectifs qui n'ont été que faiblement définis par une volonté de pragmatisme. La structure des actes juridiques ne porte donc pas la marque de l'évidence qui caractérise le produit d'une opération comme seul produit logique et prévisible. L'absence d'évidence n'entraîne cependant pas absence de cohérence. Les constantes identifiées dans les éléments subjectifs et objectifs invitent à une telle recherche ; le parallélisme des négociations des accords bilatéraux I signés en 1999 et II signés en 2004 suscite également une lecture comparative qui permette de comprendre les points communs de ces actes. Ce titre a ainsi vocation à rechercher dans la diversité des actes, les

[687] Jean HAUSER, *Objectivisme et subjectivisme dans l'acte juridique. Contribution à la théorie générale de l'acte juridique*, Paris, LGDJ, 1971, 339 p.

éléments généraux qui les caractérisent. Et il semble que l'on retrouve dans les différents accords et législations, deux dimensions qui s'expliquent au regard des éléments précédemment identifiés. D'abord, les actes assurent la préservation de l'autonomie de la Suisse et celle de l'Union européenne. Ensuite ces actes sont construits en se référant au droit de l'Union européenne, ils sont caractérisés par une certaine « européanité » des règles applicables. L'autonomie et l'européanité peuvent être regardées comme les deux axes structurant l'ensemble des actes juridiques Suisse-UE.

403. Chaque acte est tout entier caractérisé par une combinaison d'autonomie et d'européanité. Par exemple, les accords Suisse-UE reprennent certaines règles du droit de l'Union européenne ; « en amont » ils accordent en tant que mode de production du droit une place essentielle à l'autonomie de la volonté de la Suisse et celle de l'Union européenne ; « en aval », l'application des accords Suisse-UE suit le principe classique en droit international, de l'autonomie des parties. La synthèse des éléments subjectifs et objectifs qui déterminent la relation Suisse-UE aboutit ainsi à certains traits dans la structure des actes, structure qui vise tout entière à garantir l'autonomie des parties et l'européanité de leur relation. Le lien qui unit l'axe d'européanité et l'axe d'autonomie est plus qu'un lien de juxtaposition ou d'exclusion, c'est un rapport *a priori* nécessaire qui existe entre les deux. C'est parce que les actes juridiques consacrent par divers mécanismes, l'autonomie respective de la Suisse et de l'Union européenne, que ces actes ont établi des règles communes d'origine européenne pour régir leurs rapports. Inversement, c'est parce que les normes qui les régissent sont inspirées du droit de l'Union européenne, que les actes garantissent à l'Etat tiers et à l'Union des éléments d'autonomie. Et ce n'est que compte tenu de ce rapport d'imbrication que l'on peut tenter de préciser la structure des actes juridiques en rattachant certains aspects à l'un ou l'autre des deux axes.

404. Chaque acte est tout entier caractérisé par ces deux éléments même si l'analyse peut être affinée selon les éléments de l'acte considéré[688]. On peut d'abord en suivant une

---

688 Certes, jusqu'à présent les actes juridiques ont été considérés essentiellement dans leur acception globale qui renvoie aussi bien à l'acte au sens strict et à la norme car les dichotomies classiques de l'acte juridique n'emportent pas de spécificités dans l'interaction de l'objectivisme et du subjectivisme. Cependant, elles peuvent être utiles pour leurs vertus didactiques : Jean HAUSER, *Objectivisme et subjectivisme dans l'acte juridique*, *op.cit*, p. 71.

doctrine classique, distinguer l'acte en tant qu'il est d'abord un mode de production du droit et ensuite en tant que produit de cette opération[689].

405. En tant que mode de production du droit, les accords Suisse-UE et les législations suisses n'appellent essentiellement que deux remarques. La première a été évoquée[690], il s'agit de l'inclusion des législations parmi les actes régissant la relation Suisse-UE. Compte tenu de leur importance quantitative, de la reprise du droit de l'Union européenne que ces lois opèrent, et de la logique que poursuit le législateur fédéral suisse par l'adaptation autonome, ces lois méritent d'être mentionnées dans une étude de la relation Suisse-UE. Bien qu'il s'agisse d'actes unilatéraux internes, ces lois ont des conséquences importantes sur la relation de la Suisse à l'Union européenne, notamment en ce qu'elles préparent un cadre juridique interne favorable à la conclusion d'accords qui seront probablement fondés sur le droit de l'Union européenne[691]. La seconde concerne la caractéristique principale de ces modes de production du droit : ils combinent autonomie et européanité, avec une prédominance du premier dans la mesure où les actes conventionnels et unilatéraux garantissent une autonomie décisionnelle à la Suisse et à l'Union européenne pour déterminer les règles applicables en opérant une sélection des règles de l'Union européenne. Cette observation n'est pas originale puisque les relations entre cet Etat et de

---

689 S'agissant des actes juridiques de manière globale, voir Jean Paul JACQUE, *Eléments pour une théorie de l'acte juridique en droit international public*, Paris, L.G.D.J., 1972, 511 p., spéc. p. 48 et p. 51 et « Acte et norme en droit international public », *R.C.A.D.I.*, 1991-II, t. 227, pp. 357-417. S'agissant spécifiquement des traités, Hans KELSEN insiste sur la création de la norme et la norme créée : Hans KELSEN, « Contribution à la théorie du traité international », *Revue internationale de la théorie du droit*, 1936, pp.253-293, spéc. p.255. Voir également Julio A.BARBERIS, « Le concept de 'traité international' et ses limites », *A.F.D.I.*, 1984, vol. 30, n°1, pp. 239-270, spéc. pp.245-246 ; Jean COMBACAU, *Le droit des traités*, Paris, PUF, 1991, 123 p., spéc. p. 121 ; Paul REUTER, *Introduction au droit des traités,* 3ème éd., Paris, PUF, 1995, 251 p., spéc. pp. 20 et s. ; Florence POIRAT, *Le traité, acte juridique international – Recherches sur le traité international comme mode de production et comme produit*, Leiden, M. Nijhoff Publishers, 2004, 506 p., spéc. pp.10 et s. et les références citées.

Les divergences existantes ne font pas obstacle à l'utilisation de cette dichotomie utilisée pour ses atouts fonctionnels parce qu'elles surviennent essentiellement sur l'emploi de cette distinction dans la définition de l'acte ou encore sur le contenu de ces deux branches. Se posent ainsi diverses questions, qu'il s'agisse de préciser la distinction (ex : recoupe-t-elle la distinction entre instrument et norme ?), ou le contenu d'une branche (ex : le résultat de l'opération : l'acte ne produit-il que des normes ou d'autres effets ?), ou plus simplement les termes (ex : le mot « acte » étant tantôt entendu largement, tantôt plus restrictivement comme la première branche relevée, c'est-à-dire comme moyen de production du droit).

690 Voir, *supra*, titre 1, chapitre 2, n°380 et s.

691 Elles sont ainsi rattachées à l'étude des actes régissant la relation Suisse-UE, le vocable « régir » ne renvoyant pas à une dimension extérieure et autoritaire d'un pouvoir de vouloir de la Suisse. Il se peut d'abord que l'acte unilatéral ait pour objet direct et immédiat de régir un aspect de la relation Suisse-UE, comme la loi étendant à l'égard des produits originaires de l'Union européenne, l'application du principe « Cassis de Dijon ». Dans ce cas, l'acte unilatéral emploie une technique autoritaire à l'égard de destinataires pour lesquels il dispose d'une capacité de vouloir (administration suisse et ressortissants sous la juridiction de la Suisse) mais influe sur la relation de la Suisse à l'Union européenne. Il se peut aussi que l'acte unilatéral établisse une simple équivalence avec le droit de l'Union européenne mais l'homogénéité établie n'est pas neutre dans la relation Suisse-UE. Elle contribue à assurer une compatibilité des ordres juridiques suisse et européen favorable au développement conventionnel de la relation Suisse-UE.

cette organisation s'établissent dans un cadre international classique[692] et que l'ordre juridique international est largement favorable à l'autonomie décisionnelle des sujets de droit international. En effet, les traités internationaux et les actes unilatéraux sont classiquement des actes qui garantissent à leurs auteurs une autonomie décisionnelle en amont de la norme en tant que « *rampe de lancement* »[693].

406. En revanche, les produits normatifs des actes peuvent être variés précisément parce qu'ils dépendent en grande partie des choix réalisés par leurs auteurs. Il convient alors de préciser la structure des actes juridiques s'agissant des procédés normatifs utilisés. A cet égard, une seconde distinction peut être introduite, qui recoupe certaines théories juridiques classiques[694]. Certaines règles, que l'on appellera règles du premier degré ou règles primaires, régissent notamment le comportement des ressortissants (nationaux essentiellement mais pas exclusivement) relevant ici de l'ordre juridique suisse ou européen. On peut également inclure dans cette catégorie des règles qui régissent le comportement des autorités si elles n'ont pas pour objet de régler d'autres règles. Par exemple, on peut inclure parmi les règles du premier degré celles qui posent une interdiction des aides d'Etat, parce qu'elles se distinguent des règles visant le comportement que les autorités doivent ou peuvent adopter pour modifier une autre règle. Ce dernier type de règles, qualifiées de règles du second degré ou règles secondaires, a pour objet les précédentes : elles peuvent notamment en régir l'application ou la modification et visent généralement les autorités politiques ou juridictionnelles, auxquelles elles confèrent des compétences ou imposent des obligations.

407. Les accords Suisse-UE et certaines législations suisses se réfèrent par différentes techniques au droit de l'Union européenne pour établir matériellement les règles du premier degré applicables. En d'autres termes, certaines règles du premier degré se caractérisent assez nettement par leur européanité parce qu'elles reprennent des règles correspondantes applicables au sein de l'Union européenne. La situation est moins claire pour les règles du second degré, même si l'on exclut ici le cas des législations suisses adaptées spontanément au droit de l'Union européenne, parce qu'elles relèvent par

---

692 Voir, *supra*, introduction, n°81.

693 Jean Paul JACQUE, « Acte et norme en droit international public », *R.C.A.D.I.* 1991-II, t. 227, pp. 357-417, spéc. p.401.

694 Sur cette distinction, voir, *supra*, introduction, n°90, et sous partie 1, n°108-109.

définition de la compétence autonome de la Suisse pour leur interprétation et leurs modifications. La plupart des règles du second degré posées par les accords Suisse-UE ne posent que des obligations peu limitatives de la marge de manœuvre de la Suisse et celle de l'Union européenne en matière d'interprétation et de modification des règles (du premier degré). En d'autres termes, la plupart des règles du second degré se caractérisent par le fait qu'elles sauvegardent l'autonomie de la Suisse et celle de l'Union européenne. Certaines d'entre elles se détachent de ce schéma et posent des obligations plus contraignantes, notamment des obligations qui garantissent que l'application ou la modification des règles du premier degré suivra celles du droit de l'Union européenne.

408. Cette grille d'analyse se retrouve également, dans une certaine mesure, dans l'accord EEE rejeté par la Suisse. Cet accord se présente également comme une combinaison d'européanité et d'autonomie et servira ponctuellement de point d'analyse. Mais dans l'accord EEE, ces éléments se retrouvent sous des formes et surtout dans des proportions différentes. Dans l'accord EEE, l'européanité caractérisant les règles du premier degré est plus marquée. Les accords Suisse-UE et les législations suisses reprennent certaines règles de l'Union européenne selon le domaine qu'ils couvrent et ne font pas de l'homogénéité un objectif. En revanche l'accord EEE reprend les règles du marché intérieur de l'Union européenne et des politiques horizontales d'accompagnement. L'accord EEE affiche un objectif clair d'homogénéité entre les règles (ici appelées du premier degré) et les règles correspondantes du droit du marché intérieur. A cet effet, il impose certaines obligations et notamment celle d'interpréter les règles posées à la lumière de la jurisprudence correspondante de la Cour de justice de l'Union européenne, clause (intermédiaire entre une règle du premier degré et de règle du second degré[695]) que l'on ne retrouve que rarement dans les accords Suisse-UE. En outre et toujours compte tenu de l'objectif d'homogénéité, les règles du second degré limitent davantage l'autonomie des membres de l'EEE : l'application et la modification du droit sont orientées en fonction du droit de l'Union européenne. Ainsi, par rapport à l'accord

[695] Sur l'ambivalence de cette clause, voir, *infra*, chapitre 1, n°417.

EEE, les actes régissant la relation Suisse-UE sont globalement marqués par une européanité moindre, et une plus grande préservation de l'autonomie[696].

409. En somme, la synthèse des éléments subjectifs et objectifs a abouti à des actes juridiques dont les règles du premier degré sont très nettement caractérisées par leur rattachement au droit de l'Union européenne (chapitre 1). Les règles du second degré sont elles caractérisées essentiellement par l'autonomie qu'elles confèrent à la Suisse et à l'Union européenne pour interpréter et modifier les règles du premier degré contenues dans les accords Suisse-UE, même si certaines d'entre elles limitent davantage leur autonomie afin de maintenir l'européanité des règles primaires (chapitre 2).

*

* *

Chapitre 1 – L'européanité caractéristique des règles du premier degré

Chapitre 2 – L'autonomie caractéristique des règles du second degré

*

* *

696 Sur les interrogations relatives au degré d'autonomie de l'ordre juridique de l'Union européenne préservé par les accords Suisse-UE par rapport à l'accord EEE, voir, *infra*, chapitre 2, section 1, n°669 et s.

Chapitre 1 – L'européanité caractéristique des règles du premier degré

410. Les règles du premier degré établies par les accords Suisse-UE et les législations suisses pertinentes, celles qui régissent le comportement des ressortissants relevant de la juridiction de la Suisse ou celle de l'Union européenne, sont largement fondées sur le droit de l'Union européenne.

411. Une telle utilisation du droit de l'Union européenne n'est pas un phénomène propre à la relation Suisse-UE. Comme le souligne Christine KADDOUS : « *Dans le développement du droit des relations extérieures, on a pu observer en pratique "un phénomène d'attraction du droit communautaire matériel sur plusieurs groupes de pays* »[697]. Cette attraction se manifeste différemment selon les Etats tiers liés à l'Union européenne, et est particulièrement nette à l'égard des Etats de l'AELE, dont la Suisse[698].

412. Il s'agit alors d'identifier certains critères permettant de qualifier cette européanité des règles du premier degré, de préciser le rattachement établi entre le droit applicable dans la relation Suisse-UE et le droit existant au sein de l'Union européenne.

---

697 Christine KADDOUS, « Les accords sectoriels dans le système des relations extérieures de l'Union européenne », in D. FELDER, C. KADDOUS (dir.), *Accords bilatéraux Suisse - UE (Commentaires)*, Bruxelles, Bruylant, 2001, pp.77-115, spéc. p. 114. Sur ce point, voir notamment la thèse d'Ulas CANDAS, *Les relations extérieures, instrument d'une projection de l'acquis de l'Union européenne sur le plan international*, thèse dact., 2008, 807 p. Pour une étude dans le cadre de l'espace européen, voir en particulier la thèse de Cécile RAPOPORT, *Les partenariats entre l'Union européenne et les Etats tiers européens - Étude de la contribution de l'Union européenne à la structuration juridique de l'espace européen*, Bruxelles, Bruylant, 2011, 809 p. Voir également le dossier spécial « Special Issue Approximation to EU Law" in *European Journal of Law Reform*, 2007, vol. 3. Ou encore: Francesco MAIANI, Roman PETROV, Ekaterina MOULIAROVA, « European Integration Without EU Membership: Models, Experiences, Perspectives », in *European University Institute (EUI) Working Papers* n°2009/10, 149 p. ; Roman PETROV, « Exporting the Acquis Communautaire into the Legal Systems of Third Countries », *E.F.A.R.* 2008, p.33-52.

698 Christine KADDOUS, « Les accords sectoriels dans le système des relations extérieures de l'Union européenne », *op.cit.*.

Pour une contribution en allemand, voir Christa TOBLER, « Der Acquis der rechtlichen Verbindung der Schweiz zur EG und EU : eine unsichere Grösse? », in *Die Schweiz im europäischen Integrationsprozess*, Nomos, Baden-Baden, 2008, p.11–37; Astrid EPINEY, Florence RIVIERE (dir.), *Auslegung und Anwendung von "Integrationsverträgen". Zur Übernahme des gemeinschaftlichen Besitzstandes durch Drittstaaten, insbesondere die Schweiz, Interprétation et application des "traités d'intégration". De la reprise de l'acquis communautaire par des Etats tiers, notamment par la Suisse,* Zürich, Schuthess, 2006, 159 p.; René SCHWOK, « Switzerland's approximation of its legislation to the EU Acquis : specificities, lessons and paradoxes », *The European journal of law reform*, 2007, vol.9, n°3, pp.449-465; Francesco MAIANI, « Legal Europeanization as Legal Transformation: Some Insights from Swiss 'Outer Europe' », in *European University Institute (EUI) Working Papers* n°2008/32, 24 p. Yannis PAPADOPOULOS, « Europeanization? Two logics of change of policy-making processes in Switzerland », Working Paper n°1, National Centre of Competence in Research, Challenges to Democracy in the 21st Century; Fischer, Alex, Nicolet, Sarah and Pascal Sciarini (2002) "Europeanisation of a Non-EU Country: The Case of Swiss Immigration Policy" West European Politics 25(4): 143-17.

413. On pourrait déterminer l'étendue matérielle de l'européanité des règles du premier degré applicable entre la relation Suisse-UE. Cependant, et outre le fait qu'une telle étude imposerait une approche presque quantitative et exhaustive, elle recouperait d'autres développements. En effet, un aperçu de cette étendue sera fourni lors de l'étude des autres critères d'européanité qui se réfèreront à tel accord ou telle législation. En outre, l'approche dynamique de la relation Suisse-UE adoptera une dimension horizontale qui précisera l'étendue de l'européanité résultant des accords Suisse-UE[699].

414. On préfèrera étudier les techniques de construction qui rattachent ces règles du premier degré au droit de l'Union européenne. A cet égard, il faut dès à présent relever que l'européanité des règles du premier degré dépend des obligations posées par les règles du second degré. Selon la manière dont ces dernières encadrent la mise en œuvre des règles primaires, ou leur modification par rapport au développement du droit de l'Union européenne, l'arrimage sur le droit de l'Union européenne sera plus ou moins poussé[700]. Dans une optique progressive, on essaiera de se limiter ici aux procédés qui définissent le plus directement les règles du premier degré par rapport aux règles correspondantes du droit de l'Union européenne. Il s'agit ainsi d'étudier les procédés qui contribuent à mettre en place un « arrimage »[701] des règles primaires sur le droit de l'Union européenne. Trois principaux procédés garantissent l'européanité des règles matérielles des accords Suisse-UE.

415. Le rattachement des règles du premier degré se fait en premier lieu par une référence aux règles correspondantes de l'Union européenne. Le droit de l'Union européenne est alors utilisé comme base matérielle pour déterminer la substance des règles primaires applicables. Ce premier procédé, utilisé aussi bien par les accords Suisse-UE que par des législations suisses, consiste donc à se référer, implicitement ou explicitement au droit de l'Union européenne pour déterminer le contenu des règles primaires applicables.

---

699 Sur l'assimilation de la Suisse à un Etat membre de l'UE, voir, *infra*, partie 2, titre 1, notamment n°869 et s.

700 Sur les règles du second degré des accords Suisse-UE, voir, *infra*, chapitre 2, n°610 et s.

701 Ce terme est emprunté Cécile RAPOPORT lorsqu'elle met en évidence le fait que, si les normes communes établies entre l'Union européenne et ses partenaires « *s'inspirent du droit de l'Union européenne, le caractère structurel des partenariats va engendrer un véritable "arrimage normatif" des Etats tiers européens à l'Union européenne* » : Cécile RAPOPORT, *Les partenariats entre l'Union européenne et les Etats tiers européens - Étude de la contribution de l'Union européenne à la structuration juridique de l'espace européen,* Bruxelles, Bruylant, 2011, 809 p., spéc. p. 63.

416. Lorsqu'il s'agit de références implicites, les dispositions inspirées du droit de l'Union européenne sont ensuite applicables en tant que loi suisse ou disposition conventionnelle selon l'acte dans lequel elles sont contenues. En revanche les références explicites aux actes de l'Union européenne ne suffisent pas à caractériser le rattachement au droit de l'Union européenne, et à identifier exactement l'européanité des règles primaires. Le rattachement au droit de l'Union européenne est plus fort lorsque les accords imposent une reprise du droit de l'Union européenne, que lorsqu'ils sont fondés sur l'équivalence des législations. Le principe de reprise d'une part, et le principe d'équivalence des législations suisses et européennes d'autre part, déterminent le lien des règles primaires avec le droit de l'Union européenne. Ils constituent ainsi les bases fonctionnelles de l'européanité conventionnelle.

417. Enfin, l'européanité des règles primaires peut être renforcée par la prise en compte de la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne (CJUE) pour les interpréter, qui peut conduire à prolonger l'arrimage normatif sur le droit de l'Union européenne. Cette prise en compte peut résulter des principes classiques d'interprétation. Elle peut aussi être imposée : de rares accords Suisse-UE comportent une clause qui oriente l'interprétation des notions basées sur le droit de l'UE sur la jurisprudence de la Cour de justice antérieure à la date de signature de ces accords. Cette clause n'est cependant pas dénuée d'ambiguïtés en raison des incertitudes quant au renvoi ainsi opéré, et des ambivalences de la jurisprudence et plus largement du travail interprétatif, à la fois connaissance et application du droit. En ce sens, si la prise en compte de la jurisprudence de la CJUE est ici étudiée en tant que procédé normatif garant de l'européanité des règles primaires, elle apparaît à certains égards comme une règle du second degré, c'est-à-dire une règle ayant pour objet la mise en œuvre et l'interprétation des règles du premier degré.

418. En somme, l'européanité est établie par des références au droit de l'UE qui constituent les bases matérielles de la substance des règles primaires des accords Suisse-UE et législations suisses (section 1). Lorsqu'il s'agit de références explicites au droit de l'Union européenne posées par les accords, le rattachement au droit de l'Union européenne sera plus ou moins étroit selon que l'accord est fondé sur un principe de

reprise ou un principe d'équivalence des législations. L'équivalence ou la reprise sont en quelque sorte les bases fonctionnelles des références conventionnelles explicites au droit de l'Union européenne et assurent un degré variable d'européanité des règles du premier degré (section 2). Enfin, la prise en compte de la jurisprudence de la CJUE pour interpréter les règles du premier degré basées sur le droit de l'Union européenne complète l'arrimage sur le droit de l'Union européenne, cette clause étant un intermédiaire entre une règle du premier et une règle du second degré (section 3).

*

* *

Section 1 - L'établissement substantiel des règles du premier degré par référence au droit de l'UE

Section 2 – Les exigences de coïncidence des règles du premier degré sur le droit de l'UE selon les principes d'équivalence ou de reprise

Section 3 – Le prolongement de l'européanité des règles du premier degré par la prise en compte de la jurisprudence de la CJUE

*

* *

Section 1. L'établissement substantiel des règles du premier degré par référence au droit de l'UE

419. Les actes qui régissent la relation Suisse-UE posent des règles destinées à régir le comportement des personnes relevant de la Suisse ou de l'Union européenne, dont le contenu est déterminé par des références au droit de l'Union européenne. Ces références n'interviennent cependant ni de manière exclusive, ni de manière uniforme.

420. Le contenu des règles primaires applicables n'est évidemment pas établi uniquement en fonction du droit de l'Union européenne : peuvent être posées des règles nouvelles ou différentes de celles appliquées au sein de l'Union européenne. Mais, plus les règles applicables ressembleront à celles de l'Union européenne, plus l'arrimage normatif sur le droit de l'Union européenne sera fort. Or, chaque acte s'inspire dans des proportions variables du droit de l'Union européenne : l'arrimage normatif dépend alors du nombre de règles qui se réfèrent au droit de l'Union européenne, et de leur identité matérielle avec ce droit. La variable quantitative, qui impliquerait une étude fastidieuse, et la variable qualitative, qui impliquerait une étude spécialiste, ne seront pas étudiées en tant que telles, mais un aperçu devrait découler de l'étude des autres variables de l'européanité. En outre, toutes les références au droit de l'Union européenne n'exercent pas la même influence sur la substance des règles primaires.

421. Le libellé de la disposition peut d'abord être établi en fonction du droit substantiel de l'Union européenne. Dans ce cas, l'acquis de l'UE influence implicitement mais directement la substance des règles primaires applicables. L'influence variera en fonction du facteur précité : le nombre de règles reprises et le nombre d'aménagements réalisés. D'un point de vue pratique, ce type de référence au droit de l'Union européenne est difficile à déceler en l'absence de connaissances dans le domaine matériel visé par l'accord ou par la législation suisse. La plupart des exemples donnés sont issus des messages du Conseil fédéral qui accompagnent l'arrêté d'approbation d'un accord Suisse-UE ou le projet d'une législation. Ces messages précisent (explicitement) l' « origine matérielle » des dispositions d'un accord ou d'une loi, ce qui permet de repérer les références implicites au droit de l'UE.

422. Le droit de l'Union européenne peut aussi être mentionné par l'acte, accord ou législation suisse, sous forme d'un renvoi. Dans ce cas, l'influence de l'acquis de l'UE sur la substance des règles primaires variera en fonction du nombre d'actes renvoyés, et du nombre d'aménagements, mais elle dépendra en outre, dans les accords Suisse-UE du rattachement opéré par ces accords lequel sera étudié ultérieurement[702].

423. C'est ainsi par des références implicites et explicites au droit de l'Union européenne, que les accords Suisse-UE (§1) et les actes unilatéraux suisses (§2) déterminent le contenu des règles du premier degré qu'ils posent.

§1 – Les références au droit de l'UE dans les accords Suisse-UE

424. L'utilisation du droit de l'Union européenne pour fonder les règles d'un accord Suisse-UE est très nette dans un accord de 1989 sur l'assurance directe[703], et fréquemment suivie dans les accords postérieurs, notamment ceux de 1999 et 2004.

425. Par leur caractère sectoriel, ces accords n'opèrent qu'une référence partielle au droit de l'Union européenne, couvrant chaque domaine concerné, et dans des proportions variables. Les références implicites et explicites au droit de l'Union européenne établissent ainsi les contours de l'« *acquis pertinent* »[704] sur lequel se fondent les accords Suisse-UE.

426. Les accords peuvent utiliser implicitement le droit de l'Union européenne comme source d'inspiration pour établir le libellé de la clause. Lorsque l'influence est très forte, on dit parfois que l'accord « reprend en substance » l'acquis de l'Union européenne. Toutefois, on préfèrera conserver le terme de « références implicites », car l'expression de la « reprise » sera employée dans un contexte spécifique pour désigner la manière dont

---

702 Sur les principes d'équivalence et de reprise, voir, *infra*, section 2, n°465 et s.

703 Des auteurs regrettent l'oubli de l'accord de 1989, qui restera, dans l'histoire économique de la Suisse, « *le premier exemple de l'adoption sans aucune restriction de l'"acquis communautaire" dans un domaine particulier de l'économie* ». Du côté de la Communauté, « *l'accord a revêtu une grande importance en consacrant sa politique d'ouverture, voire d'élargissement partiel, de l'emprise territoriale du Marché unique* »: Roger MERKELBACH, Christian GROSJEAN, « L'accord concernant l'assurance directe autre que l'assurance sur la vie du 10 octobre 1989 », in D. FELDER, C. KADDOUS (dir.), *Accords bilatéraux Suisse-UE (Commentaires),* Bruxelles, Bruylant, 2001, pp.703-731, respectivement p. 705 et p. 712.

704 Ce terme est emprunté à Cécile RAPOPORT, qui met en relief le fait que « *la Norvège, l'Islande et la Suisse procèdent en vertu de différents accords externes à un alignement normatif partiel, limité dans sa dimension matérielle par l'objet de chaque accord. Ainsi, émerge le concept d'"acquis pertinent", c'est-à-dire l'acquis dont la reprise par l'Etat partenaire est nécessaire à la bonne mise en œuvre de l'accord* » : Cécile RAPOPORT, *Les partenariats entre l'Union européenne et les Etats tiers européens - Étude de la contribution de l'Union européenne à la structuration juridique de l'espace européen,* Bruxelles, Bruylant, 2011, 809 p., spéc. p. 155.

certaines références explicites s'appliquent. Il est donc important de distinguer les références implicites au droit de l'UE, lorsque les dispositions de l'accord sont rédigées de manière similaire à des dispositions de l'UE (A), des références explicites, lorsque l'accord mentionne expressément un acte de l'Union européenne, dans ses clauses mais le plus souvent en annexe (B).

A) Les références implicites au droit de l'UE

427. La plupart des accords Suisse-UE sont liés au droit de l'Union européenne dont ils s'inspirent plus ou moins fortement. Il ne s'agit pas ici de mesurer pour chaque accord l'ampleur de l'influence du droit de l'UE, mais simplement de relever quelques exemples de dispositions des dispositions des accords Suisse-UE formulées de manière quasiment identique au droit de l'Union européenne.

428. L'accord sur le transport aérien[705] (ATA) est particulièrement représentatif de cette technique. Francesco MAIANI souligne à cet égard que : « *Its "General provisions" reproduce word by word the provisions of the EC Treaty relating to non-discrimination, freedom of establishment and competition* »[706]. Parmi les règles de concurrence, c'est notamment le droit primaire de l'Union européenne qui sert de référence, comme l'illustre la rédaction de l'article 8, paragraphe 1, de l'accord sur le transport aérien : « *Sont incompatibles avec le présent Accord et interdits: tous les accords entre entreprises, toutes décisions d'associations d'entreprises et toutes pratiques concertées qui sont susceptibles d'affecter le commerce entre les Parties contractantes et qui ont pour objet ou pour effet d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence sur le territoire couvert par le présent Accord* […]». Hormis les adaptations rédactionnelles liées au principe même d'un accord avec un Etat tiers, cette disposition est très largement inspirée de l'article 101, paragraphe 1, du Traité FUE[707] qui dispose : « *Sont incompatibles avec le marché intérieur et interdits tous accords entre entreprises, toutes décisions d'associations d'entreprises et toutes pratiques concertées, qui sont susceptibles d'affecter le*

---

705 Accord du 21 juin 1999 sur le transport aérien (*RO 2002 1705 / JO L 114 du 30.4.2002, p.73-90*). Pour une contribution doctrinale en allemand, voir Urs HALDIMANN, « Grundzüge des Abkommens über den Luftverkehr », in D. FELDER, C. KADDOUS (dir.), *Accords bilatéraux Suisse-UE (Commentaires)*, Bruxelles, Bruylant, 2001, pp. 443-477.

706 Francesco MAIANI, « Legal Europeanization as Legal Transformation: Some Insights from Swiss 'Outer Europe' », in F. MAIANI, R. PETROV, E. MOULIAROVA (dir.), *European Integration Without EU Membership: Models, Experiences, Perspectives - European University Institute (EUI) Working Papers* n°2009/10, pp. 111-123, spéc. p. 115.

707 Ex. article 81 TCE.

commerce entre États membres et qui ont pour objet ou pour effet d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence à l'intérieur du marché intérieur […]». Les exceptions sont également rédigées en fonction du droit de l'UE[708]. Il en va de même pour les autres règles de concurrence, qu'il s'agisse de l'interdiction des abus de position dominante[709], des monopoles[710] ou encore en matière d'aide d'Etat[711].

429. De même, l'accord sur la libre circulation des personnes[712] reprend des règles posées par le droit de l'Union européenne. Christine KADDOUS relève ainsi que : « *Les dispositions du texte de base sont fortement inspirées du Traité CE, mais elles ont été reformulées pour les besoins de l'ALCP* »[713]. L'auteur met également en avant que l'annexe I, « *retranscrit bon nombre de dispositions de droit dérivé communautaire* »[714], tel que celles du règlement n°1612/68[715]. L'article 7 de ce règlement pose un principe d'égalité de traitement repris quasiment à l'identique par l'article 9 de l'annexe I de l'ALCP. Le premier prévoit en son paragraphe 1 : « *Le travailleur ressortissant d'un État membre ne peut, sur le territoire des autres États membres, être, en raison de sa nationalité, traité différemment des travailleurs nationaux, pour toutes conditions d'emploi et de travail, notamment en matière de rémunération, de licenciement, et de réintégration professionnelle ou de réemploi s'il est tombé en chômage* ». Le second prévoit, en son paragraphe 1 : « *Un travailleur salarié ressortissant d'une partie contractante ne peut, sur le territoire de l'autre partie contractante, être, en raison de sa nationalité, traité différemment des travailleurs nationaux salariés en ce qui concerne les conditions d'emploi et de travail, notamment en matière de rémunération, de licenciement, et de réintégration professionnelle ou de réemploi s'il est tombé au chômage* ». Il peut exister de légères différences, comme au paragraphe 2 qui inclut au bénéfice des avantages sociaux les membres de la famille ; toutefois il apparaît clair que l'article 7 du règlement a servi de référence à la

---

708 Article 81, paragraphe 3, de l'ATA, lu à la lumière de l'article 101, paragraphe 3, du traité FUE.

709 Article 9 de l'ATA lu à la lumière de l'article 102 du TFUE (ex. art.82 TCE).

710 Article 12 de l'ATA lu à la lumière de l'article 106 TFUE (ex. art.86 TCE). Une différence notable existe néanmoins sur un point précis dans le paragraphe 2, dernière phrase. Alors que le TFUE prévoit que « *Le développement des échanges ne doit pas être affecté dans une mesure contraire à l'intérêt de l'Union* », l'accord Suisse-UE vise les « *intérêts des Parties contractantes* ».

711 Article 13 de l'ATA lu à la lumière de l'article 107 TFUE (ex. art.87 TCE).

712 Accord du 21 juin 1999 sur la libre circulation des personnes, *RO 2002 1529 / JO L 114 du 30.4.2002, p. 6-72*.

713 Christine KADDOUS, « L'Accord CH–UE sur la libre circulation des personnes et l'ordre juridique suisse », in F. BREUSS, T. COTTIER, P.-C. MÜLLER-GRAFF (dir.), *Die Schweiz im europäischen Integrationsprozess*, Bâle, Helbing Lichtenhahn, 2008, pp. 153–168, spéc. p. 155.

714 *Id.*

715 Règlement (CEE) n°1612/68 du Conseil, du 15 octobre 1968, relatif à la libre circulation des travailleurs à l'intérieur de la Communauté, *JO L 257 du 19.10.1968, p. 2-12*.

rédaction de l'article 9 de l'annexe I de l'ALCP, qui le reprend dans son intégralité, et en suivant sa structure. En outre, l'article 8 du règlement est repris à la suite, au paragraphe 5 de l'article 9 de l'annexe I de l'ALCP, l'article 9 étant repris au paragraphe 6, avec une réserve supplémentaire. Outre ce règlement, Christine KADDOUS souligne que cette annexe retranscrit des dispositions de trois directives de l'UE en matière de droit au séjour[716]. Partageant ce constat, Fabrice FILLIEZ explique : « *si l'on regarde attentivement les dispositions de l'annexe I de l'accord, on remarquera qu'elle a été rédigée en toutes lettres, reprenant sous le couvert de "normes internationales", les règles essentielles de la libre circulation des personnes* »[717].

430. Ainsi, le degré de similitude avec le droit de l'UE peut n'être que partiel, et peut être adapté au cadre conventionnel de la relation Suisse-UE, et aux exigences de chacune des parties. En effet, les parties peuvent reprendre le libellé du droit de l'UE avec certains aménagements pour tenir compte des exigences respectives de la Suisse et de l'Union européenne[718]. Cependant, il est clair que le droit de l'UE a servi de base rédactionnelle au libellé de plusieurs dispositions des accords Suisse-UE. Ces derniers sont ainsi basés sur le droit de l'Union européenne auquel ils se réfèrent implicitement. L'identification de ces références implicites est cependant complexe puisqu'elle implique la connaissance préalable de la substance du droit de l'Union européenne dans le domaine. L'identification des références au droit de l'Union européenne est par contre facilitée lorsque les accords mentionnent expressément le droit de base.

---

716 Directive 90/364/CEE du Conseil, du 28 juin 1990, relative au droit de séjour, *JO L 180 du 13.7.1990, p. 26-27* ; Directive 90/365/CEE du Conseil, du 28 juin 1990, relative au droit de séjour des travailleurs salariés et non salariés ayant cessé leur activité professionnelle, *JO L 180 du 13.7.1990, p. 28-29* ; Directive 93/96/CEE du Conseil, du 29 octobre 1993, relative au droit de séjour des étudiants, *JO L 317 du 18.12.1993, p. 59-60*. Christine KADDOUS, « L'Accord CH–UE sur la libre circulation des personnes et l'ordre juridique suisse », *op. cit.*, spéc. p. 156.

717 Fabrice FILLIEZ, « Application des accords sectoriels par les juridictions suisses : quelques repères », in D. FELDER, C. KADDOUS (dir.), *Accords bilatéraux Suisse-UE (Commentaires)*, Bruxelles, Bruylant, 2001, pp. 183-208, spéc. p.194. De même, le Conseil fédéral note : « *Le texte de l'accord négocié avec l'Union européenne intègre déjà* […] *l'acquis communautaire dans le domaine de la libre circulation des personnes contenu dans les multiples règlements et directives et tient compte de la situation spéciale de notre pays* » : message du Conseil fédéral du 23 juin 1999 relatif à l'approbation des accords sectoriels entre la Suisse et la CE, *FF 1999, vol. VI, n°34, pp. 5440-6398*, spéc. p. 5661.

718 Christine KADDOUS, « L'Accord CH–UE sur la libre circulation des personnes et l'ordre juridique suisse », *op. cit.*, spéc. p.156. Voir également le message du Conseil fédéral du 23 juin 1999 précité, p.5661.

B) *Les références explicites aux actes de l'UE*

431. Les accords Suisse-UE se réfèrent également explicitement au droit de l'Union européenne, en portant mention de tel ou tel acte.

432. L'objet ou l'intitulé de l'accord peuvent se référer au droit de l'Union européenne. Tel est le cas de l'accord de 1972 « *sur l'application de la réglementation relative au transit communautaire* »[719] ou de l'accord de 2004 « *prévoyant des mesures équivalentes à celles prévues dans la directive 2003/48/CE du Conseil* »[720].

433. Les références directes au droit de l'Union européenne peuvent également se faire au sein même des clauses. L'accord sur la fiscalité de l'épargne précité fait référence à la directive de l'Union européenne[721], par exemple à l'article 7, paragraphe 1, point c), pour la définition du paiement d'intérêts. Même si l'objet de l'accord ne l'indique pas, la plupart des accords se réfèrent explicitement au droit de l'Union. Tel est le cas de l'accord sur les transports terrestres[722], dont l'article 9, paragraphe 4 prévoit : « *Les procédures régissant la délivrance, l'utilisation, le renouvellement et le retrait des licences ainsi que les procédures relatives à l'assistance mutuelle sont couvertes par les dispositions du Règlement (CEE) n° 881/92 pour les transporteurs communautaires et par des dispositions équivalentes suisses* ».

434. Enfin, ce sont essentiellement les annexes de l'accord qui contiennent le plus de références explicites au droit de l'Union européenne. Le corps de l'accord renvoie en général à des annexes dans lesquelles sont listés un certain nombre d'actes de l'Union européenne. Tel est le cas l'accord sur le transport aérien qui non seulement reprend substantiellement les dispositions du traité TFUE mais qui se réfère explicitement dans son annexe 1.2 à plusieurs règlements : un règlement du Conseil de l'UE déterminant les modalités d'application des règles de concurrence applicables aux entreprises de transports aériens, ou encore un règlement de la Commission européenne relatif aux

---

719 Accord du 23 novembre 1972 entre la Confédération suisse et la Communauté économique européenne sur l'application de la réglementation relative au transit communautaire, *RO 1974 281 / JO L 294 du 29.12.1972, p.2-85.*

720 Accord du 26 octobre 2004 entre la Confédération suisse et la Communauté européenne prévoyant des mesures équivalentes à celles prévues dans la directive 2003/48/CE du Conseil en matière de fiscalité des revenus de l'épargne sous forme de paiements d'intérêts, *RO 2005 2571 /JO L 385 du 29.12.2004, p.30-42*

721 Directive 2003/48/CE du Conseil du 3 juin 2003 en matière de fiscalité des revenus de l'épargne sous forme de paiements d'intérêts, JO L 157 du 26.6.2003, p. 38–48.

722 Accord du 21 juin 1999 sur le transport de marchandises et de voyageurs par rail et par route, *RO 2002 1649*, JO L 114 du 30.4.2002, p.91-131.

procédures mises en œuvre par la Commission en application des articles 101 et 102 du traité FUE[723]. De même, l'accord sur la libre circulation des personnes contient des clauses qui définissent des droits en fonction des actes de l'Union européenne référencés dans les annexes. Son annexe I se réfère ainsi à la directive relative au droit des ressortissants d'un État membre de demeurer sur le territoire d'un autre État membre après y avoir exercé une activité non salariée[724] ; et l'annexe II au règlement sur la coordination des systèmes de sécurité sociale[725].

435. Ces références aux actes de l'Union européenne dans les accords Suisse-UE constituent donc des renvois, c'est-à-dire des « *techniques de formulation de textes juridiques consistant à se référer expressément à d'autres textes juridiques, sans les reproduire* »[726]. Il s'agit ainsi d'une technique que l'on trouve dans d'autres conventions en droit international. Mais on soulignera que les actes de l'Union européenne constituent dans une large proportion, les « *actes de base* »[727] des accords Suisse-UE. Elle rend relativement complexe la connaissance des règles applicables dans un accord, qui doivent en outre être recherchés dans les actes de l'Union européenne listés, sachant qu'il existe des adaptations et des actualisations[728]. En outre, le fait pour un accord de contenir des références aux actes de l'Union européenne ne renseigne que partiellement sur les conditions d'application de ces actes. En effet, les renvois ne connaissent pas tous le même régime : les actes de l'UE référencés étant appliqués soit par équivalence de la législation suisse

---

723 On soulignera cependant que la liste de ces actes listés en annexe est modifiée par des décisions d'une instance créée par l'accord, un comité mixte Suisse-UE. En l'absence de « version consolidée », il faut donc lire les annexes en tenant compte des modifications apportées ultérieurement par le comité mixte. Sur le pouvoir de modification des comités mixtes Suisse-UE, voir, *infra*, chapitre 2, section 2, n°765 et s. Sur la nature de ces comités et des décisions qu'ils adoptent, voir, *infra*, partie 2, titre 2, chapitre 1, n°1165 et s.

724 Directive 75/34/CEE du Conseil, du 17 décembre 1974, relative au droit des ressortissants d'un État membre de demeurer sur le territoire d'un autre État membre après y avoir exercé une activité non salariée, *JO L 14 du 20.01.1975, p.10-13*.

725 Règlement (CEE) n°1408/71 du Conseil, du 14 juin 1971, relatif à l'application des régimes de sécurité sociale aux travailleurs salariés, aux travailleurs non salariés et aux membres de leur famille qui se déplacent à l'intérieur de la Communauté, *JO L 149 du 5.7.1971, p. 2-50*. En vertu de la décision du comité mixte n°1/2012 du 01 avril 2012, ce règlement a été remplacé par le règlement (CE) n°883/2004 du 29 avril 2004 du Parlement européen et du Conseil du 29 avril 2004 portant sur la coordination des systèmes de sécurité sociale, *JO L 166 du 30.4.2004, p. 1*. Décision du comité mixte institué par l'accord entre la Communauté européenne et ses États membres, d'une part, et la Confédération suisse, d'autre part, sur la libre circulation des personnes du 31 mars 2012 remplaçant l'annexe II dudit accord sur la coordination des systèmes de sécurité sociale, *JO L 103 du 13.04.2012, p.51*. Pour les modalités de modification des annexes et plus largement des accords, voir *infra*, chapitre 2, section 2, n°743 et s.

726 Jean SALMON (dir.), *Dictionnaire de droit international public*, Bruxelles, Bruylant, 2001, 1198 p.

727 Voir par exemple le site des autorités fédérales de la Suisse, la rubrique « Législation – Accords sectoriels – droit de l'Union européenne » : http://www.admin.ch/ch/f/eur/gemrec.html#Enumeration.

728 Voir, *supra*, la note 730 relative à la modification des accords et notamment de leurs annexes.

avec ces actes, soit directement[729]. Dans ce dernier cas, les accords Suisse-UE ne précisent pas, à l'instar de l'accord EEE, les modalités d'insertion dans l'ordre juridique interne des règlements et directives auxquels ils font références. Enfin, cette technique pose des questions sur l'incidence, pour l'accord, de la modification de l'acte de droit de l'UE qui fait l'objet du renvoi. Question classique du renvoi[730], l'incidence de la modification de la norme faisant l'objet du renvoi est elle aussi résolue de manière différente selon les accords Suisse-UE[731].

436. Ainsi, les accords Suisse-UE – et notamment les règles du premier degré posées par ces accords – sont basés sur le droit de l'Union européenne, auquel ils se réfèrent de manière implicite par la reprise plus ou moins fidèle de dispositions (notamment de droit primaire), mais aussi de manière explicite par la mention d'actes particuliers (de droit dérivé de l'UE) avec parfois également des aménagements des règles posées par ces actes de l'UE. Ces deux procédés de référence au droit de l'Union se retrouvent également dans des législations de la Suisse, considérées comme déterminantes pour la relation Suisse-UE.

§2 – Les références au droit de l'UE dans les législations suisses

437. Les législations fédérales suisses se réfèrent souvent, et dans des proportions variables, au droit de l'Union européenne. Des références se comprennent lorsque ces lois suisses constituent la réponse juridique à une obligation imposée par un accord Suisse-UE dont on a vu qu'ils se réfèrent au droit de l'UE. On trouve ainsi dans ces lois que l'on peut qualifier « d'adaptation conventionnelle » des références y compris des références explicites au droit de l'UE. De manière plus surprenante, le législateur fédéral suisse adapte parfois spontanément les règles de droit suisse au droit de l'Union européenne. C'est alors par le biais de références implicites que le législateur fédéral suiss procède, en rédigeant les dispositions de droit suisse en fonction du libellé retenu en droit de l'UE.

---

729 Sur le lien de rattachement avec le droit de l'Union européenne, voir, *infra*, section 2, n°464 et s.

730 Voir par exemple Mathias FORTEAU, « Les renvois inter-conventionnels », *A.F.D.I.*, 2003, vol. 49, pp. 71-104.

731 Voir, *infra*, chapitre 2, section 2, n°743 et s., les règles du second degré relatives à la contingence des règles du premier degré.

438. Ainsi, et comme pour les accords Suisse-UE, on peut distinguer selon que les lois fédérales suisses se réfèrent implicitement (A) ou explicitement (B) au droit de l'Union européenne.

A) Les références implicites au droit de l'UE

439. Le choix pour un législateur d'un Etat n'appartenant pas à l'Union européenne de se servir du droit de l'intégration pour fonder certaines des règles (du premier degré) applicables en Suisse soulève l'attention. Certes, la règle de l'Union européenne reprise par la Suisse peut elle-même être issue d'organisations internationales auxquelles la Suisse est partie, ce qui limite l'étendue de la reprise matérielle de règles de l'Union européenne[732]. Néanmoins, et faute de pouvoir mesurer cet écart, il semble important de souligner les références implicites au droit de l'Union européenne formellement. C'est pourquoi, et si l'on a vu de manière incidente les types de règles de l'Union européenne reprise dans les accords Suisse-UE, il semble important d'en mettre en évidence la variété des références au droit de l'UE dans la législation d'un Etat tiers. Les lois fédérales suisses se réfèrent au droit primaire de l'UE (1), aux actes de droit dérivé, tels que les règlements (2) ou les directives (3) ou encore à l'interprétation qui en est faite par la Cour de justice et qui fait partie intégrante du droit européen dans l'ordre juridique de l'Union européenne (4). Les références au droit de l'Union prennent cependant une forme légèrement différente selon que la disposition du droit de l'Union européenne est précise (ce qui est parfois le cas du droit primaire et fréquent s'agissant des règlements) ou qu'elle constitue davantage un principe général ou une disposition-cadre (ce qui est souvent le cas du droit primaire et usuel s'agissant des directives).

1) Les références implicites aux traités constitutifs de l'Union européenne

440. Les références aux traités de base de l'Union européenne sont en général indiquées dans le message du Conseil fédéral suisse qui accompagne l'adoption d'une loi fédérale. On prendra ici l'exemple de la loi sur la banque nationale suisse[733] dont les dispositions

---

[732] Voir, *supra*, titre 1, chapitre 2, n°279, les remarques relatives aux sources internationales du droit de l'Union européenne et de la Confédération suisse.

[733] Loi sur la Banque nationale (LBN) du 3 octobre 2003, *RO 2004 1985.*

relatives aux opérations de paiements ont été révisées afin de régir les questions de systèmes de paiement et de systèmes de règlement. Le Conseil fédéral a ainsi expliqué que l'une des nouvelles dispositions, l'article 5, alinéa 2, let. c, s'apparentait à l'article 105 du traité instituant la Communauté européenne : « *La formulation proposée* […] *s'inspire pour l'essentiel du droit européen. Selon l'art. 105, al. 2 (par. 4), du traité du 7 février 1992 instituant la Communauté européenne (traité CE), une des tâches fondamentales du Système européen de banques centrales (SEBC) est de "promouvoir le bon fonctionnement des systèmes de paiement*" »[734].

441. Les lois fédérales suisses se réfèrent également à des dispositions plus générales des traités de l'Union européenne. Les principes de circulation des marchandises posés par les articles 28 et 29 TCE ont influencé la loi sur les entraves techniques au commerce de 1995 et sa révision en 2009[735]. Les exceptions à ces principes prévues par l'article 30 TCE (devenu art. 36 TFUE) servent également de référence pour la rédaction des lois suisses précitées[736]. Une telle référence au droit primaire se trouve également à l'article 9, alinéa 1, de la loi fédérale sur l'analyse génétique humaine[737] qui limite la vente de produits de diagnostic génétique *in vitro* et à l'égard duquel le Conseil fédéral rappelle que dans l'Union européenne, « *Les Etats membres peuvent toutefois prévoir des restrictions dans le but de protéger la vie humaine et la santé publique (art. 30 Traité CE)* », concluant que « *la réglementation de l'art. 9, al. 1, est conforme au droit européen* »[738]. L'analogie se prolonge également dans les conditions dans lesquelles ces raisons peuvent justifier des restrictions aux échanges. En effet l'article 30 TCE (devenu art. 36 TFUE) précise : « *Toutefois, ces interdictions ou restrictions ne doivent constituer ni un moyen de discrimination arbitraire ni une*

---

734 Message du Conseil fédéral du 8 octobre 2002 concernant la révision de la loi sur la Banque nationale, *FF 2002, vol. I, n°40, pp.5645-5856*, spéc. p.5737.

735 Voir le message du Conseil fédéral du 25 juin 2008 concernant la révision partielle de la loi fédérale sur les entraves techniques au commerce, *FF 2008, vol.I, n°35, pp.6643-6730*. Cette loi sera plus amplement abordée au titre de la reprise du principe jurisprudentiel « Cassis de Dijon ».

736 Article 4, alinéa 4, de la loi fédérale sur les entraves techniques au commerce (LETC), du 6 octobre 1995, *RO 1996 1725*. Voir également le message concernant la loi fédérale sur les entraves techniques au commerce (LETC) du 15 février 1995, *FF 1995, vol.II, n°15, pp.489-603*.
Lors de la modification de la LETC en 2009, le Conseil fédéral a précisé que l'introduction du principe Cassis de Dijon ne faisait pas obstacle à des limitations aux échanges et n'aboutirait ainsi pas, compte tenu de l'article 30 TCE (devenu art.36 TFUE) à une baisse du niveau de protection des consommateurs. En effet le Traité CE « *laisse la porte ouverte à des prescriptions nationales, notamment aux fins de protéger la santé et la vie des êtres humains, des animaux et des plantes (art. 30)* ». Message du Conseil fédéral du 25 juin 2008 précité, p.6724.

737 Loi fédérale sur l'analyse génétique humaine (LAGH) du 8 octobre 2004, *RO 2007 635*.

738 Message relatif à la loi fédérale sur l'analyse génétique humaine du 11 septembre 2002, *FF 2002, vol. I, n°47, pp. 6841-6956*, spéc. p.6884.

restriction déguisée dans le commerce entre les États membres », et l'article 3, alinéa 3, de la LETC de 1995 : « *Des dérogations au principe du 1er alinéa ne sont admissibles que dans la mesure:* […] *b. où elles ne constituent ni un moyen de discrimination arbitraire, ni une restriction déguisée aux échanges* ».

442. La Suisse se réfère ainsi au droit primaire de l'Union européenne, mais également au droit adopté sur ce fondement, c'est-à-dire le droit dérivé. La Suisse sélectionne ainsi celles des dispositions de règlements de l'Union européenne dont elle souhaite servir de référence à une application dans l'ordre juridique suisse.

2) Les références implicites aux règlements de l'Union européenne

443. Si l'on conserve l'exemple de la loi sur les entraves techniques au commerce, on peut souligner que sa modification a été « *harmonisé[e] avec [le] règlement de la CE* »[739] relatif à la mise en œuvre du principe de la reconnaissance mutuelle adopté la même année au sein de l'Union européenne[740]. Le Conseil fédéral met plus particulièrement l'accent sur l'article 20 de cette loi, relatif à la commercialisation en Suisse de produits fabriqués selon des prescriptions techniques étrangères, qui « *correspond dans ses aspects essentiels à celle prévue par le règlement communautaire* »[741].

444. Cette illustration fournit par ailleurs l'occasion de montrer que lors de l'élaboration de la loi et de son adaptation au droit de l'Union, le législateur suisse prend en compte non seulement le droit européen adopté, mais également le droit en cours d'élaboration[742].

445. La référence implicite du droit suisse aux règlements de l'Union européenne est donc décelée grâce aux messages du Conseil fédéral accompagnant le projet de loi et cités dans leurs visas. Elle est établie par une correspondance, une équivalence des dispositions

---

739 Message concernant la révision partielle de la loi fédérale sur les entraves techniques au commerce du 25 juin 2008, *FF 2008, vol.I, n°35, pp.6643-6730*, spéc. p.6671.

740 Règlement (CE) n°764/2008 du Parlement européen et du Conseil du 9 juillet 2008 établissant les procédures relatives à l'application de certaines règles techniques nationales à des produits commercialisés légalement dans un autre État membre et abrogeant la décision nº 3052/95/CE, *JO L 218 du 13.8.2008, p. 21-29*.

741 Message concernant la révision partielle de la loi fédérale sur les entraves techniques au commerce du 25 juin 2008, *op.cit.*, p.6671.

742 La Commission avait déposé une proposition le 14 février 2007, et le règlement a été approuvé par le Parlement et le Conseil, respectivement le 21 février 2008 et 23 juin 2008. Or le projet de LETC était quant à lui à l'étude depuis 2006 lorsque dans sa décision du 29 novembre 2006, le Conseil fédéral a chargé le Département fédéral de l'économie (DFE) de mettre en consultation le projet de révision partielle de la LETC. La consultation s'est achevée le 16 mars 2007 (Message concernant la révision partielle de la loi fédérale sur les entraves techniques au commerce du 25 juin 2008, *op.cit.*, p.6662).

de la loi suisse avec les règles contenues dans l'acte de droit dérivé de l'Union européenne. D'une manière quelque peu différente, le droit suisse se réfère également aux directives de l'Union européenne.

3) *Les références implicites aux directives de l'Union européenne*

446. Au sein de l'ordre juridique de l'Union européenne, la directive « *lie tout État membre destinataire quant au résultat à atteindre, tout en laissant aux instances nationales la compétence quant à la forme et aux moyens* »[743]. Ainsi les directives ne contiennent en principe pas de dispositions normatives détaillées qui correspondent aux moyens pour atteindre les objectifs fixés.

447. Lorsque la Suisse adopte une législation en tenant compte d'une directive de l'Union européenne, le lien avec le droit de l'UE est donc davantage à rechercher dans les objectifs poursuivis par ces deux actes que dans la formulation des clauses dont il n'y aurait par définition pas d'équivalent dans la directive.

448. Certes, on peut trouver dans la loi suisse la reprise de principes et de définitions posées par une directive. A titre d'exemple, la loi fédérale sur l'égalité hommes/femmes de 1995[744] reprend le principe d'interdiction des discriminations directes et indirectes contenu dans la directive de 1976[745].

449. Mais la recherche de la référence au droit de l'Union doit plus largement porter sur l'objectif de la directive. Une lecture de la loi suisse au regard de l'objectif d'une directive permet ainsi de constater une référence au droit européen. Ainsi cette loi fédérale sur l'égalité hommes/femmes vise à « *promouvoir dans les faits l'égalité* »[746] et partage l'objectif de la directive de 1975 « *visant à faciliter l'application concrète du principe d'égalité* »[747]. Un premier lien est donc établi par la similitude des objectifs de la loi suisse et de la directive.

---

743 Article 288 TFUE (ex-art. 249 TCE).

744 Loi sur l'égalité entre femmes et hommes (LEg) du 24 mars 1995, *RO 1996 1498*.

745 Directive 76/207/CEE du Conseil, du 9 février 1976, relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement entre hommes et femmes en ce qui concerne l'accès à l'emploi, à la formation et à la promotion professionnelles, et les conditions de travail, *JO L 39 du 14.2.1976, p. 40–42*.

746 Article 1 de la directive 76/207/CEE *op.cit.*

747 Directive 75/117/CEE du Conseil, du 10 février 1975, concernant le rapprochement des législations des États membres relatives à l'application du principe de l'égalité des rémunérations entre les travailleurs masculins et les travailleurs féminins, *JO L 45 du 19.2.1975, p. 19–20* (considérant 4).

450. Le second lien résulte logiquement des moyens mis en œuvre par la loi pour garantir cet objectif, le Conseil fédéral notant à cet égard que : « *Avec l'introduction d'un renversement du fardeau de la preuve, une meilleure protection contre le licenciement et l'octroi de la qualité pour agir aux organisations, la législation suisse se dote de moyens efficaces permettant de veiller au respect de l'égalité des salaires au sens où l'entendent les articles 5 et 6 de la directive* »[748].

451. Enfin, le droit fédéral suisse se réfère également de manière implicite à la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne.

4) *Les références aux solutions de la Cour de justice de l'Union européenne*

452. La jurisprudence de la Cour de justice a par exemple été reprise par la loi suisse sur l'égalité hommes/femmes de 1995 qui pose un principe d'interdiction des discriminations indirectes comme celui contenu dans la directive de 1976 ; il reprend « *pour l'essentiel les critères fixés par la jurisprudence communautaire en matière de discrimination indirecte* »[749].

453. De manière plus éclatante, la loi suisse a repris le principe posé par la Cour de justice dans son arrêt « Cassis de Dijon »[750] et synthétisé par la Commission sous la forme : « *Tout produit légalement fabriqué et commercialisé dans un État membre doit être, en principe, admis sur le marché de tout autre État membre* »[751]. La loi fédérale sur le marché intérieur de 1994[752] s'est d'abord approprié ce principe pour l'appliquer au sein du marché inter-cantonal suisse au commerce des marchandises, mais aussi aux autres activités lucratives notamment à la prestation de service[753]. Il s'agit d'une reprise implicite puisqu'elle n'est pas directement établie par la loi mais par le Conseil fédéral dans son message qui accompagne la loi qui explique : « *Calqué sur le principe Cassis-de-Dijon (cf. ch. 141.1), le*

---

748 Message concernant la loi fédérale sur l'égalité entre femmes et hommes, *FF 1993, vol.I, n°116, pp. 1163-1248*, spéc. p.1205.

749 *Ibid.*

750 CJCE, 20 février 1979, *Rewe-Zentral AG c. Bundesmonopolverwaltung für Branntwein*, aff. 120/78, *Rec.* 1979, p.649, spéc. pt.8: « *les obstacles à la circulation intracommunautaire résultant de disparités des législations nationales relatives à la commercialisation des produits en cause doivent être acceptés dans la mesure où ces prescriptions peuvent être reconnues comme étant nécessaires pour satisfaire à des exigences impératives tenant, notamment, à l'efficacité des contrôles fiscaux, à la protection de la santé publique, à la loyauté des transactions commerciales et à la défense des consommateurs* ».

751 Communication de la Commission sur les suites de l'arrêt rendu par la Cour de justice des Communautés européennes, le 20 février 1979, dans l'affaire 120-78 (Cassis de Dijon), *JO C 256 du 3 octobre 1980 p.2*, spéc. pt. 5.

752 Loi fédérale sur le marché intérieur (LMI), du 6 octobre 1995, *RO 1996 1738*.

753 Voir l'article 2 de la loi fédérale sur le marché intérieur (LMI), *op.cit.*, et spécialement ses alinéas 1 et 3. L'alinéa 3 deuxième phrase, selon lequel « *Toute marchandise dont la mise en circulation et l'utilisation sont autorisées dans le canton de l'offreur peut être mise en circulation et utilisée sur tout le territoire suisse* » reprend le libellé du principe « Cassis de Dijon » formulé par la Commission

1er alinéa [de l'article 2] *sert d'ancrage au droit fondamental individuel à la liberté d'accès au marché* »[754]. S'agissant spécifiquement de la circulation des marchandises, l'article 2, alinéa 3, deuxième phrase, de la loi dispose que : « *Toute marchandise dont la mise en circulation et l'utilisation sont autorisées dans le canton de l'offreur peut être mise en circulation et utilisée sur tout le territoire suisse* ». Cette formulation ne concorde certes pas au mot près avec celle de la Commission ou de la Cour de justice dont on aurait simplement remplacé « Etat membre » par « canton suisse ». Le principe jurisprudentiel « Cassis de Dijon » n'en constitue pas moins la source matérielle de cette loi suisse.

454. A l'utilisation de ce principe pour régler des questions similaires[755] (comme levier de politique interne) s'est superposée ensuite une autre reprise de « Cassis de Dijon » cette fois non plus pour régir le commerce entre cantons au sein de la Suisse mais pour régir le commerce entre la Suisse et l'Union européenne (comme levier direct de politique externe[756]). La Suisse a en effet introduit dans son ordre juridique une disposition permettant la commercialisation sur son territoire de produits légalement mis en circulation dans l'Union européenne et plus largement dans l'Espace économique européen. Elle a ainsi repris le principe dégagé en 1979 par la Cour de justice, assurant la libre circulation des marchandises lorsque les prescriptions techniques nationales ne sont pas harmonisées. Ce principe a été adapté par rapport au principe jurisprudentiel de 1979. Ces modifications portent sur l'étendue du champ d'application matériel du principe, un régime particulier étant prévu pour les denrées alimentaires.

455. Mais il faut surtout relever que la reprise du principe Cassis de Dijon se fait selon deux aménagements : d'une part, une extension à l'EEE parce qu'en 1992 l'accord EEE a étendu ce principe aux Etats de l'AELE y participant ; d'autre part, une inévitable restriction due à l'impossibilité de prétendre à la réciprocité : la législation suisse étant un acte unilatéral, il lui est impossible d'obliger les Etats de l'Union européenne et de l'EEE à admettre sur leur territoire des produits fabriqués selon les prescriptions techniques

---

754 Message du Conseil fédéral du 23 novembre 1994 concernant la loi fédérale sur le marché intérieur (LMI), *FF 1995, vol.I, n°10, pp.1193-1272*, spéc. p. 1243 ; voir aussi pp.1194-1195 ; et pp.1217 et s.

755 Voir également la loi fédérale sur les médicaments et les dispositifs médicaux du 15 décembre 2000 (Loi sur les produits thérapeutiques, LPTh), *RO 2001 2790*; ainsi que le message du Conseil fédéral du 1er mars 1999 concernant une loi fédérale sur les médicaments et les dispositifs médicaux, *FF 1999, vol.III, n°21, pp. 3151-3349*, spéc. pp.3160-3161.

756 Sur les formes d'adaptation spontanées et leur influence sur la relation Suisse-UE, voir, *supra*, titre 1, chapitre 2, n°379 et s.

nationales[757]. Malgré des différences existantes avec le principe du droit de l'Union européenne, la révision de la LETC puise incontestablement sa source matérielle dans le principe « Cassis de Dijon », qui fait l'objet d'une référence indirecte dans le droit suisse par le biais du message du Conseil fédéral visé par la LETC[758]. A côté de ces références implicites du droit suisse au droit de l'Union européenne, relativement nombreuses, existent quelques références explicites.

B) Les références explicites au droit de l'UE

456. Les références explicites au droit de l'Union européenne sont rares au sein des lois suisses adaptées au droit de l'Union européenne de manière autonome. De telles références directes existent cependant dans les lois liées aux accords Suisse-UE, et plus précisément des lois liées à une obligation contenue dans ces actes conventionnels. En d'autres termes, une obligation conventionnelle peut donner lieu à une référence directe de la loi suisse au droit de l'Union européenne. L'obligation de mettre en œuvre l'accord Suisse-UE (1), et l'une de ses composantes plus précises, l'obligation de reprendre l'acquis de l'Union européenne (2) expliquent parfois ces références au droit de l'Union européenne.

1) Les références résultant de l'obligation de mettre en œuvre les accords

457. Les accords énumèrent un certain nombre d'actes de l'Union européenne qui servent de base pour établir les règles matérielles applicables[759]. Ceux-ci étant basés sur le droit de l'Union européenne, leur mise en œuvre peut inciter la Suisse à adopter une réglementation qui renvoie directement à une disposition du droit de ce droit.

458. A titre d'exemple, la mise en œuvre de l'accord sur la libre circulation des personnes (ALCP) a entraîné la modification d'un certain nombre de lois[760] (et de

---

757 Voir, *supra*, titre 1, chapitre 2, n°391.

758 Message concernant la révision partielle de la loi fédérale sur les entraves techniques au commerce du 25 juin 2008, *FF 2008, vol.I, n°35, pp.6643-6730*, spéc. p.6657.

759 Voir, *supra*, n°431 et s.

760 Ces modifications sont réalisées par la loi fédérale du 8 octobre 1999 sur l'[ALCP], *RO 2002 701*. Elle révise en particulier les lois suivantes : la loi du 26 mars 1931 sur le séjour et l'établissement des étrangers (*RO 49 279*), la loi du 16 décembre 1983 sur l'acquisition d'immeubles par des personnes à l'étranger (*RO 1984 1148*), la loi du 19 décembre 1877 concernant l'exercice des professions de médecin, de pharmacien et de vétérinaire dans la

règlements[761]). Ce sont en particulier les dispositions relatives aux étrangers et aux régimes sociaux qui ont été révisées afin d'abolir les dispositions discriminatoires sur la base de la nationalité à l'égard des ressortissants d'Etats de l'Union européenne. A la suite de ces modifications, des lois sur l'assurance-vieillesse et survivants, et sur l'assurance-invalidité, comportent désormais un chapitre « Relation avec le droit européen » qui se réfère explicitement au droit de l'Union européenne[762]. Pour mettre en œuvre l'ALCP, et en particulier l'annexe II qui prévoyait[763] une coordination des régimes de sécurité sociale sur la base de règles équivalentes aux règlements n°1408/71 et 574/72[764], les lois suisses sur l'AVS et l'AI ont renvoyé directement à ces deux actes de droit dérivé[765].

459. Dans le cas des accords fondés sur l'équivalence tels que l'ALCP, de tels renvois explicites sont d'autant plus étonnant que la Suisse s'est uniquement engagée à appliquer des règles équivalentes à celles posées dans les accords (et dans les actes annexés à ces accords). Cette pratique est cependant opportune lorsque les actes de l'Union européenne sont longs et complexes, de sorte qu'une réitération des libellés serait fastidieuse. En outre, cette précision indique que cette législation attire l'attention sur le fait que cette législation est susceptible d'être un acte de mise en œuvre d'un accord Suisse-UE (fondé sur le droit de l'UE) ; cette précision peut alors avoir des conséquences sur l'interprétation de cette législation ; elle peut en outre attirer l'attention sur les conséquences à retenir en cas d'évolution de cette législation européenne. En outre, lorsque les actes de l'Union européenne référencés dans les accords sont modifiés dans l'ordre juridique de l'Union,

---

Confédération suisse (*RO 3 361*), la loi du 20 décembre 1946 sur l'assurance-vieillesse et survivants (AVS) (*RO 63 843*) et loi du 19 juin 1959 sur l'assurance-invalidité (AI) (*RO 1959 857*).

761 Voir par exemple le règlement sur les allocations pour perte de gain du 24 novembre 2004, *RO 2005 1251*. L'article 26 relatif aux allocations de maternité renvoyait, pour la période de prise en compte des périodes de cotisation, à l'ALCP, son annexe II et les règlements n°1408/71 et 574/72 dans leur version modifiée. Une note renvoie à la dénomination complète de ces actes de droit dérivé ainsi que leur référence au Journal Officiel de l'Union européenne.

762 Voir notamment, Raymond SPIRA, « L'application de l'Accord sur la libre circulation des personnes par le juge des assurances sociales », in D. FELDER, C. KADDOUS (dir.), *Accords bilatéraux Suisse-UE (Commentaires)*, Bruxelles, Bruylant, 2001, pp.369-381, spéc. pp.372-373 ; Fabrice FILLIEZ, Hanspeter MOCK, « La Suisse et l'Union européenne : état des lieux d'une relation sui generis », *JdT* n°130, 2006, pp.161-168, spéc. p. 166.

763 L'annexe a été modifiée par une décision du comité mixte du 1er avril 2012. Voir, *infra*.

764 Règlement (CEE) n°1408/71 du Conseil, du 14 juin 1971, relatif à l'application des régimes de sécurité sociale aux travailleurs salariés, aux travailleurs non salariés et aux membres de leur famille qui se déplacent à l'intérieur de la Communauté, *JO L 149 du 5.7.1971, p. 2-50* ; Règlement (CEE) n° 574/72 du Conseil du 21 mars 1972 relatif à l'application du Règlement (CEE) 1408/71, *JO L 74 du 27.03.1972.*

765 Article 153 a) de la loi sur l'AVS ; article 80 a) de la loi sur l'AI dont la formulation est proche, ainsi que l'article 16 a) de la loi du 19 mars 1965 sur les prestations complémentaires à l'assurance-vieillesse, survivants et invalidité, *RO 1965 541*.

un tel développement peut amener l'ordre juridique suisse à se référer expressément au nouvel acte de l'Union européenne.

2) *Les références résultant de l'obligation de reprise de l'acquis de l'UE*

460. La modification au sein de l'ordre juridique de l'Union européenne, des actes de l'UE qui servent à fonder les accords Suisse-UE, est prise en compte de manière différente selon les accords[766]. La plupart des accords, fondés sur l'équivalence, ne prévoient qu'une procédure d'information de l'évolution des législations respectives, qui peut être suivie d'une décision d'incorporer le nouvel acte de l'Union européenne dans les accords. Cependant, dans les accords d'association à Schengen et à Dublin, une obligation spécifique pose le principe d'une reprise par la Suisse des développements de l'acquis de l'Union européenne.

461. La Suisse a alors adopté une loi qui assure une mise en œuvre de cette obligation conventionnelle de reprise des nouveaux développements de l'acquis de l'UE. La loi de 2004 simplifie les procédures de publications officielles[767], en considérant comme suffisante, la publication des actes de l'UE sous forme de renvoi. Le renvoi s'opère dans la législation suisse d'application, ou, lorsque celle-ci n'est pas nécessaire, par un acte national qui recense les actes de l'Union européenne en mentionnant leur référence dans le Journal officiel de l'Union européenne[768]. Tout en assurant la publication selon des règles nationales, l'ordre juridique suisse réalise ainsi des renvois explicites aux actes de l'Union européenne.

462. En conclusion, les actes qui régissent la relation Suisse-UE se caractérisent par une combinaison des éléments d'autonomie et d'européanité, ces derniers étant particulièrement évidents s'agissant des règles du premier degré. En effet les accords et les législations suisses posent des règles du premier degré par référence au droit de l'Union européenne. Dans les accords Suisse-UE, ces références au droit de l'Union européenne

---

766 Voir, *infra*, chapitre 2, section 2, n°742 et s.

767 Loi fédérale sur les recueils du droit fédéral et la Feuille fédérale (Loi sur les publications officielles, LPubl) du 18 juin 2004, *RO 2004 4929*.

768 Voir notamment l'article 5 de cette loi, « Publication sous forme de renvoi », et les indications du Conseil fédéral dans son message relatif à l'approbation des accords bilatéraux entre la Suisse et l'Union européenne, y compris les actes législatifs relatifs à la transposition des accords («accords bilatéraux II») du 1er octobre 2004, *FF 2004, vol. I, n°44, pp.5593-5924*, spéc. p.5923.

s'expliquent par l'effet des éléments objectifs précédemment étudiés[769]. Il en va de même pour les législations suisses adaptées spontanément au droit de l'Union européenne, les autres cas de renvoi au droit de l'UE résultant de l'application par la législation suisse, des accords Suisse-UE eux-mêmes fondés sur le droit de l'UE. Cet établissement des règles du premier degré apparaît plus ou moins clairement selon que les références au droit de l'UE sont implicites ou explicites.

463. Cette distinction a en outre des conséquences sur l'application de ces règles. Lorsqu'elles se réfèrent de manière implicites au droit de l'Union européenne, ces règles du premier degré sont ensuite applicables en tant que loi suisse ou disposition conventionnelle selon le support qui les contient. En revanche les références explicites au droit de l'Union européenne contenues dans les accords Suisse-UE établissent des règles dont l'européanité, la proximité avec le droit de l'UE, dépend en outre du « principe » sur lequel est fondé l'accord.

*

* *

[769] Voir, *supra*, titre 1, chapitre 2, n°217 et s.

Section 2. Les exigences de coïncidence des règles du premier degré sur le droit de l'UE selon les principes d'équivalence ou de reprise

464. Pour établir les règles du premier degré applicables dans la relation entre la Suisse et l'Union européenne, les accords Suisse-UE se réfèrent au droit de l'Union européenne. Les clauses des accords Suisse-UE dont la formulation est inspirée d'une disposition du droit de l'Union européenne s'appliquent en tant que dispositions conventionnelle. Le fait que ces clauses soient ainsi rédigées en fonction du droit de l'Union peut avoir des conséquences sur leur interprétation. Le rattachement ainsi opéré avec le droit de l'UE se prolongera si ces clauses reçoivent la même interprétation que celle de ce droit[770]. Du reste, les références implicites ne soulèvent ainsi pas de remarques particulières s'agissant de leur rattachement au droit de l'Union. En revanche, l'application des références explicites aux actes de l'Union européenne soulève certaines questions.

465. Contrairement à l'accord établissant l'Espace économique européen (EEE), les accords Suisse-UE ne précisent pas les modalités d'insertion des actes de l'UE auxquels ils renvoient, dans les ordres juridiques internes de la Suisse et de l'UE. On ne trouve en effet pas de disposition comparable à l'article 7 de l'accord EEE en vertu duquel :

> *« Les actes auxquels il est fait référence ou qui sont contenus dans les annexes du présent accord ou dans les décisions du Comité mixte de l'EEE sont obligatoires pour les parties contractantes et font partie de ou sont intégrés dans leur ordre juridique interne de la manière suivante :*
>
> *a) un acte correspondant à un règlement CEE est intégré en tant que tel dans l'ordre juridique interne des parties contractantes ;*
>
> *b) un acte correspondant à une directive CEE laisse aux autorités des parties contractantes la compétence quant à la forme et aux moyens de sa mise en œuvre ».*

[770] Voir, *infra*, section 3, n°561 et s.

466. Cette question de l'insertion dans l'ordre juridique interne des règlements et directives visés par les accords Suisse-UE se pose de manière évidente pour la Suisse, Etat tiers à l'Union européenne. Mais elle se pose également pour l'Union européenne et ses Etats membres dès lors que dans leur relation avec la Suisse, ce ne sont pas directement les règlements et directives qui sont applicables, mais ceux-ci en tant que, et dans la mesure où, ils sont posés par des accords internationaux conclus par l'UE.

467. Cette absence s'explique partiellement au regard du fait que contrairement à l'accord EEE, la plupart des accords Suisse-UE sont fondés sur un principe d'équivalence des législations, et non un principe de reprise. Ces « principes » déterminent le lien de « rattachement » que les accords établissent avec les actes de l'UE auxquels ils font références. Ils déterminent le degré de proximité de la règle contenue dans les accords avec le droit de l'Union qui a servi de référent. Selon le principe posé par les accords, l'européanité des règles du premier degré est plus ou moins prononcée.

468. Considérés en doctrine comme des principes cardinaux dans la relation Suisse-UE, l'équivalence et la reprise sont cependant difficiles à cerner. C'est en particulier à partir d'un faisceau d'indices que s'identifie le principe de reprise ; et même si l'on s'efforce de se limiter ici aux règles primaires, il faut souligner que les règles du second degré participent à déterminer le principe de reprise et celui d'équivalence. Ce dernier, plus qu'un principe univoque, semble en outre désigner deux acceptions différentes.

469. Malgré une certaine indétermination de ces deux principes, le rattachement au droit de l'Union européenne qu'ils impliquent est différent sur deux points concordants. Sur le plan formel d'abord, la reprise de l'acquis de l'Union européenne établit un lien direct avec les actes de l'Union européenne référencés. En vertu du principe de reprise, « *un même acte juridique* [acte de l'Union européenne] *s'applique aux deux parties* »[771]. Tel n'est pas le cas de l'équivalence, sous les deux formes identifiées, qui implique l'intervention d'une loi suisse : le rattachement à l'acquis n'est alors que médiat. Sur le plan substantiel ensuite, la reprise de l'acquis vise à faire coïncider le droit applicable avec l'acquis pertinent, de sorte que les accords fondés sur la reprise s'inscrivent dans une

---

[771] Cécile RAPOPORT, *Les partenariats entre l'Union européenne et les Etats tiers européens - Étude de la contribution de l'Union européenne à la structuration juridique de l'espace européen,* Bruxelles, Bruylant, 2011, 809 p., spéc. p. 196.

optique d'alignement sur le droit de l'Union européenne. En revanche, l'équivalence constitue un concept flou, souple, qui permet d'introduire une certaine appréciation du rapprochement avec le droit de l'Union européenne.

470. Le principe de reprise impose ainsi des exigences plus strictes à la Suisse et l'Union européenne, convenues d'appliquer l'acquis de l'UE. Il limite ainsi l'autonomie de la Suisse et de l'UE en assurant une européanité renforcée des règles du premier degré. En revanche, les deux types d'équivalence introduisent une distance avec l'acquis, de sorte que l'européanité des règles du premier degré est soumise à une plus grande appréciation par chaque partie. La différence entre les principes de reprise et d'équivalence correspond ainsi à la différence entre une européanité renforcée et une européanité appréciée des règles du premier degré posées par les accords Suisse-UE.

471. Compte tenu du referendum du 6 décembre 1992 par lequel le peuple et les cantons suisses ont rejeté l'accord EEE fondé sur le principe de reprise de l'acquis, la Suisse a préféré négocier des accords lui assurant la plus grande marge de manœuvre possible. C'est donc au regard de l'autonomie qu'ils accordent au législateur suisse que s'explique le caractère isolé du principe de reprise qui assure un rattachement direct des références conventionnelles à l'acquis de l'UE (§1). Le principe de l'équivalence des législations, en ce qu'il assure un rattachement médiat des références conventionnelles à l'acquis de l'UE, permet une appréciation de l'européanité des règles du premier degré (§2).

§1 – Le rattachement direct à l'acquis de l'UE : le principe de reprise

472. La doctrine ainsi que le Conseil fédéral suisse s'accordent en général pour considérer que seul un faible nombre d'accords Suisse-UE sont fondés sur un principe de reprise de l'acquis de l'UE. Sont considérés comme fondés sur un tel principe, l'accord sur le transport aérien de 1999 et les accords d'association de la Suisse à Schengen et Dublin de 2004[772].

---

[772] Accord du 21 juin 1999 sur le transport aérien, *RO 2002 1705 / JO L 114 du 30.4.2002, p.73-90* ; accord du 26 octobre 2004 sur l'association de la Confédération suisse à la mise en œuvre, à l'application et au développement de l'acquis de Schengen, *RO 2008 481 / JO L 53 du 27.2.2008, p. 52-79* ; accord du 26 octobre 2004 relatif aux critères

473. Cependant, ces accords ne posent pas en tant que tel un « principe de reprise » sous la forme d'une clause[773]. La signification d'un tel principe doit alors être recherchée dans les indices concordants de ces trois accords. Il en résulte une part d'incertitude inhérente à la méthode d'identification à partir d'un faisceau d'indices. En outre, la systématisation et la clarification réalisées ne doivent pas être surestimées dès lors que l'on retrouve dans d'autres accords, certains éléments qui semblent se rattacher à la logique du principe de reprise de l'acquis[774].

474. Cette logique est celle de la recherche d'une forte homogénéité entre le droit de l'accord et le droit de l'UE ayant servi de référence. C'est ainsi en se limitant aux trois accords pour lesquels il est unanimement admis qu'ils sont fondés sur une reprise que l'on essaiera de dégager, à partir des éléments identifiés (A), la – ou plus exactement une – signification d'un « principe » de reprise de l'acquis de l'Union (B).

A) Les manifestations de la reprise du droit de l'UE

475. On considère classiquement que l'accord sur le transport aérien et les accords d'association à Schengen et à Dublin sont fondés sur le principe de reprise de l'acquis de l'Union européenne[775]. Ces accords se distinguent de la plupart des accords Suisse-UE

---

et aux mécanismes permettant de déterminer l'Etat responsable de l'examen d'une demande d'asile introduite dans un Etat membre ou en Suisse, *RO 2008 515 / JO L 53 du 27.2.2008, p.5-17*.

773 Ce constat vaut même pour l'accord EEE : la reprise de l'acquis est au cœur de la logique de cet accord, alors même que le principe de reprise n'est pas défini. Même l'expression « acquis communautaire » est absente des dispositions de l'accord : Christine DELCOURT, « The Acquis Communautaire : Has the concept had its day ? », *C.M.L.R.* 38, n°4, août 2001, pp. 829-870, spéc. p. 849.

774 Les doutes les plus importants concernent l'accord sur la libre circulation des personnes (ALCP), généralement considéré comme fondé sur un principe d'équivalence des législations et non un principe de reprise. Or certains auteurs doutent de cette exclusion de l'ALCP de la catégorie des accords de reprise (voir notamment Cécile RAPOPORT, *Les partenariats entre l'Union européenne et les Etats tiers européens*, *op. cit.,* spéc. p. 198, qui souligne que l'ALCP contient une clause de prise en compte de la jurisprudence de la CJUE similaire à l'accord sur le transport aérien). D'autres auteurs soulignent également cette proximité mais en portant leur interrogation sur la teneur de la distinction entre les principes de reprise et d'équivalence (Olivier MACH, « Les accords bilatéraux avec la CE : opportunité et défi pour le juriste », *La Semaine judiciaire*, 2002, II, pp. 325-388, spéc. p. 337).

Les accords MEDIA et sur les statistiques présentent également des indices du principe de reprise tel qu'il sera identifié ici. Voir, *infra*, n°512.

775 Message du Conseil fédéral du 23 juin 1999 relatif à l'approbation des accords sectoriels entre la Suisse et la CE, *FF 1999, vol. VI, n°34, pp. 5440-6398*, spéc. pp.5468-5470 ; Message du Conseil fédéral du 1er octobre 2004 relatif à l'approbation des accords bilatéraux entre la Suisse et l'Union européenne [...], *FF 2004, vol. I, n°44, pp.5593-5924*, spéc. p.5463; Daniel FELDER, « Appréciation juridique et politique du cadre institutionnel et des dispositions générales des accords sectoriels », in D. FELDER, C. KADDOUS (dir.), *Accords bilatéraux Suisse-UE (Commentaires)*, Bruxelles, Bruylant, 2001, pp. 117-148, spéc. pp. 128-130 ; Daniel FELDER, « Cadre institutionnel et dispositions générales des Accords bilatéraux II (sauf Schengen/Dublin) », in C. KADDOUS, M. JAMETTI GREINER (dir.), *Accords bilatéraux II Suisse-UE : et autres accords récents*, Bruxelles, Bruylant, 2006, pp. 93-117, spéc. p.104 ; Fabrice FILLIEZ, Hanspeter MOCK, « La Suisse et l'Union européenne : état des lieux d'une relation sui generis », *JdT* n°130, 2006, pp.161-168, spéc. p. 163.

fondés sur l'équivalence des législations de la Suisse et de l'Union européenne, et revêtent en ce sens un caractère « *exceptionnel* »[776]. En effet, la plupart des accords Suisse-UE ne sont pas fondés sur un principe de reprise de l'acquis de l'UE qui caractérise l'accord EEE rejeté par la Suisse en décembre 1992.

476. Largement mise en avant par le Conseil fédéral et la doctrine, la reprise « *littérale* »[777] de l'acquis de l'Union européenne résulte d'un faisceau d'éléments. Certaines formulations employées dans le titre, le préambule et des clauses de l'accord (1) visent une coïncidence aussi étroite que possible des règles du premier degré posées dans l'accord avec le droit de l'UE sur lequel elles se fondent. En outre, des règles du second degré tendent à assurer cette proximité et apparaissent également comme des indicateurs du principe de reprise (2).

1) La formulation d'une coïncidence étroite avec le droit de l'UE de base

477. Il ressort du titre, du préambule et de certaines dispositions de l'accord, que ce sont les actes de l'UE qui sont applicables. On soulignera qu'il ne s'agit pas ici de se prononcer sur la question de savoir si l'on peut faire « abstraction » du fait que la Suisse soit un Etat tiers à l'Union européenne. Il ne s'agit pas de savoir si ce sont réellement les actes de l'Union européenne qui sont appliqués par la Suisse. Mais le principe de reprise vise à faire en sorte que les références au droit de l'Union désignent le droit applicable ; il vise à faire du droit de l'UE, le droit appliqué par la Suisse et l'UE.

478. Le titre de l'accord Schengen apporte un éclairage sur le rattachement qu'il opère au droit de l'Union européenne. Il s'agit d'un accord d'association de la Confédération suisse « *à la mise en œuvre, à l'application et au développement de l'acquis de Schengen* ». Ce titre

---

Voir cependant, *infra,* §2, les interrogations liées à l'exhaustivité de cette liste, menées lors de l'étude des ambiguïtés du principe d'équivalence.

776 Message du Conseil fédéral du 23 juin 1999, *op.cit.*, spéc, pp.5468-5470 ; Message du Conseil fédéral du 1er octobre 2004, *op.cit.*, spéc. p.5463; Daniel FELDER, « Appréciation juridique et politique du cadre institutionnel et des dispositions générales des accords sectoriels », *op.cit.*, spéc. pp.128-130 ; Daniel FELDER, « Cadre institutionnel et dispositions générales des Accords bilatéraux II (sauf Schengen/Dublin *op.cit.*, spéc. p.104.

777 Le terme de reprise « littérale » est emprunté à Daniel FELDER : pour l'accord sur le transport aérien, voir Daniel FELDER, « Appréciation juridique et politique du cadre institutionnel et des dispositions générales des accords sectoriels », *op.cit.*, spéc. p.128. Pour les accords d'association à Schengen et Dublin : Daniel FELDER, « Cadre institutionnel et dispositions générales des Accords bilatéraux II (sauf Schengen/Dublin), *op.cit.* : bien que la contribution exclue les accords d'association à Schengen et Dublin, l'auteur souligne l'emploi du principe de reprise littérale pour ces accords (p.104). Voir également Fabrice FILLIEZ, Hanspeter MOCK, « La Suisse et l'Union européenne : état des lieux d'une relation sui generis », *op.cit.*, spéc. p. 165.

semble donc indiquer que c'est l'acquis Schengen de l'UE qui est régi par l'accord aux fins d'application par la Suisse, et non de simples dispositions équivalentes à cet acquis.

479. Le préambule de l'accord sur le transport aérien reflète également l'intention des parties de faire coïncider autant que possible le droit de l'Union européenne référencé avec le droit applicable. Les parties soulignent en particulier « *qu'il est approprié de fonder ces règles* [applicables à l'aviation civile dans la zone couverte par la Communauté et la Suisse] *sur la législation en vigueur dans la Communauté au moment de la signature du présent Accord* ». En « fondant » le droit applicable sur le droit de l'Union européenne, l'accord semble se distinguer de l'accord sur la libre circulation des personnes, régi par le principe d'équivalence, dont le préambule indique qu'il vise à réaliser une libre circulation des personnes « *en s'appuyant sur les dispositions en application dans la Communauté européenne* »[778]. Il se distingue en tout cas nettement de l'accord sur les transports terrestres dans lequel la Suisse et la Communauté se montraient « *conscientes de la nécessité d'assurer la cohérence entre la politique suisse des transports et les principes généraux de la politique communautaire des transports* »[779]. De manière encore plus explicite, le préambule de l'accord d'association à Dublin vise « *une participation de la Confédération suisse à l'acquis communautaire couvert par les règlements "Dublin" et "Eurodac"* ».

480. Enfin, le principe de la reprise découle de diverses clauses relatives aux références au droit de l'UE. En vertu de l'article 2, paragraphe 1, de l'accord Schengen : « *Dans la mesure où elles s'appliquent aux Etats membres de l'Union européenne,* […], *les dispositions de l'acquis de Schengen énumérées à l'annexe A du présent Accord sont mises en œuvre et appliquées par la Suisse* ». L'article 1, paragraphe 1, de l'accord Dublin prévoit quant à lui : « *Les dispositions: - du règlement "Dublin", - du règlement "Eurodac", - du règlement "modalités d'application d'Eurodac" et - du règlement "modalités d'application de Dublin" sont mises en œuvre par la Confédération suisse* […] *et appliquées dans ses relations avec les Etats membres de l'Union européenne* ». En vertu de ces clauses, ce sont les actes de l'UE référencés qui sont appliqués par la Suisse.

---

778 Toutefois, le même extrait du préambule de l'ALCP est cependant utilisé par Cécile RAPOPORT pour mettre en relief les ambiguïtés de cet accord sur lesquelles l'auteur conclut que l'ALCP semble en réalité suivre davantage une logique de reprise de l'acquis que d'équivalence des législations : Cécile RAPOPORT, *Les partenariats entre l'Union européenne et les Etats tiers européens, op. cit.*, spéc. p.198.

779 Préambule de l'accord du 21 juin 1999 sur le transport de marchandises et de voyageurs par rail et par route, *RO 2002 1649, JO L 114 du 30.4.2002, p.91-131.*

481. De même, l'accord sur le transport aérien de 1999 prévoit dans son article 1, paragraphe 2, deuxième phrase: « *Pour autant qu'elles soient identiques en substance aux règles correspondantes du traité instituant la Communauté européenne et aux actes adoptés en application de ce traité, ces dispositions sont interprétées, aux fins de leur mise en œuvre et application, conformément aux décisions et arrêts de la Cour de justice et de la Commission des Communautés européennes rendus avant la date de signature du présent Accord* ». Cette disposition vise ainsi à faire correspondre au stade de l'interprétation, l'acquis de l'UE et le droit appliqué entre la Suisse et l'UE. Il s'agit là encore d'une disposition – intermédiaire entre une règle du premier et une règle du second degré – qui traduit une européanité renforcée des règles du premier degré. Et certaines règles du second degré s'inscrivent dans cette logique en assurant les conditions pour que l'interprétation ou la modification des règles du premier degré suivent celles de l'acquis de l'UE référencé.

2) L'exigence de coïncidence contenue dans les règles du second degré

482. En second lieu, la reprise de l'acquis de l'Union se décèle à travers des clauses de règles du second degré, c'est-à-dire de règles ayant pour objet les règles du premier degré. La reprise de l'acquis se traduit par une double coïncidence des règles du premier degré posées par l'accord Suisse-UE et de l'acquis de l'UE de base : l'exigence d'européanité renforcée vise l'application et la modification des règles.

483. La mise en œuvre de ces trois accords connaît un encadrement renforcé[780] qui traduit la recherche d'une uniformité d'application des règles du premier degré fondées sur le droit de l'Union européenne. Par exemple, le contrôle des règles de concurrence contenues dans l'accord sur le transport aérien est confié aux institutions de l'Union européenne, Commission et Cour de justice. Ce type de règle du second degré favorise ainsi la concordance entre l'application de l'acquis repris dans l'accord Suisse-UE et l'acquis de base de l'Union européenne.

484. La modification des règles du premier degré peut également suivre des règles destinées à maintenir dans le temps la concordance entre le droit contenu dans l'accord

[780] Voir, *infra*, chapitre 2, section 1, n°704 et s.

Suisse-UE et le droit de l'UE[781]. Par exemple, dans les accords d'association à Schengen et Dublin, la Suisse s'est engagée à reprendre les nouveaux développements de l'acquis, mais aussi à les appliquer en même temps que dans l'Union européenne. Ainsi, l'encadrement renforcé de la modification des règles du premier degré, pour tenir compte de l'évolution de l'acquis de l'UE, constitue un indice de la recherche d'une coïncidence du droit applicable dans la relation Suisse-UE et du droit de l'UE sur lequel elle se fonde.

485. L'ensemble de ces éléments permet d'esquisser un principe de reprise de l'acquis de l'Union européenne, comme caractérisant un rattachement étroit des règles du premier degré posées par les accords Suisse-UE sur le droit de l'UE. Sur la base de ces indices et de cette première définition, on peut essayer de préciser le principe de reprise.

B) Les contours du principe de reprise

486. Le principe de reprise tel qu'il résulte du faisceau d'indices soulève certaines interrogations qu'il convient au moins de mentionner à défaut de pouvoir nécessairement y répondre. La nature de la coïncidence recherchée (1) et la portée de ce principe (2) appellent ainsi certaines remarques.

1) La nature de la coïncidence des règles du premier degré sur le droit de l'UE

487. L'ensemble des éléments identifiés met en évidence la recherche d'une uniformité entre le droit applicable en vertu des accords et le droit de l'UE auquel les accords se réfèrent. Cela signifie-t-il que ces trois accords rendent applicable le droit de l'Union européenne ? Il s'agit là d'une première question, aux fondements théoriques, qui mérite d'être exposée (a). Sans pouvoir nécessairement y répondre, on soulignera que ce qui caractérise le principe de reprise, cette recherche d'une coïncidence des règles, c'est la place qu'elle occupe dans le « système général » de l'accord (b).

a) La possibilité de la coïncidence des règles du premier degré

488. La signification de la reprise de l'acquis de l'Union européenne s'inscrit inévitablement dans un débat théorique : un accord avec un Etat tiers à l'Union peut-il

[781] Voir, *infra*, chapitre 2, section 2, n°778 et s.

reprendre l'acquis de l'Union européenne ? C'est là une grande ambiguïté que l'on retrouve dans le principe de reprise de l'acquis contenu dans les accords Suisse-UE.

489. Quels éléments de l'ordre juridique – ici celui de l'Union européenne – peuvent être théoriquement partagés par des tiers à cet ordre juridique ? Les dispositions substantielles d'un droit peuvent être reprises par un tiers ; il s'agit alors d'une technique de détermination du contenu du droit applicable.

490. Mais dès qu'il s'agit « d'actes » de l'Union européenne, de « droit » de l'Union européenne, se pose une question complexe : est-ce théoriquement possible de concevoir qu'un « acte », un « droit », ou une « norme », s'applique en dehors de son système juridique ? Est-ce le même « acte », le même « droit », ou la même « norme », qui est rendu applicable ? Cette question revêt une importance pratique pour l'interprétation des règles contenues dans l'accord. La possibilité que les accords Suisse-UE produisent un droit qui coïncide parfaitement avec le droit de l'Union européenne est donc conditionnée par cette question théorique. La reprise du droit de l'Union européenne par les accords Suisse-UE dépend donc de la réponse que l'on apporte sur la possible coïncidence du droit contenu dans les accords et du droit de l'Union européenne ayant servi de référence.

491. Le principe de reprise de l'acquis de l'Union européenne vise à faire coïncider « autant que possible » le droit applicable avec l'acquis de l'UE. Selon la réponse donnée à cette « réserve du possible », cela aboutit soit à considérer que le droit applicable *est* le droit de l'Union européenne, soit que le droit applicable n'est qu'un droit qui *ressemble* au droit de l'Union européenne. Dans le premier cas il y a identité ontologique du droit applicable et du droit de l'Union européenne ; dans le second cas il y a mêmeté substantielle mais pas identité ontologique, puisque le droit applicable reste autre par rapport au droit de l'Union européenne objet du renvoi. Afin de ne pas alourdir les développements, cette « réserve du possible » ne sera plus systématiquement précisée, et l'on se bornera à exprimer le principe de reprise comme un principe de coïncidence du droit applicable sur le droit de l'UE.

492. Le principe de reprise impose ainsi un rattachement direct au droit de l'Union. La reprise de l'acquis de l'Union européenne vise à faire coïncider l'acquis de l'UE et le droit issu des accords Suisse-UE en faisant du premier le droit applicable en vertu des

accords Suisse-UE. Blaise KNAPP considère par exemple, à propos de l'accord sur le transport aérien, qu'il « *s'agit simplement de l'application à la Suisse du droit communautaire en matière de droit de cabotage dans l'Union européenne* […] »[782]. De même, Stephan BREITENMOSER souligne : « *the AAT* […] *extends the applicable EC competition law regarding air transport to Switzerland* »[783]. Sous cet angle, le principe de reprise désigne l'acquis de l'UE comme droit applicable[784].

493. Le droit de l'UE fait ainsi l'objet d'un renvoi par les accords Suisse-UE, et ce renvoi, que l'on peut préciser, désigne le droit applicable entre la Suisse et l'UE.

b) La nature du renvoi à l'acquis de l'UE

494. On a vu que les références expresses au droit de l'Union constituent des renvois, c'est-à-dire des « *techniques de formulation de textes juridiques consistant à se référer expressément à d'autres textes juridiques, sans les reproduire* »[785]. Le principe de reprise constitue une règle de fonctionnement de ces renvois : ceux-ci désignent le droit applicable.

495. En ce sens, le principe de reprise s'apparente aux règles de renvois utilisées fréquemment en droit international qui connaît ces renvois de droit international à droit interne, de droit interne à international, entre deux normes internationales, et même de renvois « *en cascade* »[786]. Le renvoi réalisé par ces trois accords au droit de l'Union constitue un renvoi du droit international conventionnel au droit applicable dans l'ordre juridique de l'une des parties, et même essentiellement au droit « interne » de l'Union[787].

---

782 Blaise KNAPP, « La Suisse et l'Union européenne, une intégration douce », in *Au carrefour des droits. Mélanges en l'honneur de Louis DUBOUIS*, Paris, Dalloz, 2002, pp. 387-405, spéc. p. 400.

783 Stephan BREITENMOSER, « Sectoral agreements between the EC and Switzerland : contents and context », *C.M.L.R.* 2003, vol. 40, n°5, pp.1137-1186, spéc. p. 1171.

784 Pour le Conseil fédéral, « *l'accord sur les transports aériens stipule que le droit communautaire existant est étendu à la Suisse* » : message du Conseil fédéral du 23 juin 1999 relatif à l'approbation des accords sectoriels entre la Suisse et la CE, *FF 1999, vol. VI, n°34, pp. 5440-6398*, spéc. p. 5462.

785 Jean SALMON (dir.), *Dictionnaire de droit international public*, Bruxelles, Bruylant, 2001, 1198 p. Voir *supra*, section 1, §1, B).

786 Le terme est utilisé par Mathias FORTEAU à propos de la structure du traité d'amitié de 1955 entre la Lybie et le Tchad, dont devait connaître la CIJ dans l'*Affaire du différend territorial* entre ces Etats : Mathias FORTEAU, « Les renvois inter-conventionnels », *A.F.D.I.* 2003, vol. 49, pp. 71-104, spéc. p. 94.

787 On a vu en effet que les accords se réfèrent au droit primaire et au droit dérivé de l'Union européenne (voir, *supra*, section 1, n°424 et s. Une telle affirmation doit cependant tenir compte des interrogations liées au renvoi à la jurisprudence de la Cour de justice : voir, *infra*, section 3, n°569 et s.

496. Mais cette qualité ne rend peut-être pas compte de la spécificité du renvoi dans les accords Suisse-UE sur le transport aérien, Schengen et Dublin. En effet, dans ces trois accords, le renvoi au droit de l'Union européenne ne constitue pas simplement une technique de désignation du droit applicable. Bien plus, le renvoi au droit de l'Union européenne constitue en quelque sorte l'objet même de l'accord ; le droit de l'Union européenne apparaît comme la cause même du renvoi. En d'autres termes, les trois accords sur le transport aérien, Schengen et Dublin ont précisément pour objet d'insérer la Suisse respectivement dans le régime de l'aviation civile de l'Union européenne, dans le régime d'abolition des contrôles aux frontières intérieures entre les Etats membres et dans le régime de détermination de l'Etat responsable des demandes d'asile. Compte tenu des exigences de l'Union européenne à l'égard de l'uniformité de ces espaces qu'elle souhaitait voir préservée ou du moins, non davantage morcelée, les accords ont établi un rattachement très fort au droit de l'Union européenne.

497. C'est d'abord un rattachement direct au droit de l'Union européenne, par l'utilisation de l'acquis pour fonder les règles primaires applicables. C'est aussi un rattachement fidèle au droit de l'Union européenne, par une reprise de l'ensemble des règles applicables dans l'acquis pertinent de l'UE : en évitant d'accorder des règles spéciales différentes de celles de l'acquis, les accords limitent le caractère « sur-mesure » du droit applicable dans la relation Suisse-UE, aligné sur celui de l'Union européenne[788]. C'est enfin un rattachement continu au droit de l'Union européenne, par l'encadrement renforcé de la mise en œuvre et de la modification de ces accords : bien que différentes

---

788 Ce constat est par exemple très net s'agissant de l'accord d'association à Schengen. Certes, il comporte au final quelques aménagements en particulier l'un lié au secret bancaire en Suisse, l'autre à la durée des processus de démocratie en Suisse. Cependant, la volonté de l'Union européenne et ses Etats membres était clairement d'éviter d'accorder à la Suisse un « Schengen à la carte » : c'est cette logique qui sous-tend leur refus en 1998 de négocier un accord, et même de mettre en place une collaboration informelle, rappelé par le Conseil fédéral suisse dans son message du 1er octobre 2004 relatif à l'approbation des accords bilatéraux entre la Suisse et l'Union européenne [...], *FF 2004, vol. I, n°44, pp.5593-5924*, spéc. p.5690. Si à l'époque la coopération Schengen pouvait paraître « fragile » en ce qu'elle était juste consacrée par le Traité d'Amsterdam, l'Union européenne a maintenu cette crainte d'un morcellement du régime par la suite. Si elle a accepté de négocier une participation de la Suisse à l'acquis Schengen, ce n'est qu'à la condition que la Suisse reprenne l'ensemble des règles applicables. Voir, le message du Conseil fédéral du 1er octobre 2004, *op.cit.*, spéc. p.5692. En doctrine, voir en particulier Anne CORNU, « Les aspects institutionnels des Accords d'association de la Suisse à Schengen et à Dublin », in C. KADDOUS, M. JAMETTI GREINER (dir.), *Accords bilatéraux II Suisse-UE et autres accords récents,* Bruxelles, Bruylant, 2006, pp.207-244, spéc. p.218. Il vaut également pour l'accord sur le transport aérien, comme le souligne le Conseil fédéral : « *La Suisse reprend en substance à peu près les mêmes dispositions légales qu'en cas d'adhésion à l'UE* » : Message du Conseil fédéral du 23 juin 1999, *op.cit.,* p. 5462.

selon les accords, ces règles secondaires sont destinées à faire coïncider le droit applicable en vertu de l'accord et le droit de l'Union européenne.

498. C'est compte tenu de cette coïncidence recherchée que l'on peut considérer que les accords fondés sur le principe de reprise de l'acquis de l'UE « *transforme[nt] en règles communes des parties l'ensemble des règles communautaires applicables dans [le] domaine* »[789]. Du point de vue de l'homogénéisation, « *la reprise de l'acquis unifie le droit applicable à un secteur dans l'espace géographique euro-suisse* »[790]. Du point de vue du degré d'européanité qu'elle emporte, la reprise de l'acquis opère un rattachement poussé au droit de l'Union européenne.

499. Le principe de reprise de l'acquis s'apparente ainsi à une norme de renvoi spécifique désignant le droit de l'Union européenne comme droit applicable. Cependant, ce n'est pas un renvoi simplement d'opportunité fonctionnelle, comme en droit international privé lorsque les Etats se mettent d'accord pour désigner la loi applicable au divorce. Ici le renvoi est intrinsèquement orienté vers l'européanité : l'objet même des accords est d'insérer la Suisse dans un espace normatif de l'Union européenne (celui de l'aviation civile ou celui de la coopération Schengen/Dublin).

500. Parce que l'européanité constitue l'objet même du renvoi, ce dernier se présente comme un rattachement fidèle, direct, et continu, au droit de l'Union européenne. Cette définition du principe de reprise ne saurait cependant masquer certaines interrogations relatives à l'étendue de la reprise. L'acception retenue présente en effet un certain relativisme, lié à l'absence de définition préexistante d'un principe dont on n'est pas certain de l'unicité.

2) *La portée du principe de reprise*

501. En l'absence de définition précise du principe de reprise, persistent certaines interrogations quant au degré de coïncidence exigé par ce principe. On a jusqu'ici défini le principe de reprise comme un principe de la coïncidence la plus étroite possible entre le droit posé par les accords et le droit de l'UE, la réserve du possible étant liée à une

---

789 Message du Conseil fédéral du 23 juin 1999, *op.cit.*, spéc, p.5470, à propos du principe de reprise dans l'accord sur le transport aérien.

790 Cécile RAPOPORT, *Les partenariats entre l'Union européenne et les Etats tiers européens, op. cit.*, spéc. p.196.

question théorique. Il s'agit ici de se demander si les indices fournis permettent de préciser le degré de coïncidence exigé par les accords (a). En outre, le recours à un faisceau d'indices pour définir le principe de reprise soulève certaines interrogations quant à l'unicité du principe de reprise entre les trois accords : ces éléments ne sont pas exactement les mêmes entre les accords sur le transport aérien, Schengen et Dublin. Par exemple, le premier confie aux institutions de l'Union européenne un pouvoir de contrôle, règle du second degré qui n'existe pas dans les deux autres accords. En outre, certains de ces éléments existent dans d'autres accords, si bien que l'on peut douter de l'exhaustivité de la catégorie des accords fondés sur la reprise de l'acquis (b).

a) L'indétermination du degré de coïncidence exigé

502. Si l'on se concentre ici sur les trois accords dont il est clairement admis qu'ils sont fondés sur le principe de reprise, certaines questions demeurent.

503. A la charnière entre l'interprétation et l'objet du renvoi, se pose une question spécifique : la reprise des actes de l'UE inclue-t-elle l'élément formel de ces actes juridiques ? Le degré d'européanité – et donc d'homogénéité avec le droit de l'UE – dépend de l'effet attaché à l'acte repris. Il faut ainsi savoir si le droit applicable est uniquement l'acquis substantiel de l'Union européenne, ou s'il inclut les éléments formels de cet acquis ?

504. Cette question est essentielle en particulier pour déterminer les modalités d'application de l'acquis repris. On sait par exemple qu'en vertu de l'article 288 TFUE, le règlement est obligatoire dans tous ses éléments et est directement applicable dans tout Etat membre ; si la directive n'a pas les mêmes propriétés et nécessite d'être transposée par chaque Etat membre, elle est susceptible cependant de produire certains effets déterminés par la jurisprudence de la Cour de justice. Dès lors, il importe de savoir si la reprise par la Suisse des règlements et directives contenus dans les accords Suisse-UE inclut la reprise des effets attachés à la forme de ces actes dans l'Union européenne ?

505. Cette question recouvre en réalité deux aspects : la reprise des effets attachés aux règlements et directives en vertu du Traité sur le Fonctionnement de l'Union européenne (TFUE) ; la reprise des effets attachés à ces actes en vertu de la jurisprudence de la Cour de

justice de l'Union européenne (CJUE). Le fait pour un accord, de contenir des dispositions établies par référence au droit de l'UE ne peut suffire à entraîner l'extension de la définition et de la portée attachées à l'instrument formel par le TFUE auquel la Suisse n'est pas partie. De même, le fait pour un accord, de contenir des dispositions établies par référence au droit de l'UE ne peut suffire à entraîner l'extension de l'interprétation de ces dispositions données par la CJUE. Ces extensions ne peuvent résulter que de la volonté des parties.

506. La Suisse et l'Union européenne ont-elles voulu, en reprenant le droit de l'UE dans les accords sur le transport aérien et d'association à Schengen/Dublin, donner aux règlements et directives les mêmes effets que ceux qu'ils reçoivent dans l'Union européenne ? Le cas échéant, les effets attachés à l'acte comme support normatif doivent-ils être déterminés en fonction du seul TFUE ou inclure la jurisprudence pertinente de la Cour de justice ?

507. On se limitera à donner quelques indices de réponse, lesquels ne concordent pas entre eux.

508. D'un côté, l'objet de ces accords semble impliquer une réponse positive. Par exemple, l'objectif de l'accord sur le transport aérien, tel qu'il résulte du préambule et du chapitre 1 est marqué par le souci de faire coïncider le droit applicable avec le droit de l'Union européenne. L'accord va jusqu'à confier aux institutions de l'Union européenne le contrôle de l'application des règles de droit de la concurrence[791]. Dès lors que les effets attachés à l'instrument déterminent l'application des normes qu'ils contiennent, il semble logique de les inclure dans la reprise de l'acquis de l'UE. En outre, le Conseil fédéral suisse souligne que : « *L'annexe fait partie intégrante de l'accord. Elle énumère les instruments de droit communautaire secondaire directement applicables pour la Suisse, ou qui devront le cas échéant faire l'objet d'une transformation.* […] *Les règlements du Conseil sont assez concrétisés pour pouvoir être immédiatement appliqués. Les directives exigent par contre une transformation en droit national* »[792].

---

[791] Voir, *infra*, chapitre 2, section 1, n°709 et s.

[792] Message du Conseil fédéral du 23 juin 1999 relatif à l'approbation des accords sectoriels entre la Suisse et la CE, *FF 1999, vol. VI, n°34, pp. 5440-6398*, spéc. p. 5566.

509. Cependant, la formulation retenue par la clause d'interprétation de l'article 1, paragraphe 2, jette un doute. Cette clause impose un régime spécifique dès lors que sont en cause des dispositions « *identiques en substance aux règles correspondantes du traité instituant la Communauté européenne et aux actes adoptés en application de ce traité* »[793]. La portée du renvoi est ainsi envisagée substantiellement par la clause d'interprétation. Si l'on considère cette clause comme un indice pertinent, il semble logique d'exclure la jurisprudence de la Cour relative aux effets des directives. Mais le problème n'est que déplacé puisqu'il reste à déterminer si les actes de l'UE doivent être repris au sens de l'article 288 TFUE. En particulier si les règlements repris par ces accords, sont obligatoires dans tous leurs éléments et directement applicables en Suisse. En outre, les trois accords Suisse-UE ne contiennent pas de clause comparable à l'article 7 de l'accord EEE qui précise la coïncidence des effets attachés à la forme de l'acte de l'UE repris[794]. Le principe de reprise contenu dans ces trois accords Suisse-UE semble de ce point de vue poser une exigence de coïncidence en-deçà de celle contenue dans l'accord EEE.

510. La reprise de l'acquis de l'UE, tout en étant une caractéristique de la structure de trois accords, reste difficile à établir en tant que principe car elle se fonde sur des indices davantage que sur une logique globale, précise et univoque. Ce sont enfin les contours d'application du principe de reprise qui soulèvent certaines interrogations.

b) L'indétermination du champ d'application du principe

511. D'autres accords Suisse-UE exigent une certaine homogénéité entre les règles du premier degré et l'acquis de l'UE qui sert de référence. On peut ainsi se demander s'ils ne traduisent pas également dans une certaine mesure une exigence de reprise.

512. Tel est le cas des accords associant la Suisse à des programmes ou agences de l'Union européenne. Les accords MEDIA, généralement considérés comme fondés sur un

---

[793] Cet article stipule : « *Aux fins du présent Accord, les dispositions contenues dans celui-ci ainsi que dans les règlements et directives figurant à l'annexe s'appliquent dans les conditions définies ci-après. Pour autant qu'elles soient identiques en substance aux règles correspondantes du traité instituant la Communauté européenne et aux actes adoptés en application de ce traité, ces dispositions sont interprétées, aux fins de leur mise en œuvre et application, conformément aux décisions et arrêts de la Cour de justice et de la Commission des Communautés européennes rendus avant la date de signature du présent Accord* […] ». Sur cette clause, voir, *infra*, section 3, n°569.

[794] Voir, *supra*, n°465.

principe d'équivalence des législations[795], comportent aussi des exigences d'une étroite proximité entre le droit posé par l'accord et le droit de l'UE qui sert de référence[796]. De même, on retrouve dans l'accord sur les statistiques des éléments considérés comme pertinents pour définir le principe de reprise posé par l'accord sur le transport aérien, qu'il s'agisse du préambule[797], du libellé de certaines clauses[798] ou du cadre juridique entourant la modification en fonction de celle de l'acquis de l'UE auquel l'accord se réfère[799]. Des constats similaires peuvent être faits pour d'autres accords tel que l'accord de 2004 concernant la participation de la Suisse à l'Agence européenne pour l'environnement[800]. Enfin, si l'on intègre comme indice la manière dont la Suisse et l'Union européenne considèrent les règles posées par les accords, on retrouve l'idée d'une certaine coïncidence avec l'acquis de l'UE qui sert de référent. Par exemple, à propos de l'accord MEDIA de 2007, le Conseil fédéral va jusqu'à considérer que c'est la directive qui s'applique[801]. De même dans sa décision relative à la conclusion de l'accord sur la coopération dans le domaine des statistiques, le Conseil de l'UE vise les cas d'« *extension d'actes du droit communautaire à la Suisse* »[802]. Dans le même ordre d'idées en ce qui concerne la participation aux agences de l'UE, Cécile RAPOPORT souligne que dans la plupart des

---

795 Voir par exemple l'accord du 26 octobre 2004 dans le domaine de l'audiovisuel, établissant les termes et conditions pour la participation de la Confédération suisse aux programmes communautaires MEDIA Plus et MEDIA Formation (*RO 2006 1041 / JO L 90 du 28.3.2006, p. 23-34*) dont l'article 2, paragraphe 1, de l'annexe II prévoit que « *La Suisse applique par analogie les articles 4 et 5 de la directive 89/552/CEE* ».

796 Le paragraphe 2 de la disposition précitée stipule qu'« *Aux fins de la mise en œuvre du paragraphe précédent, la définition de l'œuvre européenne, telle que formulée dans l'article 6 de la directive 89/552/CEE* […], *s'applique* ».

797 Le préambule rappelle celui de l'accord sur le transport aérien en ce qu'il considère qu'il convient de *fonder* les règles applicables « *sur la législation qui est en vigueur dans la Communauté* » : Accord du 26 octobre 2004 relatif à la coopération dans le domaine statistique : *RO 2006 5933 / JO L 90 du 28.3.2006, p. 2-20*.

798 L'article 2 considère comme obligatoires « *les actes mentionnés à l'annexe A* » c'est-à-dire des actes de l'UE, mais précise « *tels qu'adaptés par le présent accord* ».

799 Sans qu'il ne s'agisse de règles du second degré imposant une reprise des futurs développements de l'acquis, on trouve des éléments qui laissent penser que l'évolution future de l'accord est dès le départ conçue pour suivre celle de l'acquis de l'UE. Tel est le cas de la déclaration conjointe sur la révision des annexes A et B par le comité mixte : *« Le comité mixte se réunit dès que possible après l'entrée en vigueur du présent accord pour préparer la révision de l'annexe A afin de mettre à jour la liste des actes législatifs y figurant et pour y intégrer le programme statistique communautaire en vigueur »*.

800 Accord du 26 octobre 2004 concernant la participation de la Suisse à l'Agence européenne pour l'environnement et au réseau européen d'information et d'observation pour l'environnement (EIONET), *RO 2006 1111/ JO L 90 du 28.3.2006, p.37-47*. En vertu de son article 1, la Suisse « *applique les actes énumérés à l'annexe I* » et cette annexe renvoie à un règlement de l'Union européenne sans préciser qu'il ne s'agirait que d'une application de droits équivalents.

801 Message du Conseil fédéral du 21 septembre 2007 portant approbation de l'accord sur la participation de la Suisse au programme MEDIA de l'UE pour les années 2007 à 2013 et d'un arrêté fédéral concernant le financement de la participation, *FF 2007, vol. I, n°41, pp. 6313-6326*, spéc. p. 6321 : « *l'application de la directive européenne a donc désormais force obligatoire dans les relations entre la Suisse et tous les pays de l'UE* ».

802 Article 2, alinéa 2, de la décision du Conseil du 27 février 2006 concernant la conclusion de l'accord entre la Communauté européenne et la Confédération suisse relatif à la coopération dans le domaine statistique, *JO L 90 du 28.03.2006, p. 1*.

cas, le législateur de l'UE exige que « *l'Etat tiers applique le droit communautaire pertinent ou une législation équivalente* »[803], et souligne la rareté de ce dernier cas.

513. Enfin, l'accord sur la libre circulation des personnes et l'accord sur la fiscalité de l'épargne présentent aussi des exigences d'un rapport étroit entre les règles du premier degré et l'acquis de l'UE[804]. L'accord sur la libre circulation des personnes comporte par exemple une clause similaire à celle de l'accord sur le transport aérien, en imposant de tenir compte de la jurisprudence de la Cour de justice lorsque *l'application* de cet accord *implique des notions de droit communautaire*[805]. L'accord sur la fiscalité de l'épargne est plus précisément un accord prévoyant des mesures équivalentes à une directive de l'UE en la matière, mais comporte des règles du second degré qui lient la vie juridique de l'accord sur l'acquis de l'UE qui sert de référent[806].

514. Ces accords fondés sur l'équivalence présentent certains traits du principe de reprise. Ceci s'explique par le fait que ces accords se rattachent (au moins en partie) à une forme du principe d'équivalence (que l'on appellera l'équivalence-direction) qui elle-même se rapproche du principe de reprise. Ce n'est ainsi que de manière limitée que l'on peut opérer une distinction entre le principe de reprise et le principe d'équivalence. On peut définir le principe de reprise comme une exigence d'une coïncidence aussi étroite que possible avec le droit de l'UE auquel l'accord se réfère, exigence qui résulte de l'objet même de l'accord. Mais le recours à des faisceaux d'indices ne suffit pas à apporter une précision sur le degré d'exigence requis et sur les contours du principe par rapport au principe d'équivalence. Une certaine indétermination de la reprise doit ainsi être constatée, que les ambiguïtés du principe d'équivalence ne permettent pas de préciser.

---

803 Cécile RAPOPORT, *Les partenariats entre l'Union européenne et les Etats tiers européens - Étude de la contribution de l'Union européenne à la structuration juridique de l'espace européen,* Bruxelles, Bruylant, 2011, 809 p., spéc. p.503, §652.

804 Voir notamment les interrogations de Cécile RAPOPORT, *Les partenariats entre l'Union européenne et les Etats tiers européens, op. cit.*, spéc. pp.196 et s., §§289 et s.

805 Article 16 de l'accord du 21 juin 1999 sur la libre circulation des personnes, *RO 2002 1529 / JO L 114 du 30.4.2002, p. 6–72*. Sur cette clause, voir, *infra*, section 3, n°569 et s.

806 Voir, *infra*, chapitre 2, section 2, n°779 et s.

§2 – Le rattachement médiat à l'acquis : le principe d'équivalence

515. L'équivalence entre les législations suisses et celles de l'Union européenne renvoie à une homogénéité que l'on peut retrouver à deux niveaux. S'agissant de son objet, l'équivalence renvoie classiquement au contenu des règles applicables : à des « *législations similaires* »[807], à des « *droits et obligations équivalant à ceux contenus dans les actes juridiques de la Communauté européenne* »[808]. Par extension, l'équivalence peut également désigner la manière dont sont appliquées ces règles : « *l'équivalence de l'application des modalités d'exécution des législations* »[809].

516. Du reste, le principe d'équivalence, base fonctionnelle la plus répandue dans les accords Suisse-UE, est paradoxalement difficile à cerner. Les développements qui suivront tenteront ainsi de proposer une définition du principe d'équivalence. Ce principe semble se décliner sous deux formes principales : « l'équivalence-condition » et « l'équivalence-direction ». La première renvoie à la reconnaissance mutuelle que réalisent les accords, la seconde à un mouvement de rapprochement de la législation suisse. Mais ces deux formes de l'équivalence traduisent une certaine homogénéisation entre les législations suisses et les législations de l'UE (A).

517. On peut alors préciser le sens de cette homogénéisation et sa nature. En premier lieu, l'homogénéisation se fait en grande partie vers le droit de l'Union européenne. Pour l'« équivalence-direction », c'est assez évident : les accords Suisse-UE établissent une liste d'actes de l'UE à l'égard desquels le droit suisse doit être rendu équivalent. Même pour l'« équivalence-condition », la reconnaissance de la compatibilité des législations suisses et de l'UE référencées renvoie souvent à une harmonisation des législations suisses sur celles de l'UE. Ainsi, le principe d'équivalence suscite ou bien constate une harmonisation du droit suisse avec l'acquis de l'UE référencé dans les accords. En second lieu, là où le principe de reprise exigeait une coïncidence du droit

---

807 Article 2 de l'accord du 21 juin 1999 relatif aux échanges de produits agricoles, *RO 2002 2147 / JO L 114 du 30.4.2002, p. 132-349*.

808 Article 16 de l'accord du 21 juin 1999 sur la libre circulation des personnes, *RO 2002 1529 / JO L 114 du 30.4.2002, p. 6-72*.

809 Article 9, paragraphe 2, de l'annexe 4 de l'accord de 1999 sur les produits agricoles précité.

Voir également la déclaration relative à la participation de la Suisse aux Comités, annexée aux accords bilatéraux de 1999 qui vise les domaines couverts par ces accords « *et pour lesquels la Suisse, soit a repris l'acquis communautaire, soit l'applique par équivalence* […] »

applicable et de l'acquis de l'UE, le principe d'équivalence implique l'intermédiaire d'une loi suisse qui marque une distance avec l'acquis de l'UE. Selon le type d'équivalence, l'appréciation de l'européanité des règles primaires est alors soit impliquée par les accords, soit établie par les accords (B).

A) L'ambivalence de l'équivalence : deux traductions d'une homogénéisation

518. La majorité des accords bilatéraux de 1999 et 2004 est fondée sur le principe d'équivalence des législations[810]. La liste est cependant délicate à établir tant, on le verra, l'équivalence prend des formes différentes. Il faut dans un premier temps considérer largement l'équivalence, pour essayer de cerner les grands types d'équivalence.

519. C'est pourquoi l'on peut considérer, en suivant Christine KADDOUS, que parmi les sept accords de 1999, « *cinq accords de libéralisation* [sont] *fondés sur l'équivalence des législations* »[811] : les accords sur la libre circulation des personnes, sur les transports terrestres, sur la reconnaissance mutuelle en matière d'évaluation de la conformité, sur les échanges de produits agricoles et sur certains aspects relatifs aux marchés publics[812]. De même, parmi les neuf accords de

---

810 Voir le message du Conseil fédéral du 23 juin 1999, *op.cit.*, spéc. p. 5451 et s. ; message du Conseil fédéral du 1er octobre 2004 relatif à l'approbation des «accords bilatéraux II», *FF 2004, vol. I, n°44, pp.5593-5924*, spéc. p. 5633. En doctrine, voir en particulier : Stephan BREITENMOSER, « Sectoral agreements between the EC and Switzerland : contents and context », *C.M.L.R.* 2003, vol.40, n°5, pp.1137-1186, spéc. pp. 1146-1149 ; Daniel FELDER, « Appréciation juridique et politique du cadre institutionnel et des dispositions générales des accords sectoriels », in D. FELDER, C. KADDOUS (dir.), *Accords bilatéraux Suisse-UE (Commentaires)*, Bruxelles, Bruylant, 2001, pp.117-148, spéc. pp.126-128 ; Daniel FELDER, « Cadre institutionnel et dispositions générales des Accords bilatéraux II (sauf Schengen/Dublin), in C. KADDOUS, M. JAMETTI GREINER (dir.), *Accords bilatéraux II Suisse-UE : et autres accords récents*, Bruxelles, Bruylant, 2006, pp.93-117, spéc. pp.102-104 ; Fabrice FILLIEZ, « Application des accords sectoriels par les juridictions suisses : quelques repères », in D. FELDER, C. KADDOUS (dir.), *Accords bilatéraux Suisse-UE*, *op.cit.*, pp.183-208, spéc. pp.194-198. ; Fabrice FILLIEZ, Hanspeter MOCK, « La Suisse et l'Union européenne : état des lieux d'une relation sui generis », *JdT* n°130, 2006, pp.161-168, spéc. p.166 ; Christine KADDOUS, « L'Accord CH–UE sur la libre circulation des personnes et l'ordre juridique suisse », in F. BREUSS, T. COTTIER, P.-C. MÜLLER-GRAFF (dir.), *Die Schweiz im europäischen Integrationsprozess,* Bâle, Helbing Lichtenhahn, 2008, pp.153-168, spéc. p.156 ; Cécile RAPOPORT, *Les partenariats entre l'Union européenne et les Etats tiers européens*, *op.cit.*, spéc. pp.202-205.

811 Christine KADDOUS, « Les accords sectoriels dans le système des relations extérieures de l'Union européenne », in D. FELDER, C. KADDOUS (dir.), *Accords bilatéraux Suisse-UE*, *op.cit.*, pp.77-115, spéc. p.79. Dans le même sens : Daniel FELDER, « Appréciation juridique et politique du cadre institutionnel et des dispositions générales des accords sectoriels », *op. cit.*, spéc. p.126 ; Ridha FRAOUA, Luzius MADER, « Les accords sectoriels et la démocratie suisse », in D. FELDER, C. KADDOUS (dir.), *Accords bilatéraux Suisse-UE, op.cit.,* pp.149-182, spéc. p.171 ; Olivier MACH, « Les accords bilatéraux avec la CE : opportunité et défi pour le juriste », *La Semaine judiciaire*, 2002, II, pp. 325-388, spéc. p. 326.

812 Accords du 21 juin 1999 sur la libre circulation des personnes (*RO 2002 1529 / JO L 114 du 30.4.2002, p. 6-72*), sur le transport de marchandises et de voyageurs par rail et par route (*RO 2002 1649 / JO L 114 du 30.4.2002, p.91-131*), sur la reconnaissance mutuelle en matière d'évaluation de la conformité, (*RO 2002 1803 / JO L 114 du*

2004, la majorité des accords est basée sur l'équivalence[813] : l'accord de lutte contre la fraude, celui prévoyant des mesures équivalentes à une directive en matière de fiscalité des revenus de l'épargne, les accords concernant la participation de la Suisse à l'Agence européenne pour l'environnement, la participation de la Suisse aux programmes communautaires MEDIA, et la coopération en matière statistiques.

520. Sont notamment exclus de cette liste les accords fondés sur le principe de reprise (celui de 1999 sur le transport aérien, ceux de 2004 sur l'association de la Suisse à Schengen et Dublin), ou les accords qui ne sont pas rattachés à l'un de ces deux principes[814].

521. Dans ces accords, l'équivalence assure l'articulation entre les actes de l'Union et les législations de la Suisse référencés dans les annexes. Cette articulation semble se définir selon deux aspects[815] : le principe d'équivalence se présente tantôt comme une condition, tantôt comme une direction. Un même accord Suisse-UE peut emprunter aux deux formes d'équivalence, mais souvent il comporte une forme principale.

522. Ainsi, certains accords se rattachent principalement à l'équivalence comme condition (1), d'autres à l'équivalence comme direction (2).

30.4.2002, p.369-429), sur les échanges de produits agricoles (*RO 2002 2147 / JO L 114 du 30.4.2002, p. 132-349*), sur certains aspects relatifs aux marchés publics (*RO 2002 1951 / JO L 114 du 30.4.2002, p. 430-467*).

813 L'auteur cite les accords du 26 octobre 2004 concernant la participation de la Suisse à l'Agence européenne pour l'environnement et au réseau européen d'information et d'observation pour l'environnement, (*RO 2006 1111 / JO L 90 du 28.3.2006, p.37-47*), accord dans le domaine de l'audiovisuel, établissant les termes et conditions pour la participation de la Confédération suisse aux programmes communautaires MEDIA Plus et MEDIA Formation (*RO 2006 1041 / JO L 90 du 28.3.2006, p. 23-34*), accord de coopération pour lutter contre la fraude et toute autre activité illégale portant atteinte à leurs intérêts financiers (*RO 2009 1299 / JO L 46 du 17.2.2009, p. 8-35*); accord prévoyant des mesures équivalentes à celles prévues dans la directive 2003/48/CE du Conseil en matière de fiscalité des revenus de l'épargne sous forme de paiements d'intérêts (*RO 2005 2571 / JO L 385 du 29.12.2004, p. 30-42*). On peut également rajouter à cette liste l'accord relatif à la coopération dans le domaine statistique (*RO 2006 5933 /JO L 90 du 28.3.2006, p. 2-20*), non listé parmi les accords sectoriels basés sur l'équivalence, mais mentionné lors de l'étude des mécanismes d'information et consultation utiles au maintien de l'équivalence des législations : Daniel FELDER, « Appréciation juridique et politique du cadre institutionnel et des dispositions générales des accords sectoriels », *op. cit.*, spéc. p. 126. Cet accord est en outre considéré comme fondé sur l'équivalence par le Conseil fédéral dans son message du 1er octobre 2004, *op. cit.*, spéc. p. 5667 et p.5668.

814 L'accord de 2004 sur les produits agricoles transformés constitue « *une révision de l'accord de libre-échange entre la Suisse et la CEE de 1972, et donc de dispositions purement tarifaires qui ne répondent ni au principe de l'équivalence des législations respectives ni à celui d'une reprise du droit communautaire* » : Message du Conseil fédéral du 1er octobre 2004, *op.cit.*, spéc. p. 5633.

Il n'est cependant pas aisé de déterminer les raisons de l'exclusion de certains accords de la catégorie des accords fondés sur l'équivalence. Sont en général également exclus l'accord de 1999 de coopération scientifique et technologique (*RO 2002 1998 / JO L 114 du 30.4.2002, p.468-477*) et l'accord de 2004 entre en vue d'éviter la double imposition des fonctionnaires retraités des institutions et agences des Communautés européennes résidant en Suisse (*RO 2005 2187*).

815 Une distinction semblable est faite par Cécile RAPOPORT qui envisage successivement l'équivalence dans un accord de reconnaissance mutuelle ou sur les produits agricoles d'une part, de l'équivalence dans un accord tel que celui sur le transport terrestre d'autre part : Cécile RAPOPORT, *Les partenariats entre l'Union européenne et les Etats tiers européens*, *op.cit.*, spéc. pp. 202-205.

1) *L'équivalence, « règle-condition » de la reconnaissance mutuelle des législations de la Suisse et de l'Union*

523. Les accords tels que celui sur les produits agricoles ou celui sur la reconnaissance mutuelle des évaluations de la conformité précisent celles des législations suisses qui sont désignées comme équivalentes avec celles de l'Union européenne. Cette reconnaissance de l'équivalence des législations permet l'application d'un régime déterminé par l'accord, et notamment la reconnaissance des effets de la législation d'une partie, dans l'ordre juridique de l'autre partie.

524. En tant que « règle-condition », l'équivalence régit l'articulation entre deux législations différentes mais équivalentes afin de faire produire à chacune des effets reconnus par l'autre comme équivalents à ceux qu'elle aurait produit si elle s'était appliquée. L'équivalence est alors formulée de manière générale comme un principe (la « règle-condition »), et ensuite de manière spécifique comme une liste de législations suisses et européennes (la reconnaissance concrète de l'équivalence permettant la mise en œuvre du régime).

525. La règle de l'équivalence est par exemple posée à l'article 1, paragraphe 2, de l'accord sur la reconnaissance mutuelle des évaluations de la conformité : « *De manière à éviter la duplication des procédures, lorsque les exigences suisses sont jugées équivalentes aux exigences communautaires, la Communauté et la Suisse acceptent mutuellement les rapports, certificats et autorisations délivrés par les organismes d'évaluation de la conformité reconnus ainsi que les déclarations de conformité du fabricant, attestant la conformité à leurs exigences respectives dans les domaines couverts par l'art. 3* »[816].

---

[816] Dans l'accord, la règle-condition ne figure pas dans le corps de l'accord mais en annexe, laquelle a cependant la même valeur juridique que l'accord (art. 15 de l'accord). Elle est en outre formulée de manière un peu différente puisque dans l'annexe 4 relative au secteur phytosanitaire, l'article 2 sur les principes prévoit en son paragraphe 1, la constatation d'une équivalence de principe des législations concernant les mesures de protection contre l'introduction et la propagation d'organismes nuisibles par des végétaux, produits végétaux ou autres objets ; en son paragraphe 2, le renvoi à l'appendice 2 pour la liste de ces législations ; et en son paragraphe 3 le régime de reconnaissance qui en découle, et en particulier la reconnaissance mutuelle, aux fins de circulation sur le territoire des Parties respectives des végétaux, des passeports phytosanitaires qui attestent de la conformité à leurs législations respectives (équivalentes), listées à l'appendice 2. Accord du 21 juin 1999 relatif à la reconnaissance mutuelle en matière d'évaluation de la conformité, *RO 2002 1803 / JO L 114 du 30.4.2002, p.369-429*.

526. Les listes des législations de la Suisse et de l'Union reconnues comme équivalentes figurent ensuite en annexe de l'accord sur la reconnaissance mutuelle[817], selon le secteur de produit concerné par la législation. Par exemple, à l'annexe I, chapitre 3 « Jouets », la section 1 « Dispositions législatives, réglementaires et administratives » liste les « Dispositions visées par l'art. 1, par. 2 », notamment une directive de la Communauté européenne de 1988[818], et une loi fédérale suisse de 1992[819].

527. La lecture combinée du principe d'équivalence et de la reconnaissance de l'équivalence permet ainsi de commercialiser un jouet dans l'espace euro-suisse, sur la base d'un certificat d'évaluation fait en application soit de la loi fédérale suisse, soit de la directive européenne.

528. Dans ces deux accords, la reconnaissance de l'équivalence permet de faciliter les échanges, en reconnaissant les certificats d'évaluation de la conformité ou les passeports phytosanitaires établis en application d'une législation équivalente. L'équivalence se présente donc comme une condition à l'application d'un régime favorable, qui consiste en la reconnaissance des effets, sur le territoire d'une partie, des effets de la loi équivalente de l'autre partie. L'équivalence est alors constatée, puisqu'une liste – susceptible d'être actualisée – indique les législations de la Suisse et de l'Union européenne jugées compatibles par les autorités politiques de la Suisse et de l'Union lors de leur inscription dans l'accord. Mais l'équivalence peut aussi se présenter comme une direction que doit suivre la législation suisse pour mettre en œuvre l'accord. L'articulation entre la législation de l'Union européenne et celle de la Suisse ne se rapporte pas à la reconnaissance de leurs effets respectifs mais la mise en place d'un régime qui tend à être commun.

2) *L'équivalence, « règle-direction » de la législation suisse*

529. L'équivalence est ici un objectif que doit poursuivre le droit interne (essentiellement la législation suisse), mettant en œuvre les actes de l'UE référencés dans l'accord Suisse-UE. Elle renvoie alors à l'engagement de la Suisse d'appliquer des droits et

---

817 Pour l'accord sur les produits agricoles, voir par exemple l'appendice 2.

818 Directive 88/378/CEE du Conseil du 3 mai 1988 concernant le rapprochement des législations des Etats membres relatives à la sécurité des jouets (*JO L 187 du 16.7.1988, p. 1*).

819 Loi fédérale du 9 octobre 1992 sur les denrées alimentaires et les objets usuels (*RO 1995 1469*).

obligations équivalents à ceux contenus dans les actes juridiques de l'Union européenne référencés par l'accord.

530. Certains accords préalablement étudiés au titre de l'équivalence-condition se rattachent à certains égards à l'équivalence-direction[820]. Mais deux accords, celui sur la libre circulation des personnes (ALCP) et l'accord sur les transports terrestres s'inscrivent plus directement dans cette logique.

531. Le principe d'équivalence est formulé à l'article 16 de l'ALCP, intitulé « Référence au droit communautaire »[821]. Dans l'accord sur les transports terrestres, c'est l'article 52 – pourtant relatif au « Développement du droit » – qui pose une formulation de l'équivalence-direction : « *Pour atteindre les buts visés par le présent Accord, les Parties contractantes prennent, selon le calendrier prévu à l'art. 49, toutes les mesures nécessaires pour que les droits et obligations équivalant à ceux contenus dans les actes juridiques de la Communauté figurant en annexe 1 trouvent application dans leurs relations* »[822]. Le principe peut en outre être réitéré dans certaines clauses[823] ou dans les annexes[824], lorsque sont mentionnés des actes de l'Union européenne qui doivent être appliqués par équivalence.

---

820 Si dans l'accord sur les produits agricoles de 1999, l'équivalence se manifeste essentiellement comme une condition de la reconnaissance mutuelle, certaines modalités d'application du principe, se rattachent plutôt à l'équivalence-direction. En effet, la reconnaissance de l'équivalence-condition était posée mais n'était « *pas réalisable* » à l'entrée en vigueur de l'accord à l'égard de différents secteurs des annexes 4, 5 et 6 (Message du Conseil fédéral du 23 juin 1999 relatif à l'approbation des accords sectoriels entre la Suisse et la CE, *FF 1999, vol. VI, n°34, pp. 5440-6398*, spéc. p.5543). Par exemple, la Suisse et l'UE ont convenu *d'une* déclaration commune relative à la mise en œuvre de l'annexe 4 relative au secteur phytosanitaire qui prévoit notamment que « *La mise en œuvre de cette annexe 4 se fait au fur et à mesure que, pour les végétaux, produits végétaux et autres objets énumérés à l'appendice A de la présente déclaration, la législation suisse est rendue équivalente à la législation de la Communauté européenne énumérée à l'appendice B de ladite déclaration* ».

Dans le même ordre d'idée, l'accord de 2009 sur la facilitation douanière prévoit que « *les Parties contractantes s'engagent à garantir un niveau de sécurité équivalent sur leur territoire respectif, au moyen de mesures fondées sur la législation en vigueur dans la Communauté* » (Accord du 25 juin 2009 relatif à la facilitation des contrôles et des formalités lors du transport des marchandises ainsi qu'aux mesures douanières de sécurité, *RO 2011 983 / JO L 199 du 31.7.2009, p. 24-42*).

821 « *Pour atteindre les objectifs visés par le présent accord, les parties contractantes prendront toutes les mesures nécessaires pour que les droits et obligations équivalant à ceux contenus dans les actes juridiques de la Communauté européenne auxquels il est fait référence trouvent application dans leurs relations* »

822 Article 52, paragraphe 6.

823 Dans l'accord sur les transports terrestres, l'article 7, paragraphe 1, relatif aux normes techniques applicables aux transports prévoit par exemple que « *la Suisse adopte, au plus tard 6 mois après la signature du présent Accord, des régimes équivalents à la législation communautaire relative aux conditions techniques régissant le transport routier à laquelle il est fait référence dans la section 3 de l'annexe 1* ». Une lecture combinée de ces dispositions avec la section 3 de l'annexe 1 permet de comprendre que la Suisse doit adopter des régimes équivalents à une douzaine de règlements et directives de l'Union européenne relatifs aux normes techniques relatifs aux véhicules à moteur et transports de marchandises dangereuses.

824 Voir par exemple pour l'ALCP l'annexe II relative à la coordination des régimes de sécurité sociale dans l'ALCP, dont l'article 1, paragraphe 1, renvoie aux actes de l'Union européenne référencés dans la section A. La formulation de cette disposition n'est cependant pas dépourvue d'ambiguïtés. Voir, *infra*, B.

532. La distinction entre « l'équivalence-condition » et « l'équivalence-direction » apparaîtrait alors simple : la première régirait l'articulation entre deux législations différentes et équivalentes, tandis que la seconde imposerait l'adoption d'une législation suisse créant un régime homogène avec la législation de l'Union européenne. Une telle distinction n'est cependant pas évidente.

533. D'abord, on ne peut pas dire que l'équivalence-condition articulerait deux législations isolées dont on constaterait une similitude « fortuite », alors que l'équivalence-direction imposerait l'établissement d'un droit orienté sur le droit de l'Union européenne. En effet, derrière l'apparence de « neutralité » qu'elle met en avant, l'équivalence-condition permet, davantage qu'une reconnaissance de l'équivalence *entre* législations, une reconnaissance de l'équivalence de la législation suisse *à* celle de l'Union européenne[825].

534. Surtout, on ne peut pas forcément retenir que l'équivalence-condition régirait l'articulation de deux législations préexistantes alors que l'équivalence-direction impliquerait l'adoption d'une législation en fonction d'une autre. En effet, la mise en œuvre de l'équivalence dans l'ALCP a nécessité d'importantes modifications de l'ordonnancement juridique de la Suisse[826] ; en revanche dans l'accord sur le transport terrestre, la législation suisse était déjà équivalente à l'acquis, notamment en matière sociale[827]. L'équivalence-direction peut ainsi être avoir été atteinte préalablement à la conclusion de l'accord dans lequel le principe est posé, compte tenu de l'adaptation

---

825 Voir, *infra*, B, 1, l'homogénéité dans le sens du droit de l'Union européenne.

826 Pour l'Union européenne, cette modification apparaît peu sensible puisqu'elle dispose déjà de la législation qui sert de référence, de sorte qu'il lui suffit d'étendre l'application de ce régime aux ressortissants suisses dans les conditions prévues par l'accord. Pour la Suisse le changement est plus perceptible puisqu'il implique en principe qu'elle modifie sa législation pour la rendre équivalente à une autre législation, celle de l'Union européenne. Concrètement, « *l'accord soumis au référendum législatif s'accompagne d'un acte législatif séparé précisant les mesures de mise en œuvre et modifiant le droit suisse pour le rendre équivalent* » : Cécile RAPOPORT, *Les partenariats entre l'Union européenne et les Etats tiers européens* , Bruxelles, Bruylant, 2011, 809 p., spéc. p.203. L'auteur distingue l'accord sur les produits agricoles et la reconnaissance mutuelle d'une part, de l'accord sur les transports terrestres d'autre part. Elle considère cependant que l'accord sur la libre circulation des personnes se rapproche davantage d'un accord de reprise du droit de l'UE.

827 Voir, *supra*, les précisions sur l'adaptation unilatérale en matière sociale. Ainsi, soulignant que l'objectif d'harmonisation avec deux règlements de l'Union européenne, Jean-Claude SCHNEUWLY explique que « [l]*'équivalence existe déjà en droit suisse par le biais de l'Ordonnance du 19 juin 1988 sur la durée du travail et du repos des conducteurs professionnels* » : Jean-Claude SCHNEUWLY, « Principales caractéristiques de l'Accord sur le transport de marchandises et de voyageurs par rail et par route », in D. FELDER, C. KADDOUS (dir.), *Accords bilatéraux Suisse-UE (Commentaires)*, Bruxelles, Bruylant, 2001, pp. 492-508, spéc. p. 494. Voir également le message du Conseil fédéral du 23 juin 1999 relatif à l'approbation des accords sectoriels entre la Suisse et la CE, *FF 1999, vol. VI, n°34, pp. 5440-6398*, spéc. p.5574.

autonome du législateur suisse[828]. Dans l'hypothèse où, comme dans le domaine du transport terrestre une législation équivalente préexiste à l'accord, elle constitue désormais, dans le champ de l'accord, une législation d'exécution de la mise en place d'un régime homogène. L'équivalence-direction impose alors une obligation, que la législation suisse vient mettre en œuvre : celle de faire en sorte que le droit national établisse un droit équivalent à celui de l'acquis de l'Union européenne auquel il est fait référence.

535. En somme l'équivalence, sous l'une ou l'autre de ces formes, entraîne l'application d'un droit homogène[829]. La différence entre les deux types d'équivalence, au demeurant pas toujours simple[830], réside dans l'objet de l'articulation. L'« équivalence-condition » articule deux droits homogènes pour leur faire produire des effets similaires dans l'ordre juridique de l'autre partie ; l'équivalence reconnue par les accords ouvre un droit à bénéficier d'effets extraterritoriaux de la législation suisse ou celle de l'UE. Quant à l'«équivalence-direction », elle articule ou ordonne la législation suisse autour de la législation de l'Union européenne aux fins d'application d'un régime juridique homogène ; elle ouvre un droit à bénéficier par exemple au sein de l'ordre juridique suisse, d'une législation suisse matériellement équivalente à celle de l'UE, dans le domaine couvert par l'accord.

536. L'identification de ces deux formes d'équivalence permet également de préciser l'homogénéité du droit suisse et du droit de l'Union européenne. Si le degré d'homogénéité requis n'est pas très clair – d'autant qu'il peut varier au sein d'un même

---

828 Les situations dans lesquelles l'équivalence est atteinte avant la conclusion de l'accord, se comprennent au regard du domaine concerné, des actes de l'UE référencés. Il était relativement simple pour le législateur suisse d'harmoniser sur le droit de l'UE les normes sociales qu'il entendait appliquer en Suisse ; alors que le droit de l'UE relatif à la libre circulation des personnes est irrigué d'un principe de non-discrimination en raison de la nationalité qui a directement une portée extraterritoriale. Dans ce dernier cas, un rapprochement unilatéral avec le droit de l'UE aboutirait à conférer des droits aux ressortissants de l'UE sans prétendre, de ce seul fait, à la réciproque.

829 Ce terme est pris au sens large, son contenu sera davantage analysé *infra*, B.

830 Par exemple, la différence entre l'équivalence-condition et l'équivalence direction peut paraître ténue dans l'accord MEDIA, dont l'article 2, intitulé « Compatibilité des cadres législatifs » prévoit : « *En vue d'être en mesure de remplir les conditions de participation prévues par la décision établissant le programme MEDIA 2007 à la date d'entrée en vigueur du présent Accord, la Suisse met en œuvre les dispositions reprises à l'annexe I, qui visent à compléter le cadre législatif suisse pour assurer le niveau requis de compatibilité avec l'acquis communautaire* ». Cette clause s'apparente à une clause d'équivalence-condition en ce qu'elle subordonne l'application d'un régime – ici la participation de la Suisse au programme MEDIA – à l'équivalence. Toutefois, l'équivalence n'intervient pas vraiment pour articuler deux législations en permettant à chacune de produire des effets reconnus par l'autre ; il s'agit plutôt d'une équivalence-direction qui a pour objet d'assurer que la législation suisse soit comparable à celle de l'UE, afin que ce régime, homogène, permette un bon fonctionnement de l'accord, en l'espèce, la participation de la Suisse à un programme de l'Union européenne.

accord[831] – il s'agit d'une homogénéité orientée sur le droit européen, qui ouvre une appréciation sur le rapprochement sur le droit de l'UE.

B) L'équivalence, principe d'appréciation du rapprochement avec l'acquis de l'Union

537. Excepté dans l'accord sur les marchés publics où l'équivalence découle essentiellement de la participation commune de la Suisse et l'UE à l'OMC[832], dans les autres accords, l'équivalence désigne surtout un rapprochement de la législation suisse vers le droit de l'Union européenne. L'équivalence se présente alors comme un procédé conférant une latitude pour apprécier le degré de rapprochement du droit suisse avec le droit de l'UE qu'impliquent les accords. Dans « l'équivalence-condition », l'européanité de la législation suisse est appréciée par les parties lorsqu'elles désignent celles des législations qu'elles jugent équivalent aux actes de l'UE (1). Dans le cas de « l'équivalence-direction », l'homogénéisation est imposée par l'accord, mais sans que celui-ci ne précise le degré de rapprochement imposé : l'équivalence ouvre alors une appréciation de l'européanité, rendant difficilement saisissable le degré d'homogénéisation impliqué par l'accord (2).

1) L'appréciation conventionnelle de l'européanité dans l'équivalence-condition

538. Au-delà du rapport d'égalité que sous-tend l'équivalence en tant que condition de la reconnaissance, celle-ci est très nettement orientée. Plus qu'une équivalence des législations de la Suisse et de l'Union européenne, les accords consacrent une équivalence de la législation suisse *avec* celle de l'Union européenne[833]. Il faut en effet prendre en

---

831 Daniel FELDER met en évidence que les annexes de l'accord sur les produits agricoles « *comportent des formulations divergentes de l'équivalence parce que celles-ci sont reprises de l'acquis communautaire en vigueur dans les différents domaines couverts par l'accord* ». Ainsi, les annexes visent les « législations similaires » conduisant soit à des « résultats équivalents, des « résultats identiques », ou les « mêmes résultats » : Respectivement : article 2 de l'annexe 4 (précité), articles 2 et 4 de l'annexe 11, et article 2 de l'annexe 6. Daniel FELDER, « Appréciation juridique et politique du cadre institutionnel et des dispositions générales des accords sectoriels », *op. cit.*, spéc. p. 128.

832 Message du Conseil fédéral du 23 juin 1999, *op. cit.*, spéc. p.5469. Dans le même sens, Olivier MACH, « Les accords bilatéraux avec la CE : opportunité et défi pour le juriste », *La Semaine judiciaire*, 2002, II, pp. 325-388, spéc. p. 328. Sur la participation de la Suisse et de l'UE à des organisations internationales comme élément déterminant la relation Suisse-UE, voir, *supra*, titre 1, chapitre 2.

833 C'est ce phénomène que met en évidence le Conseil fédéral à propos des accords bilatéraux I de 1999: « *La majorité des accords sectoriels* […] *est basée sur l'équivalence des législations des parties. Depuis dix ans, la législation suisse qui a des effets au-delà des frontières de la Suisse s'est régulièrement rapprochée de la législation de l'UE, son*

considération le fait que la législation suisse est parfois spontanément adaptée au droit de l'Union européenne, pour des raisons d'opportunité, parmi lesquelles figure la reconnaissance (ultérieure) par l'Union européenne de l'équivalence de la législation suisse.

539. Le rapprochement unilatéral peut précéder la conclusion de l'accord et faciliter ainsi la reconnaissance, par l'Union européenne, de l'équivalence de la législation suisse[834]. Le rapprochement avec le droit de l'Union européenne peut se poursuivre après la conclusion de l'accord. Si l'Union européenne modifie sa législation, et que la Suisse accepte de se rapprocher de cette nouvelle législation, l'accord peut être modifié, pour y inclure la nouvelle législation suisse équivalente à la nouvelle législation de l'Union européenne[835].

540. L'équivalence, comme mécanisme de reconnaissance mutuelle, est ainsi particulièrement intéressante. Formellement, elle ne cristallise pas une prégnance de l'acquis de l'Union européenne. C'est d'ailleurs ce qui explique l'autonomie juridique de la Suisse et l'Union européenne pour modifier leurs législations respectives[836]. Cependant, il existe un lien entre le rapprochement – même spontané – du droit suisse au droit de l'Union européenne, et l'équivalence : le rapprochement facilite la reconnaissance de l'équivalence. Même dans ce type d'accords, le droit de l'Union européenne constitue le pôle de gravité des règles applicables, quand bien même ce pôle ne s'exprime pas par une

---

principal voisin et partenaire commercial. Cette circonstance a facilité les négociations compte tenu du fait que lorsque la Communauté conclut un accord avec un Etat tiers quel qu'il soit, celle-ci n'accepte en principe pas de fixer des règles communes qui dérogent à l'acquis communautaire » : Message du Conseil fédéral du 23 juin 1999, *op. cit.*, spéc. p.5469. Pour plus de précisions sur ce phénomène, voir *supra*, section 1, §2, A), 3, a).

834 Dès 1988, le Conseil fédéral était conscient de ce que ce rapprochement faciliterait la reconnaissance mutuelle des régimes juridiques entre la Suisse et l'Union : Rapport du Conseil fédéral du 24 août 1988 sur la position de la Suisse dans le processus d'intégration européenne, *FF 1988, vol.III, n°37, pp. 233-445*, spéc. pp.365-366. En ce sens, Cécile RAPOPORT constate : « *Dans un accord de reconnaissance mutuelle, les adaptations législatives ne sont pas nécessaires, celles-ci ayant pu avoir lieu en amont de l'accord par le biais d'une adaptation unilatérale de la Suisse* » : Cécile RAPOPORT, *Les partenariats entre l'Union européenne et les Etats tiers européens, op. cit.*, spéc. p. 202.

835 C'est cette stratégie que poursuit le Conseil fédéral lorsqu'il explique, à propos de l'accord de 1999 sur les produits agricoles, « *que l'équivalence ne s'applique pas à la viande et aux produits à base de viande y compris celle de volaille, au gibier, aux poissons et aux ovoproduits. Pour ces derniers, la situation actuelle ne subit pas de modification. La modification de la loi sur les denrées alimentaires, telle que proposée, va cependant permettre à la Suisse, dans ce domaine également, d'arrêter des dispositions équivalentes aux directives européennes en matière d'hygiène et, partant, de négocier avec l'UE sur la reconnaissance de l'équivalence* » : message du Conseil fédéral du 23 juin 1999, *op. cit.*, spéc. pp.5545-5546.

836 En ce sens, Daniel FELDER amorce l'explication du principe d'équivalence en rappelant que dans « *les sept accords* [de 1999], l*es parties contractantes ont tenu à sauvegarder leur autonomie de décision* » : Daniel FELDER, « Appréciation juridique et politique du cadre institutionnel et des dispositions générales des accords sectoriels », *op.cit.,* spéc. p.126. Voir également, le message du Conseil fédéral du 23 juin 1999, *op. cit.*, spéc. p. 5469. Sur les règles du second degré relatives à la contingence des règles du premier degré, voir, *infra*, chapitre 2, section 2.

obligation juridique particulière. L'acquis de l'Union européenne constitue ainsi une source matérielle pour la législation suisse dont l'accord reconnaîtra l'équivalence. En d'autres termes, l'acquis de l'Union européenne est, par incidence, une source matérielle des règles applicables dans ce type d'accords, l'européanité des règles étant contenue dans des actes juridiques distincts (un acte suisse et un acte de l'UE) et constatée par voie conventionnelle.

541. Non seulement il s'agit d'une appréciation de l'européanité, mais en plus, son caractère conventionnel permet de connaître le contenu de l'équivalence puisqu'elle est constatée dans l'accord. Aussi, un désaccord sur l'équivalence – et l'européanité – ne pourrait résulter que d'une modification de l'une des législations visées par l'accord (ou d'une modification de l'application de cette législation)[837].

2) *L'appréciation unilatérale de l'européanité dans l'équivalence-direction*

542. L'équivalence-direction constitue une obligation d'homogénéisation que doit mettre en œuvre la législation suisse en établissant des droits et obligations équivalents à ceux posés par l'acquis de l'UE référencé par l'accord. Même si l'équivalence a être atteinte avant la conclusion de l'accord et ainsi faciliter la conclusion de l'accord, l'équivalence posée par l'accord est une obligation spécifique de direction, et non une reconnaissance de l'homogénéité. L'homogénéité sur le droit de l'UE requise par l'accord fait alors l'objet d'appréciations unilatérales : elle est mise en œuvre par le législateur suisse d'une part, l'Union européenne pouvant exprimer son point de vue sur la conformité à l'obligation d'homogénéité. Mais le contenu de cette obligation n'est pas très précisément posé par les accords (et le rapprochement préalable ne peut qu'être un indice du degré d'homogénéité requis). En somme avec l'équivalence-direction permet des appréciations unilatérales de l'européanité des règles du premier degré requise (a). On ne peut ainsi que faire des hypothèses sur le degré d'homogénéité sur le droit de l'UE qu'implique l'obligation d'équivalence (b).

a) Une obligation conventionnelle ouvrant des appréciations unilatérales

[837] Voir, *supra*, §2 les remarques concernant l'objet de l'équivalence, qui peut porter sur le contenu des règles mais aussi prendre en compte leur application.

543. Comme pour l'équivalence-condition, l'adaptation du droit suisse au droit de l'Union européenne a pu précéder la conclusion de l'accord. Dans ce cas, le rapprochement préalable constitue un garantie que la mise en place du régime (que vise l'accord en cours de négociation), sera d'autant plus facilement atteinte qu'une homogénéité est atteinte. L'européanité de la législation suisse est prise en compte comme élément facilitant la mise en place du régime commun, et une fois l'accord conclu, cette législation devra être considérée comme une législation d'exécution de l'équivalence-direction. Durant les négociations, l'Union européenne peut ainsi se prononcer sur le degré de rapprochement du droit suisse et éventuellement signaler qu'aux fins de la mise en œuvre de l'accord en cours de négociation, elle considère tel ou tel aspect comme suffisamment homogène avec l'acquis de l'UE qui servira de fondement à l'accord[838]. Elle peut même en pratique subordonner sa signature de l'accord à un rapprochement plus poussé sur le droit de l'UE, et ce d'autant plus que l'homogénéité peut être, au regard de l'ordre juridique de l'UE, une condition juridique préalable à la conclusion d'un accord ouvrant la participation de la Suisse à un programme de l'UE[839]. Mais si l'on considère l'équivalence contenue dans l'accord, formellement, juridiquement, l'accord reconnaît moins une homogénéité qu'il ne l'impose. Même si une équivalence a pu précéder la conclusion de l'accord, même si celui-ci se réfère à cette équivalence réalisée par exemple dans son préambule[840], il impose une direction à la législation suisse.

544. C'est donc une obligation juridique d'homogénéité qui est posée et imposée, et non une reconnaissance de l'homogénéité. Par conséquent, l'accord donne lieu à une appréciation unilatérale de l'européanité. C'est en premier lieu le législateur suisse qui doit mettre en œuvre l'obligation d'homogénéité avec les actes de l'UE référencés. Mais l'Union européenne peut également porter une appréciation sur la mise en œuvre par la

---

838 Voir par exemple les remarques relatives aux négociations de l'accord MEDIA de 2004 dans le message du Conseil fédéral du 1er octobre 2004 relatif à l'approbation des accords bilatéraux entre la Suisse et l'Union européenne [...], *FF 2004, n°44, pp.5593-5924*, spéc. p. 5680 et 5683.

839 Voir l'exposé des motifs de la proposition de décision du Conseil du 21 août 2007 relative à la signature d'un accord entre la Communauté européenne et la Confédération suisse dans le domaine de l'audiovisuel, établissant les termes et conditions pour la participation de la Confédération suisse au programme communautaire MEDIA 2007, ainsi que d'un acte final, *COM (2007) 477 final*.

840 Pour garder l'exemple du domaine audiovisuel, voir le considérant 5 du préambule de l'accord MEDIA de 2007 (Accord du 11 octobre 2007 établissant les termes et conditions pour la participation de la Confédération suisse au programme communautaire MEDIA 2007, *RO 2007 6953 / JO L 303 du 21.11.2007, p. 11–23*) : « *Considérant que la Suisse prend des engagements visant à compléter son cadre législatif en vue d'assurer le niveau de compatibilité requis avec l'acquis communautaire; et que, dès lors, à la date d'entrée en vigueur du présent accord, la Suisse remplit les conditions de participation édictées par les décisions susmentionnées* ».

Suisse de cette obligation conventionnelle. En l'absence d'un juge commun, l'équivalence reste subordonnées à ces appréciations unilatérales, éventuellement mais pas forcément concordantes. Or le contenu de l'européanité imposée par l'équivalence-direction reste largement difficile à évaluer, parce que ce rapprochement du droit suisse sur le droit de l'Union européenne est imposé de manière vague par les accords[841].

b) La signification possible de cette appréciation unilatérale

545. L'équivalence-direction constitue une obligation de rapprochement avec l'acquis de l'Union européenne ; elle assure une européanité des règles du premier degré dont les accords exigent l'application. L'équivalenc-direction confère une autonomie aux parties, et notamment à la Suisse, pour apprécier le rapprochement avec le droit de l'Union européenne. Cette autonomie est plus ou moins encadrée, si bien que la distinction avec le principe de reprise est parfois difficile. De même, l'autonomie est plus ou moins utilisée, la Suisse ayant parfois jusqu'à repris tels quels les actes de l'Union européenne. C'est pour cela que, plus qu'à une différence concrétisée des règles appliquées en Suisse par rapport à l'acquis de l'Union référencé, l'équivalence renvoie davantage à un pouvoir d'appréciation de l'européanité.

546. Tout d'abord, l'équivalence-direction implique l'autonomie. Cette affirmation résulte en particulier d'une comparaison à la lumière du principe de reprise. Traditionnellement distingués, le principe d'équivalence a une connotation de souplesse que ne présente pas la reprise. L'accord sur les transports terrestres prévoit par exemple que les « *dispositions applicables* » en matière d'accès à la profession de transporteur « *figurent dans la section 1 de l'annexe 1* », laquelle désigne une directive de l'Union européenne ; mais l'accord n'exige pas l'application de l'acquis mentionné dans l'annexe 1 en tant que tel, et prévoit que la Suisse « *applique des dispositions légales équivalentes* »[842] à la directive, des « *droits et obligations équivalents à ceux contenus* »[843] dans la directive. Ce

---

841 Pour une approche critique de cette indétermination, voir Olivier MACH, « Les accords bilatéraux avec la CE : opportunité et défi pour le juriste », *La Semaine judiciaire (SJ)*, 2002, II, pp. 325-388, spéc. p. 329. Pour l'auteur, « *On ne peut s'empêcher de voir quelque hypocrisie dans le recours à cette notion ambiguë de législation équivalente* ».

842 Annexe 1 de l'accord du 21 juin 1999 sur le transport de marchandises et de voyageurs par rail et par route, *RO 2002 1649 /JO L 114 du 30.4.2002, p.91-131*.

843 Article 52, paragraphe 6, de l'accord sur les transports terrestres.

faisant, l'accord atténue le lien avec la directive : le droit de l'Union européenne n'apparaît que comme un référent à partir duquel il faut établir une équivalence, formule qui laisse place à l'appréciation. Comme le note Fabrice FILLIEZ, « [c]*ette subtilité, qui n'est pas toujours là pour clarifier les choses, a essentiellement été justifiée par la volonté des négociateurs suisses de garder une saine distance de l'EEE tout en évitant, autant que possible, la reprise telle quelle de l'acquis communautaire* »[844]. Le contexte d'apparition de l'équivalence, lié au rejet de l'accord EEE, met en évidence la distinction avec le principe de reprise. Le Conseil fédéral et la doctrine[845] expliquent que les accords bilatéraux de 1999 (excepté celui sur le transport aérien) se distinguent de l'accord EEE, les premiers étant basés sur l'équivalence des législations de la Suisse et de l'Union, le second étant fondé sur une reprise littérale de l'acquis. Le principe d'équivalence(-direction) apparaît dès lors comme un moyen d'éviter une telle reprise, en aménageant une marge de manœuvre pour la Suisse. En ce sens, Daniel FELDER amorce l'explication du principe d'équivalence en rappelant que dans « *les sept accords* [de 1999], *les parties contractantes ont tenu à sauvegarder leur autonomie de décision* »[846]. Mais cette autonomie est en tant que telle difficile à apprécier.

i) L'équivalence soumise à une médiation formelle : l'exigence d'une loi suisse

547. L'autonomie peut d'abord se situer sur le plan formel pour renvoyer aux lois suisses : le droit applicable en vertu de l'accord n'étant alors pas le droit de l'UE auquel l'accord se réfère explicitement, mais les règles équivalentes adoptées par le législateur

---

844 Fabrice FILLIEZ, « Application des accords sectoriels par les juridictions suisses : quelques repères », in D. FELDER, C. KADDOUS (dir.), *Accords bilatéraux Suisse-UE (Commentaires)*, Bruxelles, Bruylant, 2001, pp. 183-208, spéc. p.195.

845 Message du Conseil fédéral du 23 juin 1999 relatif à l'approbation des accords sectoriels entre la Suisse et la CE, *op.cit.,* spéc. pp. 5468-5479 ; Daniel FELDER, « Appréciation juridique et politique du cadre institutionnel et des dispositions générales des accords sectoriels », *op.cit.* ; Olivier MACH, « La place des Accords bilatéraux II dans l'ordre juridique suisse », in C. KADDOUS, M. JAMETTI GREINER (dir.), *Accords bilatéraux II Suisse-UE : et autres accords récents*, Bruxelles, Bruylant, 2006, pp. 169-192, spéc. pp. 172-173 ; Fabrice FILLIEZ, « Application des accords sectoriels par les juridictions suisses : quelques repères », *op.cit.*, spéc. p. 193 ; Fabrice FILLIEZ, Hanspeter MOCK, « La Suisse et l'Union européenne : état des lieux d'une relation sui generis », *Journal des tribunaux. Droit européen* n°130, 2006, pp.161-168, spéc. p. 166 ; Stephan BREITENMOSER, « Sectoral agreements between the EC and Switzerland : contents and context », *C.M.L.R.* 2003, vol. 40, n°5, pp.1137-1186, spéc. p.1156.

846 Daniel FELDER, « Appréciation juridique et politique du cadre institutionnel et des dispositions générales des accords sectoriels », *op.cit.,* spéc. p.126. C'est également ainsi qu'Olivier MACH commence l'explication du principe d'équivalence : « *Le peuple suisse ayant refusé en 1992 le système prévu par l'Accord EEE de reprise intégrale du droit communautaire par la Suisse, il a fallu explorer une voie originale qui ménage à la fois les intérêts de la Suisse et de la CE, chaque partie souhaitant sauvegarder, au moins formellement, son autonomie de décision* » (Olivier MACH, « Les accords bilatéraux avec la CE : opportunité et défi pour le juriste », *La Semaine judiciaire*, 2002, II, pp. 325-388, spéc. p. 328). Voir également, le message du Conseil fédéral du 23 juin 1999, *op. cit.*, spéc. p. 5469.

suisse. En ce sens, le principe d'équivalence renvoie à l'exigence d'un acte national suisse pour permettre au droit de l'UE de déployer des effets[847]. Plus précisément, le principe d'équivalence renvoie à l'exigence d'un acte national suisse sans lequel les actes de l'Union européenne référencés ne peuvent déployer des effets[848], du moins en Suisse.

548. Cette exigence de « médiation » distingue ainsi les références explicites au droit de l'Union européenne soumises à l'équivalence (ex : annexes II et III de l'ALCP), des références implicites directement intégrées dans l'accord ou son annexe (ex : certaines dispositions de l'annexe I de l'ALCP). Là où l'application des premières exige l'intervention d'un acte national[849], les secondes peuvent être directement applicables à la situation des particuliers si elles remplissent les conditions de l'effet direct en Suisse[850].

549. Cette exigence de « médiation » distingue également les références explicites au droit de l'Union européenne soumises à l'équivalence (ex : annexes II et III de l'ALCP), des références explicites soumises au principe de reprise (ex : accord sur le transport aérien). Certes, la reprise du droit de l'Union européenne peut nécessiter l'intervention d'une loi

---

847 L'hypothèse d'une défaillance du législateur suisse dans l'adoption de règles nationales équivalentes pose la question du rôle du juge suisse confronté à l'obligation d'équivalence : Fabrice FILLIEZ, « Application des accords sectoriels par les juridictions suisses : quelques repères », *op.cit.*, spéc. p.194.

848 Sur la nature exacte de cet acte, Stephan BREITENMOSER considère que : « *it is not correct to speak of an incorporation or a transformation of these provisions of the AFMP into Swiss law, as in monism international law does not need incorporation or transformation. The norms of Annex II of the AFMP do not have to be incorporated or transformed into Swiss law, in the sense of dualistic theory, but only need clarification, implementation and specification by further norms and statutes in order to be applicable in individual cases* » : Stephan BREITENMOSER, « Sectoral agreements between the EC and Switzerland : contents and context », *C.M.L.R.* 2003, vol. 40, n°5, pp.1137-1186, spéc. p.1148.

849 A cet égard, Christine KADDOUS souligne que ces annexes : « *les actes auxquels il est fait référence dans ces annexes doivent être mis en œuvre dans la législation suisse afin qu'ils puissent déployer tous leurs effets* » : Christine KADDOUS, « L'Accord CH–UE sur la libre circulation des personnes et l'ordre juridique suisse », in F. BREUSS, T. COTTIER, P.-C. MÜLLER-GRAFF (dir.), *Die Schweiz im europäischen Integrationsprozess*, Bâle, Helbing Lichtenhahn, 2008, pp.153-168, spéc. p.156. De même, ces références au droit de l'UE ne « *devraient pas être aptes à déployer des effets directs dans l'ordre juridique suisse, puisque de par leur formulation, ces dispositions nécessitent des mesures de transposition, le principe étant que la Suisse applique "sa" législation équivalente, "eurocompatible"* » : Fabrice FILLIEZ, Hanspeter MOCK, « La Suisse et l'Union européenne : état des lieux d'une relation *sui generis* », *op.cit.*,, spéc. p.166 ; les auteurs soulignent toutefois que de telles références peuvent jouer un rôle dans l'interprétation du droit suisse. Voir également, Minh Son NGUYEN, « L'Accord bilatéral sur la libre circulation des personnes et le droit de la police des étrangers », *Revue de Droit Administratif et Fiscal*, 2001, vol. I, pp. 133-195, spéc. p. 136 ; Raymond SPIRA, « L'application de l'Accord sur la libre circulation des personnes par le juge des assurances sociales », in D. FELDER, C. KADDOUS (dir.), *Accords bilatéraux Suisse-UE (Commentaires)*, Bruxelles, Bruylant, 2001, pp. 369-381, spéc. p. 372.

850 De manière assez classique, ces dispositions doivent être inconditionnelles et suffisamment précises. Voir Fabrice FILLIEZ, Hanspeter MOCK, « La Suisse et l'Union européenne : état des lieux d'une relation sui generis », *op.cit.* ; Fabrice FILLIEZ, « Application des accords sectoriels par les juridictions suisses : quelques repères », *op.cit.*, spéc. pp.192-198 ; Christine KADDOUS, « L'Accord CH–UE sur la libre circulation des personnes et l'ordre juridique suisse », *op.cit.*, spéc. pp. 156-157; Olivier MACH, « L'Accord sur la libre circulation des personnes dans l'optique des praticiens », in D. FELDER, C. KADDOUS (dir.), *Accords bilatéraux Suisse-UE (Commentaires)*, Bruxelles, Bruylant, 2001, pp.311-330, spéc. pp.318-319. Voir également le message du Conseil fédéral du 23 juin 1999 relatif à l'approbation des accords sectoriels entre la Suisse et la CE, *op.cit.,* spéc. p.5661.

suisse, notamment lorsque l'acte de l'UE est une directive, mais dans ce cas la loi suisse intervient pour mettre en œuvre la directive ; dans l'équivalence au contraire, la loi suisse intervient pour mettre en place un régime comparable à celui posé par les actes de l'Union européenne.

550. Dans ces accords, l'équivalence-direction signifie la désignation de l'acquis de l'Union européenne « *comme source de législation équivalente* »[851], et non comme droit applicable, caractéristique soit des références implicites intégrées dans l'accord, soit des références explicites soumises au principe de reprise[852]. Christine KADDOUS souligne ainsi la différence de situation juridique de l'Union européenne d'une part, de celle de la Suisse d'autre part. L'Union « *appliquera les actes communautaires mentionnés dans les annexes des accords, alors que la Suisse appliquera, le plus souvent, une législation équivalente, 'eurocompatible'* »[853].

551. Si l'équivalence se situe dans la loi suisse, c'est donc sur le plan substantiel qu'il faut en rechercher la portée, c'est-à-dire essayer de déterminer « l'eurocompatibilité » à laquelle renvoie l'équivalence. En effet, et sauf à considérer qu'elle réside uniquement dans l'instrument formel des lois suisses, l'équivalence doit être contenue dans l'adoption de règles équivalentes, voire dans l'application de règles équivalentes.

ii) L'équivalence substantielle de la législation suisse

552. On a vu que les références à l'acquis de l'UE ne désignent pas le droit applicable : il ne s'agit pas d'un renvoi. Elles désignent le contenu des règles qui doivent, par une loi suisse, être appliquées.

---

851 Fabrice FILLIEZ, « Application des accords sectoriels par les juridictions suisses : quelques repères », *op.cit.*, spéc. p.193.

852 Une telle exigence explique le doute, soulevé lors de l'étude du principe de reprise (voir, *supra*, A) en note), de la classification de l'accord sur l'environnement parmi les accords fondés sur l'équivalence puisque l'article 1 prévoit que la Suisse « *applique les actes énumérés à l'annexe I* ». Accord du 26 octobre 2004 concernant la participation de la Suisse à l'Agence européenne pour l'environnement et au réseau européen d'information et d'observation pour l'environnement (EIONET), *RO 2006 1111 | JO L 90 du 28.3.2006, p.37-47*.

853 Christine KADDOUS, « Les accords sectoriels dans le système des relations extérieures de l'Union européenne », in D. FELDER, C. KADDOUS (dir.), *Accords bilatéraux Suisse – UE (Commentaires)*, Bruxelles, Bruylant, 2001, pp. 77-115, spéc. p. 113.

553. Sur le plan matériel cela implique de distinguer la différence entre l'aménagement des références implicites[854] et l'aménagement des références explicites soumises à l'équivalence. Dans le premier cas, celui-ci résulte de l'accord : l'acquis a servi de base mais il est aménagé dans la relation Suisse-UE, cet aménagement étant ainsi consensuel. Dans le second cas, il résulte d'une législation suisse d'exécution de l'équivalence : il est donc encadré par l'accord, et soumis à un risque de différence d'appréciation de l'Union européenne, susceptible de considérer que la législation suisse s'écarte excessivement de l'acquis de l'Union européenne[855].

554. Cette absence de coïncidence matérielle parfaite entre l'acquis de l'Union et le droit applicable en vertu de l'accord met également en évidence la différence entre le principe d'une reprise et le principe d'équivalence. Alors que le premier tend à faire apparaître une identité matérielle, le second tolère une différence et se contente d'une homogénéité. Les deux principes seraient ainsi distincts ou du moins graduels, l'équivalence apparaissant moins « exigeante » que la reprise[856].

555. Pour autant, des ambiguïtés demeurent sur le cœur de la différence entre l'équivalence et la reprise.

556. En premier lieu, l'identification de l'obligation d'équivalence par rapport à la reprise est complexe. Par exemple, l'ALCP, qui est pourtant considéré comme basé sur le principe de l'équivalence des législations[857], contient une déclaration commune relative à l'application de l'accord qui prévoit : « *Les parties contractantes prendront les dispositions nécessaires afin d'appliquer* […] *l'acquis communautaire conformément à l'accord conclu entre*

---

854 Christine KADDOUS, « L'Accord CH–UE sur la libre circulation des personnes et l'ordre juridique suisse », *op.cit.* ; Message du Conseil fédéral du 23 juin 1999 *op.cit.,* spéc. p.5661. Voir, *supra*, §1, A), 1.

855 Cette distinction permettrait de classer dans la première catégorie, l'accord du 26 octobre 2004 prévoyant des mesures équivalentes à celles prévues dans la directive 2003/48/CE du Conseil en matière de fiscalité des revenus de l'épargne sous forme de paiements d'intérêts, *RO 2005 2571*, JO L 385 du 29.12.2004, p. 30 – 42. Pour le Conseil fédéral, cet accord n'est ni un accord de reprise, ni un accord d'équivalence : il créé « *un nouveau droit, sui generis, s'inspirant, du moins partiellement, du droit de l'UE* » : message du Conseil fédéral du 1er octobre 2004 relatif à l'approbation des accords bilatéraux entre la Suisse et l'Union européenne […], *FF 2004, vol. I, n°44, pp.5593-5924*, spéc. p. 5633. Cet accord est en outre particulier car l'acquis de l'UE référencé n'était pas préexistant, la directive et l'accord ayant été liés pour des raisons d'efficacité de lutte contre l'évasion fiscale. Sur ces particularités, voir notamment Cécile RAPOPORT, *Les partenariats entre l'Union européenne et les Etats tiers européens,* Bruxelles, Bruylant, 2011, 809 p., spéc. pp.200-202.

856 Cette logique semble ressortir de l'ALCP de 1999, dont l'article 1, paragraphe 1, de l'annexe II stipule : « *Les parties contractantes conviennent d'appliquer entre elles,* […] *les actes juridiques de l'Union européenne auxquels il est fait référence dans la section A* […] *ou des règles équivalentes à ceux-ci* ».

857 Message du Conseil fédéral du 23 juin 1999 relatif à l'approbation des accords sectoriels entre la Suisse et la CE, *op.cit.*; Daniel FELDER, « Appréciation juridique et politique du cadre institutionnel et des dispositions générales des accords sectoriels », *op.cit.*, spéc. p.127.

elles »[858]. En outre, l'article 1, paragraphe 1, de l'annexe II de l'ALCP, stipule : « *Les parties contractantes conviennent d'appliquer entre elles,* […] *les actes juridiques de l'Union européenne auxquels il est fait référence dans la section A de la présente annexe,* […] *ou des règles équivalentes à ceux-ci* »[859]. Quant à l'annexe III, elle indique simplement que « *Les parties contractantes conviennent d'appliquer entre elles, dans le domaine de la reconnaissance mutuelle des qualifications professionnelles, les actes juridiques et communications de l'Union européenne (UE) auxquels il est fait référence à la section A de la présente annexe, conformément au champ d'application de l'accord* ».

557. En second lieu, la distinction entre l'équivalence et la reprise est rendue incertaine par la présence, dans l'ALCP, d'éléments qui ont servi à l'identification du principe de reprise. Tel est en particulier le cas de la clause qui impose la prise en compte de la jurisprudence de la Cour de justice antérieure à la signature de l'accord pour interpréter les notions de droit de l'Union européenne qu'il contient. Posée à l'article 16, paragraphe 2, de l'ALCP, cette clause a été identifiée comme vecteur d'un rattachement très fort sur le droit de l'Union européenne, et existe également dans l'accord sur le transport aérien fondé sur une reprise[860]. Ainsi, plus l'accord impose une forte homogénéisation avec le droit de l'Union européenne, plus il rapproche l'équivalence-direction des exigences du principe de reprise.

558. Enfin, ces incertitudes sont maintenues par la manière dont les lois suisses assurent l'équivalence. D'une part, la législation suisse d'équivalence reprend parfois en substance

---

858 Cette déclaration est source d'ambiguïtés, qualifiée de « *somewhat confusingly* » : Francesco MAIANI, « Legal Europeanization as Legal Transformation: Some Insights from Swiss 'Outer Europe' », in F. MAIANI, R. PETROV, E. MOULIAROVA (dir.), *European Integration Without EU Membership: Models, Experiences, Perspectives - European University Institute (EUI) Working Papers* n°2009/10, pp. 111-123, spéc. p.115.

Le fait de prendre des dispositions afin « *d'appliquer l'acquis* » apparaît renvoyer à un principe de reprise. Il est certes possible de considérer que l'expression « *conformément à l'accord conclu entre elles* » renvoie également au principe d'équivalence sur lequel se sont accordées la Suisse et l'Union. Mais alors quelle indication apporte une telle déclaration ?

859 Cette disposition semble donc permettre la reprise des actes juridiques ou l'application équivalente des règles qu'ils contiennent. Cela peut soit signifier que l'Union applique directement les actes, alors que la Suisse adopte une législation équivalente ; soit que la Suisse peut décider d'appliquer directement certains actes selon le principe de reprise, auquel cas se pose le problème de l'identification de ces dispositions dispensées d'une législation d'équivalence. Cette formulation est également relevée par Cécile RAPOPORT qui met en exergue les ambiguïtés du principe d'équivalence de l'ALCP, conduisant l'auteur à considérer que cet accord se rattache davantage à un accord de reprise : Cécile RAPOPORT, *Les partenariats entre l'Union européenne et les Etats tiers européens*, *op.cit.*, spéc. p. 199.

860 *Id.*

l'acquis de l'Union européenne[861]. D'autre part, la législation suisse d'équivalence se contente parfois de renvoyer expressément aux actes de l'Union européenne[862], en somme de réaliser « l'équivalence par renvoi statique »[863]. Cette coïncidence matérielle du droit applicable (contenu dans la législation suisse alignée) et de l'acquis de l'Union européenne et même, dans le cas du renvoi statique, le déploiement d'un « *effet direct indirect* »[864] de l'acquis, rend ténue la différence entre l'équivalence et la reprise[865].

559. Cette distanciation de l'application du droit de l'Union européenne par l'application d'une « législation équivalente » confère une marge de manœuvre à la Suisse. Celle-ci n'est pas forcément utilisée, la Suisse pouvant adopter une législation qui reprend tel quel le contenu de l'acquis pertinent, ou renvoyer à cet acquis. Dès lors, l'équivalence ne désigne pas forcément une modulation de l'européanité des règles primaires applicables mais l'existence de cette marge de manœuvre. Toutefois l'indétermination de la portée exacte de cette marge de manœuvre est susceptible d'entraîner une divergence

---

861 Par exemple, à propos de la reconnaissance des qualifications professionnelles dans l'ALCP, le Conseil fédéral explique que « *la Suisse reprendra en substance l'acquis communautaire, c'est-à-dire qu'elle créera du droit équivalent* » : message du Conseil fédéral du 23 juin 1999, *op.cit.,* p. 5467. La « reprise en substance », désigne non pas le principe de reprise mais le fait de réitérer le contenu de l'acquis de l'UE dans un acte suisse : voir, *supra*, section 1 sur les distinctions sémantiques. Pour autant, si en établissant une législation d'équivalence, la Suisse va plus loin que « l'équivalence » et s'aligne substantiellement sur le droit de l'UE, cela réduit la différence avec une reprise de l'acquis.

862 Sur le procédé de références explicites au droit de l'Union européenne voir, *supra*, §1, A) 2. L'utilisation de ce procédé est fréquente lorsque les actes de l'UE cités dans l'ALCP, contiennent des règles très détaillées. Le Conseil fédéral met ainsi en évidence la structure des règlements n°1409/71 et 574/72 qui comportent 220 articles et des annexes. Par conséquent, des révisions de toutes les lois pour qu'elles tiennent compte de ces nombreuses dispositions « *entraîneraient pour le Parlement et l'administration une surcharge de travail disproportionnée, qu'aucune raison matérielle ne justifie* ». C'est pourquoi il propose d'utiliser dans ce cas une seconde technique d'adaptation, celle du renvoi : message du Conseil fédéral du 23 juin 1999, *op.cit.,* p. 5662. Concrètement, la loi suisse d'assurance sociale contient une « *clause générale de renvoi, intitulée "Relation avec le droit européen", qui dispose que l'accord, son annexe II et les règlements n°1409/71 et 574/72, dans leur version adaptée, sont également applicables aux personnes visées à l'art. 2 du règlement n°1408/71 en ce qui concerne les prestations prévues à l'art. 4 dudit règlement tant qu'elles sont comprises dans le champ d'application matériel de la loi* » : Raymond SPIRA, « L'application de l'Accord sur la libre circulation des personnes par le juge des assurances sociales », *op.cit.*, spéc. pp. 372-373. La Suisse ne fait ainsi « *pas complètement usage de cette liberté de manœuvre* » : Ridha FRAOUA, Luzius MADER, « Les accords sectoriels et la démocratie suisse », in D. FELDER, C. KADDOUS (dir.), *Accords bilatéraux Suisse-UE (Commentaires),* Bruxelles, Bruylant, 2001, pp.149-182, spéc. p. 171.

863 Fabrice FILLIEZ, « Application des accords sectoriels par les juridictions suisses : quelques repères », *op.cit.*, spéc. p.195.

864 « *Mais souvent, le droit national équivalent comprendra tout simplement un renvoi à l'acquis communautaire, qui aura été "helvétisé" et déploiera un effet direct "indirect"* » : Fabrice FILLIEZ, Hanspeter MOCK, « La Suisse et l'Union européenne : état des lieux d'une relation sui generis », *Journal des tribunaux. Droit européen* n°130, 2006, pp.161-168, spéc. p. 166. De même, à propos des règlements n°1409/71 et 574/72 : « *si, théoriquement, ces actes de droit communautaire ne seront pas d'applicabilité directe en Suisse* […] *en pratique, ils le seront tout de même* […] » : Raymond SPIRA, « L'application de l'Accord sur la libre circulation des personnes par le juge des assurances sociales », *op. cit.*, spéc. p. 372.

865 A propos de l'ALCP, Cécile RAPOPORT considère : « *En pratique, la Suisse a, dans la mise en œuvre de cet accord, procédé à une reprise de l'acquis bien plus qu'à l'adoption de législation équivalente* » : Cécile RAPOPORT, *Les partenariats entre l'Union européenne et les Etats tiers européens, op. cit.*, spéc. p.199.

d'appréciation entre l'Union européenne et la Suisse sur le rapprochement au droit de l'Union européenne qu'impliquent les accords fondés sur l'équivalence[866].

*

* *

560. En conclusion, les références explicites contenues dans les accords déterminent le droit applicable de deux manières. En premier lieu, quelques accords Suisse-UE sont basés sur un principe de reprise. Ce principe est peut-être moins exigeant que celui posé par l'accord EEE mais il est néanmoins rarement utilisé dans les accords Suisse-UE. Ce principe fait du renvoi au droit de l'UE le droit applicable ; en vertu de ce principe, les références explicites à l'acquis constituent directement les règles du premier degré applicables. La mise en œuvre de ces règles peut nécessiter l'intervention de lois suisses, mais les accords font de l'acquis de l'Union européenne les règles primaires applicables. En second lieu, et de manière plus fréquente, les références explicites contenues dans les accords constituent une source matérielle des règles primaires applicables mais ces règles sont nécessairement contenues dans des lois suisses. La marge de manœuvre dont dispose le législateur suisse est alors différente selon le type d'équivalence. S'il s'agit de « l'équivalence-condition », qui met en œuvre les mécanismes de la reconnaissance mutuelle des législations, ces règles sont contenues dans des lois suisses préalablement adaptées au droit de l'UE et dont l'accord vient reconnaître leur compatibilité, leur équivalence avec les législations de l'UE. S'il s'agit de « l'équivalence-direction », qui impose l'application de règles équivalentes à celles de l'acquis référencé, ces règles sont contenues dans des lois d'exécution de l'obligation d'homogénéisation avec l'acquis de l'Union européenne. Mais l'homogénéité requise par l'accord et corrélativement la marge de manœuvre du législateur suisse est difficile à définir. Elle semble plus forte dans l'accord sur la libre circulation des personnes qui, à l'instar de l'accord sur le transport aérien, impose la prise en compte de la jurisprudence de la Cour de justice pour interpréter les notions basées sur le droit de l'Union européenne. Relançant l'interrogation relative à la frontière entre le principe d'équivalence-direction et le principe de reprise, et à

[866] Voir, *infra*, partie 2, titre 1, chapitre 2, sur les appréciations différentes perçues comme une insuffisance des règles du second degré (notamment l'absence de juge commun).

la charnière entre une règle du premier et une règle du second degré, cette clause contribue à renforcer l'arrimage normatif de ces accords sur l'acquis de l'Union européenne.

*

* *

Section 3. Le prolongement de l'européanité par la prise en compte de la jurisprudence de la CJUE

561. L'établissement, dans la relation Suisse-UE, d'un droit qui trouve sa source matérielle dans le droit de l'Union soulève la question de l'interprétation de ce droit. L'application des principes classiques d'interprétation peut justifier le maintien du rattachement sur le droit de l'Union. Mais deux accords Suisse-UE vont plus loin et posent un principe d'interprétation spécifique : celui d'une prise en compte de la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne (CJUE) pour interpréter les notions de l'accord basées sur le droit de l'UE. La clause conventionnelle qui impose de prendre en compte la jurisprudence de la Cour de justice constitue ainsi une règle qui prolonge l'européanité des règles du premier degré applicables et s'apparente ainsi à une règle du premier degré. Mais parce qu'elle porte sur l'interprétation des règles du premier degré, elle constitue aussi à certains égards une règle du second degré. Alors que les méthodes d'interprétation classiques des accords Suisse-UE et des législations suisses permettent simplement de prolonger l'européanité des règles du premier degré (§1), l'insertion dans deux accords d'une clause particulière qui impose la prise en compte de la jurisprudence de la CJUE assure ainsi une européanité renforcée de ces règles du premier degré (§2).

§1 – La prise en compte éventuelle de la jurisprudence de la CJUE, conséquence de la nature des actes de la relation Suisse-UE

562. Les références au droit de l'Union européenne, en particulier les références implicites ne soulèvent *a priori* pas de question quant à leur application. Ces dispositions ont été rédigées matériellement et c'est la comparaison de cette formulation qui conduit à constater une référence implicite au droit de l'Union. L'application de ces clauses se réalise donc très classiquement selon leur libellé.

563. Pour autant, leur « lien rédactionnel » avec le droit de l'Union européenne est-il complètement sans incidence dans l'application de ces clauses ? Cette similitude voulue et

établie avec le droit de l'Union européenne, dans des accords conclus avec cette dernière, est-elle neutre dans la manière dont ces accords doivent être interprétés et appliqués ?

564. Du point de vue des méthodes générales d'interprétation des traités[867], cet ancrage sur le droit de l'Union pourrait faire partie du contexte qui peut guider l'application des dispositions inspirées du droit de l'Union européenne. Tel est également le cas des objectifs des accords qui visent pour certains à permettre à la Suisse de participer à une coopération au sein de l'Union européenne, pour d'autres à une libéralisation établie dans le marché intérieur européen[868]. Enfin une telle conception est indéniable s'agissant de l'accord sur le transport aérien, dont le contrôle des règles de concurrence calquées sur le droit de l'Union européenne a été confié aux institutions de l'Union[869].

---

867 Du point de vue de l'Union européenne, voir notamment les principes posés dans l'arrêt CJCE, 9 février 1982, *Polydor Limited et RSO Records Inc. c. Harlequin Records Shops Limited et Simons Records Limited*, affaire 270/80, *Rec.* 1982, p.329 et dans l'avis CJCE, 14 décembre 1991, *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 1/91, *Rec.* 1991, p. I-06079, et en doctrine Christine KADDOUS, *Le droit des relations extérieures dans la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes*, Bruxelles, Bruylant, 550 p., spéc. pp.105 et s. Du point de vue de la Suisse, voir l'étude de Christine KADDOUS, « L'influence du droit communautaire dans la jurisprudence du Tribunal fédéral suisse », in *Le droit à la mesure de l'homme. Mélanges en l'honneur de l'Avocat général Philippe Léger*, Paris, Pedone, 2006, pp. 407-422.

Selon les accords, et d'abord l'accord de libre-échange de 1972, voir Friedl WEISS, « The Functioning of The Free Trade Agreements », in O. JACOT-GUILLARMOD (dir.), *L'avenir du libre-échange en Europe : vers un Espace économique européen ?*, Zürich, Schulthesse, 1990, pp.61-78. Pour les accords bilatéraux I et II, voir Christine KADDOUS, « Les accords sectoriels dans le système des relations extérieures de l'Union européenne », in D. FELDER, C. KADDOUS (dir.), *Accords bilatéraux Suisse - UE (Commentaires)*, Bruxelles, Bruylant, 2001, pp. 77-115 ; Christine KADDOUS, « La place des Accords bilatéraux II dans l'ordre juridique de l'Union européenne », in C. KADDOUS, M. JAMETTI GREINER (dir.), *Accords bilatéraux II Suisse-UE : et autres accords récents*, Bruxelles, Bruylant, 2006, pp. 63-92. Stephan BREITENMOSER, souligne: « *in general and concerning their institutional functioning, the sectoral agreements are treaties of international law. As such, they have to be interpreted according to the binding guidelines and principles of Articles 31-33 VCT. In the foreground are grammatical, systematic and teleogical interpretations » (Art.31 VCT)* »: Stephan BREITENMOSER, « Sectoral agreements between the EC and Switzerland : contents and context », *C.M.L.R.* 2003, vol. 40, n°5, pp. 1137-1186, spéc. p.1151. En ce sens, et à propos de l'accord de libre-échange de 1972 : Friedl WEISS, « The Functioning of The Free Trade Agreements », in O. JACOT-GUILLARMOD (dir.), *L'avenir du libre-échange en Europe : vers un Espace économique européen ?*, Zürich, Schulthesse, 1990, pp.61-78.

868 Dans le cadre de l'accord EEE, un lien entre la rédaction matérielle et l'objectif de l'accord EEE avait été relevé par la Cour de justice de l'Union européenne dans son avis 1/91 : CJCE, 14 décembre 1991, avis 1/91, précité, pt. 5 : « *L'objectif d'homogénéité dans l'interprétation et l'application du droit dans l'Espace EE tel qu'il est précisé à l'article 1er de l'accord devrait être assuré par l'emploi de dispositions textuellement identiques aux dispositions correspondantes du droit communautaire et par la mise en place d'un système juridictionnel* ». A noter cependant que les accords Suisse-UE ne poursuivent pas un tel objectif d'homogénéité entre le droit qu'ils établissent et le droit de l'Union. Cependant la lecture des objectifs met en relief une volonté d'association au sens large à l'Union européenne, qui peut ne pas être neutre dans l'interprétation des dispositions matériellement inspirées du droit de l'Union européenne.

869 Exceptées les affaires en matière de concurrence aérienne qui ne concerneraient que le marché suisse (article 10 ATA), le contrôle des règles de concurrence applicables aux entreprises est soumis à la Commission et Cour de justice de l'Union européenne. L'article 11§1 dispose en effet que : « *Les art. 8 et 9 sont appliqués et les concentrations d'entreprises contrôlées par les institutions communautaires, conformément à la législation communautaire figurant à l'annexe du présent Accord, en tenant compte de la nécessité d'une coopération étroite entre les institutions communautaires et les autorités suisses* ». Voir supra sur ces dispositions et leur similitude avec les articles 101 et 102 TFUE.

565. Ce n'est pas à dire que l'inspiration matérielle sur le droit de l'Union européenne emporte nécessairement une application conforme au droit de l'Union européenne[870]. Dans son analyse des accords Suisse-UE à la lumière de la jurisprudence de la Cour de justice relative aux relations extérieures de l'Union européenne, Christine KADDOUS relève que : « *L'extension de l'interprétation d'une disposition du Traité CE à une disposition rédigée en des termes comparables, similaires ou identiques figurant dans un accord international dépend en grande partie des buts politiques à long terme des Traités communautaires et des objectifs plus limités des accords conclus par la Communauté avec des Etats tiers* »[871]. C'est pourquoi, des éléments tels que le refus de la Suisse d'intégrer l'EEE[872] peuvent être pris en compte et aboutir à retenir une interprétation qui se distancie de celle retenue à l'égard des dispositions équivalentes du marché intérieur[873].

566. Mais, d'une part, quel que soit le sens de l'interprétation retenue, le fait que le droit de l'Union européenne constitue la source matérielle des accords Suisse-UE ne peut être neutre pour l'interprétation de ces accords. Ainsi, ces références implicites peuvent influencer l'application des dispositions matérielles concernées et dépasser le simple lien rédactionnel entre le régime Suisse-UE et le droit de l'Union européenne. D'autre part, et de manière générale, compte tenu du lien avec le droit de l'Union européenne établi par la structure des accords Suisse-UE, les autorités seront enclines à interpréter ces textes à la lumière du droit de l'Union européenne, y compris à la lumière de la jurisprudence de la Cour de justice[874]. En effet, Christine KADDOUS considère que les autorités chargées

---

870 Certains auteurs considèrent qu'une interprétation identique doit être le principe, à l'instar de Friedl WEISS : « *where specific concepts and terms are borrowed from the legal system of one of the contracting parties, it must be assumed, subject to manifest contrary intention, that the parties intended to accept,* inter se*, the interpretation attributed to them in the relevant legal system* » : Friedl WEISS, « The Functioning of The Free Trade Agreements », précité , spéc. p. 77.

871 Christine KADDOUS, « Les accords sectoriels dans le système des relations extérieures de l'Union européenne », in D. FELDER, C. KADDOUS (dir.), *Accords bilatéraux Suisse - UE (Commentaires)*, Bruxelles, Bruylant, 2001, pp. 77-115, spéc. p. 110.

872 Même pour l'accord EEE dont la Cour relevait 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* » (avis 1/91, précité, pt. 14).

873 La Cour de justice a ainsi fréquemment mis en évidence ces éléments justifiant une interprétation différente de celle retenue dans le cadre du marché intérieur. Pour une étude de cette jurisprudence, on se reportera utilement à : Christine KADDOUS, « *Stamm et Hauser*, *Grimme*, *Fokus Invest AG*, *Hengartner et Gasser* ou les accords bilatéraux ne créent pas un marché intérieur », *R.S.D.I.E.* 2010, pp. 129-136.

874 Christine KADDOUS plaide en effet « *pour une prise en compte de la jurisprudence de la Cour de justice dès qu'est en cause une disposition qui a un contenu substantiellement équivalent à une disposition de droit communautaire afin de préserver l'effet utile de ces accords* » : Christine KADDOUS, « Les accords sectoriels dans le système des relations extérieures de l'Union européenne », in D. FELDER, C. KADDOUS (dir.), *Accords bilatéraux Suisse - UE (Commentaires)*, Dossiers de droit européen, vol. 8, Bruxelles, Bruylant, 2001, pp. 77-115, spéc. p. 103.

d'appliquer les accords « *devraient, afin de préserver l'effet utile de ces accords, être incitées à veiller à une interprétation et application uniformes des règles dont le contenu est substantiellement équivalent à des dispositions de droit communautaire* »[875].

567. De même dans les législations suisses, les dispositions inspirées du droit de l'Union européenne peuvent être interprétées en tenant compte de ce dernier, par application des principes classiques d'interprétation dans l'ordre juridique suisse. Le Tribunal fédéral suisse tient notamment compte de la volonté du législateur de réaliser une harmonisation avec le droit de l'Union européenne. Elle n'est pas le seul élément pris en considération, le texte, son histoire, son contexte et les autres objectifs du législateur, enseignements qui peuvent conduire le juge à retenir une solution différente de celle retenue dans le cadre du droit de l'Union[876]. Mais, et le constat rejoint celui retenu pour les accords bilatéraux, le fait que le droit de l'Union constitue la source matérielle du droit suisse peut orienter son interprétation vers celle retenue dans l'ordre juridique de l'Union.

568. L'application des principes classiques d'interprétation des traités et d'interprétation des lois suisses peut ainsi conduire à prolonger le rattachement opéré par ces actes lorsqu'ils se sont inspirés du droit de l'Union. En outre, certains accords Suisse-UE contiennent une clause d'interprétation qui impose le maintien de cet arrimage normatif.

---

875 *Ibid.* p. 94.

876 On reportera à cet égard à un arrêt de principe du Tribunal fédéral : ATF 129 III 335, du 25 mars 2003, *Caisse publique de chômage du canton de Soleure c. Metallbau X. GmbH* (version en français disponible au JdT 2003 II 75) ; pour une analyse de la méthode d'interprétation voir notamment Laurent BIERI, « L'application du droit privé suisse reprenant de manière autonome les directives communautaires », *PJA* 2007, pp.708-716 ; Véronique BOILLET, *L'interdiction de discrimination en raison de la nationalité au sens de l'accord sur la libre circulation des personnes*, Bâle, Helbing Lichtenhahn, 2010, 373 p., spéc. pp. 67-68 ; Ariane MORIN, « L'influence du droit européen sur le droit privé de la consommation », in L. OJHA, P.-F. VULLIEMIN (dir.*), Le droit de la consommation dans son contexte économique*, Lausanne, CEDIDAC, 2009, 138 p., pp.17-43 ; Francesco MAIANI, « Legal Europeanization as Legal Transformation: Some Insights from Swiss 'Outer Europe' », in F. MAIANI, R. PETROV, E. MOULIAROVA (dir.), *European Integration Without EU Membership: Models, Experiences, Perspectives - European University Institute (EUI) Working Papers* n°2009/10, pp. 111-123, spéc. pp.118 et s., disponible à l'adresse: http://cadmus.eui.eu/bitstream/handle/1814/11294/MWP_2009_10.pdf?sequence=1, et les références citées, notamment en langue allemande. L'auteur souligne toutefois des changements intervenus dans les méthodes d'interprétation et les incohérences de la jurisprudence.

§2 – La prise en compte obligatoire de la jurisprudence de la CJUE, conséquence d'une obligation conventionnelle spécifique

569. Trois accords Suisse-UE imposent la prise en compte de la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne pour interpréter les notions de droit de l'Union européenne posées par l'accord.

570. L'un de ces accords comporte une clause précise. L'accord MEDIA de 2004 prévoit ainsi que l'application par la Suisse de la directive de l'UE « télévision sans frontière » sera réalisée en fonction de la jurisprudence de la Cour de justice y relative. Plus précisément, la Suisse applique ladite directive en conservant le droit de prendre des mesures à l'encontre d'un organisme de radiodiffusion télévisuelle établi sur le territoire d'un État membre de la Communauté, mais dont l'activité est entièrement ou principalement tournée vers le territoire suisse lorsque cet établissement a eu lieu en vue de se soustraire aux règles qui seraient applicables à cet organisme s'il était établi sur le territoire de la Suisse. « *Ces conditions seront interprétées à la lumière de la jurisprudence pertinente de la Cour de justice des Communautés européennes* », l'accord précisant même l'arrêt dont la Suisse doit tenir compte (l'arrêt Van Binsbergen)[877]. Cette clause ne sera pas davantage étudiée parce que l'accord MEDIA de 2004 est expiré, et que le nouvel accord associant la Suisse aux programmes MEDIA 2007-2013, qui contenait initialement une référence à la jurisprudence de la CJUE, a été modifié en supprimant cette clause[878]. La clause de l'accord MEDIA, au demeurant assez précise, ne sera ainsi pas davantage étudiée.

571. En revanche, la clause insérée dans les accords de 1999 sur la libre circulation des personnes (ALCP) et sur le transport aérien (ATA) soulève davantage de questions alors même qu'elle est construite sur un modèle préexistant, celui de l'article 6 de l'accord EEE[879]. Dans l'ATA, le libellé de l'article 1, paragraphe 2, deuxième phrase, est en large

---

877 Article 1, paragraphe 2, alinéa b) de l'annexe II de l'accord du 26 octobre 2004 établissant les termes et conditions pour la participation de la Confédération suisse aux programmes communautaires MEDIA Plus et MEDIA Formation, *RO 2006 1041 / JO L 90 du 28.3.2006, p. 23-34*.

878 Sur ce phénomène juridique, étudié comme une manifestation des irrégularités du rattachement des règles du premier degré au droit de l'UE, voir, *infra*, partie 2, titre 1, chapitre 2, n°1058 et s.

879 En vertu de l'article 6 de l'accord EEE : « *Sans préjudice de l'évolution future de la jurisprudence, 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*

partie identique à celui de l'article 6 EEE : « *Pour autant qu'elles soient identiques en substance aux règles correspondantes du traité instituant la Communauté européenne et aux actes adoptés en application de ce traité, ces dispositions sont interprétées, aux fins de leur mise en œuvre et application, conformément aux décisions et arrêts de la Cour de justice et de la Commission des Communautés européennes rendus avant la date de signature du présent Accord* ». Quant à l'article 16 de l'ALCP, intitulé « Référence au droit communautaire », il dispose en son paragraphe 2, première phrase : « *Dans la mesure où l'application du présent accord implique des notions de droit communautaire, il sera tenu compte de la jurisprudence pertinente de la Cour de justice des Communautés européennes antérieure à la date de sa signature* ».

572. L'accord EEE et les accords Suisse-UE sur la libre circulation des personnes et le transport aérien présentent ainsi cette structure globale commune : les accords prennent le droit de l'Union européenne comme base matérielle[880] et prévoient que les dispositions de l'accord qui trouvent leur origine dans le droit de l'Union sont interprétées conformément à la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne rendue avant la date de signature de l'accord.

573. Malgré l'apparente simplicité du principe, l'objet (A) ainsi que la portée (B) de ce renvoi restent difficiles à déterminer[881]. Plus qu'un régime clair, cette clause semble impliquer une conception du renvoi comme outil de prolongement du rattachement normatif (C).

A) L'indétermination de l'objet du renvoi à la jurisprudence de la CJUE

574. Si la plupart des accords Suisse-UE se fonde, dans des proportions variables, sur le droit de l'Union européenne, dans deux accords cette référence est mise en évidence par la clause d'interprétation. Le renvoi à la jurisprudence de la Cour de justice est en effet « activé » en présence de « *notions de droit communautaire* » (formule de l'ALCP) et de

---

conformément à la jurisprudence pertinente de la Cour de justice des Communautés européennes antérieure à la date de signature du présent accord ».

880 Voir, *supra*, section 1, n°424 et s.

881 En ce sens, Véronique BOILLET souligne dans ses travaux de thèse que la formulation de l'article 16 de l'accord sur la libre circulation des personnes « *n'est pas explicite* », l'auteur s'employant dès lors à en cerner la portée : Véronique BOILLET, *L'interdiction de discrimination en raison de la nationalité au sens de l'accord sur la libre circulation des personnes*, Bâle, Helbing Lichtenhahn, 2010, 373 p., spéc. p. 53. Voir également les réflexions menées par Olivier MACH, « La place des Accords bilatéraux II dans l'ordre juridique suisse », in C. KADDOUS, M. JAMETTI GREINER (dir.), *Accords bilatéraux II Suisse-UE : et autres accords récents*, Bruxelles, Bruylant, 2006, pp. 169-192.

dispositions « *identiques en substance* » au droit de l'Union européenne (formule de l'ATA et de l'accord EEE)[882]. Ce type de clause d'interprétation accorde donc une conséquence spécifique au fait que le droit de l'UE constitue la source matérielle de dispositions de l'accord : la prise en compte de la jurisprudence de la Cour de justice « rendue avant la date de signature » de l'accord. Or aucune des clauses d'interprétation de l'ATA, l'ALCP ou de l'EEE ne définit la jurisprudence pertinente à prendre en compte. De manière ponctuelle, cette connaissance semble possible au terme d'un raisonnement inductif de l'article 16, paragraphe 2, mais celle-ci ne semble pas satisfaisante (1). Un raisonnement systémique ramène le problème à celui de la détermination du droit ayant servi à fonder l'accord, ce qui apporte une certaine précision (2). Mais là encore la connaissance de ce droit n'est pas toujours explicite dans ces accords, et l'on ne peut que supposer que c'est la jurisprudence rendue sur le droit interne de l'UE qui est visée (3), ce qui reste au demeurant peu précis.

1) L'insuffisance du raisonnement inductif

575. Dans l'article 16 ALCP, la première phrase imposant la prise en compte de la jurisprudence antérieure de la CJUE est suivie de deux phrases qui prévoient : « *La jurisprudence postérieure à la date de la signature du présent accord sera communiquée à la Suisse. En vue d'assurer le bon fonctionnement de l'accord, à la demande d'une partie contractante, le Comité mixte déterminera les implications de cette jurisprudence* ». La connaissance des jurisprudences postérieures permettrait donc, au fur et à mesure, de déterminer quelle était la jurisprudence antérieure pertinente pour l'application de l'ALCP[883].

576. Une telle méthode n'est cependant guère satisfaisante. D'abord, elle ne permet de connaître les jurisprudences pertinentes que de manière ponctuelle et *a posteriori*. Surtout, cette méthode ne permet pas d'établir avec certitude la jurisprudence pertinente. En effet, en dépendant des jurisprudences postérieures communiquées à la Suisse, cette méthode revient à laisser à la discrétion de l'Union européenne la détermination des jurisprudences

---

882 A cet égard, voir en particulier Christine KADDOUS, « The significance of «Precedent» in the Bilateral Agreements between Switzerland and the European Union », in C. BAUDENBACHER (dir.), *The Role of Precedent in Dispute Resolution*, German Law Publisher, Stuttgart, 2011, pp. 124–140.

883 Raymond SPIRA retient cependant une conception plus large de cette disposition, dans laquelle il inclut la jurisprudence de la Cour de justice relative à l'application de l'ALCP : Raymond SPIRA, « L'application de l'Accord sur la libre circulation des personnes par le juge des assurances sociales », in D. FELDER, C. KADDOUS (dir.), *Accords bilatéraux Suisse-UE (Commentaires)*, Bruxelles, Bruylant, 2001, pp. 369-381, spéc. p. 378.

de la CJUE pertinentes pour l'application de l'ALCP[884]. Quant aux décisions du comité mixte[885], elles ne sont rendues qu'à la demande d'une partie, filtre susceptible de laisser inaperçues des jurisprudences de la CJUE pertinentes. En outre, dans le cas où le comité mixte jugerait un développement jurisprudentiel sans incidence pour la bonne application de l'accord, il reste à interpréter une telle décision : signifie-t-elle que la Suisse et l'UE décident de ne pas reprendre une évolution de la jurisprudence, ou que ladite jurisprudence (à laquelle la CJUE a apporté une précision ou modification après la signature de l'ALCP) n'était pas pertinente ?

577. Un raisonnement inductif de l'article 16, paragraphe 2, n'apporte ainsi pas une connaissance satisfaisante de la jurisprudence pertinente pour l'application de l'accord. Il serait alors possible d'opérer un raisonnement systémique de l'article 16.

2) *Les potentialités du raisonnement systémique*

578. La prise en compte de la jurisprudence de la CJUE est la conséquence attachée à l'utilisation du droit de l'Union européenne comme base matérielle. Il apparaît alors logique de considérer que la clause vise la jurisprudence de la Cour de justice rendue sur les « notions de droit communautaire » ou sur les dispositions « identiques en substance » au droit de l'Union européenne qui sont reprises par l'accord. De ce point de vue, la détermination de la jurisprudence pertinente à prendre en compte doit être ramenée à la détermination du droit de l'UE ayant servi de référent matériel à l'élaboration des accords.

579. Mais celui-ci ne fait pas systématiquement l'objet d'une liste, qui n'existe que dans le cadre des actes de droit dérivé annexés. S'agissant des dispositions contenues dans les accords, rien n'indique expressément si le droit de l'UE a servi de modèle et, le cas échéant, quelle disposition de ce droit. L'identification est au mieux facilitée lorsque le droit de l'UE – notamment ses dispositions classiques en matière de concurrence –

---

884 Est ici étudiée les contours de la jurisprudence antérieure pertinente, mais un problème similaire se pose pour la jurisprudence postérieure. Loin d'être théorique, il a par exemple fait l'objet de divergences dans un contentieux entre la Suisse et l'Union européenne relatif à l'accord sur le transport aérien : « *À cet égard, la Confédération suisse conteste la thèse de la Commission*, […], *selon laquelle l'arrêt Malpensa*, […], *ne pourrait être pris en considération, dès lors qu'il serait postérieur à l'accord et qu'il n'aurait été ni communiqué à la Confédération suisse ni examiné par le Comité mixte, comme le prévoit l'article 1er, paragraphe 2, de l'accord. Selon la Confédération suisse, l'absence de communication dudit arrêt n'exclut pas sa prise en considération, et ce d'autant plus qu'il s'agit d'une omission de la Commission elle-même* » : Trib. UE, 9 septembre 2010, *Confédération suisse c. Commission européenne*, aff. T-319/05, *Rec*. 2010, p. II-04265.

885 Voir, *infra*, chapitre 2, section 1, n°646 et s.

est largement repris par la clause[886]. Elle est néanmoins soumise à l'appréciation de l'observateur ou de l'interprète : de son état de connaissance en droit européen pour déceler celles des dispositions de l'accord qui sont inspirées du droit préexistant, mais aussi de ce qu'il pense être susceptible de constituer le droit de référence[887].

580. Se pose alors une question particulière : la clause d'interprétation contenue dans ces accords implique-t-elle de distinguer entre le droit interne de l'Union européenne et le droit issu de ses relations extérieures conventionnelles ?

3) La jurisprudence « interne », probable objet du renvoi

581. La clause prévoyant la prise en compte de la jurisprudence de la Cour de justice ne précise pas si la jurisprudence visée concerne celle rendue pour interpréter une disposition du droit « interne » de l'Union européenne, ou comprend également les interprétations rendues sur le fondement des accords conclus par l'Union européenne. Si l'on interprète la clause à partir du droit de l'Union européenne ayant servi de référence aux accords, deux réponses sont envisageables.

582. Historiquement, le droit de l'Union européenne s'est défini autour de la construction d'un marché intérieur et d'une communauté de droit. Il « concernait » alors principalement les Etats membres de l'Union. La situation s'est quelque peu compliquée lorsque ce marché intérieur a été même partiellement ouvert à des Etats tiers, en particulier ceux de l'AELE, en utilisant des accords fondés matériellement sur le droit jusqu'ici élaboré dans un cadre essentiellement interne. Il y a donc, du point de vue de l'élaboration un décalage entre le droit élaboré dans un cadre interne qui servira de base matérielle à un accord, et le droit contenu dans cet accord. Il ne s'agit pas à ce stade de déterminer les conséquences de ce décalage (qui peut être cristallisé ou au contraire atténué), mais simplement de reconnaître qu'il existe d'une part le droit de l'Union résultant des TUE, TFUE, des règlements et directives adoptés sur ces fondements, et d'autre part le droit de l'Union résultant des accords qu'elle a conclus, ce dernier droit

---

886 Voir *supra*, section 1, §1, n°424 et s. notamment sur les clauses de l'ATA qui reprennent les dispositions du TFUE.

887 Dans son analyse des « notions de droit communautaire » visées par l'ALCP, Véronique BOILLET met en évidence la difficulté non seulement d'identifier ces notions, mais également « *de déterminer dans quelle mesure les différences de formulation ont précisément pour fonction de se distancier de la pratique européenne* » : Véronique BOILLET, *L'interdiction de discrimination en raison de la nationalité au sens de l'accord sur la libre circulation des personnes*, Bâle, Helbing Lichtenhahn, 2010, 373 p., spéc. p. 57.

reprenant certaines dispositions des TUE, TFUE, règlements et directives. Un tel décalage semble mis en relief par l'article 1 ATA (et par l'article 6 EEE dont la formulation est proche) qui régit l'interprétation des dispositions de l'accord « *identiques en substance aux règles correspondantes du traité instituant la Communauté européenne et aux actes adoptés en application de ce traité* ».

583. Cependant, ce décalage n'a rien d'évident si l'on inclut les accords conclus par la Communauté parmi les actes adoptés en application du traité instituant la Communauté. La Cour de justice avait considéré dans son arrêt *Haegeman* qu'un accord conclu par la Communauté est « *un acte pris par l'une des institutions de la Communauté au sens de l'article 177, alinéa 1, b du Traité instituant la Communauté* » (devenu article 267 TFUE)[888]. Si l'on reprenait cette conception au sens des accords Suisse-UE, on pourrait alors considérer que les accords conclus par la Communauté sont des « *actes adoptés en application (du) traité instituant la Communauté* » au sens de l'article 1 ATA. En outre la clause d'interprétation de l'ALCP ne joue que pour autant que l'accord implique des « *notions de droit communautaire* », sans considération de source. Il est ainsi envisageable de considérer que parmi le droit de l'UE ayant servi de base matérielle aux accords Suisse-UE, il y a des accords conclus antérieurement par l'Union européenne. Par un phénomène de « poupées russes » il est d'ailleurs théoriquement concevable que le droit contenu dans l'accord EEE, refusé par la Suisse mais devenu du droit de l'Union européenne, ait servi de base matérielle aux accords Suisse-UE.

584. Ainsi, en l'absence de liste exhaustive, une distinction entre le droit interne et le droit externe de l'Union européenne ne s'impose pas théoriquement, même s'il semble logique de limiter au seul droit interne le caractère de source matérielle des accords Suisse-UE. En admettant que les questions du droit de référence et de la jurisprudence du renvoi sont liées, il faudra alors se référer à la jurisprudence de la Cour rendue à propos de la disposition du droit interne si celui-ci est la seule source matérielle de la norme conventionnelle, ou inclure celle rendue à propos des accords auparavant conclus par l'Union européenne si l'on adopte une conception globale du droit de l'Union[889]. Dans ce

---

888 CJCE, 30 avril 1974, *R. & V. Haegeman c. État belge*, aff. 181-73, *Rec.* 1974, p. 449, pt.4.

889 Pour une approche différente voir les conclusions dans l'affaire *Ettwein*. Alors que l'article 16 ALCP impose la prise en compte de la jurisprudence de la Cour de justice antérieure à la signature de l'ALCP, l'avocat général Niilo JAASKINEN

second cas, et de la même manière que cela a été constaté s'agissant du droit de référence, retenir une approche globale conduit à admettre, sur le plan théorique, que l'application de ces clauses ouvre une application par la Suisse d'une jurisprudence de la CJUE relative à l'accord EEE de 1992[890].

585. Les clauses d'interprétation contenues dans l'ALCP et l'ATA, inspirées de l'article 6 de l'accord EEE n'apportent ainsi pas de précision sur l'objet du renvoi à la jurisprudence de la Cour de justice, même s'il semble logique de considérer que les clauses visent les interprétations du droit interne de l'Union. Il reste enfin à tenter de cerner la portée opérée par ce renvoi, avant de proposer une conception de ces clauses d'interprétation.

B) L'indétermination de la portée du renvoi à la jurisprudence de la CJUE

586. Le premier problème peut être posé ainsi : ces clauses d'interprétation imposent-elles de retenir une interprétation homogène entre le droit de l'UE ayant servi de référence et le droit repris dans l'accord ? Ce problème pose, comme le précédent, la question de la nécessité ou non de distinguer entre le droit interne et externe de l'Union européenne. Il ne se place cependant pas au même niveau. Dans le point précédent, il s'agissait de déterminer si l'on pouvait considérer que le droit externe de l'Union avait été la base matérielle des accords Suisse-UE, et s'il fallait prendre en compte la jurisprudence de la Cour rendue sur ce droit externe, ou ne prendre en compte que la jurisprudence interne. Bien que les questions soient liées, il faut ici savoir comment opère cette prise en compte, c'est-à-dire comment utiliser la jurisprudence de la CJUE pertinente pour interpréter les « *notions de droit communautaire* » (formule de l'ALCP) et les dispositions « *identiques en*

---

considère, *a contrario* que cette clause empêche de prendre en compte la jurisprudence postérieure rendue à l'égard de l'ALCP. En réalité, ce raisonnement *a contrario* aboutit à concevoir ainsi l'article 16 ALCP : Dans la mesure où l'application du présent accord implique des notions de droit communautaire, il sera tenu compte de la jurisprudence pertinente de la Cour de justice des Communautés européennes antérieure à la date de sa signature, jurisprudence relative au présent accord, et par définition inexistante puisque le présent accord n'était pas en vigueur. En l'absence de tout objet de renvoi, une telle interprétation de l'article 16 est exclue, pour cantonner le débat à la prise en compte de la jurisprudence rendue sur le droit interne seule, ou incluant celle relative aux autres accords conclus par l'Union antérieurement à l'ALCP. La Cour de justice n'a en outre pas suivi ce raisonnement (CJUE, 28 février 2013, *Katja Ettwein c. Finanzamt Konstanz*, aff. C-425/11, *non encore publié*).

890 En pratique une telle situation ne présente peut-être pas de véritable difficulté ne serait-ce parce que la jurisprudence que la CJUE rend à propos de l'accord EEE est largement similaire à celle retenue pour l'interprétation des dispositions correspondantes du TFUE. Cette affirmation est moins nette en matière de libre circulation des capitaux. Voir par exemple l'arrêt CJUE, 28 octobre 2010, *Établissements Rimbaud SA c. Directeur général des impôts*, *Directeur des services fiscaux d'Aix-en-Provence*, aff. C-72/09, *Rec.* 2010, p. I-10659.

substance » au droit de l'Union européenne (formule de l'ATA) qui sont reprises par les deux accords Suisse-UE.

587. Pour déterminer si les deux clauses imposent une homogénéité entre le droit de l'Union européenne de base et le droit repris dans les accords Suisse-UE, il est possible de réfléchir à partir sur les méthodes d'interprétation des traités conclus par l'Union européenne (1), puis de manière plus spécifique par comparaison avec la portée de l'article 6 EEE qui a inspiré les clauses des deux accords Suisse-UE (2), avant de comparer ces deux clauses entre elles (3).

1) Réflexions à partir des méthodes d'interprétation des accords conclus par l'UE

588. La Cour de justice a considéré dans son arrêt *Polydor*, que les dispositions d'un accord conclu par la Communauté (devenue UE) devaient être analysées à la lumière du but, de l'objet et du contexte de l'accord[891]. L'application des méthodes d'interprétation de l'instrument conventionnel qui porte la disposition a conduit la Cour à la conclusion suivante : l'identité des termes entre l'accord et le droit interne n'est pas suffisante pour retenir une interprétation identique à celle retenue en interne[892]. Ainsi si une disposition du droit de l'Union pose la norme *x* et que par le biais d'un traité international, l'Union étend cette norme *x* dans son rapport avec un Etat tiers, il n'est pas possible d'appliquer directement l'interprétation retenue en interne pour la norme *x* ; il faut appliquer les méthodes d'interprétation du traité qui contient la norme ; cette méthode peut conduire à retenir une interprétation différente. La Cour de justice ne part pas de l'identité matérielle des dispositions pour retenir l'identité des interprétations mais opère une distinction préalable selon la source interne ou externe du droit de l'Union[893]. Cette remarque est

---

[891] CJCE, 9 février 1982, *Polydor Limited et RSO Records Inc. c. Harlequin Records Shops Limited et Simons Records Limited*, aff. 270/80, *Rec.* 1982, p.329, pt. 8.

[892] Elle a considéré que « *cette similitude des termes n'est pas une raison suffisante pour transposer au système de l'accord la jurisprudence ci-dessus rappelée qui détermine, dans le cadre de la Communauté, le rapport entre la protection des droits de propriété industrielle et commerciale et les règles relatives à la libre circulation des marchandises* » (CJCE, 9 février 1982, *Polydor Limited et RSO Records Inc. c. Harlequin Records Shops Limited et Simons Records Limited*, aff. 270/80, *Rec.* 1982, p.329, pt. 15). Pour une analyse de cet avis dans le système des relations extérieures de l'Union européenne, on se reportera en particulier aux travaux de Christine KADDOUS, *Le droit des relations extérieures dans la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes*, Bruxelles, Bruylant, 550 p.

[893] En doctrine, voir notamment Christine KADDOUS, *Le droit des relations extérieures dans la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes*, Bruxelles, Bruylant, 550 p.

importante pour comprendre les clauses d'interprétations contenues dans l'accord EEE et dans les deux accords Suisse-UE.

589. En renvoyant l'interprétation des notions de droit de l'Union européenne contenues dans les accords « *à la jurisprudence de la Cour de justice* » rendue avant la date de leur signature, ces clauses d'interprétation renvoient nécessairement à la jurisprudence *Polydor* de la Cour de justice rendue en 1982. C'est pourquoi elles ne suppriment pas la distinction préalable faite entre le droit interne de l'Union européenne et le droit externe. Cependant, la clause spécifique d'interprétation devrait déterminer les conséquences qu'il faut accorder à cette distinction préalable. Au sens de la clause, faut-il maintenir ou au contraire supprimer, lors de l'interprétation de dispositions identiques, la différence entre droit interne et droit externe de l'Union européenne ?

A cet égard deux conceptions sont envisageables, selon que la clause apparaît comme un renvoi direct ou indirect au droit de l'Union européenne ayant servi de base matérielle. Il est d'abord possible de considérer que la clause fait un renvoi direct à la jurisprudence de la Cour de justice rendue nécessairement dans le cadre interne de l'Union européenne, sinon l'existence de cette clause n'aurait aucune justification. La clause jouerait alors comme facteur de blocage des interprétations qui résulteraient d'une application simple de la jurisprudence Polydor, c'est-à-dire des interprétations qui retiennent une conception différente de dispositions matériellement identiques. L'insertion de cette clause spécifique d'interprétation devrait ainsi être lue comme une volonté de supprimer le cloisonnement porté par l'instrument conventionnel qui porte cette norme. A l'inverse, la conception de la clause comme un renvoi indirect, maintient celle-ci dans le cadre du système de l'accord. Selon cette conception, la clause doit être replacée dans le cadre de l'accord, et être lue en combinaison avec d'autres dispositions, le but de l'accord, son objet et son contexte. La clause d'interprétation ne permettrait alors pas de dépasser les conséquences attachées au fait que c'est une source conventionnelle qui porte la norme. Il n'y aurait par conséquent aucune automaticité sur l'interprétation retenue qui, selon le résultat de cette analyse des termes, de l'objet et du but de l'accord, pourrait correspondre ou non à celle retenue en interne. C'est cette seconde conception

qu'a choisi la Cour de justice894, solution qui n'était pas évidente, d'autant que sa conception sur la portée de l'article 6 EEE était pour le moins ambivalente

2) *Réflexions à partir de la conception de l'article 6 EEE*

590. Un raisonnement à partir de l'avis 1/91[895] pourrait être éclairant dans la mesure où les accords Suisse-UE empruntent une partie de leur structure à l'accord EEE (et au projet d'accord) qui se sert du droit de l'Union comme base matérielle et dont l'article 6 impose la prise en compte de la jurisprudence de la CJCE antérieure à la signature de l'accord. L'avis 1/91 rendu par la Cour de justice paraît à première vue ambigu.

591. En effet, il considère que « *l'homogénéité des règles de droit dans 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* »[896]. En outre, le mécanisme d'interprétation prévu à l'article 6 du projet « *ne permet pas d'assurer l'homogénéité juridique recherchée* »[897] parce qu'il s'agit d'un renvoi partiel du point de vue temporel (qui impose seulement la prise en compte de la jurisprudence de la CJCE antérieure à la signature de l'accord) et matériel (le renvoi exclurait certains « éléments essentiels » de la jurisprudence de la Cour relatifs à la primauté et l'effet direct). La Cour de justice semblait donc mettre en avant la distinction entre le droit qui résulterait de l'accord et le droit de l'Union européenne sur lequel l'accord se fonde. Il serait alors tentant de répondre que la clause de prise en compte de la jurisprudence de la CJCE n'impose pas une homogénéité entre les « deux droits » qui présentent des différences essentielles.

592. Pourtant, la suite du raisonnement de la Cour semble conduire à une conclusion opposée. En effet la quatrième partie de l'avis met au contraire l'accent sur le lien entre les deux droits. Considérant que l'accord reprend « *une partie essentielle des règles* » de l'Union

---

894 Pour une analyse des principales jurisprudences liées à l'accord sur la libre circulation des personnes, voir en particulier Christine KADDOUS, « *Stamm et Hauser*, *Grimme*, *Fokus Invest AG*, *Hengartner et Gasser* ou les accords bilatéraux ne créent pas un marché intérieur », *R.S.D.I.E.,* 2010, pp. 129-136. Sur les jurisprudences relatives aux accords Suisse-UE, voir, *infra*.

895 CJCE, 14 décembre 1991, *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 1/91, *Rec.* 1991, p. I-6079. Sur cet avis voir notamment Christine KADDOUS, *Le droit des relations extérieures dans la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes*, Bruxelles, Bruylant, 550 p., spéc. pp. 149-158, et les références citées.

896 CJCE, 14 décembre 1991, avis 1/91, précité, pt 22.

897 *Id.* pt 25.

européenne « *qui constituent, pour la plupart, des dispositions fondamentales de l'ordre juridique communautaire* »[898] la Cour conclut que cet accord « *a ainsi pour effet d'insérer dans l'ordre juridique communautaire un vaste ensemble de règles juridiques qui est juxtaposé à un groupe de règles communautaires dont le libellé est identique* »[899]. Plus qu'une simple juxtaposition, la CJCE a refusé de séparer les deux droits et a conclu que l'accord envisagé portait atteinte aux fondements de la Communauté parce que « *l'objectif de l'accord qui vise à assurer l'homogénéité du droit dans l'ensemble de l'Espace EE commande non seulement l'interprétation des règles propres à cet accord, mais également celle des règles correspondantes du droit communautaire* »[900].

593. Ainsi, à la lecture de l'avis 1/91, le rapport entre d'une part le droit externe matériellement basé sur le droit interne, et d'autre part ce droit interne peut paraître ambivalent puisqu'après les avoir dissociés, la Cour les a « reconnectés » par le biais de l'objectif d'homogénéité. La Cour semble juger que « la projection » du droit interne de l'Union européenne dans les accords que l'Union conclut, par le biais des deux procédés normatifs (base matérielle et clause d'interprétation), n'est pas de nature à garantir une homogénéité du droit. Cependant la recherche de l'objectif d'homogénéité peut conduire le système juridictionnel envisagé à interférer et « conditionner » l'interprétation qui en est donnée dans le cadre interne. Alors que dans le premier temps du raisonnement l'homogénéité ne concernait que le droit applicable au sein de l'EEE, elle devient dans un second temps une homogénéité entre le droit de l'EEE et le droit interne de l'Union européenne (sur la base duquel l'accord EEE se fonde), homogénéité critiquée en raison du sens qui risque de s'établir.

594. Cette apparente ambiguïté des « déconnexions » et « reconnexions » entre le droit interne de l'Union européenne et le droit externe sur lequel il s'établit, pourrait cependant s'expliquer par la comparaison faite par la Cour entre les objectifs et le contexte du projet d'accord EEE d'une part, et de ceux du droit communautaire d'autre part. Alors que l'accord EEE vise uniquement l'application d'un régime de libre-échange et de concurrence, dans la Communauté, ces dispositions, « *loin de représenter une finalité en soi,*

---

898 CJCE, 14 décembre 1991, avis 1/91, précité, pt 41.

899 *Id.* pt 42.

900 *Id.* pt. 45.

ne sont que des moyens pour la réalisation »[901] d'objectifs communautaires d'intégration économique et de construction de l'Union européenne. La Cour met également en relief une différence de contexte entre l'accord EEE, décrit comme un « *traité international qui ne crée, en substance, que des droits et obligations entre les parties contractantes et qui ne prévoit aucun transfert de droits souverains au bénéfice des organes intergouvernementaux qu'il institue* », par opposition au traité CEE (devenu TFUE) qui, « *bien que conclu sous la forme d'un accord international, n'en constitue pas moins la charte constitutionnelle d'une communauté de droit* »[902]. De cette comparaison il ressortirait que l'homogénéité du droit obtenue dans un cadre interne ambitieux ne pourrait être obtenue par simple projection de ce droit dans un accord international aux objectifs limités. La reprise de dispositions identiques à un droit présentant certaines qualités parce qu'il a été élaboré dans un cadre spécifique, ne permet pas à elle seule d'obtenir les mêmes qualités de ce droit, notamment celles relatives à l'homogénéité[903]. Cette différence qualitative expliquerait en retour l'apparente « reconnexion » faite par la Cour lorsqu'elle met en cause le risque d'atteinte à l'autonomie de l'ordre interne que constitue le mécanisme d'interprétation institué dans l'accord. La projection de ce qui n'est pour l'Union européenne qu'un simple moyen de parvenir à un objectif, pourrait en quelque sorte créer une brèche par laquelle s'infiltreraient des interprétations données sur des dispositions substantiellement identiques mais inadéquates pour celles du droit interne qui s'inscrivent dans un objectif d'intégration spécifique[904]. La « reconnexion » du droit externe et du droit interne opérée par la Cour apparaît alors simplement destinée à prévenir tout risque d'atteinte aux interprétations données dans le cadre interne. Peut-être faut-il alors considérer qu'en faisant du risque que l'interprétation du droit externe détermine celle du droit interne, un motif

---

901 CJCE, 10 avril 1991, avis 1/91, précité, pt. 18.

902 CJCE, 10 avril 1991, avis 1/91, précité, respectivement pts. 20 et 21.

903 Jacqueline DUTHEIL DE LA ROCHERE explique ainsi le raisonnement de la Cour : « *Ayant ainsi marqué l'ampleur de la différence entre les deux types d'organisations susceptibles de se développer à partir de traités internationaux, la Cour ne saurait accepter de voir dans l'identité de contenu entre l'accord EEE et les traités communautaires, une garantie de l'homogénéité possible du système* », Jacqueline DUTHEIL DE LA ROCHERE, « L'Espace Economique Européen sous le regard des juges de la Cour de justice des Communautés européennes », *R.M.C.U.E,* 1992, n°360, juillet-août, pp. 603-612, spéc. p.606.

904 Pour Jean BOULOUIS, « *Si la force attractive, que la Communauté doit à sa réussite, explique que les Etats encore membres de l'AELE aient désormais souhaité y être associés* […] *cela ne pouvait se traduire par une revanche du libre-échange, ruinant plus ou moins insidieusement, par le truchement d'un accord d'association, ce qui fait la spécificité de la construction communautaire. La prise de position de la Cour ne se limite donc pas à ce constat d'incompatibilité fondamentale, Elle constitue une sorte d'avertissement à tous ceux qui la méconnaîtraient* […] », Jean BOULOUIS, « Les avis de la Cour de justice des Communautés européennes sur la compatibilité avec le Traité CEE du projet d'accord créant l'Espace économique européen (EEE) », *RTDE*, 1992, n°3, pp.457-463, spéc. p.460.

d'incompatibilité du droit externe envisagé, la Cour ne fait en réalité qu'assoir la distinction entre le droit interne et le droit externe de l'Union européenne.

3) *Réflexions à partir de la comparaison de l'ATA et l'ALCP*

595. Ce n'est pas sur le caractère obligatoire de ces clauses qu'il faudrait en rechercher la portée[905], mais sur le contenu de l'obligation posée. Celle-ci apparaîtrait différente selon qu'il s'agit de l'obligation d'interpréter en « *tenant compte* » (ALCP) et l'obligation d'interpréter « *conformément* » (ATA) à la jurisprudence de la CJUE.

596. Cette approche littérale laisse ainsi apparaître une nuance : la marge de manœuvre des autorités chargées de l'application de l'ALCP qui doivent « simplement » tenir compte de la jurisprudence de la CJUE, apparaît plus grande que dans l'ATA. On peut ainsi supposer que dans le cas de l'ALCP, la jurisprudence de la CJUE s'insèrerait parmi d'autres éléments d'interprétation ; à l'inverse, l'ATA semble imposer une véritable obligation de « direction », celle d'une interprétation dans le sens retenu dans l'ordre juridique de l'Union.

597. Cette hypothèse de gradation du caractère contraignant de la jurisprudence de la CJUE, avec une obligation plus forte dans l'ATA, semble corroborée par une analyse systémique des deux clauses. Dans l'ATA en effet, la clause est insérée dans la première disposition de l'accord, dans le chapitre des objectifs. Une telle gradation serait en outre expliquée au regard du rapport aux références européennes prévu dans l'ATA puisqu'il pose un principe de reprise alors que l'ALCP ne prévoit « que » l'équivalence des législations[906]. Enfin, l'hypothèse d'une clause d'interprétation plus contraignante dans le cadre de l'ATA semble confirmée par les mécanismes d'application prévus par cet accord : le contrôle des dispositions relatives à la concurrence – dispositions largement calquées

---

905 Sur le caractère impératif de la formule "*il sera tenu compte*", contenue dans l'article 16 ALCP, voir les analyses de Véronique BOILLET, *L'interdiction de discrimination en raison de la nationalité au sens de l'accord sur la libre circulation des personnes*, Bâle, Helbing Lichtenhahn, 2010, 373 p., pp. 54-56. L'auteur mène notamment une analyse littérale (y compris en comparant avec la version allemande), téléologique et systémique de la clause, appuyée par le message du Conseil fédéral (Message du Conseil fédéral du 23 juin 1999 relatif à l'approbation des accords sectoriels entre la Suisse et la CE, *FF 1999, vol. 6, n°34, pp. 5440-6398*, spéc. p. 5625). Dans le même sens, voir Olivier MACH, « La place des Accords bilatéraux II dans l'ordre juridique suisse », in C. KADDOUS, M. JAMETTI GREINER (dir.), *Accords bilatéraux II Suisse-UE : et autres accords récents*, Bruxelles, Bruylant, 2006, pp. 169-192, spéc. p.173.

906 Sur la nuance entre ces deux principes voir, *supra*, §2, B), 2.

sur le droit de l'Union – a été confié aux institutions européennes, Commission et Cour de justice[907].

598. Pour autant, hormis ces différences dont il n'est pas certain qu'elles trouvent une concrétisation dans la pratique[908], les deux clauses répondent à une logique commune.

C) Des outils de prolongement du rattachement au droit de l'Union européenne

599. Au terme des points précédents, il apparaît que si l'on peut supposer que les accords Suisse-UE ont été rédigés essentiellement en fonction du droit « interne » de l'Union européenne, les actes qui portent ces normes n'en sont pas moins des traités internationaux conclus avec un Etat tiers.

600. Ces accords portent donc en eux une ambivalence qui n'aura de cesse de poser la question du rapport de concordance entre le droit de base et le droit repris dans l'accord[909]. Les clauses d'interprétation contenues dans l'ALCP et l'ATA viennent s'insérer dans ce débat sans toutefois apporter des indications précises.

601. Il n'apparaît en effet pas certain que ces clauses imposent l'homogénéité comme résultat. Une « conception maximaliste » de la clause invite à retenir une interprétation homogène avec celle retenue dans le cadre de l'Union européenne de référence. Selon une « conception minimaliste », la prise en compte de la jurisprudence de la Cour de justice est simplement une étape du raisonnement interprétatif, qui ne préjuge pas forcément du

---

907 Cette modalité concerne les seules dispositions applicables aux entreprises et non celles relatives aux aides d'Etat. Voir l'article 11 paragraphe 1 ATA, lu en combinaison avec les articles 10 et 11 paragraphe 2.

908 Le juge suisse a posé dans un arrêt de principe les conditions et les limites de la reprise de la jurisprudence de la Cour de justice dans le cadre de l'ALCP (ATF 130 II 113, du 19 décembre 2003. *Office fédéral de l'immigration, de l'intégration et de l'émigration contre X. et Service de la population et des migrants*). Néanmoins le Tribunal semble aller plus loin que la prise en considération lorsqu'il raisonne dans les termes suivants: « *Conformément à la jurisprudence de la Cour de justice,* […] » (voir par exemple ATF 130 II 493, du 2 août 2004, *X. contre Service de la population*, cons. 3.2). Il semble également dépasser la simple prise en considération qu'imposerait formellement l'ALCP lorsqu'il considère que la jurisprudence de la Cour de justice fait partie de l'acquis de l'UE que la Suisse s'est engagée à reprendre, balayant probablement dans le même temps une nuance entre la reprise et l'équivalence : « *Par conséquent, lorsque les principes de l'ALCP en matière de sécurité sociale recouvrent des notions de droit communautaire, avec une même finalité, l'interprétation par la CJCE qui en découle doit, en règle ordinaire, être considérée comme faisant partie de l'acquis communautaire que la Suisse s'est engagée à reprendre, sous réserve que la jurisprudence en cause soit antérieure à la date de la signature de l'accord* » (ATF 133 V 329, du 4 juillet 2007, *C. contre Caisse de compensation des banques suisses*, cons. 8.6.4). Pour des développements relatifs à la jurisprudence du Tribunal fédéral suisse, on se reportera utilement à la chronique annuelle établie par Christine KADDOUS et Christa TOBLER dans la *Revue Suisse de Droit international et européen (RSDIE).*

909 Sur les difficultés rencontrées par les juges voir, *infra*, partie 2, titre 1, chapitre 2, section 2, §2.

résultat de l'interprétation : celui-ci peut correspondre ou non à celui retenu dans le cadre interne de l'Union européenne. Cependant, et même en retenant une conception minimaliste de ces clauses comme moyens d'interprétation, elles contribuent à un rattachement du droit applicable dans la relation Suisse-UE au droit de l'Union européenne. En imposant la prise en compte de la jurisprudence de la Cour de justice, ces clauses visent à limiter (voire empêcher si l'on retient une conception maximaliste) des interprétations éloignées du droit de l'Union européenne ayant servi de référence normative. Ces clauses constituent alors un outil conventionnel permettant de prolonger l'arrimage normatif réalisé par l'établissement du droit de l'Union comme source matérielle des accords Suisse-UE.

602. Ce constat justifie par ailleurs l'étude de ces clauses en les distinguant des références matérielles au droit de l'Union européenne. Celles-ci peuvent également mettre en jeu la jurisprudence de la CJUE puisqu'on a vu que les actes qui régissent la relation Suisse-UE, y compris les actes unilatéraux, font des références au droit jurisprudentiel de l'Union européenne. La loi suisse sur les entraves techniques a par exemple intégré le principe « Cassis de Dijon » dégagé par la Cour de justice. Les références aux solutions de la CJUE constituent donc, comme les deux clauses de renvoi à la jurisprudence de la Cour de justice, des procédés normatifs garants de l'européanité du droit applicable dans la relation Suisse-UE. Mais les deux procédés normatifs se distinguent sur trois points.

603. D'abord, sur le caractère déterminé ou non de la jurisprudence de la Cour de justice dont il sera fait application. L'intégration de solutions jurisprudentielles déterminées, comme le principe « Cassis de Dijon » diffère du renvoi général à la jurisprudence de la Cour de justice opéré par les articles 16 ALCP et 1 ATA[910].

604. Il en découle une seconde différence en termes d'étendue du renvoi à la jurisprudence de la Cour puisque dans le premier cas il semble que c'est le sens de la

---

[910] Il est évident cependant que la Suisse (et évidemment l'Union européenne) connaissaient les solutions jurisprudentielles de la Cour de justice dans les domaines de la libre circulation des personnes et du transport aérien. C'est d'ailleurs cette possibilité d'identification qui a conduit la Suisse a accepter la prise en compte de cette jurisprudence, et à la limiter à celle rendue avant la signature des accords. Christine KADDOUS explique que l'obligation faite à l'article 16 de tenir compte de la jurisprudence de la CJUE rendue avant la signature de l'ALCP « *n'a pas été étendue à la jurisprudence postérieure car elle aurait signifié, pour la Suisse, une soumission à des "juges étrangers*" », Christine KADDOUS, « L'Accord CH–UE sur la libre circulation des personnes et l'ordre juridique suisse », in F. BREUSS, T. COTTIER, P.-C. MÜLLER-GRAFF (dir.), *Die Schweiz im europäischen Integrationsprozess,* Bâle, Helbing Lichtenhahn, 2008, pp. 153–168, spéc. p.162.

solution de la CJUE qui est repris, alors que les deux clauses de l'ATA et l'ALCP sont générales et laissent aux autorités chargées de l'application et de l'interprétation la possibilité de reprendre non seulement une solution rendue par la Cour de justice, mais aussi le raisonnement, les principes d'interprétation adoptés par la Cour[911].

605. Cela met en évidence ce qui constitue probablement la principale différence entre ces deux procédés : ils n'interviennent pas au même niveau. En effet dans le premier cas, la jurisprudence de la Cour de justice est intégrée dans les accords en tant que solution jurisprudentielle déterminée (ex : principe Cassis de Dijon), en tant que contenu d'une disposition matérielle. Elle fait donc partie de l'arrimage normatif, en quelque sorte d'un « arrimage du premier degré ». Or dans le cadre des articles 16 ALCP et 1 ATA, la prise en compte de la jurisprudence de la Cour de justice se situe en aval de ce rattachement au droit de l'Union européenne, qu'il soit écrit ou jurisprudentiel. La prise en compte de la jurisprudence de la Cour de justice est le résultat d'une opération d'interprétation qui nécessite d'abord l'établissement du lien entre la disposition concernée et le droit de l'Union[912] – en d'autres termes l'identification du rattachement au droit de l'Union européenne – et ensuite l'identification de la jurisprudence pertinente de la Cour de justice rendue sur cette disposition du droit de l'Union européenne aux fins de son application pour interpréter l'accord. Dès lors, dans le cadre des articles 16 ALCP et 1 ATA, la prise en compte de la jurisprudence de la CJUE intervient non seulement en aval de l'arrimage, mais celui-ci constitue bien plus la condition d'application de ces deux clauses et leur justification. Leur application doit ainsi conduire à prolonger ou du moins maintenir le rattachement au droit de l'Union européenne et réalise ainsi une sorte d'« arrimage du second degré », ou d'« arrimage renforcé ».

*

* *

---

911 Sur l'interprétation de ces accords en tenant compte de la jurisprudence de la CJUE relative à « l'effet utile » du droit de l'Union européenne, voir par exemple : Stephan BREITENMOSER, « Sectoral agreements between the EC and Switzerland : contents and context », *C.M.L.R.* 2003, vol. 40, n°5, pp.1137-1186, spéc. p. 1152.

912 Il n'y a en effet pas de liste exhaustive des « *notions de droit communautaire* » au sens de l'article 16 paragraphe 2 ALCP ni des « *dispositions identiques en substance* » au droit de l'UE au sens de l'article 1 paragraphe 2 ATA.

Conclusion du chapitre 1.

606. En conclusion, les règles du premier degré applicables dans la relation Suisse-UE se fondent sur le droit de l'Union européenne. Ces règles, qui régissent essentiellement le comportement des personnes relevant de l'ordre juridique suisse et de celui de l'UE, se caractérisent par leur européanité.

607. Trois grands types de procédés assurent cet « arrimage » des règles du premier degré sur les règles correspondantes de l'Union européenne. L'utilisation de ces procédés permet de doser le degré d'européanité des règles du premier degré applicables, d'établir un droit plus ou moins matériellement proche de celui de l'Union européenne. En premier lieu, l'européanité du droit applicable dans la relation Suisse-UE dépend du nombre et surtout de la fidélité au droit de l'UE auxquels les actes (unilatéraux et conventionnels) se réfèrent (implicitement ou explicitement). En second lieu, la portée de l'européanité des règles du premier degré dépend du lien que ces références au droit de l'UE établissent avec le droit applicable. Les accords Suisse-UE ont ainsi posé deux principes complétant la base matérielle européenne : les principes de reprise et d'équivalence. Bien que leurs contours ne soient pas aisément identifiables, ces principes semblent établir une gradation dans le degré de « fidélité » ou du moins de proximité au droit de l'Union européenne. Les références au droit de l'UE peuvent être soit directement reprises, soit simplement considérées comme le référentiel qui détermine l'application d'un droit équivalent. Enfin, l'arrimage sur le droit de l'Union européenne dépend des conditions qui régissent l'interprétation de cette base matérielle européenne. L'application des critères classiques peut conduire à interpréter les accords Suisse-UE et les législations suisses en fonction du droit de l'Union européenne. Une clause spéciale contenue dans deux accords Suisse-UE impose de prendre en compte de la jurisprudence de la Cour de justice antérieure à la signature des accords pour interpréter les dispositions qui trouvent leur origine dans le droit de l'UE. L'arrimage normatif sur le droit de l'Union européenne est ainsi renforcé par cette clause d'interprétation contenue dans deux accords Suisse-UE.

608. Cette « possibilité de dosage » de l'européanité des règles primaires peut encore être se prolonge également du point de vue des règles du second degré. Ces dernières accordent en effet un marge de manœuvre importante à la Suisse et à l'Union européenne

dans l'application et la modification du droit, même si là encore, l'on peut voir une gradation dans les limites qu'apportent les règles secondaires.

609. Ainsi, et alors que les règles du premier degré étaient fortement marquées par l'européanité, premier axe de synthèse de l'objectivisme et du subjectivisme, cette européanité n'est que ponctuelle dans les règles du second degré, qui se caractérisent essentiellement par la place qu'elles accordent à l'autonomie de la Suisse et celle de l'Union européenne.

*

* *

Chapitre 2 – L'autonomie caractéristique des règles du second degré

610. Les règles du second degré sont celles qui ont pour objet les règles du premier degré, et pour fonction notamment de régir leur interprétation ou leur modification[913]. Parmi les règles du second degré, une attention particulière doit être accordée à celles prévues dans les accords Suisse-UE parce qu'elles ont des conséquences sur l'européanité des règles du premier degré posées par ces accords, sur l'européanité des législations suisses en premier lieu celles d'exécution des accords Suisse-UE, et enfin indirectement sur certaines législations adaptées au droit de l'UE[914].

611. Ces règles secondaires ont une influence décisive sur l'européanité des règles du premier degré : selon les modalités d'application ou de modification des règles du premier, le rattachement au droit de l'UE sera plus ou moins assuré dans le temps. Puisque les règles primaires sont caractérisées par leur rattachement au droit de l'UE[915], la latitude accordée par les règles secondaires à la Suisse et l'Union européenne pour interpréter, mettre en œuvre et modifier les règles primaires définira le risque de détachement par rapport au droit de l'UE ayant servi de base aux règles primaires.

612. Pour autant, les règles du second degré n'ont pas forcément été conçues en tenant compte de l'européanité des règles du premier degré. En effet, il semble qu'une partie – restreinte – des règles du second degré n'apparaît pas réellement structurée en fonction de l'européanité des règles du premier degré. Cela semble être le cas des principes régissant le règlement des différends dans les accords de 1978 sur la coopération dans le domaine de la fusion thermonucléaire contrôlée et de 1989 concernant l'assurance directe autre que l'assurance sur la vie[916].

613. Le plus souvent cependant, les règles du second degré tiennent compte de l'européanité des règles du premier degré, mais cette dernière joue un rôle ambivalent.

---

913 Sur l'étude de ces règles au sens des théories de HART et BOBBIO, voir, *infra*, partie 2, titre 2, chapitre 2.

914 Sur le lien entre ces législations adaptées au droit de l'UE et les accords basés sur le droit de l'UE, voir, *supra*, titre 1, chapitre 2, section 2, n°379 et s.

915 Voir, *supra*, chapitre 1.

916 Voir, *infra*, section 1, §2, n°730 et s.

614. D'un côté, l'européanité des règles du premier degré semblent avoir incité la Suisse et l'Union européenne à prévoir des règles du second degré souples, qui imposent peu d'obligations. Ces règles régissant l'interprétation des règles primaires basées sur le droit de l'UE, et de celles ayant trait aux règlements des différends relatifs à l'interprétation de règles basées sur le droit de l'UE se retrouvent dans la plupart des accords[917]. Elles permettent une appréciation casuistique de l'interprétation ou de la modification à retenir en particulier sur la question du prolongement ou non du rattachement en droit de l'Union européenne. Dans ces accords, les règles secondaires garantissent à la fois l'autonomie de l'ordre juridique de l'Union européenne, et l'autonomie de la Suisse qui n'est pas membre de l'Union européenne en *permettant un détachement* par rapport au droit de l'UE ayant servi de base. Ces règles du second degré se caractérisent ainsi par l'autonomie qu'elles accordent (ou laissent) à la Suisse et l'Union européenne, l'autonomie étant ici conçue comme une marge de manœuvre résultant de l'application de règles secondaires souples. On retrouve ainsi l'influence des éléments objectifs et subjectifs, notamment la volonté de pragmatisme identifiée, et l'influence importante sur la volonté, des exigences objectives d'autonomie de la Suisse et de l'Union européenne[918].

615. A l'inverse, l'européanité des règles du premier degré semble avoir conduit à la mise en place de règles du second degré plus contraignantes, plus limitatives de la marge de manœuvre de la Suisse et de l'UE. Il faut à cet égard rappeler l'influence des éléments subjectifs et objectifs. D'un côté, leur combinaison pousse au rapprochement sur le droit de l'Union; de l'autre côté, il s'agit pour la Suisse et l'Union européenne de préserver leur autonomie et notamment pour l'Union européenne l'autonomie de son ordre juridique[919]. Cela implique notamment pour l'Union européenne de préserver les conditions de l'interprétation du droit de l'UE sur lequel se basent les accords Suisse-UE et de préserver l'unité d'application de ce droit. On comprend ainsi que les règles secondaires plus strictes encadrent dans deux sens l'européanité des règles primaires. D'un côté, ces règles secondaires vont garantir que la mise en œuvre et le développement des règles primaires basées sur le droit de l'UE, *correspondent* à la mise en œuvre et au développement de ce

---

917 Voir, *infra*, section 1, §1 et section 2, §1.

918 Voir, *supra*, titre 1.

919 Voir, *supra*, titre 1.

droit de base[920]. C'est ce type de règles que l'on retrouve dans l'accord sur le transport aérien et les accords d'association à Schengen et Dublin dont on avait évoqué lors de l'étude des règles primaires le fort rattachement au droit de l'UE[921]. Ces règles du second degré viennent ainsi « renforcer » le rattachement au droit de l'Union européenne. D'un autre côté, ces règles secondaires vont garantir que l'interprétation des règles primaires des accords Suisse-UE (règles largement basées sur celles de l'UE) *ne commandera pas* l'interprétation des règles de base de l'Union européenne. C'est le cas des règles relatives au règlement arbitral dans l'accord de 2009 sur la facilitation des contrôles et des formalités lors du transport des marchandises ainsi qu'aux mesures douanières[922]. La précision apportée par les règles du second degré est ici destinée à limiter l'arrimage sur le droit de l'UE.

616. L'étude de ces règles du second degré est ainsi difficile à systématiser. Elles s'inscrivent de manière générale dans une logique d'autonomie. Mais les règles secondaires sont différentes selon les accords[923]. En outre, la préservation de l'autonomie de la Suisse ne coïncide pas forcément avec celle de l'Union européenne. Et si des règles strictes peuvent limiter l'autonomie de l'Union européenne quant à sa latitude de choix ultérieur, elles peuvent aussi dans le même temps préserver l'autonomie de son ordre juridique. Enfin, on peut difficilement considérer que l'autonomie est maintenue ou au contraire absente. Même si pour l'Union européenne on dispose de critères résultant notamment des avis rendus par la Cour de justice, il est difficile de considérer que l'autonomie est totalement préservée ou atteinte dans des proportions excessives. Souvent on se bornera à considérer que telle ou telle règle du second degré affecte plus ou moins fortement l'autonomie de la Suisse et celles de l'Union européenne.

617. L'autonomie étant ainsi le « fil conducteur » des règles du second degré, mais visée différemment, on opèrera une distinction simple entre deux types de règles du second

---

920 Voir, *infra*, section 1, §2, n°704 et s. et section 2, §2, n°778 et s.

921 Voir notamment, *supra*, chapitre 1, section 2, n°472, sur le principe de reprise.

922 Voir, *infra*, section 1, §2, n°736 et s.

923 Daniel FELDER souligne que lors des négociations des accords bilatéraux I, ces règles ont été discutées par un groupe d'expert qui a « *tenté d'harmoniser, dans la mesure du nécessaire et du possible, les clauses institutionnelles, horizontales, générales et finales des sept accords* ». Toutefois cette tâche a été entravée notamment par le manque de disponibilité des experts de l'Union européenne pour qui « *ce travail d'harmonisation n'était pas une priorité* » : Daniel FELDER, « Appréciation juridique et politique du cadre institutionnel et des dispositions générales des accords sectoriels », in D. FELDER, C. KADDOUS, (dir.), *Accords bilatéraux Suisse-UE (Commentaires),* Bruxelles, Bruylant, 2001, pp. 117-148.

degré, et au sein de celles-ci entre celles qui sont souples et celles qui imposent des obligations plus strictes. Afin d'analyser ces différences, les règles relatives à la mise en œuvre, au régime d'interprétation, aux règlements des différends seront considérées en ce qu'elles portent sur la substance des règles du premier degré ; les règles relatives au développement des accords seront appréhendées en ce qu'elles régissent la contingence des règles du premier degré[924]. L'autonomie de la Suisse et celle de l'Union européenne est garantie selon des modalités différentes et dans des proportions différentes selon qu'il s'agit des règles relatives à la substance (section 1) ou à la contingence (section 2) des règles primaires.

*

* *

Section 1 – Les règles relatives à la substance des règles du premier degré

Section 2 – Les règles relatives à la contingence des règles du premier degré

*

* *

[924] La distinction se rapproche de celle qui recoupe les règles secondaires relatives au traité en tant que produit d'une part, et mode de production du droit d'autre part (Florence POIRAT, *Le traité, acte juridique international, – Recherches sur le traité international comme mode de production et comme produit*, Leiden, M. Nijhoff Publishers, 2004, 506 p., spéc. p. 391). Elle s'inspire également des règles d'adjudication du pouvoir de déterminer si une règle primaire a été transgressée d'une part, et des règles de changement des règles primaires d'autre part : sur HART, voir, *infra*, partie 2, titre 2, chapitre 2, section 1.

Section 1. Les règles relatives à la substance des règles du premier degré

618. Les règles secondaires relatives à la substance des règles primaires portent sur leur mise en œuvre au sens large, incluant leur interprétation et le règlement des différends nés de l'interprétation et de l'application des accords Suisse-UE. Elles se caractérisent par la place importante qu'elles accordent à l'autonomie des autorités administratives, juridictionnelles et politiques de la Suisse et de l'Union européenne. Le rapport entre l'européanité et l'autonomie dans ces règles du second degré met ainsi en évidence une nette prépondérance de cette seconde qualité. Cela ne signifie pas que l'étude de l'autonomie des règles secondaires soit exempte de toute considération de l'européanité des règles primaires : celle-ci peut par exemple intervenir pour qualifier et mesurer la préservation de l'autonomie de l'ordre juridique de l'Union. Quoiqu'il en soit dans ces accords, l'encadrement limité de la mise en œuvre des accords préserve l'autonomie de la Suisse et de l'Union européenne sans prolonger le rattachement au droit de l'UE (§1). Tout en s'inscrivant globalement dans cette logique, certains accords apportent des limitations supplémentaires de l'autonomie des parties. Cet encadrement renforcé de la mise en œuvre entretient un lien équivoque avec l'européanité des règles matérielles (§2).

§1 – L'encadrement restreint de la mise en œuvre des accords, garantie de l'autonomie limitant l'arrimage sur le droit de l'UE

619. Les règles régissant la mise en œuvre des accords Suisse-UE reprennent les principes classiques du droit international qui garantissent à chaque partie une autonomie dans l'exécution des conventions (A). Celle-ci se manifeste en particulier dans le mécanisme d'interprétation judiciaire prévu : le système d'interprétation judiciaire à double piliers garantit en effet une large autonomie à chacune des parties dans l'interprétation et l'application des accords Suisse-UE (B). Cependant, ce régime d'interprétation judiciaire à double piliers est de nature à créer des divergences de vues entre la Suisse et l'Union européenne. Si les accords tentent de désamorcer les situations

conflictuelles notamment par le biais d'informations et consultations au sein de chaque comité mixte, la plupart envisage cependant la situation dans laquelle se cristalliserait le contentieux. De nouveau, les règles du second degré relatives au règlement des différends nés de l'interprétation et de l'application des accords respectent largement l'autonomie des parties. Les accords soumettent ces contentieux à un cadre de règlement politique, qui ne garantit pas le règlement effectif du différend, mais assure en contrepartie le respect de l'autonomie de la Suisse et de l'Union européenne (C).

A) La signification générale de l'autonomie de mise en œuvre des accords

620. La Suisse et l'Union européenne dispose d'une autonomie pour mettre en œuvre les accords Suisse-UE. Cela ne signifie pas qu'elles ont le choix de les mettre en œuvre ou non, ni même que la manière dont elles mettront en œuvre les accords n'est pas encadrée. Elles sont autonomes dans la mesure où il leur appartient de les mettre en œuvre, comme corollaire de leur engagement librement contracté. L'obligation de mise en œuvre peut encore être précisée dans son champ d'application (1) et sa signification possible (2).

1) Le champ d'application de l'obligation conventionnelle

621. En vertu des accords Suisse-UE, chaque partie contractante « s'engage à prendre toutes les mesures nécessaires pour assurer l'exécution des obligations des accords qui la lient » et « est responsable de la bonne exécution des accords sur son propre territoire »[925]. Quelques précisions seront apportées sur le champ d'application personnel (a) et territorial (b) de cette obligation.

---

925 Message du Conseil fédéral du 23 juin 1999 relatif à l'approbation des accords sectoriels entre la Suisse et la CE, *FF 1999, vol. VI, n°34, pp.5440-6398*, spéc. p. 5469. Voir Christine KADDOUS, « Les accords sectoriels dans le système des relations extérieures de l'Union européenne », in D. FELDER, C. KADDOUS, *Accords bilatéraux Suisse-UE (Commentaires)*, Bruxelles, Bruylant, 2001, pp.77-115, spéc.p.95 ; Christine KADDOUS, « La place des Accords bilatéraux II dans l'ordre juridique de l'Union européenne », in C. KADDOUS, M. JAMETTI GREINER (dir.), Accords *bilatéraux II Suisse-UE : et autres accords récents*, Bruxelles, Bruylant, 2006, pp.63-92, spéc. p.78 ; Daniel FELDER, « Appréciation juridique et politique du cadre institutionnel et des dispositions générales des accords sectoriels », in D. FELDER, C. KADDOUS (dir.), *Accords bilatéraux Suisse-UE*, *op.cit.*, pp.117-148, spéc. p.131 ; Daniel FELDER, Cadre institutionnel et dispositions générales des Accords bilatéraux II (sauf Schengen/Dublin) », in C. KADDOUS, M. JAMETTI GREINER (dir.), *Accords bilatéraux II Suisse-UE : et autres accords récents*, *op.cit.*, pp.93-117, spéc. pp.105-106 ; Stephan BREITENMOSER, « Sectoral agreements between the EC and Switzerland : contents and context », *C.M.L.R.* 2003, vol. 40, n°5, pp.1137-1186, spéc. p.1153 ; Fabrice FILLIEZ, Hanspeter MOCK, « La Suisse et l'Union européenne : état des lieux d'une relation sui generis », *J dT. Droit européen* n°130, 2006, pp.161-168, spéc. p. 163.

a) Le champ d'application personnel de l'obligation

622. Cette obligation, que l'on retrouve dans la plupart des accords Suisse-UE[926], s'applique aux parties contractantes aux accords. On verra qu'elle recouvre largement une obligation du droit international général, mais si l'on s'en tient pour l'instant à la disposition conventionnelle, l'obligation vise la Suisse et l'Union européenne et lorsqu'ils sont cosignataires, les Etats membres de l'Union européenne. Lorsqu'ils ne sont pas parties contractantes, les Etats de l'UE ne sont *a priori* pas « directement » liés par cette disposition conventionnelle.

623. On soulignera cependant la position prudente du Tribunal de l'Union européenne à cet égard. Le Tribunal n'a en effet pas complètement exclu l'opposabilité à l'Allemagne, en vertu d'un accord Suisse-UE, de l'obligation d'exécuter l'accord de bonne foi. Etait en cause l'accord Suisse-UE (plus exactement Suisse-CE) sur le transport aérien[927]. On reviendra sur cette affaire importante aussi appelée « affaire de l'aéroport de Zurich », dans laquelle l'Etat tiers qu'est la Suisse a introduit un recours en annulation devant les juridictions de l'UE, soulevant ainsi d'importantes interrogations quant à la recevabilité de cette requête[928]. Pour s'en tenir aux aspects qui concernent le champ d'application personnel de l'obligation d'exécution posée par les accords Suisse-UE, on soulignera que la Suisse invoquait une violation par l'Allemagne, de l'article 17 de l'accord sur le transport aérien. Le Tribunal a considéré que « *quand bien même l'accord impliquerait pour la République fédérale d'Allemagne, laquelle n'est pas l'une des parties contractantes de l'accord, une obligation de coopération loyale* »[929], c'est à juste titre que la décision de la Commission qui

---

926 A titre d'exemples : article 13 de sur l'accord de 1999 sur certains aspects relatifs aux marchés publics (*RO 2002 1951 / JO L 114 du 30.4.2002, p. 430-467*) ; article 14 de l'accord de 1999 relatif aux échanges de produits agricoles (*RO 2002 2147 / JO L 114 du 30.4.2002, p. 132-349*) ; article 49 de l'accord de 1999 sur le transport de marchandises et de voyageurs par rail et par route (*RO 2002 1649 / JO L 114 du 30.4.2002, p.91-131*) ; articles 17 et 18 de l'accord de 1999 sur le transport aérien (*RO 2002 1705 / JO L 114 du 30.4.2002, p.73-90*) ; article 10 de l'accord de 2004 sur la coopération dans le domaine statistique (*RO 2006 5933 / JO L 90 du 28.3.2006, p. 2-20*) ; article 15 de l'accord de 2004 sur la participation de la Suisse à l'Agence européenne pour l'environnement (*RO 2006 1111 | JO L 90 du 28.3.2006, p.37-47*). L'accord sur la libre circulation ne contient cependant pas une telle disposition. L'accord relatif à la reconnaissance mutuelle en matière d'évaluation de la conformité ne contient pas non plus une telle clause, bien que l'article 9 relatif à la mise en œuvre de l'accord prévoit en son paragraphe 1 que les Parties « *collaborent entre elles de manière à assurer l'application satisfaisante des dispositions* […] *figurant à l'annexe 1* ».

927 Accord du 21 juin 1999 entre la Confédération suisse et la Communauté européenne sur le transport aérien, *RO 2002 1705 / JO L 114 du 30.4.2002, p.73-90*.

928 Voir, *infra*, partie 2.

929 Trib. UE, 9 septembre 2010, *Confédération suisse c. Commission européenne*, aff. T-319/05, *Rec*. 2010, p. II-04265, pt 203.

faisait l'objet du recours en annulation n'a constaté aucune violation « *de cette obligation hypothétique* »[930].

624. Si les Etats de l'Union européenne lorsqu'ils ne sont pas parties contractantes ne sont pas formellement destinataires de l'obligation de mise en œuvre des accords Suisse-UE, du moins au sens des accords Suisse-UE, en revanche, une obligation leur incombe en vertu des traités sur l'UE et sur le fonctionnement de l'UE. En effet, les accords Suisse-UE sont appliqués par les Etats membres en tant que droit conventionnel de l'Union européenne[931]. Intégrés à l'ordre juridique de l'Union européenne[932], les accords conclus par celle-ci doivent être appliqués par les Etats membres.

b) Le champ d'application territorial de l'obligation

625. Le champ d'application territorial des accords Suisse-UE couvre en principe le territoire de la Suisse et celui de l'Union européenne, tel que défini par les traités de l'Union et dans les conditions qu'ils définissent[933]. L'exécution des accords revient ainsi à chaque partie, qui en est responsable sur son propre territoire. Ainsi les accords Suisse-UE seront exécutés par la Suisse sur son territoire.

626. Du côté de l'Union européenne deux cas de figure se présentent. L'exécution incombe à l'Union européenne et ses Etats membres lorsqu'ils sont des parties contractantes, comme dans l'accord sur la libre circulation des personnes. Si l'Union européenne est seule partie contractante, elle assume à l'égard de la Suisse, la responsabilité de l'exécution des accords sur son territoire. Dans l'affaire de « l'aéroport de Zurich » précitée, le Tribunal a ainsi considéré qu'en vertu de l'article 18, paragraphe 1, de

---

930 *Ibid.* On soulignera également, même si ce point n'est pas évoqué, que la question se posait d'autant plus que l'Allemagne aurait vraisemblablement dû ou pu être, au vu des compétences de l'Union européenne dans ce domaine, une partie contractante à l'accord. Sur ce point, voir, *infra*, partie 2, titre 1, chapitre 1.

931 Christine KADDOUS, « La place des Accords bilatéraux II dans l'ordre juridique de l'Union européenne », *op.cit.*, spéc. p. 81. Voir, *infra*, partie 2, titre 1, chapitre 1, l'approche de la relation Suisse-UE comme étant aussi une relation Suisse-Etats membres de l'UE.

932 CJCE, 30 avril 1974, *Haegeman,* aff. 181/73, *Rec.* 1974, p. 449.

933 Voir Daniel FELDER, « Appréciation juridique et politique du cadre institutionnel et des dispositions générales des accords sectoriels », *op.cit.*, spéc. p.141 et Daniel FELDER, « Cadre institutionnel et dispositions générales des Accords bilatéraux II (sauf Schengen/Dublin) », *op.cit.*, spéc. pp.114-115.

Quelques particularités existent cependant : l'accord sur les produits agricoles transformés « *s'applique aussi au territoire de la Principauté de Liechtenstein tant que l'union douanière avec la Suisse est maintenue* » (article 4, paragraphe 2, de l'accord du 26 octobre 2004 modifiant l'accord du 22 juillet 1972 pour ce qui concerne les dispositions applicables aux produits agricoles transformés, *RO 2005 1533 /JO L 23 du 26.1.2005, p. 19–48*). Sur l'incidence des liens étroits entre la Suisse et le Liechtenstein dans la relation Suisse-UE, voir *supra*, titre 1, chapitre 2.

de l'accord entre la Communauté européenne et la Confédération suisse relatif au transport aérien du 21 juin 1999, « *la Communauté, en tant que partie contractante à l'accord, est responsable de l'application correcte de l'accord sur son propre territoire, lequel inclut le territoire allemand* »[934]. Mais on peut souligner qu'au sein de l'ordre juridique de l'Union européenne, cette obligation peut ensuite être assurée par les Etats membres sur leur territoire[935].

627. Assurée de manière autonome par la Suisse et par l'Union européenne, la mise en œuvre n'est cependant pas libre : les parties doivent prendre les « *mesures nécessaires* », elles sont responsables de la « *bonne exécution* » des accords.

2) *Le contenu de l'obligation de mise en œuvre*

628. L'autonomie de mise en œuvre des accords Suisse-UE est limitée par des dispositions du droit international général qui s'appliquent aux traités internationaux (a). Mais le libellé des règles du second degré contenues dans les accords Suisse-UE ouvre la voie à une interprétation plus exigeante (b). Enfin, on soulignera que le contrôle de cette obligation est assez souple, car principalement exercé par les comités mixtes Suisse-UE institués par les accords Suisse-UE, composés des représentants des parties contractantes, qui se prononcent en général à l'unanimité (c).

a) Le contenu résultant des principes du droit international général

629. Cette obligation posée par les accords Suisse-UE reprend le principe fondamental du droit international, en vertu duquel « *tout traité en vigueur lie les parties et doit être exécuté par elles de bonne foi* »[936]. Il n'y a pas de distinction à établir selon que la partie est un Etat ou une organisation internationale : ces sujets doivent exécuter de bonne foi les traités qu'ils

---

934 Trib. UE, 9 septembre 2010, *Confédération suisse c. Commission européenne*, aff. T-319/05, *Rec.* 2010, p. II-04265, pt 131.

935 Voir sur les principes applicables en matière d'exécution du droit de l'Union, parmi de nombreuses références : Jacques ZILLER « Exécution centralisée et exécution partagée : le fédéralisme d'exécution en droit de l'Union européenne », in J. DUTHEIL DE LA ROCHERE (dir.), *L'exécution du droit de l'Union, entre mécanismes communautaires et droits nationaux*, Bruxelles, Bruylant, 2009, pp. 111-138.

936 Le principe est codifié à l'article 26 de la Convention de Vienne de 1969 sur le droit des traités. Pour une synthèse des règles régissant l'application des traités, voir Patrick DAILLIER, Mathias FORTEAU, Alain PELLET, *Droit international public*, 8ème éd., Paris, L.G.D.J., 2009, 1709 p., spéc. pp. 237-319.

ont conclus[937]. Le principe de bonne foi[938] signifie que les parties doivent « *s'abstenir de tout acte visant à réduire à néant l'objet et le but du traité* »[939]. L'article 10 de l'accord relatif à la coopération entre la Suisse et l'Union européenne dans le domaine statistique, intitulé « Respect des obligations » prévoit ainsi : « *Les Parties contractantes* […] *s'abstiennent de prendre toute mesure susceptible de compromettre la réalisation des objectifs de celui-ci* »[940]. Les accords Suisse-UE, qui sont des traités internationaux, reprennent donc le principe d'exécution de bonne foi, principe à la fois classique et essentiel du droit des traités.

630. En ce sens on relèvera que, dans un recours en annulation contre la décision de l'Union européenne de signer les accords bilatéraux I, le Tribunal de Première instance de l'Union européenne a eu l'occasion de souligner que : « *dès lors que la Confédération suisse a signé et ratifié l'accord, elle s'est engagée, conformément au droit international, à en assurer la pleine exécution, dans le cadre de laquelle elle ne dispose pas d'un pouvoir discrétionnaire* »[941]. Toutefois, le juge a rejeté l'argument des requérants selon lequel la Suisse n'aurait pas eu d'autre choix que d'accepter les dispositions litigieuses de l'accord sous peine de voir échouer la conclusion des sept accords sectoriels, car la restriction de l'autonomie de la Suisse résultant des accords Suisse-UE constitue une « *obligation* [qui] *procède, en amont, de l'expression par la Confédération suisse d'un choix souverain dans la conduite des négociations ayant abouti à la conclusion de l'accord et, plus loin, de ses relations extérieures* »[942].

---

937 Voir en ce sens l'article 26 de la Convention de Vienne de 1986 sur le droit des traités entre Etats et organisations internationales ou entre organisations internationales. Cette obligation s'applique ainsi à l'Union européenne, en tant que sujet de droit international. A propos de la Communauté européenne, Jacques BOURGEOIS rappelait que « *la Communauté est comme tout autre sujet de droit international tenue d'exécuter de bonne foi ses engagements internationaux* » : Jacques BOURGEOIS, « Les relations extérieures de la Communauté Européenne et la règle de droit : quelques réflexions », in *Du droit international au droit de l'intégration, Liber Amicorum Pierre PESCATORE*, Baden Baden, Nomos, 1987, pp.59-78, spéc. p.66.

938 Voir notamment Elisabeth ZOLLER, *La bonne foi en droit international public*, Paris, Pedone 1977, 395 p. Sur le lien entre ce principe et l'une des règles relatives à la contingence qui sera étudiée *infra*, section 2, voir Mathias Charles KRAFFT, « La réserve du développement du droit communautaire vue de Berne », in O. JACOT-GUILLARMOD (dir.), *L'avenir du libre-échange en Europe : vers un Espace économique européen ?*, Zürich, Schulthess, 1990, pp. 253-267, spéc. pp. 257-259.

939 Article 18 de la Convention de Vienne de 1969 sur le droit des traités. Pour des exemples concrets relatifs à l'exécution de bonne foi, voir Patrick DAILLIER, Mathias FORTEAU, Alain PELLET, *Droit international public*, *op.cit.*, spéc. p.239.

940 Article 14 de l'accord de 1999 relatif aux échanges de produits agricoles, précité ; voir également l'accord de 2004 relatif à la coopération dans le domaine statistique, précité. Les accords antérieurs aux accords bilatéraux I et II contiennent une disposition similaire, comme l'article 36 de l'accord du 10 octobre 1989 concernant l'assurance directe autre que l'assurance sur la vie, *RO 1992 1894 / JO L 205 du 27.7.1991, p. 2-47*.

941 TPI Ord., 3 juillet 2007, *Commune de Champagne et a. c. Conseil de l'Union européenne et Commission des Communautés européennes*, aff. T-212/02, *Rec. 2007*, p. II-02017, pt 208.

942 *Ibid.*

631. L'autonomie de mise en œuvre résultant des accords Suisse-UE est ainsi encadrée par les dispositions du droit international général. Elle implique que la Suisse et l'Union européenne mettent en œuvre ces accords et s'abstiennent de porter atteinte aux objectifs qu'ils ont fixés. La formulation positive retenue dans les accords pourrait être porteuse d'obligations spécifiques allant au-delà de la simple exécution de bonne foi.

b) Une exigence potentiellement plus stricte

632. Les accords Suisse-UE obligent les parties à prendre « *toutes* » les mesures, « *générales ou particulières* », propres à assurer les obligations résultant de ces accords. Comme le relève Christine KADDOUS[943], certains accords précisent même celles des dispositions nécessaires, comme l'accord sur la fiscalité de l'épargne qui prévoit expressément que la Suisse « *prend les mesures nécessaires afin de s'assurer de l'exécution des tâches requises pour la mise en œuvre du présent Accord par les agents payeurs établis sur son territoire et prévoit en particulier des dispositions relatives aux procédures et aux sanctions* »[944]. Les parties ne doivent ainsi pas se contenter de ne pas porter atteinte à l'objet des accords Suisse-UE, elles doivent en outre adopter toutes les mesures nécessaires. Il va de soi que cette obligation fait l'objet d'une appréciation des mesures que l'exécution des accords suscite. Toutefois, elle traduit une différence d'approche par rapport à la « simple » obligation d'exécution de bonne foi.

633. Suivant cette logique, il apparaît important de souligner que la formulation des obligations de mise en œuvre contenues dans les accords Suisse-UE est assez proche d'une obligation imposée aux Etats membres de l'Union européenne en vertu du traité sur le fonctionnement de l'UE. En vertu de l'article 4, paragraphe 3, alinéas 2 et 3, du TFUE : « *Les États membres prennent toute mesure générale ou particulière propre à assurer l'exécution des obligations découlant des traités ou résultant des actes des institutions de l'Union. Les États membres facilitent l'accomplissement par l'Union de sa mission et s'abstiennent de toute mesure*

---

943 Christine KADDOUS, « La place des Accords bilatéraux II dans l'ordre juridique de l'Union européenne », *op. cit.*, spéc. p.78.

944 Article 1, paragraphe 5, de l'accord du 26 octobre 2004 prévoyant des mesures équivalentes à celles prévues dans la directive 2003/48/CE du Conseil en matière de fiscalité des revenus de l'épargne sous forme de paiements d'intérêts, *RO 2005 2571 / JO L 385 du 29.12.2004, p.30-42*.

susceptible de mettre en péril la réalisation des objectifs de l'Union »[945]. Par comparaison, un accord Suisse-UE prévoit : « *Les Parties contractantes prennent toutes les mesures, générales ou particulières, propres à assurer l'exécution des obligations résultant du présent Accord et s'abstiennent de prendre toute mesure susceptible de compromettre la réalisation des objectifs de celui-ci* »[946].

634. Or au sein de l'Union européenne, alors que l'ex-article 5 du traité CEE paraissait rappeler l'obligation classique d'exécuter les obligations conventionnelles, la Cour de justice a considéré qu'elle impliquait des obligations spécifiques de coopération loyale[947]. Or le Professeur Jean-Claude GAUTRON souligne que ce principe de coopération loyale, « *vecteur d'un pouvoir judiciaire européen, est introuvable en droit international et combien plus structurant que le principe de la bonne foi dans l'exécution par les Etats de leurs obligations internationales* »[948]. Il ne s'agit pas ici d'affirmer que la parenté des libellés suffit pour que l'obligation contenue dans les accords Suisse-UE soit interprétée comme celle qui s'applique aux Etats en tant que membres de l'Union européenne[949], et l'on peut déjà souligner que les accords Suisse-UE ne prévoient pas de règles qui mettent en place des mécanismes juridictionnels qui assurent les conditions de l'autonomie de validité de ce droit, ni les conditions d'une homogénéité comparable à celle poursuivie au sein de l'Union européenne. Une transposition même partielle de l'interprétation donnée à la

---

945 Le Traité de Lisbonne a abrogé l'article 10 TCE (ex-art.5 TCEE), remplacé en substance à l'article 4, paragraphe 3, alinéas 2 et 3. L'alinéa 1 prévoit : « *En vertu du principe de coopération loyale, l'Union et les États membres se respectent et s'assistent mutuellement dans l'accomplissement des missions découlant des traités* ».

946 Article 10 de l'accord du 26 octobre 2004 relatif à la coopération dans le domaine statistique, précité. Voir également l'article 36, paragraphe 2, de l'accord de 1989 concernant l'assurance directe autre que l'assurance sur la vie, précité.

947 Voir Marc BLANQUET, *L'article 5 du Traité CEE. Recherches sur les obligations de fidélité des Etats membres à la Communauté,* Paris, L.G.D.J., 1994, 502 p. ; Vlad CONSTANTINESCO, « L'article 5 de Traité CEE, De la bonne foi à la loyauté communautaire », in *Du droit international au droit de l'intégration, Liber amicorum Pierre PESCATORE,* Baden-Baden, Nomos, 1987, pp.97-114 ; Koen LENAERTS, « Le devoir de loyauté communautaire », in *La loyauté. Mélanges offerts à E. CEREXHE,* Bruxelles, De Boeck & Larcier, 1997, pp. 229-247 ; John TEMPLE LANG, « Community constitutionnal law : Article 5 of EEC Treaty », *C.M.L.R.* 1990, pp. 645-681 ; Claire-Françoise DURAND, « Le principe de coopération loyale entre les Etats membres et les institutions », Commentaire des articles 5 et 6 TCEE, *Commentaire Mégret,* vol.1, 1992, 2ème éd., 508 p., pp. 25-43, spéc. p. 27.

948 Jean-Claude GAUTRON, « Remarques sur quelques limites de l'autonomie du droit de l'Union européenne », in *L'identité du droit de l'Union européenne. Mélanges en l'honneur du Professeur Claude BLUMANN*, à paraître.

949 Pour une étude de l'Etat membre, voir notamment la contribution de Muriel LE BARBIER-LE BRIS, « Les principes d'autonomie institutionnelle et procédurale et de coopération loyale. Les Etats membres de l'Union européenne, des Etats pas comme les autres », in *Le droit de l'Union européenne en principes. Liber Amicorum en l'honneur de Jean RAUX*, Rennes, Editions Apogée, 2006, pp. 419-457.

Pour une réflexion de cette disposition des accords Suisse-UE par comparaison avec l'article 3 de l'accord EEE dont le libellé est également similaire à l'article 4, paragraphe 3, TUE, voir : Eleftheria NEFRAMI, « L'accord sur l'Espace économique européen, porteur d'un statut propre d'Etat tiers », in I. BOSSE-PLATIERE, C. RAPOPORT (dir.), *L'État tiers en droit de l'Union européenne,* actes du colloque de Rennes des 21 et 22 juin 2012, Bruxelles, Bruylant, 2014, pp. 299-322, spéc. pp.303 et s.

disposition communautaire suppose une comparaison approfondie de la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne et une comparaison poussée du cadre juridique mis en place par les traités de l'Union européenne d'une part, et les accords Suisse-UE d'autre part. Cependant l'analogie du libellé de l'obligation de mise en œuvre contenue dans certains accords Suisse-UE avec celui de l'article 4 TUE permet de souligner les « potentialités juridiques » de cette obligation[950].

635. Cette potentialité a d'ailleurs été évoquée par la Suisse dans son recours contre une décision de la Commission européenne autorisant l'Allemagne à maintenir une mesure contestée par la Suisse. Dans l'affaire dite de « l'aéroport de Zurich », pour s'en tenir aux moyens concernant l'obligation d'exécution de bonne foi, on peut souligner que la Suisse a utilisé les potentialités de cette disposition en invoquant le principe de coopération loyale. Elle y était d'autant plus encline que l'accord sur le transport aérien comporte en outre une clause spécifique, imposant d'interpréter les notions de droit de l'Union reprises dans l'accord, conformément à la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne[951]. Ainsi, dans sa plainte rejetée par la décision attaquée, la Suisse avait reproché à l'Allemagne « *une violation de l'obligation de coopération loyale, prévue à l'article 17 de l'accord. Cette obligation aurait la même portée que celle découlant de l'article 10 CE et la jurisprudence relative à ce dernier article serait également pertinente* »[952]. Par ricochet, la Suisse soutenait qu'« *En refusant de tenir compte, dans la décision attaquée, de cette obligation de la République fédérale d'Allemagne, la Commission aurait violé le principe de bonne foi* »[953]. Le Tribunal a écarté cette argumentation, en considérant que les mesures allemandes étaient conformes à l'accord Suisse-UE sur le transport aérien, mais on soulignera qu'il n'a pas exclu que cet accord impose à l'Allemagne une obligation de coopération loyale, l'argumentation semblant davantage viser la possibilité d'imputer à l'Allemagne une

---

950 Christine KADDOUS, « Le principe de coopération dans l'ordre juridique communautaire et dans l'ordre juridique suisse », Rapport suisse au XIXème Congrès de la FIDE, sur le thème *Les devoirs de coopération des autorités nationales et des tribunaux et les institutions communautaires en vertu de l'article 10 CE*, Helsinki (Oy Edita Ab), 1-3 juin 2000, pp. 353-372 ; Daniel FELDER, « Cadre institutionnel et dispositions générales des Accords bilatéraux II (sauf Schengen/Dublin), *op.cit.*, spéc. p.106 note 45.

951 Sur cette clause étudiée comme un prolongement de l'européanité des règles du premier degré applicables, voir, *supra*, chapitre 1, section 3, §2. On rappellera en outre l'ambivalence de cette disposition qui se présente aussi, à certains égards, comme une règle du second degré.

952 Trib. UE, 9 septembre 2010, *Confédération suisse c. Commission européenne*, aff. T-319/05, *Rec*. 2010, p. II-04265, pt 114.

953 Trib. UE, 9 septembre 2010, *Confédération suisse c. Commission européenne*, précité.

obligation de mise en œuvre alors qu'elle n'est pas partie contractante[954]. L'arrêt a donné lieu à un pourvoi dans lequel ce moyen ne semble pas avoir été soulevé, ce qui ne permet pas de préciser la position de la Cour de justice de l'Union européenne[955].

636. Cette affaire est au demeurant particulière parce que dans la plupart des cas, il n'existe pas de contrôle juridictionnel commun des obligations posées par les accords Suisse-UE, lequel se réalise notamment pour la clause de mise en œuvre, par des comités mixtes Suisse-UE.

c) Un contrôle souple assuré dans le cadre des comités mixtes

637. La plupart des accords prévoit l'institution d'un comité mixte, organe[956] représentants des parties contractantes chargé de la gestion et de la bonne application de l'accord[957]. Si ces comités mixtes Suisse-UE sont chargés de manière générale de veiller à l'exécution des accords, leurs compétences se limitent pour l'essentiel à assurer un cadre d'informations et de consultations[958]. En outre, lorsqu'ils possèdent une compétence décisionnelle, les comités mixtes se prononcent d'un commun accord[959]. La composition, les attributions et le mode de décision des comités mixtes en font des instances intergouvernementales chargées du suivi de l'application des accords Suisse-UE.

---

954 Le Tribunal conclut en effet en ces termes : « *Par conséquent, quand bien même l'accord impliquerait pour la République fédérale d'Allemagne, laquelle n'est pas l'une des parties contractantes de l'accord, une obligation de coopération loyale, c'est à juste titre que la décision attaquée n'a constaté aucune violation de cette obligation hypothétique* » : Trib. UE, 9 septembre 2010, *Confédération suisse c. Commission européenne*, précité, pt 203.

955 CJUE, 7 mars 2013, *Confédération suisse c. Commission européenne*, aff. C-547/10 P, *non encore publié*.

956 Le terme « organe » est ici pris dans un sens générique. Sur les réflexions relatives à la nature des comités mixtes, voir, *infra*, partie 2, titre 2, chapitre 1.

957 Certains accords comme celui sur la fiscalité de l'épargne et sur les pensions de 2004, n'instituent pas de comité mixte. D'autres accords « utilisent » les comités mixtes mis en place par des accords précédents (c'est le cas des accords de coopération scientifique de 1999 et 2004, qui renvoient au comité mis en place par l'accord cadre de 1986 ; c'est également le cas de l'accord Jeunesse en action de 2010 qui se réfère au comité institué par l'accord sur la libre circulation des personnes de 1999.

Du reste, un comité mixte est créé par la plupart des accords Suisse-UE. Il s'agit là d'une pratique assez ancienne que l'on retrouve dans l'accord de libre-échange de 1972 (articles 29 et 30), suivie dans l'accord de 1989 concernant l'assurance directe autre que l'assurance sur la vie (article 37). Dans les accords bilatéraux I de 1999, voir : article 14 de l'accord sur la libre circulation des personnes ; article 51 de l'accord sur le transport terrestre; article 21 de l'accord sur le transport aérien; article 10 de l'accord sur la reconnaissance mutuelle en matière d'évaluation de la conformité ; article 11 de l'accord sur certains aspects relatifs aux marchés publics ; article 6 de l'accord sur les produits agricoles. Dans les accords bilatéraux II, voir : article 3 de l'accord sur les statistiques ; article 8 de l'accord MEDIA ; article 16 de l'accord environnement ; article 39 de l'accord de lutte contre la fraude.

958 Voir, *infra*, B, 2.

959 Par exemple : article 30, paragraphe 2, de l'accord de libre-échange de 1972 ; article 14, paragraphe 1, de l'accord sur la libre circulation des personnes de 1999 ; article 51, paragraphe 1, de l'accord sur le transport terrestre; article 21, paragraphe 1, de l'accord sur le transport aérien; article 10, paragraphe 1, de l'accord sur la reconnaissance mutuelle en matière d'évaluation de la conformité ; article 11, paragraphe 2, de l'accord sur certains aspects relatifs aux marchés publics ; article 6 paragraphe 2 de l'accord sur les produits agricoles.

L'autonomie de mise en œuvre de la Suisse et celle de l'Union européenne n'est ainsi que faiblement encadrée par le suivi des comités mixtes Suisse-UE.

638. Les accords entre la Suisse et l'Union européenne doivent donc être mis en œuvre par chacune des parties sur leur territoire. L'autonomie de celles-ci n'est pas pour autant synonyme de liberté. Si les contours de l'obligation d'exécution sont difficiles à établir précisément, elles impliquent au minimum que la Suisse et l'Union européenne soient tenues d'exécuter de bonne foi les accords qu'elles ont conclus. Chaque comité mixte institué veille à la bonne exécution de l'accord dont il a la charge, contrôle qui, compte tenu du fonctionnement intergouvernemental des comités mixtes, ne porte pas atteinte à l'autonomie de la Suisse et de l'Union européenne. Il reste alors à voir le régime d'interprétation prévu pour ces accords. L'aperçu des règles secondaires générales relatives à l'exécution des accords Suisse-UE doit en effet être complété par la mise en évidence des règles régissant le mécanisme d'interprétation retenu.

B) Un régime d'interprétation garant de l'autonomie de la Suisse et l'UE

639. Les accords entre la Suisse et l'Union européenne sont pour la plupart soumis au principe selon lequel l'interprétation relève directement des parties. L'interprétation des accords ne relève pas de la compétence d'une juridiction qui serait à la fois commune et internationale, ce qui ne permet pas d'assurer sur le plan judiciaire, une interprétation homogène complète des accords Suisse-UE (1). Ces derniers prévoient simplement la compétence du comité mixte, organe politique qui s'efforce d'assurer l'homogénéité du droit conventionnel applicable (2). Ce régime d'interprétation est ainsi conçu pour respecter l'autonomie de la Suisse et celle de l'Union européenne dans l'interprétation et l'application des accords (3).

1) Un régime d'interprétation judiciaire « à double pilier », vecteur d'une homogénéité partielle des règles du premier degré

640. En Suisse, différentes juridictions peuvent être saisies d'un litige entre particuliers ou entre particuliers et l'Etat, dans lequel elles peuvent être amenées à interpréter des accords Suisse-UE. Dans l'Union européenne, les différentes juridictions des Etats

membres peuvent également interpréter les accords Suisse-UE, la Cour de justice de l'Union européenne (CJUE) ayant « *reconnu un rôle important aux juridictions nationales dans l'application du droit communautaire, et en particulier des accords internationaux* »[960]. Ce constat vaut même s'il s'agit d'un accord Suisse-UE auquel les Etats membres ne sont pas parties contractantes. En effet, les accords Suisse-UE, font partie intégrante de l'ordre juridique de l'Union européenne[961] et doivent à ce titre être interprétés et appliqués par les juridictions des Etats membres de l'Union européenne.

641. La fragmentation des interprétations des accords Suisse-UE qui résulte de la compétence de ces différentes juridictions ne doit pas être surestimée. Une certaine homogénéité est assurée au sein de la Suisse d'une part et au sein de l'Union européenne d'autre part[962]. En Suisse, l'homogénéité de l'interprétation des accords Suisse-UE est garantie par le Tribunal fédéral[963]. Dans l'Union européenne, c'est la CJUE qui veille au respect de l'uniformité d'application de ce droit applicable aux Etats membres[964].

642. Au sein de l'Union européenne d'une part, et au sein de la Suisse d'autre part, les accords Suisse-UE peuvent recevoir une interprétation homogène. Mais dans le rapport Suisse-UE, et hormis certains cas particuliers[965], il n'existe pas de juridiction compétente pour déterminer l'interprétation qui doit être retenue. Dans l'ordre interne ce sont les autorités de chaque partie, y compris les autorités juridictionnelles qui seront amenées à interpréter les accords Suisse-UE. Mais les accords Suisse-UE ne prévoient pas que leurs

---

960 Christine KADDOUS, « Les accords sectoriels dans le système des relations extérieures de l'Union européenne », in D. FELDER, C. KADDOUS (dir.), *Accords bilatéraux Suisse - UE (Commentaires),* Dossiers de droit européen, vol. 8, Bruxelles, Bruylant, 2001, pp. 77-115, spéc. p.113.

961 Christine KADDOUS, « La place des Accords bilatéraux II dans l'ordre juridique de l'Union européenne », *op. cit.*, spéc. p.81.

962 Stephan BREITENMOSER, « Sectoral agreements between the EC and Switzerland : contents and context », *C.M.L.R.* 2003, vol. 40, n°5, pp.1137-1186, spéc. p.1153.

963 Voir en ce sens Andreas AUER, Giorgio MALINVERNI, Michel HOTTELIER, *Droit constitutionnel suisse*, vol. I, L'État, Bern, Stämpfli, 3ème édi., 2013, 880 p., spé. pp. 465-466. Et sur le rôle du Tribunal fédéral suisse dans l'uniformité d'interprétation entre les différents cantons : André JOMINI, « Présentation du Tribunal fédéral suisse comme autorité de juridiction constitutionnelle », *CCC*, 2005, n°18.

964 Voir en particulier Christine KADDOUS, « Les accords sectoriels dans le système des relations extérieures de l'Union européenne », *op.cit.*, spéc. pp. 101-102 : « *L'objectif recherché par la Cour de justice est d'assurer une interprétation et application uniformes des accords internationaux sur l'ensemble du territoire communautaire* ». Pour une étude spécifique de l'accord sur la libre circulation des personnes de 1999, voir son article « L'Accord CH–UE sur la libre circulation des personnes et l'ordre juridique suisse », in F. BREUSS, T. COTTIER, P.-C. MÜLLER-GRAFF (dir.), *Die Schweiz im europäischen Integrationsprozess*, Bâle, Helbing Lichtenhahn, 2008, pp. 153–168. Et pour les accords bilatéraux II, « La place des Accords bilatéraux II dans l'ordre juridique de l'Union européenne », in C. KADDOUS, M. JAMETTI GREINER (dir.), *Accords bilatéraux II Suisse-UE : et autres accords récents*, Bruxelles, Bruylant, 2006,1006 p., pp. 63-92.

965 Voir *infra*, §2.

règles seront interprétées par un tiers, notamment par un juge international. Le système judiciaire d'interprétation des accords Suisse-UE, en raison de cette dualité, n'assure donc qu'une homogénéité partielle. Du moins les règles du second degré retenues pour l'interprétation des accords n'assurent que de manière limitée les conditions d'une homogénéité de l'interprétation des accords Suisse-UE[966].

643. Cette dualité s'apparente à certains égards à celle qui existe au sein de l'accord EEE qui met en place un mécanisme d'interprétation « à double piliers ». D'une part, la Cour AELE assure l'homogénéité du droit de l'EEE à l'égard des Etats de l'AELE membres de l'EEE[967]. C'est d'autre part la Cour de justice qui est compétente pour interpréter l'accord EEE au sein de l'ordre juridique de l'Union européenne. Ainsi, Cour AELE et CJUE assurent toutes deux l'interprétation de l'accord EEE sans qu'il n'existe de juridiction commune chargée d'assurer une interprétation de l'accord EEE s'imposant à toutes ses parties.

644. Les accords Suisse-UE et l'accord EEE ont donc en commun de ne pas pouvoir assurer, en l'absence d'un interprète juridictionnel unique, une homogénéité complète du droit applicable.

645. Seul un mécanisme politique est organisé au sein du comité mixte institué par chaque accord Suisse-UE. Ces comités mixtes n'interviennent pas lors du déroulement du procès devant une juridiction nationale[968]. Ils assurent le suivi de l'interprétation des décisions juridictionnelles rendues. Cette compétence s'inscrit dans l'idée que l'interprétation des accords Suisse-UE en garantisse le bon fonctionnement. Elle ne permet cependant pas, en raison du caractère intergouvernemental des comités mixtes, d'assurer une homogénéité comparable à celle apportée par une juridiction.

---

966 Il s'agit ici de présenter le système d'interprétation tel qu'il est prévu par les accords bilatéraux, sans qu'il y ait lieu de se pencher sur l'application concrète par le Tribunal fédéral et la Cour de justice. Du point de vue concret, une certaine homogénéité peut être atteinte à travers les interprétations du juge suisse et de la Cour de justice. L'important ici est de montrer qu'elle dépend de l'attitude respective de deux juges. Sur ces interprétations, voir, *infra*, partie 2, titre 1, chapitre 1.

967 Leif SEVON, « The EEA Judicial System and the Supreme Courts of the EFTA States », *E.J.I.L.*, 1992, vol.3, n°2, pp.329-340.

968 Si certains auteurs envisagent le fait qu'un tribunal d'une des parties, confronté à une difficulté, puisse poser une question d'interprétation de l'accord Suisse-UE au comité mixte qui en assure la gestion, cette hypothèse est susceptible de se heurter aux exigences d'indépendance de la fonction juridictionnelle, du moins si la juridiction se considère comme liée par la réponse du comité Suisse-UE. Voir, Stephan BREITENMOSER, « Sectoral agreements between the EC and Switzerland : contents and context », *C.M.L.R.* 2003, vol. 40, n°5, pp.1137-1186, spéc. pp. 1154-1155, spéc. p. 1158, et les références citées.

2) *Un suivi de l'interprétation assuré politiquement par les comités mixtes*

646. Les comités mixtes institués par les accords Suisse-UE possèdent des compétences diverses qui varient selon les accords. Chargés de manière générale de la gestion et bonne application des accords, les comités mixtes peuvent recevoir des attributions en matière d'échanges d'information, de suivi de l'interprétation, de règlement des différends et de modification des accords.

647. Il existe plusieurs types de compétences des comités mixtes relatives à l'interprétation des accords. Elles peuvent être liées à l'information des interprétations retenues, à l'échange de vues sur les implications de ces interprétations. Celles-ci sont clairement posées et au demeurant peu problématiques dès lors qu'elles n'impliquent pas d'action décisionnelle des comités mixtes en matière d'interprétation (a). En revanche, la compétence des comités mixtes pour adopter une décision fixant l'interprétation des règles posées par les accords Suisse-UE suscite des interrogations si l'on exclut ici le cas du règlement des différends. Certes, leur compétence en matière d'interprétation recouvre les cas dans lesquels les comités mixtes interviennent dans le cadre de différends nés de l'interprétation et l'application des accords. Mais ce type d'attribution sera étudié en tant que tel dans les mécanismes de règlement des différends[969] ; il ne sera ici question que des compétences précontentieuses de ces instances en matière d'interprétation. Or dans ce cadre, la compétence des comités mixtes pour adopter une décision sur l'interprétation des règles (du premier degré) posées par les accords Suisse-UE n'est pas simple à déterminer (b).

a) Les compétences expresses des comités à l'égard de l'interprétation des accords Suisse-UE

648. En premier lieu, les comités mixtes peuvent avoir à connaître de questions relatives à l'interprétation des accords en tant que cadre d'informations des parties. En vertu de l'accord sur les marchés publics, le comité mixte « *procède à des échanges de vues et d'informations* »[970]. L'article 7 paragraphe 2 de cet accord précise : « *Chaque partie informe*

---

969 Voir *infra*, C).

970 Article 11, paragraphe 1, deuxième phrase de l'accord du 21 juin 1999 sur certains aspects relatifs aux marchés publics, *RO 2002 1951 / JO L 114 du 30.4.2002, p. 430-467.*

également l'autre de toute autre question relative à l'interprétation et l'application du présent Accord ». Lues de manière combinée, ces dispositions font du comité mixte l'instance de transmission des données relatives à l'interprétation de l'accord sur les marchés publics.

649. En deuxième lieu, ces instances peuvent avoir une compétence de suivi des interprétations relatives aux accords. Une telle compétence n'est attribuée expressément que dans certains accords, comme celui sur les transports terrestres, dont l'article 51, paragraphe 2, charge le comité mixte du « *suivi et* [de] *l'application des dispositions* » dudit accord. Cependant, dans les cas où cette attribution n'est pas mentionnée expressément, elle pourrait néanmoins être exercée par celui-ci dans sa fonction générale de cadre d'échanges de vues entre les parties. En effet, la plupart des accords prévoient que les parties procèdent à des échanges de vues au sein des comités mixtes. Ces échanges pourraient porter sur les questions d'interprétation dont ils connaissent en tant qu'instance en charge de la gestion et de la bonne application des accords. Les comités mixtes peuvent donc vraisemblablement procéder à des échanges de vues sur les interprétations relatives à l'accord.

b) L'éventuelle compétence des comités mixtes pour prendre une décision d'interprétation en l'absence de différend

650. Plus délicate est la question de leur compétence pour prendre une décision en matière d'interprétation, en l'absence de différend entre les parties.

i) Les deux interprétations possibles

651. Selon une interprétation stricte des accords, l'absence d'attribution explicite d'une compétence relative à l'interprétation de l'accord implique l'interdiction pour le comité mixte d'adopter des décisions sur ce point. Il faudrait ainsi comprendre que la clause, contenue dans la plupart des accords Suisse-UE, qui précise que le comité mixte « *prend des décisions dans les cas prévus à l'accord* »[971], signifie que celui-ci ne prend des décisions que dans les cas prévus explicitement par l'accord.

---

[971] Article 14, paragraphe 1, de l'accord sur la libre circulation des personnes ; article 51, paragraphe 1, de l'accord sur le transport terrestre ; article 21, paragraphe 1, de l'accord sur le transport aérien ; article 10, paragraphe 1, de l'accord sur la reconnaissance mutuelle en matière d'évaluation de la conformité ; article 11, paragraphes 1 et 2, de l'accord sur certains aspects relatifs aux marchés publics ; article 6, paragraphes 1 et 2, de l'accord sur les produits agricoles.

652. Au contraire, une interprétation large permettrait d'attribuer aux comités une capacité implicite, dès lors que la gestion et la bonne application des accords peuvent impliquer la détermination d'une interprétation.

653. Cependant, cette lecture large des compétences des comités mixtes met en jeu le problème de la frontière entre ce qui constitue l'interprétation – au sens de détermination du sens de la règle – et la modification des accords. Ce sont en réalité deux aspects qui se superposent à la question de la compétence interprétative des comités mixtes Suisse-UE.

ii) La juxtaposition de problèmes

654. D'abord, la question de l'interprétation d'une règle pose le problème de la frontière avec sa modification. Ce glissement entre l'interprétation et la création du droit existe quel que soit l'organe chargé de l'interprétation (qu'il soit juridictionnel ou politique), et quelle que soit la norme internationale faisant l'objet de l'interprétation. L'absence de frontière nette entre l'interprétation et la création du droit peut en outre être perçue comme vecteur d'une dynamique essentielle de l'adaptation du droit[972]. Mais et dès lors, la question de la compétence du comité mixte pour prendre des décisions relatives à l'interprétation des règles (primaires) posées par les accords Suisse-UE recoupe en partie la question de sa compétence en matière de révision, et ces pouvoirs obéissent à des conditions spécifiques[973].

655. Classiques en droit des traités, les interrogations liées à la frontière étroite qui existe entre l'interprétation et la modification se posent de manière particulière à l'égard de la compétence des comités mixtes dans le cadre des accords Suisse-UE. En effet, le problème de l'enchevêtrement entre l'interprétation et la modification se double du rapport complexe des accords avec le droit interne de la Suisse et de l'Union européenne. Il faut

---

[972] Voir notamment Pierre BRUNET, « Aspects théoriques et philosophiques de l'interprétation normative », in *Les techniques interprétatives de la norme internationale*, colloque de Poitiers, 25 juin 2010, *R.G.D.I.P.* 2011, t. 115, n°2, pp. 312-327, et les références citées. En introduction de ce colloque, Alain PELLET souligne le « *pouvoir créateur de l'interprète, et singulièrement du juge* », qui se manifeste « *lorsqu'il s'agit d'adapter la règle aux besoins changeants de la société internationale* » (Alain PELLET, « Avant-propos », pp. 291-295, spéc. p. 295). Cette étroite frontière et son potentiel dynamique sont particulièrement mis en évidence lorsqu'il s'agit d'une norme conventionnelle et que son interprétation est assurée directement par les parties. Les auteurs relèvent en effet, la souplesse de l'interprétation assurée directement par les parties, qui « *permet de passer insensiblement de l'interprétation au sens strict à la modification et d'adapter ainsi, sans formalisme, le traité aux évolutions des réalités internationales* » (Patrick DAILLIER, Mathias FORTEAU, Alain PELLET, *Droit international public*, 8ème éd., Paris, L.G.D.J., 2009, 1709 p., spéc. p.277 ; voir également les références citées p. 275).

[973] Sur ces pouvoirs, voir *infra*, section 2. Sur la nature de la décision adoptée, voir, *infra*, partie 2, titre 2, chapitre 1.

rappeler en effet que les accords Suisse-UE se servent du droit de l'Union européenne comme base matérielle : ce droit peut être soit repris substantiellement dans les dispositions desdits accords, soit énuméré en annexe s'agissant des actes de droit dérivé de l'UE[974]. L'application de ce droit peut d'abord obéir au principe de reprise, ce qui signifie que c'est le droit de l'UE référencé qui constitue le droit applicable[975]. La compétence du comité mixte pour interpréter l'accord concerne ainsi « en même temps » l'interprétation du droit de l'UE, et le droit d'une des parties à l'accord. Le plus souvent, le droit de l'UE auquel l'accord renvoie sert de référence à l'application d'un droit équivalent par la Suisse. L'interprétation de l'accord Suisse-UE met ainsi « en relation » l'interprétation de deux droits internes, celui de la Suisse et celui de l'Union européenne[976]. A cela s'ajoute que pour deux accords, celui sur le transport aérien et celui sur la libre circulation des personnes, une clause impose la prise en compte de la jurisprudence de la CJUE antérieure à la date de signature de ces deux accords, pour interpréter les dispositions inspirées du droit de l'Union européenne[977]. L'interprétation de l'accord vise alors le droit de l'UE tel qu'il est interprété par la Cour de justice de l'Union européenne. Il y a donc, dès le stade de « l'arrimage », un rapport complexe entre le droit interne des parties et le droit conventionnel de ces accords d'une part, et l'interprétation et les dispositions normatives d'autre part, avec un poids particulier pour le droit de l'Union européenne.

656. Or les dispositions de l'accord sur la libre circulation des personnes n'apportent pas de réponses claires à la compétence du comité mixte en matière d'interprétation de cet accord.

iii) Le cas de l'accord sur la libre circulation des personnes

657. L'enchevêtrement des questions de l'interprétation de l'accord, de l'interprétation des législations internes liées à l'accord, et de celle de la modification des règles apparaît à la lecture de l'article 17 de l'accord sur la libre circulation des personnes[978] (ALCP).

---

974 Voir, *supra*, chapitre 1, section 1, §1.
975 Voir, *supra*, chapitre 1, section 2, §1.
976 Voir, *supra*, chapitre 1, section 2, §2.
977 Voir, *supra*, chapitre 1, section 3, §2.
978 Accord du 21 juin 1999 sur la libre circulation des personnes, *RO 2002 1529 / JO L 114 du 30.4.2002, p.6-72*.

Art. 17 Développement du droit

(1) Dès qu'une partie contractante a entamé le processus d'adoption d'un projet de modification de sa législation interne, ou dès qu'il y a un changement dans la jurisprudence des instances dont les décisions ne sont pas susceptibles d'un recours juridictionnel de droit interne dans un domaine régi par le présent accord, la partie contractante concernée en informe l'autre partie par le biais du Comité mixte.

(2) Le Comité mixte procède à un échange de vues sur les implications qu'une telle modification entraînerait pour le bon fonctionnement de l'accord.

658. L'article 17 de l'ALCP semble faire du comité mixte une *instance de suivi des interprétations* données par les juridictions de chacune des parties. En vertu de l'article 17, paragraphes 1 et 2, le comité mixte constitue en effet un cadre d'information d'un changement jurisprudentiel dans une partie et un cadre d'échange de vues sur les implications qu'une telle modification entraînerait pour le bon fonctionnement de l'accord.

659. S'agissant des interprétations concernées, l'article 17 vise « *un changement dans la jurisprudence des instances [...] dans un domaine régi par le présent accord* ». Il ne précise pas s'il vise les interprétations d'un acte interne qui n'est pas une mesure d'exécution de l'ALCP mais qui régit un domaine également couvert par l'accord, d'un acte interne d'exécution de l'ALCP, voire les interprétations de l'accord proprement dit. Il attribue au comité mixte ALCP une compétence pour assurer le suivi des interprétations « relatives » à l'accord, par l'information et l'échange de vues, sans toutefois lui attribuer de compétences décisionnelles.

660. L'ambiguïté de la compétence du comité mixte ALCP résulte notamment des doutes liés à la portée de l'article 16[979].

Art. 16 Référence au droit communautaire

(1) Pour atteindre les objectifs visés par le présent accord, les parties contractantes prendront toutes les mesures nécessaires pour que les droits et obligations équivalant à ceux contenus

---

979 L'accord sur le transport aérien contient une clause similaire puisque l'article 1, paragraphe 2, troisième et quatrième phrases, prévoit : « *Les décisions et arrêts rendus après la date de signature de l'accord seront communiqués à la Suisse. A la demande d'une des Parties contractantes, les conséquences de ces décisions et arrêts ultérieurs seront déterminées par le Comité mixte en vue d'assurer le bon fonctionnement du présent Accord* ».

dans les actes juridiques de la Communauté européenne auxquels il est fait référence trouvent application dans leurs relations.

(2) Dans la mesure où l'application du présent accord implique des notions de droit communautaire, il sera tenu compte de la jurisprudence pertinente de la Cour de justice des Communautés européennes antérieure à la date de sa signature. La jurisprudence postérieure à la date de la signature du présent accord sera communiquée à la Suisse. En vue d'assurer le bon fonctionnement de l'accord, à la demande d'une partie contractante, le Comité mixte déterminera les implications de cette jurisprudence.

661. L'article 16 régit ainsi l'interprétation des dispositions de l'accord inspirées du droit de l'Union européenne. Celles-ci doivent être interprétées en tenant compte de la jurisprudence pertinente de la CJUE antérieure à la date de signature de l'ALCP. Mais le paragraphe 2 charge le comité mixte de déterminer les implications de la jurisprudence de la CJUE postérieure.

662. L'article 16 qui charge le comité mixte de *déterminer les implications* de la jurisprudence de la CJUE lui confère une compétence plus large que l'article 17, qui lui permet simplement de *procéder à un échange de vues sur ces implications*.

663. Or d'une part, il faut déterminer les conditions d'applicabilité de ces deux dispositions ; d'autre part, il reste à savoir quelle est la portée concrète de cette compétence pour déterminer les implications d'une jurisprudence.

L'applicabilité des articles 16 et 17.

664. Parce qu'il concerne la jurisprudence de la Cour de justice relative à des « *notions de droit communautaire* » contenues dans l'ALCP, l'article 16 pose un problème d'articulation avec l'article 17 qui régit les changements de jurisprudence des parties « *dans un domaine régi* » par cet accord. Pour résoudre cette articulation – et ainsi cerner la compétence du comité mixte – deux possibilités se conçoivent selon que l'on met l'accent sur la juridiction en cause ou sur le sens de la décision en cause.

665. Il est d'abord possible de concevoir l'article 16 comme une disposition spéciale qui s'applique dès lors qu'est en jeu la jurisprudence de la CJUE. En ce sens, si en vertu de l'article 17, le comité mixte peut procéder à des échanges de vues sur les implications des

jurisprudences des parties dans un domaine régi par l'ALCP, il aurait, chaque fois qu'est en jeu la jurisprudence de la CJUE, en vertu de l'article 16, une compétence élargie au pouvoir d'en déterminer les implications.

666. En revanche, si l'on place le critère non pas sur la juridiction en cause, mais sur le sens de la décision de cette juridiction, il est possible de considérer que c'est l'article 17 qui constitue une disposition spéciale. En ce sens, si en vertu de l'article 16 le comité mixte peut décider des implications d'une jurisprudence de la Cour de justice relatives à des notions de droit de l'Union européenne contenues dans l'accord, ce n'est que sous réserve que la jurisprudence en question ne constitue pas un revirement, cas pour lequel l'article 17 limite la compétence du comité mixte à un simple échange de vues.

Les pouvoirs de déterminer les implications de la jurisprudence de la CJUE

667. Il est ensuite difficile de savoir précisément quel pouvoir est ainsi conféré au comité mixte par la faculté de *déterminer les implications* de la jurisprudence de la Cour de justice. Est-ce un pouvoir de déclarer cette jurisprudence sans incidence pour le bon fonctionnement de l'accord ? A l'opposé, est-ce un pouvoir d'intégrer ce développement jurisprudentiel[980]? Dans ce cas, le comité mixte dispose-t-il d'un simple pouvoir de recommandation, ou d'un pouvoir de décision conduisant à intégrer la nouvelle jurisprudence de la CJUE au droit conventionnel applicable entre la Suisse et l'Union européenne[981]? Or cette dernière hypothèse soulève un problème d'articulation avec l'article 18 de l'ALCP, relatif à la révision de l'accord (question qui est elle-même liée à celle du développement du droit traité par l'article 17)[982].

---

980 Cette hypothèse se présente en particulier si l'on considère que le « bon fonctionnement de l'accord », au sens de l'article 16 ALCP intitulé « Référence au droit communautaire » doit être interprété comme visant le maintien de l'homogénéité entre le droit contenu dans les accords et le droit de l'Union européenne ayant servi de base matérielle. En ce sens voir par exemple la thèse de Véronique BOILLET, *L'interdiction de discrimination en raison de la nationalité au sens de l'accord sur la libre circulation des personnes*, Bâle, Helbing Lichtenhahn, 2010, 373 p., spéc. p. 66, et les références citées.

Par ailleurs, cette conception permet d'obtenir au fur et à mesure une liste de la jurisprudence pertinente de la Cour de justice à laquelle les parties doivent se référer. Sur l'indétermination existant au jour de la signature de l'ALCP, voir les remarques faites supra, chapitre 1, section 3, §2, B.

981 Dans sa thèse, Véronique BOILLET analyse si « *les déterminations du comité mixte sont pourvues ou non d'une force contraignante* », c'est-à-dire si, au sens de l'article 16, paragraphe 2, elles constituent des recommandations ou décisions (Véronique BOILLET*, L'interdiction de discrimination en raison de la nationalité au sens de l'accord sur la libre circulation des personnes, op.cit.* spéc. p. 71). L'auteur conclut que « *les décisions du comité mixte déterminant les implications d'une jurisprudence postérieure à la CJCE lient les parties contractantes* » (*Ibid.* p. 73).

982 Sur les règles de révision, considérées comme des règles du second degré relatives à la contingence des règles du premier degré, voir, *infra*, section 2.

668. Les compétences des comités mixtes en ce qui concerne l'interprétation des accords Suisse-UE se montrent ainsi complexes à établir en particulier sur l'existence et les contours d'une compétence décisionnelle. Pour le reste, les comités mixtes constituent l'enceinte au sein de laquelle les parties se transmettent les informations liées aux interprétations des accords qu'elles retiennent et peuvent également assurer un suivi plus approfondi de ces accords. Ces tâches de suivi semblent faire du comité mixte, dans le cadre de l'accord dont il a la charge, « *a political mechanism upon which is bestowed the role of guaranteeing a coherent application of the agreements between the jurisdiction of each party* »[983]. Les règles secondaires contenues dans les accords Suisse-UE mettent donc en relief une volonté de garantir une application qui permette un bon fonctionnement des accords – donc la plus homogène possible – (mais) à partir d'un régime qui confie l'interprétation aux parties : séparément dans leur cadre interne notamment par leurs autorités juridictionnelles ; collectivement dans le cadre de chaque comité mixte. Ce régime d'interprétation par les parties garantit à chacune d'elle une forte autonomie.

3) *Un régime d'interprétation garant de l'autonomie des parties*

669. Les accords Suisse-UE reçoivent une application autonome par chaque partie : le système juridictionnel de chacune des parties assure l'interprétation des accords sur le territoire de cette partie. Seul un mécanisme politique est prévu pour assurer le suivi de ces interprétations données au sein de chacune des parties. L'autonomie que ces règles garantissent à la Suisse est assez nette (a) ; celle de l'Union semble également garantie mais cette autonomie est probablement affectée qu'il n'y paraît à première vue (b).

a) L'autonomie garantie à la Suisse

670. L'autonomie que ce mécanisme assure à la Suisse apparaît nettement par comparaison du régime d'interprétation prévu dans l'Union européenne ou dans l'Espace économique européen (EEE). Dans l'EEE, les Etats de l'AELE ont accepté de soumettre l'interprétation de l'accord EEE à une juridiction supranationale indépendante et

983 René SCHWOK, Nicolas LEVRAT, « Switzerland's Relations with the EU after the Adoption of the Seven Bilateral Agreements », *op.cit.*, spéc. p. 345.

permanente[984] ; cette modalité n'a pas été établie dans les accords Suisse-UE. Certes, le Tribunal fédéral est une juridiction qui respecte les exigences d'indépendance du pouvoir judiciaire. Il n'en reste pas moins un juge interne qui ne présente pas, en comparaison avec une juridiction supranationale, les mêmes garanties d'indépendance à l'égard des Etats et les mêmes garanties pour l'européanité du droit. L'exemple de la construction de l'Union européenne montre en particulier l'importance de la Cour de justice, institution qui possède par sa composition, son fonctionnement et sa mission, un recul par rapport aux droits nationaux qui facilite leur appréciation par rapport au droit européen[985]. C'est ce qui fait dire à Hélène HOTELLIER que l'« *homogénéité érigée en principe de base au sein de l'EEE entre le pilier communautaire et le pilier des Etats de l'AELE n'est en aucune manière comparable aux accords "sur mesure" négociés entre la Suisse et l'UE* »[986].

671. Suivant cette logique, et en se fondant sur l'expérience du bon fonctionnement du marché intérieur qui nécessite « *des mécanismes de contrôles indépendants et extérieurs aux Etats participant* »[987], l'Union européenne souhaite désormais que les accords avec la Suisse « *envisagent aussi des mécanismes internationaux de surveillance et de contrôle judiciaire, assurant*

---

984 Pour être précis, l'accord EEE définit simplement les critères de la juridiction qui doit être créée. L'article 108 paragraphe 2 en définit les principales fonctions et le paragraphe 1 prévoit que les Etats de l'AELE « *instaurent des procédures analogues à celles qui existent dans la Communauté, y compris des procédures en vue d'assurer le respect des obligations prévues par le présent accord et de contrôler la légalité des actes de l'Autorité de surveillance AELE en matière de concurrence* ». Par renvoi, il est possible de considérer que l'accord EEE impose « *aux États AELE de créer une cour de justice indépendante*» (Skuli MAGNUSSON, « La Cour AELE », *JCl Europe Traités,* fasc. 4000, pt. 45). C'est ensuite un accord entre les Etats de l'AELE (Agreement between the EFTA States on the Establishment of a Surveillance Authority and a Court of Justice) qui a mis en place la Cour AELE.

985 Surtout, la jurisprudence de la Cour de justice montre que l'intégration européenne et en premier lieu l'aboutissement du marché commun s'est faite historiquement en partie contre les Etats, réticents à renoncer à certaines entraves nationales. Voir notamment Hélène GAUDIN, « L'Etat vu de la Communauté et de l'Union européenne », *Annuaire de droit européen*, 2004, pp.231-256, spéc. p.235 qui explique que « *la construction communautaire s'est faite largement contre l'Etat* ».

986 Hélène HOTELLIER, « Les accords bilatéraux Suisse-Union européenne. La troisième voie : une intégration sans adhésion », in M. DUMOULIN, G. DUCHENNE (dir.), *Les petits Etats et la construction européenne*, actes de la VIIe Chaire Glaverbel, Bruxelles, PIE-Peter Lang, 2002, pp. 237-263, spéc. p. 250. L'accord EEE présente ainsi des garanties supplémentaires d'homogénéité, parmi lesquelles l'obligation générale de prendre en compte la jurisprudence de la Cour de justice antérieure à la signature de cet accord (article 6 EEE, voir, *supra*, chapitre 1, section 3, n°569 et s.), l'obligation de reprise de l'évolution de l'acquis (voir, *infra*, section 2, §2, n°785 et s.). En outre, l'accord EEE prévoit que la Cour de justice peut être amenée à se prononcer sur un différend relatif à l'interprétation des dispositions de l'accord reprises sur le droit de l'Union européenne, si ce différend n'a pu être réglé dans le cadre du mécanisme politique d'intervention du Comité mixte (article 111, paragraphe 3, de l'accord EEE, lu en combinaison avec l'article 105, paragraphe 2)

987 Voir, *infra*, partie 2, titre 1, chapitre 2, n°1089 et s., les négociations relatives aux questions institutionnelles.

un niveau de sécurité juridique et d'indépendance équivalent à celui des mécanismes de l'Espace économique européen »[988].

672. Ainsi, et si les règles secondaires régissant l'interprétation des accords Suisse-UE sont susceptibles d'évoluer dans le cadre des négociations sur les questions institutionnelles, elles présentent pour le moment des caractéristiques qui assurent une large autonomie à la Suisse. En n'instituant pas un mécanisme comparable à celui prévu dans l'UE avec l'institution de la Cour de justice, ou dans l'EEE avec l'institution d'une Cour AELE[989], les accords Suisse-UE garantissent à la Suisse une autonomie dans le contrôle de l'application des accords.

b) L'autonomie garantie à l'Union européenne

673. Le régime prévu par les accords Suisse-UE confère également à l'Union européenne une autonomie dans l'application de ces accords, qui font partie du droit conventionnel dont la Cour de justice assure le respect[990]. En effet, le juge de l'Union européenne est compétent pour interpréter des accords qui font partie du droit de l'Union.

674. Dans le domaine des relations extérieures, il est toutefois possible de préciser dans quelle mesure le régime institué par les accords Suisse-UE est apte à préserver l'autonomie de l'ordre juridique de l'Union européenne. Ces accords respectent l'autonomie de l'Union européenne en ce qu'ils ne prévoient pas un mécanisme d'interprétation qui porterait atteinte à l'autonomie du droit de l'Union européenne. Ce constat est étayé par la lecture des avis de la Cour de justice rendus à propos de la compatibilité avec le droit primaire, des régimes d'interprétation prévus par les accords conclus par l'Union européenne. Dans ces avis, la Cour de justice a considéré que « [la préservation de l'autonomie de l'ordre juridique communautaire] *implique que les mécanismes relatifs à l'unité d'interprétation des règles de l'accord* […] *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 des règles de droit communautaire*

---

988 Lettre de José Manuel BARROSO, Président de la Commission européenne, à Eveline WIDMER-SCHLUMPF, Présidente de la Confédération suisse, sur la position de l'Union européenne vis-à-vis des propositions institutionnelles de la Suisse, 21 décembre 2012, *PRES(2012)1548156*.

989 René SCHWOK, Nicolas LEVRAT, « Switzerland's Relations with the EU after the Adoption of the Seven Bilateral Agreements », *E.F.A.R.* 2001, vol. 6, pp. 335-354, spéc. p. 345.

990 Voir Joël RIDEAU, « Accords internationaux », *Rép. de droit européen*, 2011, pts 458 et s.

reprises par ledit accord »[991] . Ce mécanisme peut être un système juridictionnel ou politique. Même si la plupart des accords Suisse-UE n'institue qu'un système politique et non juridictionnel, il semble opportun de rappeler les conditions dans lesquelles un système juridictionnel prévu par un accord conclu par l'Union européenne est compatible avec l'autonomie de l'ordre juridique de l'Union européenne (i) afin de comprendre celles relatives au système politique d'interprétation (ii)[992]. Cela permettra de conclure que dans les accords Suisse-UE, les règles du second degré relatives à l'interprétation des règles du premier degré (basées sur le droit de l'UE) respectent l'autonomie de l'Union européenne (iii), même si certaines interrogations peuvent être soulevées (iv).

i) Les conditions d'un système juridictionnel garant de l'autonomie de l'UE

675. La Cour a admis la possibilité que des accords conclus par l'Union prévoient l'établissement d'une protection juridictionnelle propre. Dans son avis 1/76, rendu à propos d'un accord signé avec la Suisse en matière de navigation intérieure projetant la création d'un Tribunal du fonds, la Cour approuve « *la préoccupation, reflétée par les dispositions du statut, d'organiser dans le cadre du Fonds, une protection juridictionnelle adaptée aux données du problème* »[993]. Cependant ce système juridictionnel ne doit pas, par sa structure et ses compétences, porter atteinte à l'ordre juridique de l'Union.

676. La Cour vérifie notamment la composition de la juridiction et considère que l'établissement de liens organiques avec la Cour de justice n'est pas une garantie pour l'ordre juridique communautaire. La Cour y voit au contraire un risque de partialité des juges qui pourraient être appelés à se préjuger « *dans des questions qui deviendraient pendantes devant la Cour de la Communauté après l'avoir été devant* [la juridiction créée par

---

991 CJCE, 18 avril 2002, *Projet d'accord portant création d'un espace aérien européen commun entre la Communauté européenne et des pays tiers*, avis 1/00, *Rec.* 2002, p. I-03493, pt. 13.

992 En outre, les conditions relatives au système juridictionnel éclaireront les développements consacrés au système institué pat l'accord sur le transport aérien, qui se distingue sur ce point des autres accords Suisse-UE. Voir, *infra*, §2.

993 CJCE, 26 avril 1977, *Projet d'accord relatif à l'institution d'un Fonds européen d'immobilisation de la navigation intérieure*, avis 1/76, *Rec.* 1977, p. 741, pt 21. Sur la compétence externe de la Communauté pour conclure cet accord voir notamment Michael HARDY, « Opinion 1/76 of the Court of Justice : The Rhine Case and the Treaty-Making Powers of the Community », *C.M.L.R.* 1977, n°4, pp. 561-600 ; Robert KOVAR, « La contribution de la Cour de justice au développement de la condition internationale de la Communauté européenne », *Cahiers de droits européens*, 1978, n°5-6, pp. 527-573, spéc. pp. 566 et s. sur l'étude de l'organisation et des pouvoirs du système institutionnel prévu au regard de l'ordre juridique communautaire.

l'accord] »[994]. Or la Cour de justice « *doit assurer le respect d'un ordre juridique particulier* »[995]. Un accord créant une juridiction composée notamment des juges de la Cour de justice mettrait alors les juges face à une difficulté de statuer sur des dispositions matériellement identiques, mais selon « *des approches, des méthodes et des concepts différents* »[996], rendant ainsi « *difficile, voire impossible, pour ces juges d'aborder, avec une pleine indépendance d'esprit, lorsqu'ils siègent à la Cour de justice, les questions au jugement desquelles ils auront participé dans le cadre de la* [juridiction créée par l'accord]»[997].

677. Outre la structure organique, la Cour vérifie que les compétences de la juridiction ne portent pas atteinte à l'autonomie de l'ordre juridique de l'Union. Sur le principe, la Cour de justice admet que l'Union européenne puisse conclure des accords internationaux comme le projet d'accord EEE, dont l'interprétation et l'application est soumise à une juridiction dont les décisions s'imposent aux institutions de l'Union[998]. Par contre l'autonomie du droit de l'Union implique que les décisions par lesquelles cette juridiction interprète les dispositions de l'accord, ne commandent pas l'interprétation des dispositions du droit de l'Union européenne sur lesquelles l'accord s'est basé. Tel était le cas du premier projet d'accord EEE qui prévoyait la mise en place d'une juridiction commune, la Cour EEE, compétente pour régler les différends entre les parties contractantes et interpréter les dispositions de l'accord. La Cour examine le système juridictionnel envisagé, en tenant compte d'une contradiction entre l'objectif

---

994 Dans l'avis 1/76, la Cour souligne que ce problème conduirait à « *l'impossibilité de réunir un quorum de juges en condition de statuer sur des questions qui auraient été déjà litigieuses devant le Tribunal du Fonds* » : CJCE, 26 avril 1977, avis 1/76, précité, pt 22.

995 CJCE, 14 décembre 1991, *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 1/91, *Rec.* 1991, p. I-06079, pt. 50. Le premier projet d'accord EEE prévoyait en effet la création d'une Cour EEE composée notamment de juges de la Cour de justice. Pour des commentaires, voir Jean BOULOUIS, « Les avis de la Cour de justice des Communautés européennes sur la compatibilité avec le Traité CEE du projet d'accord créant l'Espace économique européen (EEE) », *RTDE* 1992, n°3, pp.457-463 ; Jacqueline DUTHEIL DE LA ROCHERE, « L'Espace Economique Européen sous le regard des juges de la Cour de justice des Communautés européennes », *RMCUE,* juillet-août 1992, n°360, pp. 603-612 ; Marc-André GAUDISSART, « La portée des avis de la Cour de justice des Communautés européennes relatifs à la création de l'Espace Economique Européen - Entre autonomie et homogénéité : l'ordre juridique communautaire en péril…», *Revue du marché unique européen,* 1992, n°2, pp.121-136 ; Denys SIMON, « Les fondements de l'autonomie de l'ordre juridique communautaire », in *Droit international et droit communautaire. Perspectives actuelles*, Colloque SFDI de Bordeaux, Paris, Pedone, 2000, pp.207-249.

Voir également, CJUE, 8 mars 2011, *Projet d'accord sur la Juridiction du brevet européen et du brevet communautaire, Rec.* 2011 p. I-1137 (pour un commentaire voir Jean Félix DELILE, « La délimitation du champ de compétence de la juridiction des brevets. Réflexions autour de l'avis 1/09 de la Cour de justice, *RMCUE*, 2011, n°553, pp. 642-649).

996 CJCE, 14 décembre 1991, avis 1/91, précité, pt 51.

997 CJCE, 14 décembre 1991, avis 1/91, précité, pt 52.

998 *Ibid.*, pts. 39 et 40.

d'homogénéité du droit dans l'EEE et les divergences existantes entre d'une part les finalités et le contexte du projet d'accord EEE et d'autre part ceux du droit de l'Union européenne, inscrit dans un ordre juridique spécifique[999]. Or ce projet d'accord EEE reprenait « *une partie essentielle* » du droit de l'Union européenne[1000], reprise qui doit être lue au regard de l'objectif d'application uniforme[1001] dont la Cour considère qu'il visait « *nécessairement l'interprétation tant des dispositions de cet accord que de celles correspondantes de l'ordre juridique communautaire* »[1002]. Relevant que la clause d'interprétation imposerait à la Cour EEE de prendre en compte uniquement la jurisprudence de la CJCE antérieure à la signature dudit accord, la Cour de justice en conclut que le mécanisme juridictionnel envisagé aboutirait à commander « *non seulement l'interprétation des règles propres à cet accord, mais également celle des règles correspondantes du droit communautaire* », portant ainsi atteinte à « *l'autonomie de l'ordre juridique communautaire* »[1003].

678. Ainsi, le fait que les institutions de l'Union soient liées par les décisions d'une juridiction autre que la Cour de justice, relatives à des dispositions qui reprennent pour une part substantielle le droit de l'Union européenne, sans que ladite juridiction ne soit tenue d'intégrer la jurisprudence postérieure de la CJUE, est de nature à porter atteinte à l'interprétation du droit de l'Union européenne sur lequel l'accord se fonde, et, partant, à l'autonomie de l'ordre juridique de l'Union européenne.

679. Une nouvelle version de l'accord EEE a donc été élaborée, substituant au système à pilier unique envisagé, un système juridictionnel à double pilier, et un mécanisme politique destiné à assurer l'homogénéité.

ii) Les conditions d'un système politique garant de l'autonomie de l'UE

680. S'agissant de la compétence d'interprétation des organes politiques, la logique est la même. Dans son avis 1/92[1004] relatif à la nouvelle version de l'accord EEE, la Cour de

---

999 *Ibid.*, pt. 29 ; CJCE, 10 avril 1992, avis 1/92, précité, pts. 17 et 18.

1000 CJCE, 14 décembre 1991, avis 1/91, précité, pt. 41.

1001 La Cour semble employer indistinctement les termes d'application uniforme (*ibid.*, pt.44) et d'homogénéité (*ibid.*, pt.45).

1002 *Ibid.*, pt. 43.

1003 *Ibid.*, respectivement pts. 45 et 47.

1004 CJCE, 10 avril 1992, *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, *Rec.* 1992, p. I-02821, pts. 21 à 25.

justice admet que cet accord prévoit en son article 105 de « *parvenir à une interprétation aussi uniforme que possible des dispositions de l'accord et celles de la législation communautaire* »[1005] par l'institution d'un comité mixte chargé de procéder « *à l'examen permanent du développement de la jurisprudence de la Cour de justice des CE et de la Cour AELE*»[1006] et d'agir « *de manière à préserver l'interprétation homogène de l'accord* »[1007]. Toutefois, afin de préserver l'autonomie de l'ordre juridique de l'Union européenne, les décisions de ce comité mixte ne doivent pas affecter la jurisprudence de la Cour de justice, ce que garantissait en l'espèce le « procès-verbal agréé ad article 105 »[1008].

681. Puisque, hormis l'avis négatif de 1977 sur un projet d'accord entre la Suisse, la Communauté et ses Etats membres, la Cour de justice n'a pas rendu d'avis sur les accords Suisse-UE. C'est donc à la lumière des avis sur l'accord EEE qu'il convient de déterminer dans quelle mesure les mécanismes d'interprétation d'un droit conventionnel matériellement basé sur le droit de l'Union respectent l'autonomie de ce dernier.

iii) Des règles secondaires des accords Suisse-UE garantes de l'autonomie de l'UE

682. C'est l'« arrimage » sur le droit de l'Union qui constitue un risque pour son autonomie propre. En effet, il ressort des avis de la Cour, que c'est précisément l'utilisation de procédés normatifs d'« arrimage »[1009] sur le droit de l'Union européenne, qui a conduit à sensibiliser la question du régime d'interprétation des dispositions conventionnelles[1010]. En d'autres termes, et le paradoxe n'est qu'apparent, c'est de la proximité avec le droit de l'Union européenne que naît le risque d'atteinte à l'autonomie de son ordre juridique. Il s'ensuit que le régime d'interprétation d'un accord arrimé sur le droit de l'Union européenne n'est pas sans incidence pour ce dernier.

1005 Article 105, paragraphe 1, de l'accord EEE.

1006 Article 105, paragraphe 2, de l'accord EEE.

1007 *Id.*

1008 Pour être précis, la Cour a jugé que les compétences du comité mixte n'étaient compatibles avec l'accord que si le principe contenu dans le « procès-verbal agréé ad article 105 », était « *énoncé sous une forme qui lie les parties contractantes* », CJCE, 10 avril 1992, avis 1/92, précité, pt. 25.

1009 Cécile RAPOPORT, *Les partenariats entre l'Union européenne et les Etats tiers européens ,* Bruxelles, Bruylant, 2011, 809 p., spéc. p. 63.

1010 A propos du premier procédé, Jean BOULOUIS explique que « *cette identité du droit applicable paraissait exclure toute incompatibilité avec le Traité. Paradoxalement, c'est d'elle cependant qu'elle va découler* », Jean BOULOUIS, « Les avis de la Cour de justice des Communautés européennes sur la compatibilité avec le Traité CEE du projet d'accord créant l'Espace économique européen (EEE) », *op.cit.*, spéc. p.460.

683. Or les accords Suisse-UE empruntent à l'accord EEE comme au premier projet d'accord EEE certains traits de structure en termes d'européanité du droit applicable et notamment la reprise de dispositions du droit de l'Union européenne (l'utilisation du droit de l'Union européenne comme base matérielle de l'accord[1011]) ; ils couvrent même d'un point de vue matériel de nombreux pans du droit de l'Union européenne, qu'il s'agisse du marché intérieur, des politiques spécifiques, de l'espace de liberté de sécurité et justice [1012]; deux accords Suisse-UE[1013] contiennent en outre une clause similaire à l'article 6 de l'accord EEE imposant la prise en compte de la jurisprudence de la Cour de justice antérieure à la signature de l'accord pour interpréter ce droit matériellement européen. La présence de ces procédés normatifs d'européanité dans les accords Suisse-UE constitue donc un risque pour l'autonomie du droit de l'Union européenne. En effet, comme dans l'avis 1/91[1014], apparaît une contradiction entre l'objectif d'homogénéité que ces procédés d'arrimage sur le droit de l'Union européenne poursuivent, et les divergences existantes entre l'accord et le droit de l'Union européenne. La Cour avait ensuite examiné l'accord EEE compte tenu de cette contradiction[1015].

684. Du reste, les accords Suisse-UE ne présentent pas le même risque pour l'autonomie de l'ordre juridique de l'Union européenne. En effet, chacun des accords Suisse-UE ne reprend qu'une partie restreinte et sectorielle du droit de l'Union européenne, dont l'application est la plupart du temps soumise au principe d'équivalence[1016]. Considérés isolément[1017], les régimes d'interprétation prévus par chaque accord Suisse-UE ne portent que sur un nombre restreint de dispositions reprises du droit de l'Union européenne, à l'inverse de l'accord EEE (semblable sur ce point à la première version) qui « *reprend une partie essentielle des règles, y compris celles de droit dérivé, qui régissent les relations économiques et commerciales à l'intérieur de la Communauté et qui constituent, pour la plupart, des dispositions*

1011 Voir *supra,* section 2, §1, A.

1012 Voir *infra*, partie 2, titre 1, chapitre 1, section 1, §2, les développements consacrés à l'assimilation de la Suisse à un Etat membre.

1013 Il s'agit de l'accord sur la libre circulation des personnes et l'accord sur le transport aérien. Sur cette clause, voir *supra*, section 2, §3, B.

1014 CJCE, 14 décembre 1991, avis 1/91, précité, pts. 13-29.

1015 *Ibid.*, pts. 30-46.

1016 Voir *supra*, chapitre 1, section 2, n°515 et s.

1017 Le problème apparaît plus clairement lorsque l'on considère non plus chacun des accords Suisse-UE isolément, mais l'ensemble des accords Suisse-UE. Voir *infra*, partie 2, titre 1, n°1051 et s. sur les questions institutionnelles.

fondamentales de l'ordre juridique communautaire »[1018]. En outre, les accords Suisse-UE ne poursuivent pas le même degré d'homogénéité que l'accord EEE dont le Préambule exprimait l'intention des parties contractantes d'assurer une application uniforme de l'accord. La Cour avait alors jugé que cet objectif d'application uniforme « *ainsi poursuivi et reflété dans les articles 6 et 104, paragraphe 1, de l'accord, vise nécessairement tant des dispositions de cet accord que de celles correspondantes dans l'ordre juridique communautaire* »[1019]. Or, d'une part, il n'existe pas dans les accords Suisse-UE de formulation générale d'un objectif d'homogénéité tel qu'il était formulé à l'article 1er du projet d'accord EEE et dans le Préambule; d'autre part, il n'existe pas d'équivalent à l'article 104, paragraphe 1, du projet d'accord EEE ; enfin, seuls deux accords comportent un équivalent de l'article 6 qui impose la prise en compte de la jurisprudence de la Cour de justice antérieure à leur date de signature. Parmi ces deux accords, celui sur le transport aérien comporte un régime spécifique de surveillance, confiée largement aux institutions de l'Union. De ce point de vue, l'accord sur la libre circulation est le plus susceptible de mettre en péril l'autonomie de l'ordre juridique de l'Union européenne. Toutefois, on l'a vu, il ne reprend qu'une partie sectorielle du droit de l'Union européenne, n'affirme pas un objectif général d'homogénéité comparable à l'accord EEE, et ne comporte pas d'équivalent à l'article 104, paragraphe 1. Il est donc peu probable que le régime d'interprétation de l'ALCP conditionne l'interprétation du droit de l'Union européenne sur lesquelles il se fonde.

685. Ainsi et au-delà de la technique commune avec l'accord EEE, les accords Suisse-UE présentent certaines spécificités qui atténuent le risque que leur régime d'interprétation porte atteinte à l'autonomie de l'ordre juridique de l'Union européenne. Un doute subsiste cependant sur deux points.

[1018] CJCE, 14 décembre 1991, avis 1/91, précité, pt. 41. Comme l'explique Jacqueline DUTHEIL DE LA ROCHERE : « *L'élément quantitatif a certainement été pris en considération par la Cour. Celle-ci pourrait probablement accepter que des organismes arbitraux du GATT se prononcent à l'avenir sur tel aspect de règles* […] *identiques en substance à celles de la CEE. Ce qui fait la différence ici et menace véritablement l'autonomie de l'ordre juridique communautaire, c'est l'ampleur du champ couvert par les mêmes règles et dans lequel un juge étranger pourrait intervenir avec autorité* », Jacqueline DUTHEIL DE LA ROCHERE, « L'Espace Economique Européen sous le regard des juges de la Cour de justice des Communautés européennes », précité, spéc. p. 609.

[1019] CJCE, 14 décembre 1991, avis 1/91, précité, pt 43.

iv) Les interrogations sur l'autonomie de l'UE

686. Le doute est d'abord lié à l'ambiguïté de la compétence du comité mixte ALCP en ce qui concerne l'interprétation de cet accord[1020]. Cette compétence ne semble pas limitée comme celle du comité mixte EEE, cet encadrement ayant été jugé par la Cour de justice comme une garantie pour l'autonomie de l'ordre juridique de l'Union européenne.

687. Il faut en effet rappeler que dans la seconde version de l'accord EEE examinée dans l'avis 1/92, l'accord charge le comité mixte de procéder « *à l'examen permanent de l'évolution de la jurisprudence de la Cour de justice des CE et de la [nouvelle] Cour AELE* »[1021]. L'article 105, paragraphe 2, poursuit ainsi : « *A cette fin, les décisions de ces Cours sont transmises au Comité mixte de l'EEE, qui agit de manière à préserver l'interprétation homogène du présent accord* ». Or, pour que cette disposition ne porte pas atteinte à l'autonomie de l'ordre juridique de l'Union européenne, il faut qu'il existe une disposition juridiquement obligatoire, précisant que les décisions prises par le comité mixte n'affectent pas la jurisprudence de la Cour de justice[1022].

688. Or dans l'ALCP, le comité mixte Suisse-UE est chargé en vertu de l'article 16, paragraphe 2, de déterminer les implications de la jurisprudence de la CJUE postérieure à la date de signature de l'accord. Or la compétence ainsi acquise par le comité mixte ALCP n'est pas clairement définie[1023] ; il agit en vertu de l'article 16 « [e]*n vue d'assurer le bon fonctionnement de l'accord* » ce qui peut viser une interprétation homogène de l'accord. Or cette compétence n'est pas encadrée par une disposition équivalente au « procès-verbal agréé à l'article 105 EEE ». En d'autres termes, le régime d'interprétation de l'ALCP, en particulier en ce qui concerne la compétence du comité mixte, ne prévoit donc pas que les décisions prises par celui-ci pour assurer le bon fonctionnement de l'accord ne peuvent

---

1020 Voir, *supra*, 2, b), iii).

1021 Article 105, paragraphe 2, première phrase, de l'accord EEE.

1022 Dans l'accord EEE il existait un « procès-verbal agréé ad article 105 » précisant que 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 ». La Cour a considéré que « *la compétence qu'attribue l'article 105 au comité mixte pour préserver l'interprétation homogène de l'accord n'est compatible avec le traité CEE que si ce principe est énoncé sous une forme qui lie les parties contractantes* » : CJCE, 10 avril 1992, avis 1/92, précité, pt 25.

1023 Sur les réflexions relatives à la compétence du comité mixte, voir *supra*, 2, b), iii).

affecter la jurisprudence de la Cour de justice ; en cette absence, ces règles ne garantissent pas complètement l'autonomie exigée par l'ordre juridique de l'Union européenne[1024].

689. Le respect de l'autonomie de l'UE par les régimes d'interprétation des accords Suisse-UE est également mis en doute lorsque l'on envisage non pas chacun des accords Suisse-UE mais l'ensemble de ces accords. En effet, une approche globale permet de réaliser que les accords sectoriels Suisse-UE reprennent le droit de l'Union dans de vastes domaines du marché intérieur et même dans ceux de la coopération policière et judiciaire. Sur le fondement des accords Suisse-UE, s'applique entre la Suisse et l'Union européenne un droit matériellement basé sur de vastes pans du droit de l'Union. De ce point de vue il semble que, à l'instar de l'accord EEE (et du premier projet), l'ensemble des accords Suisse-UE « *reprend une partie essentielle des règles, y compris celles de droit dérivé, qui régissent les relations économiques et commerciales à l'intérieur de la Communauté et qui constituent, pour la plupart, des dispositions fondamentales de l'ordre juridique communautaire* »[1025]. Or l'ampleur de cette juxtaposition sur le droit de l'Union était un élément de l'accord EEE qui menaçait l'autonomie de l'ordre juridique de l'Union[1026]. En raison de ce risque, le régime d'interprétation doit comporter des garanties suffisantes pour l'ordre juridique de l'Union[1027]. Cette approche globale met en outre en relief l'acuité des questions institutionnelles.

690. Malgré certaines interrogations entourant les règles d'interprétation des accords Suisse-UE, il semble qu'elles accordent à la Suisse et à l'Union européenne une large autonomie. L'absence d'une autorité juridictionnelle unique et indépendante des parties, ainsi que la compétence du comité mixte essentiellement pour le suivi des interprétations, constitue des caractères structurels favorables à l'autonomie des parties. Outre les règles secondaires relatives à l'interprétation des accords Suisse-UE, les règles relatives au

---

1024 Est ici uniquement visée l'autonomie exigée par la Cour de justice.

1025 CJCE, 14 décembre 1991, avis 1/91, précité, pt 41.

1026 Jacqueline DUTHEIL DE LA ROCHERE, « L'Espace Economique Européen sous le regard des juges de la Cour de justice des Communautés européennes », *op.cit.*, spéc. p. 609.

1027 La première version de l'accord EEE a alors été modifiée. Outre le fait qu'il n'existe plus de juridiction commune, la nouvelle rédaction de l'accord comportait un article 105 et un procès verbal agréé à cet article, prévoyant en substance que les décisions prises par le comité mixte pour assurer l'interprétation homogène de l'accord ne peuvent pas affecter la jurisprudence de la Cour de justice. Ces dispositions ont été considérées comme une garantie essentielle pour l'autonomie de l'ordre juridique de l'Union européenne : CJCE, 10 avril 1992, avis 1/92, précité, pts.22-25. Voir les remarques, *supra*.

règlement des différends se caractérisent également par la marge de manœuvre qu'elles confèrent à la Suisse et à l'Union européenne.

C) La préservation de l'autonomie dans le traitement politique des différends liés à l'application des accords

691. L'interprétation et l'application des accords Suisse-UE peuvent donner lieu à des appréciations différentes entre la Suisse et l'Union européenne. Certains accords contiennent ainsi des clauses qui visent à encadrer les comportements des parties susceptibles de donner naissance à une situation conflictuelle[1028]. Si un désaccord se cristallise, opposant durablement la position de la Suisse à celle de l'Union européenne, apparaît un différend. Dans ce cas, les accords peuvent prévoir une procédure destinée à mettre fin au différend. La plupart des accords optent pour une procédure non-juridictionnelle[1029] ; seuls trois accords prévoient la compétence d'un tribunal arbitral mais elle est limitée[1030].

692. Ce choix pour une procédure non-juridictionnelle garantit une large autonomie des parties dans la gestion du contentieux. L'étude des deux mécanismes de règlement non-juridictionnel soulève cependant une interrogation en ce qui concerne la compatibilité, avec l'ordre juridique de l'Union européenne, de la compétence du comité mixte pour régler les différends.

1028 Sont en particulier concernés les cas de modification, par l'une des parties, du régime qu'elle applique à des situations entrant dans le champ d'application de l'accord. S'inscrit dans cette optique l'article 17 de l'accord de 1999 sur la libre circulation des personnes, cité *supra*.

1029 Certains accords, tel que l'accord de 2004 sur les pensions, ne comportent pas de disposition spécifique relative au règlement des différends. Sur cet accord, voir cependant, *infra*, les réflexions de Christine KADDOUS, « La place des Accords bilatéraux II dans l'ordre juridique de l'Union européenne », in C. KADDOUS, M. JAMETTI GREINER (dir.), *Accords bilatéraux II Suisse-UE : et autres accords récents*, Bruxelles, Bruylant, 2006, pp.63-92, spéc. p.77. L'accord de libre-échange de 1972, ne comporte pas non plus de disposition spécifique. Voir cependant l'article 3, paragraphe 4, qui attribue au comité mixte une surveillance de l'application par la Suisse du maintien temporaire des droits correspondant à l'élément fiscal contenu dans les droits de douane à l'importation pour certains produits. En outre, l'article 13 ter prévoit que, à la suite de la modification, par une partie contractante, du régime qu'elle applique aux exportations vers les pays tiers, le comité mixte « *prend note de toute observation de l'autre partie contractante à l'égard de toute distorsion qui pourrait en résulter* ». Sur le règlement des litiges dans l'accord de 1972, voir : Ulf BERNITZ, « The EEC-EFTA Free Trade Agreements with special Reference to the Position of Sweden and the other Scandinavian EFTA Countries », *C.M.L.R.*, 1986, vol. 23, pp.567-590, ainsi que les contributions dans l'ouvrage : Olivier JACOT-GUILLARMOD (dir.), *L'avenir du libre-échange en Europe: vers un Espace économique européen?*, Zürich, Schulthess, 1990, 574 p.

1030 Voir, *infra*, §2, B).

693. Les règles secondaires des accords entre la Suisse et l'Union européenne[1031] visent les différends « *relatifs à l'interprétation ou à l'application* » des accords[1032]. Si cette formulation générale est classique et large, elle est parfois accompagnée d'une précision sur le type de comportements susceptible d'être à l'origine du différend : l'accord sur la lutte contre la fraude précise par exemple : « *Chaque partie contractante peut soumettre* […] *un différend relatif à l'interprétation ou à l'application du présent accord, notamment lorsqu'elle considère qu'une autre partie contractante ne donne pas suite d'une manière répétée aux demandes de coopération qui lui sont adressées* »[1033]. La procédure prévue par chaque accord Suisse-UE vise donc de manière large les différends relatifs à l'interprétation et l'application de l'accord. Le règlement de ces différends peut alors se faire dans le cadre des comités mixtes Suisse-UE (1) même si dans de rares cas, une telle compétence n'est pas prévue (2).

1) Les comités mixtes, cadres de règlement potentiel des différends

694. Les règles du second degré n'imposent pas aux comités mixtes de régler les différends. Pour autant, le caractère faiblement limité de la compétence des comités mixtes (a) soulève des interrogations quant au respect de l'autonomie de l'ordre juridique de l'Union européenne, réflexions qui rejoignent les précédentes relatives à la compétence en matière d'interprétation des comités mixtes (b).

a) La compétence des comités mixtes

695. Le règlement des différends s'effectue en principe dans le cadre du comité mixte chargé de la gestion dudit accord. René SCHWOK souligne qu'en cas de litige : « *There are*

1031 A titre d'exemples, voir l'article 10 de l'accord de 1999 sur les marchés publics (*RO 2002 1951*, JO L 114 du 30.4.2002, p. 430-467) ; l'article 14 de l'accord de 1999 sur la reconnaissance mutuelle en matière d'évaluation de la conformité (*RO 2002 1803 | JO L 114 du 30.4.2002, p.369-429*) ; l'article 7 de l'accord de 1999 relatif aux échanges de produits agricoles (*RO 2002 2147 / JO L 114 du 30.4.2002, p.132-349*) ; l'article 54 de l'accord de 1999 sur le transport de marchandises et de voyageurs par rail et par route (*RO 2002 1649 | JO L 114 du 30.4.2002, p.91-131*) ; l'article 19 de l'accord sur la libre circulation des personnes (*RO 2002 1529 / JO L 114 du 30.4.2002, p.6-72*) ; l'article 40 de l'accord de 2004 sur la lutte contre la fraude (*RO 2009 1299 | JO L 46 du 17.2.2009, p.8-35*); l'article 8, paragraphe 6 de l'accord de 2007 sur la participation de la Suisse au programme communautaire MEDIA 2007 (*RO 2007 6953 / JO L 303 du 21.11.2007, p.11-23*). Les régimes prévus notamment par l'accord de 1999 sur le transport aérien et l'accord de 2004 d'association à Schengen et Dublin sont spécifiques en ce qu'ils apportent des limitations supplémentaires à l'autonomie des parties. Voir, *infra*, §2.

1032 Sur les considérations liées aux différends de nature juridique et politique voir Patrick DAILLIER, Mathias FORTEAU, Alain PELLET, *Droit international public*, 8ème éd., L.G.D.J., Paris, 2009, 1709 p., spéc. p.920 ; voir aussi les observations faites sur les différends soumis à l'arbitrage p. 970.

1033 Article 40, paragraphe 1, de l'accord de lutte contre la fraude, précité.

only political, mixed committees staffed by diplomats, not by lawyers »[1034]. Composé de représentants de la Suisse et de l'Union européenne[1035], le comité mixte, « *s'efforce de régler le différend* » et constitue un cadre politique du règlement des différends relatifs aux accords Suisse-UE[1036]. Dans cette optique, sont transmis au comité mixte « *tous les éléments d'informations utiles pour permettre un examen approfondi de la situation en vue de trouver une solution acceptable* »[1037]. À cet effet, le comité mixte « *examine toutes les possibilités permettant de maintenir le bon fonctionnement* »[1038] de l'accord. L'obligation d'information au comité mixte permet donc à celui-ci de cerner le litige en réunissant l'ensemble des éléments qui en sont à l'origine[1039], afin, dans un second temps, d'envisager une solution acceptable. Le comité mixte doit ainsi examiner diverses possibilités pour permettre d'élaborer une solution. S'il n'est pas tenu de formellement proposer une solution[1040], le comité mixte intervient cependant dans une optique de règlement afin de trouver une solution acceptable.

696. Mais les accords ne posent pas une obligation de régler le différend. Les clauses de règlement des différends des accords Suisse-UE prévoient que le comité mixte « *s'efforce de régler le différend* », ou « *peut régler le différend* »[1041]. Comme l'explique Daniel FELDER, si l'on demande uniquement au comité mixte de s'efforcer de régler le différend et non de le régler, c'est en raison du mode d'adoption des décisions par consensus au sein du comité mixte. Compte tenu de cette exigence d'unanimité entre toutes les parties, il est évident que si « *un différend surgit entre celles-ci lors de l'application de l'accord, il est fort possible que le*

1034 René SCHWOK, « Switzerland's approximation of its legislation to the EU Acquis : specificities, lessons and paradoxes », *The European journal of law reform*, 2007, vol.9, n°3, pp.449-465, spéc. p.462.

1035 Le comité mixte étant composé des représentants des parties contractantes, il réunit également les représentants des Etats membres de l'Union européenne dans les cas où ceux-ci sont parties à l'accord avec la Suisse.

1036 Olivier MACH, « Les accords bilatéraux avec la CE : opportunité et défi pour le juriste », *La Semaine judiciaire*, 2002, II, pp. 325-388, spéc. p. 327.

1037 Formulation de l'article 40, paragraphe 2 de l'accord de 2004 sur la lutte contre la fraude. Voir également l'article 14 de l'accord de 1999 sur la reconnaissance mutuelle en matière d'évaluation de la conformité ou encore l'article 8 de l'accord de 2007 entre sur la participation de la Suisse au programme MEDIA 2007.

1038 *Id.*

1039 Certains éléments rapprochent ainsi cette tâche de celle confiée aux tiers chargés d'une enquête internationale. Voir sur ce point : Patrick DAILLIER, Mathias FORTEAU, Alain PELLET, *Droit international public*, 8ème éd., L.G.D.J., 2009, 1709 p., spéc. p. 930.

1040 Cette considération limite l'analogie avec les commissions de conciliation internationale qui procèdent à un examen des faits mais surtout étudient « *le litige dans tous ses aspects pour pouvoir élaborer une solution* » (Patrick DAILLIER, Mathias FORTEAU, Alain PELLET, *Droit international public*, *op.cit.*, p.930). En ce sens voir également Florence POIRAT, *Le traité, acte juridique international – Recherches sur le traité international comme mode de production et comme produit*, Leiden, M. Nijhoff Publishers, 2004, 506 p., spéc. p. 438.

1041 Formulation de l'article 19, paragraphe 2 de l'accord de 1999 sur la libre circulation des personnes.

différend subsiste après la discussion au sein du comité mixte »[1042]. Le mécanisme de règlement des différends ne constitue donc pas un régime assurant le règlement des différends, mais un mécanisme assurant des conditions favorables au règlement des différends.

697. En outre, les clauses ne précisent pas si le règlement doit être réglé en droit ou s'il peut intégrer des considérations d'opportunité. La seconde option semble cependant se déduire du fait que le comité mixte examine « *plusieurs possibilités* », afin de trouver « *une* » solution « *acceptable* ». Les parties semblent ainsi avoir une certaine latitude dans la résolution du différend, plus grande que lorsque celle-ci est confiée à un juge qui tranche le différend sur la base du droit[1043].

698. Cette latitude du comité mixte soulève certaines interrogations, et c'est ici en particulier celles relatives au respect de l'autonomie de l'ordre juridique de l'Union européenne qui doivent être relevées[1044].

b) La portée de cette compétence à l'égard de l'autonomie de l'UE

699. Le choix pour un règlement non-juridictionnel des différends dans la plupart des accords Suisse-UE s'explique en particulier par la réticence de l'Union européenne de soumettre à une autre juridiction que la CJUE les contentieux liés à des accords intégrés à son ordre juridique[1045]. Pour préserver la compétence de la CJUE – et l'autonomie corrélative de son ordre juridique – l'Union européenne a très largement refusé les

---

[1042] Daniel FELDER, « Cadre institutionnel et dispositions générales des Accords bilatéraux II (sauf Schengen/Dublin), in C. KADDOUS, M. JAMETTI GREINER (dir.), Accords *bilatéraux II Suisse-UE : et autres accords récents*, Bruxelles, Bruylant, 2006, pp. 93-117, spéc. pp.108-109. Dans le même sens, le Directeur des Affaires juridiques du Secrétariat de l'AELE relevait, à propos des accords de libre-échange de 1972 (dont l'accord Suisse-CEE): « *Since decisions of this body* [the Joint Committee], *which is composed of the two parties of each FTA, requires unanimity, it is obviously not very suitable for dispute settlements* » : NORBERG Sven, « The Creation of a European Economic Space. Legal Challenges Seen from an EFTA Point of View », in O. JACOT-GUILLARMOD (dir.), *L'avenir du libre-échange en Europe : vers un Espace économique européen ?*, Zurich, Schulthess, 1990, pp.159-171, spéc. p.169. La pratique confirmera ce risque, la Suisse et l'Union européenne étant en désaccord sur certaines interprétations de l'accord sur le libre-échange de 1972 (parfois appelé « contentieux des impositions cantonales »), et surtout sur l'accord de libre circulation des personnes de 1999 (avec notamment l'obligation de déclaration préalable des prestataires indépendants, ou l'activation de la clause de sauvegarde par la Suisse en 2012).

[1043] Voir Patrick DAILLIER, Mathias FORTEAU, Alain PELLET, *Droit international public*, *op.cit.*, p.921 ; et Pierre-Marie DUPUY, Yann KERBRAT, *Droit international public*, Paris, Dalloz, 2014, 12ème édition, 811 p., spéc. p. 615.

[1044] Sur les interrogations relatives à l'incidence de ces règles sur la nature de l'ensemble juridique formé entre la Suisse et l'Union européenne, voir, *infra*, partie 2, titre 2, chapitre 2, section 1.

[1045] Pour une analyse approfondie des systèmes de règlement des différends des accords Suisse-UE, à la lumière des systèmes de règlement contenus dans les autres accords conclus par l'Union européenne, voir Christine KADDOUS, « Les accords sectoriels dans le système des relations extérieures de l'Union européenne », in D. FELDER, C. KADDOUS (dir.), *Accords bilatéraux Suisse - UE (Commentaires)*, Bruxelles, Bruylant, 2001, pp. 77-115, spéc. pp. 96-98, et Christine KADDOUS, *Le droit des relations extérieures dans la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes*, Bruxelles, Bruylant, 550 p., p. 146 et s.

propositions de la Suisse visant à instaurer un règlement judiciaire des différends[1046]. Le fait de refuser un règlement judiciaire autre que celui que pourrait apporter la Cour de justice est ainsi présenté comme un moyen pour l'Union européenne de préserver l'autonomie de son ordre juridique. Il apparaît évident qu'en ne posant pas d'obligation de régler les différends, et ce par une juridiction indépendante des parties qui trancherait le litige en droit, les règles secondaires relatives au règlement des différends n'apportent pas de limitation supplémentaire dans la liberté décisionnelle des parties.

700. Pourtant, en l'absence d'encadrement de cette compétence, l'autonomie de l'Union européenne peut être affectée, même si cette atteinte n'est pas forcément excessive et problématique. En effet, et si l'on reprend les avis de la Cour de justice relatif à l'accord EEE[1047], dans l'avis 1/92, la Cour constatait que le comité mixte EEE était compétent, selon l'article 111, pour régler tout différend relatif à l'interprétation et l'application de l'accord EEE[1048]. Ce différend peut porter, en vertu de l'article 105, sur une divergence entre les jurisprudences de la Cour AELE et de la Cour de justice de l'UE, rendues sur des dispositions de l'accord calquées sur la législation communautaire. Or selon la Cour, l'attribution de cette compétence contentieuse au comité mixte soulève le même problème que celui qu'elle a relevé au point 22 pour sa compétence en matière d'interprétation[1049] : si cette compétence devait être entendue « *comme comportant la possibilité, pour le comité mixte, de méconnaître le caractère contraignant des décisions de la Cour dans l'ordre juridique communautaire* », elle porterait atteinte à l'autonomie de l'ordre juridique communautaire. Si la Cour a accepté le régime de règlement des différends de l'accord EEE, c'est

---

1046 Daniel FELDER, « Appréciation juridique et politique du cadre institutionnel et des dispositions générales des accords sectoriels », in D. FELDER, C. KADDOUS (dir.), *Accords bilatéraux Suisse-UE*, *op.cit.*, pp.117-148, spéc. p.135.

1047 Les avis de la Cour de justice rendus sur le premier projet d'accord EEE et l'accord EEE peuvent fournir des éléments de réponse, comme pour l'étude du régime d'interprétation, le régime de règlement des différends des accords Suisse-UE reprenant en partie celui de l'accord EEE :

Les clauses de règlement des accords Suisse-UE ressemblent en particulier aux deux premiers paragraphes de l'article 111 de l'accord EEE ainsi rédigé: « *1. La Communauté ou un État de l'AELE peut soumettre tout différend relatif à l'interprétation ou à l'application du présent accord au Comité mixte de l'EEE conformément aux dispositions ci-après.*
2. Le Comité mixte de l'EEE peut régler le différend. Tous les éléments d'information utiles pour permettre un examen approfondi de la situation en vue de trouver une solution acceptable sont fournis au Comité mixte de l'EEE. A cet effet, le Comité mixte de l'EEE examine toutes les possibilités permettant de maintenir le bon fonctionnement du présent accord ».

1048 CJCE, 10 avril 1992, *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, *Rec.* 1992, p. I-02821, pt 26.

1049 Sur la compétence des comités mixtes chargés des accords Schengen et Dublin voir *infra* B), 1.

uniquement parce qu'il existait dans l'accord EEE un procès-verbal agréé à l'article 105, précisant que les décisions prises par le comité mixte ne peuvent en aucun cas affecter la jurisprudence de la Cour de justice, et sous la stricte condition que ce principe lie les partie contractantes[1050].

701. Certes, les accords Suisse-UE ne précisent pas que le comité mixte qu'ils instituent peut régler un différend relatif à une divergence entre les jurisprudences du Tribunal fédéral et de la Cour de justice rendues sur les dispositions inspirées du droit de l'Union européenne. Cependant ils n'excluent pas cette possibilité, qui se trouve nécessairement incluse dans la compétence à l'égard de « *tout différend relatif à l'interprétation ou l'application de l'accord* ». En l'absence d'une garantie comparable au procès-verbal agréé à l'article 105 de l'accord EEE, il est donc possible que le régime des accords Suisse-UE, en ce qui concerne la compétence des comités mixtes en matière de règlement des différends, n'apporte pas les garanties adéquates pour préserver l'autonomie de l'ordre juridique de l'Union européenne. Pour autant, cette hypothèse doit être confrontée au fait que les accords Suisse-UE ne soient pas complètement assimilables à l'accord EEE : le rattachement au droit de l'Union européenne étant moins fort, le risque d'atteinte à l'autonomie de l'ordre juridique de l'Union européenne l'est également[1051]. En outre, ces réflexions portent sur l'autonomie de l'ordre juridique de l'Union européenne. La capacité décisionnelle de ses structures politiques n'est pas atteinte dès lors que le comité mixte ne peut régler les différends qu'avec l'accord commun de la Suisse et de l'Union. Ainsi, hormis cette interrogation sur l'autonomie de l'ordre juridique de l'Union européenne, les règles secondaires relatives au règlement des différends assurent une large autonomie à la Suisse et à l'Union européenne, légèrement encadrée par l'intervention du comité mixte.

2) Le règlement non-juridictionnel hors du cadre des comités mixtes

702. Certains accords comme celui sur la fiscalité de l'épargne et celui sur les pensions, n'instituent pas de comité mixte[1052]. Le premier prévoit qu'en cas de désaccord entre

---

1050 CJCE, 10 avril 1992, avis 1/92, précité, pt 29.

1051 Voir les remarques faites sur les limites de la comparaison, *supra*, 2, c).

1052 Accord du 26 octobre 2004 entre la Confédération suisse et la Communauté européenne prévoyant des mesures équivalentes à celles prévues dans la directive 2003/48/CE du Conseil en matière de fiscalité des revenus de l'épargne sous forme de paiements d'intérêts (*RO 2005 2571 |JO L 385 du 29.12.2004, p. 30-42*) ; accord du 26

l'autorité suisse compétente et celle d'un ou plusieurs Etats membres[1053], ces autorités s'efforcent de le régler par voie d'accord amiable[1054]. A nouveau, cette disposition n'oblige qu'à un effort de régler le différend. Par contre elle présente une petite spécificité puisqu'elle ne régit pas le traitement des différends entre parties contractantes mais un désaccord entre les autorités de la Suisse et des Etats membres de l'Union européenne. Toutefois la Commission européenne est associée au résultat des consultations entre ces autorités étatiques ; en outre, l'accord prévoit la possibilité pour la Commission de participer aux consultations, en ce qui concerne les questions d'interprétation et à la demande de toute autorité compétente[1055]. Quant à l'accord sur les pensions, il ne contient pas de disposition spécifique destinée à encadrer le règlement des différends. Le Professeur Christine KADDOUS considère toutefois que la « *volonté de gérer et de régler les litiges de manières diplomatique et sur une base ponctuelle entre parties contractantes semble également constituer le fondement de [cet] accord* »[1056]. Ainsi, le règlement des différends nés de l'interprétation ou de l'application des accords Suisse-UE s'effectue de manière diplomatique.

703. En conclusion, l'autonomie des parties en ce qui concerne le règlement des différends relatifs à l'interprétation des accords Suisse-UE n'est que faiblement encadrée. Elles ont surtout une obligation d'information et de consultation. Contraignante par définition, cette obligation ne limite cependant pas la Suisse et l'Union européenne dans l'interprétation de l'accord qui fait l'objet du différend. Cette obligation est au demeurant très classique : le droit international oblige uniquement les parties à un règlement pacifique des différends mais n'exige pas que celles-ci parviennent à un règlement effectif ni qu'elles recourent à un mode de règlement plutôt qu'un autre[1057]. L'intervention du comité mixte apporte une certaine orientation des discussions relatives au règlement des

---

octobre 2004 entre le Conseil fédéral suisse et la Commission des Communautés européennes en vue d'éviter la double imposition des fonctionnaires retraités des institutions et agences des Communautés européennes résidant en Suisse (*RO 2005 2187*).

1053 Article 11, renvoyant à la liste des autorités compétentes établie en annexe I à l'accord sur la fiscalité de l'épargne.

1054 Article 12 de l'accord sur la fiscalité de l'épargne.

1055 Article 12 précité.

1056 Christine KADDOUS, « La place des Accords bilatéraux II dans l'ordre juridique de l'Union européenne », in C. KADDOUS, M. JAMETTI GREINER (dir.), *Accords bilatéraux II Suisse-UE : et autres accords récents*, Bruxelles, Bruylant, 2006, pp. 63-92, spéc. p. 77.

1057 Patrick DAILLIER, Mathias FORTEAU, Alain PELLET, *Droit international public*, 8ème éd., L.G.D.J., Paris, 2009, 1709 p., spé. pp.917-921, et les références citées. Voir également, Carlo SANTULLI, *Droit du contentieux international*, Montchrestien, Paris, 2005, 584 p., spé. p.12

différends : sans apparaître comme un tiers intervenant dans le règlement des différends, le comité mixte constitue cependant un « organe » préconstitué et doté d'une fonction spécifique : s'assurer du bon fonctionnement de l'accord dont il a la charge. Il ne faut donc pas sous-estimer son intervention dans le processus de règlement des différends : tout en étant composé des représentants des parties contractantes, le comité mixte possède une existence juridique en vertu des accords, une fonction générale et une compétence orientée vers la résolution du différend, à l'égard de laquelle les parties sont tenues de remplir certaines obligations telle que la transmission de toutes les informations utiles[1058]. Cependant il ne possède pas de compétence qui limiterait l'autonomie décisionnelle des parties puisque le comité mixte adopte des décisions à l'unanimité.

Les règles secondaires des accords Suisse-UE relatives au règlement des différends, et plus largement à la mise en œuvre et la surveillance des accords, garantissent aux parties une large autonomie exécutive et décisionnelle. Tout en caractérisant de manière globale les accords Suisse-UE, cette affirmation est un peu nuancée dans certains accords qui établissent un régime spécifique de mise en œuvre et d'exécution.

§ 2 – L'encadrement renforcé de la mise en œuvre de certains accords, limite à l'autonomie équivoque pour l'arrimage au droit de l'UE

704. Certains accords apportent des limitations supplémentaires à l'autonomie des parties. Ces limitations revêtent des formes différentes et il n'est pas aisé de déterminer quel type de clause est la plus contraignante, ni de rattacher à une logique particulière l'objectif que poursuivent ces règles secondaires.

705. On soulignera ici les cas particuliers de l'accord sur les marchés publics qui confie la surveillance de l'exécution des règles qu'il pose à une autorité indépendante compétente à la fois pour recevoir les réclamations sur l'application de cet accord, mais aussi pour initier des actions contre les entités soumises aux règles de passation des

[1058] Voir, *infra*, partie 2, titre 2, chapitre 1, les réflexions plus générales sur la nature des comités mixtes.

marchés[1059]. Il en va de même des procédures particulières prévues dans certains accords pour assurer le contrôle des fonds de l'Union européenne engagés dans les programmes dont peuvent prétendre les personnes physiques ou morales suisses en vertu de l'accord, ou pour assurer le contrôle du niveau de certifications assurées par les organismes en Suisse ou dans un Etat membre de l'Union dont l'action est reconnue mutuellement en vertu de l'accord[1060].

706. Par contre les règles de surveillance de l'application des trois accords fondés sur une reprise de l'acquis de l'Union européenne (accords sur le transport aérien de 1999, et d'association à Schengen et Dublin de 2004) sont différentes mais elles ont en commun de rechercher une uniformité d'application laquelle implique une certaine limitation de l'autonomie des parties. Autonomie et européanité sont donc liées en ce que le rattachement particulièrement fort au droit de l'Union européenne opéré par les règles primaires, semble avoir nécessité une limitation supplémentaire de l'autonomie par les règles secondaires (A). Dans trois autres accords de 1978, 1989 et 2009, est prévu que les différends seront soumis à un tribunal arbitral, procédé de règlement juridictionnel des différends qui limite l'autonomie de la Suisse et de l'Union européenne. Pourtant, ce type de règles secondaires entretient un rapport ambigu avec l'européanité des règles primaires parce que la juridictionnalisation des rapports Suisse-UE pour le règlement des différends nés de l'application des accords implique de s'accorder sur le choix d'une juridiction qui satisferait la Suisse, Etat qui n'appartient pas à l'Union européenne, et l'Union européenne, dont la reprise de son droit met en jeu l'autonomie de son ordre juridique (B).

1059 Article 8, intitulé « Autorité de surveillance », de l'accord du 21 juin 1999 sur certains aspects relatifs aux marchés publics, *RO 2002 1951*, JO L 114 du 30.4.2002, p. 430-467.

1060 L'accord 21 juin 1999 relatif à la reconnaissance mutuelle en matière d'évaluation de la conformité (*RO 2002 1803 | JO L 114 du 30.4.2002, p.369-429*) pose le principe d'une reconnaissance mutuelle des évaluations de la conformité réalisées par des organismes en Suisse et dans les Etats de l'Union européenne mais permet exceptionnellement à chaque partie « *de contester la compétence technique des organismes d'évaluation de la conformité proposés par l'autre Partie ou reconnus et placés sous la juridiction de l'autre Partie* » (article 8, paragraphe 1). Dans ce cas, en présence d'un désaccord entre les Parties – qui doit être « confirmé » au sein du comité mixte – une « *vérification, selon les exigences requises, de la compétence technique de l'organisme d'évaluation de la conformité contesté est réalisée conjointement par les Parties, avec la participation des autorités compétentes concernées* ». Cela signifie par exemple que le comité mixte pourra décider de procéder à la vérification des organismes en Suisse par les autorités suisses et celles de l'Union européenne. Adoptée à l'unanimité et de manière casuistique, une telle décision ne limite pas fortement l'autonomie de chaque partie. Toutefois, cette disposition est importante car elle affirme que la confiance accordée par la reconnaissance mutuelle peut être mise en doute et nécessiter une vérification par une partie de l'organisme de certification installé sur le territoire de l'autre partie.

A) *La limitation de l'autonomie par les règles secondaires de surveillance de l'application des règles primaires reprenant le droit de l'UE, garantie de leur application uniforme*

707. Les accords d'association à Schengen et Dublin, et l'accord sur le transport aérien se distinguent des autres accords par leur fort arrimage sur le droit de l'Union européenne. D'une part, celui-ci constitue très largement la base matérielle des règles – du premier degré – de ces accords[1061]. En outre, l'application de ce droit suit le principe de reprise, qui signifie d'une part la reprise littérale de l'acquis de l'Union en ce qui concerne le transport aérien, Schengen et Dublin[1062], d'autre part la reprise dynamique de ce droit[1063]. Enfin, l'application de ce droit doit tenir compte de la jurisprudence de la Cour de justice[1064].

708. Pour maintenir, au niveau de l'interprétation et de l'application, l'européanité mise en place, les accords utilisent différents types de règles du second degré, qui limitent l'autonomie respective de la Suisse et de l'Union européenne. L'accord sur le transport aérien confie aux institutions de l'Union européenne la surveillance de l'application des dispositions en matière de concurrence, y compris en ce qui concerne les entreprises établies en Suisse. Cette attribution de compétences à ces institutions limite ainsi l'autonomie de la Suisse à l'égard de l'application de l'accord ; on verra cependant qu'elle n'est peut-être pas sans incidence sur l'autonomie de l'Union européenne puisqu'elle est susceptible d'ouvrir le système juridictionnel à un Etat tiers (1). Quant aux accords d'association à Schengen et Dublin, ils comportent plusieurs règles qui limitent l'autonomie de la Suisse comme celle de l'Union européenne. La faculté pour la Suisse de présenter des observations devant la CJUE, le suivi des interprétations assuré par les

---

1061 Les accords reprennent des dispositions du droit de l'UE, qu'il s'agisse des traités ou du droit dérivé, ce dernier étant surtout listé en annexe. Des exemples tirés de l'accord sur le transport aérien ont servi à mettre en évidence ce procédé assurant l'européanité du droit applicable, *supra*, chapitre 1, section 1, §1. S'agissant de l'accord Schengen, l'article 2, paragraphe 1, de l'AAS, renvoie à une liste d'actes de l'acquis Schengen énumérés en annexe A, qui doit être mis en œuvre et appliqués par la Suisse.

1062 Voir, *supra*, chapitre 1, section 2, n°472 et s.

1063 La reprise des nouveaux développements sera étudiée au titre du développement des accords, *infra*, section 2. Il suffit de signaler que dans ces trois accords, la Suisse s'est engagée à reprendre les nouveaux développements de l'acquis de l'Union. Pour l'accord d'association à Schengen, voir par exemple l'article 2, paragraphes 2 et 3.

1064 Pour l'accord sur le transport aérien, voir, *supra*, chapitre 1, section 3, §2. Pour l'accord d'association à Schengen, elle semble résulter de l'article 9, paragraphe 1, qui prévoit que : « *Chaque année, la Suisse présente un rapport au comité mixte sur la manière dont ses autorités administratives et ses juridictions ont appliqué et interprété les dispositions visées à l'art. 2, telles qu'interprétées le cas échéant par la Cour de justice* ».

comités mixtes et surtout la cessation des accords en cas de divergence persistantes, sont également de nature à limiter l'autonomie de la Suisse et celle de l'Union européenne (2).

1) *La limitation de l'autonomie de la Suisse dans l'accord sur le transport aérien*

709. L'accord de 1999 sur le transport aérien (ATA)[1065] est souvent qualifié d'accord « d'intégration »[1066], parce qu'il est fondé sur une reprise de l'acquis de l'Union en matière d'aviation[1067], et confie aux institutions de l'Union européenne certains pouvoirs en matière de surveillance et de contrôle des règles de l'UE contenues dans l'accord.

710. Le principe, fixé à l'article 18, paragraphe 1, reste celui de la compétence et de la responsabilité de chaque partie pour assurer l'application correcte de l'accord sur le transport aérien sur son propre territoire. Est même précisée que cette responsabilité couvre notamment l'exécution « *des règlements et directives visés à l'annexe* ».

711. Toutefois, ce principe connaît des atténuations[1068] découlant de l'attribution de compétences aux institutions de l'Union européenne, et la limitation corrélative de la Suisse pour assurer la mise en œuvre des règles du premier degré contenues dans l'accord. Cette compétence résulte soit de la reprise substantielle de dispositions du droit de l'Union européenne, soit de la reprise d'actes de l'UE qui confèrent certains pouvoirs aux institutions européennes.

1065 Accord du 21 juin 1999 sur le transport aérien (*RO 2002 1705 / JO L 114 du 30.4.2002, p.73-90*).

1066 Christine KADDOUS, « Les accords sectoriels dans le système des relations extérieures de l'Union européenne », in D. FELDER, C. KADDOUS (dir.), *Accords bilatéraux Suisse - UE (Commentaires)*, Bruxelles, Bruylant, 2001, pp.77-115, spéc. p.79 ; Daniel FELDER, « Appréciation juridique et politique du cadre institutionnel et des dispositions générales des accords sectoriels », in D. FELDER, C. KADDOUS (dir.), *Accords bilatéraux Suisse-UE*, *op.cit.*, pp.117-148, spéc. p.126. Il est aussi qualifié « *d'accord d'intégration partiel* » (message du Conseil fédéral du 23 juin 1999 relatif à l'approbation des accords sectoriels entre la Suisse et la CE, *FF 1999, vol. VI, n°34, pp. 5440-6398*, spéc. p. 5468) ou « *d'accord d'intégration partielle* » (Daniel FELDER, « Appréciation juridique et politique du cadre institutionnel et des dispositions générales des accords sectoriels », *op. cit.*, spéc. p.131). Fabrice FILLIEZ, Hanspeter MOCK, « La Suisse et l'Union européenne : état des lieux d'une relation sui generis », *JdT. Droit européen* n°130, 2006, pp.161-168, spéc. p. 163 qui soulignent son « *caractère d'intégration marqué bien que partiel* ». Dans la doctrine anglophone, on trouve l'expression « *partial integration agreement* » (Stephan BREITENMOSER, « Sectoral agreements between the EC and Switzerland : contents and context », *C.M.L.R.* 2003, vol. 40, n°5, pp.1137-1186, spéc. p.1171; Laurent GOETSCHEL, « Switzerland and European Integration : Change Through Distance », *E.F.A.R.*, 2003, vol. 8, n°3, pp.313-330, spéc. p.326). Et en allemand, celle de « *partieller Integrationsvertrag* » (Bruno SPINNER, « Rechtliche Grundlagen und Grenze für bilaterale Abkommen», in D. FELDER, C. KADDOUS (dir.), *Accords bilatéraux Suisse - UE*, *op.cit.*, pp.13-19, spéc. p.15). Pour des contributions en allemand spécialisées sur cet accord, voir André AUER, « Das Abkommen über den Luftverkehr : eine politische Würdigung », in D. FELDER, C. KADDOUS (dir.), *op.cit.*, pp.435-442 ; Urs HALDIMANN, « Grundzüge des Abkommens über den Luftverkehr », in C. KADDOUS, D. FELDER (dir.), *Accords bilatéraux Suisse-UE*, *op.cit.*, pp.443-477 ; HIRSBRUNNER Simon, « Die kartellrechtlichen Bestimmungen des Abkommens über den Luftverkehr », in D. FELDER, C. KADDOUS (dir.), *Accords bilatéraux Suisse-UE*, *op.cit.*,, pp.463-477.

1067 Voir, *supra*, chapitre 1, section 2, §1.

1068 Il s'exerce en effet « *Sans préjudice du par. 2* [qui concerne le chapitre 3] *ainsi que du chap. 2* » (article 18, paragraphe 1).

712. En premier lieu, le chapitre 2 confie aux institutions de l'Union européenne des compétences pour assurer l'application des règles de concurrence dont on a vu qu'elles constituent des références implicites au droit de l'Union, c'est-à-dire des reprises substantielles de dispositions du droit de l'Union[1069]. Parmi les règles primaires inspirées du droit de l'Union, en matière de concurrence, l'article 11 confie aux institutions de l'Union l'application des articles 8 et 9 (qui interdisent respectivement les accords, décisions et pratiques concertées ayant pour objet ou pour effet d'empêcher, de restreindre ou de fausser la concurrence d'une part, et les abus de position dominante d'autre part), ainsi que le contrôle des concentrations d'entreprises[1070]. Ce sont donc la Commission européenne et la Cour de justice de l'Union européenne qui sanctionneront la violation des règles de concurrence contenues dans l'accord sur le transport aérien. Une telle compétence des institutions de l'Union est cependant circonscrite[1071], encadrée[1072] et de portée pratique limitée dès lors que la « doctrine des effets » (reconnue aussi en droit suisse) permettait déjà aux institutions de l'Union de sanctionner les comportements des entreprises suisses ayant des effets sur le territoire de l'Union européenne[1073]. Sous réserve de ces limitations, l'accord sur le transport aérien est spécifique par le rôle qu'il confie aux institutions de l'Union pour contrôler les règles relatives à la concurrence, calquées sur celles du marché intérieur, et contribue ainsi à réaliser la coïncidence du droit applicable dans la relation Suisse-UE et dans ce domaine du marché intérieur[1074].

1069 Voir, *supra*, chapitre 1, section 1, §1, A.

1070 Article 11, paragraphe 1, ATA : « *Les art. 8 et 9 sont appliqués et les concentrations d'entreprises contrôlées par les institutions communautaires, conformément à la législation communautaire figurant à l'annexe du présent Accord, en tenant compte de la nécessité d'une coopération étroite entre les institutions communautaires et les autorités suisses.* »

1071 Elle est d'abord limitée puisque sont exclus du contrôle, les comportements visés aux articles 8 et 9 dont les effets sont circonscrits au territoire suisse d'une part (article 10 ATA), et les règles relatives aux aides d'Etat d'autre part (article 14 ATA). Cette dernière exclusion s'explique par la sensibilité politique de cette règle : le Conseil fédéral souligne par exemple qu'en ce qui concerne les aides d'Etat, chacune des parties contractantes « *veille souverainement* » à ce que les règles de l'accord soient respectées sur son territoire (Message du Conseil fédéral du 23 juin 1999, précité, p. 5469 ; en ce sens, voir Daniel FELDER, « Appréciation juridique et politique du cadre institutionnel et des dispositions générales des accords sectoriels », *op. cit.*, spéc. p. 131). Toutefois l'article 14 instaure les conditions d'un suivi attentif, par les parties contractantes, des dispositions relatives aux aides d'Etat, et permet aussi à chacune de présenter ses observations dans les procédures engagées par l'autre partie, avant qu'une décision définitive ne soit prise.

1072 Les institutions de l'Union européenne doivent « *tenir compte de la nécessité d'une coopération étroite entre les institutions communautaires et les autorités suisses* » (article 11, paragraphe 1 ATA).

1073 Message du Conseil fédéral du 23 juin 1999, précité, p. 5469 ; Daniel FELDER, « Appréciation juridique et politique du cadre institutionnel et des dispositions générales des accords sectoriels », précité, p. 131.

1074 Voir, *supra*, chapitre 1, section 2, §1, sur les éléments révélant le principe de reprise parmi lesquels figure cette compétences des institutions de l'Union européenne, et la signification de ce principe.

713. En second lieu, le chapitre 3 relatif aux droits de trafic, renvoie expressément à des actes de l'Union européenne[1075] dont on a vu qu'ils désignent directement les règles primaires applicables[1076]. L'article 18, paragraphe 2, précise que cette reprise du droit de l'Union européenne s'étend aux règles secondaires contenues dans ces actes de l'Union européenne : « *Dans les cas susceptibles de concerner les services aériens devant être autorisés aux termes du chap. 3 du présent Accord, les institutions communautaires disposent des pouvoirs qui leur sont conférés en vertu des règlements et directives dont l'application est expressément confirmée dans l'annexe du présent Accord* ». Si de nouveau cette compétence est limitée[1077] et encadrée[1078], cette extension conventionnelle des institutions de l'Union européenne en ce qui concerne les services aériens peut être considérée comme une exception à l'autonomie de chaque partie pour assurer l'exécution des accords sur son propre territoire[1079].

714. Enfin, il faut souligner un élément important en ce qui concerne les règles du second degré relatives aux règles du premier degré. Puisque l'accord sur le transport aérien réalise une reprise des règles primaires de l'Union européenne, et de certaines règles secondaires, l'article 20 précise que dans le domaine du transport aérien, « *les questions concernant la validité des décisions prises par les institutions de la Communauté sur la base de leurs compétences aux termes du présent Accord relèvent de la compétence exclusive de la Cour de justice des Communautés européennes* ». Cette disposition apparaît logique au regard de la structure de cet accord qui reprend le droit de l'Union européenne et vise à insérer la Suisse dans l'espace européen de l'aviation civile. Elle est néanmoins intéressante à plusieurs égards.

715. Tout d'abord, elle tend à signifier que c'est bel et bien le droit de l'Union qui est appliqué dans la relation Suisse-UE et non un droit repris qui serait « transformé » par le jeu du renvoi conventionnel. Ainsi, si une question se posait à l'égard des décisions prises

---

1075 Voir, *supra*, chapitre 1, section 1, §1, B) sur les références explicites au droit de l'Union européenne.

1076 Voir, *supra*, chapitre 1, section 2, §1, sur le principe de reprise.

1077 L'accord prévoit cependant un cas particulier : « *dans les cas où la Suisse a pris ou envisage de prendre des mesures de protection de l'environnement, en application soit de l'art. 8, par. 2, soit de l'art. 9 du règlement (CEE) no 2408/92 du Conseil, le Comité mixte, à la demande d'une des Parties contractantes, statue sur la conformité de ces mesures avec le présent Accord* ».

1078 Article 18, paragraphe 3, lu en combinaison avec l'article 19, paragraphe 2. L'article 19 garantit que les autorités suisses seront pleinement informées et mises à même de présenter leurs observations avant qu'une décision définitive soit prise par les institutions de l'Union européenne

1079 Voir en ce sens : Christine KADDOUS, « Les accords sectoriels dans le système des relations extérieures de l'Union européenne », *op. cit.*, spéc. p.95 ; Stephan BREITENMOSER, « Sectoral agreements between the EC and Switzerland : contents and context », *op. cit.*, spéc. p. 1172.

en exécution du renvoi au droit de l'Union, elle concernerait le droit de l'Union européenne de base. Cette disposition informe donc à la fois sur la signification du principe de reprise qui tend à la coïncidence du droit de base et du droit applicable dans la relation Suisse-UE[1080], et sur son incidence corrélative pour l'autonomie de l'ordre juridique de l'Union, dès lors que l'interprétation de l'accord sur le transport aérien a une incidence directe sur celle des dispositions correspondantes du marché intérieur[1081].

716. Ensuite, l'intérêt de cette disposition résulte de sa portée incertaine. Elle suppose évidemment qu'une entreprise suisse, souhaitant contester une sanction infligée par la Commission européenne devra contester cette dernière devant la Cour de justice de l'Union européenne. Mais la formulation générale de cette disposition pose la question de la compétence de la Cour de justice pour connaître d'un recours formé contre une décision de la Commission, non pas par une entreprise suisse, mais par l'Etat suisse. C'est le problème qui s'est posé dans l'affaire dite de l'aéroport de Zurich précédemment évoquée[1082]. L'article 20 présente ainsi les potentialités d'une règle secondaire relative au règlement des différends nés de l'application de l'accord sur le transport aérien.

717. Cette compétence des institutions de l'Union européenne pour la surveillance des règles primaires de l'ATA, et la limitation corrélative de l'autonomie de la Suisse sont ainsi directement liées à l'européanité de ces règles, sans toutefois en être le corollaire nécessaire. Cette compétence des institutions de l'Union européenne est liée à l'européanité des règles primaires qui reprennent le droit de l'Union, et assure ainsi l'homogénéité du droit recherchée et nécessaire au bon fonctionnement de cet accord[1083]. Cette compétence est cependant spécifique à l'accord sur le transport aérien : « *C'est, à ce jour, le seul accord entre la Suisse et l'Union européenne dans lequel la Suisse reconnaît des compétences de surveillance et d'interprétation aux institutions communautaires* »[1084]. Une telle

---

1080 Voir, *supra*, chapitre 1, section 2, §1, les ambiguïtés constatées.

1081 Voir, *supra*, §1, B), les réflexions menées à partir de l'accord EEE.

1082 Voir, *supra*, §1, A).

1083 Le Conseil fédéral explique : « *Dans ce domaine, la Suisse s'est engagée à reprendre l'acquis communautaire pertinent dont l'application et l'interprétation sont partiellement contrôlées par les institutions communautaires. Un tel accord d'intégration impose l'objectif d'homogénéité des règles […] des parties contractantes, de leur application et de leur interprétation (notamment afin que la concurrence ne soit pas faussée)* » : Message du Conseil fédéral du 23 juin 1999, précité, p. 5468.

1084 Fabrice FILLIEZ, Hanspeter MOCK, « La Suisse et l'Union européenne : état des lieux d'une relation sui generis », *Journal des tribunaux. Droit européen* n°130, 2006, pp.161-168, spéc. p. 163.

compétence n'est pas prévue dans les autres accords Suisse-UE : ni dans les autres accords de libéralisation, ni dans les autres accords fondés sur la reprise de l'acquis de l'Union[1085]. Ces derniers établissent d'autres formes de limitation de l'autonomie des parties, et notamment de l'autonomie de la Suisse et leurs règles secondaires sont elles-aussi destinées à maintenir l'européanité des règles primaires.

2) *La limitation de l'autonomie de la Suisse et de l'UE dans les accords Schengen et Dublin*

718. L'accord d'association de la Suisse à l'acquis Schengen (AAS) et l'accord d'association de la Suisse à l'acquis Dublin (AAD)[1086] reprennent l'acquis de l'Union européenne. Anne CORNU[1087] met en évidence l'ensemble des mécanismes utilisés pour assurer l'uniformité dans l'application des règles de l'acquis Schengen et Dublin : au niveau législatif, par une reprise de l'acquis existant[1088] et par le principe du dynamisme des accords[1089] ; au niveau de la pratique administrative et de la jurisprudence, l'auteur souligne plusieurs mécanismes. L'étude de ces mécanismes destinés à assurer l'uniformité de l'application du droit montre qu'ils supposent une limitation de l'autonomie de la Suisse et celle de l'Union européenne. La faculté pour la Suisse de présenter des mémoires devant la CJUE limite peut-être l'autonomie de l'Union européenne (a) ; les règles de suivi des interprétations données limitent peut-être l'autonomie de la Suisse mais aussi celle de l'Union européenne (b). Plus nettement, les conséquences attachées aux divergences d'interprétation, notamment la cessation automatiques des accords, limitent l'autonomie de la Suisse et de l'UE mais dans le même temps elles préservent l'uniformité de l'espace Schengen et Dublin de l'Union européenne (c).

1085 Il faut dire que le domaine des accords d'association à Schengen et Dublin, ainsi que les règles qu'ils contiennent, ne se prêtent pas aux mêmes solutions institutionnelles.

1086 Accord du 26 octobre 2004 sur l'association de la Confédération suisse à la mise en œuvre, à l'application et au développement de l'acquis de Schengen (*RO 2008 481 / JO L 53 du 27.2.2008, p. 52-79*) ; Accord du 26 octobre 2004 relatif aux critères et aux mécanismes permettant de déterminer l'Etat responsable de l'examen d'une demande d'asile introduite dans un Etat membre ou en Suisse (*RO 2008 515 / JO L 53 du 27.2.2008, p.5-17*).

1087 Anne CORNU, « Les aspects institutionnels des Accords d'association de la Suisse à Schengen et à Dublin », in C. KADDOUS, M. JAMETTI GREINER (dir.), *Accords bilatéraux II Suisse-UE et autres accords récents,* Bruxelles, Bruylant, 2006, pp.207-244. L'auteur souligne l'objet de la reprise : l'acquis « *actuel, déjà en vigueur au moment de la signature des accords* », l'acquis « *futur déjà connu, mais pas encore en vigueur* », et l'acquis futur inconnu lors de la signature des accords, qui renvoie à proprement parler aux « *nouveaux développements* » (pp.231-232).

1088 Voir, *supra*, chapitre 1, section 2, §1.

1089 Voir, *infra*, section 2.

a) La faculté pour la Suisse de présenter des mémoires devant la CJUE

719. Un premier mécanisme concerne la faculté pour la Suisse d'intervenir devant la Cour de justice de l'Union européenne. L'article 8 AAS et l'article 5 AAD permettent à la Suisse de présenter des mémoires ou des observations écrites à la Cour de justice lorsqu'une juridiction d'un État membre saisit la Cour de justice d'une question préjudicielle concernant l'interprétation d'une disposition des acquis Schengen ou Dublin auquel les accords se réfèrent[1090]. Cette possibilité[1091], dont la Suisse a notamment fait usage dans le domaine de l'asile couvert par l'accord Dublin, renvoie à l'autonomie de l'Union européenne. La question de l'autonomie de l'Union européenne correspond à l'incidence de la participation d'un Etat tiers à l'UE (mais « membre » de l'espace Schengen et Dublin) dans le processus d'interprétation du droit de l'UE. Elle n'a pas d'influence décisionnelle formelle, mais une influence sur les arguments que sont susceptibles de prendre en compte la Cour de justice de l'Union européenne.

b) Les règles de suivi des interprétations de l'acquis de l'UE repris

720. Deux autres mécanismes ont essentiellement pour objet le suivi des interprétations et applications données, si bien que leur portée sur l'autonomie des parties est faible ou du moins, là encore difficile à évaluer.

721. S'agissant en premier lieu du rapport annuel prévu par l'article 9, paragraphe 1, il est probablement susceptible d'avoir une portée dépassant la simple information : l'exposé régulier, par la Suisse, de la manière dont ses autorités administratives et juridictionnelles ont appliqué l'acquis Schengen, est probablement une obligation qui

---

1090 Article 8, paragraphe 2, de l'AAS et article 5, paragraphe 2, de l'AAD.

1091 Introduite par la Décision 2002/653/CE du Conseil, du 12 juillet 2002, modifiant le protocole sur le statut de la Cour de justice des Communautés européennes (*JO L 218 du 13.08.2002, p. 1*), qui ajoute un alinéa à l'article 20, en vertu duquel : « Lorsqu'un accord portant sur un domaine déterminé conclu par le Conseil et un ou plusieurs États tiers prévoit que ces derniers ont la faculté de présenter des mémoires ou des observations écrites dans le cas où une juridiction d'un État membre saisit la Cour d'une question préjudicielle concernant le domaine d'application de l'accord, la décision de la juridiction nationale comportant une telle question est, également, notifiée aux États tiers concernés qui, dans un délai de deux mois à compter de la notification, peuvent déposer devant la Cour des mémoires ou des observations écrites » (article 23, alinéa 4 de la version consolidée du Statut, tel qu'il résulte du règlement 741/2012).

incite à ce que l'application de l'acquis Schengen par la Suisse corresponde à celle exigée des Etats membres. La portée de cette contrainte est cependant difficile à évaluer.

722. S'agissant en second lieu de l'observation au sein du comité mixte de l'évolution des jurisprudences de la Cour de justice et des tribunaux suisses, il s'agit d'un mécanisme qui existe dans d'autres accords. C'est donc aux observations faites sur le suivi de l'interprétation qu'il convient de renvoyer[1092], même si dans le cadre des accords Schengen et Dublin, ce suivi est orienté très clairement vers « *la réalisation de l'objectif des parties contractantes de parvenir à une application et à une interprétation aussi uniformes que possible* » de l'acquis Schengen/Dublin[1093].

c) Les règles régissant les divergences d'interprétation

723. Les mécanismes prévus en cas de divergence dans l'application ou l'interprétation des accords Schengen sont intéressants et semblent atteindre différemment l'autonomie de la Suisse et de l'Union européenne.

724. Les mécanismes d'informations précités peuvent aboutir à ce que le comité mixte constate qu'il existe « une différence substantielle dans l'application ou l'interprétation de l'acquis Schengen ou de Dublin entre les autorités ou les juridictions suisses d'une part, et les autorités des Etats membres ou la CJCE d'autre part »[1094]. Face à une telle divergence, le comité mixte doit s'efforcer d'assurer une interprétation ou une application uniforme[1095]. La formulation générale ne permet pas de cerner précisément la compétence ainsi dévolue au comité mixte. Le fait qu'il n'adopte des décisions que d'un commun accord[1096] permet a priori d'assurer l'autonomie décisionnelle de chaque partie. Cependant, cette disposition n'est pas sans incidence sur l'autonomie de l'ordre juridique

---

1092 Voir, *supra*, §1, B), 2.

1093 Article 8, paragraphe 1, de l'accord d'association à Schengen, précité ; Article 5, paragraphe 1, de l'accord d'association à Dublin, précité.

1094 Anne CORNU, « Les aspects institutionnels des Accords d'association de la Suisse à Schengen et à Dublin », *op.cit.*, spéc. p. 242.

1095 Article 9, paragraphe 2, de l'accord d'association à Schengen, précité ; Article 6, paragraphe 2, de l'accord d'association à Dublin, précité.

1096 Il faut noter toutefois que, compte tenu du régime particulier du Royaume-Uni à l'égard de l'acquis Schengen, le comité mixte a décidé que : « *Dans les cas où le règlement d'un différend concerne l'interprétation ou l'application d'une disposition qui ne s'applique pas à l'Irlande et au Royaume-Uni ou à l'un de ces États, leurs représentants ne peuvent s'opposer à l'unanimité* » (article 14, paragraphe 3, de la décision n°1/2004 du Comité mixte UE/Suisse établi par l'accord conclu entre l'Union européenne, la Communauté européenne et la Confédération suisse concernant l'association de cet État à la mise en œuvre, à l'application et à la poursuite du développement de l'acquis de Schengen du 26 octobre 2004 portant adoption de son règlement intérieur, *JO C 308 du 14.12.2004, p. 2–4*).

de l'Union européenne. Dans l'avis 1/92 rendu sur la seconde version de l'accord EEE, la Cour a examiné l'article 105, paragraphes 1 et 2 de l'accord EEE. Cette disposition prévoit en substance, qu'afin de parvenir à l'objectif des parties contractantes d'arriver à une interprétation aussi uniforme que possible des dispositions de l'accord EEE et de celles du droit de l'Union européenne qui ont été reprises dans l'accord, le comité mixte procède à l'examen permanent du développement de la jurisprudence de la Cour de justice de l'UE et de la Cour AELE et « agit de manière à préserver l'interprétation homogène » de l'accord. Or la Cour met en évidence au point 22 un risque pour l'autonomie de l'ordre juridique de l'Union européenne, si cette compétence devait être entendue « comme comportant la possibilité, pour le comité mixte, de méconnaître le caractère contraignant des décisions de la Cour dans l'ordre juridique communautaire ». Dans l'accord EEE, ce risque était écarté compte tenu du procès-verbal agréé à l'article 105, précisant que les décisions prises par le comité mixte ne peuvent en aucun cas affecter la jurisprudence de la Cour de justice, et sous la stricte condition que ce principe lie les partie contractantes[1097]. Or les accords d'association de la Suisse à Schengen et Dublin ont des points communs avec l'accord EEE : le droit de l'UE a été repris dans ces accords, ceux-ci étant également des accords dynamiques ; ils poursuivent également un objectif d'application uniforme. Dans cette optique, le comité mixte est chargé « d'assurer une application et une interprétation uniformes »[1098]. Or il n'existe pas de disposition équivalente au procès-verbal agréé à l'article 105, qui garantirait que les décisions du comité mixte ne peuvent pas méconnaître le caractère contraignant des décisions de la Cour dans l'ordre juridique de l'Union européenne. Le régime prévu est donc susceptible de porter atteinte à l'ordre juridique de l'Union européenne.

725. Si, dans un délai de deux mois, le comité mixte n'a pas réussi à assurer l'uniformité recherchée, la procédure de règlement des différends est engagée. L'autonomie des parties est donc réduite, la procédure de règlement des différends étant déclenchée du seul fait de l'écoulement d'un délai préétabli. Le règlement des différends se fait de nouveau dans le

---

[1097] CJCE, 10 avril 1992, *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, *Rec.* 1992, p. I-02821, pt 25.

[1098] Article 9, paragraphe 2, de l'accord d'association à Schengen, précité ; Article 6, paragraphe 2, de l'accord d'association à Dublin, précité

cadre du comité mixte, qui dispose d'un délai fixé par les accords pour trouver une solution. A l'égard de l'autonomie de l'ordre juridique de l'Union européenne, cette compétence suscite les mêmes interrogations que celles qui viennent d'être relevées[1099].

726. En outre, ces deux accords prévoient une conséquence spécifique à l'absence de règlement définitif des différends, et une conséquence radicale : la cessation des accords. En effet, si au terme du délai fixé par chaque accord, le différend n'a pas pu être réglé, l'accord d'association cesse d'être applicable. Les accords d'association à Schengen et Dublin étant en outre liés entre eux, la cessation de l'application de l'un entraîne donc automatiquement la cessation de l'autre[1100]. La suspension est donc fixée par les accords, comme conséquence de la rupture d'uniformité d'application des acquis Schengen et Dublin. Elle emporte cependant une limitation de l'autonomie des parties, qui se trouvent fortement incitées à régler leur différend en assurant l'uniformité d'application requise.

727. En confiant la recherche de l'uniformité au comité mixte, qui adopte des décisions d'un commun accord, les accords d'association à Schengen et Dublin garantissent le respect de l'autonomie décisionnelle des structures politiques de la Suisse et de l'Union européenne. Ils n'offrent cependant pas de garanties pour l'autonomie de l'ordre juridique de l'Union européenne. En outre, et tout en respectant l'autonomie décisionnelle sur le plan formel de la faculté d'adopter ou non une décision, le régime prévu pour le règlement des différends, en particulier la clause prévoyant la cessation automatique de l'accord, limite l'autonomie des parties. D'une part, en tant que conséquence préétablie, elle incite les parties à assurer l'uniformité ; d'autre part en tant que conséquence automatique, elle oblige les parties au respect de la volonté initiale de garantir l'uniformité, et ne permet pas de modifier ultérieurement cette volonté en maintenant la vie juridique de ces accords dont l'application uniforme n'est plus assurée.

1099 Dans son avis 1/92, la Cour avait émis les mêmes réserves s'agissant de la compétence du comité mixte EEE en matière de règlement des différends : CJCE, 10 avril 1992, avis 1/92, précité, pt 27. Voir les observations menées à propos du régime de règlement des différends des accords Suisse-UE, *supra,* §1, C).

1100 L'article 17, paragraphe 2 de l'accord d'association à Schengen prévoit que cet accord « *est considéré comme dénoncé si la Suisse dénonce l'un des accords visés à l'art. 13 ou l'accord visé à l'art. 15, par. 4* ». En ce sens, voir également l'article 16, paragraphe 2, de l'accord d'association à Dublin. Une clause « guillotine » qui lie la vie juridique des accords Schengen et Dublin est également insérée dans les accords bilatéraux I de 1999, limitant également l'autonomie des parties puisque celles-ci ne peuvent cesser l'application d'un des accords bilatéraux sans cesser l'application des autres accords de 1999. Cependant cette clause renvoie à l'équilibre global des droits et obligations entre les accords. A l'égard des accords Schengen et Dublin, elle renvoie à la connexité de ces domaines. Elle est cependant mentionnée ici en ce qu'elle « appuie » la contrainte exercée sur les parties dans la recherche de l'uniformité d'application requise.

728. Les règles secondaires étudiées, relatives à l'autorité de surveillance de l'accord, aux compétences du comité mixte dans le suivi de l'interprétation et l'application de l'accord, ou encore à la cessation de l'accord limitent l'autonomie des parties afin d'assurer l'uniformité d'application des règles primaires basées matériellement sur le droit de l'Union européenne. Cette justification de la limitation de l'autonomie n'apparaît pas directement dans les quelques accords qui, tout en étant également liés matériellement au droit de l'UE, prévoient un règlement arbitral des différends, type de recours de nature à limiter l'autonomie des parties.

B) La limitation de l'autonomie par les règles secondaires de règlement arbitral des différends, procédure spécifique non systématisée.

729. Le recours à une procédure juridictionnelle de règlement des différents n'est prévu que dans quelques accords Suisse-UE[1101]. Contrairement au règlement par les comités mixtes, le règlement juridictionnel des différends conduit à une solution imposée à la Suisse et l'Union européenne ; leur autonomie décisionnelle est ainsi limitée par le caractère obligatoire d'une décision d'un tiers. Cependant, la Suisse et l'Union européenne ont choisi de soumettre leurs litiges à un règlement arbitral, c'est-à-dire une justice non institutionnalisée « *exercée pour chaque litige (ou groupe de litiges) par un organe constitué par les parties* »[1102]. En choisissant un règlement arbitral des différends, et non un règlement par une juridiction permanente, la Suisse et l'Union européenne ont conservé certaines latitudes pour fixer les modalités du règlement d'éventuels différends. L'autonomie des parties n'est d'ailleurs pas la même selon les accords. Les règles secondaires des accords de 1978 concernant la coopération dans le domaine de la fusion thermonucléaire contrôlée et de 1989 concernant l'assurance directe autre que l'assurance sur la vie, relativement proches, apportent d'importantes limitations à l'autonomie des parties (1) ; en revanche, les limitations apportées à l'autonomie des parties dans l'accord de 2009 sur la facilitation des formalités lors du transport de marchandises sont moindres et spécifiques (2).

[1101] Pour une analyse des procédures juridictionnelles de différends, prévues par les accords conclus par l'Union européenne, voir Christine KADDOUS, *Le droit des relations extérieures dans la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes*, Bruxelles, Bruylant, 550 p., spéc. p. 146 et s.

[1102] Patrick DAILLIER, Mathias FORTEAU, Alain PELLET, *Droit international public*, 8ème éd., L.G.D.J., Paris, 2009, 1709 p., spéc. p.959. Voir sur les procédures arbitrales, Carlo SANTULLI, *Droit du contentieux international*, Montchrestien, Paris, 2005, 584 p., spéc. pp. 62-76)

1) *Une large possibilité de règlement arbitral dans les accords de 1978 et 1989*

730. Le régime prévu par l'accord de 1978 concernant la coopération dans le domaine de la fusion thermonucléaire contrôlée et par l'accord de 1989 concernant l'assurance directe autre que l'assurance sur la vie[1103], est relativement proche ; le régime prévu par l'accord de 1978 apparaît néanmoins plus souple. Dans les accords de 1978 et 1989, la Suisse, mais surtout la Communauté européenne qui était réticente[1104], ont accepté le principe d'un règlement juridictionnel des différends qui naîtraient de l'application de ces accords. Les accords contiennent donc une clause compromissoire, c'est-à-dire une clause par laquelle les parties au traité s'engagent à l'avance à accepter la compétence d'un tribunal pour connaître de certains litiges.

731. Chacune de ces clauses prévoit que le litige pourra être soumis à un tribunal arbitral composé de trois arbitres : les deux arbitres désignés par chacune des parties nommeront à leur tour un « surarbitre » (formule de l'accord de 1989) ou un « troisième membre qui préside le Tribunal » (formule de l'accord de 1978). L'accord de 1989 impose une condition supplémentaire puisque le surarbitre ne devra être ressortissant ni de la Suisse ni d'un des Etats membres de la Communauté. Les deux clauses anticipent même des difficultés de composition de ce tribunal arbitral, qui pourront être réglées par l'intervention de membres de la Cour internationale de justice et notamment son

---

1103 Article 17 de l'accord du 14 septembre 1978 entre la Communauté européenne de l'énergie atomique et la Confédération suisse concernant la coopération dans le domaine de la fusion thermonucléaire contrôlée et de la physique des plasmas (*RO 1980 693 / JO L 242 du 4.9.1978, p. 2–9*) ; Article 38 de l'accord du 10 octobre 1989 entre la Confédération suisse et la Communauté économique européenne concernant l'assurance directe autre que l'assurance sur la vie (*RO 1992 1894 / JO L 205 du 27.7.1991, p. 2-47*).

1104 Dans son message relatif à l'approbation de l'accord, le Conseil fédéral souligne : « *Il y a lieu ici de relever spécialement qu'il a été possible d'introduire dans l'Accord une clause d'arbitrage et de concrétiser ainsi, pour la première fois dans les relations avec la CEE, une revendication traditionnelle de la Suisse* » : Message du Conseil fédéral du 14 août 1991, relatif à l'Accord entre la Confédération suisse et la Communauté économique européenne concernant l'assurance directe autre que l'assurance sur la vie et à une loi fédérale sur l'assurance directe autre que l'assurance sur la vie, *FF 1991, vol.IV, n°41, pp. 1-180*, spéc. pp. 10-11.

Président[1105]. Une fois composé, le Tribunal fixe en principe lui-même sa procédure[1106], et statue à la majorité des voix[1107]. Ses décisions ont force obligatoire[1108].

732. Si l'accord de 1978 n'impose pas de conditions particulières pour recourir à l'arbitrage[1109], en revanche, l'accord de 1989, fixe une procédure préalable à l'intervention du tribunal arbitral. L'article 38, paragraphe 1[1110], précise en effet que le règlement du différend doit d'abord s'effectuer par la collaboration des autorités de contrôle et au sein du comité mixte[1111]. Si aucune de ces collaborations n'a permis de résoudre le différend, une solution doit être recherchée par la consultation des parties par voie diplomatique. L'accord distingue ainsi la collaboration dans le cadre du comité mixte, de la consultation par voie diplomatique. L'accord de 1989 permet le recours à une procédure juridictionnelle, mais uniquement pour régler un différend qui s'est maintenu malgré les efforts de collaborations et de consultation précités. Ceux-ci restent la solution de règlement de différend privilégiée, et ce n'est qu'en cas de cristallisation durable du différend qu'est possible le recours à un règlement juridictionnel. Dans cette logique, l'accord de 1989 encadre la recevabilité de la requête : sauf accord des parties, le tribunal

---

1105 Voir l'article 17, paragraphe 2, de l'accord du 14 septembre 1978 concernant la coopération dans le domaine de la fusion thermonucléaire contrôlée, précité. L'article 38 de l'accord du 10 octobre 1989 concernant l'assurance directe autre que l'assurance sur la vie, va plus loin et envisage plusieurs types de difficultés. Les paragraphes 3 à 5 de l'article 38 règlent les cas de non-désignation des arbitres, ou d'empêchement. Ils font intervenir plusieurs membres de la Cour internationale de justice : son Président mais aussi le Vice-président voire le membre le plus âgé.

1106 Article 17, paragraphe 3, de l'accord du 14 septembre 1978, précité. L'article 38, paragraphe 6, de l'accord du 10 octobre 1989, précité, permet cependant aux Parties de déterminer elles-mêmes la procédure.

1107 Article 17, paragraphe 3, de l'accord du 14 septembre 1978, précité ; article 38, paragraphe 6, de l'accord du 10 octobre 1989, précité.

1108 Article 17, paragraphe 3, de l'accord du 14 septembre 1978, précité ; article 38, paragraphe 7, de l'accord du 10 octobre 1989, précité.

1109 L'article 17, paragraphe 1, de l'accord du 14 septembre 1978, précité prévoit simplement : « *Les litiges concernant l'interprétation ou l'application du présent Accord sont soumis à un tribunal d'arbitrage à la demande de l'une ou l'autre des Parties contractantes* ».

1110 Article 38, paragraphe 1, de l'accord du 10 octobre 1989 concernant l'assurance directe autre que l'assurance sur la vie, précité : « *Si un différend venait à surgir entre les parties contractantes au sujet du fonctionnement du présent accord et notamment de son interprétation ou de son exécution et que ce différend ne puisse être réglé ni par la collaboration des autorités de contrôle, visée à la section V, ni par le comité mixte, visé à l'article 37, les parties contractantes se consultent par voie diplomatique* ». La section V prévoit notamment que les autorités de contrôle collaborent pour vérifier le respect par les entreprises des garanties financières posées par l'accord ainsi que la capacité des entreprises à couvrir certains risques (article 31). Afin de mener ce contrôle, les autorités de contrôle doivent se communiquer tous les documents et les renseignements utiles (article 32).

1111 L'article 38 ne pose pas formellement d'ordre de priorité entre ces deux cadres de collaboration. Cependant le comité mixte étant le représentant des parties contractantes, il constitue un niveau de collaboration plus élevé. Il est donc probable que son intervention suive l'échec de la collaboration au niveau des autorités de contrôle.

arbitral sera saisi au plus tôt après un délai de deux ans dès la première saisine du comité mixte[1112].

733. Bien que l'accord de 1989 encadre les possibilités de règlement juridictionnel des différends, la clause compromissoire qu'il contient, ainsi que celle de l'accord de 1978 constituent des règles secondaires limitant l'autonomie des parties. La Suisse et la Communauté européenne[1113] ont accepté par avance la compétence d'une juridiction pour résoudre les différends nés de l'exécution de ces deux accords. Par rapport aux autres accords, l'autonomie respective de la Suisse et de l'Union européenne est doublement limitée. En premier lieu parce que le différend sera réglé par un tiers : la recherche d'une solution ne s'effectue plus uniquement dans un cadre diplomatique dans lequel toute décision est prise d'un commun accord. Compte tenu de cette règle du consensus, les autres accords ne créent qu'un cadre favorable à la résolution du litige, mais ne posent pas de règle garantissant un règlement effectif[1114]. Au contraire, l'article 17 de l'accord de 1978 et l'article 38 de l'accord de 1989 soumettent le différend non réglé à l'arbitrage d'un tiers. A l'issue de la procédure, ce tribunal arbitral adoptera une décision tranchant le différend, et ayant force obligatoire pour les parties. L'autonomie de la Suisse et de l'Union européenne est en second lieu limitée parce que l'acceptation d'un règlement juridictionnel s'est faite à l'avance, lors de la signature de ces deux accords. L'engagement ne se fait pas face à un différend connu dont les parties pourraient évaluer leur intérêt respectif à sa résolution juridictionnelle ; bien plus, les parties se sont engagées lors de la signature de ces deux accords à accepter la compétence et la décision d'un tribunal saisi par l'une d'entre elles, d'un différend résultant du fonctionnement à venir de ces deux accords.

734. La limitation de l'autonomie des parties se perçoit d'ailleurs dans le faible recours à ce type de règlement juridictionnel. Au début des années 1970, la Communauté européenne avait même refusé l'insertion d'une telle clause compromissoire dans l'accord de libre-échange de 1972. Du point de vue de l'Union européenne, l'acceptation d'un règlement juridictionnel des différends doit en effet être lue à la lumière des exigences

---

[1112] Article 38, paragraphe 2, de l'accord du 10 octobre 1989, précité.

[1113] La Communauté économique européenne (devenue Union européenne) pour l'accord de 1989 sur l'assurance, et la Communauté européenne de l'énergie atomique pour l'accord de 1978 sur la fusion thermonucléaire.

[1114] Voir, *supra*, §1, C).

relatives à l'autonomie de son ordre juridique. La clause compromissoire dans des accords rattachés au droit de l'Union soulève les mêmes questionnements que la possibilité de confier l'interprétation des accords à une autre juridiction que la Cour de justice[1115]. La possibilité pour l'Union européenne de recourir à un règlement juridictionnel des différents est donc limitée par l'exigence de préservation de l'autonomie de son ordre juridique : l'interprétation par ce tribunal, des règles contenues dans les accords, ne doit pas conditionner dans le cadre interne l'interprétation des règles équivalentes sur lesquelles les accords se basent.

735. C'est probablement à la lumière de l'exigence d'autonomie de l'ordre juridique de l'Union européenne que doit être lue la clause compromissoire insérée dans l'accord de 2009 sur la facilitation des formalités lors du transport de marchandises.

2) Une possibilité de règlement arbitral circonscrite dans l'accord de 2009

736. L'article 29 l'accord de 2009 sur la facilitation des formalités lors du transport de marchandises[1116] permet le recours à l'arbitrage mais apporte une précision : « *Aucune question d'interprétation des dispositions du présent Accord, identiques aux dispositions correspondantes du droit communautaire, ne pourra être réglée dans ce cadre* ». Cette limitation de la compétence matérielle de la juridiction amenée à trancher un différend entre la Suisse et l'Union européenne ne figure pas dans les deux accords précités. Elle semble destinée à éviter que le recours à l'arbitrage ne porte atteinte à l'autonomie de l'ordre juridique de l'Union européenne. Elle va cependant beaucoup plus loin que ce qu'exige la Cour de justice qui ne refuse pas que l'interprétation de dispositions calquées sur le droit de l'Union européenne soit confiée à une autre juridiction[1117]. Cette large « marge » ainsi prise assure une protection effective de l'autonomie de l'ordre juridique de l'Union.

737. Cependant l'application de cette condition n'apparaît pas simple. En effet, l'accord de 2009 limite la compétence du tribunal arbitral aux différends relatifs à la proportionnalité des mesures dites de rééquilibrage susceptibles d'être prises par une

---

[1115] Voir, *supra*, §1, B), n°673 et s.

[1116] Article 29, paragraphe 3 de l'accord du 25 juin 2009 entre la Confédération suisse et la Communauté européenne relatif à la facilitation des contrôles et des formalités lors du transport des marchandises ainsi qu'aux mesures douanières de sécurité (*RO 2011 983 /JO L 199 du 31.7.2009, p. 24–42*).

[1117] Voir, *supra*, §1, B), n°673 et s., les réflexions à partir des avis 1/91 et 1/92 de la Cour.

Partie lorsqu'elle constate que l'autre Partie contractante ne respecte pas certaines dispositions de l'accord[1118]. Or pour juger de ce qui est proportionné, c'est-à-dire limité « *à ce qui est nécessaire pour régler la situation et assurer un juste équilibre entre les droits et les obligations découlant* [de cet] *accord* »[1119], il semble difficile d'éviter de se prononcer sur la portée de ces droits et obligations dont certains sont inspirés du droit de l'Union européenne. Quand bien même le tribunal arbitral pourrait établir avec certitude une liste des droits et obligations basés matériellement sur le droit de l'Union européenne, il se trouverait face à une difficulté : l'impossibilité de les interpréter sous peine de ne pas respecter la limite précitée, mais aussi l'impossibilité d'une simple mise à l'écart qui fausserait inévitablement l'appréciation de l'équilibre des droits et obligations.

738. L'accord de 2009 comporte une autre limitation, très forte, au recours à l'arbitrage. A l'instar de l'accord de 1989, des consultations doivent d'abord s'engager dans le cadre du comité mixte. Ce n'est que face à l'échec des consultations au niveau politique que peut s'engager le règlement juridictionnel. En revanche, l'accord de 2009 apparaît beaucoup plus restrictif sur la saisine du tribunal arbitral. En effet celle-ci n'est pas ouverte à l'une des parties mais au comité mixte : « *Une Partie contractante pourra demander au comité mixte de procéder à des consultations quant à la proportionnalité de ces mesures et, le cas échéant, de décider de soumettre un différend à ce sujet à un arbitrage conformément à la procédure prévue dans l'annexe III* »[1120]. Cette disposition semble signifier qu'une partie ne peut que demander le recours à l'arbitrage, celui-ci n'étant possible que si le comité mixte en décide, ce qui, compte tenu du fonctionnement intergouvernemental du comité mixte, implique l'accord des deux parties[1121]. Ainsi, dans l'accord de 2009, la Suisse et l'Union européenne ont accepté le principe du recours à l'arbitrage ; cependant l'accord ne permet pas un « *déclenchement unilatéral de la procédure d'arbitrage* », s'éloignant ainsi du véritable arbitrage

---

1118 Le paragraphe 1 de l'article 29 est ainsi rédigé : « *Une Partie contractante peut, après consultation au sein du comité mixte, prendre des mesures de rééquilibrage appropriées, y compris la suspension de l'application de dispositions du chap. III du présent Accord lorsqu'elle constate que l'autre Partie contractante n'en respecte pas les conditions ou lorsque l'équivalence des mesures douanières de sécurité des Parties contractantes n'est plus assurée.*
Lorsque tout retard risque de mettre en péril l'efficacité des mesures douanières de sécurité, des mesures conservatoires provisoires peuvent être arrêtées sans consultation préalable, à condition que des consultations soient engagées immédiatement après la prise desdites mesures ».

1119 Article 29, paragraphe 3, de l'accord du 25 juin 2009, précité.

1120 Article 29, paragraphe 3, de l'accord du 25 juin 2009, précité.

1121 En ce sens, voir le message du Conseil fédéral du 27 novembre 2009 concernant l'approbation et la mise en œuvre de l'accord entre la Confédération suisse et la Communauté européenne sur la facilitation et la sécurité douanières, *FF 2009, n°52, pp. 8091-8112*, spéc. p.8106.

obligatoire[1122]. Par rapport aux accords de 1978 et 1989, l'engagement contenu dans la clause compromissoire de l'accord de 2009 n'est pas inconditionnel : en n'ouvrant la saisine qu'au comité mixte, l'accord de 2009 fournit aux parties une possibilité d'apprécier l'opportunité de recourir à un règlement juridictionnel en fonction du différend.

739. Le régime prévu par l'accord de 2009 diffère donc de celui des accords de 1978 et 1989 sur trois points : sur l'objet du différend susceptible d'être soumis à l'arbitrage (limité à la proportionnalité des mesures de rééquilibrage) ; sur la compétence matérielle du tribunal arbitral (impossibilité d'interpréter des dispositions identiques en substance au droit de l'Union) ; sur les conditions de saisines (impliquant un nouveau consentement des parties). En tant que clause compromissoire, l'article 29 de l'accord sur la facilitation des contrôles lors du transport de marchandises comporte une limitation de l'autonomie des parties supplémentaire par rapport à la plupart des accords Suisse-UE ; mais les limitations consenties sont moindres que dans les clauses des accords de 1978 et 1989.

740. Si la clause compromissoire des accords de 1978 et de 1989 a pu être interprétée comme un assouplissement de la position de la Communauté européenne face au règlement juridictionnel des différends[1123], un tel régime est resté marginal dans les relations Suisse-UE. Cependant, vingt ans après ces accords, ce type de règles secondaires apparaît de nouveau, sous une forme allégée dans l'accord de 2009, mais aussi de manière prégnante dans les discussions relatives aux questions institutionnelles[1124].

741. Les règles secondaires relatives à la substance des règles primaires, apportent donc en principe une large autonomie à la Suisse et l'Union européenne, même si celle-ci est variable selon les accords, et que les discussions en cours tendent à restreindre cette autonomie. Le régime prévu pour la modification des accords laisse également aux parties une large faculté dans l'adoption des décisions de modification. Cependant, de nouveau,

---

1122 Patrick DAILLIER, Mathias FORTEAU, Alain PELLET, *Droit international public*, 8ème éd., L.G.D.J., Paris, 2009, 1709 p., spéc. p.968.

1123 En ce sens, Jacques BOURGEOIS constatait: « *Il y a loin du refus d'une formule d'arbitrage dans les accords de libre-échange avec les pays de l'AELE du début des années 1970, à la clause de règlement des différends qui figure dans l'accord négocié avec la Suisse concernant l'assurance directe autre que l'assurance sur la vie* » : Jacques H.J. BOURGEOIS, « Les relations extérieures de la Communauté européenne et la règle de droit : quelques réflexions », in F. CAPOTORTI, C.-D. EHLERMANN, J. FROWEIN, F. JACOBS, R. JOLIET, T. KOOPMANS, R. KOVAR (dir.), *Du droit international au droit de l'intégration, Liber amicorum Pierre PESCATORE,* Baden-Baden, Nomos, 1987, 869 p., pp.59-78, spéc. p. 67.

1124 Voir, *infra*, partie 2, titre 1, chapitre 2, section 2.

l'autonomie qui caractérise les règles secondaires relatives à la contingence des règles primaires, est variable selon les accords.

*

* *

Section 2. Les règles relatives à la contingence des règles du premier degré

742. La contingence des règles primaires peut être appréhendée de différentes manières, selon que l'on met l'accent sur leur effet (la suspension de la règle, la cessation de l'accord[1125]), sur leur objet (l'écoulement du temps dans les régimes transitoires, la survenance de déséquilibres dans les régimes de sauvegarde[1126]), ou sur leur mise en œuvre (l'appréciation laissée à une ou deux parties, au contraire l'automatisme de son applicabilité[1127]). L'accord de 1999 sur la libre circulation des personnes présente ainsi un intérêt particulier : conclu au départ pour une période de sept ans, l'absence d'automaticité de la reconduction de l'accord conférait une autonomie à la Suisse, capable de décider en opportunité de la poursuite de la libre circulation des personnes. Cependant la « clause guillotine » réduit la marge de manœuvre de la partie souhaitant la cessation d'un accord qui ne peut évaluer son intérêt au regard de ce seul accord, mais doit le mettre en balance avec son intérêt au maintien des six autres[1128].

743. L'étude de ces règles met en évidence le fait que les accords préservent l'autonomie décisionnelle de la Suisse et celle de l'Union européenne à l'égard du développement du droit, qu'il s'agisse de la modification des règles écrites, mais aussi de l'évolution de la jurisprudence, celle-ci jouant un rôle considérable dans l'évolution du droit. Toutefois, l'évolution de la jurisprudence ayant déjà été soulevée à titre incident à deux reprises[1129], c'est sur la modification écrite de l'acquis de l'Union qu'il sera porté une attention.

1125 Pour la suspension, voir par exemple l'article 19 de l'accord du 21 juin 1999 relatif à la reconnaissance mutuelle en matière d'évaluation de la conformité, *RO 2002 1803 / JO L 114 du 30.4.2002, p.369-429*. Pour la cessation, voir par exemple les clauses « guillotines » citées, *infra*.

1126 L'article 10 de l'accord sur la libre circulation des personnes (ALCP) du 21 juin 1999 (*RO 2002 1529 / JO L 114 du 30.4.2002, p. 6–72*) institue à la fois un régime transitoire et une clause de sauvegarde temporaire. Sur le régime institué, voir Silvia GASTALDI, « L'élargissement de l'Union européenne et la libre circulation des personnes – Les périodes transitoires dans l'Union européenne et en Suisse », in C. KADDOUS, M. JAMETTI GREINER (dir.), *Accords bilatéraux II Suisse-UE et autres accords récents*, Bruxelles, Bruylant, 2006, pp. 869-897. Les accords Suisse-UE contiennent également des clauses de sauvegarde permanentes (articles 22 et s. de l'accord de libre-échange de 1972, article 10 de l'accord de 1999 relatif aux échanges de produits agricoles, *RO 2002 2147 / JO L 114 du 30.4.2002, p. 132-349*).

1127 Voir respectivement les régimes de sauvegarde précités et les clauses « guillotines » citées, *infra*.

1128 Sur le lien entre le système démocratique suisse et ces clauses, voir, *supra*, partie 1, titre 1, chapitre 2, n°372.

1129 En premier lieu, lors de l'étude de la surveillance de l'application des règles primaires, puisque les règles secondaires prévoient essentiellement une information au sein des comités mixtes, des jurisprudences respectives des parties : voir, *supra*, §1, A), 2, l'étude de la compétence des comités mixtes relative aux interprétations données dans chaque

744. Affirmer que la Suisse et l'Union européenne sont à la fois libre d'adopter une modification dans leurs législations internes respectives, et libres d'adopter une révision des accords pour tenir compte de la modification intervenue, présente une certaine évidence compte tenu de la souveraineté de la Suisse d'une part, et de l'autonomie de l'Union européenne d'autre part. De ce point de vue, le problème du développement du droit se ramènerait à celui de la production du droit par des actes conventionnels et par des actes unilatéraux internes, procédés garants de l'autonomie décisionnelle de la Suisse et de l'Union européenne.

745. Toutefois, cette faculté est susceptible d'être affectée pour deux raisons. D'une part, et de manière classique, dans les accords Suisse-UE, la Suisse et l'Union européenne se sont engagées à respecter un certain nombre d'obligations internationales auxquelles la législation interne ne doit pas porter atteinte[1130]. D'autre part, et de manière plus spécifique, les accords Suisse-UE établissent un lien complexe avec le droit interne des parties, avec en particulier l'utilisation du droit de l'Union européenne comme référentiel pour établir les règles primaires posées par les accords, et ce, suivant des procédés diversifiés qui établissent différents liens avec le droit interne suisse.

746. Or, les solutions données par les règles secondaires à la question du développement des législations internes et celui du droit applicable en vertu des accords Suisse-UE présentent une sensibilité particulière. En effet, il est généralement considéré que l'une des raisons du rejet par la Suisse de l'accord EEE tenait au caractère dynamique de cet accord, qui impliquait l'obligation d'adopter les développements de l'acquis de l'Union européenne[1131]. Il fallait ainsi apporter une solution différente qui garantisse le respect de l'autonomie décisionnelle de la Suisse davantage que l'accord EEE.

---

partie. Voir également les incertitudes en ce qui concerne l'accord sur la libre circulation des personnes sur la faculté pour le comité mixte de « déterminer les implications » de la jurisprudence postérieure. Elle a en second lieu, été mentionnée lors de l'étude de la prise en compte obligatoire de la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne (CJUE) dans les accords sur le transport aérien et sur la libre circulation des personnes : limitée à la jurisprudence antérieure à la signature de ces accords, l'obligation n'impose pas aux parties de prendre en compte l'évolution de la jurisprudence de la CJUE (voir, *supra*, chapitre 1, section 3, n°569 et s). Si cette clause a été étudiée au titre des procédés normatifs d'arrimage des règles primaires, c'est cependant en soulignant une certaine ambivalence avec les règles secondaires, découlant de l'ambiguïté du travail interprétatif.

[1130] A titre d'exemple, à l'article 13 de l'ALCP, la Suisse et l'Union européenne se sont engagées à ne pas adopter de nouvelles mesures restrictives à l'égard des ressortissants de l'autre partie dans les domaines d'application du présent accord (clause de *stand still*).

[1131] Stephan BREITENMOSER, « Sectoral agreements between the EC and Switzerland : contents and context », *C.M.L.R.,* 2003, vol. 40, n°5, pp.1137-1186, spéc. p. 1159.

747. L'étude des règles secondaires informe alors sur deux points. D'une part, quelle que soit l'intrication complexe des accords avec le droit interne des parties, celle-ci ne peut pas empêcher le développement de la production de ce droit interne. D'autre part, ce développement du droit interne peut en retour être pris en compte par les accords. Cette prise en compte se fait dans le respect de l'autonomie décisionnelle des parties, puisque leur consentement est nécessaire pour réviser l'accord. Elle peut cependant être orientée, les accords Suisse-UE contenant des règles incitant au rattachement durable sur le droit de l'Union européenne, mais les moyens de pression sont moins forts que dans l'accord EEE.

748. Par conséquent, le rattachement des règles primaires au droit de l'Union européenne dépend en grande partie de la volonté postérieure des parties. La préservation de leur autonomie décisionnelle soumet le maintien d'une proximité entre le droit de l'Union européenne et le droit applicable en vertu des accords Suisse-UE, à la volonté postérieure de la Suisse et de l'Union européenne (§1). Toutefois, dans certains accords, cette volonté postérieure est encadrée par les règles secondaires qui, sans imposer l'adoption d'un nouveau développement de l'acquis de l'Union européenne, incitent la Suisse et l'Union européenne à intégrer ce développement dans leur relation conventionnelle, contribuant ainsi à un rattachement durable de l'accord au droit de l'Union européenne (§2).

§1 – La préservation de l'autonomie décisionnelle de la Suisse et l'Union européenne dans le développement du droit, limite du rattachement au droit de l'UE

749. Malgré l'intrication complexe constatée entre les règles primaires des accords, et le droit interne de la Suisse et de l'Union européenne, les règles secondaires affirment l'autonomie des parties à l'égard de l'évolution du droit. Les règles du second degré qui régissent l'évolution des règles matérielles sont donc structurées en fonction de la nature juridique de ces règles, actes conventionnels liés à des actes internes, et non en fonction de la substance matérielle de ces règles, basées sur le droit de l'Union. En effet, les accords ne préjugent pas du droit, pour la Suisse comme pour l'Union européenne, de légiférer dans

un domaine régi par les accords (A). En retour, la modification du droit d'une partie, ne limite pas la capacité décisionnelle de l'autre partie. La modification du droit interne d'une partie peut en effet être prise en compte dans l'accord, mais cette prise en compte n'affecte en principe pas l'autonomie décisionnelle de l'autre partie (B).

A) La préservation de l'autonomie décisionnelle des parties à l'égard de leur droit interne

750. Compte tenu du rapport complexe et diversifié entre les règles primaires posées par les accords, et le droit interne des parties, l'évolution du droit interne est susceptible de concerner le « niveau » conventionnel. Sans qu'il ne soit nécessaire de trouver des éléments de réponse dans le rapport moniste ou dualiste existant entre le droit interne et le droit international, il est important de relever que les accords Suisse-UE ont affirmé expressément que chaque partie est libre de modifier sa législation interne (1), cette faculté n'étant assortie que d'une obligation d'en informer l'autre partie (2).

1) La consécration par les accords de la faculté de modifier le droit interne dans un domaine régi par les accords Suisse-UE

751. Cette consécration résulte de la survenance d'une difficulté à la suite de la conclusion de l'accord de 1989 sur l'assurance directe autre que l'assurance vie, l'un des premiers accords Suisse-UE qui établissait un lien avec le droit interne d'une partie, la Communauté européenne[1132]. L'accord, signé en 1982, reprenait en substance les dispositions contenues dans une directive de 1973[1133]. Revenant sur les négociations de cet accord, Roger MERKELBACH et Christian GROSJEAN expliquent qu'une « *difficulté est alors apparue, à savoir l'éventuelle nécessité pour la Communauté d'avoir à passer par une modification préalable de l'accord, – l'autonomie législative des parties contractantes n'étant pas*

[1132] Accord du 10 octobre 1989 concernant l'assurance directe autre que l'assurance sur la vie, *RS 0.961.1, JO L 205 du 27.7.1991, p. 2–47*. Sur cet accord voir notamment Roger MERKELBACH, Christian GROSJEAN, « L'accord concernant l'assurance directe autre que l'assurance sur la vie du 10 octobre 1989 », in D. FELDER, C. KADDOUS (dir.), *Accords bilatéraux Suisse-UE (Commentaires),* Bruxelles, Bruylant, 2001, pp.703-731, spéc. p. 703, et les références citées. Le rapport au droit européen de cet accord a été soulevé *supra*, chapitre 1, section 1, §1.

[1133] Première directive 73/239/CEE du Conseil du 24 juillet 1973 portant coordination des dispositions législatives, réglementaires et administratives concernant l'accès à l'activité de l'assurance directe autre que l'assurance sur la vie, et son exercice, *JO L 228 du 16.8.1973*. L'accord reprenait « *fidèlement les dispositions (tout en les structurant différemment)* » : Roger MERKELBACH, Christian GROSJEAN, « L'accord concernant l'assurance directe autre que l'assurance sur la vie du 10 octobre 1989 », précité, spéc. p. 711.

garantie –, pour être en mesure de procéder à une révision de la directive 73/239/CEE »[1134]. Sans qu'il ne soit nécessaire de savoir si ce problème était fondé[1135], il a représenté une situation délicate dans les négociations de cet accord. Elle explique l'insertion d'une disposition affirmant expressément le droit pour chaque partie, de modifier sa législation interne de façon autonome sur un point régi par l'accord[1136]. De même le préambule de l'accord affirme que le renforcement des liens entre la Suisse et l'Union européenne, « *à l'occasion de l'établissement d'un marché unifié en matière d'assurances à l'intérieur de la Communauté* », par l'introduction de la liberté d'établissement en la matière, « *n'affecte en rien leur pouvoir de légiférer dans les limites tracées par le droit international public* ».

752. Ainsi, dans une grande partie des accords Suisse-UE, une clause relative au développement du droit[1137], affirme (ou réaffirme selon la conception que l'on se fait du problème[1138]) la faculté, pour la Suisse et l'Union européenne de modifier leurs législations dans les domaines concernés par les accords. En d'autres termes, cette clause énonce le principe de l'autonomie décisionnelle des parties, en ce qui concerne leur droit interne respectif. Cette affirmation peut être expresse comme dans l'accord de 2004 sur les statistiques : « *Le présent Accord s'applique sans préjudice du droit de chaque Partie contractante,*

1134 *Ibid.*

1135 Pour une synthèse des problèmes de développement du droit, posés par notamment par cet accord, ainsi que par d'autres accords conclus avec les Etats de l'AELE, voir Mathias Charles KRAFFT, « La réserve du développement du droit communautaire vue de Berne », in O. JACOT-GUILLARMOD (dir.), *L'avenir du libre-échange en Europe : vers un Espace économique européen ?*, Zürich, Schulthess, 1990, pp. 253-267, spéc. p. 255 et pp. 264-265 ; Jean-Louis DEWOST, « La réserve de développement du droit communautaire vue de Bruxelles », in O. JACOT-GUILLARMOD (dir.), *L'avenir du libre-échange en Europe : vers un Espace économique européen ?*, *op.cit.*, pp. 269-275, spéc. pp. 273-274 : la « clause préservant l'autonomie décisionnelle des institutions de la Communauté » contenue dans l'accord de 1989 est identifiée comme l'une des formes des « réserves de développement », à côté des « clauses de déconnection », et « mesures transitoires » par Jean-Louis DEWOST (*ibid.* p. 272). Pour un aperçu des solutions retenues pour répondre à ce problème, connu dès 1973, voir notamment la contribution de Franz A. BLANKART, « Droit et politique dans les relations entre la Suisse et la Communauté », in O. JACOT-GUILLARMOD (dir.), *L'avenir du libre-échange en Europe : vers un Espace économique européen*, *op.cit.*, pp. 245-252, spéc. p. 250, ainsi que son « Intervention », pp. 473-474.

1136 Roger MERKELBACH, Christian GROSJEAN, « L'accord concernant l'assurance directe autre que l'assurance sur la vie du 10 octobre 1989 », précité, spéc. p. 711 et p. 727. Voir l'article 39, paragraphe 1, dudit accord.

1137 Cette clause peut être intitulée « Développement du droit » (ex : article 17 de l'accord de 1999 sur la libre circulation des personnes, précité ; article 52 de l'accord de 1999 sur le transport de marchandises et de voyageurs par rail et par route, *RO 2002 1649 / JO L 114 du 30.4.2002, p.91-131*), « Evolution du droit interne » (ex : article 39 de l'accord de 1989 sur l'assurance directe autre que l'assurance sur la vie, précité), ou encore « Nouvelle législation » (ex : article 4 de l'accord du 26 octobre 2004 relatif à la coopération dans le domaine statistique, *RO 2006 5933 / JO L 90 du 28.3.2006, p. 2-20*). L'accord du 26 octobre 2004 concernant la participation de la Suisse à l'Agence européenne pour l'environnement et au réseau européen d'information et d'observation pour l'environnement (*RO 2006 1111 / JO L 90 du 28.3.2006, p.37-47*), ne contient pas une telle indication, bien qu'à la lecture de l'article 16, cette question soit également abordée. De même, c'est à l'article 12, intitulé « Echanges d'informations », qu'est régie la modification législative au sein de l'accord du 21 juin 1999 relatif à la reconnaissance mutuelle en matière d'évaluation de la conformité (*RO 2002 1803 | JO L 114 du 30.4.2002, p.369-429*).

1138 Voir, *supra*, les références relatives aux divergences de vues sur le caractère fondé ou non du problème de développement du droit.

sous réserve du respect des dispositions du présent Accord, de modifier unilatéralement sa législation sur un point réglementé par le présent Accord »[1139]. Elle peut aussi être implicite, et résulter du fait qu'en prévoyant des procédures de communication des développements des droits internes, les accords admettent nécessairement le principe de ce développement.

753. Cette autonomie de décision est une caractéristique de l'équivalence des législations. C'est même souvent en fonction de cette autonomie qu'est présenté le principe d'équivalence des législations[1140]. Mais l'accord sur le transport aérien, qui est un accord de reprise, contient également une clause affirmant l'autonomie législative des parties. On verra que le degré de cette autonomie peut être différent, mais sur le principe, qu'il s'agisse d'accords de reprise de l'acquis de l'Union, ou d'accords fondés sur l'équivalence des législations, la Suisse et l'Union européenne sont juridiquement libres d'adopter une modification de leurs législations respectives[1141].

754. Du point de vue de l'européanité des règles primaires, cela signifie que les accords Suisse-UE sont compatibles avec l'existence d'un écart entre le droit applicable au titre des accords, inspiré du droit de l'Union européenne existant à un instant, et un droit applicable au sein du marché intérieur, dans lequel le droit de base a évolué[1142]. C'est cet écart que met en évidence Christine KADDOUS, qui souligne que les trois directives annexées dans l'annexe I *« sont toujours applicables dans le cadre de l'ALCP alors qu'elles ont été abrogées au sein de l'Union européenne par la directive 2004/38* »[1143]. Certains auteurs soulignent l'attrait presque historique des accords Suisse-UE pour le droit de l'Union, dont ils donnent une image qui ne correspond plus à celle du marché intérieur.

1139 Voir également l'article 23, paragraphe 1, de l'accord du 21 juin 1999 sur le transport aérien, *RO 2002 1705 / JO L 114 du 30.4.2002, p.73-90*.

1140 Voir par exemple le message du Conseil fédéral du 23 juin 1999 relatif à l'approbation des accords sectoriels entre la Suisse et la CE, *FF 1999, vol. VI, n°34, pp. 5440-6398*, spéc. p. 5469 ; Daniel FELDER, « Appréciation juridique et politique du cadre institutionnel et des dispositions générales des accords sectoriels », in D. FELDER, C. KADDOUS (dir.), *Accords bilatéraux Suisse-UE*, Bruxelles, Bruylant, 2001, pp.117-148, spéc. p. 126.

1141 Le Conseil fédéral souligne: « *Dans les sept accords* [de 1999]*, les parties contractantes ont tenu à sauvegarder leur autonomie de décisions* » : message du 23 juin 1999, précité, p. 5469.

1142 S'agissant de cet écart, Jean-Louis DEWOST considère que cette clause permet « *d'éventuelles divergences minimes de ces législations par rapport à l'accord* » : Jean-Louis DEWOST, « La réserve de développement du droit communautaire vue de Bruxelles », précité, p. 274.

1143 Christine KADDOUS, « L'Accord CH-UE sur la libre circulation des personnes et l'ordre juridique suisse », in F. BREUSS, T. COTTIER, P.-C. MÜLLER-GRAFF (dir.), *Die Schweiz im europäischen Integrationsprozess*, Bâle, Helbing Lichtenhahn, 2008, pp. 153–168, spéc. p. 156, note 12. Sur cette directive, et le lien avec l'accord sur la libre circulation des personnes, voir en particulier Christine KADDOUS, « La libre circulation des personnes, la directive 2004/38 et l'Accord bilatéral Suisse-Union européenne », *RSDIE* 2/2006, pp. 213-217.

Par exemple, l'accord de 1989 sur l'assurance directe autre que l'assurance sur la vie, « *qui est entré en vigueur alors que le droit communautaire de l'assurance était encore en pleine mutation, reflète le stade d'évolution de ce droit qui était celui des directives de la première génération* »[1144]. Les règles primaires applicables en vertu des accords Suisse-UE et celles applicables au sein du marché intérieur peuvent différer, le rapprochement des premières sur les secondes relevant de la volonté postérieure de la Suisse et de l'Union européenne. Seules des obligations procédurales de communication sont imposées à l'Union européenne qui modifie sa législation, et plus généralement aux parties, lorsqu'elles modifient leur droit interne.

2) *Les obligations procédurales liées à la communication de la nouvelle législation*

755. La faculté pour la Suisse et l'Union européenne d'adopter une modification de leur droit interne est encadrée, mais les limitations consenties ne portent pas sur l'autonomie décisionnelle. L'encadrement se justifie par l'intrication du droit interne et des règles primaires des accords : « *Dans la mesure où les accords sont fondés sur l'équivalence des législations des parties voire directement sur l'acquis communautaire, il est utile de prévoir des procédures d'information et/ou de consultation lorsqu'une partie envisage de modifier ses règles dans un domaine couvert par un accord* »[1145]. Ces règles encadrent le comportement respectif de la Suisse et de l'Union européenne avant l'adoption de la révision du droit interne, et une fois celle-ci adoptée.

756. Les accords obligent pour la plupart la partie qui souhaite modifier sa législation à en informer l'autre partie, le plus souvent par le biais du comité mixte institué par l'accord. Cette obligation d'information ne limite nullement la faculté d'adopter ou non la

---

[1144] Roger MERKELBACH, Christian GROSJEAN, « L'accord concernant l'assurance directe autre que l'assurance sur la vie du 10 octobre 1989 », précité, spéc. p. 713. De même, à la suite des développements de la libre circulation des personnes dans l'Union européenne, l'acquis applicable entre la Suisse et l'Union européenne en la matière est qualifié de « *something of a "living fossil"* » par Francesco MAIANI, « Legal Europeanization as Legal Transformation: Some Insights from Swiss 'Outer Europe' », in F. MAIANI, R. PETROV, E. MOULIAROVA (dir.), *European Integration Without EU Membership: Models, Experiences, Perspectives - European University Institute (EUI) Working Papers* n°2009/10, pp. 111-123, spéc. p. 116.

[1145] Message du Conseil fédéral du 23 juin 1999 relatif à l'approbation des accords sectoriels entre la Suisse et la CE, *FF 1999, vol. VI, n°34, pp.5440-6398*, spéc. p.5470 ; Daniel FELDER, « Appréciation juridique et politique du cadre institutionnel et des dispositions générales des accords sectoriels », in D. FELDER, C. KADDOUS (dir.), *Accords bilatéraux Suisse-UE (Commentaires),* Bruxelles, Bruylant, 2001, pp.117-148, spéc. p.127 ; Daniel FELDER, « Cadre institutionnel et dispositions générales des Accords bilatéraux II (sauf Schengen/Dublin), in C. KADDOUS, M. JAMETTI GREINER (dir.), *Accords bilatéraux II Suisse-UE : et autres accords récents*, Bruxelles, Bruylant, 2006, pp.93-117, spéc. p.103.

modification projetée. Cependant, l'obligation est assez précisément identifiée pour que l'information ait effectivement lieu. D'abord, l'objet de l'obligation d'information est souvent assez large puisqu'elle concerne les développements de « *législation interne* », certains accords visant même les « *dispositions législatives, réglementaires et administratives* »[1146]. La formulation des modifications visées varie : peuvent être visées les modifications de législations « *dans un domaine couvert* »[1147] ou « *sur un point régi* »[1148] par l'accord, « *relatives à l'objet* »[1149] de l'accord ; elles peuvent aussi être identifiées matériellement[1150] ou formellement[1151]. Les accords peuvent ainsi obliger la Suisse et l'Union européenne se s'informer d'une révision d'une législation dès lors qu'elle touche « *un domaine*» couvert par l'accord, terme vague susceptible d'englober des questions qui, sans avoir donné lieu à des règles, sont englobées dans un domaine régi par l'accord. Cette conception extensive de l'obligation d'information se justifie par la connexité des problèmes, et permet à une partie de mettre en relief le lien entre la modification envisagée et un point qui ferait directement l'objet d'une règle de l'accord. Elle est, du reste, sans incidence pour l'autonomie décisionnelle de la Suisse et de l'Union européenne. Le moment à partir duquel intervient l'obligation d'information est assez tôt puisqu'elle court « *dès qu'une partie contractante a entamé le processus d'adoption d'un projet de modification de sa législation interne* »[1152].

1146 Article 12, paragraphe 2, de l'accord de 2004 sur la reconnaissance mutuelle des évaluations de la conformité, précité.

1147 Article 52, paragraphe 2, de l'accord de 1999 sur les transports terrestres, précité ; article 17, paragraphe 1, de l'accord de 1999 sur la libre circulation des personnes, précité.

1148 Article 23, paragraphe 1, de l'accord du 21 juin 1999 sur le transport aérien, précité. L'article 4, paragraphe 1, de l'accord de 2004 sur les statistiques, précité, utilise l'expression « *sur un point réglementé par le présent Accord* ».

1149 Article 12, paragraphe 2, de l'accord de 2004 sur la reconnaissance mutuelle des évaluations de la conformité, précité.

1150 L'article 39, paragraphe 2, de l'accord de 1989 sur l'assurance directe, précité, vise les modifications de la législation interne, « *concernant les conditions d'accès et d'exercice, par la voie de l'établissement, de l'activité d'assurance directe autre que l'assurance sur la vie* ». La portée réelle de l'identification réalisée implique cependant une étude approfondie de cet accord.

1151 L'article 16, paragraphe 2, de l'accord de 2004 sur l'environnement, précité, prévoit que les membres du comité mixte se concertent à propos des implications de « *tout nouvel acte de la législation communautaire modifiant le règlement (CEE) n°1210/90 ou de tout autre instrument juridique visé dans le présent Accord* ».

1152 Article 39, paragraphe 2, de l'accord de 1989 sur l'assurance directe, précité ; article 52, paragraphe 2, de l'accord de 1999 sur les transports terrestres, précité ; article 17, paragraphe 1, de l'accord de 1999 sur la libre circulation des personnes, précité. L'article 12, paragraphe 2, de l'accord de 1999 sur la reconnaissance mutuelle des évaluations de la conformité retient une autre formulation : chaque partie doit informer l'autre partie « *des modifications qu'elle envisage d'apporter aux dispositions législatives, réglementaires et administratives relatives à l'objet de l'accord et lui communique par écrit, au plus tard soixante jours avant leur entrée en vigueur, les nouvelles dispositions* ». L'article 4, paragraphe 2, de l'accord de 2004 sur les statistiques retient une formulation différente, les parties devant fournir l'information « [a]*u cours de la période précédant l'adoption formelle de nouvelles dispositions* ». Cette expression est reprise dans l'accord sur le transport terrestre qui, non seulement oblige les parties à s'informer « *dès qu'une partie*

757. Enfin, dans certains cas, cette phase implique davantage qu'une information, et implique parfois de solliciter les avis des experts de l'autre partie ou de se consulter au sein du comité mixte sur les implications de la modification projetée, pour le bon fonctionnement de l'accord[1153]. Une telle obligation est importante, et est même parfois assortie d'un délai afin d'en assurer l'effectivité[1154]. Mais, de nouveau, et formellement, la faculté pour la Suisse et l'Union européenne d'adopter la modification envisagée n'est pas limitée par les accords. Ces obligations remplies, la Suisse et l'Union européenne peuvent adopter leur révision envisagée, cette situation créant d'autres types d'obligations.

758. Une fois la modification de la législation interne adoptée, chaque partie est tenue de le notifier à l'autre partie. De nouveau, cette obligation peut être identifiée précisément puisqu'elle court « *dès l'adoption de la législation modifiée* »[1155]. Certains accords précisent même le délai dans lequel doit être accompli cette notification, ce délai étant en outre très court : « *au plus tard 8 jours après* » l'adoption[1156], ou la publication[1157] de la législation modifiée. Enfin, les accords prévoient que les parties doivent notifier « *le texte* » des nouvelles dispositions[1158], et non simplement informer de l'approbation de la modification, ni uniquement s'en remettre aux références officielles de publication. Toutefois, quel que soit le degré de précision de l'obligation de notification, celle-ci ne constitue nullement une limitation de la faculté d'adopter une disposition législative ni

---

contractante a entamé le processus d'adoption d'un projet de modification de sa législation interne », mais aussi à se tenir informer et se consulter autant que besoin « *[p]endant la période précédant l'adoption formelle de nouvelles dispositions* ». Voir également l'article 23, paragraphe 1, de l'accord du 21 juin 1999 sur le transport aérien, précité.

1153 Voir par exemple, l'article 52, paragraphe 2, de l'accord de 1999 sur les transports terrestres, précité ou l'article 4, paragraphe 2, de l'accord de 2004 sur les statistiques précité.

1154 Voir par exemple, l'article 23, paragraphe 3, de l'accord de 1999 sur le transport aérien, précité, en vertu duquel : « *A la demande d'une Partie contractante, le Comité mixte procède, au plus tard six semaines après la demande, à un échange de vues sur les conséquences de cette modification pour le fonctionnement du présent Accord* ». De même, l'article 52, paragraphe 3, de l'accord de 1999 sur les transports terrestres, précité, fixe un délai de deux mois.

1155 Article 39, paragraphe 3, de l'accord de 1989 sur l'assurance directe, précité ; article 52, paragraphe 3, de l'accord de 1999 sur les transports terrestres, précité ; article 23, paragraphe 1, de l'accord du 21 juin 1999 sur le transport aérien, précité ; article 4, paragraphe 3, de l'accord de 2004 sur les statistiques, précité. L'accord sur la libre circulation des personnes et l'accord sur l'environnement ne contiennent pas cette précision. L'accord de 1999 sur la reconnaissance mutuelle des évaluations de la conformité ne précise pas que la notification doit avoir lieu après l'adoption formelle de la modification législative ; ce qui compte c'est que la notification ait lieu avant l'entrée en vigueur de la modification : chaque partie communique à l'autre, par écrit, « *au plus tard soixante jours avant leur entrée en vigueur* » les nouvelles dispositions (article 12, paragraphe 2).

1156 Article 39, paragraphe 3, de l'accord de 1989 sur l'assurance directe, précité

1157 Article 52, paragraphe 3, de l'accord de 1999 sur les transports terrestres, précité ; article 23, paragraphe 1, de l'accord du 21 juin 1999 sur le transport aérien, précité.

1158 Article 39, paragraphe 3, de l'accord de 1989 sur l'assurance directe, précité ; article 52, paragraphe 3, de l'accord de 1999 sur les transports terrestres, précité ; article 12, paragraphe 2, de l'accord de 1999 sur la reconnaissance mutuelle des évaluations de la conformité.

même une clause empêchant durablement la mise en application de cette nouvelle disposition. L'application peut néanmoins être retardée, comme dans l'accord de 1989 sur l'assurance directe autre que l'assurance vie, dont l'article 39, paragraphe 4, prévoit que : « *Afin de garantir la sécurité juridique, un délai d'au moins 12 mois à partir de l'adoption de la législation modifiée doit être prévu par la partie contractante concernée pour la mise en application de toute modification de législation qui s'écarte des dispositions de l'accord* ». Cette situation particulière, qui concerne les cas où la révision de la législation « *s'écarte des dispositions de l'accord* », met en relief le fait qu'en raison de l'intrication des législations internes et des accords Suisse-UE[1159], la nouvelle disposition peut avoir une incidence dans le fonctionnement de l'accord.

759. Il s'agit alors de savoir de quelle manière le développement du droit interne d'une partie est pris en compte « au niveau » de l'accord. De nouveau, cette prise en compte ne limite en principe pas l'autonomie décisionnelle de la Suisse et l'Union européenne.

B) La préservation de l'autonomie décisionnelle des parties à l'égard de la prise en compte de l'évolution du droit interne, par les accords Suisse-UE

760. L'évolution d'une législation d'une partie, peut avoir différentes incidences dans la relation Suisse-UE mais la préservation de l'autonomie décisionnelle des parties est assurée (1). Soumise à la volonté postérieure des parties, la prise en compte de l'évolution d'une législation interne ne favorise pas particulièrement le rattachement au droit de l'Union européenne des règles primaires, qui dépendra de l'objet de la négociation (l'évolution du droit suisse ou celui de l'Union européenne) et de l'intérêt respectif des parties à intégrer cette évolution dans leurs rapports conventionnels. Toutefois, il semblerait que les procédures de révision simplifiée qui font intervenir le comité mixte gérant l'accord, facilitent la prise en compte de l'évolution de la législation d'une partie dans les accords Suisse-UE et semble conserver la structure préétablie des règles primaires, c'est-à-dire leur rattachement sur le droit de l'Union européenne (2).

[1159] Voir le rappel effectué, *supra*, sous §2.

1) *La prise en compte de l'évolution du droit interne d'une partie soumise au respect de l'autonomie décisionnelle de la Suisse et de l'Union européenne*

761. Les accords Suisse-UE envisagent que la modification d'une législation d'une des parties ait une incidence dans la relation conventionnelle, mais sans porter atteinte à l'autonomie décisionnelle des parties.

762. D'abord, cette prise en compte peut ne donner lieu à aucune décision de modification du droit, si bien qu'elle ne met pas en cause l'autonomie décisionnelle des parties. Deux situations importantes doivent être distinguées.

763. D'une part, une telle prise en compte peut être effectuée non pas par la Suisse et l'Union européenne, mais par les particuliers qui appliqueront le nouveau développement de la législation. Ainsi, dans l'accord sur la reconnaissance mutuelle en matière d'évaluation de la conformité[1160], existent des renvois dynamiques au droit de l'Union européenne, la référence aux actes de l'Union européenne étant suivie de la mention « *et modifications ultérieures* ». Mais ce renvoi aux modifications des actes de base de l'Union européenne, non connues lors de leur référencement dans les annexes, vise uniquement à faciliter la commercialisation dans le territoire du marché intérieur des produits qui tiennent compte des dernières prescriptions de ces actes. L'évolution de la législation européenne est ainsi prise en compte mais en tant que faculté mise au bénéfice des particuliers, sans qu'elle ne donne lieu à une décision de modification du droit des parties, et ne limite donc pas leur autonomie décisionnelle.

764. D'autre part, la prise en compte peut aussi se faire par les parties, mais sans qu'elle ne donne lieu à une décision. Appelé à se prononcer sur l'incidence de la nouvelle législation, le comité mixte gérant l'accord peut simplement « *procéder à un échange de vues sur les implications qu'une telle modification entraînerait pour le bon fonctionnement de l'accord* »[1161].

[1160] Accord du 21 juin 1999 relatif à la reconnaissance mutuelle en matière d'évaluation de la conformité, *RO 2002 1803 / JO L 114 du 30.4.2002, p.369-429*.

[1161] Article 17, paragraphe 1, de l'accord de 1999 sur la libre circulation des personnes, précité. Article 52, paragraphe 3, de l'accord de 1999 sur les transports terrestres, précité. L'article 10, paragraphe 4.1, pt e), de l'accord de 1999 sur la reconnaissance mutuelle des évaluations de la conformité prévoit que le comité mixte « *est en particulier chargé:* [...] *de l'examen des dispositions législatives, réglementaires et administratives que les parties se seront communiquées conformément à l'art. 12, en vue d'en évaluer les conséquences pour l'accord* ».

765. Ensuite, lorsqu'elle donne lieu à une décision des parties, la prise en compte de l'évolution du droit d'une partie se fait selon des modalités qui respectent l'autonomie décisionnelle de chaque partie. Elle peut d'abord se faire selon des modalités classiques du droit international, notamment en ce qui concerne la révision des traités[1162], ou la conclusion d'un nouvel accord[1163]. Mais, ceux-ci ont aussi prévu la possibilité d''intervention du comité mixte gérant l'accord.

766. Cette intervention du comité mixte est d'abord intéressante dans son principe, puisqu'elle met en évidence le fait que le développement du droit d'une partie peut « concerner » sa relation avec l'autre, au point de justifier l'insertion de cette situation dans un cadre « institutionnel ». Dans ses modalités de fonctionnement, l'intervention du comité mixte gérant l'accord Suisse-UE est en outre éclairée par une comparaison de l'intervention du comité mixte de l'accord EEE.

767. Le comité mixte peut être appelé à intervenir lorsqu'une partie estime que la modification législative adoptée par l'autre partie « *s'écarte des dispositions de l'accord* » sur l'assurance directe autre que l'assurance vie[1164]. L'accord sur les transports terrestres ne limite cependant pas l'intervention du comité mixte à une situation « pathologique » : le comité sur les transports terrestres intervient simplement « *à la demande d'une des parties* »[1165].

768. Appelé à se prononcer sur l'incidence de la nouvelle législation, le comité mixte peut adopter une décision. Etant donnée la nature de cette compétence, la faculté pour le comité mixte d'adopter des décisions – qui lieront les parties – est limitée aux « *cas prévus*

1162 Peu formalisée quant à la procédure à suivre, la modification des accords suit les principes relatifs à la modification des traités internationaux. Elle exige en particulier le consentement de toutes les parties entre lesquelles la modification est envisagée. A noter que la modification peut être possible entre certaines parties, ou requérir l'accord de toutes les parties, variante qui dépend notamment de la nature du traité. Le caractère bilatéral, et multilatéral restreint donne ainsi une indication sur cette possibilité. Voir, *supra*, section 1, §1, A), 3, c). En outre, l'entrée en vigueur de la modification conventionnelle est subordonnée à l'accomplissement de leurs procédures internes respectives, condition rappelée par les accords Suisse-UE. Voir par exemple l'article 18, paragraphe 1, de l'accord de 1999 sur la reconnaissance mutuelle, précité.

1163 En ce sens René SCHWOK souligne que « *toute nouvelle législation substantielle de l'Union européenne pertinente à ces Accords bilatéraux devra faire l'objet d'un nouvel accord avec l'Union* » : René SCHWOK, « Théorie du "petit Etat" européen et pays originairement de l'AELE », in M. DUMOULIN, G. DUCHENNE (dir.), *Les petits Etats et la construction européenne*, Bruxelles, PIE-Peter Lang, 2002, pp.111-133, spéc. p.128.

1164 Article 39, paragraphe 3, de l'accord de 1989 sur l'assurance directe, précité.

1165 Article 52, paragraphe 3, de l'accord de 1999 sur les transports terrestres, précité.

par l'accord »[1166]. Les accords prévoient que le comité mixte peut adopter, à la suite de une modification de législation d'une partie, trois types de décisions, dont l'analyse est intéressante pour mesurer l'évolution possible du rattachement des règles primaires au droit de l'Union européenne. Le comité mixte peut : agir afin de réviser l'accord et notamment les annexes, ou adopter « *une décision aux termes de laquelle les modifications de la législation concernée sont réputées conformes à l'accord* » ou encore décider « *de toute autre mesure visant à sauvegarder le bon fonctionnement de l'accord* »[1167]. En revanche, dans l'accord EEE, l'intervention du comité mixte est orientée par le développement d'une législation de l'Union européenne, et est ciblée puisque l'intervention du comité mixte EEE vise en priorité la modification des annexes. Ce n'est que si le comité EEE ne parvient pas à s'accorder sur la modification qu'il « *examine toute autre possibilité pour préserver le bon fonctionnement du présent accord et prend toute décision nécessaire à cet effet, y compris la reconnaissance éventuelle de l'équivalence des législations* »[1168]. Dans les accords Suisse-UE, le comité mixte peut prendre trois types de décisions, la modification étant la première listée, mais sans que ne soit consacré expressément une priorité pour cette forme de prise en compte. Il en résulte une plus grande liberté de choix des types de décisions que peuvent prendre les comités Suisse-UE[1169].

769. Pour s'en tenir à la question de la modification de l'accord, le comité mixte gérant l'accord Suisse-UE peut, plus précisément proposer une révision[1170], voire, lorsqu'il en possède la compétence, adopter une décision de révision[1171]. Cette procédure de révision

---

[1166] Article 14, paragraphe 1, de l'accord de 1999 sur la libre circulation des personnes, précité ; article 51, paragraphe 1, de l'accord de 1999 sur les transports terrestres, précité ; article 21, paragraphe 1, de l'accord de 1999 sur le transport aérien, précité ; article 10 de l'accord de 1999 sur la reconnaissance mutuelle des évaluations de la conformité, précité ; article 3, paragraphe 1, alinéa 2 de l'accord de 2004 sur les statistiques, précité.

[1167] Article 39, paragraphe 3, de l'accord de 1989 sur l'assurance directe, précité ; article 52, paragraphe 2, de l'accord de 1999 sur les transports terrestres, précité ; article 23, paragraphe 4, de l'accord de 1999 sur le transport aérien, précité. Pour une formulation légèrement différente, voir l'article 4, paragraphe 4, de l'accord de 2004 sur les statistiques, précité.

[1168] Article 102, paragraphe 4, de l'accord sur l'Espace économique européen.

[1169] Voir, *supra*, sous section 3, les remarques relatives aux raisons du rejet de l'accord EEE compte tenu de certaines de ses règles secondaires.

[1170] Article 52, paragraphe 4, alinéa 1, de l'accord de 1999 sur les transports terrestres, précité ; article 4, paragraphe 4, alinéa 1, de l'accord de 2004 sur les statistiques, précité.

[1171] Article 39, paragraphe 6, alinéa 1, de l'accord de 1989 sur l'assurance directe, précité ; article 52, paragraphe 4, alinéa 1, de l'accord de 1999 sur les transports terrestres, précité ; article 23, paragraphe 4, alinéa 1, de l'accord de 1999 sur le transport aérien, précité ; article 18 de l'accord de 1999 sur la libre circulation des personnes, précité ; article 10, paragraphe 5, et article 18, paragraphe 2, de l'accord de 1999 sur la reconnaissance mutuelle des évaluations de la conformité, précité ; article 4, paragraphe 4, alinéa 1, de l'accord de 2004 sur les statistiques, précité ; article 16, paragraphe 3, de l'accord de 2004 sur l'environnement, précité ;

simplifiée permet au comité mixte en charge de l'accord de réviser l'accord « *afin d'y intégrer, en tant que de besoin sur une base de réciprocité, les modifications intervenues dans la législation concernée* »[1172]. Cette procédure est essentielle car elle facilite la modification des accords, et réduit le caractère statique des accords Suisse-UE.

770. Le principe d'une modification de l'accord relève de la volonté postérieure des parties : le comité mixte se prononçant toujours d'un commun accord, cette procédure ne limite pas l'autonomie décisionnelle de la Suisse et celle de l'Union européenne. Cette exigence du consentement des parties rejoint celle de l'accord EEE pour lequel la reprise d'un développement du droit de l'Union exige également le consentement des Etats de l'AELE et de l'UE parties à l'accord. Ce n'est donc pas sur l'exigence de consentement pour assurer la modification de l'accord que les accords Suisse-UE assurent la plus grande autonomie recherchée[1173], mais sur les conséquences de la non-reprise.

771. Par ailleurs, les accords Suisse-UE peuvent faciliter l'entrée en vigueur de la modification qui aura été décidée unanimement au sein du comité mixte. Par exemple, l'article 18 de l'accord sur la libre circulation des personnes, prévoit que la modification des annexes II et III qui sera décidée par le comité mixte, « *pourra entrer en vigueur aussitôt après cette décision* ». Cette règle secondaire met ainsi en évidence le fait que cet accord essaie de ne pas faire perdurer un écart qui aurait été jugé inutile par la Suisse et l'Union européenne.

772. Si le sens de la modification simplifiée n'est pas précisé, il semble que la compétence du comité mixte soit déterminée par la structure préalable des accords Suisse-UE, orientant ainsi la révision vers la progression du rapprochement sur le droit de l'Union européenne.

[1172] Article 39, paragraphe 6, alinéa 1, de l'accord de 1989 sur l'assurance directe, précité ; article 52, paragraphe 4, alinéa 1, de l'accord de 1999 sur les transports terrestres, précité ;

[1173] Voir, *supra*, sous section 3, les remarques relatives aux raisons du rejet de l'accord EEE compte tenu de certaines de ses règles secondaires.

2) *La prise en compte facilitée de l'évolution du droit de l'Union européenne par l'orientation de la compétence de révision du comité mixte*

773. Le sens de la modification de l'accord n'est pas précisé explicitement, et semble ainsi soumis à la volonté postérieure des parties. Toutefois certains éléments laissent penser que la modification suivra la structure préétablie de l'accord, y compris en ce qui concerne le rattachement au droit de l'Union européenne.

774. De manière générale, on constate que les accords ne précisent pas le type de modification que peut décider le comité mixte. Dès lors, « *In the case of evolution of the relevant Community* acquis*, nothing is clear about what Switzerland has to do* »[1174]. L'accord de 1989 sur l'assurance directe autre que l'assurance sur la vie prévoit que le comité mixte « *adopte une décision portant révision des dispositions de l'accord* »[1175]. Les accords Suisse-UE précisent uniquement pour la plupart que les comités mixtes peuvent « *adopter une décision modifiant les annexes* »[1176], en désignant parfois lesquelles[1177].

775. Toutefois, en considération du contenu préexistant des annexes, le Conseil fédéral suisse et la doctrine affirment que : « Les comités mixtes peuvent décider de modifier les annexes des accords dont le contenu est de nature technique (p. ex. listes des législations et des autorités des parties) »[1178]. Ils en déduisent notamment que « le Comité mixte ne peut pas décider d'imposer aux parties des obligations nouvelles »[1179]. Suivant cette logique, si la

---

1174 René SCHWOK, « Switzerland's approximation of its legislation to the EU Acquis : specificities, lessons and paradoxes », *The European journal of law reform*, 2007, vol.9, n°3, pp.449-465, spéc. p. 462.

1175 Article 39, paragraphe 6, alinéa 1, de l'accord de 1989 sur l'assurance directe, précité. Toutefois, le paragraphe 7 prévoit que « *Les décisions sont soumises en tant que de besoin à ratification ou à approbation des parties contractantes selon les procédures qui leur sont propres* ».

1176 Article 52, paragraphe 4, alinéa 1, de l'accord de 1999 sur les transports terrestres, précité ; article 23, paragraphe 4, alinéa 1 de l'accord de 1999 sur le transport aérien, précité ; article 16, paragraphe 3, de l'accord de 2004 sur l'environnement, précité ; article 4, paragraphe 4, alinéa 1 de l'accord de 2004 sur les statistiques, précité

1177 L'article 18 de l'accord de 1999 sur la libre circulation des personnes, précité, prévoit que la « *modification des annexes II et III* […] *sera décidée par le Comité mixte et* […] *pourra entrer en vigueur aussitôt après cette décision* ».

1178 Message du Conseil fédéral du 23 juin 1999 relatif à l'approbation des accords sectoriels entre la Suisse et la CE, *FF 1999, vol. VI, n°34, pp. 5440-6398*, spéc. p. 5468 ; Daniel FELDER, « Appréciation juridique et politique du cadre institutionnel et des dispositions générales des accords sectoriels », in D. FELDER, C. KADDOUS (dir.), *Accords bilatéraux Suisse-UE (Commentaires),* Bruxelles, Bruylant, 2001, pp.117-148, spéc. p.130 ; Fabrice FILLIEZ, Hanspeter MOCK, « La Suisse et l'Union européenne : état des lieux d'une relation sui generis », *Journal des tribunaux. Droit européen* n°130, 2006, pp.161-168, spéc. p. 163.

1179 *Ibid.* Voir également Stephan BREITENMOSER, « Sectoral agreements between the EC and Switzerland : contents and context », *C.M.L.R.,* 2003, vol. 40, n°5, pp.1137-1186, spéc. pp. 1154-1155.

décision de modifier les annexes est déterminée par le contenu initial de celles-ci[1180], alors les modifications du comité mixte ne modifieront pas la structure des règles primaires.

776. Par conséquent, un accord fondé sur l'équivalence-condition comportera en annexe une liste de législations de l'Union européenne et de la Suisse, considérées comme équivalentes, celle-ci étant simplement « actualisée » en fonction des développements intervenus dans l'Union européenne et en Suisse. L'évolution du rattachement n'est alors pas juridiquement prévisible et dépendra d'éléments factuels, qui se caractérisent pour le moment par l'attractivité du droit de l'Union européenne et un rapprochement unilatéral de la législation suisse. Par contre, dans les accords de reprise et d'équivalence-direction, qui imposent l'application de règles en fonction du droit de l'Union européenne cité explicitement, seule l'évolution de ce droit sera susceptible d'être prise en compte par le comité mixte dans le cadre de son pouvoir de révision, de sorte que le rattachement au droit de l'Union européenne devrait être maintenu[1181]. Hélène HOTELLIER souligne qu'à la différence de l'accord EEE, dans les accords bilatéraux Suisse-UE « *l'UE gage que la Suisse va s'adapter "à froid" sur ces matières, sans mécanisme d'accrochage continu* »[1182] ; tout en étant laissée à la volonté postérieure des parties, le mécanisme de révision simplifiée permet de prolonger le rattachement au droit de l'Union européenne, son caractère discrétionnaire laissant cependant latente la question du moment et de la volonté de ce rattachement. Bien plus, une telle orientation de la procédure de révision simplifiée semble mettre en relief le fait que, lors de la conclusion des accords, la Suisse et l'Union européenne étaient conscientes de « l'intérêt »[1183] de maintenir dans la durée le rapprochement par rapport au

---

[1180] Toutefois, le Conseil fédéral envisage plus largement les compétences du comité mixte institué par l'accord de 1999 sur la reconnaissance mutuelle des évaluations de la conformité puisqu'il considère que ce comité « *pourra non seulement modifier des chapitres sectoriels contenus dans l'annexe 1, mais aussi y inclure de nouveaux chapitres concernant des produits non encore couverts par l'accord, tels que par exemple les produits de construction* » : Message du Conseil fédéral du 23 juin 1999 précité, p. 5525.

[1181] Concrètement, dans ces accords, la modification du droit de l'Union européenne sera intégrée à l'accord Suisse-UE « *en énumérant de manière explicite l'ensemble des modifications qui portent sur un acte de base et intéressent la Suisse,* [ou] *en ajoutant la mention "modifié en dernier lieu par" en citant précisément le dernier acte modificateur concernant les relations Suisse-UE* »/ Site des autorités fédérales suisses, Rubrique « Accords sectoriels », « Droit de l'UE » : http://www.admin.ch/ch/f/eur/gemrec.html#Enumeration. Par exemple, l'annexe de l'accord sur le transport aérien renvoie au « *Règlement de la Commission du 7 avril 2004 concernant la mise en œuvre du règlement (CE) n°139/2004 du Conseil relatif au contrôle des concentrations entre entreprises (art. 1er à 24), modifié en dernier lieu par: - le règlement (CE) n°1792/2006 de la Commission, - le règlement (CE) n°1033/2008 de la Commission* ».

[1182] Hélène HOTELLIER, « Les accords bilatéraux Suisse-Union européenne. La troisième voie : une intégration sans adhésion », in M. DUMOULIN, G. DUCHENNE (dir.), *Les petits Etats et la construction européenne*, actes de la VIIe Chaire Glaverbel, Bruxelles, PIE-Peter Lang, 2002, pp. 237-263, spéc. p. 249.

[1183] « *Certes, les parties contractantes ont sauvegardé leur autonomie législative dans les accords sectoriels mais il faut relever qu'elles ont un intérêt à maintenir l'équivalence de leur législation* » : Message du Conseil fédéral du 23 juin

droit de l'Union européenne. En effet, le Conseil fédéral et la doctrine soulignent qu' « *à défaut d'une prise en compte régulière de l'évolution du droit communautaire dans les accords sectoriels, les divergences des règles suisses et communautaire feraient obstacles à la bonne application des accords concernés* »[1184]. Par cette procédure, le rattachement au droit de l'Union européenne semble donc uniquement susceptible d'être poursuivi, la question essentielle étant alors celle du moment de cette prise en compte[1185].

777. En conclusion, tout en étant des accords statiques, les accords Suisse-UE prévoient une procédure de révision simplifiée qui tend à prolonger leur structuration et notamment le rattachement au droit de l'Union européenne en facilitant l'inclusion dans l'accord, de la nouvelle législation suisse équivalente à la nouvelle législation de l'Union européenne (équivalence-condition), ou l'inclusion du nouvel acte de l'Union européenne par rapport auquel la Suisse accepte d'appliquer des règles équivalentes (équivalence-direction) ou directement les règles (principe de reprise). Il s'agit ainsi d'une simple facilitation du prolongement du rattachement des accords sur le droit de l'Union européenne. Certains accords vont cependant plus loin et intègrent des règles secondaires qui lient la vie juridique des accords aux développements du droit de l'Union européenne.

§2 – L'évolution des accords en fonction de l'évolution du droit de l'Union européenne

778. L'évolution du droit de l'Union européenne peut avoir une incidence particulière dans la relation Suisse-UE. Contrairement aux cas précédant dans lesquels l'évolution des accords en fonction du droit de l'UE était, tout au plus suggérée par l'orientation de la

1999 relatif à l'approbation des accords sectoriels entre la Suisse et la CE, FF 1999, vol. 6, cahier n°34, pp. 5440-6398, spéc. p. 5470 ; Daniel FELDER, « Appréciation juridique et politique du cadre institutionnel et des dispositions générales des accords sectoriels », *op. cit.*, spéc. p. 128.

1184 Message du Conseil fédéral du 23 juin 1999 relatif à l'approbation des accords sectoriels entre la Suisse et la CE, FF 1999, vol. 6, cahier n°34, pp. 5440-6398, spéc. p. 5470 ; Daniel FELDER, « Appréciation juridique et politique du cadre institutionnel et des dispositions générales des accords sectoriels », *op. cit.*, spéc. p. 128 ; Fabrice FILLIEZ, Hanspeter MOCK, « La Suisse et l'Union européenne : état des lieux d'une relation sui generis », *op. cit.,* spéc. p. 168. Dans le même sens, Christine KADDOUS, « L'Accord CH–UE sur la libre circulation des personnes et l'ordre juridique suisse », in F. BREUSS, T. COTTIER, P.-C. MÜLLER-GRAFF (dir.), *Die Schweiz im europäischen Integrationsprozess*, Bâle, Helbing Lichtenhahn, 2008, pp. 153–168, spéc. p. 168 et Hélène HOTELLIER, « Les accords bilatéraux Suisse-Union européenne. La troisième voie : une intégration sans adhésion », *op.cit.*, spéc. p. 250, qui précise que les parties auront « *intérêt à maintenir l'équivalence juridique afin de ne pas affecter négativement le degré de libéralisation ainsi réalisé* ».

1185 Sur l'écart possible entre le droit de l'Union européenne et le droit appliqué en vertu des accords Suisse-UE, voir, *supra*, 1, a), notamment les exemples liés à l'adoption de la directive 2004/38 au sein de l'Union européenne.

compétence du comité mixte, elle est ici affirmée expressément par des règles secondaires. Celles-ci préservent de nouveau l'autonomie décisionnelle des parties puisque l'évolution du droit de l'Union européenne de base n'est pas automatiquement intégrée dans la relation conventionnelle. Mais cette évolution du droit de l'Union européenne peut donner lieu à la mise en œuvre d'une règle secondaire conférant un droit unilatéral de suspension dans l'accord sur l'épargne si le droit de base cesse d'être appliqué (A), ou d'une règle secondaire prévoyant l'automaticité de la cessation dans les accords d'association à Schengen et Dublin si le développement du droit de base n'est pas repris (B).

A) Le droit unilatéral de suspension de l'accord sur l'épargne en cas de cessation d'application de l'acquis de l'UE servant de base

779. Comme son intitulé l'indique, l'accord prévoit « des mesures équivalentes à celles prévues dans la directive 2003/48/CE du Conseil en matière de fiscalité des revenus de l'épargne sous forme de paiements d'intérêts »[1186]. Cependant, l'accord sur la fiscalité de l'épargne n'est pas complètement assimilable aux autres accords fondés sur l'équivalence des législations, ni même aux accords fondés sur la reprise de l'acquis de l'Union européenne, en raison du lien particulier qui l'unit à la directive 2003/48/CE du Conseil[1187].

780. En effet, cet accord et la directive sont intrinsèquement liés. L'acquis de l'Union européenne qui sert de base à l'établissement des règles primaires n'était pas préexistant à l'accord, mais concomitant et presque consubstantiel. Cécile RAPOPORT considère que cet accord « *organise l'adoption de normes uniformes, à l'espace CE-Suisse […]. Ces normes se matérialisent dans un accord pour les Etats tiers et sous la forme d'une directive pour les Etats membres de l'UE* »[1188].

[1186] Accord du 26 octobre 2004 entre la Confédération suisse et la Communauté européenne prévoyant des mesures équivalentes à celles prévues dans la directive 2003/48/CE du Conseil en matière de fiscalité des revenus de l'épargne sous forme de paiements d'intérêts, *RO 2005 2571 / JO L 385 du 29.12.2004, p.30-42*.

[1187] Directive 2003/48/CE du Conseil du 3 juin 2003 en matière de fiscalité des revenus de l'épargne sous forme de paiements d'intérêts, *JO L 157 du 26.06.2003, p. 38-48*.

[1188] Cécile RAPOPORT, *Les partenariats entre l'Union européenne et les Etats tiers européens - Étude de la contribution de l'Union européenne à la structuration juridique de l'espace européen,* Bruxelles, Bruylant, 2011, 809 p., spéc. p.201.

781. L'élaboration de ces deux actes permet de comprendre la règle secondaire qui sera étudiée. Au sein de l'Union européenne, les discussions sur le projet de directive ont profondément été marquées par la réticence de trois Etats membres et la nécessité d'obtenir de certains Etats tiers une coopération afin de ne pas fausser le dispositif que l'UE tentait d'instituer : une taxation effective des revenus de l'épargne dont bénéficie dans un Etat membre, une personne physique résidant dans un autre Etat membre[1189]. Le régime que l'Union européenne tentait d'établir entre ses Etats membres par la directive impliquait donc le ralliement de différents Etats tiers dont la Suisse[1190] par un accord[1191], dans lequel ces Etats s'engagent à respecter un certain nombre d'obligations[1192]. Tant l'adoption de la directive, que son entrée en vigueur[1193], ont ainsi été liées à l'adoption d'un accord avec la Suisse[1194] et à son entrée en vigueur[1195]. L'accord conclu avec la Suisse entretient ainsi un lien particulier avec la directive, dont il permet le déploiement des effets juridiques.

1189 La réticence de trois Etats membres à adopter des mesures affectant le secret bancaire était donc liée au risque de concurrence fiscale que représentent certains Etats tiers. Au Conseil ECOFIN du 21 janvier 2003, l'Autriche, la Belgique et le Luxembourg obtiennent le droit d'appliquer provisoirement une retenue d'impôt, le passage à l'échange automatique d'informations étant subordonné, non pas à l'écoulement d'une période de sept ans comme cela avait été envisagé, mais à la conclusion d'accords avec six Etats tiers: Andorre, Etats-Unis, Liechtenstein, Monaco, Saint-Marin et Suisse.

1190 Sur ce cadre et le régime mis en place avec les Etats tiers, voir Véronique HUMBERT, « La fiscalité de l'épargne dans l'Union européenne », in C. KADDOUS, M. JAMETTI GREINER (dir.), *Accords bilatéraux II Suisse-UE et autres accords récents*, Bruxelles, Bruylant, 2006, pp. 527-555. Voir également le message du Conseil fédéral relatif à l'approbation des accords bilatéraux entre la Suisse et l'Union européenne, y compris les actes législatifs relatifs à la transposition des accords («accords bilatéraux II») du 1er octobre 2004, *FF 2004, vol. I, n°44, pp.5593-5924*, spéc. pp. 5828 et s.

1191 On aurait pu imaginer une introduction unilatérale d'un tel régime dans ces Etats mais, d'une part, elle n'offrirait pas à l'Union européenne un droit d'exiger le maintien de ce régime, d'autre part, et surtout, cette introduction impliquait des concessions de la part de la Suisse dont elle s'est prévalue pour faire avancer les autres objets en cours de négociation, lors des bilatérales II. Sur l'importance pour l'Union européenne de ce dossier et son acceptation corrélative à négocier dans d'autres secteurs, voir notamment Dante MARTINELLI, « Les Accords bilatéraux II vus de Bruxelles », in C. KADDOUS, JAMETTI GREINER (dir.), *Accords bilatéraux II Suisse-UE et autres accords récents*, *op.cit.*, pp. 16-22, spéc. p. 17.

1192 En matière de retenue et retenue à la source, la Suisse « *appliquera les mêmes taux* » que la Belgique, le Luxembourg et l'Autriche (conclusions du Conseil ECOFIN, 5566/03, pt 3). Cet élément fait partie de ceux qui serviront de modèle aux accords avec le Liechtenstein, Andorre, Monaco, Saint-Marin. Quant à l'échange automatique d'informations, il est accepté « *dès lors que la CE* […] *conclura avec la Suisse, le Liechtenstein, Saint-Marin, Monaco et Andorre un accord prévoyant l'échange d'informations* sur demande conformément au modèle de convention de l'OCDE*, en appliquant simultanément le taux de retenue à la source défini pour la période correspondante aux fins de la directive »* (pt 6 des conclusions).

1193 Voir le considérant 24 de la directive et l'article 17, paragraphe 3.

1194 « *A la mi-mai 2003, le projet d'accord entre la Suisse et la CE sur la fiscalité de l'épargne était négocié. Le 3 juin 2003, le Conseil Ecofin a adopté la directive 2003/48/CE* [et] *pris acte avec satisfaction du projet d'accord avec la Suisse* » : message du Conseil fédéral du 1er octobre 2004, *op. cit.*, spéc. pp.5830-5831.

1195 La Suisse n'étant pas en mesure d'assurer l'application du régime au 1er janvier 2005 mais au 1er juillet 2005, la date d'application de la directive a également été repoussée au 1er juillet 2005, conformément à l'article 17, paragraphe 3, de la directive, et au considérant 24 précités. Voir le mémorandum d'entente *JO L 385 du 29.12.2004, p. 51-54*. Pour la directive, voir la décision du Conseil du 19 juillet 2004 relative à la date d'application de la directive 2003/48 du Conseil du 3 juin 2003 en matière de fiscalité des revenus de l'épargne sous forme de paiement d'intérêts, *JO L 257 du 4.8.2004, p. 7*.

782. Le lien entre l'accord Suisse-UE et la directive 2003/48 se manifeste également dans les règles secondaires relatives à la contingence des règles primaires. En effet, l'article 18, paragraphe 4, de cet accord dispose : « *L'application du présent Accord ou de parties de celui – ci peut être suspendue par l'une des Parties contractantes avec effet immédiat par une notification adressée à l'autre partie au cas où la directive ou une partie de celle – ci cesse d'être applicable soit temporairement soit définitivement conformément au droit communautaire ou au cas où un Etat membre suspend l'application de sa législation de transposition* ». Ici l'évolution de droit de l'Union européenne de base influe directement sur l'accord Suisse-UE, en ce qu'il fonde le droit à la suspension de l'accord. Cette règle secondaire lie ainsi directement la vie des règles primaires de l'accord à celle des règles primaires du droit de l'UE de base, la contingence des secondes pouvant entraîner valablement celle des premières.

783. Toutefois, cette clause de suspension n'est pas seulement activée en cas de cessation de la directive 2003/48 mais aussi dans le cas « *où un Etat membre suspend l'application de sa législation de transposition* ». Cette règle secondaire lie ainsi la vie des règles primaires de l'accord à celles des règles de mise en œuvre par les Etats membres des règles primaires du droit de l'UE de base. Cette formulation découle de la nature de la directive 2003/48, « matrice » fixant des obligations de résultat aux Etats membres chargés de sa mise en œuvre par des actes nationaux de transposition. Mais elle introduit une contingence qui n'existe pas dans l'Union européenne puisque le droit dérivé s'impose aux Etats membres sans que ceux-ci puissent cesser d'appliquer le droit de l'Union européenne en se prévalant de sa non-application par un autre Etat membre. Enfin, la formulation ne précise pas à quel niveau la suspension de l'application de la législation de transposition doit intervenir pour fonder une suspension de l'accord.

784. Cette règle secondaire relative à la contingence des règles primaires est importante car elle confère un droit unilatéral à la suspension des règles primaires, qui résulte du rattachement de l'accord à la directive 2003/48 et qui prolonge dans le temps ce rattachement. Cette règle secondaire, qui permet une suspension, facultative, en raison de la suspension de l'application du droit de base, se distingue de celle contenue dans les accords d'association à Schengen et Dublin, qui prévoit une cessation, automatique, consécutive à la non-reprise d'un développement du droit de base.

B) *La cessation automatique des accords d'association à Schengen et Dublin, conséquence de la non-reprise des nouveaux développements de l'acquis de l'UE*

785. Les accords d'association à Schengen (AAS) et Dublin (AAD) sont des accords de reprise de l'acquis de l'Union européenne dans ces domaines[1196]. Ils réalisent une reprise de l'acquis existant, c'est-à-dire l'acquis de l'Union européenne en vigueur lors de la signature de ces accords, ainsi que l'acquis qui était connu mais pas encore entré en vigueur (« pipeline acquis »)[1197]. Bien plus, la reprise s'étend aux développements à venir de cet acquis, l'engagement de la Suisse portant ainsi sur un droit dont elle ne connaît ni le moment de la survenance, ni le contenu.

786. L'engagement de la Suisse de reprendre les nouveaux développements de principe est inscrit à l'article 1, paragraphe 1[1198], et surtout à l'article 2, paragraphe 3, AAS: « *les actes et les mesures pris par l'Union européenne* […] *modifiant ou complétant les dispositions visées aux annexes A et B*, […] *sont également acceptés, mis en œuvre et appliqués par la Suisse* »[1199]. Cet engagement constitue une limitation de l'autonomie de la Suisse puisque, en tant qu'Etat non-membre de l'Union européenne, elle n'aura pas décidé de l'adoption des actes modifiant ou complétant l'acquis Schengen/Dublin visé dans les annexes[1200]. La limitation de l'autonomie consentie par la Suisse dépend ainsi non seulement de la teneur de son engagement conventionnel à reprendre les développements du droit de l'Union de base ici étudiée (1), mais aussi des contreparties accordées à la Suisse à l'égard de l'élaboration des développements de l'acquis Schengen/Dublin, ces dernières limitant en retour l'autonomie de l'Union européenne (2).

1196 Accord du 26 octobre 2004 entre la Confédération suisse, l'Union européenne et la Communauté européenne sur l'association de la Confédération suisse à la mise en œuvre, à l'application et au développement de l'acquis de Schengen (*RO 2008 481 / JO L 53 du 27.2.2008, p. 52-79*) ; accord du 26 octobre 2004 entre la Confédération suisse et la Communauté européenne relatif aux critères et aux mécanismes permettant de déterminer l'Etat responsable de l'examen d'une demande d'asile introduite dans un Etat membre ou en Suisse, *RO 2008 515 / JO L 53 du 27.2.2008, p.5-17*. Voir, *supra*, chapitre 1, section 2, §1, sur le principe de reprise de l'acquis de l'Union européenne.

1197 Anne CORNU, « Les aspects institutionnels des Accords d'association de la Suisse à Schengen et à Dublin », in C. KADDOUS, M. JAMETTI GREINER (dir.), *Accords bilatéraux II Suisse-UE et autres accords récents*, Bruxelles, Bruylant, 2006, pp. 207-244, spéc. p. 231.

1198 Selon cette disposition : « *La Confédération suisse* […] *est associée aux activités de* […] *l'Union européenne dans les domaines couverts par les dispositions visées aux annexes A et B du présent Accord ainsi que par celles qui leur feront suite* »

1199 Dans l'AAD, une disposition analogue figure à l'article 1, paragraphe 3.

1200 C'est ce que rappelle l'article 7, paragraphe 1, AAS : « *L'adoption de nouveaux actes ou de mesures liés aux questions visées à l'art. 2 est réservée aux institutions compétentes de l'Union européenne* ».

1) *Les limitations de l'autonomie de la Suisse dans l'obligation de reprise des nouveaux développements des acquis Schengen/Dublin*

787. D'abord, si l'engagement de reprendre les nouveaux développements est un engagement de principe, ceux-ci ne sont pas automatiquement étendus dans la relation Suisse-UE. La Suisse doit en effet notifier à l'Union européenne son acceptation du nouveau développement de l'acquis Schengen/Dublin : elle « *se prononce sur l'acceptation de leur contenu et sur la transposition dans son ordre juridique interne* »[1201]. Il n'y a donc pas de limitation complète de l'autonomie décisionnelle : certes, la Suisse n'a pas eu de rôle décisionnel dans l'élaboration du nouveau développement de l'acquis de l'Union, mais elle conserve sa compétence décisionnelle par l'exigence de son consentement pour que chaque nouveau développement s'applique. D'ailleurs, la notification par la Suisse de son acceptation « *doit être considérée comme la conclusion d'un traité international* »[1202], forme de production du droit dont l'exigence du consentement garantit le respect de l'autonomie décisionnelle des parties[1203]. Sur ce point, l'obligation de reprise des nouveaux développements se rapproche de celle de l'accord EEE qui suppose également l'acceptation par les Etats de l'AELE des nouveaux développements, effectuée dans le cadre du comité mixte EEE.

788. Bien que conservée dans son principe, la liberté décisionnelle est limitée dans la marge de manœuvre, réduite en premier lieu par une exigence temporelle : celle de la simultanéité dans l'application des développements de l'acquis entre tous les Etats participants à l'espace Schengen et l'espace Dublin. La Suisse est donc tenue d'appliquer au même moment que les Etats membres de l'UE et les autres Etats associés (Norvège et Islande) les nouveaux développements des acquis Schengen et Dublin. Cette exigence s'explique par la « *dimension éminemment sécuritaire de ces accords* [qui] *fait qu'aucun partenaire n'a intérêt à l'hétérogénéité des normes applicables* »[1204]. Elle est contraignante pour la Suisse puisqu'elle limite le choix du moment de cette extension. En pratique, cette simultanéité est

---

[1201] Article 7, paragraphe 2, pt a, AAS ; article 4, paragraphe 2, AAD.

[1202] Anne CORNU, « Les aspects institutionnels des Accords d'association de la Suisse à Schengen et à Dublin », *op. cit.*, spéc. p. 234.

[1203] Voir, *supra*, section 1, §1.

[1204] Cécile RAPOPORT, *Les partenariats entre l'Union européenne et les Etats tiers européens* , Bruxelles, Bruylant, 2011, 809 p., spéc. p.167.

assurée par la fixation, par les accords, d'un certain nombre de délais, par exemple pour se prononcer sur l'acceptation de l'acte[1205]. Par comparaison aux accords d'association de la Norvège et l'Islande à l'acquis Schengen qui ont servi de base à l'accord d'association de la Suisse[1206], cette dernière a obtenu un délai beaucoup plus long pour reprendre le développement de l'acquis et le transposer dans son droit national[1207], afin de satisfaire le respect de ses procédures constitutionnelles liées à la démocratie semi-directe[1208]. Par comparaison à l'accord EEE cependant, l'existence d'un délai rend l'obligation de reprise plus contraignante que celle de cet accord. En effet, si l'accord EEE vise également une application simultanée de la nouvelle législation de l'Union européenne et des modifications de l'accord EEE[1209], il impose simplement au comité mixte EEE de décider des modifications à apporter aux annexes « *le plus tôt possible après l'adoption par la Communauté d'une nouvelle législation communautaire* »[1210]. En outre, la décision tardive sur la reprise est compensée par une autre règle, la Suisse s'étant engagée à appliquer « *provisoirement, là où c'est possible, le contenu de l'acte ou de la mesure en cause* »[1211] jusqu'à ce qu'elle notifie l'accomplissement des exigences constitutionnelles. L'ensemble de ces garanties liées à la simultanéité d'application des acquis Schengen et Dublin constitue ainsi des limitations de l'autonomie de la Suisse qui doit décider dans un cadre temporel préétabli, de la reprise ou non d'un nouveau développement.

789. Or, et en second lieu, la faculté de choix, enserrée dans un délai, est en outre limitée par les conséquences préétablies de ce choix. En effet, la marge de manœuvre est réduite par le risque encouru en cas de refus de reprendre un nouveau développement : la cessation de l'accord. Cette procédure, qui s'applique également si la Suisse ne procède pas aux notifications exigées ou à l'application provisoire du nouvel acquis, diffère selon les accords

---

1205 Article 7, paragraphe 2, AAS ; article 4, paragraphes 2 et 3, AAD. Il s'agit en principe d'un délai de trente jours à partir de l'adoption par l'UE du nouvel acte.

1206 Anne CORNU, « Les aspects institutionnels des Accords d'association de la Suisse à Schengen et à Dublin », *op. cit.*, spéc. p. 218

1207 Article 7, paragraphe 2, pt b, AAS ; article 4, paragraphe 3, AAD. L'Union européenne a accordé à la Suisse un délai beaucoup plus long (deux ans) que celui accordé à l'Islande (quatre semaines) et la Norvège (six mois), lorsque la décision de la Suisse nécessite l'accomplissement des procédures internes particulières compte tenu du système de démocratie dans cet Etat. Pour une explication détaillée de la procédure, voir Anne CORNU, « Les aspects institutionnels des Accords d'association de la Suisse à Schengen et à Dublin », *op. cit.*, spéc. pp. 233-241.

1208 Cet élément avait en effet été identifié comme l'une des contraintes déterminant la structure des actes régissant la relation Suisse-UE (voir, *supra*, titre 1, chapitre 2, section 2, n°349 et s.).

1209 Article 102, paragraphe 1, de l'accord EEE.

1210 Article 102, paragraphe 1, de l'accord EEE.

1211 Article 7, paragraphe 2, pt b, AAS ; article 4, paragraphe 3, AAD.

d'association à Schengen ou Dublin[1212]. De manière générale, la procédure prévoit la cessation automatique de l'application de l'accord, sauf si le comité mixte en décide autrement[1213]. Cela signifie que si la Suisse a refusé de reprendre un nouveau développement (ou n'a pas notifié sa décision ou n'a pas procédé à l'application provisoire), elle doit compter sur la bonne volonté de l'Union européenne à rechercher une solution pour maintenir le bon fonctionnement de l'accord. Et si le comité mixte n'est pas parvenu à une solution dans un délai fixé par l'accord, celui-ci cesse automatiquement d'être applicable après l'expiration d'un délai « *sans qu'une décision formelle de dénonciation de la part de l'UE ne soit nécessaire* »[1214]. Or, compte tenu du lien entre l'accord d'association à Schengen et l'accord d'association à Dublin, si l'un cesse d'être applicable, l'autre cesse également de l'être[1215]. L'opportunité de la décision de la Suisse est ainsi limitée par cette conséquence attachée aux décisions de non-reprise, qui contraint à prendre en compte l'intérêt au maintien des deux accords. Concrètement, sa décision ne porte pas sur le choix entre appliquer l'accord avec le nouveau développement de l'acquis d'une part, ou appliquer l'accord sans le nouveau développement de l'acquis d'autre part ; mais entre appliquer l'accord avec le nouveau développement de l'acquis d'une part, ou risquer de voir automatiquement s'éteindre l'accord ainsi que l'autre accord d'association d'autre part. L'obligation de reprise consentie par la Suisse dans les accords d'association à Schengen et Dublin apparaît, sur ce point, plus contraignante que celle contenue dans l'accord EEE. En effet, dans l'accord EEE, si les Etats de l'AELE et de l'Union européenne ne parviennent pas à un accord sur une modification d'une annexe, seule est mise en cause « *la partie de l'annexe qui est affectée* » : celle-ci est simplement « *considérée comme suspendue provisoirement, sauf décision contraire du Comité mixte de l'EEE* »[1216], tandis que ce dernier est chargé de mettre « *tout en œuvre afin de trouver une solution mutuellement acceptable permettant de lever la*

[1212] A cet égard, voir Anne CORNU, « Les aspects institutionnels des Accords d'association de la Suisse à Schengen et à Dublin », *op. cit.*, spéc. pp. 239-240.

[1213] Article 7, paragraphe 4, AAS et article 4, paragraphe 6, AAD.

[1214] Anne CORNU, « Les aspects institutionnels des Accords d'association de la Suisse à Schengen et à Dublin », *op. cit.*, spéc. p. 239 (pour l'AAS) et p. 240 (pour l'AAD).

[1215] Ces liens ont été mentionnés lors de l'étude des conséquences en cas de non règlement des différends, *supra*, §1, B), 1, b. L'article 15, paragraphe 4, AAS et l'article 14, paragraphe 2, AAD concernent la dénonciation mais il serait logique qu'ils régissent également les conséquences de la cessation de l'application d'un accord, consécutive notamment à un refus de reprendre un nouveau développement de l'acquis. En ce sens, voir Anne CORNU, « Les aspects institutionnels des Accords d'association de la Suisse à Schengen et à Dublin », *op. cit.*, spéc. p. 240.

[1216] Article 102, paragraphe 5, de l'accord EEE.

suspension aussitôt que possible »[1217]. Bien plus qu'une suspension provisoire ciblée sur une partie de l'accord, la non-reprise par la Suisse d'un développement de l'acquis Schengen ou Dublin entraîne l'extinction[1218] des deux accords d'association.

790. Si l'ensemble de ces règles secondaires limitent considérablement la marge de manœuvre de la Suisse dans sa compétence décisionnelle, la Suisse a obtenu certaines garanties à la fois sur l'obligation de reprise du nouvel acquis de l'Union européenne et sur la faculté d'intervenir dans le processus d'élaboration du droit de l'Union européenne.

2) *Les garanties accordées à la Suisse afin de limiter la portée des restrictions de son autonomie*

791. D'abord, et contrairement à l'accord EEE, les accords d'association de la Suisse à Schengen et Dublin offrent une certaine « *prévisibilité des développements de l'acquis* »[1219] pour deux raisons. En premier lieu, seuls peuvent être considérés comme des développements, les modifications de l'acquis tel qu'il est défini dans les accords d'association. Comme le relève Anne CORNU, l'Union européenne « *ne peut donc pas déclarer n'importe quel acte relevant du domaine de la justice et des affaires intérieures comme étant un nouveau développement de l'acquis* »[1220]. Cette caractéristique, que l'on retrouve également dans les accords associant la Norvège et l'Islande à l'acquis Schengen et Dublin, ne figurait par contre pas dans l'accord EEE. Cécile RAPOPORT souligne que dans l'accord EEE, « *c'est aux institutions communautaires qu'il appartiendra de décider au cas par cas si une législation nouvelle relève de l'accord EEE* », ce qui « *constitue une source d'incertitude supplémentaire pour les Etats partenaires* »[1221]. Les accords d'association de la Suisse à Schengen et Dublin préservent ainsi davantage l'autonomie décisionnelle de la Suisse qui a pu consentir à reprendre des développements par rapport à des actes qu'elle pouvait identifier. En second lieu, la Suisse a disposé, dans le domaine de Schengen et Dublin, d'une certaine prévisibilité des

---

[1217] Article 102, paragraphe 5, de l'accord EEE.

[1218] En ce sens, voir Cécile RAPOPORT, *Les partenariats entre l'Union européenne et les Etats tiers européens*, *op.cit.*, spéc. pp.167-168. Par l'extinction, le traité entier prend fin « *à la fois comme* acte *et comme* norme » (Patrick DAILLIER, Mathias FORTEAU, Alain PELLET, *Droit international public*, 8ème éd., LGDJ, 2009, 1709 p., spéc. p. 332). Au contraire, dans la suspension, « *l'instrument subsiste ; seules les normes qu'il contient cessent provisoirement de produire leurs effets* » (*id.)*

[1219] Anne CORNU, « Les aspects institutionnels des Accords d'association de la Suisse à Schengen et à Dublin », *op. cit.*, spéc. p. 232.

[1220] *Ibid.*

[1221] Cécile RAPOPORT, *Les partenariats entre l'Union européenne et les Etats tiers européens , op.cit.*, p.160.

développements susceptibles d'intervenir. Lors de la ratification de ces accords, le Conseil fédéral soulignait que « *les développements de l'acquis de Schengen et de Dublin devraient être limités* », en particulier en ce qui concerne l'acquis Dublin : « *Le système de Dublin étant pour l'essentiel achevé, il ne devrait plus y avoir de projets d'envergure dans ce domaine* »[1222].

792. Ensuite, et contrairement aux accords d'association de la Norvège et l'Islande à l'acquis Schengen, la Suisse a limité matériellement l'obligation de reprise à deux niveaux. En premier lieu, le risque de cessation de l'accord n'est pas encouru si la Suisse refuse certains développements de l'acquis Schengen, visés à l'article 7, paragraphe 5. Comme le souligne Anne CORNU, « *le but de cette exception est d'éviter que la Suisse ne doive accorder l'entraide judiciaire pour des délits d'évasion fiscale* […] *ce qui porterait atteinte à son secret bancaire* »[1223]. En second lieu, il résulte d'une décision du comité mixte, que le risque de cessation de l'accord est atténué si la Suisse considère que le contenu de la nouvelle disposition de l'acquis Schengen « *est de nature à affecter les principes de neutralité, de fédéralisme ou de démocratie directe tels qu'ils sont consacrés par l'ordre constitutionnel de la Suisse* »[1224]. Dans ce cas en effet, le comité mixte est convoqué au niveau ministériel et examine attentivement tous les moyens de poursuivre l'accord, en particulier toute autre solution proposée par la Suisse.

793. Enfin, la Suisse a obtenu des garanties qui atténuent les contraintes attachées à l'obligation de reprise du droit de l'Union, parce qu'elles permettent à la Suisse de participer à l'élaboration du droit de l'Union européenne. C'est en effet compte tenu du caractère dynamique des accords d'association de la Suisse aux acquis Schengen et Dublin que la

---

1222 Message du Conseil fédéral relatif à l'approbation des accords bilatéraux entre la Suisse et l'Union européenne, y compris les actes législatifs relatifs à la transposition des accords («accords bilatéraux II») du 1er octobre 2004, *FF 2004, vol. I, n°44, pp.5593-5924*, spéc. p.5696. Il poursuit : « *S'agissant de Schengen, certains développements sont encore en chantier (notamment la création d'une agence européenne des frontières, la mise en place du système d'information sur les visas, VIS, l'introduction du Système d'Information Schengen de deuxième génération, SIS II, ainsi que la poursuite de la simplification de la coopération judiciaire en matière pénale, notamment l'extension de l'entraide judiciaire au domaine des impôts directs); lorsque ces projets, déjà connus, auront été réalisés, le développement du système Schengen sera pour l'essentiel achevé. Le droit communautaire dans les domaines de la justice et des affaires intérieures devrait donc essentiellement se développer en dehors du cadre de Schengen/Dublin* » (*Ibid.* p. 5697).

1223 Anne CORNU, « Les aspects institutionnels des Accords d'association de la Suisse à Schengen et à Dublin », *op. cit.*, spéc. p. 240. Pour une contribution en allemand sur l'entraide judiciaire en matière pénale, voir notamment Hanspeter PFENNINGER, « Internationale Rechtshilfe in Strafsachen », in C. KADDOUS, M. JAMETTI GREINER (dir.), *Accords bilatéraux II Suisse-UE et autres accords récents,* Bruxelles, Bruylant, 2006, pp. 331-356.

1224 Article 4, paragraphe 3, de la décision n°1/2004 du Comité mixte UE/Suisse établi par l'AAS, du 26 octobre 2004, portant adoption de son règlement intérieur, *JO C 308 du 14.12.2004, p. 2-4*. Ces éléments ont été identifiés comme des contraintes déterminant la structure des actes régissant la relation Suisse-UE (voir, *supra*, titre 1, chapitre 2, section 2, n°349 et s.).

Suisse a obtenu, à l'instar de la Norvège et de l'Islande, le droit de « *participer activement à l'élaboration de nouveaux actes et mesures développant l'acquis de Schengen et de Dublin* »[1225] : le « decision shaping ». Cette faculté peut ainsi conduire à ce que soit proposé un développement de l'acquis de l'UE sous l'impulsion de la Suisse. En effet, l'article 4, paragraphe 4, permet à la Suisse de présenter des suggestions au comité mixte, et « *la Commission européenne ou un Etat membre peut, après discussion, examiner ces suggestions en vue de formuler une proposition ou de prendre une initiative, conformément aux règles de l'Union européenne, aux fins de l'adoption d'un acte ou d'une mesure de la Communauté européenne ou de l'Union européenne* ». En outre, l'article 6 prévoit que lors de l'élaboration de nouvelles dispositions législatives dans un domaine couvert l'accord, « *la Commission consulte de manière informelle les experts suisses de la même manière qu'elle consulte les experts des Etats membres pour l'élaboration de ses propositions* ». Cette ouverture, même partielle, du système décisionnel du droit de l'Union européenne, limite ainsi l'autonomie de l'Union européenne qui doit « prendre en compte » la volonté de la Suisse[1226]. Ainsi, même si la Suisse ne dispose pas du « decision making », le droit de vote relatif à l'adoption du droit de l'Union européenne étant réservé aux Etats membres, elle peut néanmoins influer sur l'élaboration du droit de l'Union européenne qui sera par la suite applicable à la Suisse par le biais des accords Suisse-UE.

*

* *

[1225] Anne CORNU, « Les aspects institutionnels des Accords d'association de la Suisse à Schengen et à Dublin », *op. cit.*, spéc. p. 219. Pour une contribution en allemand, voir Susanne GUTZWILLER, « Komitologie und Gemischte Ausschüsse im Rahmen der Assoziierung der Schweiz an Schengen/Dublin », in C. KADDOUS, M. JAMETTI GREINER (dir.), *Accords bilatéraux II Suisse-UE et autres accords récents,* Bruxelles, Bruylant, 2006, pp. 245-266.

[1226] L'article 4, paragraphe 1, précise que le comité mixte de l'AAS « *veille à ce que toute préoccupation exprimée par la Suisse soit dûment prise en considération* ».

Conclusion du chapitre 2.

794. Les règles du premier degré étant caractérisées par leur rattachement au droit de l'Union européenne, la structure des règles du second degré va influencer sur cette européanité des règles primaires. La latitude accordée par les règles secondaires à la Suisse et l'Union européenne pour interpréter, mettre en œuvre et modifier les règles primaires détermine le rattachement dans le temps des règles primaires au droit de l'UE. La marge de manœuvre accordée à la Suisse et l'Union européenne par les règles secondaires, joue alors en défaveur de l'européanité des règles primaires.

795. Un nouveau « dosage » de l'européanité des règles primaires est ainsi possible selon la structure des règles du second degré. La plupart des règles secondaires, qu'elles portent sur la substance ou la contingence des règles primaires, accordent une large de manœuvre assez large à la Suisse et à l'Union européenne. Elles n'encadrent en effet que faiblement l'action des comités mixtes Suisse-UE à l'égard du règlement des différends nés de l'interprétation des accords. De même, elles laissent aux autorités politiques et juridictionnelles une importante liberté d'appréciation quant à l'interprétation ou la modification des règles posées par les accords. Cependant, certaines des règles du second degré encadrent plus étroitement la mise en œuvre ou l'évolution des règles primaires posées par les accords. Cette limitation de la marge de manœuvre des autorités a principalement pour objectif de garantir l'homogénéité des règles primaires posées par les accords Suisse-UE avec les règles primaires correspondantes du droit « interne » de l'Union européenne.

796. La marge de manœuvre accordée par les règles secondaires détermine ainsi le degré d'européanité des règles primaires ; mais elle entretient un rapport équivoque avec l'autonomie de la Suisse et celle de l'Union européenne. En premier lieu, si l'on considère la Suisse et l'Union européenne comme des sujets de droit international, l'autonomie de chacune sera d'autant plus grande que les règles du second degré sont souples et que leur marge de manœuvre est grande. Il est d'autant plus important pour la Suisse que les règles du second degré lui garantissent une marge de manœuvre pour modifier les règles primaires des accords Suisse-UE, parce que la Suisse ne peut formellement décider de la modification des règles primaires « correspondantes » du droit de l'UE. L'on comprend

ainsi que les règles secondaires lui permettent de décider de la reprise du droit de l'UE en tant que règle primaire des accords Suisse-UE. L'autonomie de la Suisse et celle de l'UE sont en ce sens d'autant plus garantie que les règles secondaires sont souples. Mais, en second lieu, l'Union européenne est aussi un ordre juridique dont les règles fondent celles des accords Suisse-UE. L'européanité des règles du premier degré applicables dans la relation Suisse-UE entraîne une sensibilité particulière pour l'Union européenne. L'utilisation assez large du droit de l'UE établit une certaine intégration de la Suisse au sein de l'Union européenne qui suscite des exigences difficilement conciliables : celle que la Suisse s'aligne sur les interprétations et nouvelles règles applicables aux Etats membres et celles que cette intégration ne porte pas atteinte au processus existant au sein de l'Union européenne. Des règles du second degré strictes peuvent alors apporter des garanties pour le droit interne de l'UE et par là, pour l'autonomie de son ordre juridique.

*

* *

Conclusion du titre 2.

797. Cette structure des règles du premier degré et du second degré est la traduction, dans les actes juridiques (législations suisses et accords Suisse-UE) de la combinaison des éléments subjectifs et objectifs préalablement identifiés[1227].

798. L'européanité des règles du premier degré est notamment une conséquence assez claire des effets objectifs d'attraction du droit de l'Union européenne. On a vu que ces effets objectifs avaient d'autant plus d'influence qu'ils se combinaient avec des volontés de la Suisse et de l'Union européenne faiblement caractérisées, sinon par leur recherche de pragmatisme. Et la possibilité de « doser » l'européanité des règles du premier degré correspond à ce pragmatisme. En d'autres termes, sont l'expression d'un pragmatisme, le fait de pouvoir choisir : en premier lieu les domaines adaptés au droit de l'UE, la quantité des règles fondées sur le droit de l'UE et leur fidélité au droit de l'UE, en second lieu l'utilisation directe ou médiate de ce droit pour régir les règles applicables, et enfin le choix d'insérer ou non une clause d'interprétation sur la jurisprudence de la CJUE.

799. La marge de manœuvre accordée par les règles du second degré résulte quant à elle de l'influence des éléments objectifs que sont l'autonomie de la Suisse et l'autonomie de l'Union européenne. Mais, et comme pour les règles primaires, il existe aussi une gradation de cette marge de manœuvre. Cette dernière est peut-être là encore le reflet d'un pragmatisme qui appréhende un réel donné sans préjuger des questions à venir. La Suisse et l'Union européenne ont en effet convenu de règles secondaires qui leur laissent une large marge de manœuvre en termes d'interprétation et de modification des règles primaires. Parfois cependant, le « bon fonctionnement de l'accord » a pu justifier l'introduction de règles secondaires plus contraignantes. Et c'est en particulier le cas lorsque l'accord a un lien étroit avec le droit de l'Union européenne, comme dans les domaines Schengen et Dublin, « le bon fonctionnement de l'accord » impliquant que ce lien soit maintenu autant que possible, aux stades de l'application et de la modification de l'accord.

[1227] Voir, *supra*, titre 1.

Conclusion de la partie 1.

800. Les éléments subjectifs et objectifs qui déterminent la relation entre la Suisse et l'Union européenne agissent dans des sens différents. La Suisse et l'Union européenne n'ont pas manifesté une volonté affichant une direction durable pour leur relation. Leur volonté se caractérise surtout par un pragmatisme, c'est-à-dire le souhait de régler les questions d'intérêt mutuel qui se posent, avec une certaine efficacité qui conduit à appréhender ces questions essentiellement sous leur angle technique. Ces volontés, faiblement orientées, intègrent alors des éléments objectifs qui agissent dans des sens opposés. Le développement du droit de l'Union européenne apparaît comme une contrainte impulsive pour la relation Suisse-UE. Son influence se manifeste par l'utilisation du droit de l'Union européenne pour fonder Mais les caractéristiques constitutionnelles de la Suisse d'une part, et celles de l'Union européenne d'autre part, constituent un frein à ce rapprochement. Les premières limitent un rapprochement surtout s'il devait être une adhésion ; or les secondes limitent un rapprochement autre que l'adhésion.

801. Une conciliation entre ces tensions est possible et a été réalisée par les différents actes juridiques régissant la relation Suisse-UE. Des accords bilatéraux et sectoriels, et des législations suisses d'adaptation spontanée permettent d'établir les fondements de la relation de manière progressive selon les intérêts apparents. Ces actes permettent une sélectivité du droit de l'Union européenne qui répond à l'influence du développement du droit de l'UE pour la relation Suisse-UE. Cette utilisation du droit de l'Union européenne fait l'objet d'un dosage, les techniques employées dans les règles primaires et dans les règles secondaires permettant de définir le degré de rattachement au droit de l'Union européenne souhaité.

802. Et ce degré est de manière générale moindre que celui établi entre l'Union européenne et les autres Etats de l'AELE. Du moins, il est plus faible que celui mis en place dans le cadre de l'EEE, alors que l'association de la Suisse à l'ELSJ est proche de l'association de la Norvège et celle de l'Islande.

803. Pour autant, la conciliation entre les tensions identifiées ne doit pas être surestimée. L'approche pragmatique pour développer un commun entre l'Union européenne et la

Suisse, a recours à différentes techniques qui permettent une conciliation entre les éléments subjectifs et objectifs, mais elles relèvent davantage de « bricolages juridiques » que d'un plan architectural. Or, l'importance du commun ainsi construit sur la base du commun existant entre les Etats membres de l'Union européenne conduit la Suisse et l'Union européenne a réfléchir au bâti institutionnel de leur relation. Depuis les quelques années, la structure des accords entre la Suisse et l'Union européenne fait l'objet de discussions, sur des questions dites « institutionnelles », qui correspondent à ce qui est ici considéré comme des règles du second degré.

804. Si l'issue de cette nouvelle approche est encore incertaine, elle traduit cependant l'influence croissante de l'européanité des règles du premier degré. Le renforcement de l'européanité des règles primaires résulte du maintien de l'action des éléments objectifs identifiés (et notamment du droit de l'UE), à laquelle se surajoutent les effets du droit de la relation Suisse-UE lui-même fondé sur le droit de l'UE. Or cette européanisation des règles primaires fait elle-même « basculer » les règles secondaires. Tout se passe comme si, à force de renforcer leurs liens par des règles primaires fondées sur le droit de l'UE, la Suisse et l'Union européenne pouvaient plus se désintéresser des règles du second degré. Une comparaison avec l'EEE illustre cette idée : le renforcement de l'européanité des règles primaires rapproche en effet la relation Suisse-UE de celle établie au sein de l'EEE. Elle pose alors des questions similaires en termes de cadre institutionnel pour régir cet ensemble. L'approche dynamique de la relation Suisse-UE permet ainsi de constater ce phénomène d'objectivisation lié à l'européanisation du droit, et de s'interroger sur le degré d'objectivité de l'ensemble ainsi construit et fortement lié au commun établi au sein de l'Union européenne.

*

* *

PARTIE 2 : ANALYSE DYNAMIQUE

L'objectivisation de la relation Suisse-UE

805. L'analyse dynamique appréhende la relation entre l'Union européenne et la Suisse telle qu'elle se pose dans le temps. Non pas seulement le temps instantané et isolé, la pointe de l'instant de création d'un acte juridique qui cristallise un équilibre entre l'objectivisme et le subjectivisme. Elle appréhende le temps dans lequel se déploient les divers actes juridiques de la relation Suisse-UE.

806. Les règles établies par les actes juridiques régissant la relation Suisse-UE ont vocation à produire des effets juridiques tant qu'elles sont en vigueur. Le temps de l'application est ainsi essentiel pour comprendre la relation entre l'Union européenne et la Suisse. L'on peut rappeler que la relation Suisse-UE est déterminée par des éléments qui agissent en sens opposés : entre rapprochement sur le droit de l'Union européenne et distinction par rapport au droit de l'Union européenne. Cette tension n'est pas résorbée par une volonté claire donnant une direction à la relation Suisse-UE, mais par le recours à différentes techniques qui permettent d'effectuer des dosages de l'européanité des règles, dont l'assemblage forme un accord Suisse-UE. Or, ce temps de l'application met en évidence le caractère « précaire » de l'équilibre établi dans les actes juridiques. Face à une difficulté d'interprétation d'une règle, les juges recourent à des méthodes d'interprétation qui font apparaître les oppositions entre le rapprochement sur le droit de l'Union européenne et la différenciation par rapport à ce droit. Ces indices contradictoires ne permettent pas de résoudre la difficulté d'interprétation d'une règle et notamment la question de savoir la portée du rattachement au droit de l'Union européenne voulu par les parties. Appelé à trancher un litige, le juge doit ainsi opérer un choix selon l'indice qui lui semble prépondérant ; l'absence de prévisibilité qui en résulte est ainsi inhérente à l'absence de clarté quant à l'objectif de chacun des accords Suisse-UE et plus largement de la relation Suisse-UE.

807. En effet, les ambiguïtés sont accrues si l'on regarde le développement des règles applicables dans le temps. Qu'il s'agisse de celles posées par des législations suisses, des accords Suisse-UE, des décisions des comités mixtes, les nouvelles règles continuent d'être fondées sur le droit de l'Union européenne. Il est donc difficile de concilier le contexte des accords notamment les accords bilatéraux I conclus à la suite du rejet par la Suisse de

l'intégration proposée dans le cadre de l'EEE, avec le développement d'une intégration qui ne cesse de se rapprocher matériellement de celle de l'EEE.

808. Si l'on analyse en tant que tel ce développement des règles de la relation Suisse-UE dans la durée, celui-ci apparaît alors comme la manifestation d'une objectivisation dans la relation Suisse-UE. Et cette objectivisation va de pair avec l'européanisation des règles. Le développement des règles du premier degré sur le droit de l'Union s'explique à la fois par le maintien des effets objectifs du droit de l'Union précédemment identifiés[1228] mais aussi par les effets des règles (du premier degré) des accords, fondées sur le droit de l'Union européenne. En d'autres termes, la poursuite de l'européanisation des règles du premier degré s'explique par le maintien des effets du droit de l'UE, et par le déploiement des effets du « droit de l'UE contenue dans les accords Suisse-UE ». C'est là probabelement un phénomène comparable au « spill over », logique d'engrenage caractéristique de la constrution européenne. Ce développement des règles primaires sur le droit de l'Union européenne, qui apparaît substantiel, favorise à son tour celui des règles secondaires. Cette évolution possible des règles secondaires, actuellement en discussion, traduit elle aussi une objectivisation. Elle apparaît en effet comme une limitation du pouvoir de chacun des membres d'un groupe, au profit d'« autorités » au sens large. Il s'agit pour la Suisse de se soumettre à un mécanisme indépendant de surveillance des accords Suisse-UE ; il s'agit aussi d'encadrer l'action des comités mixtes Suisse-UE par des principes juridiques ayant une emprise plus contraignante sur le futur et qui assurent ainsi une plus grande prévisibilité.

809. Le mouvement d'objectivisation constaté pose alors la question du degré d'objectivisation atteint et susceptible de l'être dans la relation Suisse-UE. Le droit des institutions internationales peut permettre de préciser la nature des comités mixtes Suisse-UE et des décisions qu'ils adoptent. Or, là encore, les indices ne sont pas univoques. Certains tendent à penser que les comités mixtes ne sont que des conférences internationales dont les réunions facilitent la survenance d'un accord entre la Suisse et l'Union européenne. D'autres indices en revanche permettent de voir dans les comités mixtes au-delà d'un caractère relationnel inter-personnel, une véritable institution.

[1228] Voir, *supra*, partie 1, titre 1, chapitre 2, section 2, n°283 et s.

L'objectivité des comités mixtes n'est ainsi pas claire, mais cette approche a l'avantage de mettre en évidence le rapport des comités Suisse-UE avec les institutions de l'Union européenne. Elle annonce en outre que l'incertitude constatée est en réalité la conséquence de la faiblesse des règles du second degré dans la relation Suisse-UE.

810. C'est alors par la recherche d'un éventuel ordonnancement systémique des règles applicables entre l'Union européenne et la Suisse que l'on peut mesurer l'objectivité du groupe régi par ces règles. D'un point de vue essentiellement normatif, l'ensemble formé entre l'Union européenne apparaît comme une catégorie intermédiaire entre un système simple et un système complexe. Cette approche met également en évidence un décalage entre les règles primaires applicables, et les règles secondaires peu sophistiquées. Le décalage entre les deux types de règles peut être éclairé par une analyse institutionnelle qui intègre une dimension « méta-normative ». Elle met en évidence que si cet ensemble formé entre l'Union européenne et la Suisse est doté d'une certaine « logique » qui lui confère une unité qui dépasse les rapports entre ses membres, son potentiel structurant est fortement limité. En l'absence « d'idée d'œuvre » propre au groupe Suisse-UE, celui-ci ne peut en effet acquérir qu'une objectivité limitée.

811. Le mouvement d'objectivisation lié à l'européanisation des règles (titre 1), est ainsi vecteur d'une objectivité limitée, et ce intrinsèquement (titre 2).

*

* *

Titre 1 - Le mouvement d'objectivisation

Titre 2 – Le degré d'objectivisation

*

* *

Titre 1

Le mouvement d'objectivisation

812. Les actes qui régissent la relation Suisse-UE ont établi un équilibre entre l'objectivisme et le subjectivisme, autour d'une structure particulière qui combine l'autonomie des parties et l'européanité du régime. Cet équilibre se fait dans des proportions différentes selon les éléments de l'acte considérés. On a ainsi pu constater que les règles du premier degré sont fortement caractérisées par leur européanité ; le constat est plus partagé en ce qui concerne les règles du second degré, essentiellement garantes de l'autonomie, mais parfois également orientées sur le droit de l'UE.

813. En faisant du droit de l'Union européenne le droit applicable dans les relations entre la Suisse et l'Union européenne, les actes régissant la relation Suisse-Union européenne supposent la mise à l'écart provisoire de la distinction entre Etat membre et Etat tiers. Or l'assimilation de la Suisse à un Etat membre concilie et traduit deux exigences contradictoires : elle accorde un statut comparable à celui de membre, à un Etat qui ne veut pas l'être. Et si l'on comprend l'utilité de cette technique employée de manière ponctuelle, son extension à de nombreux pans du droit de l'Union européenne met en exergue la fondamentale ambiguïté de l'assimilation de la Suisse à un Etat membre. Cette technique rend ainsi incertaine et délicate, la détermination exacte de la portée des dispositions de l'accord, de sorte que l'équilibre établi est précaire, susceptible de variation (chapitre 1). Enclin à une évolution, l'équilibre établi se modifie progressivement. C'est dans le sens d'un renforcement du poids des éléments objectifs qu'évolue la combinaison de l'objectivisme et du subjectivisme opérée dans les actes (chapitre 2).

*

* *

Chapitre 1 : La précarité de l'équilibre entre objectivisme et subjectivisme

Chapitre 2 : L'évolution de l'équilibre vers l'objectivisme

Chapitre 1 – La précarité de l'équilibre entre objectivisme et subjectivisme

814. L'« *intégration non-adhésive* » de la Suisse dans l'Union européenne a pu être qualifiée de précaire, dans une analyse économique et monétaire de la relation Suisse-UE[1229]. De même, l'équilibre établi dans les actes juridiques régissant la relation Suisse-UE peut paraître précaire. Cette qualification n'a pas pour objet de porter un jugement sur la qualité de la structure des actes juridiques. Elle vise simplement à mettre en relief la propension de la structure des actes à permettre le développement d'une dialectique entre l'objectivisme et le subjectivisme, susceptible de modifier l'équilibre établi. Cette instabilité générale de l'équilibre entre objectivisme et subjectivisme semble résulter de l'assimilation de la Suisse à un Etat membre.

815. La technique de l'assimilation permet de contourner la non-appartenance de la Suisse à l'Union européenne résultant de sa non-adhésion, ou plus exactement de repousser les limites objectives de cette extériorité. Elle concentre en elle un équilibre – fragile – entre des tensions contradictoires : celle de l'élément subjectif « volonté de la Suisse » de ne pas adhérer à l'Union européenne, et celle des éléments subjectifs et objectifs qui tendent à l'instauration d'une coopération aussi étroite que possible avec l'Union européenne[1230]. L'assimilation de la Suisse à un Etat membre correspond au degré le plus poussé de la conciliation entre ces éléments : tout en ne faisant pas de la Suisse un Etat membre de l'Union, elle pousse la proximité à son paroxysme en calquant le fonctionnement de la coopération sur celui applicable aux Etats membres et entre les Etats membres de l'Union, en faisant ainsi de manière ponctuée, de la Suisse un Etat membre.

816. Cette tension inhérente à l'assimilation existe en outre à différents états selon les accords Suisse-UE. L'assimilation peut en effet être plus ou moins large selon les accords. Elle dépend du nombre, de l'importance qualitative des dispositions du droit de l'UE et

---

[1229] Voir Guillaume VALLET, « La Suisse et l'Union européenne : une énigme ? », *Problèmes économiques* 2010, n°3002, 15 septembre, pp. 40-47.

[1230] Sur le contenu et l'action de ces éléments dans la relation Suisse-UE, voir, *supra*, partie 1, titre 1.

des techniques utilisées pour assurer la coïncidence du droit appliqué par la Suisse sur le droit des Etats membres[1231].

817. Or, au fur et à mesure qu'elle se répand dans la relation Suisse-UE, l'assimilation de la Suisse à un Etat membre suscite une instabilité de l'équilibre des éléments subjectifs et objectifs cristallisé dans les accords. Prise individuellement, chacune de ces assimilations est cependant relativement maniable, notamment par le juge, qui peut en déterminer la portée en fonction de la logique pragmatique de sélectivité à laquelle elle répond. Cependant, ces assimilations se sont développées considérablement dans la relation Suisse-UE. En d'autres termes, la Suisse, tout en restant un Etat non-membre, est désormais largement assimilée à un Etat membre. A l'échelle de la relation Suisse-UE l'ampleur et la progression de l'assimilation de la Suisse à un Etat membre révèlent ainsi l'ambiguïté de l'assimilation de la Suisse à un Etat membre, affectant ainsi l'identification de l'équilibre qu'elle cherche à maintenir.

818. C'est donc à partir des différentes manifestations de l'assimilation de la relation Suisse-UE (section 1), qu'apparaît la portée à la fois ambivalente et mouvante de cette technique qui constitue un vecteur d'instabilité dans la relation Suisse-UE (section 2).

*

* *

Section 1 : L'importance de l'assimilation de la Suisse à un Etat membre

Section 2 : L'assimilation de la Suisse à un Etat membre, ferment d'une instabilité

*

* *

[1231] Ceci explique que dans les accords sur le transport aérien et les accords d'association à Schengen et Dublin, l'assimilation de la Suisse à un Etat membre est telle qu'on les qualifie souvent d'accords d'intégration partielle. Moins intense dans les accords de libéralisation et de coopération, l'assimilation de la Suisse à un Etat membre se vérifie toutefois, et une vue d'ensemble de ces accords laisse apparaître une assimilation matériellement étendue.

Section 1. L'importance de l'assimilation de la Suisse à un Etat membre

819. La relation Suisse-UE est régie principalement par les accords internationaux, même si certaines législations suisses sont déterminantes dans cette relation. En effet, l'adaptation, conventionnelle ou spontanée de ces législations sur le droit de l'Union européenne n'est pas neutre sur la relation Suisse-UE[1232]. Comme les accords Suisse-UE, ces législations qui s'adaptent au droit des Etats de l'Union européenne, contribuent à assimiler la Suisse à un Etat membre. Toutefois, ces législations s'alignent sur le droit de l'Union européenne dans la mesure que le permet l'unilatéralité ; l'absence de réciprocité qui caractérise ces actes[1233] ne permet alors qu'une assimilation partielle. Par conséquent, dans l'optique de mettre en relief l'assimilation de la Suisse à un Etat membre, l'attention se portera principalement sur les accords Suisse-UE ; c'est en appui de ces développements que sera mentionnée l'assimilation de la Suisse à un Etat membre véhiculée par les lois suisses.

820. Sous cette réserve, la démonstration de l'assimilation de la Suisse à un Etat membre suppose au préalable de mettre en évidence un « niveau » de coopération entre des Etats, l'un tiers à l'Union européenne, les autres membres de cette organisation. En effet, les actes qui régissent la relation entre la Suisse et l'Union européenne, en particulier les accords Suisse-UE, n'établissent pas uniquement un rapport entre un Etat et une organisation internationale : ils impliquent également un rapport de la Suisse avec les Etats membres de l'Union européenne (§1). La coopération entre ces Etats instaurée par les accords va se mettre en œuvre à partir de l'assimilation de la Suisse aux Etats membres de l'Union européenne (§2).

1232 Voir, *supra*, partie 1, titre 1, chapitre 2, section 2, n°379 et s. et *supra*, partie 1, titre 2, chapitre 1, n°437 et s.

1233 Voir, *supra*, partie 1, titre 2, chapitre 2, section 1, n°379 et s. et n°437 et s. notamment sur l'adaptation au principe « Cassis de Dijon ».

§1 – La relation établie entre la Suisse et les Etats membres de l'Union européenne

821. La relation Suisse-UE est régie principalement par des accords conclus par la Suisse et l'Union européenne, accords dont sont parfois également signataires les Etats membres de l'Union européenne. Le fait que les Etats de l'Union européenne soient parties contractantes n'a cependant qu'une incidence secondaire dès lors que tous les accords conclus par l'Union européenne s'imposent à ses Etats membres en tant que droit conventionnel de l'Union européenne. En outre, les accords Suisse-UE reprennent les dispositions du droit commun des Etats membres de l'Union européenne qui assure une intégration entre eux. En somme, la nature (A), et la structure (B) des accords Suisse-UE expliquent que la relation entre l'Union européenne et la Suisse soit également lue comme une relation entre les Etats membres de l'Union européenne et la Suisse.

A) Les accords Suisse-UE, droit conventionnel applicable à la Suisse et aux Etats membres de l'Union européenne

822. Les accords Suisse-UE sont obligatoires pour la Suisse en vertu du droit international général, et s'imposent également aux Etats membres de l'Union européenne en vertu du droit de l'Union. Il existe ainsi, entre la Suisse et les Etats membres, un lien minimal et indirect constitué par l'obligation de respecter les accords Suisse-UE (1). Les rapports entre la Suisse et les Etats membres peuvent être plus développés, en particulier lorsque les Etats sont signataires de l'accord. La présence des Etats de l'Union en tant que cocontractants aux accords établit un lien plus direct entre la Suisse et les Etats membres (2). Beaucoup plus incertain en revanche est le rapport Suisse-Etats membres résultant des accords qui auraient dû être conclus par les Etats, mais qui ne l'ont pas été. On parlera à leur sujet de « faux accords simples » (3).

1) La soumission de la Suisse et des Etats membres aux accords Suisse-UE

823. L'obligation pour la Suisse de respecter les accords Suisse-UE n'apporte pas de remarque particulière. Elle résulte du principe cardinal du droit international, *pacta sunt*

servanda, en vertu duquel les traités lient ceux qui les ont conclus[1234]. L'obligation pour les Etats membres de respecter les accords Suisse-UE est par contre moins évidente lorsque les Etats de l'Union européenne ne sont pas parties aux accords en cause, c'est-à-dire lorsqu'ils n'y ont pas formellement consenti.

824. Certes, l'accord Suisse-UE qui n'est pas signé par les Etats membres est indirectement approuvé par ceux-ci. En effet, les Etats membres se prononcent lors du vote au Conseil de l'Union européenne sur la signature et la conclusion de l'accord Suisse-UE. Lorsque l'unanimité est requise, comme pour l'acceptation des accords bilatéraux I de 1999 fondés sur l'article 310 TCE (devenu article 217 TFUE)[1235], les accords bénéficient alors de l'approbation de l'ensemble des Etats. Mais, même en présence de cet intergouvernementalisme marqué dans la règle de l'unanimité[1236] ou dans la faculté pour les Etats d'émettre des « réserves constitutionnelles »[1237], l'approbation à laquelle procèdent les Etats s'inscrit dans le cadre du Conseil de l'Union européenne[1238]. En d'autres termes, les Etats n'agissent qu'en tant que membres du Conseil : l'approbation donnée est en définitive celle d'une institution de l'Union européenne. Cette distinction entre le consentement de l'Etat et celui de l'institution est indirectement rappelée par le Tribunal de l'Union européenne dans l'affaire de la « clause Champagne ». Dans cette

---

1234 « *Tout traité en vigueur lie les parties et doit être exécuté par elles de bonne foi* » : la règle « *Pacta sunt servanda* », coutume internationale générale, est notamment codifiée à l'article 26 de la Convention de Vienne de 1969 sur le droit des traités.

1235 L'article 218, paragraphe 8, alinéa 2, TFUE prévoit que le Conseil statue à l'unanimité pour les accords d'association. Il faut cependant relever que la qualification d'accords d'association peut faire l'objet de débats dans lesquels s'inscrivent les accords bilatéraux I (voir Christine KADDOUS, « Les accords sectoriels dans le système des relations extérieures de l'Union européenne », in D. FELDER, C. KADDOUS (dir.), *Accords bilatéraux Suisse - UE (Commentaires)*, 2001, pp. 77-115, spéc. pp.88 et s.).

1236 Par exemple, l'approbation de l'accord d'association de la Suisse à l'acquis Schengen, pour ce qui concerne les dispositions de l'ancien troisième pilier de l'Union européenne, ressortait de la compétence du Conseil de l'Union européenne, statuant à l'unanimité : v. la décision 2004/849/CE du Conseil du 25 octobre 2004 relative à la signature, au nom de l'Union européenne [dudit accord] (JO L 368 du 15.12.2004, p. 26–27). Sur les particularités relatives à l'approbation de cet accord, voir Anne CORNU, « Les aspects institutionnels des Accords d'association de la Suisse à Schengen et à Dublin », in C. KADDOUS, M. JAMETTI GREINER (dir.), *Accords bilatéraux II Suisse-UE : et autres accords récents*, Bruxelles, Bruylant, 2006, pp.207-244, spéc. pp.227-229.

1237 Avant la décision portant sur la conclusion de l'accord d'association à Schengen, « *huit Etats membres ont fait valoir de telles réserves* » (Anne CORNU, « Les aspects institutionnels des Accords d'association de la Suisse à Schengen et à Dublin », précité, spéc. p.228). En effet, l'article 24, paragraphe 5, du Traité sur l'Union européenne, lu en combinaison avec l'article 38, permettait qu'un accord tel que celui relatif à l'association de la Suisse à Schengen « *ne lie* [pas] *un État membre dont le représentant au sein du Conseil déclare qu'il doit se conformer à ses propres règles constitutionnelles* ».

1238 Voir la thèse d'Evelyne LAGRANGE, *La représentation institutionnelle dans l'ordre international: une contribution à la théorie de la personnalité morale des organisations internationales*, La Haye, Kluwer law international, 2002, 608 p. ; voir également Michel VIRALLY, « Sur la notion d'accord », in *Fetschrift für Rudolf Bindschedler*, Berne, Stämpfli, 1980, pp. 159-172.

affaire[1239], les requérants mettaient notamment en cause la pression de la République française lors des négociations Suisse-UE en vue d'obtenir la protection de la dénomination « Champagne ». Le juge écarte l'argumentation en considérant que : « *La question de savoir si la position de la Communauté dans le cadre des négociations des dispositions litigieuses de l'accord trouve son origine dans la volonté de la République française de protéger l'appellation d'origine contrôlée française « champagne » est totalement dépourvue de pertinence à cet égard. En effet, il est juridiquement indifférent de connaître la position qu'a pu avoir la République française durant les négociations de l'accord dès lors que seules la Communauté et la Confédération suisse y sont parties* »[1240]. Le consentement exprimé étant celui de la Communauté ou de l'Union européenne, les Etats membres sont des tiers aux accords Suisse-UE. En vertu du principe de l'effet relatif des traités, ils ne sont pas engagés par le traité.

825. Toutefois, le droit de l'Union européenne conduit à écarter les conséquences de l'effet relatif des traités. En effet, en vertu de l'article 216, paragraphe 2, TFUE (ancien article 300, paragraphe 7, TCE) : « *les accords conclus par l'Union lient les institutions et les États membres* ». Le droit de l'Union européenne impose ainsi aux Etats membres de l'Union européenne de respecter les accords Suisse-UE[1241].

826. Cette obligation porte non seulement sur les accords Suisse-UE, mais également sur les décisions prises par les comités mixtes Suisse-UE. En effet, les décisions de ce type d'organes, « *du fait de leur rattachement direct à l'accord qu'elles mettent en œuvre* [...] *font, au*

1239 Voir, *supra*, partie 1, titre 2, chapitre 1.

1240 TPI Ord., 3 juillet 2007, *Commune de Champagne et a. c. Conseil de l'Union européenne et Commission des Communautés européennes*, aff. T-212/02, *Rec. 2007*, p. II-2017, pt 211.

1241 Pour une analyse approfondie du statut des accords Suisse-UE dans l'ordre juridique de l'Union européenne, voir Christine KADDOUS, « Les accords sectoriels dans le système des relations extérieures de l'Union européenne », in D. FELDER, C. KADDOUS (dir.), *Accords bilatéraux Suisse - UE (Commentaires)*, Dossiers de droit européen, vol. 8, Bruxelles, Bruylant, 2001, pp. 77-115 et du même auteur « La place des Accords bilatéraux II dans l'ordre juridique de l'Union européenne », in C. KADDOUS, M. JAMETTI GREINER (dir.), *Accords bilatéraux II Suisse-UE : et autres accords récents*, Dossiers de droit européen, vol. 16, Bruxelles, Bruylant, 2006, pp. 63-92.

Pour une présentation des conditions de la reconnaissance du caractère contraignant des accords bilatéraux pour les Etats membres, voir MARESCEAU Marc, « The Court of Justice and Bilateral Agreements », in Allan Rosas, Egils Levits, Yves Bot (dir.), *The Court of Justice and the construction of Europe : analyses and perspectives on sixty years of case-law - La Cour de Justice et la construction de l'Europe : analyses et perspectives de soixante ans de jurisprudence*, La Haye, Asser Press, 2013, 727 p., pp. 693-717.

même titre que l'accord lui-même, partie intégrante, à partir de leur entrée en vigueur, de l'ordre juridique communautaire »[1242].

827. Les Etats membres sont alors liés par les dispositions des accords Suisse-UE, dans le « cadre » de l'ordre juridique de l'Union européenne[1243]. Sources écrites internationales de l'ordre juridique de l'Union[1244], les accords conclus par l'Union européenne font « *partie intégrante* […] *de l'ordre juridique communautaire* »[1245], « *et, par conséquent, de celui des États membres* »[1246]. C'est donc en tant que droit de l'Union européenne que les accords Suisse-UE s'imposent aux Etats membres, tenus d'exécuter les accords Suisse-UE, sous peine de constituer un manquement au droit de l'Union européenne.

828. En revanche, les rapports directs Etats membres-Suisse restent limités. L'article 216 TFUE peut imposer aux Etats membres le respect de l'accord Suisse-UE à l'égard de la Suisse, mais sans que cela ne se traduise sur le plan de la responsabilité internationale[1247]. En effet, la Cour de justice de l'Union européenne a considéré « *que les États membres, en assurant le respect des engagements découlant d'un accord conclu par les institutions, remplissent une obligation par rapport au pays tiers concerné* »[1248]. Toutefois, elle a relativisé la portée de cette affirmation à plusieurs égards. Dans le même arrêt, elle ajoute que les Etats membres remplissent une obligation « *également et surtout envers la Communauté* »[1249]. Ceci s'explique par le fait que sur le plan international, c'est en principe l'Union européenne qui assume la responsabilité de l'accord[1250]. Cette solution, conforme au principe de droit international

---

1242 CJCE, 20 sept. 1990, *Sevince*, aff. C-192/89, *Rec.* 1990, p. I-3461, pt 9. Dans le même sens : CJCE, 14 novembre 1989, *Grèce c. Commission*, aff. 30/88, *Rec.* 1989, p.3711, pt 13 ; CJCE, 10 septembre 1996, *Taflan*, aff. C-277/94, *Rec.* 1996, p. I-4085, pts 18 et 19.

1243 « *La portée de la disposition de l'article 216-2 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne* […], *selon laquelle les accords lient les institutions et les États membres est incertaine. Si certains estiment qu'elle permet de mettre en cause la responsabilité des États membres en cas d'inapplication de l'accord, d'autres ne lui reconnaissent qu'une portée interne à l'Union* » : Joël RIDEAU, « Accords internationaux », *Rép. de droit européen*, 2011, pt 622.

1244 Joël RIDEAU, « Ordre juridique de l'Union européenne. Sources écrites », *JCl Europe Traité*, fasc. 190, 2011, n°333 et s.

1245 CJCE, 30 avril 1974, *Haegeman*, aff. 181/73, *Rec.* 1974, p.449, pt 5.

1246 Eleftheria NEFRAMI, « Accords internationaux. Statut des accords internationaux dans l'ordre juridique de l'Union européenne », *JCl Europe Traité, f*asc. 192-2, 2011, n°2.

1247 Christine KADDOUS, *Le droit des relations extérieures dans la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes*, Bruxelles, Bruylant, 550 p., pp. 267-268.

1248 CJCE, 26 octobre 1982, *Kupferberg*, aff. 104/81, *Rec.* 1982, p. 3641, pt 13.

1249 *Id.*

1250 CJCE, 9 août 1994, *France c. Commission*, aff. C-327/91, *Rec.* 1994, p. I-3641, pt 25. Voir, Christine KADDOUS, « L'arrêt France c/ Commission de 1994 (accord de concurrence) et le contrôle de la "légalité" des accords externes en vertu de l'article 173 CE », *CDE*, 1996, pp. 613-633, spé. pp. 630-633 ; et Jean-Victor LOUIS, « La personnalité

de l'effet relatif des traités « *selon lequel, les normes d'une organisation internationale ne produisent leurs effets que dans les limites de son ordre juridique* »[1251], soulève cependant des interrogations dès lors que l'accord a justement pour objet d'étendre à l'Etat tiers les normes de l'Union européenne. L'accord Suisse-UE sur le transport aérien, qui constitue un accord d'intégration partielle a ainsi donné lieu à une divergence de vues liée à l'article 300 (devenu article 216 TFUE), largement laissée en suspens par le Tribunal de l'Union[1252].

829. L'absence de consentement des Etats membres aux accords Suisse-UE ne conduit ainsi pas à écarter l'opposabilité de ces accords car le droit de l'Union européenne en impose le respect au titre de ses sources internationales. Le lien entre les Etats membres et la Suisse est encore plus marqué lorsque les Etats approuvent l'accord, aux côtés de l'Union européenne.

2) *Les liens supplémentaires résultant des accords Suisse-UE-Etats membres*

830. Lorsque le domaine régi par l'accord Suisse-UE relève aussi de la compétence des Etats membres de l'Union européenne, ceux-ci sont en principe signataires de l'accord. Sont ainsi des accords mixtes[1253] : l'accord sur la libre circulation des personnes de 1999 et

---

juridique internationale de la Communauté et de l'Union européenne », in J.-V. LOUIS, M. DONY (dir.), *Commentaire J. Megret*, Relations extérieures, vol. 12, Bruxelles, Éditions de l'Université de Bruxelles, 2005, pp. 41-48.

1251 Eleftheria NEFRAMI, « Accords internationaux. Fondements. Élaboration. Liens conventionnels », *JurisClasseur Europe Traité*, Fasc. 192-1, 2011, n°71.

1252 Nous reviendrons sur cette affaire particulière donnant lieu à un recours en annulation de la Suisse devant la Cour de justice de l'Union européenne (voir, *infra*, section 2). Cependant, un argument s'inscrit dans les développements développés ici. Pour la Commission européenne : « *l'allégation suisse selon laquelle le 213e RA* [la mesure allemande] *enfreindrait l'article 17 de l'accord est inopérante dans la mesure où la République fédérale d'Allemagne n'est pas partie à l'accord, de sorte que cette disposition ne lui est pas applicable* » (pt 40). A l'inverse, la Suisse estimait l'article 17 de l'accord applicable à l'Allemagne, invoquant à l'appui de son allégation le droit primaire de l'Union (article 300, paragraphe 7 TCE) ; et c'est en refusant de tenir compte de cette obligation de coopération loyale imposée à l'Allemagne, que la Commission aurait violé le principe de bonne foi (pts 114 et 115).
Il est difficile de déterminer la nature précise du problème posé au Tribunal. S'agit-il de l'applicabilité de l'article 216 TFUE lorsque l'accord vise spécifiquement les parties contractantes (d'autant que l'Allemagne aurait dû être partie contractante à cet accord : voir, *infra*) ? De l'invocabilité de cette disposition du droit primaire par la Suisse (et son opposabilité corrélative des Etats membres à l'égard d'un Etat tiers) ?
Ceci explique peut-être la réponse prudente du Tribunal: « *quand bien même l'accord impliquerait pour la République fédérale d'Allemagne, laquelle n'est pas l'une des parties contractantes de l'accord, une obligation de coopération loyale, c'est à juste titre que la décision attaquée n'a constaté aucune violation de cette obligation hypothétique* » : Trib. UE, 9 septembre 2010, *Confédération suisse c. Commission*, aff. T-319/05, *Rec.* 2010, p. II-04265, pt 203.

1253 Sur les accords mixtes de l'Union européenne, voir : Eleftheria NEFRAMI, *Les accords mixtes de la Communauté européenne : aspects communautaires et internationaux, Bruxelles*, Bruylant, 2007, 711 p. et Marianne DONY, « Les accords mixtes », in J.-V. LOUIS, M. DONY (dir.), *Commentaire J. Megret, Le droit de la CE et de l'Union européenne, Relations extérieures*, vol. 12, Bruxelles, Éd. de l'Université, 2005, pp. 184 et s. Pour une analyse des accords mixtes Suisse-UE à la lumière des relations extérieures de l'Union européenne, voir Christine KADDOUS, « Les accords sectoriels dans le système des relations extérieures de l'Union européenne », in D. FELDER, C. KADDOUS (dir.), *Accords bilatéraux Suisse - UE (Commentaires)*, Bruxelles, Bruylant, 2001, pp. 77-115, spéc. pp. 98 et s. et du même auteur : « La place des Accords bilatéraux II dans l'ordre juridique de l'Union européenne », in C. KADDOUS, M. JAMETTI GREINER (dir.), Accords *bilatéraux II Suisse-UE : et autres accords récents*, Bruxelles, Bruylant, 2006, pp.

de l'accord de lutte contre la fraude de 2004, tous deux signés par la Suisse, la Communauté européenne et ses Etats membres[1254]. Dans la situation précédente, l'approbation des Etats membres était l'élément constitutif du consentement de l'Union européenne à être lié par l'accord ; ici l'approbation des Etats membres, crée en tant que tel un lien entre la Suisse et les Etats de l'Union européenne sur trois points.

831. D'abord, l'entrée en vigueur de l'accord Suisse-UE est subordonnée à la ratification de chacun des Etats membres. De même, la modification d'un accord mixte implique le consentement de l'ensemble des parties : Suisse, Union européenne et Etats membres[1255]. Compte tenu de la mixité, la Suisse est ainsi « assurée » de pouvoir se prononcer sur tout élargissement de l'Union européenne à de nouveaux Etats membres ; le lien entre la Suisse et le nouvel Etat membre est cependant relativisé par le processus de pré-adhésion à l'Union qui confère à celle-ci un pouvoir important, par exemple dans la représentation du futur Etat membre[1256].

832. Ensuite, l'accord engage la Suisse et les Etats membres de l'Union européenne, en tant que parties contractantes à un traité international, en vertu du droit international général. Sur ce point cependant, le droit de l'Union européenne « intervient » pour conférer un statut européen aux dispositions d'un accord mixte relevant de la compétence des Etats membres. En effet, les dispositions d'un accord mixte « *font partie intégrante, à partir de l'entrée en vigueur de celui-ci, de l'ordre juridique communautaire* »[1257] : cette insertion vaut pour les dispositions qui relèvent de la compétence de l'Union européenne, mais

---

63-92, spéc. pp.81 et s. ; en ce qui concerne la dimension institutionnelle de ce type de traité, voir Evelyne LAGRANGE, *La représentation institutionnelle dans l'ordre international*, *op.cit.*

1254 Accord du 21 juin 1999 entre la Confédération suisse d'une part, et la Communauté européenne et ses Etats membres, d'autre part, sur la libre circulation des personnes, RS 0.142.112.681 / JO L 114 du 30.4.2002, p. 6–72 ; Accord de coopération du 26 octobre 2004 entre la Confédération suisse, d'une part et la Communauté européenne et ses États membres, d'autre part, pour lutter contre la fraude et toute autre activité illégale portant atteinte à leurs intérêts financiers, RS 0.351.926.81 / JO L 46 du 17.2.2009, p. 8–35. Les deux accords ne fournissent pas de liste de répartition des compétences ; à cet égard, on peut relever que les négociations de l'accord sur la libre circulation des personnes ont donné lieu à un conflit entre la Commission européenne et les Etats membres sur la « *répartition des compétences entre la Communauté européenne et les Etats membres dans ce domaine* » : Christine KADDOUS, « Les accords sectoriels dans le système des relations extérieures de l'Union européenne », précité, spéc. p.90.

1255 Voir les articles 39 et s. de la Convention de Vienne de 1969 sur le droit des traités.

1256 Voir par exemple le protocole à l'accord Suisse-CE-Etats membres sur la libre circulation des personnes, concernant la participation, en tant que parties contractantes, de dix nouveaux Etats (République tchèque, Estonie, Chypre, Lettonie, Lituanie, Hongrie, Malte, Pologne, Slovénie, Slovaquie), à la suite de leur adhésion à l'Union européenne, conclu le 26 octobre 2004, R0 2006, JO L 89 du 28.3.2006, p. 45 : « *Considérant que l'acte d'adhésion habilite le Conseil de l'Union européenne à conclure au nom des États membres de l'Union européenne un protocole sur l'adhésion des nouveaux États membres à l'accord* [du 21 juin 1999 entre la Communauté européenne et ses États membres, d'une part, et la Confédération suisse, d'autre part, sur la libre circulation des personnes] ».

1257 CJCE, 30 avril 1974, *Haegeman*, aff. 181/73, *Rec.* 1974, p.449, pt 5.

également pour celles qui relèvent de la compétence des Etats membres. Les accords Suisse-UE sont ainsi obligatoires pour les Etats membres en vertu du droit de l'Union, qu'ils soient des accords mixtes ou non. Le statut européen[1258] de l'accord sur la libre circulation des personnes, accord mixte fondé sur l'article 310 TCE (devenu article 217 TFUE), résulte de la jurisprudence *Demirel*[1259]. Une conclusion identique s'applique pour les accords mixtes qui ne sont pas fondés sur l'article 217 TFUE, tel que l'accord de 2004 sur la lutte contre la fraude. En effet, et malgré une variation quant à la justification du statut européen des accords mixtes, la Cour de justice se considère compétente pour interpréter l'accord, dans le cadre de la procédure préjudicielle[1260], comme de celle du recours en manquement[1261]. Par conséquent, les Etats membres sont tenus de respecter l'accord mixte, lequel constitue dans son ensemble une source du droit de l'Union, sans qu'il n'y ait lieu de distinguer entre les dispositions relevant de la compétence de l'Union ou de celle des Etats.

833. En revanche, l'exécution de l'accord suit la répartition des compétences entre l'Union européenne et ses Etats membres : comme l'explique Eleftheria NEFRAMI, « *l'accord mixte est mis en œuvre dans l'ordre juridique de l'Union dans le respect des compétences, la conclusion d'un accord mixte n'ayant pas d'effet préemptif sur la compétence des États membres* »[1262]. C'est la Cour de justice qui détermine les obligations que l'Union assume, et celles qui demeurent à la seule charge des Etats membres[1263]. L'exécution de ces dernières relève de la compétence étatique : il appartient en particulier aux Etats membres le régime de ces dispositions, notamment leur invocabilité[1264].

1258 Sur le statut des accords mixtes, voir Christine KADDOUS, *Le droit des relations extérieures dans la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes*, *op. cit.*, pp. 267-272.

1259 CJCE, 30 sept. 1987, *Demirel*, aff. 12/86, *Rec.* 1987, p.3719, pt 9.

1260 Christine KADDOUS, *Le droit des relations extérieures dans la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes*, *op. cit.*, p. 75-79.

1261 *Ibid.*, pp. 34-40. Voir également Eleftheria NEFRAMI, « Accords internationaux. Statut des accords internationaux dans l'ordre juridique de l'Union européenne », *op.cit.*, n°12 et s. ; ainsi que Denys SIMON, « L'imbroglio des accords mixtes : l'introuvable cohérence ? », *Europe*, novembre 2007, comm. 282. En ce qui concerne spécifiquement les accords mixtes Suisse-UE voir Christine KADDOUS, « Les accords sectoriels dans le système des relations extérieures de l'Union européenne », précité et « La place des Accords bilatéraux II dans l'ordre juridique de l'Union européenne », précité.

1262 Eleftheria NEFRAMI, « Accords internationaux. Statut des accords internationaux dans l'ordre juridique de l'Union européenne », *op.cit.*, n°76.

1263 CJCE, 16 juin 1998, *Hermès*, aff. C-53/96, *Rec.* 1998, p. I-3603.

1264 En effet, le droit de l'Union européenne « *ne commande ni n'exclut que l'ordre juridique d'un Etat membre reconnaisse aux particuliers le droit de se fonder directement sur une norme* [contenue dans l'accord mixte] » : CJCE, 14 décembre 2000, *Dior*, aff. C-300/98 et C-392/98, *Rec .* 2000, p. I-11307, pt 48 ; CJCE, 11 septembre 2007,

834. Enfin, les accords mixtes conclus avec la Suisse engagent l'Union européenne et ses Etats membres sur le plan international pour l'ensemble de l'accord[1265]. En effet, les accords conclus avec la Suisse ne comportent pas de listes de compétences, de sorte que « *la répartition intracommunautaire des compétences est une* res inter alios acta *pour les cocontractants* »[1266], une question interne à l'ordre juridique de l'Union européenne. Insistant sur le caractère essentiellement bilatéral de la coopération établie par l'accord mixte entre l'Union européenne et ses Etats membres d'une part, et l'Etat partenaire d'autre part, la Cour de justice place l'Union et ses Etats « *conjointement responsables à l' égard* [de l'Etat partenaire] *de l' exécution de toute obligation résultant des engagements souscrits* »[1267]. Par conséquent, peu importe que l'obligation relève ou non de la compétence de l'Union européenne, les Etats membres sont responsables du respect de l'ensemble de l'accord mixte conclu avec la Suisse.

835. La Suisse et les Etats membres sont tenus de respecter les accords Suisse-UE, y compris lorsque les accords n'ont pas été conclus par les Etats membres. La participation des Etats membres à l'accord en tant que partie contractante a uniquement pour effet de renforcer le lien établi par l'accord entre la Suisse et les Etats de l'Union européenne. Mais une situation intermédiaire se pose, lorsque l'accord Suisse-UE n'a pas été signé par les Etats membres alors qu'il aurait dû l'être.

3) Les liens incertains résultant des « faux accords simples »

836. Dans l'étude de l'incidence pour les Etats membres des accords Suisse-UE, il faut mentionner la situation surprenante[1268], dans laquelle les Etats membres ne sont pas parties contractantes, pas parce qu'ils ne disposent plus d'une compétence désormais

---

Merck, précité, pt 34 ; CJUE, 8 mars 2011, *Lesoochranárske zoskupenie VLK*, aff. C-240/09, *Rec.* 2011, p. I-01255, pt 32.

1265 Outre la thèse précitée sur *Les accords mixtes de la Communauté européenne*, voir Eleftheria NEFRAMI, « Accords internationaux. Statut des accords internationaux dans l'ordre juridique de l'Union européenne », *JurisClasseur Europe Traité*, Fasc. 192-2, 2011, n°10 et s.

1266 Eleftheria NEFRAMI, « Accords internationaux. Fondements. Élaboration. Liens conventionnels », précité, n°73.

1267 CJCE, 2 mars 1994, *Parlement c. Conseil*, aff. C-316/91, *Rec.* 1994, p. I-625, pt 29.

1268 On insiste en général sur « *la crainte des Etats membres de se voir empêchés d'exercer au niveau externe des compétences qu'ils n'ont pas perdues sur le plan interne* » (Hugo FLAVIER, *La contribution des relations extérieures* à la *construction de l'ordre constitutionnel de l'Union européenne*, Bruxelles, Bruylant, 2012, 759 p., spéc. p. 598), et sur certains mécanismes tels que l'obligation de coopération loyale permettant d'assurer leur participation à un accord (Eleftheria NEFRAMI, « The Duty of Loyalty : Rethinking its Scope through its Application in the Field of EU External Relations », *Common Market Maw Review* 2010, pp.352 et s.). Or ici, la non-signature des Etats membres n'est pas destinée à limiter l'action extérieure de l'Union européenne.

dévolue à l'Union européenne, mais parce qu'ils ont décidé de ne pas exercer leur compétence. Alors que la répartition des compétences établie au sein de l'Union européenne impliquerait la conclusion d'un accord mixte, les Etats renoncent à exercer leur compétence, c'est-à-dire à devenir formellement parties aux accords comme dans ceux sur le transport aérien et la fiscalité de l'épargne[1269]. Il s'agit en quelque sorte d'un « faux accord simple », puisque l'accord aurait dû être un accord mixte, mais les Etats membres sont convenus « *à titre exceptionnel et sans que cela ne crée de précédent,* [qu'ils] *n'exerceront pas leur compétence dans ce cas précis* »[1270].

837. Les justifications d'un tel choix sont difficiles à identifier. Il pourrait être guidé par un souci de simplification du processus d'adoption de l'accord en évitant à chaque Etat membre un processus d'approbation, lequel crée en outre des complications relatives à l'entrée en vigueur de l'accord[1271]. Les Etats membres conserveraient leur faculté de se prononcer sur l'accord grâce à l'approbation à l'unanimité au sein du Conseil de l'Union[1272].

838. Toutefois, la simplification née de l'absence des Etats membres en tant que partie contractante n'est qu'apparente. Cette absence interroge sur la nature d'un tel « choix » au regard des rapports entre Etats membres et institutions de l'Union dans le cadre des relations extérieures[1273] ? Elle interroge aussi quant à la portée de l'obligation incombant

---

1269 Accord du 21 juin 1999 entre la Confédération suisse et la Communauté européenne sur le transport aérien, RS 0.748.127.192.68 / JO L 114 du 30.4.2002, p.73-90 ; Accord du 26 octobre 2004 entre la Confédération suisse et la Communauté européenne prévoyant des mesures équivalentes à celles prévues dans la directive 2003/48/CE du Conseil en matière de fiscalité des revenus de l'épargne sous forme de paiements d'intérêts, *RS 0.641.926.81 / JO L 385 du 29.12.2004, p.30-42*.

1270 Exposé des motifs de la proposition de décision du Conseil du 10 février 2004 relative à la conclusion de l'accord entre la Communauté européenne et la Confédération suisse prévoyant des mesures équivalentes à celles prévues dans la directive 2003/48/CE du Conseil du 3 juin 2003 sur l'imposition des revenus de l'épargne sous forme de paiements d'intérêts et du protocole d'accord qui l'accompagne, *COM(2004) 75 final, JO C 98 du 23.4.2004, p.38*.

1271 Marianne DONY, « Les accords mixtes », précité.

1272 L'accord de 1999 sur le transport aérien ayant reçu comme base juridique l'article 310 TCE (devenu article 218 TFUE), son approbation impliquait l'unanimité des Etats membres au Conseil. Par conséquent, « *les États membres ayant pu faire valoir leurs prétentions au sein du Conseil, le recours à un accord mixte aurait impliqué des complications inutiles, ce qui pourrait expliquer que l'accord n'ait été conclu que par la seule Communauté de l'époque* »Vincent CORREIA, *L'Union européenne et l'ordre international de l'aviation civile. La contribution de l'Union européenne aux évolutions contemporaines du droit aérien international*, t. I, Bordeaux, 2012, *dact.*, spéc. p. 295 (à paraître). Une explication similaire pourrait s'appliquer à l'accord de 2004 sur la fiscalité de l'épargne bien qu'il n'ait pas reçu la même base juridique. Fondé sur l'article 94 TCE (devenu article 115 TFUE). Un tel choix n'affecterait pas directement la compétence des Etats membres qui peut se manifester « par le biais » de la règle de l'unanimité pour l'approbation de l'accord.

1273 Les Etats membres peuvent-ils valablement renoncer à signer un accord relevant de leur compétence au regard du droit de l'Union européenne ? Le cas échéant, quelle qualification et quelle portée donner à ce choix : celle d'une exception, d'une habilitation, d'une dérogation ?

aux Etats en particulier à l'égard des dispositions de l'accord visant « *les parties contractantes* », qu'il s'agisse de l'obligation d'exécution de bonne foi à laquelle se sont engagées les « *parties contractantes* »[1274], ou de la composition du comité mixte, instance qui réunit les « *représentants des Parties contractantes* »[1275]. Faut-il retenir une interprétation littérale de ces dispositions, ou tenir compte de la compétence des Etats membres lors de l'interprétation et de l'exécution de l'accord ?

839. En outre, il n'est pas du tout certain que le refus des Etats membres d'être parties contractantes soit une opération neutre du point de vue de leur compétence décisionnelle. En effet, et hormis le fait que théoriquement l'approbation du Conseil à l'unanimité reste différente de l'approbation de l'ensemble des Etats membres[1276], l'absence des Etats membres au titre de parties contractantes est susceptible de limiter leur compétence décisionnelle lors du développement de l'accord. Celui-ci dépend de l'intervention du comité mixte Suisse-Union européenne qui n'est pas censé réunir les Etats membres. Or, en amont de cette intervention, la décision relative à la position que l'Union européenne tiendra au sein du comité mixte peut être prise par le Conseil[1277] à la majorité qualifiée[1278]. Par conséquent, la formation de la volonté de l'Union européenne au sein du

---

1274 Article 17 de l'accord sur le transport aérien. On comprend ainsi les difficultés supplémentaires pour le juge, dans l'affaire « de l'aéroport de Zurich » évoquée *supra*, de déterminer si et dans quelle mesure, l'Allemagne était tenue au respect de l'article 17 de l'accord.

1275 Article 21 de l'accord sur le transport aérien. On peut relever que la décision de l'Union européenne relative à la conclusion de cet accord prévoit: « *En ce qui concerne l'accord sur le transport aérien, la Commission, assistée des représentants des États membres, représente la Communauté au sein du comité mixte institué à l'article 21 de l'accord* » : article 3, paragraphe 1, de la décision 2002/309/CE, Euratom du Conseil et de la Commission du 4 avril 2002 relative à la conclusion de sept accords avec la Confédération suisse, JO L 114 du 30.4.2002, p. 1. Il n'est cependant pas certain que cette formulation vise à « restituer » aux Etats membres une compétence, dès lors qu'on la retrouve dans l'accord sur le transport de marchandises, celui sur les produits agricoles et celui sur les marchés publics. Pour l'accord sur la libre circulation des personnes, qui relève clairement de la compétence de l'Union et des Etats membres, la décision 2002/309/CE prévoit uniquement qu' « *un représentant de la Commission représente la Communauté* » (article 2), sans faire mention des Etats membres qui bénéficient en tant que parties contractantes à l'accord, du droit d'être représenté au comité mixte.

1276 Voir, *supra*, 1.

1277 En vertu de l'article 218, paragraphe 9, TFUE, la position de l'Union est établie par le Conseil, sur proposition de la Commission ou du haut représentant de l'Union pour les affaires étrangères et la politique de sécurité.

1278 Voir la décision du Conseil du 15 septembre 2006 relative à la position à adopter par la Communauté concernant la décision n°2/2006 du comité des transports aériens Communauté/Suisse, institué en vertu de l'accord entre la Communauté européenne et la Confédération suisse sur le transport aérien, modifiant l'annexe dudit accord, CS/2006/11846. Cette décision vise la décision 2002/309/CE, précitée, et notamment son article 3, paragraphe 3, lequel prévoit que : « *Pour les autres décisions du comité mixte, la position de la Communauté est déterminée par le Conseil, statuant à la majorité qualifiée, sur proposition de la Commission* ». Sur les enjeux que revêtent pour les Etats membres les décisions du Conseil arrêtant la position de l'Union européenne, voir les recours contre une décision relative à la position de l'Union au sein du comité mixte de l'EEE et du comité mixte Suisse-UE dans les affaires CJUE, 26 septembre 2013, *Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord c. Conseil de l'Union européenne*, aff. C-431/11, *non encore publié*, et CJUE, 27 février 2014, *Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord c. Conseil de l'Union européenne*, aff. C-656/11, *non encore publié*.

comité mixte n'implique pas nécessairement l'acceptation de l'ensemble des Etats membres, alors même que l'objet pourrait relever de leur compétence. Et cette absence des Etats membres ne semble pas être corrigée en aval de la décision du comité mixte, laquelle entre en vigueur sans faire l'objet d'une décision ultérieure de réception ni d'approbation par le Conseil[1279]. La non-signature par les Etats membres des accords Suisse-UE relevant de leur compétence suscite ainsi des interrogations particulières quant à l'exercice ultérieur de leur compétence et à la portée des obligations auxquels ils sont soumis.

840. En conclusion, la nature des accords Suisse-UE établit un lien entre la Suisse et les Etats membres, lequel peut varier selon que les Etats membres détiennent ou non une compétence dans le domaine couvert par l'accord Suisse-UE et que cette compétence ait été exercée ou non par la signature de l'accord. La structure des accords Suisse-UE contribue également à faire de la relation Suisse-UE, une relation Suisse-Etats membres de l'UE.

B) Les accords Suisse-UE, droit structuré sur le droit commun d'intégration entre Etats membres

841. La relation Suisse-UE établie par les accords conclus entre la Suisse et l'Union européenne est marquée par l'européanité des règles applicables. On a montré en particulier que le droit contenu dans les accords Suisse-UE était basé, par différentes techniques, sur le droit de l'Union européenne, et essentiellement ses sources internes[1280]. Mais jusqu'ici, nous avons envisagé l'européanité des règles posées par les accords Suisse-UE comme renvoyant au droit d'une des parties aux accords Suisse-UE : l'Union européenne. Or ce droit est aussi un droit commun à des Etats membres ayant décidé d'approfondir leurs relations par rapport aux autres Etats, au sein d'un ordre juridique.

[1279] La décision du comité mixte Suisse-UE est ensuite directement publiée au Journal Officiel de l'Union européenne : article 22, paragraphe 3, de l'accord sur le transport aérien. Cette disposition reprend une pratique consécutive à l'arrêt *Sevince* précité, en vertu de laquelle « *les décisions des organes administratifs des accords internationaux font l'objet d'une simple publication au Journal officiel, sans être repris par un acte des institutions* » : Eleftheria NEFRAMI, « Accords internationaux. Statut des accords internationaux dans l'ordre juridique de l'Union européenne », *JurisClasseur Europe Traité*, Fasc. 192-2, 2011, n°5.
Certes, la troisième phrase de l'article 22, paragraphe 3 de l'accord sur le transport aérien prévoit que : « *Les décisions sont soumises si nécessaire pour ratification ou approbation par les Parties contractantes, conformément à leurs propres procédures* », elle soulève des interrogations quant à sa portée au regard de l'accord, comme de ses implications procédurales dans les relations entre l'Union européenne et ses Etats membres.

[1280] Voir, *supra*, partie 1, titre 2, chapitre 2.

842. Le choix de régir la relation entre la Suisse et l'Union européenne par ces règles qui sont des règles communes aux Etats membres de l'Union européenne, est destiné à placer la Suisse au même « niveau » de coopération que celui des Etats membres. L'européanité de ces règles assure en quelque sorte un « décalage de niveau » de l'Union européenne à ses Etats membres, résultant du fait que l'Union européenne n'est pas qu'un espace normatif mais également une organisation composée d'Etats membres, utilisant un droit commun comme levier d'intégration.

843. D'une part, bien souvent, une coopération existait entre la Suisse et les Etats membres de l'Union européenne, notamment dans le cadre du Conseil de l'Europe[1281], de sorte que l'accord avec l'Union européenne amène simplement la coopération entre la Suisse et les Etats membres au même point d'approfondissement que celui auquel les Etats membres sont parvenus. Ce constat est très clair pour les accords car ceux-ci établissent largement une réciprocité de droits et obligations entre la Suisse et les Etats membres, permettant à la première de « rejoindre » le niveau de coopération établi entre les Etats membres. La même logique se constate pour les législations suisses qui tentent de suivre, avec les effets inhérents à ce type d'acte unilatéral, les coopérations approfondies entre les Etats membres par rapport à celles du Conseil de l'Europe[1282].

844. D'autre part, les règles primaires posées par les accords Suisse-UE sont calquées sur les règles qui s'appliquent aux Etats membres de l'Union européenne et qui régissent la coopération entre ces Etats membres. Les accords reprennent en effet des règles équivalentes à celles applicables entre les Etats, comme par exemple des règles de

---

1281 Les dispositions du titre III de l'accord sur la fraude « *visent à compléter la convention européenne d'entraide judiciaire en matière pénale du 20 avril 1959, ainsi que la convention relative au blanchiment, au dépistage, à la saisie et à la confiscation des produits du crime du 8 novembre 1990 et doivent faciliter leur application entre les parties contractantes* » (article 25, paragraphe 1, de l'accord). La coopération dans le domaine de l'audiovisuel a également donné lieu à d'importantes interactions entre la coopération instaurée entre la Suisse et la plupart des Etats de la Communauté européenne dans le cadre du Conseil de l'Europe et celui de la Communauté puis de l'Union, tant en ce qui concerne le volet réglementaire (entre la Convention européenne sur la télévision transfrontière, du 5 mai 1989, STE n°132, et les règles des accords MEDIA inspirées de la directive 89/552/CEE du Conseil, du 3 octobre 1989, visant à la coordination de certaines dispositions législatives, réglementaires et administratives des États membres relatives à l'exercice d'activités de radiodiffusion télévisuelle, JO L 298 du 17.10.1989, p. 23–30), que le volet incitatif (entre Eurêka et les programmes communautaires MEDIA). Voir plus globalement les remarques relatives à l'incidence du Conseil de l'Europe dans la relation Suisse-UE, *supra*, partie 1, titre 1.

1282 Pour conserver l'exemple du domaine audiovisuel, voir par exemple la politique menée par la Suisse avant la conclusion d'un accord, afin d'inciter les coproductions entre la Suisse et les Etats de l'Union européenne : Message du Conseil fédéral du 1er octobre 2004 relatif à l'approbation des accords bilatéraux entre la Suisse et l'Union européenne, y compris les actes législatifs relatifs à la transposition des accords («accords bilatéraux II»), FF 2004, vol. 1, cahier n°44, pp.5593-5924, spéc. p. 5678.

coordination des régimes de sécurité sociale[1283]. L'accord Suisse-UE a ainsi, au regard du type d'obligations posées, une sorte « d'effet descendant », plaçant la Suisse au même niveau que les Etats membres de l'Union européenne. De même, les législations suisses adaptées au droit de l'Union européenne ont repris des règles d'harmonisation du droit des Etats membres, telles que les dispositions en matière sociale dans le domaine du transport routier[1284]. C'est donc en fonction du droit appliqué au niveau des Etats que la législation suisse se positionne lors de l'adaptation au droit de l'Union européenne.

845. L'utilisation du droit de l'Union européenne comme référentiel pour régir la relation Suisse-UE ne permet pas uniquement de constater que la relation Suisse-UE « concerne » le niveau étatique, c'est-à-dire la Suisse et les Etats de l'Union européenne. Bien plus, elle contribue à placer la Suisse dans la même situation qu'un Etat membre, et assimiler ainsi la première au second.

§2 – Les accords Suisse-UE, sources d'assimilations de la Suisse à un Etat membre

846. Le droit commun établi entre la Suisse et les Etats membres de l'Union européenne constitue un vecteur d'assimilation de la Suisse à un Etat membre de l'Union européenne.

847. L'assimilation de la Suisse à un Etat membre n'est pas uniforme en raison du sens des obligations consenties. La Suisse peut en effet être placée dans la même situation qu'un Etat membre à travers les obligations unilatérales auxquelles elle consent dans un accord[1285] ou dans une législation[1286], à l'égard de l'Union européenne ; elle peut également consentir des obligations unilatérales à l'égard des Etats membres[1287] ;

1283 Annexe II de l'accord du 21 juin 1999 entre la Confédération suisse d'une part, et la Communauté européenne et ses Etats membres, d'autre part, sur la libre circulation des personnes, RS 0.142.112.681 / JO L 114 du 30.4.2002, p. 6–72

1284 Exemple cité *supra*, partie 1, titre 2, chapitre 1, section 2, §1, B), 1.

1285 Les obligations consenties par la Suisse à l'égard de l'Union européenne dans l'accord en vue d'éviter la double imposition des fonctionnaires retraités de l'Union européenne sont à certains égards similaires à celles acceptées par l'Etat adhérant à l'Union européenne dans le Protocole sur les privilèges et immunités.

1286 La loi appliquant le principe « Cassis de Dijon » pour les produits commercialisés dans un Etat membre de l'Union européenne

1287 Dans l'accord sur la fiscalité de l'épargne, la Suisse consent à des obligations à l'égard des Etats membres sans qu'existe un engagement symétrique des Etats membres envers la Suisse. De même, dans l'accord MEDIA de 2004, les différentes formulations selon lesquelles « *la Suisse assure* […] » (article 1, paragraphes 1 et 2, de l'annexe II) ou

l'assimilation sera encore différente lorsque les obligations établissent des rapports symétriques et réciproques avec les Etats membres[1288]. L'assimilation de la Suisse à un Etat membre est en outre relative selon le référentiel de l'obligation choisi : elle apparaît moins nette si l'on regarde par exemple la cause de l'obligation, ou les logiques qui conduisent la Suisse à consentir à l'application d'une règle ayant pour effet de l'assimiler à un Etat membre[1289].

848. Ces précisions faites, on constate que l'assimilation est plus ou moins poussée selon les actes qui régissent la relation Suisse-UE, et notamment les accords. En effet, l'assimilation se déduit de différents éléments contenus dans l'accord dont la combinaison module en même temps le degré d'assimilation de la Suisse à un Etat membre. L'assimilation de la Suisse à un Etat membre dépend : de l'objectif de l'accord, des techniques employées pour faire coïncider le droit applicable sur celui des Etats membres, et de la qualité des règles de droit concernées. En effet, certains accords font de l'insertion de la Suisse dans la coopération entre Etats membres un objectif, lequel implique nécessairement son assimilation au moins partielle à ceux-ci (A). En outre, la coïncidence du droit appliqué entre la Suisse et les Etats membres sur celui appliqué entre ces derniers est modulée selon les techniques d'européanité utilisées par les accords. L'assimilation de la Suisse à un Etat membre se révèle également dans l'emploi d'une autre technique : celle de la fiction juridique, dont l'action sur la qualification du réel n'a d'autre but que d'appliquer à la Suisse le statut d'Etat membre (B). Enfin, l'assimilation est d'autant plus nette que les règles concernées par ces techniques sont des règles spécifiques aux relations entre les Etats membres, caractéristiques des relations des Etats en tant que membres de l'Union européenne (C).

---

encore « *La Suisse veille* […] » (article 2, paragraphe 3, de l'annexe II) ne semblaient pas impliquer que les Etats membres de l'UE appliquent les mêmes règles à l'égard des émissions relevant de la compétence de la Suisse. Cette asymétrie est cependant susceptible d'évolution. Ainsi, l'accord MEDIA de 2007 garantit en substance que les émissions de télévision relevant de la compétence de la Suisse bénéficieront d'une diffusion libre sur le territoire des Etats membres, c'est-à-dire « *se verront octroyer le même traitement* […]» (déclaration du Conseil relative à l'annexe I de l'accord, pt i)).

1288 Tel est par exemple le cas de l'accord de lutte contre la fraude.

1289 Dans l'exemple de l'assimilation résultant du consentement de la Suisse à des faveurs fiscales pour les fonctionnaires retraités de l'Union européenne, comparables à celles consenties par l'Etat adhérant à l'Union européenne dans le Protocole sur les privilèges et immunités, rien n'indique que la cause de l'engagement réponde à la même logique.

A) L'objectif d'insertion dans la coopération entre Etats membres

849. Certains accords visent clairement à assurer la participation de la Suisse à des formes de coopération instaurées entre les Etats membres. Pour ce faire, la Suisse doit au moins partiellement être assimilée à un Etat membre. En d'autres termes, le fait que certains accords assurent la participation de la Suisse à des formes de coopération instaurées entre les Etats membres, implique nécessairement qu'ils assimilent au moins partiellement la Suisse à un Etat membre, afin de faire fonctionner cette participation. L'assimilation de la Suisse à un Etat membre constitue ainsi le présupposé d'un certain nombre d'accords Suisse-UE, la cause de l'engagement de la Suisse et de l'Union européenne. Faiblement marqué dans les accords de libéralisation, l'objectif d'insertion de la Suisse dans la coopération entre Etats membres se retrouve assez logiquement dans les accords qualifiés notamment en fonction de cet objectif d'accords d'intégration (1), mais également dans les accords de coopération (2).

1) L'assimilation dans les accords d'intégration

850. Certains accords sont qualifiés d'intégration en raison de leur objectif d'insertion de la Suisse dans la coopération établie entre les Etats membres d'une part, et de leur structure particulière caractérisée par une forte européanité d'autre part. Si l'on se focalise ici sur l'objectif, on s'aperçoit que l'accord sur le transport aérien, pourtant qualifié d'accord d'intégration[1290], ne pose pas explicitement un objectif d'insertion de la Suisse dans le marché européen de l'aviation civile. En revanche, les accords d'association à Schengen et Dublin sont à cet égard très clairs : ils visent « *une participation de la Confédération suisse à l'acquis communautaire couvert par les règlements "Dublin" et "Eurodac"* »[1291], et une *association* et *participation* de la Suisse *à* l'acquis Schengen[1292]. Au vu de cet objectif, on comprend que le droit de l'Union européenne utilisé pour fixer des règles communes entre la Suisse et les Etats membres ne sert pas simplement

---

[1290] Voir, *supra*, partie 1, titre 2, chapitre 2.

[1291] Préambule de l'accord du 26 octobre 2004 relatif aux critères et aux mécanismes permettant de déterminer l'Etat responsable de l'examen d'une demande d'asile introduite dans un Etat membre ou en Suisse, *RO 2008 515 / JO L 53 du 27.2.2008, p.5-17*.

[1292] Titre et préambule de l'accord du 26 octobre 2004 sur l'association de la Confédération suisse à la mise en œuvre, à l'application et au développement de l'acquis de Schengen, *RO 2008 481 / JO L 53 du 27.2.2008, p. 52-79*.

l'établissement entre la Suisse et les Etats membres d'un espace parallèle, superposé à celui établi entre ces derniers. Bien plus, l'objectif de participation de la Suisse à la mise en œuvre des règles appliquées entre les Etats membres implique nécessairement que la Suisse soit, au moins partiellement, assimilée à un Etat membre. Le même raisonnement vaut pour les accords dits de coopération.

2) *L'assimilation dans les accords de coopération*

851. Dans de nombreux accords de coopération, l'assimilation de la Suisse à un Etat membre constitue également un présupposé nécessaire au vu de l'objectif posé.

852. L'objectif de l'accord sur la fraude est « *d'étendre* »[1293] à la Suisse un régime d'assistance, lequel est prévu au sein de l'Union pour les Etats membres[1294]. Quant à l'accord sur la fiscalité de l'épargne, il permet d'assurer l'efficacité de la directive 2003/48/CE dont l'application « *dépend de l'application, par la Confédération suisse, de mesures équivalentes à celles prévues par cette directive* »[1295].

853. De manière beaucoup plus évidente, de nombreux accords ont pour but de régir la participation de la Suisse à des programmes de l'Union européenne[1296], des agences de l'Union européenne[1297] et des missions de l'Union européenne[1298]. Ce type d'accord cherche donc à faire produire au droit de l'Union européenne des effets à l'égard de la

---

1293 Voir par exemple l'article 1 de l'accord sur la fraude.

1294 La proposition de la Commission relative à la signature de cet accord fait ainsi référence aux différents instruments juridiques applicables entre les Etats membres : proposition de décision du Conseil du 16 août 2004 relative à la signature de l'Accord de coopération entre la Communauté européenne et ses États membres, d'une part, et la Confédération suisse, d'autre part, pour lutter contre la fraude et toute autre activité illégale portant atteinte à leurs intérêts financiers, *COM(2004) 559 final*.

1295 Considérant n°2 de la proposition de décision du Conseil du 10 février 2004, relative à la conclusion de l'accord entre la Communauté européenne et la Confédération suisse prévoyant des mesures équivalentes à celles prévues dans la directive 2003/48/CE du Conseil du 3 juin 2003 sur l'imposition des revenus de l'épargne sous forme de paiements d'intérêts et du protocole d'accord qui l'accompagne, *COM(2004) 75 final*. En retour, l'application dans le temps de l'accord dépend de celle de la directive (article 18, paragraphe 4, de l'accord sur l'épargne). A noter que la vie juridique de l'accord est également liée à l'application de mesures équivalentes par certains Etats tiers et certains territoires dépendants ou associés des États membres (article 18 de l'accord).

1296 Par exemple : l'accord de coopération dans le domaine statistiques (voir l'article 5, paragraphe 1), les accords « *établissant les termes et conditions pour la participation de la Confédération suisse aux programmes communautaires MEDIA* » (intitulé de ces accords) et les accords de coopération scientifique (voir par exemple le préambule de l'accord de 2004).

1297 Sont visés l'accord « *concernant la participation de la Suisse à l'Agence européenne pour l'environnement* » (intitulé de cet accord), ainsi que le « Framework for Cooperation between the European Defence Agency and the Federal Department of Defence, civil protection and sports of the Swiss Confederation, signé à Bruxelles le 16 mars 2012 » (pt 1).

1298 Par exemple : l'accord « *concernant la participation de la Suisse à la mission de police de l'Union européenne (MPUE) en Bosnie-et-Herzégovine* » (intitulé de l'accord), ou celui « *relatif à la participation de la Suisse à la mission de police de l'Union européenne dans l'ancienne République yougoslave de Macédoine* » (intitulé de l'accord).

Suisse, et ce, pour optimiser l'efficacité de la coopération établie entre les Etats membres de l'Union européenne. Ils impliquent ainsi non seulement de définir le régime juridique applicable à la Suisse par rapport à celui des Etats membres, mais de définir ce régime juridique de manière à ce que la Suisse puisse être intégrée à ces programmes, missions, agences, ce qui suppose un socle minimal d'assimilation de la Suisse à un Etat membre.

854. Outre l'affirmation d'un objectif de participation de la Suisse aux coopérations instaurées entre les Etats membres, les accords emploient plusieurs techniques destinées à faire coïncider le droit appliqué entre la Suisse et les Etats membres, et le droit appliqué entre ceux-ci.

B) Les techniques de coïncidence du droit sur le droit des Etats membres

855. Dans les accords Suisse-UE, le degré d'assimilation de la Suisse à un Etat membre dépend de l'emploi des techniques utilisées pour faire coïncider le droit applicable à la Suisse sur le droit applicable aux Etats membres. En d'autres termes, l'assimilation de la Suisse à un Etat membre découle des techniques destinées à faire en sorte que le droit qui s'applique à la Suisse soit *le même* que celui qui s'applique aux Etats membres et entre eux. Certaines de ces techniques ont déjà été étudiées[1299] : il s'agit des techniques de liaison entre le droit de l'Union européenne et le droit contenu dans les accords. A cet égard, l'assimilation à un Etat membre est d'autant plus forte que les accords utilisent celles des techniques opérant un rattachement le plus étroit sur le droit des Etats membres (1). En outre, la coïncidence sur le droit de l'Union européenne est obtenue par une technique de subsomption : la fiction juridique assimilant la Suisse à un Etat membre (2).

1) La coïncidence obtenue par des techniques de liaison

856. Les techniques précédemment étudiées[1300], utilisées pour établir l'européanité des règles primaires et secondaires, sont combinées différemment selon les accords, variant ainsi l'ampleur de l'assimilation. Celle-ci trouve dans l'accord sur le transport aérien et les

[1299] Voir, *supra*, partie 1, titre 2, chapitre 2.

[1300] Sur la caractérisation de ces techniques dans la structure des actes régissant la relation Suisse-UE, voir, *supra*, partie 1, titre 2, chapitre 1.

accords d'association à Schengen et Dublin l'une de ses manifestations les plus approfondies de la relation Suisse-UE.

857. En premier lieu, l'utilisation du droit applicable entre les Etats membres pour fixer le contenu des règles applicables par la Suisse contribue à assimiler celle-ci aux Etats membres. On verra par la suite que, plus ces règles sont des règles spécifiques aux rapports entre les Etats membres, plus l'assimilation est évidente[1301]. Mais on peut déjà relever que l'utilisation du droit des Etats membres est en soi révélatrice du sens de la relation établie entre la Suisse et les Etats de l'Union européenne. Le fait que les accords se basent matériellement sur les dispositions du droit de l'Union européenne, y compris en s'y référant formellement, traduit le mouvement d'alignement de la relation Suisse-Etats membres sur la relation existant entre les Etats membres.

858. Ce mouvement d'alignement est renforcé dans les accords basés sur le principe de reprise de l'acquis. En effet, et malgré les incertitudes entourant les principes de reprise et d'équivalence des législations[1302], le premier peut être considéré comme assurant une européanité renforcée des règles primaires posées par les accords. Leur étude a mis en évidence que le principe de reprise désigne une coïncidence aussi étroite que possible de l'application des actes de l'Union européenne référencés dans les accords, avec celle existant entre les Etats membres de l'Union européenne. Le principe de reprise vise l'application entre la Suisse et les Etats membres d'un même acte, l'acte de l'Union européenne référencé.

859. La soumission à ce même acte qui est un acte régissant les relations entre Etats membres constitue par conséquent un vecteur d'assimilation de la Suisse à un Etat membre de l'Union européenne. Cette logique de coïncidence poussée explique que ce soit dans les accords sur le transport aérien et les accords Schengen et Dublin, qualifiés d'accords d'intégration[1303], que l'on trouve ce principe de reprise, vecteur d'assimilation de la Suisse à un Etat membre[1304].

1301 Voir, *infra*, C.

1302 Voir, *supra*, partie 1, titre 2, chapitre 1, section 2.

1303 Sur ces qualificatifs, voir, *supra*, partie 1, titre 2, chapitre 3, section 1, §2, A, 1.

1304 Sur l'ambiguité entourant l'accord sur la libre circulation des personnes, voir *supra*, partie 1, titre 2, chapitre 2, section 2.

860. En revanche, le principe d'équivalence permet à la Suisse de déterminer par un acte national les effets de l'acte de l'Union européenne auquel il est fait référence. L'assimilation est alors moins nette car l'application d'un droit commun est susceptible de modulation. Toutefois, il semble que ce principe d'équivalence bénéficie essentiellement à la Suisse, susceptible d'appliquer une législation équivalente ; en revanche, le Professeur Christine KADDOUS souligne que l'Union européenne « *appliquera les actes communautaires mentionnés dans les annexes des accords* »[1305]. Par conséquent, son interprétation de l'accord portera directement sur cet acte de l'Union européenne référencé dans l'accord Suisse-UE, même si cette interprétation peut ensuite différer de celle retenue dans le cadre interne de l'Union européenne[1306]. En somme, l'assimilation de la Suisse à un Etat membre dépend également de la partie appliquant l'accord fondé sur le principe d'équivalence.

861. Enfin, l'alignement avec le droit de l'Union européenne de base est encore plus étroit dans l'accord sur le transport aérien et l'accord sur la libre circulation des personnes. Une clause impose la prise en compte de la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne rendue avant la date de signature de ces accords pour interpréter les notions de droit de l'Union reprises dans ces accords. Même si à nouveau la portée de cette disposition n'est pas très claire[1307], cette clause est destinée à renforcer la coïncidence du droit appliqué dans les relations entre la Suisse et les Etats membres sur celles existant entre les Etats membres. Elle constitue ainsi un outil supplémentaire d'assimilation de la Suisse à un Etat membre.

862. Les techniques de liaison entre le droit de l'accord et le droit de l'Union européenne ayant servi de base à l'accord vise à aligner le régime appliqué entre la Suisse et les Etats membres sur le droit commun des Etats membres dans le cadre interne de l'Union européenne. Elles assurent ainsi, à des degrés divers, une assimilation de la Suisse à un Etat membre de l'Union européenne. Outre ces techniques de liaison, la coïncidence des régimes est assurée par l'emploi d'une technique de subsomption : la fiction juridique.

1305 Christine KADDOUS, « Les accords sectoriels dans le système des relations extérieures de l'Union européenne », in D. FELDER, C. KADDOUS (dir.), *Accords bilatéraux Suisse – UE (Commentaires)*, Dossiers de droit européen, vol. 8, Bruxelles, Bruylant, 2001, pp. 77-115, spéc. p. 113.

1306 Voir, *infra*, section 2, §2.

1307 Sur l'analyse de cette clause, voir, *supra*, partie 1, titre 2, chapitre 2, section 3.

2) *La coïncidence obtenue par une technique de subsomption : la fiction*

863. L'utilisation dans les accords Suisse-UE d'une fiction d'assimilation de la Suisse à un Etat membre appuie le postulat selon lequel l'insertion volontaire, consciente, de dispositions au moins partiellement identiques à celles auxquelles sont soumis les Etats membres est destinée à assurer l'identité du régime applicable à la Suisse et aux Etats membres, et l'assimilation de la première aux seconds[1308]. En effet, la fiction constitue un moyen d'assurer l'assimilation de la Suisse à un Etat membre.

864. Cette méthode consiste à qualifier d'une manière contraire à la réalité une situation A comme une situation B, afin de faire régir la situation A par le statut juridique de B. A l'inverse, la méthode précédemment étudiée ne passe pas par ce procédé qui agit sur la qualification du réel, et applique directement à A le statut juridique de B. Le résultat est identique, puisque A se voit appliquer le statut de B auquel, en raison de sa situation, il ne pouvait prétendre autrement que par la mise en œuvre de l'une de ces méthodes. Le procédé est cependant différent puisque le premier cas d'assimilation résulte de la mise en œuvre d'une technique supplémentaire : la fiction normative d'assimilation. Dans le second cas, il faut ou bien considérer qu'une telle fiction est absente, ou bien implicite, ou encore qu'il ne s'agit que d'une fiction doctrinale, de nature à expliquer l'application à la Suisse de règles prévues pour les Etats membres.

865. Parmi les techniques juridiques, la fiction, objet de nombreuses études et classifications[1309], occupe une place particulière, en raison du rapport aux réalités naturelle et juridique qu'elle met en œuvre. La fiction peut notamment[1310] poser une réalité sur une situation (naturelle ou juridique) initialement opposée. « *Degré le plus élevé de l'artifice* »[1311],

---

1308 Cette fiction permet d'échapper à une démonstration tautologique consistant à opter pour le postulat de l'identité du droit appliqué par la Suisse avec celui des Etats membres pour en conclure une assimilation, et induire une identité de l'assimilation nécessaire.

1309 Voir notamment François GENY, *Science et technique en droit privé positif*, Paris, Sirey, 1921, t. III, 522 p., spéc. pp. 360 et s. Pour un aperçu des distinctions élaborées en doctrine, voir Charley HANNOUN, « Les fictions en droit économique », *Droits*, n°21, 1995, pp.83-93, et les références citées.

1310 Il n'est pas utile pour l'exposé de déterminer si la fiction juridique se limite à ce seul rapport d'opposition, ou si elle est plus large et inclut par exemple les cas de rétroactivité ou de représentation.

1311 Jean BRETHE de LA GRESSAYE, Marcel LABORDE-LACOSTE, *Introduction générale à l'étude du droit*, Paris, Sirey, 1947. De même, elle est décrite comme « *le plus artificiel des procédé de la technique juridique* » par Claude du PASQUIER, cité par Jean SALMON, « Le procédé de la fiction en droit international public », in Ch. PERELMAN, P. FORIERS (dir.), *Les présomptions et les fictions en droit*, Bruxelles, Bruylant, 1974, pp.114-143, spéc. p. 114. Du reste, la conception de la fiction de Jean SALMON est jugée excessivement large par Jean BRETHE de LA GRESSAYE,

la fiction juridique « *procède à des affirmations assurément et objectivement fausses* »[1312] : elle ne se contente pas de « *produire un "comme si"* »[1313], elle est « *beaucoup plus qu'une élucubration vaguement hasardeuse, mais bel et bien un mensonge consommé, une contre-vérité caractérisée* »[1314]. Dans la relation Suisse-UE, l'assimilation de la Suisse à un Etat membre est – du moins *ab initio*[1315] – non pas une affirmation relativement éloignée de la réalité, mais une contre-vérité caractérisée : on sait qu'historiquement, la Suisse n'a jamais adhéré à l'Union européenne, seule voie qui permet à un Etat de devenir membre. Cet état objectif est connu, de sorte qu'une affirmation frontalement différente est nécessairement une fiction.

866. On retrouve ainsi une caractéristique de la fiction, qui veut que « *nul n'échappe à sa dimension intrinsèquement fallacieuse : ni au sujet de droit, ni bien sûr à son auteur* […] *qui, sans aucunement sombrer dans la folie d'une perte de contact avec la réalité, demeure parfaitement conscient de l'état de celle-ci, et ne feint seulement de l'ignorer que pour les exclusifs besoins de la cause pratique à traiter juridiquement* »[1316]. C'est donc intentionnellement que la Suisse et l'Union européenne sont convenus dans les accords de considérer la Suisse comme un Etat membre de l'Union européenne, ce « comme si » étant connu tant de la Suisse et de l'Union européenne lorsqu'elles ont conclu l'accord posant la fiction[1317], que du juge et des particuliers appelés à connaître de l'accord.

---

dans sa chronique « Centre national de recherches de logique, Les présomptions et les fictions en droit, sous la direction de Ch. Perelman et P. Foriers », *Revue internationale de droit comparé,* vol. 27, n°3, pp. 719-721.

1312 Olivier CAYLA, « Ouverture : le jeu de la fiction entre "comme si" et "comme ça" », *Droits*, n°21, 1995, pp.3-15, spéc. p. 8. Paul FORIERS parle de « *légitimation du faux* » : Paul FORIERS, « Présomptions et fictions », in C. PERELMAN, P. FORIERS (dir.), *Les présomptions et les fictions en droit*, Bruxelles, Bruylant, 1974, pp.7-26, spéc. p. 7.

1313 Olivier CAYLA, « Ouverture : le jeu de la fiction entre "comme si" et "comme ça" », précité.

1314 *Ibid*. p. 8. Il s'agit alors d'une « *légitimation du faux* » : Paul FORIERS, « Présomptions et fictions », in C. PERELMAN, P. FORIERS (dir.), *Les présomptions et les fictions en droit*, Bruxelles, Bruylant, 1974, pp.7-26, spéc. p. 7.

1315 Voir les remarques *infra* sur les doutes résultant de l'utilisation de la fiction.

1316 Olivier CAYLA, « Ouverture : le jeu de la fiction entre "comme si" et "comme ça" », précité, p. 8. Dans le même sens à propos des fictions en droit français, Jean RIVERO, *Fictions et présomptions en droit public français,* in Ch. PERELMAN, P. FORIERS (dir.), *Les présomptions et les fictions en droit*, Bruxelles, Bruylant, 1974, pp.101-113, spéc. p. 102. De même, le « mensonge » produit par la fiction désigne uniquement la méconnaissance de la réalité, sans que l'auteur de la fiction n'ait « *intention de tromper les destinataires de la qualification* »: Charles VAUTROT-SCHWARZ, *La qualification juridique en droit administratif*, Paris, LGDJ, 2010, 685 p., spéc. p. 432.

1317 La relation Suisse-UE évoluant dans un cadre international (voir, *introduction*), on retrouve la situation mise en évidence par Jean SALMON : « *en droit international public la fiction sera l'œuvre de ceux qui créent les règles, c'est-à-dire non pas un législateur, mais les Etats parties à l'accord* », et plus largement les parties à l'accord : Jean SALMON, « Le procédé de la fiction en droit international public », in C. PERELMAN, P. FORIERS (dir.), *Les présomptions et les fictions en droit*, Bruxelles, Bruylant, 1974, pp.114-143, spéc. p. 115.

867. Ce choix d'un décalage s'exprime par son caractère pratique : « *The clause puts Switzerland in the same position in relation to legislation as the EU Member States* »[1318]. La fiction assimilant la Suisse à un Etat membre est « *un procédé technique qui consiste à placer par la pensée un fait, une chose ou une personne dans une catégorie juridique sciemment impropre pour la faire bénéficier, par voie de conséquence, de telle solution pratique propre à cette catégorie* »[1319]. Le caractère opératoire de la fiction est par exemple très net dans les accords de coopération, lorsque l'assimilation de la Suisse à un Etat membre permet de faire bénéficier aux ressortissants suisses de droits établis pour des ressortissants de l'Union européenne, notamment à l'égard des projets de recherche. Pour reprendre les mots de Jean SALMON, par la fiction, les accords Suisse-UE qualifient « *une situation* [la Suisse, membre de l'Union européenne], *de manière contraire au réel, en vue de lui attribuer les conséquences juridiques découlant de la qualification* [certains des droits des Etats membres] »[1320].

868. L'assimilation de la Suisse à un Etat membre apparaît donc à travers certains accords dont l'objectif est d'insérer la Suisse dans la coopération établie entre les Etats membres de l'Union européenne. Ces accords en particulier, mais également les autres accords, s'attachent alors à aligner le régime appliqué par la Suisse sur celui des Etats membres par différentes techniques destinées à assurer, selon des modalités diverses, la coïncidence des règles. En outre, plus la reprise concerne des règles qui sont spécifiques à l'Union européenne et aux relations entre les Etats membres de l'Union européenne, plus l'assimilation de la Suisse à un Etat membre sera caractérisée.

C) L'application de règles spécifiques aux relations entre Etats membres

869. L'assimilation de la Suisse à un Etat membre se déduit enfin de la qualité des règles que la Suisse applique en vertu des accords Suisse-UE. Il ne s'agit pas uniquement de constater que la Suisse est assimilée à un Etat membre parce qu'elle applique des règles

---

1318 Andrès DELGADO CASTELEIRO, « Relations Between the European Union and Switzerland : a Laboratory for EU External Relations ? », in F. MAIANI, R. PETROV, E. MOULIAROVA (dir.), *European Integration Without EU Membership: Models, Experiences, Perspectives - European University Institute (EUI) Working Papers* n°2009/10, pp. 103-110, spéc. p. 107.

1319 René DEKKERS, *La fiction juridique : étude de droit romain et de droit comparé*, Paris, Sirey, 1935, 251 p., n°137, cité par Paul FORIERS, « Présomptions et fictions », précité, p.16.

1320 Jean SALMON, « Le procédé de la fiction en droit international public », précité.

identiques : l'assimilation sera d'autant plus caractérisée que l'identité du régime concernera des règles propres à l'Union européenne, des règles qui caractérisent la coopération instaurée entre les Etats membres. On peut alors reprendre la dichotomie employée pour la structure des accords Suisse-UE, dont on avait étudié les caractéristiques des règles du premier et du second degré[1321]. Mais le constat porte ici non pas sur les règles primaires et secondaires des accords, mais sur ces règles en tant qu'elles sont du droit de l'Union européenne et des règles caractéristiques de l'Union européenne. On s'aperçoit que la Suisse applique largement les règles primaires propres à l'Union européenne (1), et de manière plus restreinte certaines règles secondaires, relatives au développement de ce droit et au contrôle de son application (2).

1) L'application large de règles primaires propres à l'UE

870. A partir de la présentation de l'Union européenne de l'ouvrage du Professeur Jean-Claude GAUTRON[1322], on peut présenter les contours de l'assimilation de la Suisse à un Etat membre, qui se déploie dans le champ du marché intérieur (a), de politiques internes spécifiques (b), de l'espace de liberté, sécurité et justice (c) et la politique étrangère et de sécurité commune de l'Union européenne (d).

a) Marché intérieur

871. Dans ce domaine, la caractérisation de l'assimilation est rendue complexe par le fait que la libéralisation n'est pas un phénomène propre aux relations entre Etats membres de l'Union européenne[1323]. Par conséquent, l'application par un Etat de règles de

---

1321 Les règles du second degré ont été définies comme celles qui ont pour objet les règles du premier degré. Les règles du premier degré considérées sont celles qui régissent principalement le comportement des personnes relevant de l'ordre juridique de la Suisse et de l'ordre juridique de l'UE (ainsi que celles qui régissent le comportement des autorités, si elles n'ont pas pour objet les règles du premier degré).

1322 Jean-Claude GAUTRON, *Droit européen*, Paris, Dalloz, 2009, 13ème édition, 337 p., spéc. pp. 225 et s.

1323 C'est en particulier le cas en ce qui concerne le libre-échange de produits, qui s'est établi avec l'OCDE et le GATT en toile de fond, et ce, dans l'optique d'un rapprochement entre l'AELE et la CEE. Ainsi, en 1972, la Communauté économique européenne a conclu avec chacun des Etats de l'AELE des accords de libre-échange, pratiquement identiques, dans lesquels les parties se montrent résolues à « *éliminer progressivement les obstacles pour l'essentiel de leurs échanges, en conformité avec les dispositions de l'accord général sur les tarifs douaniers et le commerce concernant l'établissement de zones de libre-échange* » : Préambule de l'accord de 1972 entre la Communauté économique européenne et la Confédération suisse. Les préambules des accords de libre-échange conclus entre la Communauté et l'Autriche (*JO L 300 du 31.12.1972, p. 2-92*), ou entre la Communauté et la Suède (*JO L 300 du 31.12.1972, p. 97-184*) sont formulés de la même manière.

libéralisation n'a pas automatiquement pour effet de l'assimiler à un Etat de l'Union européenne. En outre, la libre circulation est sélective[1324] et moins affirmée qu'entre les Etats membres de l'Union européenne[1325]. Toutefois, on peut mettre en évidence une assimilation de la Suisse à un Etat membre car la Suisse applique en vertu des accords, des dispositions basées sur l'extension de certains concepts et règles caractéristiques du marché intérieur[1326].

872. La Suisse applique d'abord des règles propres à la libre circulation des marchandises au sein de l'espace du marché intérieur. Sont ainsi interdits, dans les échanges entre la Suisse et les Etats membres de l'Union européenne, non seulement les restrictions quantitatives mais également les « *mesures d'effet équivalent* »[1327] ; non seulement les droits de douanes mais également les « *taxes d'effet équivalent* »[1328], y compris ceux « *à caractère fiscal* »[1329], ainsi que les impositions intérieures discriminatoires pour les produits similaires ou protectrices pour les produits concurrents[1330].

873. Des règles complémentaires ont été adoptées afin d'approfondir la libre circulation des marchandises. D'une part, des règles de reconnaissance mutuelle d'évaluation de la conformité des produits[1331] sont vecteurs d'assimilation de la Suisse à un Etat membre :

Toutefois, les liens établis sont « *polarisés* » sur l'Union européenne : Pierre PESCATORE, « Synthèse et note documentaire », in O. JACOT-GUILLARMOD (dir.), *L'avenir du libre-échange en Europe : vers un Espace économique européen ?*, Zürich, Schulthess, 1990, pp.475-494, spéc. p. 475.

Sur l'incidence pour la relation Suisse-UE, de l'appartenance de la Suisse à l'AELE et de l'élargissement de la Communauté puis l'Union européenne à certains Etats membres de l'AELE, voir, *supra*, partie 1, titre 1, chapitre 1, section 2 et chapitre 2, section 2, §1. Pour un aperçu historique et des perspectives croisées des relations de libre-échange entre les pays de l'AELE et la CEE à l'aube de la création de l'Espace économique européen, voir notamment : Olivier JACOT-GUILLARMOD (dir.), *L'avenir du libre-échange en Europe: vers un Espace économique européen?*, Collection de droit européen, vol.2, Zürich, Schulthess, 1990, 574 p.

1324 Elle couvre « *l'essentiel* » des marchandises (préambule de l'accord de 1972), mais fait l'objet d'aménagements en ce qui concerne les produits agricoles et produits agricoles transformés, en raison de l'absence de politique agricole commune à la Suisse et aux Etats membres de l'Union européenne.

1325 Les principes de la libre circulation ne sont pas toujours affirmés sous une formulation de principe comme dans le marché intérieur, comme en ce qui concerne l'interdiction des droits et douane ou celle des restrictions quantitatives.

1326 A propos des accords de 1972, Ulf BERNITZ souligne : « *In fact, the text of the Agreements was primarily drafted in Brussels, with the substantive provisions of the Agreements based to a great extent on concepts and rules derived from the Rome Treaty* » : Ulf BERNITZ, « The EEC-EFTA Free Trade Agreements with special Reference to the Position of Sweden and the other Scandinavian EFTA Countries », *C.M.L.R.*, 1986, vol. 23, pp.567-590, spéc. p. 569.

1327 Article 13 de l'accord de 1972.

1328 Articles 6 et 7 de l'accord de 1972. En revanche, lorsqu'il prévoit une suppression des droits de douanes, l'accord de 1999 sur les produits agricoles ne vise pas expressément la suppression des taxes d'effet équivalent.

1329 Article 4, paragraphe 1, de l'accord de 1972.

1330 L'article 18 de l'accord de 1972 ne reprend cependant pas la formule de l'article 95 TCEE (devenu article 110 TFUE).

1331 Elles sont posées dans l'accord du 21 juin 1999 relatif à la reconnaissance mutuelle en matière d'évaluation de la conformité (*RO 2002 1803 / JO L 114 du 30.4.2002, p.369-429*). De même, l'accord du 21 juin 1999 relatif aux échanges de produits agricoles (*RO 2002 2147 / JO L 114 du 30.4.2002, p.132-349*) comporte un volet qualitatif.

elles permettent l'attribution d'effets identiques (l'accès du produit certifié au marché de l'Union) à des actes établis par des organismes relevant de la juridiction de la Suisse, sur la base de la législation de l'Union européenne, ou sur la base d'une législation formellement différente mais équivalente à celle de l'Union européenne[1332]. D'autre part, des règles de facilitation des formalités douanières assimilent la Suisse à un Etat membre à deux égards. Le territoire de la Suisse est dans une certaine mesure assimilé à celui d'un Etat membre par un accord de 1972 qui prévoit « *l'application de la réglementation relative au transit communautaire* »[1333], et précise : « *Dans cette réglementation, chaque référence à la Communauté ou aux États membres vaut également pour la Confédération suisse* »[1334]. En outre, et à la suite de la révision du code des douanes de l'Union européenne renforçant les normes de sécurité pour les échanges de produit en provenance d'Etats non membres de l'Union européenne, l'accord de 1990 de facilitation des contrôles douaniers[1335] a été révisé en 2009[1336] pour dispenser de l'obligation générale préalable le transport de marchandises entre la Suisse et les Etats de l'Union européenne. L'accord assimile sur ce point le transport entre la Suisse et un Etat de l'Union européenne à une opération entre Etats membres de l'Union.

1332 En ce qui concerne les produits industriels pour lesquels existent des prescriptions harmonisées au niveau communautaire, et notamment dans une quinzaine de secteurs, l'accord sur la reconnaissance mutuelle des évaluations de la conformité de 1999 prévoit deux procédures de simplification des échanges, selon que les législations suisses et communautaires sont différentes ou équivalentes. En réalité, et la précision est importante du point de vue de l'assimilation de la Suisse à un Etat membre, l'accord établit deux procédures selon que la législation suisse est différente ou équivalente *à* la législation communautaire. Le Conseil fédéral relève lui-même l'orientation du libre-échange sur les règles du marché intérieur lorsqu'il explique les deux procédures prévues selon que « *la législation suisse est différente de la législation communautaire* », ou que « *les exigences découlant de la législation suisse sont jugées équivalentes aux exigences communautaires* » : message du Conseil fédéral du 23 juin 1999 relatif à l'approbation des accords sectoriels entre la Suisse et la CE, *FF 1999, vol. VI, n°34, pp.5440-6398*, spéc. p.5523. En outre, il faut rappeler que ces règles de reconnaissance mutuelle vont de pair avec un mouvement d'harmonisation de la législation suisse sur celle de l'Union européenne Voir, *supra*, partie 1, titre 2, chapitre 1, section 2, §2, sur le principe d'équivalence des législations.
En pratique, si la législation suisse est différente de la législation de l'Union européenne, l'accord permet aux organismes d'évaluation de la conformité d'une partie d'établir les rapports d'essais, les certificats de conformité ainsi que les autorisations selon chacune des législations des deux parties, évitant ainsi à la marchandise de subir deux contrôles différents. L'évaluation réalisée par l'organisme suisse en vertu des règles de l'Union européenne produit ainsi des effets identiques à celle de l'évaluation réalisée par un organisme d'un Etat membre de l'Union européenne en vertu des règles de l'Union européenne. Dans le second cas, l'organisme peut évaluer la conformité d'un produit sur la base d'une seule législation puisque celle-ci est reconnue comme équivalente à la législation de l'autre partie.

1333 Intitulé de l'accord de 1972 sur l'application de la réglementation relative au transit communautaire, *RO 1974 281 | JO L 294 du 29.12.1972, p. 2–85.*

1334 Article 2, paragraphe 2, alinéa 2, de l'accord de 1972 sur le transit.

1335 Accord du 21 novembre 1990 entre la Communauté économique européenne et la Confédération suisse relatif à la facilitation des contrôles et des formalités lors du transport des marchandises, *RO 1991 1490 / JO L 116 du 8.5.1990, p. 19–23*.

1336 Accord du 25 juin 2009 entre la Confédération suisse et la Communauté européenne relatif à la facilitation des contrôles et des formalités lors du transport des marchandises ainsi qu'aux mesures douanières de sécurité, *RO 2011 983 / JO L 199 du 31.7.2009, p. 24–42*.

874. L'assimilation se constate aussi au regard du fait que la Suisse applique dans ses échanges avec les Etats membres, non seulement des règles de libéralisation, mais également celles assurant des conditions équitables de concurrence entre la Suisse et les Etats membres. Sont ainsi interdits « *tous les accords entre entreprises, toutes décisions d'associations d'entreprises et toutes pratiques concertées qui sont susceptibles d'affecter le commerce entre les Parties contractantes et qui ont pour objet ou pour effet d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence* »[1337], sous réserve d'exceptions identiques à celles qui s'appliquent aux Etats membres[1338]. A l'instar des Etats membres, la Suisse doit également respecter des règles de concurrence visant les Etats, et notamment l'interdiction des aides d'Etats[1339].

875. L'accord sur la libre circulation des personnes contribue également à assimiler la Suisse à un Etat membre. En effet, avant la conclusion de cet accord : « *La politique suisse à l'égard des étrangers contrastait* […] *fortement avec la philosophie communautaire* »[1340]. Négocié sur la base de l'acquis de l'Union européenne en la matière, tout en prévoyant des règles moins libérales[1341], l'accord de 1999 met en place une libre circulation des personnes entre la Suisse et les Etats de l'Union européenne « *en s'appuyant sur les dispositions en application dans la Communauté européenne* »[1342]. Il accorde aux ressortissants suisses et communautaires[1343] un droit d'entrée sur le territoire de la Suisse et des Etats membres, et un droit de séjour et d'accès à une activité économique. L'accord vise à garantir aux ressortissants suisses et communautaires « *les mêmes conditions de vie, d'emploi et de travail que celles accordées aux nationaux* »[1344]. Si l'accord est en retrait par rapport aux libertés

---

1337 L'article 8, paragraphe 1, de l'accord du 21 juin 1999 sur le transport aérien (*RO 2002 1705 / JO L 114 du 30.4.2002, p.73-90*), reprend la formulation de l'article 101, paragraphe 1, TFUE

1338 Article 81, paragraphe 3 de l'accord de 1999 sur le transport aérien, lu à la lumière de l'article 101, paragraphe 3 TFUE.

1339 Article 26 de l'accord de 1972 sur le libre échange ; article 13 de l'accord de 1999 sur le transport aérien, établi sur la base de l'article 107 TFUE.

1340 Dieter GROSSEN, « Appréciation politique de l'Accord sur la libre circulation des personnes », in C. KADDOUS, D. FELDER (dir.), *Accords bilatéraux Suisse-UE (Commentaires)*, Bruxelles, Bruylant, 2001, pp. 259-268, spéc. p.264.

1341 Voir les contributions doctrinales relatives à cet accord dans l'ouvrage : Christine KADDOUS, Daniel FELDER (dir.), *Accords bilatéraux Suisse-UE (Commentaires)*, *op.cit.*

1342 Préambule de l'accord du 21 juin 1999 entre la Confédération suisse d'une part, et la Communauté européenne et ses Etats membres, d'autre part, sur la libre circulation des personnes, *RO 2002 1529 / JO L 114 du 30.4.2002, p. 6-72*.

1343 Les ressortissants d'Etats tiers (autres que ceux de la Suisse et l'Union européenne) n'entrent dans le champ d'application de l'accord qu'en tant que membres de la famille de ressortissants suisses ou UE, ou travailleurs détachés.

1344 Article 1, pt d).

garanties dans l'Union européenne[1345], il reprend cependant des éléments fondamentaux de la construction d'un espace de libre circulation entre les Etats membres de l'Union européenne: le principe de non-discrimination en raison de la nationalité[1346], l'extension de la libre circulation aux inactifs[1347], mais aussi des mesures permettant une réalisation effective de la libre circulation. Une coordination des régimes de sécurité sociale de Suisse et des Etats membres est notamment mise en place selon les règles applicables entre les Etats membres[1348]. Enfin, l'insertion de la Suisse dans l'espace de libre circulation des personnes établi dans l'Union européenne et l'EEE a été renforcée par la participation de la Suisse à la cohésion économique et sociale dans l'Union européenne élargie[1349].

876. En appliquant certaines des règles auxquelles sont soumis les Etats membres et qui caractérisent la construction de l'espace de liberté de l'Union européenne, la Suisse est assimilée à un Etat membre de l'Union européenne. De même, l'application par la Suisse des règles relatives aux politiques internes de l'Union européenne permet sa participation à celles-ci, « comme si » elle était un Etat membre.

b) Politiques spécifiques

877. Les accords Suisse-UE assimilent la Suisse à un Etat membre en permettant à la Suisse de participer aux coopérations instaurées dans le cadre de l'Union européenne, dans des domaines variés tels que les transports, la fiscalité, l'éducation, l'audiovisuel, la recherche scientifique et technologique, ou encore l'environnement.

1345 L'article 5, paragraphe 1, ALCP, limite à 90 jours par an la libre prestation de services.

1346 Article 2.

1347 Voir Christine KADDOUS, « L'Accord CH–UE sur la libre circulation des personnes et l'ordre juridique suisse », in F. BREUSS, T. COTTIER, P.-C. MÜLLER-GRAFF (dir.), *Die Schweiz im europäischen Integrationsprozess*, Bâme, Helbing Lichtenhahn, 2008, pp. 153–168, spéc. p. 156.

1348 Annexe II de l'accord, qui se référait notamment au règlement (CEE) n°1408/71 du Conseil, du 14 juin 1971, relatif à l'application des régimes de sécurité sociale aux travailleurs salariés, aux travailleurs non salariés et aux membres de leur famille qui se déplacent à l'intérieur de la Communauté, *JO L 149 du 5.7.1971, p. 2–50*. A la suite de la décision n°1/2012 du 1er avril 2012 du comité mixte institué par l'accord (*JO L 103 du 13.4.2012, p.51-59*), cet acte est remplacé par le règlement (CE) n°883/2004 du Parlement européen et du Conseil du 29 avril 2004 portant sur la coordination des systèmes de sécurité sociale, *JO L 166 du 30.4.2004, p.1-123*.

1349 Voir le message du Conseil fédéral du 15 décembre 2006 sur la contribution de la Suisse à l'atténuation des disparités économiques et sociales dans l'Union européenne élargie, *FF 2007, vol. I, n°5, pp.439-506*, et le site des autorités fédérales : http://www.contribution-enlargement.admin.ch/en/Home/Projects et la Réponse de C. ASHTON au nom de la Commission européenne du 9 février 2011, à la question parlementaire E-9959/2010 sur la « contribution suisse à la cohésion », posée le 29 novembre 2010, JO C 265 E du 09.09.2011. A noter toutefois que, si cette contribution a été demandée par l'Union européenne, elle est mise en œuvre de manière autonome par la Suisse (voir, *supra*, partie 1, titre 1, chapitre 2, section 2, §1).

878. Certes, les coopérations dans ces domaines ne sont pas en tant que telles spécifiques à l'Union européenne, et peuvent également être menées dans le cadre du Conseil de l'Europe. Toutefois, les coopérations sont approfondies entre les Etats membres de l'Union européenne, et l'application par la Suisse des règles communes aux Etats membres a pour effet, voire pour objectif de l'assimiler à un Etat membre. En outre, on pourrait objecter que la Suisse n'est pas le seul Etat tiers à participer à ces formes de coopération établies entre les Etats membres de l'Union européenne[1350], ce qui leur ferait perdre leur « spécificité communautaire ». Toutefois, cette remarque tient à l'incidence de la participation d'Etats tiers à des coopérations établies au sein de l'Union européenne, et ne modifie pas le fait « qu'au départ », c'est bien à des coopérations caractérisant les relations entre Etats membres que l'Etat tiers dont la Suisse participe.

879. Dans le domaine de la fiscalité, l'assimilation de la Suisse à un Etat membre résulte de l'application par celle-ci des règles destinées à coordonner le comportement des autorités fiscales, administratives et judiciaires des Etats, afin d'éviter certaines situations préjudiciables pour les Etats et l'Union européenne. A l'instar d'un Etat membre, la Suisse exempte de l'impôt les pensions versées par l'Union européenne à ses fonctionnaires et agents retraités[1351]. A l'instar d'un Etat membre tenu au respect de la directive 2004/48/CE, la Suisse taxe les intérêts versés dans un État membre à des particuliers qui sont résidents d'un autre État membre[1352]. Cet accord permet l'application d'une norme de l'UE au-delà des frontières de l'Union par « "*l'exportation" d'une directive* »[1353], de sorte que c'est bien à une assimilation de la Suisse *à* un Etat de l'UE à laquelle l'accord procède. Dans le domaine de la fiscalité indirecte, la coopération administrative[1354] à laquelle

---

1350 Voir les travaux de Cécile RAPOPORT, *Les partenariats entre l'Union européenne et les Etats tiers européens,* Bruxelles, Bruylant, 2011, 809 p.

1351 Accord du 26 octobre 2004 entre le Conseil fédéral suisse et la Commission des Communautés européennes en vue d'éviter la double imposition des fonctionnaires retraités des institutions et agences des Communautés européennes résidant en Suisse (*RO 2005 2187*), lu en combinaison avec le Protocole sur les privilèges et immunités des Communautés européennes du 8 avril 1965 (*JO 152 du 13.7.1967, p.13-16*).

1352 Accord du 26 octobre 2004 entre la Confédération suisse et la Communauté européenne prévoyant des mesures équivalentes à celles prévues dans la directive 2003/48/CE du Conseil en matière de fiscalité des revenus de l'épargne sous forme de paiements d'intérêts, *RO 2005 2571 / JO L 385 du 29.12.2004, p.30-42*.

1353 Cécile RAPOPORT, « Relations avec les pays européens », in C. FLAESCH-MOUGIN, C. KADDOUS, J. LEBULLENGER, C. SCHNEIDER (dir.), chronique relative aux politiques extérieures ; actions extérieures de l'Union européenne », *Annuaire de droit européen*, 2004, vol. II, pp.664-667, spéc. p. 667.

1354 Titre II de l'accord de coopération du 26 octobre 2004 entre la Confédération suisse, d'une part et la Communauté européenne et ses États membres, d'autre part, pour lutter contre la fraude et toute autre activité illégale portant atteinte à leurs intérêts financiers, *RO 2009 1299 / JO L 46 du 17.2.2009, p.8-35*.

s'engage la Suisse s'appuie sur les dispositions applicables entre les Etats membres, qu'il s'agisse du principe cardinal en vertu duquel les autorités requises « *procèdent comme si elles agissaient pour leur propre compte ou à la demande d'une autre autorité de la même partie contractante* »[1355], ou de « *certaines formes particulières de coopération* » établies entre les Etats membres[1356]. L'assimilation est également perceptible en ce qui concerne l'entraide judiciaire en matière pénale, accordée entre la Suisse et les Etats de l'Union européenne dans les mêmes situations et conditions qu'entre les Etats membres[1357].

880. Dans les autres domaines, l'assimilation de la Suisse aux Etats membres de l'Union est encore plus claire car ces accords ont pour objectif de permettre la participation de la Suisse à des programmes de l'Union européenne. Cette participation implique donc nécessairement la soumission de la Suisse à un régime identique à celui applicable aux Etats membres, lequel a directement vocation à assurer la participation de la Suisse à la coopération établie entre les Etats membres[1358].

881. D'un côté, l'assimilation de la Suisse à un Etat membre résulte de l'extension à la Suisse du cadre réglementaire assurant les conditions de bon fonctionnement des

---

1355 Article 9, paragraphe 1, alinéa 2, de l'accord sur la fraude, inspiré de l'article 8 de la Convention « Naples II » (Convention relative à l'assistance mutuelle et à la coopération entre les administrations douanières, JO C 24 du 23.1.1998, p. 2-22). Dans une note relative aux négociations des accords bilatéraux II, dont celui sur la fraude, le Conseil de l'Union dans son analyse de l'état des négociations, soulignait les points en suspens parmi lesquels la coopération administrative avec la Suisse « *aux termes de la convention Naples II* » : Conseil de l'Union européenne, Note de la Présidence au Comité des Représentants permanents, 6 juin 2003, 10240/03, pt 3. Iii). A noter toutefois que le champ d'application de l'accord anti-fraude excède le champ purement douanier de la convention.

1356 Article 21 de l'accord sur la fraude, inspiré de l'article 19, paragraphe 2, pt c), de la Convention Naples II, relatif à la possibilité d'effectuer des opérations transfrontalières communes en vue de la prévention et de la poursuite des fraudes liées à la circulation des marchandises. De même, est prévue la faculté de créer des équipes communes d'enquête spéciale implantées dans une partie contractante, destinées à faciliter la résolution des enquêtes difficiles : article 22 de l'accord sur la fraude, inspiré de l'article 24 de la Convention Naples II.

1357 Le titre III de l'accord est inspiré du titre III, chapitre III de la Convention d'application de l'Accord de Schengen du 14 juin 1985 entre les gouvernements des États de l'Union économique Benelux, de la République fédérale d'Allemagne et de la République française relatif à la suppression graduelle des contrôles aux frontières communes (*JO L 239 du 22.09.2000, p. 19-62*). L'accord prend également en compte la Convention du 29 mai 2000 relative à l'entraide judiciaire en matière pénale entre les Etats membres de l'Union européenne (*JO C 197 du 12.7.2000, p.3-23*). Voir par exemple l'article 26 de l'accord, lu en combinaison avec l'article 49 de la Convention d'application de l'Accord de Schengen et de l'article 4 de la Convention du 29 mai 2000, ou l'article 31, paragraphe 1, de l'accord, et l'article 51 de la Convention d'application de l'Accord de Schengen. Toutefois, une exception notable à l'assimilation résulte du régime particulier obtenu par la Suisse, solution de « *compromis* » : message du Conseil fédéral du 1er octobre 2004 relatif à l'approbation des «accords bilatéraux II», précité, spéc. p.5808 ; Fabrice FILLIEZ, « Les sources du droit de l'UE en matière de protection des intérêts financiers », précité, spéc. p. 647. Toutefois la Commission estime que l'article 31, paragraphe 2, « *est conforme aux règles communautaires anti-blanchiment de la Directive 91/308/CEE relative à la prévention de l'utilisation du système financier aux fins du blanchiment de capitaux, telle que modifiée par la directive 2001/97/CE (JO L 344 du 28.12.2001, p. 76), et du Deuxième Protocole à la Convention relative à la protection des intérêts financiers des Communautés européennes (JO C 222 du 19.7.1997, p. 12)* » : proposition de décision du Conseil du 16 août 2004 relative à la signature de l'Accord de coopération, précitée, *COM(2004) 559 final*.

1358 Voir, *supra*, A), 2.

programmes. L'accord MEDIA comporte ainsi un volet normatif assurant la compatibilité du cadre législatif suisse avec les programmes MEDIA, condition nécessaire à la participation d'Etats tiers à ces programmes[1359]. D'un autre côté, l'assimilation est établie par l'attribution à la Suisse d'un statut identique – au moins partiellement – à celui d'un Etat membre, afin de permettre à la Suisse d'être « *membre à part entière* »[1360] d'un programme de l'Union européenne, ou de participer « *à part entière* »[1361] à des agences européennes. On peut citer à ce titre divers exemples.

882. Dans le domaine de la recherche, la participation de la Suisse au programme EURATOM sur la fusion nucléaire résulte de l'accord de 1978 qui « *lui assure tous les droits réservés aux Etats membres de l'UE* »[1362]. Les accords garantissent que les entités de recherche établies en Suisse qui participent aux programmes-cadres « *ont les mêmes droits et obligations que les entités de recherche établies dans les Communautés européennes* »[1363]. Par exemple, l'égalité entre les chercheurs suisses et ceux des Etats membres de l'Union se

---

1359 Considérant 3 et l'article 2 de l'accord MEDIA de 2004, ainsi que de l'accord MEDIA de 2007. En effet, l'ouverture des programmes MEDIA est conditionnée à la compatibilité du cadre législatif de l'Etat tiers avec les dispositions du droit de l'Union européenne, notamment avec l'article 6 de la directive 89/552. Voir le considérant 37 et l'article 11, paragraphe 4, de la décision 2000/821/CE du Conseil, du 20 décembre 2000, portant sur la mise en œuvre d'un programme d'encouragement au développement, à la distribution et à la promotion des œuvres audiovisuelles européennes (MEDIA Plus - Développement, Distribution et Promotion) (2001-2005), *JO L 336 du 30.12.2000, p.82-91* ; le considérant 29 et l'article 8, paragraphe 4 de la décision 163/2001/CE du Parlement européen et du Conseil, du 19 janvier 2001, portant sur la mise en œuvre d'un programme de formation pour les professionnels de l'industrie européenne des programmes audiovisuels (MEDIA-formation) (2001-2005), *JO L 26 du 27.1.2001, p. 1–9* ; l'article 8, paragraphe 3, de la décision 1718/2006 du Parlement européen et du Conseil du 15 novembre 2006 portant sur la mise en œuvre d'un programme de soutien au secteur audiovisuel européen (MEDIA 2007), *JO L 327 du 24.11.2006, p. 12–29*.

1360 Message du Conseil fédéral du 1er octobre 2004 relatif à l'approbation des accords bilatéraux entre la Suisse et l'Union européenne, [...] *FF 2004, vol. I, n°44, pp.5593-5924*, spéc. p.5678, à propos du programme MEDIA (1991-1995) créé par la décision 90/685/CEE du Conseil, du 21 décembre 1990, concernant la mise en œuvre d'un programme d'action pour encourager le développement de l'industrie audiovisuelle européenne (Média) (1991-1995), JO *L 380 du 31.12.1990, p. 37–44.*

1361 Article 1 de l'accord du 26 octobre 2004 concernant la participation de la Suisse à l'Agence européenne pour l'environnement et au réseau européen d'information et d'observation pour l'environnement (EIONET), *RO 2006 1111 / JO L 90 du 28.3.2006, p.37-47*.

1362 Message du Conseil fédéral du 23 juin 1999, relatif à l'approbation des accords sectoriels entre la Suisse et la CE, *FF 1999, vol. VI, n°34, pp.5440-6398*, spéc. p. 5501.

1363 Article 7, paragraphe 1, de l'accord de coopération scientifique et technologique du 21 juin 1999, *RO 2002 1998 / JO L 114 du 30.4.2002, p.468-477*. Laurent GOETSCHEL, « Switzerland and European Integration : Change Through Distance », *E.F.A.R.* 2003, vol. 8, n°3, pp. 313-330, spéc. p.325 relève ainsi que : « *The research agreement enables Switzerland to participate as an equal partner in ongoing EU research programmes* ».

matérialise dans la possibilité de coordonner des projets européens[1364] ou encore dans les modalités d'accès aux résultats des projets de recherche[1365].

883. En matière audiovisuelle, « une stricte égalité est préservée entre ressortissants suisses et communautaires »[1366] dans l'accord MEDIA de 2004 comme dans celui de 2007[1367]. Cela signifie que les « conditions, règles et procédures applicables aux projets et initiatives présentés par les participants de la Suisse dans le cadre de ce programme seront identiques à celles appliquées aux États membres »[1368]. Cette égalité couvre les droits dont bénéficient les ressortissants suisses : « les réalisateurs, les producteurs et les distributeurs suisses bénéficient des mêmes mesures d'encouragement que leurs homologues européens »[1369]. Elle couvre également les obligations auxquels sont soumis les bénéficiaires de subventions suisses ou établis en Suisse, en particulier en ce qui concerne le bon emploi des subsides d'encouragement[1370].

884. De même en ce qui concerne la participation au programme « Jeunesse en action » de l'Union européenne : « les conditions et modalités de présentation, d'évaluation et de sélection des candidatures des institutions, organisations et particuliers éligibles de la Suisse sont les mêmes que celles applicables aux institutions, organisations et particuliers éligibles de l'Union »[1371].

1364 Charles KLEIBER, « Politique scientifique internationale et coopération scientifique en Europe », in D. FELDER, C. KADDOUS (dir.), *Accords bilatéraux Suisse-UE (Commentaires)*, Bruxelles, Bruylant, 2001, pp. 684-688, spéc. p. 685.

1365 Christine KADDOUS, « Les accords sectoriels dans le système des relations extérieures de l'Union européenne », précité, spéc. p. 87.

1366 Cécile RAPOPORT, *Les partenariats entre l'Union européenne et les Etats tiers européens - Étude de la contribution de l'Union européenne à la structuration juridique de l'espace européen,* Bruxelles, Bruylant, 2011, 809 p., spéc. p.473.

1367 Accord du 26 octobre 2004 établissant les termes et conditions pour la participation de la Confédération suisse aux programmes communautaires MEDIA Plus et MEDIA Formation, *RO 2006 1041 / JO L 90 du 28.3.2006, p.23-34* ; Accord du 11 octobre 2007 entre la Confédération suisse et la Communauté européenne dans le domaine de l'audiovisuel, établissant les termes et conditions pour la participation de la Confédération suisse au programme communautaire MEDIA 2007, *RO 2007 6953 / JO L 303 du 21.11.2007, p. 11–23*.

1368 Exposé des motifs de la proposition de décision du Conseil du 28 août 2007, *COM (2007) 477 final*, précitée. Voir les articles 3 et 4 des accords de 2004 et 2007.

1369 Message du Conseil fédéral du 1er octobre 2004 relatif à l'approbation des «accords bilatéraux II», précité, spéc. p.5681.

1370 Voir, *infra*, ii) les compétences de contrôle des institutions de l'Union européenne à cet égard.

1371 Pt 4 de l'annexe 1 de l'accord du 15 février 2010 établissant les termes et conditions de la participation de la Confédération suisse au programme «Jeunesse en action» et au programme d'action dans le domaine de l'éducation et de la formation tout au long de la vie (2007–2013), *RO 2011 879 / JO L 87 du 7.4.2010, p.7-18*.

885. Dans le domaine de l'environnement, la Suisse « *applique les actes* [de l'Union européenne] »[1372] énumérés en annexe I selon les modalités de la fiction juridique qui étendent à la Suisse toute référence faite aux Etats membres[1373]. De même, en vertu du l'annexe III : « *Toute référence faite aux États membres dans le Protocole sur les privilèges et immunités des Communautés européennes* […], *doit être comprise comme incluant également la Suisse* », ce qui permet de considérer qu'en ce qui concerne l'application du Protocole sur les privilèges et immunités des Communautés européennes « *la Suisse est assimilée à un Etat membre* […] »[1374]. En retour, « *l'agence considérera la Suisse comme un État membre* »[1375].

886. L'assimilation de la Suisse à un Etat membre se prolonge également dans les accords d'association de la Suisse à Schengen et Dublin, accords qui lui permettent de participer à l'espace de liberté, de sécurité et de justice, qui caractérise fortement la construction de l'Union européenne.

c) L'espace de liberté, de sécurité, et de justice

887. La Suisse est également assimilée à un Etat membre lorsque qu'elle participe à l'espace de liberté, sécurité et justice (ELSJ) instauré entre les Etats membres de l'Union européenne. Certes, l'ELSJ ne caractérise que partiellement les relations entre Etats membres. L'élément central de la construction de l'ELSJ, la coopération Schengen, est né en marge des Communautés européennes ; son intégration dans le cadre de l'Union européenne a donné lieu à des régimes particuliers pour certains Etats membres tels que le Royaume-Uni et l'Irlande qui ne participent pas complètement à cette forme de coopération ; enfin d'autres Etats tiers, tels que la Norvège et l'Islande ont été intégrés à l'espace Schengen[1376].

1372 Article 1, lu en combinaison avec l'annexe I de l'accord de 2004 concernant la participation de la Suisse à l'Agence européenne pour l'environnement.

1373 Voir, *supra*, B), 2, sur la fiction juridique.

1374 Message du Conseil fédéral du 1er octobre 2004 relatif à l'approbation des «accords bilatéraux II», précité, spéc. p. 5675 ; Daniel FELDER, « Cadre institutionnel et dispositions générales des Accords bilatéraux II (sauf Schengen/Dublin), in C. KADDOUS, M. JAMETTI GREINER (dir.), *Accords bilatéraux II Suisse-UE : et autres accords récents*, Bruxelles, Bruylant, 2006, pp. 93-117, spéc. p. 110.

1375 Exposé des motifs, pt 4, de la proposition de décision du Conseil relative à la signature, au nom de la Communauté européenne, de l'accord entre la Communauté européenne et la Confédération suisse concernant la participation de la Suisse à l'agence européenne pour l'environnement et au réseau européen d'information et d'observation pour l'environnement, 8 octobre 2004, *COM(2004) 658 final*.

1376 Sur ces particularités, voir Henri LABAYLE, « Espace de liberté, sécurité, justice – Cadre général », *JurisClasseur Europe Traité*, fasc. 2625, sept. 2012, pts 27 et s..

888. Sous cette réserve, les modalités de coopération dans l'espace Schengen apparaissent néanmoins caractéristiques du rapprochement particulier réalisé entre les Etats membres de l'Union européenne. C'est la création entre ces Etats d'un marché intérieur qui a suscité l'approfondissement de la liberté de circulation des personnes et son corollaire, un renforcement de la coopération en matière sécuritaire. De même, dans le domaine de l'asile, les Etats membres ont intensifié leur coopération avec notamment le système Dublin, mécanisme de détermination de l'Etat compétent pour traiter une demande d'asile afin d'éviter les demandes multiples au sein de ce qui est nécessairement perçu comme un espace commun à ces Etats. En outre, l'établissement d'un espace de liberté, de sécurité et de justice est devenu un objectif de l'Union européenne[1377]. Enfin, ce n'est pas parce que d'autres Etats tiers participent à l'espace Schengen que celui-ci n'est pas constitutif d'une coopération spécifique aux Etats membres de l'Union[1378].

889. Par conséquent, en permettant une « *pleine participation de la Suisse à l'espace Schengen* »[1379] et à la coopération Dublin, les accords d'association de la Suisse lui permettent « *de participer aux coopérations mises en place par les Etats membres* »[1380], et contribuent ainsi à l'assimiler à un Etat membre[1381]. En d'autres termes, l'assimilation de la Suisse à un Etat membre résulte de l'application entre la Suisse et les Etats membres, des dispositions de l'acquis de Schengen et de Dublin, dispositions qui caractérisent une coopération particulière des Etats membres. C'est ainsi « [d]*ans la mesure où elles s'appliquent aux États membres de l'Union européenne* » que les dispositions de l'acquis de Schengen « *sont mises en œuvre et appliquées par la Suisse* »[1382]. De même en ce qui concerne Dublin, la Suisse a voulu « *participer au système de coordination de l'UE en matière de demandes*

1377 En vertu de l'article 3, paragraphe 2, TUE : « *l'Union offre à ses citoyens un espace de liberté, de sécurité et de justice sans frontières intérieures* ».

1378 Il en va de même pour la participation d'Etats tiers à des politiques spécifiques évoquées *supra*, b).

1379 Conclusions du Conseil de l'UE sur les relations de l'UE avec les pays de l'AELE, 14 décembre 2010, pt 38.

1380 Anne CORNU, « Les aspects institutionnels des Accords d'association de la Suisse à Schengen et à Dublin », in C. KADDOUS, M. JAMETTI GREINER (dir.), *Accords bilatéraux II Suisse-UE et autres accords récents,* Bruxelles, Bruylant, 2006, pp. 207-244, spéc. p. 209.

1381 Nicole WICHMANN, « "More In Than Out" : Switzerland's Association With Schengen/Dublin Cooperation », *Swiss Political Science Review*, 2009, 15(4), pp. 653-682 ; et Yves GAUTIER, « l'association des Etats tiers à l'espace de liberté, de sécurité et de justice », in *L'Union européenne : Union de droit, Union des droits, Mélanges en l'honneur de Philippe MANIN*, Paris, Pedone, 2010, pp. 403-412.

1382 Article 2, paragraphe 1, de l'accord du 26 octobre 2004 sur l'association de la Confédération suisse à la mise en œuvre, à l'application et au développement de l'acquis de Schengen, RS 0.362.31 / JO L 53 du 27.2.2008, p. 52-79.

d'asile »[1383], et ainsi s'insérer comme un Etat membre dans le système mis en place entre ces Etats de l'Union européenne.

890. L'assimilation de la Suisse à un Etat membre se concrétise d'abord dans son inclusion au sein de l'espace commun établi entre les Etats membres conçu comme un espace interne. La Suisse s'intègre au sein de l'espace Schengen car les contrôles des personnes aux frontières entre la Suisse et les Etats de l'espace Schengen sont supprimés afin d'approfondir la libre circulation des personnes. En outre, la Suisse applique les règles d'encadrement prévues au sein de cet espace : des règles relatives à la coordination des demandes d'asile comme le règlement « Dublin »[1384], des règles relatives aux systèmes d'informations communs (« Eurodac »[1385] ; le Système d'information Schengen - SIS[1386]), des mesures de coopération policière ou encore des régimes d'entraide judiciaire en matière pénale[1387].

891. L'assimilation résulte de la Suisse à un Etat membre se concrétise ensuite par son inclusion dans l'espace commun aux Etats de l'Union tel qu'il se définit dans ses frontières externes. La Suisse applique les règles adoptées dans l'Union européenne relatives à la politique commune des visas. Elle obtient ainsi, à l'instar d'un Etat membre, la possibilité de délivrer des « visas Schengen » aux ressortissants d'Etats tiers, et corrélativement l'obligation d'en reconnaître les effets sur son territoire. En outre, la Suisse s'insère dans le

---

1383 Déclaration de la Suisse sur la politique de migration et d'asile annexée aux accords bilatéraux de 1999.

1384 L'accord d'association à Dublin prévoit l'application du règlement n°343/2003 du Conseil, du 18 février 2003, établissant les critères et mécanismes de détermination de l'Etat membre responsable de l'examen d'une demande d'asile présentée dans l'un des Etats membres par un ressortissant d'un pays tiers, *JO L 50 du 25.2.2003, p. 1-10*. Toutefois, le règlement a été abrogé dans l'Union européenne par le règlement n°604/2013 du Parlement européen et du Conseil du 26 juin 2013 établissant les critères et mécanismes de détermination de l'État membre responsable de l'examen d'une demande de protection internationale introduite dans l'un des États membres par un ressortissant de pays tiers ou un apatride, *JO L 180 du 29.6.2013, p. 31–59*, entré en vigueur le 19 juillet 2013, dont la Suisse a accepté la reprise par arrêté fédéral du 14 août 2013.

1385 L'accord d'association à Dublin prévoit l'application par la Suisse du règlement n°2725/2000 du Conseil, du 11 décembre 2000, concernant la création du système «Eurodac» pour la comparaison des empreintes digitales aux fins de l'application efficace de la convention de Dublin, *JO L 316 du 15.12.2000, p. 1-10*. Toutefois, le règlement a été abrogé par le règlement n°603/2013 du Parlement européen et du Conseil du 26 juin 2013 relatif à la création d'Eurodac pour la comparaison des empreintes digitales aux fins de l'application efficace du règlement (UE) n°604/2013 […] et relatif aux demandes de comparaison avec les données d'Eurodac présentées par les autorités répressives des États membres et Europol à des fins répressives, et modifiant le règlement (UE) n°1077/2011 portant création d'une agence européenne pour la gestion opérationnelle des systèmes d'information à grande échelle au sein de l'espace de liberté, de sécurité et de justice, *JO L 180 du 29.6.2013, p. 1–30*, qui entrera en vigueur le 20 juillet 2015, et dont la Suisse a accepté la reprise par arrêté fédéral du 14 août 2013.

1386 Voir les actes relatifs au système d'information de Schengen de deuxième génération énumérés en annexe de l'accord d'association à Schengen, y compris les nouveaux développements de l'acquis Schengen repris par la Suisse. Pour une liste de ces actes, voir : http://www.admin.ch/opc/fr/european-union/international-agreements/008.004.000.000.000.000.html

1387 La liste des actes de l'UE appliqués figure en annexe de l'accord d'association à Schengen.

système intégré de gestion des frontières extérieures mis en place entre les Etats de l'Union européenne : en vertu d'un arrangement[1388], elle participe notamment à l'Agence européenne pour la gestion de la coopération opérationnelle aux frontières extérieures, dite Agence Frontex[1389].

892. En appliquant les acquis de Schengen et de Dublin qui constituent le cœur de la construction de l'ELSJ, la Suisse est insérée dans cet espace, et ainsi assimilée à un Etat membre de l'Union européenne. Enfin, on relèvera que la Suisse participe également à la politique étrangère et de sécurité de l'Union européenne.

d) La politique étrangère et de sécurité

893. La Suisse (comme la Norvège) participe « *couramment aux activités de l'UE relevant de la PESC* »[1390]. Elle est ainsi assimilée à un Etat membre dans la mesure où elle participe à la politique étrangère et de sécurité commune aux Etats membres de l'Union européenne (PESC).

894. En ce qui concerne la participation aux agences et programmes de l'Union européenne, une assimilation de la Suisse à un Etat membre existe, mais elle est limitée. En effet, l'Agence européenne de défense[1391] assure à la Suisse « *the fullest possible transparency regarding the Agency's specific projects and programmes with a view to the DDPS's* [Federal Department of Defence of the Swiss Confederation] *participation therein as appropriate* » [1392]. L'assimilation de la Suisse est limitée puisque la Suisse doit informer l'Agence de sa volonté de participer à un projet, en proposant le cas échéant, certaines modalités

---

1388 Arrangement du 30 septembre 2009 entre la Confédération suisse et la Principauté de Liechtenstein, d'une part, et la Communauté européenne, d'autre part, sur les modalités de la participation de ces Etats aux activités de l'Agence européenne pour la gestion de la coopération opérationnelle aux frontières extérieures des Etats membres de l'Union européenne*, RO 2010 3573 / JO L 243 du 16.9.2010, p. 4–15*.

1389 Règlement (CE) n°2007/2004 du Conseil, du 26 octobre 2004 portant création d'une Agence européenne pour la gestion de la coopération opérationnelle aux frontières extérieures des États membres de l'Union européenne, *JO L 349 du 25.11.2004, p. 1-11*.

1390 Conclusions du Conseil de l'UE sur les relations de l'UE avec les pays de l'AELE, 8 décembre 2008, pt 4.

1391 L'Agence a été créée dans l'Union européenne par l'action commune 2004/551/PESC du Conseil, du 12 juillet 2004 concernant la création de l'Agence européenne de défense, *JO L 245 du 17.7.2004, p. 17–28*. Le texte a été abrogé et remplacé par la décision 2011/411/PESC du Conseil du 12 juillet 2011 définissant le statut, le siège et les modalités de fonctionnement de l'Agence européenne de défense et abrogeant l'action commune 2004/551/PESC, *JO L 183 du 13.7.2011, p. 16–26*.

1392 Pt 1, Framework for Cooperation between the European Defence Agency and the Federal Department of Defence, civil protection and sports of the Swiss Confederation, signé à Bruxelles le 16 mars 2012.

convenues avec les Etats participants[1393]. La participation de la Suisse est alors soumise à l'approbation pour chaque projet, du Comité directeur de l'Agence européenne de défense[1394]. Toutefois, une fois la participation de la Suisse approuvée, celle-ci tend à s'identifier avec celle d'un Etat membre. Il est notamment prévu que : « *The EDA* [European Defence Agency] *will*, […] *let the contract or contracts in the same manner as for the other Contributing Members* »[1395]. On peut ainsi poursuivre le constat opéré par Cécile RAPOPORT, et relever que la collaboration de la Suisse avec l'Agence européenne de Défense se concrétise par des « *modalités d'implication proches de celles des Etats membres* »[1396].

895. L'assimilation de la Suisse à un Etat membre est plus nette dans les accords régissant la participation de la Suisse à la phase opérationnelle des missions de PESC/PESD de l'Union européenne menées sur le territoire d'un pays hôte[1397]. En effet, cette participation se réalise par l'utilisation d'une fiction assimilant la Suisse à un Etat membre, selon un schéma similaire selon les opérations[1398]. A partir des travaux de Cécile RAPOPORT[1399], on constate que deux éléments permettent à la Suisse de « *souscrire aux dispositions* » des actions communes de l'UE[1400], comme si elle était un Etat membre. D'une

---

1393 Pt 2.1 de l'annexe.

1394 Pt 2.2 de l'annexe. Cette modalité est conforme à l'article 22 de la décision 2011/411/PESC (*JO L 183 du 13.7.2011, p. 16*).

1395 Pt 3 de l'annexe.

1396 Cécile RAPOPORT, *Les partenariats entre l'Union européenne et les Etats tiers européens, op.cit.,* spéc. p. 516.

1397 Accord du 11 décembre 2002 concernant la participation de la Suisse à la mission de police de l'Union européenne (MPUE) en Bosnie-et-Herzégovine, *JO L 239 du 25.9.2003*, p. 14 ; Accord du 22 décembre 2004 sur la participation de la Confédération suisse à l'opération militaire de gestion de crise menée par l'Union européenne en Bosnie-et-Herzégovine (opération Althéa), *JO L 20 du 22.1.2005, p. 42-45* ; Accord du 14 juillet 2004 relatif à la participation de la Suisse à la mission de police de l'Union européenne dans l'ancienne République yougoslave de Macédoine (EUPOL « Proxima »), *JO L 354 du 30.11.2004, p. 78-80* ; Accord du 22 décembre 2005 concernant la participation de la Confédération suisse à la mission de surveillance de l'Union européenne à ACEH (Indonésie) (Mission de surveillance à ACEH-MSA), *JO L 349 du 31.12.2005, p. 31-34* ; Accord du 10 août 2006 sur la participation de la Confédération suisse à l'opération militaire de l'Union européenne d'appui à la mission de l'Organisation des Nations unies en République démocratique du Congo (MONUC) pendant le processus électoral (opération EUFOR RD Congo, *JO L 276 du 7.10.2006, p.111-115* ; Accord du 28 avril 2014 entre l'Union européenne et la Confédération suisse relatif à la participation de la Confédération suisse à la mission militaire de l'Union européenne visant à contribuer à la formation des forces armées maliennes (EUTM Mali), *JO L 151 du 21/05/2014, p. 18–21* ; Accord du 4 juillet 2014 entre l'Union européenne et la Confédération suisse concernant la participation de la Suisse à la mission de l'Union européenne d'assistance aux frontières en Libye (EUBAM Libye), J*O L 205 du 12.7.2014, p.3-6.*

1398 Il n'existe cependant pas d'accord-cadre de coopération : v. Cécile RAPOPORT, *Les partenariats entre l'Union européenne et les Etats tiers européens, op.cit.,* pp. 423 et s. Toutefois, cette situation est susceptible d'évoluer : est actuellement au stade de l'examen préalable le règlement par un accord-cadre des modalités générales de la participation de la Suisse aux missions de la politique européenne de sécurité et défense (PESD) de l'UE : Fiche d'information du Département Fédéral des Affaires Etrangères, 24 juin 2013, disponible à l'adresse : http://www.europa.admin.ch/themen/00499/00503/00798/index.html?lang=fr

1399 Cécile RAPOPORT, *Les partenariats entre l'Union européenne et les Etats tiers européens, op.cit.,* pp. 434 et s.

1400 Dans les accords, la Suisse souscrit à des dispositions d'actions communes du Conseil de l'UE. Par exemple, l'article 1 de l'accord du 11 décembre 2002 précité renvoie à l'action commune 2002/210/PESC du Conseil du 11 mars 2002 relative à la Mission de police de l'Union européenne (*JO L 70 du 13.3.2002, p.1-6*) ; ou encore l'article 1, paragraphe

part, dans le pays d'accueil, le régime juridique applicable au personnel mis à disposition par la Suisse est le même que celui mis à disposition par les Etats membres de l'UE. Cette situation d'assimilation résulte d'une combinaison de technique de renvoi (à l'accord conclu entre l'UE et le pays hôte)[1401] et de définition englobante du personnel (soit en retenant une formule de « *personnel de la mission de l'UE* »[1402] qui ne distingue pas selon la nationalité des membres, soit en ouvrant le statut à des ressortissants « *d'Etats non membres de l'UE invités par l'UE à participer* » à la mission[1403]). Le personnel détaché par la Suisse auprès de la mission exerce alors ses fonctions « *en ayant uniquement à l'esprit l'intérêt de [la mission de l'UE]* »[1404]. D'autre part, dans la gestion quotidienne de l'opération, la Suisse a « *les mêmes droits et obligations* […] *que les États membres de l'Union européenne* »[1405] qui participent à l'opération. Cette égalité juridique se concrétise au sein du « comité des contributeurs », instance au sein de laquelle la Suisse dispose d'un droit de vote à l'égard de la façon dont les forces mises à disposition sont employées dans la conduite de l'opération[1406].

896. L'application par la Suisse des règles primaires caractérisant la coopération entre Etats membres met en évidence l'assimilation de la Suisse à un Etat membre de l'Union européenne. Le constat est encore plus net lorsque la Suisse appliquera des règles

1, de l'annexe I de l'accord du 10 août 2006 précité renvoie à l'action commune 2006/319/PESC du Conseil du 27 avril 2006 relative à l'opération militaire de l'Union européenne d'appui à la mission de l'Organisation des Nations unies en République démocratique du Congo (MONUC) pendant le processus électoral (*JO L 116 du 29.4.2006, p. 98–101*).

1401 L'accord conclu entre la Suisse et l'UE renvoie à la définition du régime juridique telle qu'elle est prévue par l'accord conclu entre l'UE et l'Etat hôte : article 2, paragraphe 1, de l'accord du 14 juillet 2004 précité, qui renvoie à l'accord du 11 décembre 2003 entre l'Union européenne et l'ancienne République yougoslave de Macédoine relatif au statut et aux activités d'EUPOL "Proxima" dans l'ancienne République yougoslave de Macédoine (*JO L 16 du 23.1.2004, p.66-73*). Le même schéma juridique caractérise l'accord du 22 décembre 2005, dont l'article 2, paragraphe 1, renvoie à l'accord sous forme d'échange de lettres du 3 octobre 2005 entre l'Union européenne et le gouvernement indonésien relatif aux tâches, au statut et aux privilèges et immunités de la mission de surveillance de l'Union européenne à Aceh (Indonésie) (mission de surveillance à Aceh — MSA) et de son personnel (*JO L 288 du 29.10.2005, p. 60-68*). Est un peu particulier le renvoi fait à un accord hypothétique dans l'accord du 22 décembre 2004. L'article 2 prévoit en effet que le statut des troupes et du personnel attribué par la Suisse à la mission Althéa en Bosnie-et-Herzégovine est soumis aux dispositions sur le statut des forces convenues entre l'Union européenne et le pays hôte, « *pour autant qu'elles existent* ». Cécile RAPOPORT souligne certaines particularités des opérations militaires sous mandat de l'ONU, note 1346.

1402 Cécile RAPOPORT, *Les partenariats entre l'Union européenne et les Etats tiers européens*, *op.cit.*, p. 434.

1403 C'est la formule retenue par l'article 1, paragraphe 2, point c) de l'accord du 11 décembre 2003 entre l'Union européenne et l'ancienne République yougoslave de Macédoine précité pour définir le « *personnel d'EUPOL Proxima* ». L'article 1, point c) de l'accord du 3 octobre 2005 entre l'Union européenne et le gouvernement indonésien définit le personnel de la mission de surveillance à Aceh (MSA) en désignant, à côté du personnel détaché par les États membres de l'Union européenne, « *les autres Etats européens* ».

1404 Voir par exemple l'article 1, paragraphe 4, de l'accord du 4 juillet 2014 concernant la participation de la Suisse à la mission de l'Union européenne d'assistance aux frontières en Libye (EUBAM Libye).

1405 Article 4, paragraphe 6, de l'accord du 4 juillet 2014 précité.

1406 Cécile RAPOPORT, *Les partenariats entre l'Union européenne et les Etats tiers européens*, *op.cit.*, p. 436.

secondaires du droit de l'Union dont le lien avec l'ordre juridique est encore plus fort ; toutefois et justement en raison du lien particulier des règles secondaires avec l'ordre juridique, cette situation est moins caractérisée.

2) *L'application ponctuelle de règles secondaires propres à l'UE*

897. L'assimilation de la Suisse à un Etat membre est sur ce point beaucoup plus limitée, parce qu'elle met largement en cause l'autonomie de la Suisse mais surtout celle de l'Union européenne. Du point de vue de la Suisse, elle peut difficilement accepter de se soumettre à la compétence de la Cour de justice, instance juridictionnelle fondamentale d'un ordre juridique auquel elle ne fait, malgré tout, pas partie. La Suisse n'a pas choisi de s'intégrer pleinement à ce « *nouvel ordre juridique de droit international au profit duquel les Etats ont limité, bien que dans des domaines restreints, leurs droits souverains et dont les sujets sont non seulement les Etats membres, mais également leurs ressortissants* »[1407]. Du point de vue de l'Union européenne surtout, le développement de l'assimilation de la Suisse à un Etat membre de l'Union européenne par des accords Suisse-UE ne peut masquer le fait que la Suisse n'ayant pas ratifié les traités fondatifs de l'Union européenne, elle n'est pas un Etat membre. Certes, les contours du statut d'Etat membres peuvent être émaillés par l'extension de règles matérielles de l'Union européenne à des Etats tiers d'un côté[1408], et par la différenciation qui peut exister entre les Etats membres de l'autre côté. Mais il y a un « irréductible » statut propre aux Etats membres, un noyau dur au sein duquel l'inclusion d'Etats tiers porterait atteinte aux fondements mêmes de l'autonomie de l'ordre juridique de l'Union européenne. Or, cet « espace réservé » est sans doute constitué de règles secondaires relatives notamment à la production du droit. Comme l'explique Cécile RAPOPORT, la participation des Etats tiers au processus de décision communautaire « *ne saurait modifier les schémas procéduraux de la prise de décision communautaire institués par le traité [CE]* »[1409], parce que ces schémas constituent « *l'incarnation structurelle* » de cet ordre juridique autonome de l'Union européenne.

[1407] CJCE, 5 février 1963, Van Gend en Loos, aff. 26/62, *Rec*. 1963, p.23.

[1408] Voir, *supra*, pour la Suisse, l'application des règles primaires de l'Union européenen.

[1409] Cécile RAPOPORT, « La participation des Etats tiers à la prise de décision communautaire », in M. BLANQUET (dir.), *La prise de décision dans le système de l'Union européenne*, Bruxelles, Bruylant, 2011, pp. 275-313, spéc. p.277.

898. Mais à l'inverse, la question des règles secondaires de l'Union européenne ne peut être totalement ignorée dans la relation Suisse-UE. Des règles secondaires propres à la relation Suisse-UE peuvent être trouvées : des comités mixtes Suisse-UE sont compétents pour le développement des règles primaires[1410] ; de nouvelles règles secondaires pourraient également aboutir à ce que la Suisse se soumette à un mécanisme de surveillance indépendant[1411]. Mais l'importance quantitative et qualitative des règles primaires de l'Union européenne appliquées par la Suisse pose aussi la question de l'application de règles secondaires de l'Union européenne. Cette dernière se montre en particulier intéressée à ce que le contrôle du respect par les Etats membres des règles primaires soit étendu à la Suisse. Quant à la Suisse, Etat tiers appliquant de larges pans du droit de l'Union européenne, elle devient un « tiers intéressé » à la prise de décision du droit de l'Union européenne.

899. L'équilibre trouvé entre ces exigences contradictoires se réalise par une assimilation limitée de la Suisse à un Etat membre par l'intégration de la Suisse dans le cadre de contrôle (a) et d'élaboration (b) du droit de l'Union européenne.

a) L'intégration dans le cadre du contrôle des institutions de l'UE

900. Les institutions de l'Union européenne sont d'abord compétentes pour assurer le contrôle de l'application des règles de concurrence auxquelles a consenti la Suisse dans l'accord sur le transport aérien[1412]. Ce contrôle est limité matériellement aux règles applicables aux entreprises, excluant ainsi le contrôle des aides d'Etat. Sa portée est par ailleurs limitée par la compétence préexistante des institutions de l'Union européenne en vertu des théories de l'application extraterritoriale du droit de la concurrence. Toutefois, ce contrôle des institutions de l'Union européenne est fréquemment mis en exergue dans la présentation des relations Suisse-UE, puisqu'il signifie la soumission de la Suisse à des règles secondaires de l'ordre juridique de l'Union européenne. Un tel contrôle est ainsi mis en perspective avec la portée intégrative de cet accord. Il est théoriquement important puisqu'il appuie l'intégration de la Suisse non seulement dans le marché intérieur de

---

[1410] Voir, *supra*, partie 1, titre 2, chapitre 2, section 2. Voir également, *infra*, titre 2, chapitre 1.

[1411] Voir, *infra*, chapitre 2, section 2, les négociations sur les questions institutionnelles.

[1412] Voir, *supra*, partie 1, titre 2, chapitre 2, section 1, §2.

l'aviation civile de l'Union européenne, mais également dans le cadre structurel qui régit la mise en place de ce marché. Or, les conditions d'extension des règles secondaires de l'Union européenne ne sont pas claires, et ces incertitudes se rajouteront aux ambiguïtés théoriques de l'assimilation de la Suisse à un Etat membre. Les conditions de l'accord Suisse-UE et des traités de l'Union régissant la compétence de la Cour de justice de l'Union européenne, ainsi que l'assimilation de la Suisse à un Etat membre posée dans cet accord sur le transport aérien (et étendue par les autres accords), poseront en effet de délicates difficultés quant au statut contentieux de la Suisse devant la Cour de justice[1413].

901. Les institutions de l'Union européenne sont également compétentes pour contrôler le respect de certaines règles posées par des accords de coopération. L'extension de la compétence des institutions de l'Union européenne résulte ici de l'ouverture des programmes de l'Union à la Suisse, et plus précisément de l'extension de la préférence communautaire aux ressortissants suisses en ce qui concerne la candidature à des projets financés par l'Union européenne[1414]. Les accords MEDIA permettent notamment aux institutions de l'Union européenne d'effectuer des audits et des contrôles sur le territoire suisse, ainsi que d'imposer des sanctions administratives aux bénéficiaires, conformément à des règlements de l'Union européenne[1415]. Même si les autorités compétentes suisses sont associées aux procédures de contrôle financier et d'audit, la Commission européenne relève que « *la Suisse se conformera aux dispositions communautaires, y compris les contrôles effectués par les organismes communautaires* »[1416]. La Suisse a également reconnu que les décisions de la Commission européenne prises au titre du programme MEDIA, qui imposent une obligation pécuniaire à charge de personnes autres que les États, « *forment titre exécutoire en Suisse* »[1417] : la Suisse appose la formule exécutoire « *sans autre contrôle que*

1413 Voir, *infra*, section 2.

1414 Ceci explique que l'accord de coopération en matière statistiques, qui ne permet pas aux entités établies en Suisse de bénéficier d'une contribution financière versée par Eurostat, ne contient pas de dispositions relatives au contrôle financier des institutions de l'Union européenne.

1415 Annexe IV de l'accord MEDIA de 2004 et annexe III de l'accord MEDIA de 2007.

1416 Proposition de décision du Conseil du 6 octobre 2004 relative à la conclusion d'un accord entre la Communauté européenne et la Confédération suisse dans le domaine de l'audiovisuel, établissant les termes et conditions pour la participation de la Confédération suisse aux programmes communautaires MEDIA Plus et MEDIA Formation, ainsi que d'un acte final, COM (2004) 646 final, *JO C 321 du 28.12.2004, p.13*.

1417 Article 7 lu en combinaison avec l'article 7, alinéa 1, de l'annexe IV de l'accord MEDIA de 2004. Et article 7 lu en combinaison avec l'article 7, alinéa 1, de l'annexe III de l'accord MEDIA de 2007.

celui de la vérification de l'authenticité du titre »[1418]. Les accords prévoient que le contrôle de légalité de ces décisions de la Commission formant titre exécutoire en Suisse est exercé que par la Cour de justice, ce qui assure le caractère communautaire de l'acte en cause, sans que ne soit précisé si la Suisse peut saisir la Cour pour demander l'annulation d'une décision de recouvrement prise par la Commission et opérée sur son territoire. La question se pose d'autant plus que la Suisse est intéressée aux conditions d'utilisation des subsides versés dans le cadre des programmes MEDIA auxquels elle contribue financièrement[1419].

902. Enfin, l'intégration de la Suisse dans le cadre de contrôle de la Cour de justice se réalise par la possibilité pour cet Etat d'intervenir au cours d'une affaire devant la Cour de justice. Certains accords ouvrent à la Suisse « *le droit* » de présenter des mémoires ou observations écrites justice lorsqu'une juridiction d'un État membre saisit la Cour de justice d'une question préjudicielle concernant l'interprétation d'une disposition de l'accord fondée sur le droit de l'Union européenne. Cette faculté est pour le moment limitée à certains domaines spécifiques, notamment ceux de l'acquis Schengen et Dublin[1420] dans lesquels un haut degré d'homogénéité est recherché. Cette faculté pourrait cependant être élargie au terme des négociations sur les questions institutionnelles[1421].

b) L'intégration dans le cadre d'élaboration du droit de l'UE

903. La participation de la Suisse à la prise de décision de l'Union européenne, au développement du droit de l'Union européenne, est également un aménagement résultant de la situation de Suisse, qui applique de vastes pans du droit de l'Union européenne. La

---

1418 *Ibid.*

1419 Un budget de 513 millions d'euros a été affecté aux programmes MEDIA-Formation et MEDIA Plus (cette somme comprend l'extension réalisée par les décisions 845/2004/CE et 846/2004/CE précitées). En vertu de l'accord de 2004, la Suisse a rajouté une enveloppe de 4,2 millions d'euros pour chacune des années 2005 et 2006. Quant au programme MEDIA 2007, il bénéficie d'un financement de l'Union de 755 millions d'euros pour la période 2007 à 2013 ; le total des contributions annuelles de la Suisse entre 2007 et 2013 s'élève à environ 41 millions d'euros.

1420 Voir par exemple, l'article 5, paragraphe 2, de l'accord entre la Confédération suisse et la Communauté européenne relatif aux critères et aux mécanismes permettant de déterminer l'Etat responsable de l'examen d'une demande d'asile introduite dans un Etat membre ou en Suisse (*RO 2008 515 / JO L 53 du 27.2.2008, p.5-17*). En pratique, la Suisse est intervenue à plusieurs reprises dans ce domaine de l'acquis Dublin. On soulignera par ailleurs que cette faculté se retrouve aussi dans le cadre plus large des relations entre l'Union européenne et les Etats de l'AELE, notamment à l'article 2 de la Convention de Lugano (Convention du 30 octobre 2007 entre la Communauté européenne, le Danemark, l'Islande, la Norvège, la Suisse, concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale, *RO 2010 5609 / JO L 147 du 10.06.2009, p. 5-43*). Sur ce fondement, la Suisse est par exemple intervenue le 30 octobre 2014 dans l'affaire C-536/13.

1421 Voir, *infra*, chapitre 2, section 2.

justification de la participation de la Suisse est cependant inégale, et explique la modulation de la participation de la Suisse à la prise de décision au sein de l'Union.

904. Une telle participation est clairement nécessaire au fonctionnement de l'espace commun de liberté, sécurité, justice (ELSJ), dans lequel les accords d'association à Schengen et Dublin intègrent la Suisse. A cet égard, Cécile RAPOPORT relève que l'objet de ces accords, qui interviennent dans « *un domaine d'action de l'Union qui touche aux activités régaliennes des Etats* »[1422], impose une exigence d'homogénéité. Et c'est afin de permettre à la Suisse de respecter cette exigence, en particulier l'application simultanée des nouveaux développements de l'acquis, que les accords prévoient, « en amont » du nouvel acquis, d'associer la Suisse à l'élaboration de ces nouveaux développements. En retour, cette participation alimente le caractère intégratif de ces accords, au terme desquels la Suisse et les Etats membres de l'Union partagent « *un espace juridique intégré* »[1423].

905. L'analyse est plus délicate en ce qui concerne le marché intérieur et les politiques horizontales et d'appui de l'Union européenne. La Suisse et les Etats membres ne partagent *a priori* pas un espace juridique intégré de nature économique, comparable à l'Espace économique européen (EEE) et l'union douanière euro-turque. Dans ces deux derniers cas, « *c'est le degré d'intégration recherché entre l'Union européenne et l'Etat tiers qui justifie une implication de ce dernier dans la prise de décision* »[1424]. Or dans la relation Suisse-UE, seul l'accord sur le transport aérien affiche un tel caractère d'intégration partielle[1425] susceptible d'expliquer la participation de la Suisse à la prise de décision dans ce domaine ; et encore cet accord n'affiche pas explicitement un objectif d'intégration[1426]. Pour autant, les autres accords, sans afficher un objectif d'intégration proprement dit, ont une structure qui permet la participation sélective de la Suisse à l'espace du marché intérieur et ses politiques horizontales et d'appui[1427]. La participation de la Suisse à la

---

1422 Cécile RAPOPORT, « La participation des Etats tiers à la prise de décision communautaire », in M. BLANQUET (dir.), *La prise de décision dans le système de l'Union européenne*, Bruxelles, Bruylant, 2011, pp. 275-313, spéc. p.285.

1423 *Ibid.*, spéc. p. 279.

1424 *Ibid.*, spéc. p. 280.

1425 Voir, *supra*, partie 1, titre 2, chapitre 2 et chapitre 3, section 1, §2, A, 1.

1426 Voir, *supra*, A), 1.

1427 L'accord sur la libre circulation des personnes prévoit en outre des garanties de l'homogénéité du droit appliqué entre la Suisse et les Etats membres : voir, *supra*, partie 1, titre 2, chapitre 2, sections 2 et 3.

prise de décision se justifie ainsi par sinon l'intégration, du moins l'insertion de la Suisse dans l'espace économique de l'Union européenne.

906. Compte tenu de cette différence de « pression » de l'homogénéité requise par les accords Suisse-UE, la participation de la Suisse varie et est plus importante dans les domaines de l'acquis Schengen et Dublin. Ces accords prévoient, à l'instar de l'EEE[1428], que la Commission consulte d'une manière informelle les experts suisses « *de la même façon qu'elle consulte les experts des États membres* » pour l'élaboration de ses propositions de nouvelles dispositions législatives dans les domaines couverts par l'acquis Schengen et l'acquis Dublin[1429]. Cette consultation est complétée par le *droit*, reconnu aux représentants du gouvernement suisse, de formuler des suggestions relatives au développement de l'acquis Schengen ou Dublin[1430]. Dans les autres accords Suisse-UE, la participation de la Suisse est plus ponctuelle. Ainsi, c'est en vertu d'une déclaration finale annexée aux accords bilatéraux de 1999, que les représentants de la Suisse participent en qualité d'observateurs et pour les points qui les concernent aux réunions de certains comités et groupe d'experts dans les domaines de la recherche, du transport aérien, de la sécurité sociale et de la reconnaissance des diplômes[1431]. La Suisse n'a alors pas de droit de vote dans ces comités, qui en outre, se réunissent sans la présence des représentants de la Suisse lors des votes. Enfin, la Suisse est parfois associée aux procédures de comitologie qui entourent l'adoption par la Commission européenne des mesures d'exécution du droit de l'UE couvert par les accords Suisse-UE. La Commission assure aux experts suisses une *participation aussi large que possible, selon les domaines* concernés, à la préparation des projets de mesures à soumettre ultérieurement aux comités qui assistent la Commission dans l'exercice de ses pouvoirs exécutifs[1432]. Ainsi, lors de l'élaboration de mesures, la Commission consulte les experts suisses *au même titre que les experts des États membres*.

907. En conclusion, les actes qui régissent la relation Suisse-UE, en particulier les accords Suisse-UE, contribuent à assimiler la Suisse à un Etat membre de l'Union.

1428 Article 99, paragraphe 1, de l'accord EEE.

1429 Voir, par exemple, l'article 2, paragraphe 1, de l'accord d'association à Dublin précité.

1430 Article 2, paragraphe 5, de l'accord d'association à Dublin précité.

1431 Déclaration relative à la participation de la Suisse aux Comités, *JO L 114 du 30.4.2002, p.72.*

1432 Pour les accords bilatéraux I, cette participation prévue dans la déclaration précitée, résulte d'un renvoi à l'article 100 de l'accord EEE. Pour les accords d'association à Schengen et Dublin, elle est directement prévue, et ce, dans le corps de l'accord.

La coopération qui s'instaure entre la Suisse et l'Union européenne s'établit par une assimilation de la Suisse à l'Union européenne laquelle est plus ou moins poussée selon l'objectif de l'accord, les techniques employées afin de faire coïncider le droit applicable à la Suisse sur le droit des Etats membres, et de l'importance quantitative et qualitative des règles de droit utilisées. L'assimilation de la Suisse à un Etat membre s'est ainsi déployée dans le champ du marché intérieur, des politiques spécifiques de l'Union européenne, de l'ELSJ et de la PESC ; elle s'est même manifestée, de façon plus restreinte, à l'égard de certaines règles secondaires de l'ordre juridique de l'Union européenne. L'application large de règles primaires de l'Union européenne a en effet justifié l'application par la Suisse de certaines règles secondaires, qu'il s'agisse des règles relatives au contrôle par les institutions de l'Union européenne, ou de règles relatives au développement du droit de l'Union européenne. Toutefois, la participation de la Suisse au développement du droit de l'Union européenne est particulière car elle ne répond pas directement ou explicitement à un objectif d'intégration même partielle de la Suisse dans le marché intérieur de l'Union européenne. Apparaît ainsi l'une des ambiguïtés de l'assimilation de la Suisse à un Etat membre, qui explique pourquoi cette assimilation constitue également un vecteur d'instabilité de l'équilibre objectivisme et subjectivisme établi par les accords Suisse-UE.

*

* *

Section 2. L'assimilation de la Suisse à un Etat membre, ferment d'une instabilité

908. On a vu que l'assimilation de la Suisse à un Etat membre permet d'établir la coopération entre la Suisse et les Etats membres en réalisant un équilibre entre l'élément subjectif de la volonté de la Suisse de ne pas être membre et les éléments objectifs et subjectifs suscitant une coopération la plus étroite possible. Cet équilibre apparaît cependant délicat à maintenir.

909. Cette difficulté de maintenir l'équilibre entre l'objectivisme et le subjectivisme concilié dans l'assimilation de la Suisse à un Etat membre explique que celle-ci constitue le ferment d'une instabilité de cet équilibre. L'assimilation de la Suisse à un Etat membre constitue un phénomène constructif de la relation entre la Suisse et l'Union européenne mais sans principe directeur. Plus précisément, elle conduit à une construction généralisée de la relation autour du référentiel de l'Etat membre alors même que cette direction est en tant qu'aboutissement, rejetée par la Suisse. L'assimilation de la Suisse est alors plus qu'une réponse à des exigences contradictoires : elle est une réponse ambigüe, caractéristique qui lui confère un potentiel déstabilisateur de l'équilibre établi par les accords. En effet, l'assimilation de la Suisse à un Etat membre tend à la fois à progresser et à mettre en place les bases d'une construction autour de l'Union européenne et du statut d'Etat membre. La relation Suisse-UE tend alors à se pérenniser autour du référentiel de l'Etat membre, dont l'obtention complète est pourtant évitée (§1). La progression de l'assimilation exacerbe ainsi des contradictions, qui compliquent la détermination de la portée des dispositions assimilant la Suisse à un Etat membre. On comprend ainsi les difficultés auxquelles sont confrontés les juges de la Suisse et de l'Union européenne. Chargés de maintenir l'équilibre établi par les accords, les juges ne disposent pas d'éléments univoques pour interpréter les dispositions des accords Suisse-UE (§2).

§1 – L'ambiguïté de l'utilisation de l'assimilation dans la relation Suisse-UE

910. L'assimilation de la Suisse à un Etat membre apparaît foncièrement ambigüe[1433] car elle contribue à construire durablement une relation dans un sens déterminé, celui de l'intégration entre Etats membres de l'Union européenne, sans pour autant que cette direction ne constitue un principe directeur de la relation (A). La distinction entre l'Etat membre et l'Etat tiers qui est repoussée par le jeu de l'assimilation de la Suisse à un Etat membre est alors progressivement altérée (B).

A) Un phénomène constructif sans principe directeur

911. L'assimilation de la Suisse à un Etat membre dans plusieurs domaines de la construction de l'Union européenne met en place une relation sur le modèle de l'intégration établie entre les Etats de l'Union européenne alors même que ce référentiel ne constitue pas en tant que tel un objectif. Le pragmatisme caractérisant la relation Suisse-UE a ainsi conduit à mettre en place une construction sur le référentiel de l'intégration entre Etats membres (1) sans que cette construction n'ait un principe directeur comparable à l'intégration européenne (2).

1) Le constructivisme sur le référentiel de l'intégration des Etats membres

912. L'assimilation de la Suisse à un Etat membre se construit par touches successives. Or tous ces lieux d'assimilation forment une image d'ensemble assez surprenante.

913. On sait que la Suisse est largement intégrée à l'espace de liberté, de sécurité et de justice (ELSJ) par sa participation à la coopération Schengen et Dublin, qui constituent un lieu important de l'intégration européenne. Cette participation vaut même pour les volets externes de l'ELSJ, puisque la Suisse participe à l'agence Frontex. Elle s'étend également à

1433 Cette ambiguïté peut qualifier plus largement la relation Suisse-UE et contribue dans une certaine mesure à « *la clé du succès de la voie bilatérale* » : Francesco MAIANI, « La Suisse et l'Union européenne en quête de la quadrature du cercle », *Affaires publiques* 2012, n°4, pp. 12-13, spéc. p.13. De même, Olivier MACH considère-t-il que le rapport de la Suisse avec l'Union européenne est « *caractérisé par une certaine ambiguïté* » : Olivier MACH, « La place des Accords bilatéraux II dans l'ordre juridique suisse », in C. KADDOUS, M. JAMETTI GREINER (dir.), *Accords bilatéraux II Suisse-UE et autres accords récents*, Bruxelles, Bruylant, 2006, pp. 169-192, spéc. p.176.

certaines opérations de la politique étrangère et de sécurité commune (PESC) de l'Union européenne. En outre, on ne s'attend pas à voir la Suisse intégrée au marché intérieur puisqu'elle n'est pas dans une perspective d'adhésion à l'Union européenne, et a refusé de participer à l'Espace économique européen. Or, les accords Suisse-UE assimilent la Suisse à un Etat membre dans l'application de nombreuses règles de libéralisation. Par exemple, la Suisse participe largement à la zone de libre-échange[1434] établie entre les Etats de l'Union européenne[1435]. Sans être intégrée à l'union douanière, elle en est aux confins : la Suisse met en œuvre une partie des formalités douanières accomplies à l'entrée du territoire européen. Son intégration partielle met en jeu des règles de l'union douanière, comme l'illustrent les préoccupations de la commission du Parlement européen à l'égard de l'ATA : celui-ci souligne « *les répercussions négatives pour la concurrence que crée le maintien par la Suisse de ses ventes hors taxes pour les destinations vers l'Union européenne et à adhérer avec force au principe de l'abolition de ces conditions, même si ces ventes sont considérées comme relevant de l'union douanière de l'Union européenne et se situent donc hors du champ de l'accord proposé* »[1436]. Les accords Suisse-UE reprennent également celles des règles destinées à mettre en place entre les Etats membres une union économique[1437]. La Suisse applique de nombreuses règles de l'Union européenne en matière de libre circulation des marchandises et de libre circulation des personnes, et participe au fonctionnement de politiques en matière de transport.

[1434] Une zone de libre-échange peut être définie comme « *un groupe de deux ou plusieurs territoires douaniers entre lesquels les droits de douane et les autres réglementations commerciales restrictives… sont éliminés pour l'essentiel des échanges commerciaux portant sur les produits originaires des territoires constitutifs de la zone de libre-échange* ».

[1435] On peut considérer que c'est l'accord de libre-échange de 1972 qui crée une telle zone (v. en ce sens Message du Conseil fédéral du 16 août 1972, relatif à l'approbation des Accords entre la Suisse et les Communautés européennes, *FF 1972, vol.II, n°41, pp.645-989*, spéc. p.646 ; Friedl WEISS, « The Functioning of The Free Trade Agreements », in O. JACOT-GUILLARMOD (dir.), *L'avenir du libre-échange en Europe : vers un Espace économique européen ?*, Zürich, Schulthesse, 1990, pp.61-78, spéc. p. 63 ; Pierre PESCATORE, « Synthèse et note documentaire », in O. JACOT-GUILLARMOD (dir.), *L'avenir du libre-échange en Europe : vers un Espace économique européen ?*, Zürich, Schulthess, 1990, pp.475-494, spéc. p. 477). Toutefois, il n'est pas certain que « l'essentiel » des échanges ait été couvert, compte tenu de l'exclusion des produits agricoles (Voir la remarque soulevée par Pierre PESCATORE, « Synthèse et note documentaire », précité, spéc. p. 480, qui s'interroge notamment sur l'incidence de cette exclusion à l'égard de la clause de la nation la plus favorisée posée par le GATT).

[1436] Pt 2 des conclusions, avis du 26 janvier 2000 de la commission de la politique régionale, des transports et du tourisme, du Parlement européen, joint à la recommandation du 19 avril 2000 de la commission de l'industrie, du commerce extérieur, de la recherche et de l'énergie du Parlement européen, *A5-0118/2000*.

[1437] Pierre PESCATORE définit l'union économique comme une « *union douanière complétée à son tour par d'autres éléments d'unification, portant tant sur les produits économiques (services transferts financiers) que sur les facteurs de production (investissement, établissement)* » : Pierre PESCATORE, « Synthèse et note documentaire », précité, spéc. p. 487.

914. La doctrine constate ainsi cette construction large sur le référentiel de l'Etat membre de l'Union européenne. Hélène HOTELLIER parle d' « *intégration sans adhésion* »[1438] ; Blaise KNAPP relève que la mise en œuvre des accords bilatéraux conduit à une « *intégration douce* »[1439] ; Christine KADDOUS considère que les accords bilatéraux de 1999 et 2004 constituent « *un approfondissement de la politique suisse d'intégration européenne* »[1440] ; Sanoussi BILAL considère que « *ces accords lui ouvrent les portes de l'UE* »[1441] ; René SCHWOK relevait dès les accords bilatéraux I que ceux-ci représentaient « *une variante originale parmi les multiples "catégories" de l'intégration qui se sont fait jour au travers des relations extérieures de la Communauté* »[1442] ; de même, Laurent GOETSCHEL explique : « *the "new bilateralism" not only touches on a purely passive concept of cooperation aiming at removing trade barriers but also contains elements of active or positive integration that form joint policies and, if possible, taking over EC law as well* »[1443]. Clive CHURCH souligne également que : « *Switzerland is surprisingly deeply integrated in "Europe"* »[1444]. De manière imagée, Jean RUSSOTTO explique que dans cette maison Union européenne, la Suisse est « *colocataire* »[1445]. Certains auteurs considèrent même que la Suisse « *est devenue, du moins dans le secteur économique,* de facto *membre de l'Union européenne* »[1446].

915. Sans aller jusque là, le Conseil de l'Union européenne souligne cependant le « *haut niveau d'intégration de la Suisse dans l'UE* »[1447]. Les institutions de l'Union européenne ont en effet souligné que la Suisse participe à « *des pans du marché intérieur et des politiques de*

1438 Hélène HOTELLIER, « Les accords bilatéraux Suisse-Union européenne. La troisième voie : une intégration sans adhésion », in M. DUMOULIN, G. DUCHENNE (dir.), *Les petits Etats et la construction européenne*, actes de la VIIe Chaire Glaverbel, Bruxelles, PIE-Peter Lang, 2002, pp. 237-263.

1439 Blaise KNAPP, « La Suisse et l'Union européenne, une intégration douce », in *Au carrefour des droits. Mélanges en l'honneur de Louis DUBOUIS*, Paris, Dalloz, 2002, pp. 387-405.

1440 Christine KADDOUS, « L'Accord CH-UE sur la libre circulation des personnes et l'ordre juridique suisse », in F. BREUSS, T. COTTIER, P.-C. MÜLLER-GRAFF (dir.), *Die Schweiz im europäischen Integrationsprozess*, Bâle, Helbing Lichtenhahn, 2008, pp. 153–168, spéc. p. 153.

1441 Sanoussi BILAL, « L'intégration de la Suisse dans l'Europe : Les accords bilatéraux comme première étape ? », *Eipascope 99/3*, pp.19-22, spéc. p.21.

1442 René SCHWOK, « Les accords sectoriels Union européenne-Suisse : une nouvelle forme de flexibilité dans la dimension extérieure de l'UE », *R.M.C.U.E.*, n°432, oct. 1999, pp. 613-619, spéc. p.618.

1443 Laurent GOETSCHEL, « Switzerland and European Integration : Change Through Distance », *E.F.A.R.*, 2003, vol. 8, n°3, pp. 313-330, spéc. p.325.

1444 Clive H. CHURCH, « Introduction », in Clive H. CHURCH (dir.), *Switzerland and the European Union: a close, contradictory and misunderstood relationship*, London, Routledge, 2007, 263 p., pp.1-14, spéc. p.1.

1445 Jean RUSSOTTO, « La longue Marche », *Europolitique*, Supplément au n°4409, 20 avril 2012, p.27.

1446 Andreas R. ZIEGLER, « L'avenir des accords de l'Union européenne avec ses pays voisins : l'exemple de la Suisse », in C. PHILIP (dir.), *Réalisations et défis de l'Union européenne : droit, politique, économie. Mélanges en hommage à Panayotis SOLDATOS*, Bruxelles, Bruylant, 2012, pp.583-594, spéc. p. 593.

1447 Conclusions du Conseil de l'UE sur les relations de l'UE avec les pays de l'AELE, 20 décembre 2012, pt 31.

l'UE »[1448], au point de constater « *un haut degré d'intégration de ce pays au marché intérieur* »[1449]. Or il s'agit là d'un « *statut qui n'est normalement accordé qu'aux membres de l'EEE* »[1450], c'est-à-dire aux Etats membres de l'Union européenne et aux Etats de l'AELE ayant intégré le marché intérieur grâce à l'accord EEE.

916. L'assimilation de la Suisse à un Etat membre, utilisée de manière ponctuelle et sectorielle par les accords Suisse-UE, révèle pourtant la présence de la Suisse dans d'importants champs de la construction européenne. Apparaît alors un décalage ambigu entre la construction qui se met en place et l'absence de principe directeur et structurel clair.

2) *L'absence de principe structurel*

917. Il ne s'agit pas ici d'établir une comparaison de la relation Suisse-UE par rapport à celle qu'entretient l'Union européenne avec d'autres Etats tiers[1451], laquelle dépend du domaine concerné, et dépasse largement nos compétences. On peut cependant relever que d'une part, l'Union européenne a établi avec la Suisse une relation plus étroite qu'avec la plupart des autres Etats, et que l'on ne retrouve de manière comparable qu'avec les Etats de l'AELE membres de l'EEE, ainsi que la Turquie. Or, d'autre part, à l'inverse de la relation de l'Union européenne avec ces Etats, laquelle s'inscrit dans un cadre systématisé en fonction d'un objectif appréhendant l'ensemble de la relation, la relation Suisse-UE est régie par des accords bilatéraux successifs, établis dans une optique pragmatique[1452]. René SCHWOK relève ainsi que : « *all agreements between the EU and Switzerland were improvised in a very pragmatic way without any pre-established model and without any final direction* »[1453]. Tout en établissant des liens quasiment aussi étroits voire plus que ceux de la relation de l'UE avec les autres Etats de l'AELE ou avec la Turquie, les accords Suisse-UE ne mettent

---

1448 Conclusions du Conseil de l'UE sur les relations de l'UE avec les pays de l'AELE, 14 décembre 2010, pt 42.

1449 Résolution du Parlement européen du 7 septembre 2010, « EEE-Suisse: obstacles à la pleine mise en œuvre du marché intérieur », *JO C 308E du 20.10.2011, p. 18–22*, pt C.

1450 Conclusions du Conseil de l'UE du 14 décembre 2010 précitées, pt 49.

1451 Une analyse éclairante est fournie par les travaux de thèse du Professeur Cécile RAPOPORT : *Les partenariats entre l'Union européenne et les Etats tiers européens - Étude de la contribution de l'Union européenne à la structuration juridique de l'espace européen,* Bruxelles, Bruylant, 2011, 809 p.

1452 Voir, supra, partie 1, chapitre 1, section 2, la volonté de pragmatisme.

1453 René SCHWOK, « Towards a Framework Agreement in the Context of New Bilateral Agreements between Switzerland and the European Union », in F. MAIANI, R. PETROV, E. MOULIAROVA (dir.), *European Integration Without EU Membership: Models, Experiences, Perspectives - European University Institute (EUI) Working Papers* n°2009/10, pp. 125-135, spéc. p.128.

pas en œuvre un objectif global d'intégration au marché intérieur ou d'adhésion à l'Union européenne. Bien plus, les accords Suisse-UE les plus importants, ceux postérieurs à 1992, font suite au refus de la Suisse d'intégrer le marché intérieur dans le cadre de l'EEE, et s'inscrivent dans une politique européenne de la Suisse de ne pas adhérer à l'Union européenne[1454].

918. On se retrouve face à cette situation étonnante et qui est probablement vecteur de difficultés supplémentaires pour les juges. En effet, la réalité juridique, artificielle qui est rejetée, en particulier par la technique de la fiction est une construction juridique qui accorde une place centrale à la volonté de l'Etat. Or, dès lors qu'elle remplit le critère géographique d'européanité qui conditionne l'adhésion d'un Etat à l'Union europénne, et qu'on ne constate aucun rejet par les Etats membres d'une demande d'adhésion de la Suisse, force est de considérer que la Suisse est un Etat tiers parce qu'elle ne veut pas adhérer à l'Union européenne. Elle est même « *le pays du "Vieux Continent" le moins enclin à vouloir adhérer à l'Union européenne* »[1455]. Par conséquent, la Suisse ne veut pas s'inscrire dans cette construction juridique, de sorte que la fiction juridique des accords Suisse-UE consiste à considérer comme Etat membre un Etat qui ne veut pas être membre. Autrement dit, la réalité artificielle qui est rejetée par la fiction est en même temps une réalité voulue par la Suisse ! Il y a donc une certaine ambiguïté à ce que la fiction voulue par la Suisse rejette une réalité elle-aussi voulue par la Suisse.

919. Certes, cette ambiguïté peut s'absorber dans le caractère provisoire de la réalité rejetée. On peut en effet estimer que la Suisse demande à être considérée comme un Etat membre, mais en vertu d'une technique qui maintienne possible la distinction. Toutefois là encore, une difficulté apparaît : le lieu du rétablissement de la distinction entre la Suisse et l'Etat membre sera d'autant plus reculé et incertain que le champ couvert par

---

1454 Lors de la négociation des accords bilatéraux I, la Suisse affirmait que « *l'option de l'adhésion de la Suisse à la CE demeure valable* » (message du Conseil fédéral du 24 février 1993 sur le programme consécutif au rejet de l'Accord EEE, *FF 1993, vol. I, n°11, pp. 757-942*, spéc. p.768 ; cette perspective était relevée dans l'Union européenne, et est mentionnée par exemple dans la recommandation du 19 avril 2000 de la commission de l'industrie, du commerce extérieur, de la recherche et de l'énergie du Parlement européen, et les avis joints, notamment celui de la commission juridique et du marché intérieur du 21 mars 2000, A5-0118/2000). Mais alors que le Conseil fédéral relevait « *qu'il n'y aura pas de négociations d'adhésion en 1993* » (*ibid.*), cette option semble s'être éloignée au point que depuis 2006, le Conseil fédéral affirme clairement que l'adhésion n'est pas une option à court terme de la Suisse.

1455 René SCHWOK, « L'absence de solidarité suisse au "contrat social" européen, un modèle à suivre ? », *Chantiers politiques*, 2012, n°10 Le nouveau contrat européen : Accords, engagements et solidarités en question, pp. 67-75, spéc. p. 67.

l'assimilation sera important. Il s'agit là non seulement d'une question de frontière mais aussi de direction : en cas de doute sur la portée d'une disposition d'assimilation, comment l'interpréter puisque le refus d'adhérer est concilié avec une assimilation croissante ?

B) Un phénomène altérant la distinction Etat membre / Etat tiers

920. L'assimilation de la Suisse à un Etat membre réalise un équilibre entre des exigences contradictoires, d'autant plus « chargé électriquement » que les cas d'assimilation se multiplient. La technique de la fiction d'assimilation précédemment évoquée[1456] permet de comprendre ce phénomène. En effet, alors qu'en principe, la fiction constitue une technique articulant deux réalités par un jeu de subsomption (1), la généralisation de son utilisation modifie la perception de ces deux réalités, moins bien distinguées et au contraire susceptibles d'être confondues (2).

1) Le principe

921. En principe, substituant une réalité imaginée à une réalité avérée, la fiction des accords Suisse-UE renvoie dans le même temps à cette réalité avérée. En effet, et prenant l'autre versant de la fiction, Olivier CAYLA relève : « *le "comme si" de la fiction renvoie nécessairement et doublement au "comme ça" de la réalité qu'il présuppose au fond parfaitement connu* »[1457].

922. Doublement car d'une part, le « comme si » renvoie au « "*ça*" *de l'objet dont la nature certaine est négativement réaffirmée dans le moment même où elle est réfutée* »[1458]. Dans le cadre de la présente étude, cela signifie simplement que le fait d'assimiler la Suisse à un Etat membre renvoie ainsi nécessairement au fait que la Suisse n'en est pas un. La réalité avérée est donc une réalité juridique ou artificielle, et non pas naturelle[1459] : la Suisse n'a ni signé, ni ratifié les actes juridiques que sont le Traité sur l'Union européenne et le Traité

1456 Voir, *supra*, section 1, §2, B), 2.

1457 Olivier CAYLA, « Ouverture : le jeu de la fiction entre "comme si" et "comme ça" », *Droits*, n°21, 1995, pp.3-15, spéc. p. 8.

1458 *Ibid.*

1459 *Ibid.* p. 10. Ce caractère artificiel de la réalité est parfois lié à l'utilité de la fiction, comme dans les travaux de René DEKKERS, rapportés par Paul FORIERS, « Présomptions et fictions », précité, p.16.

sur le fonctionnement de l'Union européenne. Elle est donc classiquement considérée comme un Etat tiers à l'organisation créée par ces traités, l'Union européenne. Réputer que la Suisse est un Etat membre revient à rappeler qu'elle n'est pas membre.

923. D'autre part, le « comme si » de la fiction fait signe « vers le "ça" du second objet à la nature duquel le premier est apparié, ce qui a pour effet de conférer à la fiction un principe interne de limitation et de lui épargner tout danger de dérapage vers l'arbitraire »[1460]. En d'autres termes, l'établissement du « comme si » suppose un minimum de ressemblance entre l'objet bénéficiant de la fiction et celui servant de modèle à la fiction. Pour pouvoir prétendre bénéficier des qualités du second, le premier doit pouvoir objectivement et préalablement passer pour le second : « la production du faux ne saurait pour autant entraîner celle de l'invraisemblable »[1461].

924. Or il semble que la fiction ne soit pas neutre sur les deux forme réalité – l'une avérée, et l'autre imaginée – qu'elle relie.

2) *L'interférence entre les réalités d'Etat membre et d'Etat tiers*

925. De son « *mouvement de va-et-vient entre deux réalités* »[1462], apparaissent des phénomènes moins nets que ceux précédemment constatés.

926. D'une part, à l'égard de l'affirmation selon laquelle le fait d'assimiler la Suisse à un Etat membre renvoie au fait que la Suisse n'en est pas un. Dans la relation Suisse-UE, la récurrence et le champ couvert par les fictions rendent moins évidente la réalité avérée selon laquelle la Suisse n'est pas un Etat membre. Le jeu de la subsomption de la fiction[1463], qui inclut la Suisse dans la catégorie d'Etat membre, masque progressivement la situation initiale qui l'excluait. Du point de vue des catégories, et en empruntant le raisonnement de Charles VAUTROT-SCHWARZ sur la qualification, on peut s'interroger

---

1460 Olivier CAYLA, « Ouverture : le jeu de la fiction entre "comme si" et "comme ça" », précité,, spéc. p. 8.

1461 *Ibid.* p. 9. Cette condition n'est cependant pas systématiquement relevée, et certains auteurs insistent sur le décalage, sur « *ce rapport d'inadéquation entre la catégorie et l'objet à qualifier, nonobstant l'invraisemblance objective de ce rapport* » : Charles VAUTROT-SCHWARZ, *La qualification juridique en droit administratif*, Paris, LGDJ, 2010, 685 p., spéc. p. 432.

1462 Olivier CAYLA, « Ouverture : le jeu de la fiction entre "comme si" et "comme ça" », précité, spéc. p. 8.

1463 La fiction peut être définie comme la « *subsomption d'un cas sous une construction conceptuelle qui ne l'inclut pas à proprement parler* » : Hans VAIHINGER, *Die Philosophie des Als ob*, 2ème éd., Berlin, Reuter & Rieichards, 1913, p. 46, cité par Stanley S. PAULSON, « Hans Kelsen et les fictions juridiques », *Droits,* n°21, 1995, pp.65-81, spéc. p.65. Dans le même sens, Charles VAUTROT-SCHWARZ, *La qualification juridique en droit administratif*, précité, spéc. p. 431.

sur les conséquences, dans la perception de la situation de la Suisse, du fait de « mettre dans l'ombre » sur des pans entiers du droit, la qualité d'Etat tiers de la Suisse, pour la faire entrer dans la catégorie d'Etat membre.

927. Par conséquent, et d'autre part, ce n'est plus la nécessaire vraisemblance de la comparaison entre la Suisse et un Etat de l'Union européenne qui est en jeu, mais presque celle de la dissemblance. L'affirmation peut surprendre puisqu'on a vu que chaque fiction prise isolément appose une réalité (imaginée : celle d'Etat membre) sur une situation opposée (avérée : celle d'Etat tiers), et ce, ostensiblement. Loin de maintenir la différence de situation qui paraissait claire *ab initio*, le jeu de l'ensemble des fictions d'assimilation de la Suisse à un Etat membre, écarte et masque de plus en plus la réalité avérée d'Etat tiers, pour lui substituer certaines qualités de l'Etat membre. En d'autres termes, le doute naît à force de trouver la Suisse, par le jeu de la fiction, dans des champs d'activité de l'Union européenne qui, sans être réservés, n'en étaient pas moins habituellement occupés par les Etats membres. Puisque le « *produit de l'utilisation de la technique de la fiction dans l'opération de qualification est une extension ou une modification de la définition de la catégorie originelle par déformation des contours de la catégorie* »[1464], un recours large à la fiction interroge sur les contours de la catégorie d'Etat membre. Alors qu'Olivier CAYLA relevait que « *le "comme si" de la fiction, en allouant à un objet une qualité qui n'est pas la sienne, introduit du même coup une comparaison qui oblige cet objet à se conformer aux requisits de sa nouvelle et seconde nature, dont la connaissance certaine est également postulée* » ; il semble que par le jeu de l'ensemble des fictions, la Suisse bénéficie dans une telle mesure des qualités de membre, que l'on en vient à réfléchir à ce qui caractérise – encore ou vraiment – un Etat membre de l'Union européenne, à ce qui constitue le substrat essentiel de cette qualité. Sans être nécessairement propres à la relation Suisse-UE[1465], ces incertitudes sont prégnantes dans la relation Suisse-UE en raison de l'ampleur et de la progression de son assimilation à un Etat membre.

928. Essentielle par la place qu'elle occupe dans les accords Suisse-UE, tant dans son utilité que dans sa récurrence, l'assimilation de la Suisse à un Etat membre, en particulier

---

[1464] Charles VAUTROT-SCHWARZ, *La qualification juridique en droit administratif*, précité, spéc. p. 43".

[1465] On renverra notamment aux réflexions menées dans le cadre du colloque de Rennes des 21 et 22 juin 2012 sur l'Etat tiers, dont l'un des axes était « Etat membre, Etat tiers, où passe la frontière ? » : Isabelle BOSSE-PLATIERE, Cécile RAPOPORT (dir.), *L'État tiers en droit de l'Union européenne,* Bruxelles, Bruylant, 2014, 501 p.

par la technique de la fiction, est aussi intrinsèquement équivoque en raison de la volonté de la Suisse de ne pas être membre, et extrinsèquement indéterminée en raison de l'étendue de l'assimilation. Ces caractéristiques expliquent les difficultés pour le juge confronté aux accords Suisse-UE, de donner une interprétation de ces actes qui contiennent une technique juridique spécifique.

§2 – La confirmation des ambiguïtés dans les interprétations juridictionnelles

929. L'équilibre entre l'intégration et la non-adhésion établi par chacune des assimilations est difficile à maintenir dans la durée, en raison des ambigüités[1466] de ces assimilations. Ces difficultés se manifestent d'abord dans la jurisprudence du Tribunal fédéral lors de l'interprétation des dispositions du droit suisse basées sur le droit de l'Union européenne. A cet égard, Francesco MAIANI relève notamment l'incohérence de la jurisprudence du Tribunal fédéral suisse, qui ne bénéficie pas d'indications claires du législateur suisse lequel tient : « *the "double talk" of the Swiss political authorities, who practice unilateral harmonization while insisting on the rhetoric of "sovereignty"* »[1467].

930. De manière topique, les difficultés se manifestent lors de l'interprétation des accords Suisse-UE notamment l'accord sur la libre circulation des personnes, accord qui fait l'objet de la majorité des affaires, par le Tribunal fédéral suisse d'une part, et la Cour de justice de l'Union européenne d'autre part, laquelle a essentiellement dû connaître des accords Suisse-UE dans le cadre de questions préjudicielles en interprétation[1468]. Les

---

1466 L'objet des accords Suisse-UE n'est pas clairement explicité, de sorte que ses effets, qui dépendent de l'objet, sont difficiles à déterminer. Objet et effet sont, pour Jean COMBACAU, « *l'avers et le revers d'une même pièce, vue respectivement du côté des Etats qui prétendent produire un effet de droit, et du côté du système juridique qui assure le succès de cette intention* » : Jean COMBACAU, « L'écoulement du temps », in *Le droit international et le temps*, actes du XXXIVème colloque de Paris organisé par la SFDI les 25, 26 et 27 mai 2000, Paris, Pedone, 2001, pp.77-107, spéc. p.97.

1467 Francesco MAIANI, « Legal Europeanization as Legal Transformation: Some Insights from Swiss 'Outer Europe' », in F. MAIANI, R. PETROV, E. MOULIAROVA (dir.), *European Integration Without EU Membership: Models, Experiences, Perspectives - European University Institute (EUI) Working Papers* n°2009/10, pp. 111-123, spéc. p.123.

1468 D'une part, la Cour n'a rendu qu'un avis relatif à un accord signé avec la Suisse en matière de navigation intérieure projetant la création d'un Tribunal du fonds (CJCE, 26 avril 1977, *Projet d'accord relatif à l'institution d'un Fonds européen d'immobilisation de la navigation intérieure*, avis 1/76, *Rec.* 1977, p. 741). D'autre part, les arrêts de la Cour de justice sont en effet tous rendus sur renvoi préjudiciel sur le fondement de l'article 267 TFUE, à l'exception du recours en annulation formé par la Suisse dans l'affaire de l'aéroport de Zurich (voir, *infra*, B, 2). Il n'y a pour le moment pas eu de recours en manquement portés par la Commission européenne pour une mauvaise application par un Etat membre d'un accord Suisse-UE. Ces constats rejoignent ceux de Marc MARESCEAU qui souligne la rareté

contradictions contenues dans les accords, entre la portée intégrative de l'assimilation de la Suisse à un Etat membre et l'absence de perspective d'adhésion, expliquent les difficultés pour les juges de déterminer la portée exacte de telle ou telle disposition[1469]. Le Tribunal fédéral suisse et la Cour de justice de l'Union européenne partagent le constat de la situation juridique de la Suisse, en particulier l'ambivalence de l'intégration partielle sans perspective d'adhésion de la Suisse, laquelle détermine l'interprétation à retenir des dispositions des accords (A). Mais cette situation influence l'interprétation sans éclairer la solution. Les juges n'ont en effet que peu de méthodes leur permettant de déterminer avec une prévisibilité, l'interprétation à retenir de dispositions cristallisant une ambiguïté, ce qui explique dans le même temps les décalages possibles entre leurs solutions (B).

A) Le constat commun de la situation particulière de la Suisse par rapport à l'Union européenne

931. Le Tribunal fédéral et la Cour de justice relèvent les indices divergents qui définissent la situation particulière de la Suisse par rapport à l'Union européenne, laquelle détermine l'interprétation à retenir des dispositions des accords[1470]. Le fait que les accords Suisse-UE aient été conclus après le rejet de l'accord ambitieux de l'EEE et l'absence dans l'accord Suisse-UE en cause d'objectif explicite d'intégration s'opposent à voir dans les accords une perspective intégrative (1) ; tout au contraire, l'arrimage structurel sur le droit de l'Union européenne joue en la faveur d'une interprétation extensive dans une logique intégrative (2). Chargé de trancher un litige, le juge ne peut s'en tenir à ces indices contradictoires, et déterminera une interprétation qui varie selon que l'accent est mis sur les premiers ou sur les seconds.

---

des procédures en appréciation de validité d'actes au regard des accords bilatéraux conclus par l'UE, et des procédures en constatation de manquement pour violation par un Etat membre d'un tel accord (voir Marc MARESCEAU, « The Court of Justice and Bilateral Agreements », in A. ROSAS, E. LEVITS, Y. BOT (dir.), *La Cour de Justice et la construction de l'Europe : analyses et perspectives de soixante ans de jurisprudence*, La Haye, Asser Press, 2013, 727 p., pp. 693-717, spéc. p.694).

1469 Les développements suivants sont partiellement repris d'une contribution: « Le Tribunal fédéral suisse et la Cour de justice, "interprètes du droit de l'UE" : Quelles incidences dans l'intégration matérielle de la Suisse ? », in I. BOSSE-PLATIERE, C. RAPOPORT (dir.), *L'État tiers en droit de l'Union européenne,* actes du colloque organisé par la CEDECE à Rennes les 21 et 22 juin 2012, Bruxelles, Bruylant, 2014, pp. 323-345.

1470 Pour une analyse de l'influence du droit de l'Union européenne dans l'ordre juridique suisse avant l'entrée en vigueur des accords, voir Olivier JACOT-GUILLARMOD, « Traces du droit communautaire dans la jurisprudence du Tribunal fédéral suisse », in G.C. RODRIGUEZ IGLESIAS, O. DUE, R. SCHINTGEN, C. ELSEN, *Mélanges en hommage à Fernand Schockweiler,* Nomos, Baden-Baden, 1999, pp.212-232.

1) *Le contexte du rejet de l'EEE et l'absence d'objectif d'intégration dans l'accord*

932. Pour interpréter une disposition d'un accord Suisse-UE, le Tribunal fédéral suisse et la Cour de justice de l'Union européenne se réfèrent au contexte, à l'objet et au but de cet accord, suivant en cela les méthodes classiques d'interprétation des traités[1471]. Or le contexte (a) comme l'objet et le but des accords Suisse-UE (b), traduisent la faible perspective d'intégration des accords Suisse-UE.

a) Le contexte des accords Suisse-UE

933. C'est essentiellement dans le cadre de la Cour de justice que le contexte des accords Suisse-UE est considéré comme un élément qui ne joue pas en la faveur d'une interprétation intégrative de ces accords.

934. Cela pourrait être le cas, au regard des liens historiques, culturels et économiques étroits entre la Suisse et l'Union européenne qui ont conduit à l'établissement des accords Suisse-UE. Mais de tels liens, rarement mentionnés, ont pu être relevés pour souligner le décalage qui existe entre ces liens et les liens conventionnels. Ainsi, dans une affaire – par la suite radiée –, l'Avocat général COLOMER soulignait : « *En dépit des liens historiques, culturels et économiques étroits entre la Communauté européenne et la Confédération suisse, ce n'est qu'après la conclusion de l'accord de libre échange de 1972 qu'une timide alliance s'est ébauchée, alliance qui s'est quelque peu renforcée avec les accords de collaboration scientifique et de transit alpin* »[1472].

935. Le principal élément de contexte, celui qui est fréquemment pris en compte et qui incite à ne pas adopter une interprétation extensive, c'est indéniablement le rejet par la Suisse en 1992, de l'accord établissant l'Espace économique européen. Lors de l'interprétation de l'accord sur la libre circulation des personnes, la Cour de justice relève

---

[1471] Sur l'applicabilité de ces principes, voir, *supra*, partie 1, titre 2, chapitre 2, section 3. Pour un exemple d'application, voir l'arrêt arrêt de principe du 19 décembre 2003 par lequel le Tribunal fédéral suisse considère que : « *Confronté à un problème d'interprétation, le juge suisse* […] *doit le résoudre seul, en se conformant aux règles d'interprétation habituelles déduites de la Convention de Vienne du 23 mai 1969 sur le droit des traités* » (ATF 130 II 113 du 19 décembre 2003, *Office fédéral de l'immigration, de l'intégration et de l'émigration contre X. et Service de la population et des migrants*, pt.6.2). De même, la Cour de justice de l'Union européenne se réfère à l'article 31 de la Convention de Vienne du 23 mai 1969 sur le droit des traités, pour en conclure que l'accord Suisse-UE doit être interprété « *de bonne foi suivant le sens ordinaire à attribuer aux termes du traité dans leur contexte et à la lumière de son objet et de son but* » (CJUE, 15 juillet 2010, *Hengartner et Gasser*, aff. C-70/09, *Rec.* 2010 p. I-07233, pt 36).

[1472] Dámaso RUIZ-JARABO COLOMER, Conclusions sur CJCE Ord., 4 août 2006, Zentralbetriebsrat der Landeskrankenhäuser Tirols c. Land Tirol, aff. C-339/05, *Rec.* 2006, p. I-07097 (aff. radiée), pt 4.

que cet accord « *s'inscrit dans le cadre d'une série de sept accords sectoriels* »[1473] (les accords bilatéraux I de 1999), lesquels ont été négociés « *postérieurement au rejet par la Confédération suisse, le 6 décembre 1992, de l'accord sur l'Espace économique européen* »[1474]. La Cour de justice en déduit que la Suisse, « *par son refus, n'a pas souscrit au projet d'un ensemble économique intégré* »[1475]. En d'autres termes, « *l'analyse du contexte politique de la signature de l'accord CE-Suisse révèle que les accords bilatéraux n'ont pas pour objectif de créer un marché intérieur* »[1476]. De même, dans l'affaire dite « de l'aéroport de Zurich », la Cour de justice s'est également basée sur le « *contexte particulier de l'accord CE-Suisse* »[1477] sur le transport aérien, lequel souligne l'absence de perspective d'intégration de la Suisse[1478]. Le rejet par la Suisse de l'accord EEE constitue donc un élément déterminant l'interprétation de la Cour de justice, l'Avocat général Niilo JÄÄSKINEN soulignant l'absence de « *perspective* […] *d'adhésion ultérieure à l'Union* »[1479].

936. Si le Tribunal fédéral suisse considère que les accords Suisse-UE doivent être interprétés en fonction de leur contexte, en revanche, il ne précise pas la teneur de ce contexte. En particulier, il ne se réfère pas au rejet par la Suisse de l'EEE comme élément de contexte à prendre en compte lors de l'interprétation des accords Suisse-UE postérieurs. Cette remarque explique peut-être que le Tribunal fédéral suisse ait davantage tendance que la Cour de justice à conférer une portée extensive aux accords Suisse-UE, même s'il souligne parfois le caractère limité de l'objet des accords Suisse-UE.

1473 CJCE, 12 novembre 2009, *Grimme*, aff. C-351/08, *Rec. 2009*, p. I-10777, pt 26.

1474 CJCE, 12 novembre 2009, *Grimme*, précité, pt 27 ; CJUE, 11 février 2010, *Fokus Invest AG*, aff. C-541/08, *Rec.* 2010, p. I-01025, pt 27, lu en combinaison avec le pt 32.

1475 CJCE, 12 novembre 2009, *Grimme*, précité, pt 27 ; CJUE, 11 février 2010, *Fokus Invest AG*, précité, pt 27, lu en combinaison avec le pt 32. Dans le même sens : CJUE, 15 juillet 2010, *Hengartner et Gasser*, aff. C-70/09, *Rec. 2010*, p. I-07233, pt 41. Pour des analyses en langues française et allemande de cet arrêt ainsi que des autres arrêts de la Cour de justice et du Tribunal fédéral relatifs aux accords Suisse-UE, rendus en 2010, voir : Christine KADDOUS, Christa TOBLER, « Droit européen: Suisse - Union européenne / Europarecht: Schweiz - Europäische Union », *R.S.D.I.E.* 2010, pp.600-636.

1476 Neiilo JÄÄSKINEN, Conclusions sur CJUE, 28 février 2013, *Ettwein*, aff. C-425/11, *non encore publiées*, pt 36.

1477 En effet, c'est compte tenu de ce contexte particulier que la Suisse est susceptible d'être « *assimilée non pas à un État membre* […] *mais à une personne morale* » : CJCE Ord., 14 juillet 2005, *Confédération suisse c. Commission européenne*, aff. C-70/04, *non publiée*, pt 22.

1478 CJCE Ord., 14 juillet 2005, *Confédération suisse c. Commission européenne*, aff. C-70/04, *non publiée*, pt 22.

1479 Niilo JÄÄSKINEN, Conclusions sur CJUE, 28 février 2013, *Ettwein*, aff. C-425/11, *non encore publiées*, pt 37.

b) L'objet et le but des accords Suisse-UE

937. Sans qu'ils ne soient très clairement distingués dans la jurisprudence, le but et l'objet des accords Suisse-UE, tendent à indiquer la situation distanciée de la Suisse à l'égard de l'Union européenne.

938. A propos de l'accord sur la libre circulation des personnes, l'Avocat général Niilo JÄÄSKINEN souligne : « Certes, il y a des accords internationaux dont l'objectif déclaré est d'étendre l'ensemble des libertés fondamentales aux pays tiers, ou qui prévoient une perspective ultérieure de l'adhésion à l'Union. Cependant, tel n'est pas le cas pour l'accord conclu avec la Confédération suisse »[1480]. La Cour relève ainsi plusieurs objectifs à la fois plus restreints et neutres que l'intégration : l'article 1 de l'accord vise à « faciliter la prestation de services sur le territoire des parties contractantes »[1481], « accorder un droit d'entrée, de séjour, d'accès à une activité économique salariée, d'établissement en tant qu'indépendant et le droit de demeurer sur le territoire des parties contractantes »[1482]. De son côté, le Tribunal fédéral suisse souligne également le « cadre relativement étroit » de l'accord sur la libre circulation des personnes[1483]. Cette absence d'objectif d'intégration doit ainsi être lue en combinaison avec le caractère sectoriel des accords. Christine KADDOUS relève à cet égard que « le Tribunal fédéral a souligné que les sept accords de 1999 sont sectoriels, et qu'ils ne portent que sur certains aspects des quatre libertés du marché intérieur de la Communauté européenne »[1484].

939. De même, l'accord sur le transport aérien ne pose pas explicitement un objectif d'intégration. Une telle absence est d'autant plus remarquable que cet accord contient, on y reviendra, des dispositions de nature intégrative, et qui ont même conduit la doctrine à le qualifier d'accord d'intégration partielle. Or même là, il n'existe pas un objectif clair d'intégration de la Suisse dans le marché intérieur des services aériens. On comprend ainsi

---

1480 Niilo JÄÄSKINEN, Conclusions sur CJUE, 15 juillet 2010, *Hengartner et Gasser*, aff. C-70/09, *Rec.* 2010, p. I-07233, pt 45.

1481 CJCE, 12 novembre 2009, *Grimme*, précité, pt 40 ; CJUE, 15 juillet 2010, *Hengartner et Gasser*, précité, pt 37.

1482 CJCE, 12 novembre 2009, *Grimme*, précité, pt 33. Voir également Niilo JÄÄSKINEN, Conclusions sur CJUE, 28 février 2013, *Ettwein*, aff. C-425/11, *non encore publié*, pt 34 ; Paolo MENGOZZI, Conclusions sur CJUE, 17 octobre 2013, *Yvon Welte*, aff. C-181/12, *non encore publié*, pt 17.

1483 ATF 130 II 113, du 19 décembre 2003, *Office fédéral de l'immigration, de l'intégration et de l'émigration contre X. et Service de la population et des migrants*, pt. 6.2.

1484 Christine KADDOUS, « L'Accord CH-UE sur la libre circulation des personnes et l'ordre juridique suisse », in F. BREUSS, T. COTTIER, P.-C. MÜLLER-GRAFF (dir.), *Die Schweiz im europäischen Integrationsprozess*, Nomos, Bâle, 2008, pp. 153–168, spéc. p.167.

que dans l'affaire dite de l'aéroport de Zurich, la Commission ait pu soutenir que la Suisse ne participait pas au marché intérieur des services aériens, et surtout que la Suisse n'ait pu invoquer, au lieu d'un objectif explicite posé par l'accord sur le transport aérien, que « *l'impression* » qui lui aurait été donnée lors des négociations ayant abouti à la conclusion de l'accord[1485].

940. Au vu de ces éléments de contexte et d'objectifs limités, l'Avocat général JÄÄSKINEN constate que « la Confédération suisse demeure en retrait par rapport aux libertés applicables entre les États membres de l'Union et ceux parties à l'EEE »[1486]. Cela ne signifie cependant pas que les accords Suisse-UE seraient faciles à interpréter et notamment qu'une interprétation restrictive s'impose. Dans l'affaire de l'aéroport de Zurich précitée par exemple, la Commission européenne concède dans son argumentation « la nature ambiguë des dispositions de l'accord »[1487]. C'est que, la difficulté réside dans le fait que d'autres éléments indiquent au contraire la portée intégrative de l'accord sur le transport aérien et plus généralement des accords Suisse-UE.

2) *La structure des accords arrimés sur le droit de l'Union européenne*

941. D'un autre côté en effet, les juges suisses et européens soulignent les procédés normatifs qui garantissent l'européanité des règles posées par les accords Suisse-UE, c'est-à-dire les procédés d'arrimage sur le droit de l'Union européenne (a). Leur présence est ainsi considérée comme assurant les conditions d'une proximité étroite entre la Suisse et l'Union européenne. Les procédés d'européanité permettent ainsi aux juges de maintenir (et peut-être prolonger si l'on admet que l'interprétation emporte une part de création) une proximité étroite entre la Suisse et l'Union européenne en interprétant les accords Suisse-UE au vu du droit de l'Union européenne, droit qui autorise des interprétations intégratives (b).

1485 Trib. UE, 9 septembre 2010, *Confédération suisse c. Commission européenne*, aff. T-319/05, Rec. 2010, p. II-04265, pt 112.

1486 Niilo JÄÄSKINEN, Conclusions sur CJUE, 28 février 2013, *Ettwein*, aff. C-425/11, *non encore publiées*, pt 39.

1487 Trib. UE, 9 septembre 2010, *Confédération suisse c. Commission européenne*, précité, pt 32.

a) Le constat des procédés d'européanité

942. Les procédés assurant l'européanité des règles posées par les accords Suisse-UE précédemment étudiés[1488] sont particulièrement pris en compte lors de l'interprétation des accords Suisse-UE. Les Avocats généraux et la Cour de justice relèvent ainsi que dans le préambule de l'accord sur la libre circulation des personnes, les parties se déclarent décidées à assurer la libre circulation en s'appuyant sur les dispositions en application dans l'Union européenne[1489]. Ils observent également lorsque la disposition de l'accord qui doit être interprétée est « *en substance identique* » à un acte de l'Union européenne[1490], et lorsque l'accord fait « *expressément* » référence à un acte de l'Union européenne[1491]. Revêt enfin un potentiel intégratif, la clause imposant la prise en compte de la jurisprudence de la Cour de justice rendue avant l'entrée en vigueur de l'accord. L'Avocat général COLOMER considère ainsi que l'article 16 ALCP « *contient deux «références au droit communautaire», pour que ses «actes juridiques» et sa «jurisprudence» contribuent à la réalisation des buts poursuivis* »[1492]. Le constat du Tribunal fédéral suisse est assez proche. Comme l'expliquent Christine KADDOUS et Christa TOBLER, le Tribunal fédéral relève que « *le préambule de l'accord et l'article 16, alinéa 1er, ALCP plaident pour une situation juridique parallèle dans l'UE/AELE et en Suisse dans les matières couvertes par l'accord* »[1493]. Or le « parallélisme » en cause comporte une dimension intégrative.

b) L'interprétation intégrative de l'européanité

943. Ces éléments d'européanité traduisent une certaine perspective intégrative des accords Suisse-UE, puisque l'européanité qui caractérise la structure des accords fait de l'intégration établie entre les Etats au sein de l'Union européenne le référentiel de l'accord. Les juges donnent ainsi effet à cette structure intégrative de différentes manières, susceptibles d'ailleurs de se conjuguer.

1488 Voir, *supra*, partie 1, titre 2, chapitre 1.

1489 CJUE, 15 décembre 2011, *Bergström*, aff. C-257/10, *Rec. 2011*, p. I-13227, pt 27 ; Dámaso RUIZ-JARABO COLOMER, Conclusions sur CJCE Ord., 4 août 2006, précitées, pt 41.

1490 *Ibid.*

1491 CJUE, 19 septembre 2013, *Hliddal et Bornand*, aff. jtes C-216/12 et C-217/12, *non encore publié*, pt 38 ; Ján MAZAK, Conclusions sur CJUE, 15 décembre 2011, *Bergström*, aff. C-257/10, *non encore publiées*, pt 33.

1492 Dámaso RUIZ-JARABO COLOMER, Conclusions sur CJCE Ord., 4 août 2006, précitées, pt 41.

1493 Christine KADDOUS, Christa TOBLER, « Développements récents de la jurisprudence : CJCE et Tribunal fédéral suisse », *Revue suisse de droit international et de droit européen (RSDIE)*, 2010, pp. 597-635, spéc. p.611.

944. L'européanité peut d'abord permettre de reconstituer un objectif de l'accord Suisse-UE, par référence à un objectif d'intégration établi entre les Etats membres de l'Union européenne. L'européanité de la structure est alors utilisée comme indice permettant de conclure à l'identité des buts de l'accord ou d'une disposition de l'accord avec le but poursuivi par certaines dispositions applicables entre les Etats membres. En ce sens, le préambule de l'accord permet de faire de la liberté de circulation le référentiel voire le but de l'accord[1494]. Les références explicites aux règles de l'Union européenne permettent de dégager un objectif d'intégration, celui d'assurer *effectivement la* libre circulation[1495].

945. L'européanité de la structure peut aussi permettre de dégager une interprétation par référence à celle retenue entre les Etats membres de l'Union européenne. Dans ce cas, l'européanité fonde, implique, un raisonnement identique aux relations Suisse-Etats membres et aux relations entre Etats membres[1496]. Le juge suisse a ainsi considéré que les justifications de la Cour de justice liées à la réalisation du marché intérieur et la libre circulation des personnes avancées dans l'arrêt *Metock*[1497] valent « *de manière analogue* » dans la relation Suisse-UE[1498]. Sont ici considérés comme pertinents pour la relation Suisse-Etats de l'Union européenne, les schémas de réflexion élaborés pour les relations entre les Etats membres. Dans le même sens, les termes employés par l'avocat général Dámaso RUIZ-JARABO COLOMER sont particulièrement révélateurs du potentiel intégratif de l'accord sur la libre circulation des personnes, lequel « *implique la reprise de l'acquis communautaire, ce qui se produit également lorsqu'un État entre dans la Communauté* » ; il poursuit : « *Cette affinité permet d'appliquer par analogie la jurisprudence sur la portée dans le temps des principes communautaires dans les nouveaux pays membres* »[1499].

1494 CJUE, 15 décembre 2011, *Bergström*, aff. C-257/10, *Rec. 2011*, p. I-13227, pt 43.

1495 Ján MAZAK, Conclusions sur CJUE, 15 décembre 2011, *Bergström*, aff. C-257/10, *Rec. 2011*, p. I-13227, pt 33 : « *en se référant expressément au règlement n°1408/71 dans la section A de l'annexe II de l'accord UE-Suisse, les parties contractantes ont également voulu assurer effectivement la libre circulation des travailleurs migrants sur leurs territoires respectifs* ».

1496 L'avocat général ne voit « *aucun inconvénient* » à une telle transposition : Dámaso RUIZ-JARABO COLOMER, Conclusions sur CJCE Ord., 4 août 2006, précitées, pt 45.

1497 CJCE, 25 juillet 2008, *Metock*, aff. C-127/08, *Rec. 2008*, p. I-6241, pt 68.

1498 ATF 136 II 5, du 29 septembre 2009, pt 3.6.2.

1499 Dámaso RUIZ-JARABO COLOMER, Conclusions sur CJCE Ord., 4 août 2006, précitées, pts 57 et 58.

946. Enfin, et d'ailleurs sans nécessairement opérer explicitement cette réflexion méthodologique sur la transposition de solutions, les juges appliquent des raisonnements qui sont *per se* intégratifs parce qu'ils ont déjà été utilisés pour interpréter le droit de l'intégration, le droit de l'Union européenne sur lequel sont basées les règles des accords Suisse-UE. En d'autres termes, les juges vont donner effet à la perspective intégrative de l'européanité des règles en appliquant à ces règles celles des interprétations intégratives pour les règles correspondantes de l'Union européenne. Deux exemples sont significatifs de cette idée. Le premier est d'ordre général : la structure des accords Suisse-UE, en faisant de l'Union européenne le référentiel, peut amener les juges à en reprendre les éléments constructifs, c'est-à-dire les raisonnements appliqués à la libre circulation, l'égalité de traitement, l'effectivité, etc. Ainsi, le préambule de l'accord sur la libre circulation des personnes peut recevoir une interprétation intégrative puisque les parties de déclarent prêtent à réaliser *la* libre circulation des personnes. En effet, considérer la liberté de circulation comme le référentiel permet de condamner des comportements susceptibles d'entraver cette liberté, en partant du principe que « *cette liberté serait entravée si* …»[1500]. Un second exemple illustre également l'idée qu'une interprétation intégrative des accords Suisse-UE est incitée par la structure des accords Suisse-UE permet une interprétation intégrative, et ici plus particulièrement par l'utilisation, notamment en annexe, de références explicites aux actes juridiques de l'Union européenne. Ce procédé permet alors de raisonner essentiellement en fonction de la disposition applicable dans le marché intérieur. Ainsi l'avocat général Jan MAZAK, soulignant que « *pour les besoins de l'application du règlement n°1408/71, la Confédération suisse est assimilée à un État membre de l'Union* »[1501], a ainsi raisonné à partir de la jurisprudence de la Cour relative à ce règlement. De même la Cour de justice a pu considérer que « *l'accord CE-Suisse, en faisant*

[1500] La Cour de justice se montre particulièrement sensible aux éléments intégratifs de l'accord lorsqu'elle considère que « *la liberté de circulation des personnes que, aux termes de la seconde phrase du préambule de l'accord, les parties contractantes sont décidées à réaliser entre elles en s'appuyant sur les dispositions en application dans l'Union serait entravée si un ressortissant d'une partie contractante subissait un désavantage dans son pays d'origine pour la seule raison d'avoir exercé son droit de circulation* » : CJUE, 28 février 2013, *Epoux Ettwein*, aff. C-425/11, *non encore publié*, pt 51. De même, pour admettre l'invocabilité de l'ALCP par un ressortissant allemand l'avocat général estimait que les objectifs fixés par l'accord, *« tout comme le principe de non-discrimination de l'article 2 de l'accord UE-Suisse, seraient compromis si les citoyens de l'Union ayant exercé leur droit de libre circulation en vertu dudit accord ne pouvaient en invoquer les dispositions lors du retour dans leur État membre d'origine »* : Ján MAZAK, Conclusions sur CJUE, 15 décembre 2011, *Bergström*, aff. C-257/10, *Rec.* 2011, p. I-13227, pt 33. Voir également CJCE, 22 décembre 2008, *Stamm et Hauser*, aff. C-13/08, *Rec.* 2008, p. I-11087, pt 44.

[1501] Ján MAZAK, Conclusions sur CJUE, 15 décembre 2011, *Bergström*, aff. C-257/10, *Rec.* 2011, I-13227, pt 46.

expressément référence au règlement n°1408/71, étend le champ d'application personnel de ce règlement aux ressortissants suisses »[1502].

947. Les accords Suisse-UE comportent ainsi des indices variés sur la situation de la Suisse par rapport à l'Union européenne. Ces indices, qui peuvent apparaître divergents, reflètent la situation particulière voulue par les autorités politiques suisses et européennes, une sorte d'équilibre entre une extériorité et une proximité. Les juges ont conscience de cette situation, et marquent un attachement à interpréter les accords Suisse-UE en tenant compte de la recherche d'équilibre qu'ils ont réalisé. Par exemple, les arrêts et conclusions font le lien entre les accords Suisse-UE mais prennent également en compte leur caractère sectoriel[1503], de sorte qu'ils considèrent une intégration sans en faire cependant un principe directeur qui excèderait la volonté des autorités politiques suisses et européennes. En d'autres termes, le discours juridictionnel tenu reflète bien une conscience d'un équilibre, et une volonté de respecter celui-ci en laissant les avancées « *en faveur d'une intégration économique plus poussée entre les deux partenaires* […] *au niveau politique* »[1504]. Il n'empêche que cet équilibre est difficile à identifier de manière précise : l'interprétation suppose que les juges identifient pour chaque disposition litigieuse, si elle requiert une interprétation différente ou identique avec le droit de l'Union européenne. On comprend ainsi que l'assimilation de la Suisse à un Etat membre de l'Union européenne opérée par les accords Suisse-UE, fondamentalement ambiguë, conduisent le juge à retenir des interprétations variables.

B) L'interprétation modulable, conséquence juridique de l'ambiguïté

948. Dans les accords Suisse-UE, les contradictions entre la portée intégrative de l'assimilation de la Suisse à un Etat membre et l'absence de perspective d'adhésion, expliquent les difficultés pour les juges de déterminer la portée exacte de dispositions assimilant la Suisse à un Etat membre notamment des règles du premier degré (1), mais également, et de manière encore plus prégnante, de règles du second degré (2).

[1502] CJUE, 19 septembre 2013, *Hliddal et Bornand*, aff. jtes C-216/12 et C-217/12, *non encore publié*, pt 38.

[1503] Dámaso RUIZ-JARABO COLOMER, Conclusions sur CJCE Ord., 4 août 2006, *Zentralbetriebsrat der Landeskrankenhäuser Tirols c. Land Tirol*, aff. C-339/05, *Rec.* 2006, p. I-07097 (aff. radiée), pts 5 et 10.

[1504] Niilo JÄÄSKINEN, Conclusions sur CJUE, 28 février 2013, *Ettwein*, aff. C-425/11, *non encore publiées*, pt 64. Sur les négociations en cours entre la Suisse et l'Union européenne, voir, *infra*, chapitre 2, section 2.

1) *La difficulté de déterminer la portée de l'assimilation dans les règles primaires*

949. Les difficultés d'interpréter les accords, qui traduisent une situation ambigüe, se décèlent dans les différences d'appréciation entre la solution adoptée par la Cour de justice de l'Union européenne et celles proposées par l'avocat général (a), entre les arrêts de la Cour (b), ou encore entre ceux-ci et ceux du Tribunal fédéral suisse (c).

a) Les conclusions et les arrêts

950. Les difficultés d'interpréter les accords, qui traduisent une situation ambigüe, se décèlent dans les différences d'appréciation entre la solution adoptée par la Cour et celles proposées par l'avocat général. Dans l'affaire *Ettwein*, l'avocat général avait attiré l'attention de la Cour sur les éléments qui limitent la perspective d'intégration de la Suisse. Il retient alors une approche essentiellement économique de l'accord, pour conclure à son inapplicabilité à la situation des époux Ettwein : ceux-ci n'ont pas souhaité exercer une activité économique sur le territoire d'une partie à l'ALCP, mais ont uniquement transféré leur résidence en Suisse, de sorte que le principe d'égalité de traitement en matière fiscale n'est pas invocable[1505]. En revanche, la Cour n'a pas appuyé sur les éléments de contexte peu favorables à l'intégration de la Suisse, et insiste sur les éléments destinés à assurer la libre circulation des personnes entre la Suisse et les Etats de l'Union. Elle a ainsi considéré que les époux Ettwein entraient dans le champ d'application de l'accord, leur transfert de résidence ayant fait entrer leur situation dans celle de frontaliers[1506]. Poursuivant sur le fond une interprétation favorable, la Cour interprète le principe d'égalité à partir de sa jurisprudence rendue sur le fondement de l'article 48 TCE (devenu art. 45 TFUE)[1507].

[1505] Plus précisément, l'avocat général qualifie la situation des époux par rapport à la notion d'indépendants posée par l'accord, « *ressortissant d'une partie contractante désirant s'établir sur le territoire d'une autre partie contractante en vue d'exercer une activité non salariée* » (article 12 de l'annexe I lu en combinaison avec les articles 9 et 15§2 de l'annexe I). Or il considère que le champ d'application des articles 12 et 13 de l'annexe I à l'ALCP est déterminé en fonction de la perspective d'exercer une activité économique sur le territoire d'un autre Etat que l'Etat d'origine, ce qui n'était pas le cas des époux Ettwein qui ont uniquement transféré leur résidence :

[1506] Plus précisément, à l'instar de l'avocat général, la Cour considère que le frontalier indépendant est une catégorie d'indépendant (pt 38). Toutefois, pour la Cour, le frontalier indépendant est un indépendant uniquement « *dans la mesure où il exerce une activité non salariée* » (pt 36). La Cour en fait ensuite une catégorie spécifique d'indépendants. Contrairement aux indépendants, l'article 13, paragraphe 1, de l'annexe I, dispense cette catégorie d'un titre de séjour, disposition qui démontre « la volonté de faciliter la circulation et la mobilité » des indépendants (pt.38) ; en outre, en tant que frontalier, les frontaliers indépendants bénéficient du droit de séjour posé à l'article 24, paragraphe 1, de l'annexe I, et doivent ainsi « *pouvoir profiter pleinement de ce droit, tout en maintenant leur activité économique dans leur pays d'origine* » (pt 39).

[1507] CJUE, 28 février 2013, *Ettwein*, aff. C-425/11, *non encore publié*, pt 47.

Ce faisant, la Cour aligne le régime applicable dans les relations entre la Suisse et les Etats de l'Union sur les relations entre ces derniers, dans le domaine sensible de la fiscalité.

951. Un nouvel écart apparaît, cette fois entre l'arrêt *Ettwein* et les conclusions dans l'affaire *Yvon Welte*. L'avocat général Paolo MENGOZZI a exclu l'applicabilité de l'accord sur la libre circulation des personnes, en considérant, à l'instar des conclusions de Niilo JAASKINEN, que le ressortissant allemand « *réside en Suisse, ne cherche ni à travailler ni à s'établir sur le territoire d'un État membre de l'Union, à quelque titre que ce soit, ni à bénéficier d'une prestation de services, au sens de l'article 1er, sous a) à c), de l'accord sur la libre circulation des personnes, mais souhaite que les avantages fiscaux accordés en Allemagne aux successions lorsque le défunt ou l'héritier réside, au moment du décès, dans cet État membre soient étendus à la succession que lui a transmise son épouse* »[1508]. L'avocat a été suivi par la Cour, ce qui amène également à relever les différences d'approche entre les arrêts de la Cour.

b) Les arrêts de la CJUE

952. En effet[1509], au regard des différentes interprétations adoptées par la Cour, on mesure les difficultés pour le juge d'interpréter un accord ambigu. Ainsi, et sans insister sur les éléments défavorables à l'intégration de la Suisse, la Cour de justice a reconnu dans l'arrêt *Stamm et Hauser* de 2008, que le principe d'égalité de traitement prévu à l'article 15 de l'annexe I relatif aux indépendants, vaut également pour les frontaliers indépendants. Dans une analyse systémique, la Cour considère que les dispositions applicables aux frontaliers indépendants ne sont pas limitatives mais uniquement des dispositions spécifiques facilitant leur mobilité[1510]. Elle s'appuie en outre sur une « *interprétation téléologique* »[1511] pour retenir qu'au vu de la finalité de l'accord, les objectifs d'attribution aux ressortissants suisses et européens d'un droit d'établissement et des mêmes conditions de vie, d'emploi et de travail que celles accordées aux nationaux « *ne seraient*

1508 Paolo MENGOZZI, Conclusions sur CJUE, 17 octobre 2013, *Yvon Welte*, aff. C-181/12, *non encore publiées*, pt 17.

1509 CJUE, 27 février 2014, *Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord c. Conseil de l'Union européenne*, aff. C-656/11, *non encore publié*, et pour comparaison voir CJUE, 26 septembre 2013, *Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord c. Conseil de l'Union européenne*, aff. C-431/11, *non encore publié* (pour un commentaire : SCHMAUCH Magnus, « La Cour de justice de l'Union européenne souligne le principe de la réciprocité dans l'Espace économique européen. CJUE, 26 septembre 2013, Royaume-Uni e.a. / Conseil e.a., aff. C-431/11 », *R.A.E.* 2013/3, pp.581-588).

1510 CJCE, 22 décembre 2008, *Stamm et Hauser*, aff. C-13/08, *Rec. 2008*, p. I-11087, pt 39.

1511 *Ibid.*, pt 46.

que partiellement atteints si les frontaliers indépendants, lors de l'exercice de leur activité, pouvaient être soumis à des restrictions particulières qui ne s'appliquent pas aux autres indépendants »[1512].

953. En revanche, dans les arrêts *Grimme*, *Fokus Invest* et *Hengartner*, la Cour rappelle et ce parfois à titre liminaire, les éléments de contexte qui traduisent l'absence de perspective d'intégration de la Suisse[1513], de sorte qu'elle part du principe que « *l'interprétation donnée aux dispositions de droit communautaire concernant le marché intérieur ne peut pas être automatiquement transposée à l'interprétation de l'accord* », et ce, « *sauf dispositions expresses à cet effet prévues par l'accord lui-même* »[1514]. En déterminant les objectifs de l'accord par référence à l'article 1er, et non au préambule, la Cour relève que cette disposition définit des droits uniquement en faveur de personnes physiques[1515], de sorte que les dispositions de l'accord relatives aux personnes morales sont spécifiques et limitatives, concluant dans l'affaire *Grimme* que l'accord n'octroie pas de droit d'établissement aux personnes morales. De même, dans l'arrêt *Hengartner*, et comme le relève Christine KADDOUS, c'est en considérant que « *l'accord et ses annexes ne comportent aucune règle spécifique* »[1516], qu'elle conclut à l'exclusion du principe de non-discrimination dans le cadre des réglementations relatives aux transactions commerciales ayant pour objet une prestation de services. Dans ces trois affaires, *« the interpretation given to the provisions of European Union law cannot automatically be applied by analogy to the interpretation of the Agreement »*[1517]. Les variations dans les approches de la Cour de justice peuvent ainsi s'expliquer au regard de la

---

[1512] *Ibid.*, pt 44. Une autre affaire a suscité certaines interrogations en ce qui concerne l'applicabilité de l'ALCP aux services de cabotages maritimes. La question posée à la Cour visait en particulier un règlement (le règlement n°3577/92) auquel faisait référence une disposition du droit italien, mais le litige opposait deux sociétés suisses aux autorités italiennes. L'avocat général semble avoir exclu l'application de l'ALCP non pas en raison de l'absence de référence expresse dans l'ALCP à la prestation de services en matière de services de cabotage maritime, mais compte tenu du fait que le litige concernait une prestation de services supérieure à 90 jours par an, laquelle n'est pas interdite par cet accord (Pedro CRUZ Villalón, Conclusions présentées le 19 décembre 2013, *Alpina River Cruises GmbH Nicko Tours GmbH c. Ministero delle infrastrutture e dei trasporti - Capitaneria di Porto di Chioggia*, aff. C-17/13, pt 59). La Cour n'a pas jugé nécessaire d'élargir la question préjudicielle et a limité sa réponse à l'interprétation du règlement n°3577/92 précité (CJUE, 27 mars 2014, *Alpina River Cruises GmbH, Nicko Tours GmbH c. Ministero delle infrastrutture e dei trasporti – Capitaneria di Porto di Chioggia*, aff. C-17/13, *non encore publié*, pt 23).

[1513] CJCE, 12 novembre 2009, *Grimme*, aff. C-351/08, *Rec. 2009*, p. I-10777, pts 26 et 27 ; CJUE, 11 février 2010, *Fokus Invest AG*, aff. C-541/08, *Rec. 2010*, p. I-01025, pts 27 et 28 ; CJUE, 15 juillet 2010, *Hengartner et Gasser*, aff. C-70/09, *Rec. 2010*, p. I-07233, pt 41.

[1514] CJCE, 12 novembre 2009, *Grimme*, précité, pt 29 ; CJUE, 11 février 2010, *Fokus Invest AG*, précité, pt 28.

[1515] CJCE, 12 novembre 2009, *Grimme*, précité, pt 33.

[1516] Christine KADDOUS, « Les accords bilatéraux ne créent pas un marché intérieur », *Semaine Juridique Edition Générale*, 30 août 2010, n°35, pp. 856 et s.

[1517] Christine KADDOUS, « The Significance of "Precedent" in the Bilateral Agreements between Switzerland and the European Union », in C. BAUDENBACHER, S. PLANZER (dir.), *The role of precedent*, Stuttgart, German Law Publishers, 2011, pp.125-140, spéc. p.139.

profonde ambiguïté de l'accord sur la libre circulation des personnes. Une comparaison des approches de la Cour de justice de l'Union européenne avec celles du Tribunal fédéral suisse met également en exergue ces difficultés.

c) Les arrêts de la CJUE et du Tribunal fédéral

954. Comme la Cour de justice, le Tribunal fédéral ne considère pas automatique l'assimilation de la Suisse à un Etat membre. C'est en tenant compte des spécificités du système de juridictionnel de l'Union d'une part, de l'objet de l'accord Suisse-UE d'autre part, que le Tribunal fédéral apprécie la manière dont il doit prendre en compte la jurisprudence de la Cour de justice pour interpréter les notions de droit de l'Union européenne contenue dans l'accord sur la libre circulation des personnes[1518]. Par conséquent, le Tribunal fédéral n'applique pas systématiquement les interprétations de la Cour de justice rendues dans le cadre du marché intérieur de l'Union européenne. Le juge suisse se montre en particulier attentif à la citoyenneté européenne, notion politique née à la suite de l'approfondissement du marché intérieur entre les Etats membres : « *Absente de l'Accord sur la libre circulation des personnes, elle ne saurait trouver à s'appliquer en Suisse* »[1519]. Le juge suisse conserve ainsi la dimension essentiellement sectorielle et économique de l'accord Suisse-UE, qui ne présente pas une perspective intégrative comparable à celle choisie par les Etats membres de l'Union européenne.

955. Toutefois, par rapport à la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne, le Tribunal fédéral place peut-être le point d'équilibre entre la non-appartenance de la Suisse à l'Union et son assimilation à un Etat membre plus loin dans l'assimilation. En effet, le juge suisse n'exclut pas de prendre en compte les interprétations de la Cour de justice se référant à la citoyenneté de l'Union européenne. Ces arrêts ne doivent « *être utilisés qu'avec circonspection par le juge suisse* […], *même ceux concernant la libre circulation des personnes* »[1520], le Tribunal cherchant alors à identifier ceux des éléments

---

1518 ATF 130 II 113, du 19 décembre 2003, *Office fédéral de l'immigration, de l'intégration et de l'émigration contre X. et Service de la population et des migrants*. Sur la jurisprudence du Tribunal fédéral, voir notamment la chronique du Professeur Christine KADDOUS dans la *R.S.D.I.E*, et Christine KADDOUS, « L'influence du droit communautaire dans la jurisprudence du Tribunal fédéral suisse », in *Le droit à la mesure de l'homme*, *Mélanges en l'honneur de l'Avocat général Philippe Léger*, Paris, Pedone, 2006, pp. 407-422

1519 *Ibid.* pt .6.3.

1520 *Id.*

relatifs à la libre circulation des personnes au sens non politique. L'une des illustrations les plus manifestes de l'interprétation intégrative de l'ALCP a été donnée en 2009[1521], lorsque le juge suisse a repris une jurisprudence de la Cour de justice interprétant la directive 2004/38 relative au droit de circuler des *citoyens* de l'Union européenne[1522], acte qui ne figure pas dans l'accord Suisse-UE. Dans cet arrêt, le raisonnement tenu par le Tribunal fédéral était d'autant plus intégratif que ce faisant, et comme le souligne Christine KADDOUS[1523], il reprenait une jurisprudence de la Cour de justice postérieure à la signature de l'ALCP, alors que l'article 16 n'impose la prise en compte que de la jurisprudence antérieure[1524] ; mais en plus, c'est la jurisprudence *Metock*[1525] qu'il a reprise, dans laquelle la Cour de justice avait opéré un revirement.

956. Pour finir, on notera une différence d'appréciation entre l'avocat général de la Cour de justice et le Tribunal fédéral suisse, sur la portée de l'article 16, paragraphe 2, de l'ALCP. On a vu qu'en imposant la prise en compte de la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne antérieure à la signature de l'accord, l'article 16 ALCP constitue un élément conférant un potentiel intégratif à l'accord[1526]. Toutefois, la portée à conférer à cette disposition n'est elle-même pas toujours simple à déterminer. Le Tribunal fédéral suisse prend en compte la jurisprudence postérieure de la Cour de justice lorsqu'elle précise une jurisprudence antérieure[1527]. La doctrine souligne que, pour le juge suisse, « *le préambule de l'accord et l'article 16, alinéa 1er, ALCP plaident pour une situation juridique parallèle dans l'UE/AELE et en Suisse dans les matières couvertes par l'accord* »[1528] ; or « *l'absence de prise en compte de la jurisprudence postérieure nuit à ce but de parallélisme* »[1529].

1521 ATF 136 II 5 du 29 septembre 2009, ATF 136 II 5 du 29 septembre 2009, *X., Y., gegen Sicherheitsdirektion des Kantons Zürich, Regierungsrat des Kantons Zürich*, aff. 2C_196/2009.

1522 Directive 2004/38 du Parlement européen et du Conseil, du 29 avril 2004, relative au droit des citoyens de l'Union et des membres de leurs familles de circuler et de séjourner librement sur le territoire des Etats membres, modifiant le règlement n°1612/68 […], JO L 158 du 30.4.2004, p. 77.

1523 Christine KADDOUS, « The Significance of "Precedent" in the Bilateral Agreements between Switzerland and the European Union », in C. BAUDENBACHER, S. PLANZER (dir.), *The role of precedent*, Stuttgart, German Law Publishers, 2011, pp.125-140, spéc. pp. 137-138.

1524 Voir, *supra*, partie 1, titre 2, chapitre 2, section 3.

1525 CJCE, 25 juillet 2008, *Metock*, aff. C-127/08, *Rec. 2008*, p. I-6241.

1526 Voir, *supra*, A), 2.

1527 ATF 130 II 113 du 19 décembre 2003, précité, pt.5.2.

1528 Christine KADDOUS, Christa TOBLER, « Droit européen: Suisse - Union européenne / Europarecht: Schweiz - Europäische Union », *R.S.D.I.E.*, 2010, pp.597-636, spéc. p.611.

1529 Véronique BOILLET, *L'interdiction de discrimination en raison de la nationalité au sens de l'accord sur la libre circulation des personnes*, Bâle, Helbing Lichtenhahn, 2010, 373 p., spéc. p. 64.

Le Tribunal fédéral considère ainsi que l'accord sur la libre circulation des personnes implique de prendre en compte les arrêts de la Cour de justice postérieurs à la date de signature de l'accord, « *à moins que des motifs pertinents ne s'y opposent* »[1530]. Le Tribunal fédéral suisse confère ainsi une portée intégrative à l'accord, en acceptant même de suivre une jurisprudence postérieure constitutive d'un revirement jurisprudentiel tel que l'arrêt Metock. Le contraste est saisissant avec l'affaire *Epoux Ettwein* portée devant la Cour de justice de l'Union européenne, dans laquelle l'avocat général plaide pour l'absence de prise en compte de tout arrêt de la Cour postérieur à la signature de l'ALCP[1531]. Selon l'avocat général : « *Une solution contraire constituerait une appréciation erronée de l'invocabilité ratione temporis de la jurisprudence pertinente de la Cour en vertu de l'accord CE-Suisse et irait à l'encontre de la volonté des parties contractantes de ne pas soumettre la Confédération suisse au pouvoir juridictionnel de la Cour en ce qui concerne son interprétation future. Or, des avancées en faveur d'une intégration économique plus poussée entre les deux partenaires ne pourraient être réalisées qu'au niveau politique* »[1532].

957. Ces difficultés prégnantes à l'égard de cette disposition qui se trouve au carrefour entre les règles primaires et secondaires[1533], sont encore accentuées en ce qui concerne l'interprétation de règles secondaires, cette fois-ci dans l'accord sur le transport aérien.

2) *La difficulté de déterminer la portée de l'assimilation dans les règles secondaires*

958. L'accord sur le transport aérien a soulevé des difficultés pour le juge de l'Union européenne confronté à la portée de l'assimilation de la Suisse à un Etat membre en ce qui concerne les règles secondaires relatives au contrôle des règles primaires de l'Union européenne appliquées par la Suisse.

959. L'accord sur le transport aérien (ATA) conclu entre la Suisse et la Communauté européenne[1534], est souvent qualifié d'accord d'intégration partielle en raison de sa

---

1530 *Ibid.*

1531 Niilo JÄÄSKINEN, Conclusions sur CJUE, 28 février 2013, *Epoux Ettwein*, aff. C-425/11, *non encore publiées*, pts 63 et s. L'avocat général interprète en effet l'article 16, paragraphe 2, ALCP, comme conférant au seul comité mixte, la compétence pour déterminer les implications des jurisprudences de la Cour postérieures à la signature de l'ALCP. A noter toutefois que, l'avocat général propose de ne pas prendre en compte les jurisprudences postérieures rendues sur le fondement du marché intérieur, mais aussi, et de manière beaucoup plus surprenante, les jurisprudences *Stamm et Hauser*, ainsi que *Graf et Engel*, alors même que celles-ci sont des interprétations de l'accord Suisse-UE.

1532 *Ibid.* pt 64.

1533 Voir, *supra*, partie 1, titre 2, chapitre 2, section 3.

structure. D'une part, il reprend implicitement et explicitement les règles primaires de l'Union européenne relatives au marché intérieur de l'aviation civile, impose la prise en compte de la jurisprudence de la Cour de justice pour interpréter ces dispositions[1535]. D'autre part, il reprend certaines règles secondaires de l'Union européenne, puisqu'il prévoit le contrôle par les institutions de l'Union, des règles primaires applicables aux entreprises en matière de concurrence[1536]. Mais cet accord prévoit également la compétence exclusive des institutions de l'Union pour assurer le contrôle des actes de l'Union européenne. En vertu de l''article 20 ATA : « *Toutes les questions concernant la validité des décisions prises par les institutions de la Communauté sur la base de leurs compétences aux termes du présent accord relèvent de la compétence exclusive de la Cour de justice des Communautés européennes* ».

960. Contestant la validité d'une décision de la Commission européenne permettant à l'Allemagne de restreindre l'approche de l'aéroport de Zurich, la Suisse a introduit un recours devant la Cour de justice sur le fondement de l'article 20 ATA, invoqué de manière combinée avec la disposition du Traité CE relative aux recours des Etats membres, l'article 230 alinéa 2 CE (devenu article 263 alinéa 2 TFUE). Se posait alors la question de la recevabilité de la requête de la Suisse, et plus largement de son statut contentieux devant la Cour de justice de l'Union européenne.

961. Si l'on a déjà constaté l'ambiguïté de la situation de la Suisse née de l'accord sur le transport aérien, on peut souligner que cette ambiguïté ressortait également dans l'argumentation ambivalente de la Suisse. D'un côté, la Suisse invoquait sa nature d' « Etat souverain »[1537], pour justifier une application littérale de l'accord. D'un autre côté, la Suisse s'appuyait sur le fait que l'accord l'assimile à un Etat membre, se prévalait d'un principe de non-discrimination par rapport aux Etats membres, à l'égard desquels elle s'estimait donc placée dans une situation comparable[1538]. Elle a même utilisé les règles

---

1534 Les Etats membres ne sont pas parties contractantes, alors même qu'ils disposent d'une compétence dans le domaine couvert : voir, *supra*, section 1, §1, A), 3.

1535 Voir, *supra*, partie 1, titre 2, chapitre 2.

1536 Voir, *supra*, partie 1, titre 2, chapitre 3, section 1, §2, A).

1537 CJCE Ord., 14 juillet 2005, *Confédération suisse c. Commission européenne*, aff. C-70/04, *non publiée*, pt 19.

1538 *Ibid.*

relatives à la répartition du contentieux entre le Tribunal et la Cour pour faire former un pourvoi contre l'arrêt du Tribunal rejetant sa requête.

962. Les difficultés pour le juge de l'Union européenne de déterminer la portée de l'assimilation de la Suisse à un Etat membre en ce qui concerne les règles secondaires relatives au contrôle des actes de l'Union européenne qui la concernent[1539], ressortent dans la manière dont sera évacuée cette question. Dans « l'acte I » de l'affaire de « l'aéroport de Zurich », la Cour de justice a évité de se prononcer sur la recevabilité de la requête, en se retranchant sur les règles relatives à la répartition du contentieux entre Cour et Tribunal de l'UE. Elle a ainsi renvoyé l'affaire au Tribunal de l'Union européenne[1540]. Saisi de l'affaire, le Tribunal a, dans « l'acte II » de cette affaire, également évité de se prononcer sur la recevabilité, en considérant que la requête était manifestement mal fondée[1541]. La Suisse a alors introduit un pourvoi devant la Cour de justice contre l'arrêt du Tribunal. Dans « l'acte III », la Cour a directement répondu au fond à chacun des arguments du pourvoi, qu'elle a rejetés de sorte qu'elle n'a pas examiné le moyen tiré de l'irrecevabilité, invoqué à titre subsidiaire par le Landkreis Waldshut[1542].

963. Les difficultés pour le juge de déterminer la portée de l'assimilation de la Suisse à un Etat membre apparaissent également dans l'hésitation de la Cour pour qualifier ce requérant. Il faut à cet égard rappeler que le système juridictionnel de l'Union prévoit des modalités distinctes de recours, selon que celui-ci est ouvert par un Etat membre ou par une personne morale. Dans « l'acte I », la Cour a ainsi envisagé successivement la possibilité « *que la Confédération suisse doive ainsi être assimilée aux États membres* », et qu'elle doive « *être assimilée non pas à un État membre,* […] *mais à une personne morale* »[1543]. Etant donné que chacun de ces cas aboutissait à retenir au regard des règles procédurales de la Cour de justice, la compétence du Tribunal de l'Union, la Cour n'a pas tranché la qualification de la nature de la Suisse requérant. En revanche, dans l'acte III de l'affaire, l'avocat général Niilo JAASKINEN suggérait à la Cour d'adopter une position explicite

---

1539 Formellement toutefois, la décision de la Commission européenne était adressée à l'Allemagne, et non la Suisse.

1540 CJCE Ord., 14 juillet 2005, *Confédération suisse c. Commission européenne*, aff. C-70/04, *non publiée*.

1541 Trib. UE, 9 septembre 2010, *Confédération suisse c. Commission européenne*, aff. T-319/05, *Rec. 2010*, p. II-04265.

1542 CJUE, 7 mars 2013, *Confédération suisse c. Commission européenne*, aff. C-547/10 P, *non encore publié*. A noter que le Landkreis Waldshut avait été admis partie intervenante au soutien des conclusions de la Commission : TPI Ord., 7 juillet 2006, *Confédération suisse c. Commission européenne*, aff. T-319/05, *Rec. 2006*, p. II-2073.

1543 CJCE Ord., 14 juillet 2005, *Confédération suisse c. Commission européenne*, précité, pts 21 et 22.

sur la nature de ce requérant, l'avocat général estimant que la qualité pour agir de la Suisse ne peut être fondée sur l'assimilation de la Confédération suisse à un État membre aux fins de l'article 230 al. 2 CE[1544]. Confronté aux ambiguïtés de l'accord sur le transport aérien qui témoigne en même temps d'une absence de perspective d'intégration et d'une intégration partielle, le juge de l'Union a tenté de contourner la résolution d'une question sensible qui concerne les règles secondaires de l'ordre juridique de l'Union.

*

* *

Conclusion du chapitre 1.

964. L'assimilation de la Suisse à un Etat membre est ainsi un vecteur d'instabilité en raison des incertitudes résultant de son ambiguïté, laquelle est d'autant plus forte que l'assimilation progresse. En effet, l'assimilation aboutit à créer une intégration de la Suisse dans de larges pans de l'Union européenne, alors même que l'intégration n'est pas en tant que telle un objectif pour la Suisse. Il est donc difficile pour le juge de déterminer la portée d'une disposition assimilant la Suisse à un Etat membre. Son interprétation ne peut être, en l'absence de principe directeur, guidée clairement par une méthode téléologique. Elle se heurte de surcroît à la contradiction résultant de l'absence de volonté d'intégration de la Suisse, alors que la généralisation de l'assimilation véhicule et traduit l'inverse. La tâche du juge est d'autant plus compliquée que la généralisation de l'assimilation de la Suisse à un Etat membre aboutit également à estomper la distinction entre le statut de l'Etat membre et celui de l'Etat tiers, de sorte qu'il doit, dans le même temps préciser celles des limites statutaires que l'assimilation ne saurait franchir.

965. En conclusion, l'équilibre entre objectivisme et subjectivisme contenu dans l'assimilation de la Suisse à un Etat membre apparaît instable. Conciliant des éléments contradictoires du statut de l'Etat tiers et l'Etat membre, l'assimilation de la Suisse à un Etat membre apparaît en outre ambiguë au regard de ses manifestations dans de nombreux pans du marché intérieur, de sorte qu'elle confronte de plus en plus

---

[1544] Niilo JAASKINEN, Conclusions sur CJUE, 7 mars 2013, *Confédération suisse c. Commission européenne*, aff. C-547/10 P, *non encore publiées.*

directement la réalité juridique d'Etat tiers voulue et rejetée, et celle du statut d'Etat membre et de l'intégration européenne. Enclin à une variation l'équilibre entre objectivisme et subjectivisme semble en outre évoluer.

*

* *

Chapitre 2 – L'évolution de l'équilibre dans le sens de l'objectivisme

966. Lorsqu'elle est entamée à la suite du rejet de l'EEE, la voie bilatérale apparaît sectorielle et sélective : « *Switzerland cherry-picked certain parts of the* acquis *to be implemented on its territory* »[1545]. Cette approche a pourtant donné lieu à une relation qui s'est non seulement consolidée dans le temps mais a également progressé. Le prisme des actes juridiques choisi pour cette étude, permet de rejoindre l'analyse du Professeur Christine KADDOUS : « *Switzerland's relations with the European Union are dense, intense and in constant evolution* »[1546].

967. Les actes qui régissent la relation Suisse-UE cristallisent un équilibre entre les éléments subjectifs et objectifs déterminant la relation Suisse-UE. Mais le maintien de cet équilibre pour le juge est délicat, car celui-ci se trouve confronté à des ambiguïtés qui obscurcissent la détermination de la portée des accords, et en somme, l'équilibre établi par ces actes. L'équilibre établi par les actes régissant la relation Suisse-UE est ainsi apparu précaire, susceptible de variation dans un sens plus ou moins intégratif. Or il semble que le poids des éléments favorables à l'intégration européenne se renforce.

968. On constate en effet que la relation Suisse-UE est de plus en plus basée sur le droit de l'Union européenne. En d'autres termes, si l'on intègre une approche temporelle à l'analyse de la relation Suisse-UE, on constate un dynamisme, en faveur de l'européanité du droit applicable. Ce dynamisme se concrétise à la fois dans le développement des règles primaires basées sur le droit de l'Union européenne, mais aussi dans la survenance de négociations destinées à étendre l'européanité des règles secondaires.

969. Ce phénomène peut être analysé sur le plan théorique par l'objectivisme. Il s'inscrit dans le constat, établi par plusieurs théories, de l'effet « objectivisant » du temps, et plus

---

[1545] Andrès DELGADO CASTELEIRO, « Relations Between the European Union and Switzerland : a Laboratory for EU External Relations ? », in F. MAIANI, R. PETROV, E. MOULIAROVA (dir.), *European Integration Without EU Membership: Models, Experiences, Perspectives - European University Institute (EUI) Working Papers* n°2009/10, pp. 103-110, spéc. p.104,

[1546] Christine KADDOUS, « The Significance of "Precedent" in the Bilateral Agreements between Switzerland and the European Union », in C. BAUDENBACHER, S. PLANZER (dir.), *The role of precedent*, Stuttgart, German Law Publishers, 2011, 232 p., pp.125-140, spéc. p. 125.

précisément de la durée. Cet effet se manifeste par l'action combinée des éléments objectifs que sont l'effet du développement du droit de l'Union européenne, et l'effet des actes juridiques Suisse-UE basés sur le droit de l'Union européenne. L'influence de l'élément objectif du droit de l'Union, dans son opposabilité ou dans son application dans les actes, apparaît ainsi comme un phénomène d'entraînement favorisant le développement de règles basées sur le droit de l'Union européenne. Or, plus les actes coïncident avec le droit de l'Union européenne, plus la volonté de la Suisse et de l'Union européenne concentre son action sur un objectif légal[1547], c'est-à-dire qu'elle agit un peu comme lors du choix contractuel du droit. L'objectivisation opérée par la durée est donc le fruit de l'action des éléments objectifs qui concourent à l'application du droit de l'Union européenne, et qui concentrent l'action de la volonté, de plus en plus vouée à prendre le droit de l'Union européenne comme référentiel.

970. Apparaît ainsi une dynamique favorable à l'intégration européenne de la Suisse. Toutefois, la lecture qu'offre cette approche temporelle ne doit pas être surestimée. La progression de l'européanité n'est ni uniforme matériellement ni linéaire temporellement. C'est pourquoi elle ne doit pas laisser penser que le point d'arrivée naturel de cette dynamique serait l'adhésion de la Suisse à l'Union européenne. D'une part, ce chapitre ne peut prétendre à une approche prospective affirmant que les éléments objectifs favorables à l'intégration vont continuer à jouer. D'autre part, la volonté de la Suisse à l'égard de l'adhésion à l'Union européenne est également déterminée par d'autres éléments, qu'il s'agisse d'éléments objectifs limitant cette tendance et surtout, par des considérations culturelles, politiques, psychologiques, qu'une approche juridique ne permet guère d'appréhender.

971. L'inclusion du facteur temporel permet uniquement de mettre en relief, en cherchant à l'expliquer, la dynamique qui caractérise la relation Suisse-UE : le renforcement de l'européanité des règles primaires (section 1), mais aussi des règles secondaires (section 2).

[1547] 2 aspects : le développement du droit de l'Union européenne agit comme une contrainte factuelle (objectif factuel) qui détermine : d'une part la volonté de la Suisse de conclure un nouvel acte juridique ou de reprendre un développement (=impulsion sur l'élément subjectif) ; d'autre part la possibilité pour la Suisse de s'écarter du droit de l'Union européenne (qui n'est attention, à ce stade, pas du droit pour elle).

*

* *

Section 1 : La dynamique dans le développement des règles primaires

Section 2 : L'essor des règles secondaires : les « questions institutionnelles »

*

* *

Section 1. La dynamique dans le développement des règles primaires

972. Le développement des règles primaires applicables dans la relation Suisse-UE tend à suivre celui des règles primaires de l'Union européenne. Cette évolution des règles primaires applicables dans la relation Suisse-UE accentue alors la coïncidence du droit sur le droit applicable entre les Etats membres, c'est-à-dire l'assimilation de la Suisse à un Etat membre.

973. Dans la durée, l'assimilation progresse d'un point de vue matériel parce que la relation Suisse-UE reprend les nouvelles règles applicables entre les Etats membres. On verra que cette dynamique, qui résulte de décisions politiques ponctuelles n'est pas régulière, notamment parce que cette reprise des développements ne se fait pas forcément au même moment qu'au sein de l'Union européenne[1548]. Irrégulière, la progression de l'assimilation n'en est pas moins avérée. En effet, l'évolution des actes juridiques régissant la relation Suisse-UE se caractérise par un mouvement, celui du prolongement dans le temps de l'arrimage normatif de la relation Suisse-UE sur le droit de l'Union (§1). Ce dynamisme, qui rappelle sans lui correspondre totalement, celui de la construction de l'Union européenne, peut être expliqué par les théories traditionnelles relatives à l'intégration européenne, mais aussi celles relatives à l'acte juridique (§2).

§1 – L'indicateur de cette dynamique dans l'adoption d'actes juridiques : la progression matérielle de l'assimilation

974. D'un point de vue matériel, les règles primaires applicables entre la Suisse et l'Union européenne évoluent en fonction de celles applicables entre les Etats membres de l'UE. Les règles applicables entre la Suisse et l'Union européenne sont ainsi étendues à de nouveaux Etats membres (A), à de nouveaux domaines régis par le droit de l'Union européenne (B), et au sein d'une matière, les règles suivent les approfondissements opérés par le droit de l'UE, notamment le droit dérivé (C).

[1548] Voir, *infra*, section 2.

A) L'extension des règles aux nouveaux Etats membres de l'UE

975. L'assimilation de la Suisse à un Etat membre progresse car les rapports entre la Suisse et les Etats membres suivent l'élargissement de l'Union européenne à de nouveaux Etats membres.

976. D'une part, une telle progression peut être posée comme règle de principe. L'accord de lutte contre la fraude contient en ce sens une clause permettant son extension à tout nouvel Etat membre de l'Union européenne sur simple notification écrite de ce dernier, évitant ainsi une renégociation de l'accord[1549]. Or non seulement, il s'agit là d'une « *procédure, pratiquée jusqu'à présent en droit communautaire uniquement dans le cadre de conventions conclues entre les Etats membres* »[1550], mais en outre, une telle disposition contribue à faire coïncider l'application de normes entre les Etats de l'UE d'une part, et les Etats de l'UE et la Suisse d'autre part, en réduisant l'écart matériel et temporel entre les régimes applicables à la Suisse et aux Etats de l'UE.

977. D'autre part, la progression peut résulter d'une modification casuistique et discrétionnaire de l'accord. L'accord sur la libre circulation des personnes (ALCP) illustre cette dynamique discrétionnaire. Les négociations relatives à cet accord ont été compliquées, en raison de l'importance de cette liberté qui concerne le marché du travail et met en jeu notamment les régimes nationaux de sécurité sociale[1551]. La Suisse a dès lors cherché à conserver une marge de manœuvre aussi grande que possible. Dans cette optique, l'accord a été fondé sur le principe d'équivalence des législations et non le principe de reprise[1552] ; l'établissement de la libre circulation a été graduel, soumis à une reconduction, la Suisse bénéficiant en outre de clauses de sauvegarde ; enfin, la Suisse était garantie de pouvoir se prononcer et négocier toute extension de l'accord à de nouveaux Etats membres. En effet, et comme le relève le Conseil fédéral[1553], les parties contractantes

---

1549 Article 47, paragraphe 1, de l'accord.

1550 Fabrice FILLIEZ, « Les sources du droit de l'UE en matière de protection des intérêts financiers », précité, spéc. pp. 653-654.

1551 Sur la signification de cet accord pour la Suisse, voir Dieter GROSSEN, « Appréciation politique de l'Accord sur la libre circulation des personnes », in C. KADDOUS, D. FELDER (dir.), *Accords bilatéraux Suisse-UE (Commentaires)*, Dossiers de droit européen, vol. 8, Bruxelles, Bruylant, 2001, pp. 259-268.

1552 Voir, *supra*, partie 1, titre 2.

1553 Message du Conseil fédéral du 23 juin 1999 relatif à l'approbation des accords sectoriels entre la Suisse et la CE, *FF 1999, vol. VI, n°34, pp. 5440-6398*, spéc. p. 5448.

à l'accord sur la libre circulation des personnes sont non seulement la Suisse et la Communauté européenne, mais également chacun des Etats qui la composent. Cette spécificité assure à la Suisse la possibilité de négocier les adaptations nécessaires de l'ALCP pour étendre l'accord aux nouveaux Etats de l'Union. A la suite des élargissements de l'Union en 2004, 2007 et 2013, la Suisse a accepté – par voie référendaire - l'extension de l'ALCP à pas moins de douze nouveaux Etats membres de l'Union[1554].

978. L'extension des règles primaires applicables entre la Suisse et l'Union européenne aux nouveaux Etats membres de cette dernière a également favorisé l'extension de ces règles à de nouveaux domaines, notamment la cohésion économique et sociale.

B) L'extension des règles à de nouveaux domaines du droit de l'UE

979. Les règles primaires contenues dans les accords Suisse-UE sont étendues à de nouveaux domaines couverts par le droit de l'Union. Cette dynamique ressort de la poursuite de l'adaptation autonome (1). Au niveau conventionnel, même si le comité mixte gérant l'accord peut être amené à étendre les règles applicables dans la relation Suisse-UE[1555], cette européanisation du droit applicable dans de nouveaux domaines résulte principalement de la conclusion d'accords par voie conventionnelle classique (2).

1554 Protocole à l'accord entre la Confédération suisse, d'une part, et la Communauté européenne et ses Etats membres, d'autre part, sur la libre circulation des personnes, concernant la participation, en tant que parties contractantes, de la République tchèque, de la République d'Estonie, de la République de Chypre, de la République de Lettonie, de la République de Lituanie, de la République de Hongrie, de la République de Malte, de la République de Pologne, de la République de Slovénie et de la République slovaque, à la suite de leur adhésion à l'Union européenne, conclu le 26 octobre 2004, *RO 2006 995 / JO L 89 du 28.3.2006, p. 30-45* ; Protocole à l'accord entre la Confédération suisse, d'une part, et la Communauté européenne et ses Etats membres, d'autre part, sur la libre circulation des personnes, concernant la participation, en tant que parties contractantes, de la République de Bulgarie et de la Roumanie à la suite de leur adhésion à l'Union européenne, conclu le 27 mai 2008, *RO 2009 2421 | JO L 124 du 20.5.2009, p.53-62*.

S'agissant de l'extension de l'accord de libre circulation des personnes à la Croatie, la Commission européenne avait adopté une proposition de décision relative à la conclusion d'un protocole « *visant à tenir compte* » de l'adhésion de la République de Croatie (proposition du 1er octobre 2013, *COM (2013) 673*). Cependant, à la suite du referendum du 9 février 2014, le Conseil fédéral suisse a annoncé que la Suisse n'était pas en mesure de signer ce protocole III. Compte tenu de la réaction de l'Union européenne, la Suisse a proposé d'appliquer unilatéralement les mesures d'ouverture de la libre circulation des personnes prévues. Sur cette votation, voir, *supra*, partie 1, titre 1, chapitre 2, section 2, §2. Sur l'importance de ne pas sous-estimer la place de la volonté et de la politique dans une lecture du phénomène d'entraînement, voir, *infra*, §2.

1555 Par exemple, la reconnaissance mutuelle a pu être étendue à de nouveaux produits par une décision de comité mixte. Pour une extension aux installations de transport à câbles, voir la décision n°1/2011 du 20 décembre 2011 du comité institué par l'accord relatif à la reconnaissance mutuelle en matière d'évaluation de la conformité, *JO L 80 du 20.3.2012, p. 31–38.* Cette extension se réalise dans le sens du droit de l'Union européenne, puisque l'ordonnance suisse inscrite avait été harmonisée sur la directive de l'Union européenne dans ce domaine (message du Conseil fédéral du 22 décembre 2004 concernant la loi fédérale sur les installations à câbles transportant des personnes, FF 2005, vol. 5, pp. 827-856, spéc. pp.834 et s.).

1) *La poursuite de l'adaptation autonome*

980. L'adaptation autonome de la législation suisse au droit de l'Union européenne est plus difficile à évaluer que la poursuite de la conclusion des accords Suisse-UE. D'abord parce qu'elle suppose de déceler un phénomène qui peut ne pas se revendiquer d'un alignement sur le droit de l'Union européenne. Ensuite, parce que l'identification de l'adaptation autonome du droit de l'Union européenne suppose de distinguer des cas d'adaptation conventionnelle, ceux qui résultent d'une obligation posée par un accord Suisse-UE. Enfin, et même identifié, il reste à savoir s'il faut, pour apprécier l'adaptation, s'en remettre à des critères quantitatifs ou qualitatifs et de savoir lesquels. Difficile à apprécier, l'européanisation concernerait un peu moins du quart du droit suisse, dont la moitié serait des reprises « directes » du droit de l'Union européenne[1556]. Par comparaison, l'étude précitée considère que dans un Etat membre de l'Union européenne 30 à 40% des législations nationales seraient issues de l'UE, ce qui fait des 23% des législations suisses adaptées, un nombre relativement conséquent pour un Etat non-membre de l'Union européenne. L'européanisation est encore plus importante en matière économique pour Clive CHURCH, qui considère que : « *more than half of its [Swiss] economic legislation derives from the EU* »[1557].

981. Surtout, si l'on s'intéresse au mouvement, c'est-à-dire à l'évolution de l'européanisation dans la durée, il semble que l'adaptation du droit suisse au droit européen semble se poursuivre.

982. La modification des conditions de l'examen de l'eurocompatibilité des projets de loi en est un premier indicateur[1558]. Au départ, seuls les projets de loi ayant une dimension transfrontalière devaient être comparés à l'aune du droit de l'Union européenne. Désormais, « *il n'y a plus aucune loi fédérale nouvelle qui ne soit élaborée sans qu'un examen*

[1556] Roy GAVA, Frédéric VARONE, « So Close, Yet so Far ? The EU Footprint in Swiss Legislative Production », in S. BROUARD, O. COSTA, T. KÖNIG (dir.), *The Europeanization of domestic legislatures : The empirical implications of the Delors' myth in nine countries*, New York, Springer, 2012, 244 p., cité par René SCHWOK, « L'absence de solidarité suisse au "contrat social" européen, un modèle à suivre ? », *Chantiers politiques*, 2012, n°10 Le nouveau contrat européen : Accords, engagements et solidarités en question, pp. 67-75, spéc. p.73.

[1557] CHURCH Clive H. (dir.), *Switzerland and the European Union: a close, contradictory and misunderstood relationship*, London, Routledge, 2007, 263 p., spéc. p.1.

[1558] Voir, *supra*, partie 1, titre 2, chapitre 1, section 2, §1.

approfondi soit mené sur son eurocompatibilité »[1559]. Certes, un tel examen n'implique pas nécessairement l'adaptation du droit suisse, mais sa généralisation est révélatrice d'une prise en compte croissante par le législateur suisse du droit de l'Union européenne.

983. De surcroit, le législateur suisse continue d'adapter le droit suisse au droit de l'Union européenne. Tel est le cas par exemple, dans le domaine de l'électricité, cette adaptation ayant même été relevée par Yves BOT dans ses conclusions dans l'affaire C-66/13[1560]. L'avocat général relève en effet que l'accord conclu entre la République italienne et la Confédération suisse prévoit une reconnaissance entre les parties des garanties d'origine en ce qui concerne l'électricité importée à partir de l'année 2006, « *année durant laquelle la Confédération suisse s'est dotée d'une réglementation conforme aux dispositions de la directive 2001/77* »[1561]. Que cette adaptation se fasse sur des points qui peuvent apparaître techniques[1562] ne remet pas en cause la dynamique établie. La doctrine constate ainsi un rapprochement constant du droit suisse sur le droit de l'Union européenne, souvent qualifié d'européanisation. En ce sens, Francesco MAIANI relève que : « *In the Swiss experience, legal Europeanization is first and foremost an* expansive *process* »[1563]. De même, Olivier MACH souligne « *la tendance croissante à la "communautarisation"*

1559 Franz WERRO, *Dénationalisation*, p. 16, cité par Vincent MIGNON, *Le droit privé suisse à l'épreuve du droit privé communautaire*, Berne, Stämpfli, 2010, 648 p., note 768.

1560 Dans cette affaire, la Cour de justice doit déterminer si l'adoption de règles communes en droit de l'Union européenne a emporté le dessaisissement des États membres de leur compétence nationale concurrente en les privant de la faculté de conclure avec les États tiers tels que la Suisse, des accords portant sur la reconnaissance des garanties d'origine pour établir l'origine verte de l'électricité importée depuis ces États.

1561 Directive 2001/77/CE du Parlement européen et du Conseil, du 27 septembre 2001, relative à la promotion de l'électricité produite à partir de sources d'énergie renouvelables sur le marché intérieur de l'électricité, *JO L 283, 27 octobre 2001, p.33-40*. Voir : Yves BOT, Conclusions présentées le 13 mars 2014, *Green Network SpA c. Autorità per l'energia elettrica e il gas*, aff. C-66/13, pt 17.

1562 Par exemple, la Suisse a adapté en novembre 2012 sa réglementation relative à l'étiquetage des denrées alimentaires sur le règlement (UE) n°432/2012 de la Commission du 16 mai 2012 établissant une liste des allégations de santé autorisées portant sur les denrées alimentaires, autres que celles faisant référence à la réduction du risque de maladie ainsi qu'au développement et à la santé infantiles, *JO L 136 du 25.5.2012, p. 1–40.* Concrètement, l'harmonisation de la réglementation avec le droit de l'Union européenne fait passer de 30 à 200, les allégations de santé (slogans vantant les bienfaits d'une denrée sur la santé) pouvant être utilisées pour l'étiquetage des denrées alimentaires en Suisse : ordonnance du DFI sur l'étiquetage et la publicité des denrées alimentaires (OEDAl), modification du 26 novembre 2012, *RO 2012 6811*. Cette adaptation suit la logique exposées *supra* en partie 1, titre 2, chapitre 1, section 2. En effet : « *Les allégations de santé autorisées sont applicables en Suisse et dans tout l'espace économique européen. D'une part, cette harmonisation permet aux consommateurs suisses de disposer des mêmes informations que les consommateurs dans l'UE. D'autre part, elle permet d'éviter de nouvelles entraves au commerce* » (communiqué de presse de l'Office fédéral de la santé publique du 30 novembre 2012).

1563 L'auteur définit le terme Europeanization par l'influence qu'exerce le droit de l'UE sur les ordres juridiques nationaux : Francesco MAIANI, « Legal Europeanization as Legal Transformation: Some Insights from Swiss 'Outer Europe' », in F. MAIANI, R. PETROV, E. MOULIAROVA (dir.), *European Integration Without EU Membership: Models, Experiences, Perspectives - European University Institute (EUI) Working Papers* n°2009/10, pp. 111-123, spéc. p. 115.

progressive de pans entiers du droit suisse »[1564]. Les lois suisses « *proviennent matériellement de plus en plus de la Communauté européenne* »[1565], en particulier en droit privé, les auteurs soulignant que l'européanisation du droit privé suisse est « *aujourd'hui une réalité dont l'importance pratique ne cesse de croître* »[1566].

984. Enfin, une attention particulière doit être portée sur la participation de la Suisse à la cohésion économique et sociale au sein de l'Union européenne. Une telle contribution était prévue dans l'accord EEE comme corollaire de la libre circulation des personnes. Toutefois, cette participation financière n'a pas été reprise dans l'accord sur la libre circulation des personnes (ALCP) de 1999. A partir de l'élargissement de l'Union européenne en 2004, l'ALCP a été étendu aux nouveaux Etats membres, et la Suisse a décidé de participer à la réduction des disparités économique et sociale au sein de l'UE élargie[1567]. L'approche essentiellement économique de l'ALCP a ainsi été complétée par des considérations de cohésion, et ce, toujours sur la base des politiques prévues au sein de l'Union européenne. Cet exemple intègre cependant trois spécificités. D'abord, la Suisse contribue à la cohésion au sein de l'Union européenne mais sans participer aux instruments d'encouragement de l'Union[1568]. Ensuite, cette participation se situe à la charnière du prolongement de l'adaptation autonome et du développement du cadre conventionnel. En effet, la loi suisse sur la coopération avec les Etats d'Europe de l'Est[1569] n'est pas à proprement parler un acte national exécutant un engagement international puisque la conclusion d'un accord contraignant s'est révélée impossible[1570] ; mais elle a été

1564 Olivier MACH, « La place des Accords bilatéraux II dans l'ordre juridique suisse », in C. KADDOUS, M. JAMETTI GREINER (dir.), *Accords bilatéraux II Suisse-UE : et autres accords récents*, Bruxelles, Bruylant, 2006, pp. 169-192, spéc. p.171.

1565 Franz WERRO, *Dénationalisation*, p. 16, cité par Vincent MIGNON, *Le droit privé suisse à l'épreuve du droit privé communautaire*, Berne, Stämpfli, 2010, 648 p., spéc. p.206.

1566 Thomas PROBST, « Préface », in *F. WERRO, T. PROBST (dir.), Le droit privé suisse face au droit communautaire européen. Questions actuelles en droit de la responsabilité civile et en droit des contrats*, Staempfli, Berne, 2004, pp.5-6, spéc. p.5.

1567 Le Conseil fédéral a transmis au Parlement le message portant sur l'approbation d'un crédit-cadre de 45 millions de francs en faveur de la Croatie, au titre d'une contribution à l'élargissement : Message du Conseil fédéral du 28 mai 2014 sur la contribution de la Suisse en faveur de la Croatie au titre de la réduction des disparités économiques et sociales dans l'Union européenne élargie, *FF 2014, n° 24, pp.4035-4084.*

1568 Le Conseil fédéral justifie ce choix, considérant qu'il était « *hors de question pour la Suisse – elle-même n'étant pas membre de l'UE – de participer directement aux instruments d'encouragement de l'Union* » : Message du Conseil fédéral du 15 décembre 2006 sur la contribution de la Suisse à l'atténuation des disparités économiques et sociales dans l'Union européenne élargie, *FF 2007, vol. I, n°5, pp.439-506*, spéc. p. 447.

1569 Loi fédérale sur la coopération avec les Etats d'Europe de l'Est, du 24 mars 2006, *RS. 974.1*.

1570 Exposé des motifs de la proposition de décision du Conseil du 20 octobre 2005 autorisant la conclusion, au nom de la Communauté européenne, d'un mémorandum d'entente entre la Communauté européenne et le Conseil fédéral

adoptée à la suite du memorendum d'entente, lequel semble de surcroît n'avoir jamais été formellement conclu[1571].

985. L'adaptation autonome du droit suisse continue de se pratiquer et révèle ainsi l'importance persistante voire grandissante du droit de l'Union européenne pour la relation Suisse-UE, que les lois suisses d'adaptation spontanée appréhendent indirectement. De manière plus directe et évidente, on constate que le réseau conventionnel entre la Suisse et l'Union européenne continue d'évoluer en fonction du droit de l'Union européenne.

2) La conclusion d'accords Suisse-UE

986. Si l'on prend comme point de repère l'accord de 1972 sur le libre-échange des produits industriels[1572], la relation Suisse-UE s'est considérablement développée, et ce, en fonction du droit de l'Union européenne.

987. Certes, en matière de libre-échange, on retrouve les réserves relatives au constat de l'assimilation[1573] : il est difficile de constater que le développement suit celui de l'Union européenne puisque le libre-échange n'est pas une spécificité de l'UE. Il est ainsi difficile de caractériser certains développements consécutifs à l'accord de 1972, tel que l'accord de 1999 sur l'échange de produits agricoles[1574], dans lequel est insérée en 2011 une nouvelle annexe 12, à la suite de la conclusion d'un accord sur les indications géographiques protégées[1575].

---

suisse concernant une contribution de la Confédération suisse à la réduction des disparités économiques et sociales au sein de l'Union européenne élargie, et autorisant certains États membres à conclure individuellement des accords avec la Confédération suisse en vue de la mise en œuvre du mémorandum, *COM(2005) 468 final*.

1571 Ce texte a été adapté en 2008 pour tenir compte du nouvel élargissement de l'Union : voir les conclusions du Conseil et des représentants des gouvernements des États membres réunis au sein du Conseil concernant un addendum au mémorandum d'entente conclu le 27 février 2006 entre la présidence du Conseil de l'Union européenne et le Conseil fédéral suisse, adoptées le 14 mai 2008. Dans l'UE, la proposition précitée a fait l'objet d'un retrait, classée parmi les « *propositions de la Commission qui ne revêtent plus un caractère d'actualité* » : *JO C 252 du 18.9.2010, p. 10*. Toutefois, la contribution « autonome » de la Suisse « intéresse » l'Union européenne, le Conseil de l'UE s'étant montré « *convaincu que la contribution de la Suisse se poursuivra à l'avenir, sur la base d'une révision des mécanismes existants* » : Conclusions du Conseil de l'UE sur les relations de l'UE avec les pays de l'AELE, 14 décembre 2010, pt 40.

1572 Accord du 22 juillet 1972, *RO 1972 3169 / JO L 300 du 31.12.1972, p. 189-280*.

1573 Voir, *supra*, chapitre 1, section 1, §2, C, 1, a).

1574 Accord du 21 juin 1999 relatif aux échanges de produits agricoles, *RS 0.916.026.81 / JO L 114 du 30.4.2002, p. 132-349*. L'accord vise en préambule le traité de 1972.

1575 Accord du 17 mai 2011 relatif à la protection des appellations d'origine et des indications géographiques pour les produits agricoles et les denrées alimentaires, modifiant l'accord entre la Communauté européenne et la Confédération suisse relatif aux échanges de produits agricoles, *RO 2011 5149 / JO L 297 du 16.11.2011, p. 3–47*.

988. Sous cette réserve, on constate que les accords Suisse-UE sont progressivement suivis de nouveaux accords, qui reprennent également le droit de l'Union. Lorsqu'il est conclu en 1972, l'accord de libre-échange apparaît pour les Etats de l'AELE comme un rapprochement « minimaliste » avec la CEE[1576]. Pour autant, cet accord, « *qui comportait une clause évolutive, a facilité par la suite la conclusion de très nombreux accords de coopération* »[1577]. En effet l'accord de 1972 sera suivi d'un élargissement permanent de la demande conventionnelle à de nouveaux domaines, lesquels ont été régis par des accords dont les règles primaires sont basées sur le droit de l'Union européenne[1578]. Ont ainsi été conclus, sur la base du droit européen, l'accord de 1989 sur les assurances[1579] et les accords de 1999 relatif notamment à la reconnaissance mutuelle en matière d'évaluation de la conformité, à la libre circulation des personnes, aux transports terrestre et aérien, et sur la coopération scientifique et technologique. Les domaines couverts par ce paquet d'accords sectoriels sont importants, et, basés sur le droit de l'Union, ils assurent à de nombreux égards à la Suisse, une situation comparable à celle des Etats de l'Union européenne[1580].

989. Mais déjà la Suisse et de l'Union européenne affirment leur volonté de développer leurs relations, notamment sur la base du droit de l'UE[1581]. Dans une déclaration commune, les parties aux accords bilatéraux I « *s'engagent à entamer des négociations sur une libéralisation générale de la prestation de services sur la base de l'acquis communautaire dès que possible* »[1582]. De même, la Suisse se déclare « *prête à participer au système de coordination de l'UE en matière de demandes d'asile et propose l'engagement de négociations pour la conclusion d'une convention parallèle à la Convention de Dublin* »[1583].

990. Les négociations bilatérales II ont permis d'aboutir en 2004 à la conclusion d'accords sur certains de ces sujets, accords également basés sur le droit de l'Union.

1576 Yann de L'ECOTAIS, « L'Europe à Seize », *Revue du marché commun,* 1972, n°157, pp.607-609, spéc. p.609.

1577 Jean-Louis CLERGERIE, « La Suisse et l'intégration européenne », *A.J.D.A.* 1990, n°4, pp.271-279, spéc. p.279.

1578 Sur l'européanité des règles primaires, voir *supra*, partie 1, titre 2, chapitre 2.

1579 Accord du 10 octobre 1989 concernant l'assurance directe autre que l'assurance sur la vie, *RS 0.961.1 / JO L 205 du 27.7.1991, p. 2–47*.

1580 Sur l'assimilation de la Suisse à un Etat membre, voir, *supra*, chapitre 1, section 1.

1581 Sur le passage des négociations bilatérales I à II, voir Dante MARTINELLI, « Les Accords bilatéraux II vus de Bruxelles », in C. KADDOUS, M. JAMETTI GREINER (dir.), *Accords bilatéraux II Suisse-UE : et autres accords récents*, Dossiers de droit européen, Vol. 16, Bruxelles, Bruylant, 2006, pp. 16-22, spéc. p. 17.

1582 Déclaration commune sur une libéralisation générale de la prestation de services annexée à l'accord sur la libre circulation des personnes, *RS 0.142.112.681 / JO L 114 du 30.4.2002*, p.70.

1583 Déclaration de la Suisse sur la politique de migration et d'asile annexée à l'accord sur la libre circulation des personnes, *RS 0.142.112.681 / JO L 114 du 30.4.2002, p.70*.

Ces accords développent la coopération « *au-delà des aspects purement économiques en couvrant des domaines tels que la sécurité intérieure, l'asile, l'environnement, la statistique* »[1584]. Et cette extension se fait sur la base du droit de l'Union puisque ces accords assurent à la Suisse une participation aux coopérations Schengen et Dublin[1585], une participation à l'Agence européenne de l'environnement[1586], et au système statistique de l'Union européenne[1587].

991. De nouveau, on retrouve à l'issue du cycle des bilatérales II, des sujets de coopération en suspens. Dans le domaine de l'éducation, à défaut de parvenir à un accord juridique, la Suisse et l'Union européenne ont par un échange de correspondance, fixé les modalités de rencontres régulières après la conclusion des Bilatérales II[1588]. Elles aboutiront en 2010 à la conclusion d'un accord prévoyant la participation de la Suisse au programme « Jeunesse en action » de l'Union européenne[1589].

992. Il n'est pas prévu que le réseau conventionnel entre la Suisse et l'Union européenne s'arrête. A cet égard, le Professeur Christine KADDOUS souligne : « *The relations between Switzerland and the European Union are developing continually. New negotiations are currently taking place in different fields* »[1590]. Ces négociations portent sur l'électricité, l'agriculture, la sécurité des produits, la santé publique et la navigation civile par satellite. Elles sont parfois désignées sous la formule de troisième cycle de négociations, des « Bilatérales III »,

---

1584 Christine KADDOUS, « La place des Accords bilatéraux II dans l'ordre juridique de l'Union européenne », in C. KADDOUS, M. JAMETTI GREINER (dir.), *Accords bilatéraux II Suisse-UE : et autres accords récents*, Bruxelles, Bruylant, 2006, pp. 63-92, spéc. p. 66.

1585 Accord du 26 octobre 2004 sur l'association de la Confédération suisse à la mise en œuvre, à l'application et au développement de l'acquis de Schengen, *RS 0.362.31 / JO L 53 du 27.2.2008, p. 52-79* ; Accord du 26 octobre 2004 relatif aux critères et aux mécanismes permettant de déterminer l'Etat responsable de l'examen d'une demande d'asile introduite dans un Etat membre ou en Suisse, *RS 0.142.392.68 / JO L 53 du 27.2.2008, p.5-17*.

1586 Accord du 26 octobre 2004 concernant la participation de la Suisse à l'Agence européenne pour l'environnement et au réseau européen d'information et d'observation pour l'environnement (EIONET), *RS 0.814.092.681 / JO L 90 du 28.3.2006, p.37-47*.

1587 Accord du 26 octobre 2004 relatif à la coopération dans le domaine statistique, *RS 0.431.026.81 / JO L 90 du 28.3.2006, p. 2-20*.

1588 Message du Conseil fédéral du 1er octobre 2004 relatif à l'approbation des accords bilatéraux entre la Suisse et l'Union européenne, [...], *FF 2004, vol. I, n°44, pp.5593-5924*, spéc. p. 5632.

1589 Accord du 15 février 2010 établissant les termes et conditions de la participation de la Confédération suisse au programme «Jeunesse en action» et au programme d'action dans le domaine de l'éducation et de la formation tout au long de la vie (2007–2013), *RS 0.402.268.1 / JO L 87 du 7.4.2010, p. 7–18*.

1590 Christine KADDOUS, « The Significance of "Precedent" in the Bilateral Agreements between Switzerland and the European Union », in C. BAUDENBACHER, S. PLANZER (dir.), *The role of precedent*, Stuttgart, German Law Publishers, 2011, pp.125-140, spéc. p. 128.

et semblent également prendre le droit de l'Union européenne comme référentiel[1591]. Mais, cette approche groupée est incertaine : d'un côté, on constate que certaines négociations ont abouti à la conclusion d'un accord comme celui signé en matière de navigation par satellite à la fin de l'année 2013[1592] ; de l'autre côté, il n'est pas certain que les autres domaines aboutissent à la conclusion d'accords, « *les négociations concernant la participation de la Suisse étendue à certains volets du marché intérieur* [ayant] *débouché sur une impasse en partie en raison de questions institutionnelles* »[1593]. En effet, l'Union européenne a modifié sa position sur l'approche sectorielle poursuivie avec la Suisse : celle-ci doit se poursuivre en assurant à la relation Suisse-UE un « *saut qualitatif* »[1594]. Plus précisément, l'Union européenne juge que l'établissement d'un cadre institutionnel plus poussé – objet de la seconde section – est prioritaire sur la poursuite de l'approche sectorielle ; la Suisse cependant espère mener ensemble les discussions sectorielles et institutionnelles[1595].

993. En somme, le développement du droit dans la relation Suisse-UE se caractérise par l'établissement de règles primaires basées sur le droit de l'Union, pour régir de nouveaux domaines de la relation Suisse-UE. Cette dynamique d'européanisation se manifeste non seulement dans l'extension des règles applicables à de nouveaux domaines, mais également dans leur approfondissement, même si la frontière entre l'extension et l'approfondissement n'est pas absolue[1596].

1591 Dans le domaine de l'électricité par exemple, le Parlement européen s'est félicité « *des initiatives actuelles visant à intensifier la coopération avec la Suisse, qui devraient aussi avoir pour objectif son intégration totale dans le marché intérieur européen de l'énergie* » : Résolution du Parlement européen du 12 juin 2012, «S'investir dans la coopération avec des partenaires au-delà de nos frontières en matière de politique énergétique: une approche stratégique d'un approvisionnement énergétique sûr, durable et compétitif», *P7_TA(2012)0238*, pt 69. Plus généralement, le Conseil de l'UE souligne que l'homogénéité indispensable « *au bon fonctionnement du marché intérieur* […] *doit se refléter dans tous les accords en cours de négociation* » : Conclusions du Conseil de l'Union européenne sur les relations de l'UE avec les pays de l'AELE, 8 décembre 2008, pt 31.

1592 Accord de coopération entre l'Union européenne et ses États membres, d'une part, et la Confédération suisse, d'autre part, relatif aux programmes européens de navigation par satellite du 18 décembre 2013, *RS 0.741.826.8 / JO L 15, 20.1.2014, p.3-17*.

1593 Conclusions du Conseil de l'UE sur les relations de l'UE avec les pays de l'AELE, 20 décembre 2012, pt 30.

1594 Déclaration du Président BARROSO à la suite de sa rencontre avec Micheline CALMY-REY, Présidente de la Confédération suisse, 8 février 2011, *SPEECH/11/76*.

1595 Tanguy VERHOOSEL, « Un véritable casse-tête institutionnel », *Europolitique*, Supplément au n°4409, 20 avril 2012, p.23.

1596 Par exemple, si l'on considère le « domaine » de la reconnaissance mutuelle, l'extension des accords à de nouvelles marchandises peut être vue comme un approfondissement de la reconnaissance. Voir par exemple la décision n°1/2011 du 20 décembre 2011 du comité institué par l'accord relatif à la reconnaissance mutuelle en matière d'évaluation de la conformité concernant l'inclusion à l'annexe 1 d'un nouveau chapitre 19 sur les installations à câbles et la mise à jour des références juridiques visées à l'annexe 1, *JO L 80 du 20.3.2012, p. 31–38*.

C) *L'approfondissement des règles en fonction du droit de l'UE*

994. Dans la relation Suisse-UE, le développement des règles primaires semble suivre également les approfondissements du droit de l'Union européenne dans une matière. Comme pour le point précédent, l'approfondissement est le fait de décisions des autorités politiques et ne présente pas d'automatisme. Une telle dynamique est par exemple le fait du législateur suisse, qui poursuit de manière dite autonome l'européanisation du droit suisse[1597]. Au plan conventionnel également les autorités politiques décident de la modification des accords en fonction du droit de l'Union européenne. Leur marge de manœuvre n'est cependant pas la même, selon que les accords comportent ou non des règles secondaires qui orientent le développement de l'accord sur le développement du droit de l'Union européenne[1598]. On verra ainsi pour chaque voie de modification de l'accord, c'est-à-dire par la voie conventionnelle classique ou par le biais du comité mixte, que la dynamique d'européanisation des règles primaires est plus ou moins prévisible selon que l'approfondissement est suscité ou non par des règles secondaires. L'approfondissement des règles primaires peut ainsi être opéré par la voie conventionnelle classique en droit international (1), mais également résulter de décisions des comités mixtes Suisse-UE, qui jouent à cet égard un rôle essentiel (2).

1) *La conclusion d'accords Suisse-UE : voie classique de l'approfondissement*

995. De nouveaux accords Suisse-UE approfondissent les règles primaires posées par les accords existants, en les modifiant, complétant ou remplaçant.

996. Ce parallélisme entre l'évolution de l'accord et celle de l'Union européenne peut d'abord résulter d'une révision classique, des accords Suisse-UE. En matière de fiscalité de l'épargne, l'accord Suisse-UE est lié à une directive de l'Union européenne[1599]. Un processus de révision de la directive étant en cours au sein de l'Union européenne, celle-ci a engagé un processus visant à adapter dans le même sens les accords qu'elle a conclus

---

[1597] Voir, *supra*, 2, a).

[1598] Voir, *supra*, partie 1, titre 2, chapitre 3, section 2.

[1599] Voir, *supra*, partie 1, titre 2, chapitre 3, section 2.

avec différents Etats notamment la Suisse[1600]. Dès 2010, la Suisse se montre « *disposée à envisager une extension du champ d'application de l'accord en matière de fiscalité des revenus de l'épargne, lorsque l'UE aura terminé ses travaux sur la révision de la directive en matière de fiscalité des revenus de l'épargne* »[1601].

997. L'évolution similaire de l'accord Suisse-UE et du droit de l'UE de base peut également résulter d'une procédure simplifiée de révision de l'accord. Ainsi, dans les accords d'association de la Suisse à Schengen et Dublin, la Suisse s'est engagée à reprendre les développements de l'acquis[1602]. Concrètement, après avoir été informée de l'adoption d'un développement du droit de l'UE, la Suisse doit se prononcer sur l'acceptation de l'acte. Si sa décision est positive, elle la communique par écrit à l'Union européenne sous la forme d'un échange de notes, cette reprise étant considérée pour la Suisse comme la conclusion d'un traité international. Depuis la conclusion de ces accords, l'Union européenne a notifié à la Suisse plus de 150 développements de l'acquis de Schengen et 2 développements de l'acquis de Dublin[1603]. Si la Suisse n'a pas encore, compte tenu de son système démocratique, formellement accepté l'ensemble de ces actes, le chef Justice et Affaire intérieures de Direction des affaires européennes de la Confédération suisse ne constate pour le moment aucun refus de reprise : « *A chaque fois, le Conseil fédéral et le Parlement ont confirmé leur volonté de poursuivre la coopération de Schengen et Dublin* »[1604]. Par exemple, le Parlement suisse a accepté en 2008 le « Code frontières Schengen »[1605] ; le peuple suisse a accepté à 50,1% des voix en 2009 le règlement de l'UE sur les données biométriques dans les passeports et les documents de voyage pour

---

1600 Le 14 mai 2013, le Conseil des ministres des finances des Etats membres de l'UE (Ecofin) a adopté un mandat permettant à la Commission européenne de négocier une adaptation des accords sur la fiscalité de l'épargne notamment avec la Suisse et d'autres Etats tiers. Le 18 décembre 2013, le Conseil fédéral a adopté le mandat de négociation sur la révision de l'accord. Les négociations ont débuté le 17 janvier 2014.

1601 Conclusions du Conseil de l'UE sur les relations de l'UE avec les pays de l'AELE, 14 décembre 2010, pt 46.

1602 Sur la procédure de reprise, voir notamment Anne CORNU, « Les aspects institutionnels des Accords d'association de la Suisse à Schengen et à Dublin », in *C. KADDOUS, M. JAMETTI GREINER (dir.), Accords bilatéraux II Suisse-UE : et autres accords récents*, Bruxelles, Bruylant, 2006, pp. 207-244.

1603 Une liste des actes notifiés est disponible sur le site : www.admin.ch/ch/f/eur/008.004.000.000.000.000.html

1604 Vincent PASQUIER, « Lettre de Berne: Retour sur cinq ans de coopération à Schengen/Dublin », *Suisseurope* VI/2013, publié par la Direction des affaires européennes, disponible sur le site : http://www.europa.admin.ch/dienstleistungen/00553/00555/00556/02062/index.html?lang=fr

1605 Arrêté fédéral du 13 juin 2008 portant approbation de l'échange de notes entre la Suisse et l'Union européenne portant approbation et mise en œuvre de l'échange de notes entre la Suisse et la Communauté européenne concernant la reprise du code frontières Schengen, *RO 2008 5629*. Le texte reprend le règlement (CE) n°562/2006 du Parlement européen et du Conseil du 15 mars 2006 établissant un code communautaire relatif au régime de franchissement des frontières par les personnes (code frontières Schengen), *JO L 105 du 13.4.2006, p. 1–32*.

étrangers[1606] ; le Conseil fédéral a accepté en 2013, sous réserve de son approbation par le Parlement, le règlement Dublin III[1607].

998. Mais ce sont surtout les comités mixtes Suisse-UE qui font évoluer les règles primaires applicables en fonction des approfondissements intervenus dans l'Union européenne.

2) *Les décisions de reprise des comités mixtes*

999. L'approfondissement des règles primaires posées par les accords Suisse-UE peut d'abord s'expliquer par la structure de certaines règles secondaires, qui orientent les décisions des comités mixtes sur le développement du droit de l'Union européenne. Ainsi, le comité mixte gérant l'accord sur le transport aérien a adopté une quinzaine de décisions qui modifient l'annexe de l'accord en fonction des développements intervenus en droit de l'Union européenne. Concrètement, les références aux actes de l'Union européenne contenues dans l'annexe[1608], sont supprimées ou complétées par la mention des nouveaux actes de l'Union européenne. L'accord, signé en 1999, intègre ainsi des actes du droit de l'UE postérieurs, notamment le règlement de 2008 établissant des règles communes pour l'exploitation de services aériens dans la Communauté[1609]. La révision de l'annexe ainsi opérée par le comité mixte n'est pas forcément source de simplicité[1610], mais en reprenant

---

1606 Arrêté fédéral du 13 juin 2008 portant approbation et mise en œuvre de l'échange de notes entre la Suisse et la Communauté européenne concernant la reprise du Règlement (CE) 2252/2004 relatif aux passeports biométriques et aux documents de voyage, *FF 2008 4813*. Le 15 octobre 2008, le référendum contre cette décision a abouti. Le 17 mai 2009, le projet a été accepté par les citoyens lors de la votation n°542 : Arrêté du Conseil fédéral constatant le résultat de la votation populaire du 17 mai 2009 du 21 octobre 2009, *FF 2009 6836*. Est ainsi repris le règlement (CE) n°2252/2004 du Conseil du 13 décembre 2004 établissant des normes pour les éléments de sécurité et les éléments biométriques intégrés dans les passeports et les documents de voyage délivrés par les États membres, *JO L 385 du 29.12.2004, p. 1–6*.

1607 Projet d'arrêté fédéral portant approbation et mise en œuvre de l'échange de notes entre la Suisse et l'Union européenne concernant la reprise du règlement (UE) n°604/2013 établissant les critères et mécanismes de détermination de l'Etat membre responsable de l'examen d'une demande de protection internationale. Est visée la reprise du règlement (UE) n°604/2013 du Parlement européen et du Conseil du 26 juin 2013 établissant les critères et mécanismes de détermination de l'État membre responsable de l'examen d'une demande de protection internationale introduite dans l'un des États membres par un ressortissant de pays tiers ou un apatride, *JO L 180 du 29.6.2013, p. 31–59*.

1608 Sur les modalités d'établissement d'européanité des règles primaires, voir, *supra*, partie 1, titre 2, chapitre 2.

1609 Règlement (CE) n°1008/2008 du Parlement européen et du Conseil du 24 septembre 2008 établissant des règles communes pour l'exploitation de services aériens dans la Communauté, *JO L 293 du 31.10.2008, p. 3–20*, auquel se réfère la décision n°1/2010 du Comité mixte Communauté/Suisse des transports aériens institué par l'accord entre la Communauté européenne et la Confédération suisse sur le transport aérien du 7 avril 2010, remplaçant l'annexe de l'accord entre la Communauté européenne et la Confédération suisse sur le transport aérien, *JO L 106 du 28.4.2010, p. 20–38*.

1610 Pour conserver le même exemple, la décision du comité mixte modifie en annexe l'acte de droit de l'UE visé dans l'accord : « *les références faites aux règlements (CEE) n°2407/92 et n°2408/92 du Conseil aux articles 4, 15, 18, 27*

un acte qui approfondit l'unification du marché de l'aviation civile, elle accentue dans le même temps l'assimilation de la Suisse à un Etat membre.

1000. Les comités mixtes gérant certains accords Suisse-UE ont repris des développements du droit de l'Union, ces décisions contribuant à accroître l'assimilation matérielle de la Suisse à un Etat membre. Dans ces domaines, une telle progression matérielle s'explique au regard de la structure des règles secondaires de ces accords qui orientent l'action du comité mixte gérant l'accord vers une reprise du droit de l'Union.

1001. Mais, même dans les accords qui n'orientent pas ainsi l'action du comité mixte, on s'aperçoit que les comités mixtes, qui bénéficient d'une marge de manœuvre plus importante, ont également tendance à reprendre les approfondissements du droit de l'UE dans le domaine couvert par l'accord. En d'autres termes, alors même que les comités mixtes bénéficient d'une large discrétion, ils décident régulièrement de reprendre les développements du droit de l'Union européenne relatifs aux accords Suisse-UE. Ce faisant, leurs décisions vont dans le sens d'un approfondissement des règles primaires posées par les accords, en fonction des développements intervenus au sein de l'Union.

1002. On retrouve cette dynamique dans l'évolution de l'accord sur la libre circulation des personnes (ALCP). Parfois, l'évolution en fonction du droit de l'Union européenne est « annoncée » par des déclarations annexées aux accords[1611]. Dans la plupart des cas, le comité mixte ALCP dispose d'une large de manœuvre, pour modifier un accord certes caractérisé par des règles primaires fortement marquées par leur européanité, mais fondé sur le principe d'équivalence des législations, et non sur un principe de reprise. Or ici aussi, depuis la date de la signature de l'ALCP, le comité mixte a intégré les évolutions du droit de l'Union européenne dans le domaine couvert par l'accord, par exemple celui de la sécurité sociale. Il a en premier lieu tenu compte des modifications du règlement n°1408/71 auquel se réfère l'annexe II, en considérant « *nécessaire d'insérer dans l'accord* […]

---

et 35 de l'accord s'entendent comme des références au règlement (CE) n°1008/2008 du Parlement européen et du Conseil » (pt 1 de l'annexe).

[1611] Annexée à l'accord sur la libre circulation des personnes, une déclaration de la Suisse sur la reconnaissance des diplômes d'architecte, indique qu'elle « *proposera au Comité mixte de l'accord sur la libre circulation des personnes, immédiatement dès sa constitution, l'inclusion, dans l'annexe III de l'accord sur la libre circulation des personnes, des diplômes d'architecte délivrés par les Hautes écoles spécialisées suisses, conformément aux dispositions de la directive 85/384/CEE du 10 juin 1986* ».

les actes modificatifs pertinents »[1612]. Bien plus, ce règlement ayant ensuite été remplacé dans l'Union européenne par le règlement n°883/2004, le comité mixte a réalisé dans l'ALCP une substitution identique[1613]. Pour la Cour de justice, une telle opération constitue une « *mise à jour* » de l'annexe II de l'ALCP »[1614]. On soulignera également sur le plan matériel que ce développement du droit met en lumière la densité des liens qui se sont établis progressivement avec le droit de l'Union européenne. En effet, ce développement du droit dans la relation Suisse-UE qui s'est fait en fonction du droit de l'Union européenne, était indirectement contesté dans le recours en annulation de la décision 2011/863/UE[1615] par laquelle le Conseil a défini la position de l'Union européenne au sein du comité mixte Suisse-UE en ce qui concerne le remplacement de l'annexe de l'ALCP précité. Le Royaume-Uni, soutenu par l'Irlande, contestait en particulier le choix de l'article 48 TFUE pour fonder la base juridique de cette décision, disposition qui fait partie des dispositions relatives à la liberté de circulation contenues dans la troisième partie du titre IV du traité FUE ; le Royaume-Uni soutenait que la décision aurait dû être adaptée sur le fondement de l'article 79 TFUE, qui fait partie des dispositions relatives à l'espace de liberté, de sécurité et de justice contenues dans la troisième partie, titre V, du traité FUE. Si la Cour n'a pas suivi l'argumentation développée par le Royaume-Uni[1616], cette affaire met en lumière, de manière incidente, le « maillage » qui se développe dans la relation Suisse-UE par le biais des décisions des comités mixtes et qui se situe au confluent de questions relatives au marché intérieur et à l'ELSJ.

1003. Cette dynamique se constate également dans les accords plus classiques, à l'égard desquels l'européanité des règles primaires est moins forte que dans l'ALCP. Par exemple, le comité mixte gérant l'accord de coopération en matière statistiques a modifié les

---

1612 Considérant 3 de la décision n°2/2003 du 15 juillet 2003 portant modification de l'annexe II (sécurité sociale) de l'accord entre la Communauté européenne et ses États membres et la Confédération suisse sur la libre circulation des personnes, *JO L 187 du 26.7.2003, p. 55–60*.

1613 Décision n°1/2012 du1er avril 2012 remplaçant l'annexe II sur la coordination des systèmes de sécurité sociale, *JO L 103 du 13.04.2012, p.51-59*.

1614 CJUE, 19 septembre 2013, *Hliddal et Bornand*, aff. jtes C-216/12 et C-217/12, *non encore publié*, pt 12.

1615 Décision 2011/863/UE du Conseil, du 16 décembre 2011, relative à la position que doit adopter l'Union européenne au sein du Comité mixte institué par l'accord entre la Communauté européenne et ses États membres, d'une part, et la Confédération suisse, d'autre part, sur la libre circulation des personnes en ce qui concerne le remplacement de l'annexe II dudit accord sur la coordination des systèmes de sécurité sociale, *JO L 341 du 22.12.2011, p.1-10*.

1616 CJUE, 27 février 2014, *Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord c. Conseil de l'Union européenne,* aff. C-656/11, *non encore publié*.

annexes de l'accord dans le sens d'une intégration des nouveaux actes de l'Union[1617]. En matière douanière, la décision n°1/2013 du Comité Suisse-UE gérant l'accord relatif à la facilitation des contrôles et des formalités lors du transport des marchandises considère « *qu'il y a lieu de reprendre dans l'accord les modifications à la législation de l'Union européenne qui sont pertinentes pour maintenir l'équivalence du niveau de sécurité des parties contractantes* »[1618]. Les termes employés sont encore plus révélateurs de cette tendance, dans la décision n°2/2004 du comité des transports terrestres : partant du constat que de nouveaux actes juridiques communautaires dans les domaines couverts par cet accord ont été adoptés depuis sa signature, la décision considère que le texte de l'annexe I « *doit être modifié pour tenir compte de l'évolution intervenue dans la législation communautaire pertinente* »[1619].

1004. Une perspective temporelle de la relation Suisse-UE permet de constater la progression de l'assimilation de la Suisse à un Etat membre. En effet, les règles primaires applicables entre la Suisse et les Etats de l'Union européenne sont adaptées en fonction du droit de l'Union européenne. La relation entre la Suisse et l'Union européenne intègre ainsi différentes évolutions du droit de l'Union européenne : les changements relatifs aux Etats membres auxquels s'applique le droit de l'UE visé par l'accord, ainsi que les changements du régime entre les Etats membres, tels que l'extension du droit de l'UE à de nouveaux domaines ou l'approfondissement du droit de l'UE. Une approche théorique de l'acte juridique permet de comprendre les rouages sous-jacents de cette dynamique d'européanisation de la relation Suisse-UE.

1617 Voir les décisions du comité statistique Communauté/Suisse portant modification de l'annexe A de l'accord entre la Communauté européenne et la Confédération suisse relatif à la coopération dans le domaine statistique : la décision n°2/2008 du 21 novembre 2008 (JO L 68 du 13.3.2009, p. 14–27) ; n°2/2010 du 1er octobre 2010 (JO L 280 du 26.10.2010, p. 62–79) ; n°1/2013 du 12 juin 2013 (JO L198 du 23.7.2013, p.48-66.

1618 Décision n ° 1/2013 du Comité mixte UE-Suisse du 6 juin 2013 modifiant les annexes I et II de l'accord entre la Communauté européenne et la Confédération suisse relatif à la facilitation des contrôles et des formalités lors du transport des marchandises, ainsi qu'aux mesures douanières de sécurité, *JO L 175 du 27.6.2013, p. 73–75*.

1619 Considérant 2 de la décision n°2/2004 du comité des transports terrestres Communauté-Suisse du 22 juin 2004 modifiant l'annexe 1 de l'accord entre la Communauté européenne et la Confédération suisse sur le transport de marchandises et de voyageurs par rail et par route, JO L 75 du 22.3.2005, p. 60–64. Dans le même sens, voir les considérants 3 des décisions du Comité des transports terrestres Communauté/Suisse modifiant l'annexe 1 de l'accord entre la Communauté européenne et la Confédération suisse sur le transport de marchandises et de voyageurs par rail et par route : la décision n°1/2009 du 16 juin 2009 (JO L 273 du 17.10.2009, p. 15–18), et n°1/2010 du 22 décembre 2010 (JO L 19 du 22.1.2011 p.34-39).

§2 – L'analyse de l'orientation du développement du droit

1005. Le développement européen des règles primaires applicables dans la relation Suisse-UE n'est pas sans rappeler l'engrenage caractérisé dans la construction de l'Union européenne par les théories fonctionnalistes et néo-fonctionnalistes. Ces théories peuvent effectivement apporter un éclairage sur le dynamisme de la relation Suisse-UE (A). Compte tenu des insuffisances de cet éclairage, en complément, les théories relatives à l'acte juridique apportent des explications sur le développement du droit applicable dans la relation Suisse-UE (B).

A) L'analyse par la théorie fonctionnaliste

1006. Un rappel succinct des apports de la théorie fonctionnaliste à la compréhension de la construction de l'Union européenne (1), expliquera son utilité dans le cadre de la relation Suisse-UE (2).

1) La théorie fonctionnaliste et la construction de l'Union européenne

1007. Plusieurs théories ont été élaborées pour expliquer la construction de l'Union européenne ainsi que la nature de celle-ci. Souvent reconnue sur son principe, la spécificité de l'Union européenne est difficile à saisir[1620], parce qu'elle se réapproprie mais selon des modalités justement particulières, des concepts politiques jusqu'ici liés à l'Etat[1621]. En la qualifiant d'organisation d'intégration, la doctrine – internationaliste[1622] comme européaniste – éclaire différents aspects de l'Union européenne : les raisons de l'intégration ou son mode opératoire, l'intégration elle-même étant perçue différemment selon que l'on met l'accent sur « l'objectif *de l'union que l'on se propose de réaliser* », « *le* degré *atteint par le mouvement d'union (aspect statique)* », ou encore « *le processus qui conduit à*

[1620] Gérard COHEN-JONATHAN et Jacqueline DUTHEIL DE LA ROCHERE , *Constitution européenne, démocratie et droits de l'homme*, Bruxelles, Némésis, Bruylant, 2003, 312 p., spé. p.97.

[1621] Voir par exemple pour des réflexions sur la nature de l'Union européenne par le prisme des questions de nationalité de l'Etat membre et de citoyenneté de l'Union européenne : Jean-Denis MOUTON, « Réflexions sur la nature de l'Union européenne à partir de l'arrêt Rottman (CJUE, 2 mars 2010, aff. C-135/08) », *R.G.D.I.P.* 2010 n°2, tome 114, pp.257-280, spéc. pp.275 et s.

[1622] Patrick DAILLIER, Mathias FORTEAU, Alain PELLET, *Droit international public*, 8ème éd., Paris, LGDJ, 2009, 1709 p., pp.671-672.

l'union (aspect dynamique) »[1623]. La compréhension de l'Union européenne dépend ainsi de l'appareil scientifique sollicité, et si « *aucune théorie ne permet d'expliquer la totalité du processus de l'intégration européenne ; en revanche, toutes contiennent des ressources qui sont exploitables selon les questions que soulève la recherche empirique* »[1624]. C'est à ce titre que l'on peut faire appel aux théories fonctionnalistes et néo-fonctionnalistes, dont l'apport à l'analyse de l'intégration européenne est souvent mis en relief[1625].

1008. Cette théorie met l'accent sur le processus dynamique de construction de l'Union européenne. Celle-ci résulte d'une construction progressive, à partir d'une structure supranationale dans un domaine précis, celui du charbon et de l'acier. Les fondateurs de la Communauté européenne du charbon et de l'acier, convaincus de la difficulté de mettre en place directement une union politique européenne, ont opté pour une démarche progressive : « *Conscients que l'Europe ne se construira que par des réalisations concrètes créant d'abord une solidarité de fait, et par l'établissement de bases communes de développement économique* »[1626]. Une logique de progression est donc au cœur de la construction de l'Union européenne. Le phénomène temporel, que l'on intègre dans cette partie, permet ainsi de mettre en relief un mouvement qui, comme l'explique Hélène GAUDIN, « *revêt un sens, une finalité, celui de la progression, pour ne pas dire du progrès, tout au moins pour la Communauté* »[1627] ; et l'auteur d'ajouter : « *Ainsi en va-t-il pour une qualification plus générale*

[1623] Dusan SIDJANSKI, « Le processus d'intégration dans les Communautés européennes », *Annuaire européen,* X, 1962, pp. 68-91, spéc. p.70. Sur l'intégration juridique, voir Mireille DELMAS-MARTY, *Critique de l'intégration normative : l'apport du droit comparé à l'harmonisation des droits*, Paris, Presses universitaires de France, 2004, 330 p.

[1624] Christian LEQUESNE, « Comment penser l'Union européenne ? », in *M.-C. SMOUTS (dir.), Les nouvelles relations internationales : pratiques et théories*, Paris, Presses de Sciences Po, 1998, pp. 103-134, spéc. p.104.

[1625] Jean-Claude GAUTRON, *Droit européen*, Paris, Dalloz, 2009, 13ème éd., 337 p., spéc. pp.9 et s. ; Jean Paul JACQUE, *Droit institutionnel de l'Union européenne*, Paris, Dalloz, 2012, 7ème éd., 786 p., spéc. pp.24 et s. ; Joël RIDEAU, « Union européenne. Nature, valeurs et caractères généraux », *JCl Europe Traité*, Fasc. 110, 2010, pt 408 ; Sabine SAURUGGER, *Théories et concepts de l'intégration européenne*, Paris, Presses de la Fondation nationale de Sciences Politiques, 2009, 483 p., spéc. pp.67 et s. ; René SCHWOK, *Théories de l'intégration européenne. Approches, concepts et débats*, Paris, Montchrestien, 2005, 154 p., spéc. pp. 39 et s. et 54 et s. ; Gérard SOULIER, « Union européenne. Histoire de la construction européenne », *JCl Europe Traité*, Fasc. 100, 2012, pt 7.

Toutefois, la lecture fonctionnaliste n'est pas utilisée de manière exclusive pour expliquer l'Union européenne. Voir par exemple Jean-Marc SOREL, « L'institutionnalisation des relations internationales », in *E. LAGRANGE, J.-M. SOREL (dir.), Droit des organisations internationales*, Issy-les-Moulineaux, LGDJ, 2013, pp.11-34, spéc. pp. 30 et s.

[1626] Cons. 3 du préambule du Traité instituant la Communauté européenne du charbon et de l'acier du 18 avril 1951. Cette formule a été reprise par les traités postérieurs : voir Jean Paul JACQUE, *Droit institutionnel de l'Union européenne*, *op.cit.*, spéc. pp.25-26.

[1627] Hélène GAUDIN, « Le temps et le droit communautaire : remarques introductives autour du droit positif », in *Les dynamiques du droit européen en début de siècle*, Etudes en l'honneur de Jean-Claude GAUTRON, Paris, Pedone, 2004, pp. 349-368, spéc. p. 351.

de ce droit : droit de l'intégration, constitutionnalisation, deux qualifications traduisant cette idée du mouvement et de la finalisation »[1628].

1009. Or, du point de vue du mode opératoire, cette progression est mise en mouvement par un phénomène d'engrenage, « *chaque réalisation créant la confiance nécessaire au succès de nouvelles initiatives* ». La notion de *spill over*, joue ainsi un rôle d'impulsion, de moteur dans le processus d'intégration. Elle renvoie à une « *situation dans laquelle l'objectif initial ne peut être assuré qu'en mettant en œuvre des actions supplémentaires qui sont successivement des conditions futures et une nécessité pour d'autres actions* »[1629]. C'est en considération de cet engrenage que l'on explique la construction de l'Union européenne. D'un point de vue sectoriel, l'intégration dans le secteur du charbon et de l'acier a été suivie d'un élargissement au domaine économique, puis à différents secteurs sociaux, environnementaux, sécuritaires, le domaine de la politique étrangère étant même désormais pensé au niveau de l'Union européenne. D'un point de vue qualitatif, l'engrenage se manifeste par un approfondissement de l'intégration : au sein d'une matière, la compétence de l'Union européenne pour édicter des règles a tendance à s'accroître, et ce, selon des modalités dites communautaires, même si elles sont complétées par un modèle intergouvernemental.

1010. Or le dynamisme que caractérise la relation Suisse-UE rappelle à certains égards celui de la construction de l'Union européenne. C'est pourquoi, et tout en reconnaissant que la théorie fonctionnaliste ne peut s'appliquer de la même manière à un processus qui emprunte des voies différentes, elle présente l'avantage de proposer certaines pistes d'explication au dynamisme dans la relation Suisse-UE.

2) *La théorie fonctionnaliste et la relation Suisse-UE*

1011. La théorie fonctionnaliste peut éclairer les développements du droit applicable dans la relation Suisse-UE, qui apparaissent comme des approfondissements de l'intégration européenne sous l'effet du spill-over (a), mais elle doit être utilisée avec soin

---

[1628] *Ibid.*, p.352.

[1629] Léon LINDBERG, *The Political Dynamics of European Integration*, Stanford, Stanford University Press, 1963, 367 p., spéc. p. 19, cité par Sabine SAURUGGER, *Théories et concepts de l'intégration européenne*, *op.cit.*, spéc. p. 79.

en ne sous-estimant pas le facteur politique, lequel définit seul le rythme de l'approfondissement (b).

a) L'engrenage dans une dynamique d'intégration

1012. Deux caractéristiques fondamentales de la relation Suisse-UE suggèrent l'utilisation de la théorie fonctionnaliste pour expliquer l'évolution des règles applicables. En premier lieu, les règles dites primaires, applicables dans un secteur donné, sont établies sur le modèle des règles applicables aux Etats membres, c'est-à-dire sur la base d'un droit analysé par la théorie fonctionnaliste. La théorie fonctionnaliste est ainsi susceptible, par ricochet, d'expliquer l'évolution des règles primaires applicables dans la relation Suisse-UE. Or, et ensuite, l'évolution de ces règles se fait dans le sens d'un approfondissement et d'une extension à de nouveaux domaines, qui apparaissent de plus en plus politiques. Le passage d'un accord de libre-échange sur le charbon et l'acier en 1972 à un accord sur l'Etat responsable du traitement d'une demande d'asile en 2004 révèle l'ampleur et la qualité de l'évolution des règles applicables entre la Suisse, l'Union européenne et ses Etats membres[1630]. On est ainsi tenté de faire un parallèle avec une manifestation du dynamisme qui a caractérisé la construction de l'Union européenne, tel qu'il est expliqué par la théorie fonctionnaliste : la méthode de progression par « petits pas » permet d'aboutir au règlement de questions qui ne sont plus uniquement techniques et plus nettement politiques.

1013. Or ces questions continuent d'être réglées sur la base du droit de l'Union européenne. En d'autres termes, et l'on retrouve alors la première caractéristique évoquée, les règles primaires sont approfondies et étendues par référence aux règles primaires établies dans l'Union européenne. L'européanité des règles et leur sens d'évolution incite à lire l'évolution de la relation Suisse-UE au prisme de la théorie fonctionnaliste.

1014. Si l'on admet cette utilisation de la théorie fonctionnaliste, on considèrera que l'établissement de règles communes entre la Suisse et l'Union européenne, sur le modèle

---

[1630] Par exemple : Accord du 22 juillet 1972 entre les Etats membres de la Communauté européenne du charbon et de l'acier et la Confédération suisse, *RS 0.632.402 / JO L 350 du 19.12.1973, p. 13-28* ; Accord du 26 octobre 2004 entre la Confédération suisse et la Communauté européenne relatif aux critères et aux mécanismes permettant de déterminer l'Etat responsable de l'examen d'une demande d'asile introduite dans un Etat membre ou en Suisse, *RS 0.142.392.68 / JO L 53 du 27.2.2008, p.5-17*. Sur l'extension en tant que processus, voir, *supra*, §1, B), 2.

des règles applicables entre les Etats membres de l'UE, créé les conditions de réalisation du *spill over*. En ce sens, l'application de ces règles primaires communes et matériellement communautaires, conduit à des réalisations concrètes qui appellent à de nouvelles solidarités partielles. Lorsqu'un accord Suisse-UE assure dans un secteur donné, un degré important bien que partiel de libre circulation des facteurs de production et une règlementation de la concurrence, son application créé une pression sur un secteur voisin ou connexe qui se trouve, pour reprendre les termes de René SCHWOK, « *entraîné vers un engrenage logique de rationalisation à travers la création d'autres intégrations économiques* »[1631]. Andreas ZIEGLER souligne la coopération entre la Suisse et l'Union européenne « *dans des domaines sans cesse plus nombreux* »[1632]. De même, Olivier MACH reprend la formule de Robert SCHUMANN dans le contexte de la relation Suisse-UE et considère que les accords bilatéraux I et II créent des « *solidarités de fait* »[1633]. On retrouve encore cette idée chez Francesco MAIANI, pour qui : « *La dynamique d'intégration au sein de l'UE fait que les accords déjà conclus ont sans cesse besoin d'être mis à jour et, surtout que des nouveaux accords se rendent sans cesse nécessaires* »[1634]. Crainte ou au contraire critiquée, cette progressivité a également été soulignée dans les discussions politiques, et ce, dès les premiers accords de 1972 sur le libre-échange, qui suscitent des réflexions autour d'une « *sorte d'intégration progressive par petits pas* » et d'un « *engrenage* »[1635].

1015. Juridiquement, l'application de règles communes pose progressivement un certain nombre de questions sur des points voisins non réglés par l'accord, lesquels ne peuvent être résolus que par de nouvelles règles communes.

1631 René SCHWOK, *Théories de l'intégration européenne. Approches, concepts et débats*, *op.cit.*, spéc. p. 59.

1632 Andreas R. ZIEGLER, « L'avenir des accords de l'Union européenne avec ses pays voisins : l'exemple de la Suisse », in C. PHILIP (dir.), *Réalisations et défis de l'Union européenne : droit, politique, économie. Mélanges en hommage à Panayotis SOLDATOS*, Bruxelles, Bruylant, 2012, 609 p., pp.583-594, spéc. p.583.

1633 Olivier MACH, « La place des Accords bilatéraux II dans l'ordre juridique suisse », in C. KADDOUS, M. JAMETTI GREINER (dir.), *Accords bilatéraux II Suisse-UE : et autres accords récents*, Bruxelles, Bruylant, 2006, pp. 169-192, spéc. p.171.

1634 Francesco MAIANI, « La Suisse et l'Union européenne en quête de la quadrature du cercle », *Affaires publiques* 2012, n°4, pp. 12-13, spéc. p.13.

1635 Respectivement : Intervention de M. CARROZZO, rapporteur de la Commission des Affaires étrangères du Conseil National, discussions relatives au projet d'arrêté du 16 août 1972 du Conseil fédéral, n°20 001 296, in *Bulletin officiel de l'Assemblée fédérale*, 1972, vol. IV, pp. 1434-1464, spé. p.1439 ; et dans un sens critique : Intervention de M. VINCENT, Président du groupe parlementaire Parti du Travail, discussions relatives au projet d'arrêté du 16 août 1972 du Conseil fédéral, n°20 001 296, in *Bulletin officiel de l'Assemblée fédérale*, 1972, vol. IV, pp.1441-1443, spé. p. 1442

1016. De ce point de vue, les développements du droit précédemment constatés traduisent juridiquement une unification que l'on peut qualifier d'intégration européenne, au moins à deux égards. Les accords Suisse-UE, tant par leur contenu (des règles communes et matériellement communautaires) que par leurs effets (l'engrenage vers davantage de règles communes, et également communautaires), participent à la « *création d'une solidarité par-dessus les frontières* », à un « *mouvement d'union de l'Europe* »[1636]. Certes, l'intégration ne revêt pas la même portée que dans l'Union européenne pour deux raisons concordantes : au sein de l'UE, « *l'union sans cesse plus étroite* » est un objectif[1637] au regard duquel l'UE a été dotée de règles plus exigeantes en ce qui concerne la libre circulation et de dispositions institutionnelles entourant la mise en place de l'union économique et politique. Au contraire dans la relation Suisse-UE, l'engrenage de cohésion est moins net : les règles matérielles étant moins développées l'effet de débordement sur les points voisins est moindre, d'autant que l'unification n'est généralement pas en tant que telle affichée comme un objectif. Cette absence de but d'intégration, déjà soulignée pour expliquée la difficulté des juges pour interpréter les accords[1638], revêt une importance sur laquelle on reviendra. Elle ne doit pas cependant empêcher de caractériser le développement du droit applicable entre la Suisse et l'Union européenne lequel par son contenu et ses effets apparaît porteur d'intégration européenne.

1017. Une telle dynamique de renforcement de l'intégration européenne dans la relation Suisse-UE avait déjà été observée dans le cadre plus large des relations entre l'AELE et l'UE (alors encore Communauté européenne), dans la période allant de la création de l'AELE jusqu'aux négociations de l'EEE. En effet, Colomba PAINDAVOINE relève dans sa thèse que « *cette période est marquée par une cohabitation qui se transforme, peu à peu, en un partenariat raisonné. L'AELE aura beau justifier pendant un temps son existence parallèle, se cramponner à ses paramètres pour ne pas être totalement aspirée par l'attraction qu'exerce sur elle la CEE, elle devra pourtant se résigner à une relation de plus en plus étroite avec cette*

[1636] Dusan SIDJANSKI, « Le processus d'intégration dans les Communautés européennes », *Annuaire européen,* X, 1962, pp. 68-91, spéc. p. 72.

[1637] Préambule du traité CEE, repris à l'article 1 du traité de Lisbonne.

[1638] Voir, *supra*, chapitre 1.

dernière »[1639]. L'auteur poursuit en considérant que l'AELE se trouve alors « [h]*appée par la logique communautaire* »[1640], la Communauté européenne exerçant « *une attraction qui va s'accroître avec ses nouveaux projets* »[1641]. L'auteur montre alors que la relation entre les Etats de l'AELE, conçue essentiellement comme statique dans le sens où elle était uniquement destinée à réaliser le libre-échange entre ses membres, a en réalité été entraînée également dans un dynamisme non seulement sous l'effet du dynamisme de la CE, mais également dans le sens de ce dynamisme[1642]. De même, un autre auteur relève que « la vie économique fait apparaître chaque jour de facto des processus d'intégration entre l'AELE et la CEE qui conduisent à une intensification continue des échanges commerciaux et de la coopération économique », et qu'« *il est indispensable de s'adapter dans une certaine mesure, du moins d'une manière autonome, aux règles du jeu du partenaire le plus dynamique, même si on n'aime pas le dire ouvertement*" »[1643]. Pour sa part, Olivier JACOT-GUILLARMOD constatait l'« effet d'entraînement du droit communautaire sur l'AELE »[1644].

1018. On comprend ainsi que ce dynamisme, déjà présent dans les années 90, était voué à s'amplifier du fait du la conclusion à partir de 1999, d'importants accords Suisse-UE dont les règles primaires sont matériellement basés sur le droit de l'Union européenne. La pression qui naît de l'application de ces accords suscite un engrenage d'approfondissement de l'intégration entre la Suisse et l'Union européenne, qui dépend cependant de facteurs politiques.

b) Le facteur politique, déterminant du rythme de l'intégration

1019. La pression créée par l'application de ces règles communes et matériellement basées sur celles de l'Union européenne ne doit pas être considérée comme automatiquement suivie d'effet. En d'autres termes, s'il existe un effet d'engrenage dans la relation Suisse-UE, celui-ci ne se traduit pas systématiquement par l'adoption de

---

1639 Colomba PAINDAVOINE, *La stabilisation progressive des relations entre la Communauté européenne et l'A.E.L.E.*, 1998, 753 p., spéc. p. 8.

1640 *Ibid.*

1641 *Ibid.* p. 197.

1642 *Ibid.* pp. 118-119.

1643 Helmut ROME, « Le besoin d'une coordination plus étroite. Un point de vue autrichien », *EFTA Bull. 4/79*, pp. 4-5, spéc. p.5.

1644 Olivier JACOT-GUILLARMOD, « Expressions juridiques, au sein du système européen de libre-échange, du rapprochement de l'AELE et de la Communauté » in *Du droit international au droit de l'intégration*, Liber Amicorum Pierre PESCATORE, Baden Baden, Nomos, 1987, pp. 299-318, spéc. p. 304.

nouvelles règles. Le facteur politique joue évidemment un rôle considérable dans le processus d'intégration.

1020. Certes, d'un certain côté, cette dimension politique peut être masquée par une approche technique et juridique des accords Suisse-UE. En ce sens, Laurent GOETSCHEL souligne : « *Swiss ties to the EU have become depoliticized to a large extente. Integration policy occurs as 'daily business' with implementation taking place and being reworked within the framework of existing agreements to which 'autonomous implementation' of law and policy described become joined. Largely lacking is a meta discourse on integration dedicated to the overriding goals of this policy and vision on developing European integration. Preventing discrimination against Switzerland represents the only binding programmatic peg within the integration policy's component parts* »[1645].

1021. A d'autres égards cependant, la dimension politique est particulièrement nette dans la relation Suisse-UE, d'abord parce que les accords Suisse-UE n'affichent pas un objectif d'intégration. Ensuite, les règles primaires qu'ils contiennent vont moins loin dans l'unification juridique de sorte que l'effet de pression qu'elle produit est moindre, et apparaît ainsi moins susceptible d'entraîner un approfondissement sans l'intervention du facteur politique. Enfin, les règles secondaires ne mettent pas en place des institutions supranationales et technocratiques et qui ont pu faire perdre de vue la dimension politique de l'approfondissement qu'elles réalisent ; elles limitent aussi l'influence des approfondissements menés par ces institutions de l'Union européenne, puisque le droit que celles-ci produisent n'est pas automatiquement repris dans la relation Suisse-UE. En effet, le développement du droit dans la relation Suisse-UE suppose une décision unanime de l'Union européenne et de la Suisse, laquelle s'insère en outre dans un système de démocratie semi-directe en Suisse.

1022. La relation Suisse-UE encourt ainsi moins le risque de négliger l'importance du facteur politique dans le processus d'intégration, critique principale à l'encontre des théories fonctionnalistes explicatives de l'Union européenne[1646]. L'application de la

---

[1645] Laurent GOETSCHEL, « Switzerland and European Integration : Change Through Distance », *European Foreign Affairs Review*, 2003, vol. 8, n°3, pp. 313-330, spéc. p. 328.

[1646] Sabine SAURUGGER, *Théories et concepts de l'intégration européenne*, *op.cit.*, spéc. pp. 80 et s. ; Jean-Marc SOREL, « L'institutionnalisation des relations internationales », in *E. LAGRANGE, J.-M. SOREL (dir.), Droit des organisations internationales*, Issy-les-Moulineaux, LGDJ, 2013, pp.11-34, spéc. pp. 32 et s. ; cette lacune a en particulier été mise

théorie fonctionnaliste ne doit ainsi pas conduire à affirmer que le *spill over* est automatique, mais au contraire qu'il dépend de facteurs politiques, si bien qu'une « *situation de* spill-back *peut arriver, dans la mesure où un processus d'intégration peut […] créer un refus d'intégration auprès de la population ou d'une partie de l'élite* »[1647].

1023. On comprend ainsi certains épisodes marquants de la relation Suisse-UE qui ne s'inscrivent pas dans la dynamique d'approfondissement de l'intégration. L'initiative populaire « Pour le renvoi des étrangers criminels » a pu poser des problèmes de compatibilité avec l'accord Suisse-UE sur la libre circulation des personnes[1648]. On retiendra surtout comme illustration de l'absence de toute automaticité de l'intégration, la votation en Suisse du 9 février 2014. Déposée en février 2012, l'initiative populaire « Contre l'immigration de masse »[1649] a été acceptée par 50,3% des électeurs d'une part, 12 cantons et 5 demi-cantons d'autre part. Par l'acceptation du projet, un nouveau titre dans la Constitution suisse, le titre 121 relatif à la législation dans le domaine des étrangers et de l'asile. L'article 121 a), alinéa 1 prévoit : « *La Suisse gère de manière autonome l'immigration des étrangers* ». En vertu des alinéas suivants, la Suisse doit fixer des contingents d'autorisation de séjour et d'exercice d'activité lucrative[1650]. Enfin, la modification oblige à ce que les traités internationaux contraires à l'article 121 a) soient « *renégociés et adaptés dans un délai de trois ans à compter de l'acceptation dudit article par le peuple et les cantons* ». Or, les dispositions constitutionnelles de l'article 121 a) semblent incompatibles avec l'accord de 1999 sur la libre circulation des personnes et les accords de 2004 d'association de la Suisse à Schengen et Dublin[1651].

---

en exergue à la suite de la crise « de la chaise vide » dans la construction européenne : voir la préface et les conclusions de l'ouvrage d'Anne JAUMIN-PONSAR, *Essai d'interprétation d'une crise*, Bruxelles, Bruylant, 1970, 199 p.

1647 *Ibid.*, p. 82.

1648 Initiative populaire du 15 février 2008 « Pour le renvoi des étrangers criminels », projet accepté le 28 octobre 2010 (arrêté du Conseil fédéral constatant le résultat de la votation populaire du 28 novembre 2010, FF 2011 2593).

1649 Initiative populaire du 14 février 2012 « Contre l'immigration de masse ».

1650 Les alinéas 2 et 3 sont rédigés de la manière suivante :

« *Le nombre des autorisations délivrées pour le séjour des étrangers en Suisse est limité par des plafonds et des contingents annuels. Les plafonds valent pour toutes les autorisations délivrées en vertu du droit des étrangers, domaine de l'asile inclus. Le droit au séjour durable, au regroupement familial et aux prestations sociales peut être limité.*

Les plafonds et les contingents annuels pour les étrangers exerçant une activité lucrative doivent être fixés en fonction des intérêts économiques globaux de la Suisse et dans le respect du principe de la préférence nationale; ils doivent inclure les frontaliers. Les critères déterminants pour l'octroi d'autorisations de séjour sont en particulier la demande d'un employeur, la capacité d'intégration et une source de revenus suffisante et autonome ».

1651 Voir sur ce point, Christine KADDOUS, « Avis de droit sur la compatibilité de l'initiative "contre l'immigration de masse" et de l'initiative ECOPOP "Halte à la surpopulation – oui à la préservation durable des ressources naturelles"

1024. Suivant cette logique constitutionnelle, la Suisse a annoncé qu'elle ne serait pas en mesure de signer le protocole étendant l'accord sur la libre circulation des personnes à la Croatie, du moins tel qu'il a été convenu. La progression de l'intégration est ici suspendue, voire en recul, si l'on considère que la Suisse et la Croatie étaient parvenues à un accord politique sur les modalités d'établissement de la libre circulation, un mois après l'adhésion de la Croatie à l'Union européenne.

1025. De son côté, l'Union européenne a exclu fermement une modification de l'ALCP sur le principe même de la libre circulation[1652]. Elle a en outre annoncé la suspension des négociations sur la participation de la Suisse aux programmes Erasmus + et Horizon 2020 de l'Union européenne, et les négociations d'un accord sur l'électricité[1653]. On soulignera à cet égard que la dimension politique de cette suspension des négociations a été minimisée par la Commission européenne qui a mis en avant la technique juridique de solidarisation des accords[1654], et présenté la suspension des négociations comme une « *conséquence logique* » du choix de la Suisse[1655]. L'effet de cette décision met en lumière l'importance de la collaboration qui existait et qui se trouve interrompue, puisque la Suisse essaye

---

avec l'accord sur la libre circulation des personnes entre la Suisse et l'Union européenne (ALCP), l'application de la clause guillotine et la renégociation éventuelle de l'ALCP », disponible sur le site : http://www.economiesuisse.ch/fr/PDF%20Download%20Files/2013-11-21_Avis-de-droit_Kaddous.pdf. La Commission européenne a également considéré que cette initiative « *va à l'encontre du principe de libre circulation des personnes entre l'Union européenne et la Suisse* » (Déclaration de la Commission européenne du 9 février 2014 à la suite de la votation en Suisse sur l'initiative « immigration massive », MEMO/14/96). Elle réserve une analyse approfondie de la législation suisse de mise en œuvre de la révision constitutionnelle issue du 9 février, « *lorsque les dispositions exactes du projet d'acte législatif seront connues* » : Réponse de la Haute Représentante/Vice-présidente C. ASHTON au nom de la Commission européenne du 20 mai 2014, à la question parlementaire E-003738-14 sur les conséquences du vote suisse, posée le 26 mars 2014.

1652 « *Nous n'allons pas négocier les principes de la liberté de la circulation des personnes. Ça c'est un élément intégral, on ne peut pas le négocier. Nous ne sommes pas prêts a reficeler le paquet, faire un bricolage rapide* » : Déclaration du Président Barroso sur les relations entre l'Union européenne et la Suisse du 13 février 2014, STATEMENT/14/7.

1653 Christine KADDOUS, « Suisse – UE : plaider pour de nouvelles périodes transitoires en matière de libre circulation des personnes », *Actualités du Centre d'études juridiques européennes*, 12 février 2014 ; Tanguy VERHOOSEL, « Après le vote suisse, la Commission riposte », *Europolitique*, 12 février 2014, n°4807, p.1.

1654 Sur cette technique, voir, *infra*, section 2, §1, A), 1, b).

1655 « *Le Conseil a subordonné la conclusion des négociations sur l'association et la participation de la Suisse aux programmes Horizon 2020 et Erasmus+ à la conclusion de ce protocole. La Commission européenne a par conséquent mis en veilleuse la négociation de ces accords. La décision de ne pas continuer sur la voie de la pleine participation de la Suisse au programme Erasmus+ ne «punit» ni ne «sanctionne» la volonté exprimée par l'électorat suisse, mais est une conséquence logique du choix que la Suisse a elle-même posé, conséquence qui était bien connue avant* » : Réponse de Mme VASSILIOU au nom de la Commission européenne du 23 mai 2014 à la question parlementaire E-003838/2014 sur Erasmus & Suisse, posée le 27 mars 2014 ; voir également la réponse de Mme Geoghegan-Quinn au nom de la Commission européenne du 2 juin 2014 à la question parlementaire E-004182/2014 sur l'exclusion de la Suisse des programmes «Horizon 2020» et «Erasmus +», posée le 3 avril 2014.

« *d'élaborer des solutions transitoires* » concernant les programmes dans les domaines de la formation et de la recherche ainsi que de la promotion du cinéma[1656].

1026. Par conséquent, l'intégration entre la Suisse et l'Union européenne s'inscrit dans un rapport au temps qui n'est ni régulier ni linéaire, le développement de la relation Suisse-UE dépendant de facteurs politiques, dont l'analyse mériterait de compléter l'approche juridique proposée ici. De manière globale cependant, la relation Suisse-UE se caractérise par une progression de l'intégration européenne dans la durée, que la théorie fonctionnaliste explique par l'effet d'engrenage des accords Suisse-UE. Un raisonnement à partir de l'acte juridique permet également d'éclairer la progression de l'intégration, qualifiée ainsi en raison de l'orientation de l'évolution des règles applicables entre la Suisse et l'Union européenne.

B) L'analyse par la théorie de l'acte juridique

1027. Les théories relatives à l'acte juridique sont également susceptibles d'apporter des éclairages sur l'évolution des actes juridiques applicables entre la Suisse et l'Union européenne. La théorie élaborée par le Professeur Jean HAUSER, qui a permis d'identifier le rôle et le sens d'action des éléments subjectifs et objectifs déterminant la structure des actes régissant la relation Suisse-UE, apporte une explication complémentaire sur l'évolution de ces actes.

1028. Complémentaires car l'approche théorique de l'acte juridique permet de retrouver sous un langage différent, certains phénomènes mis en relief par la théorie fonctionnaliste, en particulier celui de l'engrenage. En outre, elle permet d'éviter celles des critiques qui jugent sous-estimée dans la théorie fonctionnaliste, la part de choix que constitue la décision politique : ici, la place essentielle qu'occupe, à côté des structures objectives, l'élément subjectif de la volonté dans la formation de l'acte juridique, assure que la théorie de l'acte juridique ne peut laisser de côté la part de choix dans la reprise des développements de l'acquis de l'Union européenne. Mais la marge de manœuvre dans

---

[1656] Décision du Conseil fédéral du 7 mars 2014, disponible sur le site : https://www.news.admin.ch/message/index.html?lang=fr&msg-id=52251.

l'exercice de ce choix apparaît limitée, et c'est un apport supplémentaire de la théorie de l'acte juridique que de pouvoir expliquer ce constat classique.

1029. L'évolution des actes applicables dans la relation Suisse-UE, semble ainsi traduire une variation de l'équilibre entre les éléments objectifs et subjectifs, les premiers tendant à s'accroître (1), ce qui influe sur les éléments subjectifs (2).

1) La part croissante des éléments objectifs

1030. Le fait que les lois suisses mais surtout les accords Suisse-UE, soient complétés par des règles primaires basées sur le droit de l'Union européenne résulte de la part croissante des éléments objectifs**.** Autrement dit, le dynamisme constaté dans le développement des règles applicables entre la Suisse et l'Union européenne peut s'expliquer par l'influence croissante et combinée de divers éléments objectifs.

1031. Leur influence grandissante apparaît assez nettement au stade de l'exécution des accords Suisse-UE. La démonstration de cette objectivisation lors de l'exécution des actes, constatée dans le cadre de la théorie générale de l'acte juridique utilisée[1657], ne peut reprendre les mêmes notions de droit civil que dans cette doctrine, mais s'appuiera sur celle-ci pour déployer l'analyse dans le champ des actes régissant la relation Suisse-UE.

1032. L'exécution des accords Suisse-UE renvoie alors non seulement aux obligations qu'ils ont créées (a), mais également aux faits matériels (b) qui, pour reprendre l'expression de Pierre HEBRAUD, en constituent l'expression objective[1658]. Pour l'auteur, la situation créée par le contrat, et plus largement par l'acte juridique, doit ainsi « *être prise*

[1657] Certes, au stade de l'exécution de l'acte juridique, « *la part des éléments subjectifs et objectifs ne semble pas aussi aisément saisissable qu'au stade de sa formation, où la volonté s'élabore et s'exprime* » (Pierre HEBRAUD, « Rôle respectif de la volonté et des éléments objectifs dans les actes juridiques », in *Mélanges offerts à Jacques MAURY*, tome 2, Paris, Dalloz-Sirey, 1960, pp.417-476, spéc. p.450). Cependant, la part des éléments objectifs tend globalement à augmenter, parce que « *l'acte, c'est-à-dire ce qui est en action, en cours de réalisation, devient un fait quand il est consommé* » (*ibid*, pp. 450-451). Voir également, Jean HAUSER, *Objectivisme et subjectivisme dans l'acte juridique. Contribution à la théorie générale de l'acte juridique*, Paris, LGDJ, 1971, 339 p., spéc. pp.283 et s.). On rappellera que Jean HAUSER ne considère pas que la phase d'exécution échappe aux interactions entre les éléments subjectifs et objectifs identifiés dans une analyse dite statique de la structure de l'acte ; il reprend cependant la distinction entre la formation et l'exécution au titre de l'analyse dynamique de la combinaison entre le subjectivisme et l'objectivisme pour ses vertus pédagogiques.

[1658] Pierre HEBRAUD, « Rôle respectif de la volonté et des éléments objectifs dans les actes juridiques », in *Mélanges offerts à Jacques MAURY*, tome 2, Paris, Dalloz-Sirey, 1960, pp.417-476, spéc. p.451.

en considération à la fois sous les deux aspects, juridique et matériel, qui composent toute réalité objective, et qui, selon les cas, sont plus ou moins séparés ou mêlés »[1659].

a) La situation juridique née des accords

1033. Si l'on prend en compte l'aspect juridique, l'exécution des règles primaires basées sur le droit de l'Union européenne pose à deux égards la question de l'objectivisation, de l'influence croissante des éléments objectifs dans la structure des actes régissant la relation Suisse-UE.

1034. D'abord, et sans chercher à empiéter sur les développements à venir dans le dernier titre, il est important de mentionner les premières racines des interrogations à venir sur l'institutionnalisation de la relation Suisse-UE. Il apparaît ici que la mise en œuvre des règles primaires basées sur le droit de l'Union européenne amène à réfléchir sur leur rapport avec la notion de « statut » parce que la phase d'exécution appelle des interprétations qui vont chercher à pénétrer au cœur de l'obligation juridique pour en déterminer la portée. Les interrogations autour de la notion de statut apparaissent alors en raison de l'ampleur de ces règles et de leur unité d'inspiration[1660] : elles proviennent de l'institution Union européenne. Or, ce questionnement renvoie à celui de l'objectivisme car « *statut et institution relèvent de la même nature objective* »[1661], question qui sera plus amplement abordée dans le dernier titre.

1035. Le second point destiné à éclairer la dynamique d'intégration constatée vise à mettre en relief l'interférence potentielle du développement du droit de l'Union européenne sur celui qui a été repris dans les accords Suisse-UE et la législation suisse. Nous avons vu que dans la relation entre l'Union européenne et la Suisse, « *la coopération sectorielle croissante est incitée par les développements communautaires* »[1662]. En effet, la

---

[1659] Pierre HEBRAUD, « Rôle respectif de la volonté et des éléments objectifs dans les actes juridiques », in *Mélanges offerts à Jacques MAURY*, tome 2, Paris, Dalloz-Sirey, 1960, pp.417-476, spéc. p.452.

[1660] Est reprise ici l'expression de Pierre HEBRAUD pour qui : « *Le statut est caractérisé, à la fois par l'ampleur de ses dispositions et par l'unité de son inspiration, qui en font l'expression d'une institution* » : Pierre HEBRAUD, « Rôle respectif de la volonté et des éléments objectifs dans les actes juridiques », in *Mélanges offerts à Jacques MAURY*, tome 2, Paris, Dalloz-Sirey, 1960, pp.417-476, spéc. p. 453.

[1661] Pierre HEBRAUD, « Rôle respectif de la volonté et des éléments objectifs dans les actes juridiques », in *Mélanges offerts à Jacques MAURY*, tome 2, Paris, Dalloz-Sirey, 1960, pp.417-476, spéc. p. 453.

[1662] Ce constat vaut plus largement pour les relations entre les pays de l'AELE et la CEE, à la suite des rapprochements institués par les accords de libre-échange de 1972 : Colomba PAINDAVOINE, *La stabilisation progressive des relations entre la Communauté européenne et l'A.E.L.E.*, 1998, 753 p., spéc. p. 8.

construction européenne est considérée comme une contrainte objective incitant à une coopération Suisse-UE[1663], laquelle passe par des règles primaires basées sur le droit de l'Union européenne[1664]. On peut donc penser que si la situation juridique entre les Etats membres de l'UE constitue déjà en elle-même une contrainte influant sur la situation juridique entre la Suisse et l'UE, celle-ci sera sûrement amplifiée par le fait que la situation de la seconde puise ses sources matérielles dans la situation de la première. On peut en effet supposer que la situation juridique née des accords, parce qu'elle résulte de la mise en œuvre de règles basées sur le droit de l'Union européenne, est de ce fait particulièrement « sensible » à la modification du droit de l'Union européenne. Il s'agit là d'un raisonnement *a fortiori*, qui part du constat que la dynamique de construction européenne a dès le début influé sur la situation juridique de la Suisse par rapport à cet ensemble. On peut cependant essayer d'affiner l'analyse afin de comprendre pourquoi l'application d'un droit basé sur celui de l'Union européenne, accroît la pression de reprendre les modifications qui interviennent dans ce droit.

1036. Le « lien » entre les deux situations, l'interférence potentielle de l'une sur l'autre peut s'expliquer par la similitude des situations juridiques c'est-à-dire la similitude des droits concernés, lesquels s'appliquent dans un champ territorial qui ne varie « que par la présence ou l'absence de la Suisse ». Les obligations juridiques découlant des règles primaires se présentent essentiellement sous la forme d'obligations non seulement communes, mais pour partie identiques entre la Suisse et les Etats membres. En effet, et hormis certaines dispositions transitoires[1665], ou des concessions différentes en matière de libre-échange[1666], les dispositions contenues dans les règles primaires imposent des comportements très proches à la Suisse et aux Etats membres, ce qui nous a conduit à

1663 Voir, *supra*, partie 1, titre 1.

1664 Voir, *supra*, partie 1, titre 2.

1665 Par exemple, l'Union européenne et ses Etats membres ont garanti une libre circulation totale deux ans après l'entrée en vigueur de l'accord sur la libre circulation des personnes, alors que la Suisse a pu maintenir des restrictions pendant dix ans : Dieter GROSSEN, « Appréciation politique de l'Accord sur la libre circulation des personnes », in *D. FELDER, C. KADDOUS (dir.), Accords bilatéraux Suisse-UE (Commentaires)*, Dossiers de droit européen, vol. 8, Bruxelles, Bruylant, 2001, pp. 259-268, spéc. p. 265.

1666 Dans l'accord sur les produits agricoles, les concessions tarifaires faites par la Suisse et l'Union européenne, déterminées par les intérêts à l'exportation de chaque partie, ne portent pas sur les mêmes produits en ce qui concerne les fruits et légumes par exemple : Message du Conseil fédéral du 23 juin 1999 relatif à l'approbation des accords sectoriels entre la Suisse et la CE, FF 1999, vol. 6, cahier n°34, pp. 5440-6398, spéc. pp. 5540 et s.

considérer que ces règles assimilent la Suisse à un Etat membre[1667]. L'européanité des règles primaires créé ainsi une communauté juridique entre la Suisse et les Etats membres, qui élargit celle existant entre les Etats membres, ou selon le point de vue, se juxtapose à celle-ci. Par conséquent, la modification du premier, c'est-à-dire du droit de l'Union européenne constituera une pression particulière pour le second qui lui est lié, même si l'on peine à expliquer la teneur de ce lien. Cette idée recouvre concrètement l'impression de « discrimination »[1668] des ressortissants suisses ou des produits originaires de Suisse à la suite de une avancée de la construction européenne. La construction du droit commun entre les Etats membres régit une situation matérielle qui affecte la position juridique de la Suisse par rapport à celle des Etats membres de l'Union européenne. Cet impact, constaté dès la création de la CECA[1669], et renouvelé depuis dans divers domaines[1670], s'accroît en outre dans la mesure où le droit de l'UE assure un approfondissement de l'intégration[1671]. Et dès lors que la position juridique de la Suisse est, grâce aux législations suisses et surtout aux accords Suisse-UE, alignée sur celle des Etats membres, la modification de la situation juridique entre les Etats membres est davantage susceptible de « concerner » la Suisse. Parce que les accords Suisse-UE sont basés sur le droit de l'Union européenne, la

---

1667 Voir, *supra*, chapitre 1.

1668 C'est généralement sous ce vocable que le Conseil fédéral et la doctrine appréhendent les effets qu'exerce le droit européen à l'égard de la Suisse.

1669 Laurent GOETSCHEL, « Switzerland and European Integration : Change Through Distance », *European Foreign Affairs Review*, 2003, vol. 8, n°3, pp. 313-330, spéc. p. 314.

1670 Dans le domaine des assurances par exemple, l'adoption d'une directive a influé sur la situation de la Suisse : « *L'assurance suisse était alors présente sur le territoire des CE surtout par l'intermédiaire d'agences et de succursales et, par conséquent, après l'adoption de la Directive CE, elle tenait à être mise sur un pied d'égalité à l'intérieur de la CEE avec les assureurs y ayant leur siège* » (message du Conseil fédéral du 14 août 1991, relatif à l'Accord entre la Confédération suisse et la Communauté économique européenne concernant l'assurance directe autre que l'assurance sur la vie et à une loi fédérale sur l'assurance directe autre que l'assurance sur la vie, FF 1991, vol.4, cahier n°41, pp. 1-180, spé. p.3). En somme « *c'est l'harmonisation du droit communautaire en la matière qui a rendu nécessaire et possible la négociation d'un tel accord. Car cette harmonisation a créé l'égalité de traitement des assureurs communautaires entre eux, ce qui implique nécessairement un traitement inégal des assureurs des pays tiers* » : Franz A. BLANKART, « Droit et politique dans les relations entre la Suisse et la Communauté », in *O. JACOT-GUILLARMOD (dir.), L'avenir du libre-échange en Europe : vers un Espace économique européen*, Zurich, Schulthess, 1990, pp. 245-252, spéc. p. 247.

1671 « *Au fond, cette évolution des relations entre les pays de l'AELE et la CE s'inscrit dans la logique même de l'évolution de la CE: tant que l'intégration de la CE consistait prioritairement à libéraliser les obstacles à la frontière entre ses Etats membres et à renforcer la coopération entre eux, la Suisse a pu se joindre à ce processus de libéralisation et éviter l'impact discriminatoire de la libéralisation intra-communautaire en concluant avec la CE des accords fondés sur l'égalité des parties. Mais, du moment que la CE s'est mise à légiférer sur une vaste échelle pour éliminer entre ses Etats membres d'autres obstacles que les obstacles à la frontière, soit les obstacles provenant des différences entre prescriptions nationales relatives à la commercialisation des produits ainsi qu'à l'accès et à l'exercice d'activités économiques, la Suisse s'est trouvée ipso facto dans une tout autre situation. Comme la CE utilisait l'instrument de l'harmonisation pour parvenir à ses fins, la seule possibilité pour un pays tiers d'éviter l'effet discriminatoire de la libéralisation intra-communautaire était de jouer aussi le jeu de l'harmonisation, autrement dit d'adapter son droit interne aux prescriptions d'harmonisation de la CE.* » : Message du Conseil fédéral du 18 mai 1992 relatif à l'approbation de l'Accord EEE, *FF 1992, vol. IV, n°33, pp.1-654*, spéc. p. 40.

situation juridique qu'ils créent est « sensibilisée » à la modification du droit de l'Union européenne parce que la contrainte objective factuelle que celui-ci constitue dès le départ, est amplifiée par l'existence de règles basées sur le droit de l'Union européenne. De manière imagée, on pourrait dire que le développement du droit de l'Union européenne rend propice le développement du droit applicable entre l'Union européenne et la Suisse parce qu'il constitue une contrainte objective factuelle empruntant un canal juridique, celui tracé par le droit de l'Union européenne repris dans les accords Suisse-UE ou la législation suisse. Ce renforcement de la part des éléments objectifs dans la relation Suisse-UE rejoint ainsi l'idée selon laquelle la Suisse est un tiers de plus en plus « concerné » par le droit de l'Union européenne.

1037. Au regard de la situation juridique née des accords Suisse-UE, l'européanité des règles primaires constitue un vecteur de renforcement de l'action des éléments objectifs, que l'on constate également à l'égard de l'exécution matérielle des obligations juridiques nées des accords.

b) La situation matérielle née des accords

1038. Si l'on prend cette fois l'aspect matériel de l'exécution, on constate un renforcement de la contrainte objective factuelle qu'est l'interdépendance. Lors de l'étude de l'action des différents éléments à l'égard des actes juridiques[1672], on a vu que la conclusion d'accords de coopération est un facteur d'accroissement de l'interdépendance entre les parties de cet accord. On soulignera ici que ce constat est amplifié par l'européanité des règles primaires posées dans ces accords. En effet, sont reprises dans les accords, des dispositions ayant dans l'Union européenne une visée intégrative, c'est-à-dire augmentant la solidarité entre les Etats membres. On comprend ainsi que l'exécution matérielle de ces dispositions bénéficie de cette « filiation » : elle renforce l'interdépendance entre la Suisse et les Etats membres de l'Union européenne. L'exécution matérielle des accords d'association de la Suisse à Schengen et Dublin renforce ainsi la contrainte objective qu'est l'interdépendance : « *plus l'association à Schengen et Dublin aura été longue, plus l'interdépendance entre la Suisse et l'Union européenne dans les domaines couverts par les Accords*

[1672] Voir, *supra*, partie 1, titre 1.

d'association sera grande »[1673]. La part croissante de cet élément objectif factuel renvoie ainsi à la réalisation des solidarités concrètes, aux « petits pas » de la théorie fonctionnaliste.

1039. Or on a également vu, que l'interdépendance joue en faveur de la conclusion d'accords, ce qui nous amène à un troisième point.

c) L'impulsion vers une nouvelle situation juridique

1040. On a vu que l'interdépendance joue en faveur de la conclusion d'accords[1674], lesquels sont destinés à aménager et souvent renforcer l'interdépendance existante. Par conséquent, le renforcement de l'interdépendance constitue une contrainte objective factuelle qui tend au développement des actes juridiques applicables dans la relation Suisse-UE. En d'autres termes, la réalité objective (juridique et matérielle) créée par les accords, celle dont que l'on vient d'exposer, constitue un milieu objectif favorable à l'adoption de nouveaux actes juridiques. On peut même affiner : la réalité objective constituée, qui bénéficie des effets juridiques et matériels du droit de l'Union européenne, tend à l'adoption de nouveaux actes juridiques dont les règles matérielles sont susceptibles d'être *encore* européennes. C'est ce qu'exprime le Conseil fédéral suisse lorsqu'il souligne «*l'interdépendance croissante entre la Suisse et l'UE* [… qui] *implique notamment d'adapter la législation suisse au droit communautaire par des accords bilatéraux ou de manière autonome* »[1675]. En d'autres termes, les accords Suisse-UE exécutés deviennent un nouveau fait qui prend place dans le milieu objectif, lequel non seulement sert de base à d'autres actes juridiques, mais en plus, par ses caractéristiques héritées du droit de l'Union européenne contenu dans les règles primaires, sert de bases à des nouvelles règles primaires elles-aussi européennes. C'est exprimer ici, avec les outils de la théorie de l'acte, l'effet de *spill over* caractérisé par les théories fonctionnalistes.

[1673] Anne CORNU, « Les aspects institutionnels des Accords d'association de la Suisse à Schengen et à Dublin », in C. KADDOUS, M. JAMETTI GREINER (dir.), *Accords bilatéraux II Suisse-UE et autres accords récents,* Dossiers de droit européen, vol. 16, Bruxelles, Bruylant, 2006, pp. 207-244, spéc. p. 243.

[1674] Voir, *supra*, partie 1, titre 1.

[1675] Rapport Europe 2006 du 28 juin 2006, FF 2006, vol.2, cahier n°35, pp.6461-6622, spéc. p. 6471. Ce constat est repris dans le message du Conseil fédéral du 23 janvier 2008 sur le programme de la législature 2007 à 2011, FF 2008, vol. 6, pp.639-722, spéc. p. 690. En revanche, cette affirmation du Rapport Europe ne figure pas dans le message du Conseil fédéral du 25 janvier 2012 sur le programme de la législature 2011 à 2015, FF 2012, vol. 6, pp. 349-492. L'interprétation de cette absence est délicate, et doit prendre en compte la volonté du Conseil fédéral de régler les « questions institutionnelles » avec l'Union européenne (*ibid.* p.418), négociations qui portent notamment sur l'homogénéité du droit applicable.

1041. En réalité, il n'y a ici, pas plus que dans l'analyse fonctionnaliste, un quelconque automatisme : la volonté de la Suisse et celle de l'Union européenne joue évidemment un rôle primordial. Or l'évolution des éléments objectifs affecte également les éléments subjectifs, qui se trouvent en quelque sorte « objectivés ».

2) *L'objectivisation des éléments subjectifs*

1042. Les éléments subjectifs déterminant la relation Suisse-UE ont globalement été identifiés comme la volonté de la Suisse et celle de l'Union européenne, la volonté de chacun des Etats membres étant généralement mise de côté[1676]. La volonté de la Suisse et celle de l'Union européenne apparaît affectée par l'évolution des éléments objectifs. D'abord, c'est à l'égard d'un monde objectif dont on a vu qu'il est de plus en plus, juridiquement et matériellement, européen que se porte l'action des volontés de la Suisse et de l'Union européenne (a). De cette combinaison entre la volonté et un monde objectif européanisé, se définit la notion d'intérêt. L'intérêt de la Suisse et celui de l'Union européenne semble ainsi orienté sur une reprise du droit de l'Union européenne (b), même si l'on peut rappeler qu'il n'y a aucun automatisme, d'autres éléments entrant en concurrence pour définir les intérêts.

a) L'action des volontés à l'égard d'un monde objectif européanisé

1043.D'abord, et de manière quasi-logique, l'évolution des éléments objectifs factuels affecte ce que l'on pourrait appeler « l'idée de vouloir », parce que dès le départ, le monde objectif détermine la volonté de la Suisse et celle de l'Union européenne. C'est, en droit privé, l'idée qu'exprime le Professeur Jean HAUSER rejetant une conception subjective abstraite de l'acte juridique : « *le monde objectif y est étroitement combiné dès l'origine avec la volonté parce que c'est la volonté d'un homme qui y vit et parce que sa cause finale est ce monde objectif* »[1677]. L'évolution du monde objectif constatée, sous l'effet des accords Suisse-UE,

---

[1676] Ce choix s'explique par des considérations juridiques : la volonté de chaque Etat membre est intégrée à un processus interne d'élaboration de la volonté de l'Union européenne lorsque l'accord relève de la compétence de l'Union européenne. Dans les autres cas, l'exclusion de l'étude de la volonté des Etats membres ne se justifie que par des considérations pratiques, afin de simplifier le raisonnement.

[1677] Jean HAUSER, *Objectivisme et subjectivisme dans l'acte juridique. Contribution à la théorie générale de l'acte juridique*, Paris, LGDJ, 1971, 339 p., spéc. p.82.

modifie ainsi les volontés de la Suisse et de l'Union européenne, le sens de cette influence restant à préciser.

1044. A cela s'ajoute que le monde objectif matériel sur lequel ces volontés sont appelées à s'exercer, est régi par des éléments objectifs légaux cette fois, dont on a vu qu'ils sont marqués par leur inspiration : ces règles primaires sont basées sur le droit de l'Union européenne. Or l'évolution de ce droit entre les Etats membres va indirectement modifier le monde objectif à l'égard duquel les volontés de la Suisse et de l'Union européenne agissent. On retrouve ici, du point de vue des effets sur les volontés de la Suisse et l'UE, l'idée selon laquelle la modification du droit de l'Union est de plus en plus amenée à « concerner » la relation entre la Suisse et l'Union européenne. On a vu que la Suisse continue de procéder à un examen de son droit national en fonction des développements intervenus en droit de l'Union européenne[1678]. De son côté, l'Union européenne intègre dans son processus législatif la question de son rapport avec certains Etats tiers, ceux de l'AELE membre de l'EEE notamment, mais aussi la Suisse[1679].

1045. Mais il ne s'agit plus seulement de souligner que la relation de la Suisse et l'Union européenne est de plus en plus « concernée » par le droit de l'Union, mais aussi de plus en plus « intéressée » par une application de ce droit[1680]. La combinaison de la volonté et des éléments objectifs définissant une sphère d'intérêt qui est orientée sur le droit de l'Union.

b) Des intérêts orientés sur le droit de l'Union européenne

1046. La notion d'intérêt pour le Professeur HAUSER « *n'est finalement que le manteau juridique d'un lien beaucoup plus ancien […] entre la volonté et les structures objectives* »[1681], c'est la « *projection objective de la volonté à travers le prisme déformant du milieu objectif qui s'y intègre,*

1678 Voir, *supra*, §1, A.

1679 Par exemple, le règlement n°883/2004 abroge le règlement n°1408/71, mais précise que celui-ci reste en vigueur aux fins « *de l'accord sur l'Espace économique européen, de l'accord entre la Communauté européenne et ses États membres, d'une part et la Confédération suisse, d'autre part, sur la libre circulation des personnes et d'autres accords contenant une référence au règlement (CEE) n°1408/71, aussi longtemps que lesdits accords ne sont pas modifiés en fonction du présent règlement* » : article 90, paragraphe 1, point c) du règlement (CE) n°883/2004 du Parlement européen et du Conseil du 29 avril 2004 portant sur la coordination des systèmes de sécurité sociale, *JO L 166 du 30.4.2004, p.1-123*.

1680 Jean-Pierre QUENEUDEC, *La notion d'État interessé en droit international*. R.C.A.D.I., Tome 255, La Haye, Martinus Nijhoff Publishers, 1995, pp. 339-462.

1681 Jean HAUSER, *Objectivisme et subjectivisme dans l'acte juridique. Contribution à la théorie générale de l'acte juridique*, Paris, LGDJ, 1971, 339 p., spéc. p.44.

la transforme, est transformé par elle »[1682]. Or il semble que la projection des volontés respectives de la Suisse et de l'Union européenne, à travers le prisme d'un milieu objectif « européanisé », semble aboutir à une orientation des intérêts des parties sur le droit de l'Union européenne. L'évolution « européenne » des éléments objectifs, en s'intégrant aux volontés, explique la modification des intérêts respectifs de la Suisse et de l'Union européenne. Plus précisément, le renforcement des éléments objectifs, en s'intégrant aux volontés, explique l'européanisation des intérêts de la Suisse et celui de l'Union européenne, qui, s'ils coïncident, constitueront un intérêt commun.

1047. D'abord, les intérêts de la Suisse et de l'Union européenne à étendre le droit de l'Union européenne dans leur rapport se manifestent dans le développement du champ d'application des règles primaires. La Suisse et l'Union européenne ont manifesté aujourd'hui un intérêt à l'égard de questions qui dépassent largement le domaine commercial, et ces questions suivent leur traitement par le droit de l'Union européenne. La libre circulation des personnes entre la Suisse et l'Union européenne, établie sur la base des règles primaires de l'Union européenne, présentait une approche essentiellement économique dans l'accord de 1999[1683], de surcroît partielle[1684]. Pourtant, les développements juridiques ultérieurs permettent de constater un net élargissement de l'intérêt des parties à des questions politiques. D'une part, et répondant aux attentes de l'Union européenne, la Suisse a considéré qu'il relevait désormais de son intérêt de soutenir les efforts de cohésion économique et sociale au sein de l'Union européenne élargie[1685]. D'autre part, les questions d'asile et de sécurité ont été réglées par l'association

---

[1682] Jean HAUSER, *Objectivisme et subjectivisme dans l'acte juridique. Contribution à la théorie générale de l'acte juridique*, Paris, LGDJ, 1971, 339 p., spéc. p.45.

[1683] Certes, les inactifs ne sont pas exclus de l'accord sur la libre circulation des personnes et bénéficient d'un droit de séjour inspiré des directives de l'UE. Toutefois, l'objectif de la Suisse à l'égard de cet accord (voir le message du Conseil fédéral du 23 juin 1999 relatif à l'approbation des accords sectoriels entre la Suisse et la CE, FF 1999, vol. 6, cahier n°34, pp. 5440-6398, spéc. p.5616), ainsi que les effets constatés (voir les rapports sur la migration de l'Office fédéral suisse des Migrations) mettent en évidence l'approche économique de la libre circulation entre les ressortissants suisses et ceux de l'Union européenne. Sur cet accord, voir Christine KADDOUS, « L'Accord CH–UE sur la libre circulation des personnes et l'ordre juridique suisse », in *F. BREUSS, T. COTTIER, P.-C. MÜLLER-GRAFF (dir.), Die Schweiz im europäischen Integrationsprozess*, Bâle, Helbing Lichtenhahn, 2008, pp. 153-168.

[1684] La libre prestation de services n'est garantie qu'à hauteur de 90 jours par an, alors que sont assurées de manière plus poussées les conditions de libre circulation des salariés et indépendants.

[1685] Rapport Europe 2006 du 28 juin 2006, FF 2006, vol.2, cahier n°35, pp.6461-6622, spéc. p.6496.

de la Suisse aux coopérations Schengen et Dublin instituées entre les Etats membres de l'Union[1686].

1048. Ensuite, et au sein d'un domaine régi par des règles tirées du droit de l'Union européenne, l'Union européenne et la Suisse ont de plus en plus intérêt à reprendre dans leur relation les modifications du droit de l'Union européenne intervenues entre les Etats membres. Bien plus, dès lors que celles-ci ont choisi d'appliquer des règles primaires identiques à celles qui s'appliquent aux Etats membres de l'Union européenne, la modification de ces dernières c'est-à-dire du droit de l'UE pose en réalité moins la question de l'intérêt de reprendre l'acquis, que l'intérêt de ne pas le reprendre.

1049. Ce constat est très net dans la politique législative d'adaptation autonome de la Suisse : la volonté de la Suisse est essentiellement celle d'éviter des divergences inutiles avec le droit de l'Union européenne. Le législateur suisse raisonne ainsi au regard de l'existence d'un intérêt particulier à ne pas harmoniser la loi envisagée avec le droit de l'Union européenne[1687]. L'orientation des éléments subjectifs sur le droit de l'Union européenne se vérifie aussi en matière conventionnelle. Dans le domaine couvert par les accords Schengen et Dublin, Anne CORNU souligne que « *plus l'association à Schengen et Dublin aura été longue, plus l'interdépendance entre la Suisse et l'Union européenne dans les domaines couverts par les Accords d'association sera grande. Il sera probablement plus difficile pour la Suisse de décider de refuser la reprise d'un développement de l'acquis étant donné les conséquences pratiques et financières que cela impliquerait* »[1688]. Il faut évidemment être nuancé, et d'autres éléments déterminent l'intérêt de la Suisse, si bien que celle-ci ne reprend pas systématiquement le droit de l'Union européenne, pas plus qu'elle n'offre une application des règles primaires européennes identique à celle qui existe dans l'Union européenne. La volonté de la Suisse telle qu'elle résulte de l'aboutissement des initiatives

---

1686 Accord du 26 octobre 2004 entre la Confédération suisse, l'Union européenne et la Communauté européenne sur l'association de la Confédération suisse à la mise en œuvre, à l'application et au développement de l'acquis de Schengen, *RS 0.362.31 / JO L 53 du 27.2.2008, p. 52-79* ; accord du 26 octobre 2004 entre la Confédération suisse et la Communauté européenne relatif aux critères et aux mécanismes permettant de déterminer l'Etat responsable de l'examen d'une demande d'asile introduite dans un Etat membre ou en Suisse, *RS 0.142.392.68 / JO L 53 du 27.2.2008, p.5-17*.

1687 Sur l'adaptation autonome, voir, *supra*, partie 1, titre 2, chapitre 1.

1688 Anne CORNU, « Les aspects institutionnels des Accords d'association de la Suisse à Schengen et à Dublin », in C. KADDOUS, M. JAMETTI GREINER (dir.), *Accords bilatéraux II Suisse-UE et autres accords récents,* Dossiers de droit européen, vol. 16, Bruxelles, Bruylant, 2006, pp. 207-244, spéc. p. 243.

populaires précitées[1689] n'a ainsi pas été celle d'un alignement sur le droit de l'Union européenne. Cela n'empêche pas de relever un mouvement général : l'objectivisation des éléments subjectifs c'est ainsi constater que sous l'effet des éléments objectifs qui se renforcent, la volonté de la Suisse est ainsi orientée sur le droit de l'Union européenne, au point que ce phénomène suscite on le verra, des réflexions sur la part de choix, le degré d'autonomie décisionnelle conservé par la Suisse.

1050. Cette orientation de la volonté sur le droit de l'Union européenne, en raison de l'action des éléments objectifs, est même poussée à son maximum du côté de l'Union européenne. Là aussi des nuances s'imposent, en particulier si l'on prend en compte les volontés des Etats membres. Il faut ainsi mentionner la contestation par le Royaume-Uni, de l'extension dans le cadre des relations Suisse-UE de développements de l'acquis lié à l'accord sur la libre circulation des personnes[1690]. Pour autant, l'intérêt de l'Union européenne est fortement marqué par l'influence croissante des éléments objectifs, puisqu'elle souhaite désormais que la Suisse s'engage juridiquement à une reprise de l'acquis, ce qui implicitement suppose que l'Union européenne accepterait par avance une application par la Suisse des développements de l'acquis. Il s'agit là d'un point qui relève des négociations sur « les questions institutionnelles », dont on voit à nouveau le lien entre objectivisation et institutionnalisation.

1689 Voir, *supra*, A, 2, b).

1690 CJUE, 27 février 2014, *Royaume-Uni / Conseil*, aff. C-656/11, *non encore publié*.

Section 2. L'essor des règles secondaires : les « questions institutionnelles »

1051. Les règles secondaires ont été définies, par référence à HART, comme les règles qui ont pour objet les règles primaires. Nous avons dégagé dans le cadre de la relation Suisse-UE deux types de règles secondaires : celles relatives à la substance des règles primaires, et celles qui régissent la contingence des règles primaires[1691]. L'étude de ces règles a montré que leur structure est destinée à garantir l'autonomie respective de la Suisse et de l'Union européenne. Ce faisant, les règles secondaires n'assurent pas que dans l'interprétation ou la modification des règles secondaires, sera maintenu l'arrimage sur le droit de l'Union européenne qui caractérise les règles primaires. Quelques règles secondaires cependant s'éloignent de ce schéma et, tout en maintenant formellement l'autonomie de la Suisse et l'Union européenne, encadrent celle-ci afin de prolonger au stade de l'application ou de la modification, l'européanité des règles primaires.

L'introduction du facteur temporel permet d'affiner l'analyse présentée. En effet, l'équilibre identifié reste valable mais sous l'effet du temps, l'européanisation semble se renforcer. On a ainsi pu voir dans la section précédente qu'en pratique, les règles primaires évoluent en fonction des développements du droit de l'Union européenne. Ce phénomène, analysé sous le prisme de la théorie fonctionnaliste et de la théorie de l'acte juridique, semble résulter de la part croissante des éléments objectifs factuels et légaux qui accroissent la sensibilité de la relation Suisse-UE au droit de l'Union européenne.

Du côté de l'Union européenne, ce phénomène d'européanisation doit se poursuivre, mais produire un saut qualitatif. Il doit être prévisible, systématique et plus poussé. On cherchera des manifestations du dynamisme dans le déclenchement de l'évolution (§1), et dans la sophistication des règles secondaires (§2).

[1691] Voir, *supra*, partie 1, titre 2, chapitre 1, section 3.

§1 – L'indicateur de cette dynamique dans les négociations en cours : le déclenchement d'une évolution

1052. Les questions dites institutionnelles ont probablement jalonné la construction de la relation Suisse-UE depuis cinquante ans[1692], mais sont devenues prégnantes. L'idée d'un accord-cadre institutionnel s'est posée autour des années 2005[1693], plusieurs facteurs ayant influencé la survenance de ces questions entre la Suisse et l'Union européenne. L'élargissement de l'Union européenne qui passe entre 2004 et 2007 de quinze à vingt-sept Etats membres, « *est sans doute à l'origine d'une attention moins prononcée aux spécificités de la Confédération helvétique* »[1694]. Il expliquerait en partie que la Suisse ait pris l'initiative[1695] de proposer des discussions sur des aspects institutionnels de sa relation avec l'Union européenne. Pour celle-ci, l'adoption par la Suisse de différentes mesures critiquées par l'Union européenne a accentué l'insatisfaction de l'Union européenne à l'égard de l'homogénéité et le développement du droit applicable dans sa relation avec la Suisse. A cet égard, le Professeur Christine KADDOUS souligne que les réflexions sur un accord-cadre, qui datent de 2002, se sont posées avec plus d'insistance au fur et à mesure que la Suisse a pris des mesures critiquées par l'Union européenne[1696].

1053. La position de l'Union européenne à l'égard de certaines mesures suisses a fait ressortir avec une forte acuité l'ambiguïté constatée dans le chapitre précédent : la Suisse est intégrée à plusieurs aspects du fonctionnement de l'Union, par un statut proche de celui des Etats membres, sans que cet état ne constitue un objectif des accords, et sans, par conséquent, que des règles secondaires n'assurent la réalisation de l'homogénéité dans la

---

1692 Voir notamment le « recul » prôné par René SCHWOK, « L'absence de solidarité suisse au "contrat social" européen, un modèle à suivre ? », *Chantiers politiques*, 2012, n°10 Le nouveau contrat européen : Accords, engagements et solidarités en question, pp. 67-75, spéc. p.71.

1693 René SCHWOK, « Towards a Framework Agreement in the Context of New Bilateral Agreements between Switzerland and the European Union », in F. MAIANI, R. PETROV, E. MOULIAROVA (dir.), *European Integration Without EU Membership: Models, Experiences, Perspectives - European University Institute (EUI) Working Papers* n°2009/10, pp. 125-135, spéc. p.128, disponible à l'adresse: http://cadmus.eui.eu/bitstream/handle/1814/11294/MWP_2009_10.pdf?sequence=1.

1694 Roland RIES, *Rapport d'information n°329 fait au nom de la commission des affaires européennes du Sénat français, sur les relations entre l'Union européenne et la Suisse*, 4 mars 2011, 76 p., spéc. p. 34. Sur l'élargissement de l'Union européenne comme contrainte objective déterminant la relation Suisse-UE, voir, *supra*, partie 1, titre 1, chapitre 2, section 2, §1, D).

1695 René SCHWOK, « Towards a Framework Agreement in the Context of New Bilateral Agreements between Switzerland and the European Union », précité, p.128.

1696 Intervention de Christine KADDOUS à la Table Ronde sur « *le Partenariat Suisse-UE. Bilan, quelle perspective ?* », Université de Genève, 21 janvier 2013.

durée. La vice-présidente de la Commission souligne à cet égard que « *les accords sont dépourvus de mécanismes intégrés permettant de les adapter aux changements futurs.* […] *Il est difficile de contrôler la mise en œuvre des accords parce qu'il n'existe pas d'instance de surveillance officielle, ni de sanctions officielles, pas plus que de délais de mise en œuvre* »[1697].

1054. Les règles secondaires peuvent ainsi paraître « *en-deça* » de ce qu'impliquerait pour l'Union européenne une association aussi étroite à son marché intérieur. Par conséquent : « *La confortable ambiguïté de la voie bilatérale est à présent menacée. L'UE a fait clairement savoir qu'elle ne veut plus de nouveaux accords sans un règlement satisfaisant – et cette fois global – des questions institutionnelles* »[1698]. Les termes employés par le Président de la Commission européenne à l'issue de cette réunion avec la Présidente de la Confédération suisse soulignent l'importance pour l'Union européenne d'une évolution quant aux règles que nous désignons par règles secondaires, qui ont pour objet les règles primaires : « *La Commission pense que le réseau actuel des accords bilatéraux est devenu complexe et parfois très lourd à gérer. Nous devons donc donner à nos citoyens et nos entreprises des règles du jeu plus claires et uniformes, qui évoluent en même temps. Un marché commun a besoin de règles communes! Par conséquent, je suis convaincu que le temps est venu pour donner une nouvelle impulsion à nos relations et de réfléchir ensemble sur l'évolution de ce partenariat, notamment sur la possibilité d'un cadre institutionnel plus horizontal* »[1699].

1055. Au regard de la relation étroite entre la Suisse et l'Union européenne précédemment constatée[1700], la large autonomie laissée aux parties par les règles secondaires[1701] laisse apparaître ce qui se présente comme désormais comme des lacunes pour l'homogénéité du droit applicable (A). Elles justifient l'ouverture en 2014 de négociations sur de nouvelles règles secondaires, les discussions sur les « questions institutionnelles » (B).

1697 *Extrait de l'intervention de Mme Viviane Reding, vice-présidente de la Commission européenne en charge de la Justice, des droits fondamentaux et de la citoyenneté, lors d'un colloque de la fondation Jean Monnet à Lausanne, le 12 novembre 2010,* cité par Roland RIES, *Rapport d'information n°329 fait au nom de la commission des affaires européennes du Sénat français, sur les relations entre l'Union européenne et la Suisse*, 4 mars 2011, 76 p., spéc. p.21.

1698 Francesco MAIANI, « La Suisse et l'Union européenne en quête de la quadrature du cercle », *Affaires publiques* 2012, n°4, pp. 12-13, spéc. p.13.

1699 Discours de José Manuel Durão BARROSO, Président de la Commission européenne, à la suite de sa rencontre avec Madame Doris LEUTHARD, Présidente de la Confédération suisse, 19 juillet 2010, *SPEECH/10/398*.

1700 Voir, *supra*, partie 2, titre 1.

1701 Voir, *supra*, partie 1, titre 2.

A) Les lacunes des règles secondaires actuelles

1056. On a constaté dans la section précédente une dynamique, étudiée à travers le critère du développement des règles primaires, de maintien dans le temps de l'arrimage sur le droit de l'Union européenne. Cependant, cette dynamique n'est pas régulière et laisse place à certaines cassures dans l'européanité des règles primaires. Il s'agit là d'un constat assez prévisible : dans la mesure où la dynamique relevée ne résulte pas de l'application de règles secondaires mais d'une pratique, c'est-à-dire de choix de la Suisse et de l'Union européenne, il est assez logique que pour des considérations diverses, leurs volontés ne coïncident pas toujours entre elles d'une part, ou sur le maintien de l'européanité d'autre part. Il s'agit ici d'en montrer les irrégularités, non seulement du point de vue de la contingence des règles primaires, mais aussi en intégrant la question de leur substance, c'est-à-dire leur interprétation, puisque la présente section concerne différentes règles secondaires. L'irrégularité de la reprise du droit de l'Union européenne d'une part, et les divergences d'interprétation sur ces règles primaires d'autre part, manifestent les lacunes des règles secondaires relatives respectivement à la contingence des règles primaires (1) et à leur substance (2).

1) L'irrégularité de la reprise du droit de l'Union européenne

1057. Les règles primaires applicables dans la relation Suisse-UE, basées sur le droit de l'Union européenne, ne sont pas toujours modifiées en suivant le droit de l'Union européenne, c'est-à-dire que leur évolution ne traduit pas forcément une intégration continue (a), et ce ne sont que des moyens limités qui ont été développés pour limiter l'absence d'un cadre institutionnel clair et contraignant (b).

a) Les manifestations des irrégularités

1058. Le développement des règles primaires européennes applicables dans la relation Suisse-UE ne suit pas forcément le sens du droit de l'Union européenne, c'est-à-dire qu'il peut distendre l'arrimage normatif sur le droit de l'Union européenne (i). En outre, et si l'on considère cette fois celles des modifications des règles primaires qui suivent sur le fond le droit de l'Union européenne, on s'aperçoit qu'elles ne coïncident pas forcément

temporellement avec le moment de l'application de ce droit entre les Etats membres de l'Union européenne (ii).

i) L'éloignement du droit de l'Union européenne

1059. Il peut arriver que des règles primaires basées sur le droit de l'Union européenne soient modifiées et que le sens de cette modification éloigne la nouvelle disposition du droit de l'Union européenne. Il ne s'agit pas de critiquer ce phénomène, pas plus que d'affirmer que l'existence de règles secondaires particulières assurerait systématiquement un « effet de cliquet »[1702] en empêchant toute régression dans l'intégration. Dans la relation Suisse-UE comme ailleurs, le droit a vocation à durer sans être immuable. Il s'agit simplement ici, à partir d'un exemple presque anecdotique, de mettre en évidence plus que l'absence de continuité dans l'intégration, la possible régression dans l'intégration. Cet exemple a aussi l'avantage de mettre en relief l'action discrète mais néanmoins essentielle des comités mixtes.

1060. Dans cet exemple, une décision du comité mixte gérant les accords MEDIA successifs[1703] modifie une règle primaire en l'éloignant du droit de l'Union européenne. La disposition en cause concerne le droit pour la Suisse de prendre des mesures à l'encontre d'organismes établis dans un État membre, mais dont l'activité est principalement tournée vers le territoire suisse[1704]. Dans l'accord MEDIA de 2004, cette faculté était soumise aux conditions posées par « *la jurisprudence pertinente de la Cour de justice des Communautés européennes* », nominativement désignée : l'arrêt *Van Binsbergen* et, en ce qui concerne plus spécifiquement la prestation de services résultant de la diffusion de programmes télévisés, l'arrêt *TV10 SA*[1705]. Initialement, l'accord MEDIA de 2007 accentue l'européanité de cette disposition, la référence à la jurisprudence pertinente de la Cour de justice étant posée en

---

1702 Denys SIMON, *Le système juridique communautaire*, Paris, PUF, 2001, spéc. p. 108.

1703 Accord du 26 octobre 2004 entre la Communauté européenne et la Confédération suisse dans le domaine de l'audiovisuel, établissant les termes et conditions pour la participation de la Confédération suisse aux programmes communautaires MEDIA Plus et MEDIA Formation, *RS 0.784.405.226.8 / JO L 90 du 28.3.2006, p. 23-34* ; accord du 11 octobre 2007 entre la Confédération suisse et la Communauté européenne dans le domaine de l'audiovisuel, établissant les termes et conditions pour la participation de la Confédération suisse au programme communautaire MEDIA 2007, *RS 0.784.405.226.8 / JO L 303 du 21.11.2007, p. 11–23*.

1704 Article 1, paragraphe 2, pt b), de l'annexe II de l'accord MEDIA de 2004 ; article 1, paragraphe 1, pt b) de l'annexe I, de l'accord MEDIA de 2007.

1705 CJCE, 3 décembre 1974, *Johannes Henricus Maria van Binsbergen c. Bestuur van de Bedrijfsvereniging voor de Metaalnijverheid*, aff. 33-74, *Rec.* 1974, p. 1299 ; CJCE, 5 octobre 1994, *TV10 SA c. Commissariaat voor de Media*, aff. C-23/93, *Rec.* 1994, p. I-4795.

termes généraux : elle n'était plus suivie de la mention, que l'on pouvait considérer comme limitative, des arrêts *Van Binsbergen* et *TV10 SA*. Or la modification de cette disposition apportée par le comité mixte en 2011[1706] supprime toute référence à la jurisprudence de la Cour, éloignant ainsi cette disposition du droit qui s'applique entre les Etats membres de l'Union européenne.

1061. L'évolution des règles primaires applicables dans la relation Suisse-UE n'est ainsi pas linéaire dans le rapport qu'elle établit avec le droit de l'Union européenne, pas plus qu'elle n'est synchrone.

ii) Les décalages temporels avec le droit de l'UE

1062. La remarque paraît évidente puisque le droit de l'Union européenne servant de base pour les règles primaires applicables entre la Suisse et l'UE, la modification de l'un précède presque nécessairement la modification – au demeurant éventuelle – de l'autre. Elle mérite néanmoins d'être soulignée parce que la simultanéité dans l'application du droit de l'Union européenne peut être importante.

1063. Elle l'est dans le domaine de Schengen et Dublin, ce qui explique que les accords contiennent des règles secondaires prévoyant une application simultanée par la Suisse et les Etats membres de l'Union européenne. Mais même dans ces accords, les règles secondaires n'excluent pas tout décalage entre l'application du développement de l'acquis Schengen par les Etats de l'UE et son application éventuelle par la Suisse. Celle-ci s'est engagée sur le principe à reprendre les développements des acquis Schengen et Dublin liés aux accords conclus avec l'Union[1707] mais notifie pour chaque développement son acceptation ou non. La Suisse bénéficie de deux délais pour notifier sa décision : l'un de trente jours à compter de l'adoption de l'acte par l'Union européenne, l'autre de deux ans qui de surcroît ne commence qu'à compter de la notification de l'acte à la Suisse par les institutions de l'Union. Ce second délai, beaucoup plus long que celui accordé aux autres Etats tiers associés à Schengen et Dublin, est destiné à tenir compte des exigences de la

---

[1706] Décision n°1/2011 du comité mixte institué par l'accord entre la Communauté européenne et la Confédération suisse dans le domaine de l'audiovisuel, établissant les termes et conditions pour la participation de la Confédération suisse au programme communautaire MEDIA 2007 du 21 janvier 2011 relative à l'actualisation de l'article 1er de l'annexe I de l'accord, du 21 janvier 2011, *JO L 81 du 29.3.2011, p.16-17.*

[1707] Pour de plus amples développements sur les concessions accordées à travers ces règles secondaires, voir, *infra*, partie 1, titre 2, chapitre 3, section 2, §2, B.

démocratie suisse. Il aboutit à deux cas de figure différents du point de vue de la simultanéité d'application du droit de l'Union européenne. Les institutions de l'Union si elles ont été informées lors de l'élaboration de l'acte, de la nécessité pour la Suisse d'un délai de deux ans, peuvent fixer la date d'entrée en vigueur de cet acte en fonction du délai requis par la Suisse : dans ce cas il n'y aura pas de décalage temporel dans l'application du droit de l'Union entre la Suisse et les Etats membres. Mais elles peuvent aussi « *prévoir une entrée en vigueur différée pour la Suisse, ceci en dérogation au principe selon lequel les nouveaux développements de l'acquis doivent entrer en vigueur simultanément pour l'ensemble des Etats participants à Schengen et Dublin* »[1708].

1064. Il y a ainsi, même pour l'accord dans lequel il existe les règles secondaires les plus contraignantes en ce qui concerne la contingence des règles primaires, un possible décalage temporel entre l'application du droit de l'Union européenne entre les Etats membres, et sa reprise par la Suisse. Le risque d'un tel décalage est évidemment amplifié dans les autres accords pour lesquels la reprise du droit de l'Union n'est pas encadrée temporellement. Les comités mixtes, libres de décider de reprendre un acte de l'Union sont logiquement libres de décider du moment de cette reprise. Le comité mixte gérant l'accord sur la libre circulation des personnes a par exemple décidé en 2003, un an après l'entrée en vigueur de l'accord, de reprendre les modifications du règlement n°1408/71 intervenues en 1999[1709]. Mais on constate aussi des décalages beaucoup plus longs, qui s'expliquent notamment par l'importance de l'acte en cause : ce n'est ainsi que dans une

---

[1708] Anne CORNU, « Les aspects institutionnels des Accords d'association de la Suisse à Schengen et à Dublin », in *C. KADDOUS, M. JAMETTI GREINER (dir.), Accords bilatéraux II Suisse-UE : et autres accords récents*, Bruxelles, Bruylant, 2006, pp. 207-244, spéc. pp.236-237.

[1709] Depuis la date de la signature de l'accord sur la libre circulation des personnes, les règlements n°1408/71 et n°574/72 auxquels se réfère l'annexe II ont été modifiés au sein de l'Union européenne par des règlements de 1999 et 2001. Entré en vigueur en 2002, l'accord sur la libre circulation des personnes est alors modifié dès 2003, le comité mixte considérant qu' « *il est à présent nécessaire d'insérer dans l'accord* » les actes modificatifs pertinents : considérant 3 de la décision n°2/2003 du Comité mixte UE-Suisse du 15 juillet 2003 portant modification de l'annexe II (sécurité sociale) de l'accord entre la Communauté européenne et ses États membres et la Confédération suisse sur la libre circulation des personnes, *JO L 187 du 26.7.2003, p. 55–60*.

décision de 2012[1710], que le comité mixte décide de remplacer, comme dans l'Union européenne, le règlement n°1408/71 par le règlement adopté en 2004[1711].

1065. Lorsque ces décalages présentent des inconvénients pour les deux parties, notamment lorsqu'est en cause la participation de la Suisse à des programmes, certains moyens ont été développés afin d'éviter des discontinuités dans la reprise du droit de l'Union européenne.

b) Le développement de moyens limités pour pérenniser l'arrimage sur le droit de l'UE

1066. Reprenant l'ordre des irrégularités constatées dans le développement du droit de l'Union européenne, on relèvera que le risque de régression de l'intégration européenne est limité par une solidarisation entre certains accords (i) ; quant aux décalages temporels, ils sont réduits par l'application provisoire du développement du droit de l'Union européenne (ii).

i) La solidarisation de certains accords

1067. Parmi les règles secondaires, une disposition, dite « clause guillotine » lie la vie juridique des six accords de 1999[1712], c'est-à-dire que la cessation de l'un entraîne automatiquement la cessation des autres[1713]. Lors de la négociation de ces accords et en particulier dans le dossier de la libre circulation des personnes, la Suisse a obtenu que la libre circulation ne serait pas introduite automatiquement et qu'elle pourrait maintenir des contingents pendant une période transitoire, et surtout qu'elle devrait se prononcer sept ans après l'entrée en vigueur de l'accord sur sa reconduction. L'Union européenne a en

---

1710 Décision n°1/2012 du 1er avril 2012 du comité mixte institué par l'accord entre la Communauté européenne et ses États membres, d'une part, et la Confédération suisse, d'autre part, sur la libre circulation des personnes du 31 mars 2012 remplaçant l'annexe II dudit accord sur la coordination des systèmes de sécurité sociale, *JO L 103 du 13.4.2012, p.51-59*. Sur le décalage qui existait entre les Etats membres d'une part, et la Suisse et les Etats membres d'autre part, voir Christine KADDOUS, « La libre circulation des personnes, la directive 2004/38 et l'Accord bilatéral Suisse-Union européenne », *RSDIE*, 2/2006, pp. 213-217.

1711 Règlement (CE) n°883/2004 du Parlement européen et du Conseil du 29 avril 2004 sur la coordination des systèmes de sécurité sociale, *JO L 166 du 30.4.2004, p. 1-123*.

1712 En revanche, et logiquement, il n'était pas prévu que la cessation ordinaire de l'accord de coopération scientifique de 1999, prévue à l'expiration des cinquièmes programmes-cadres de recherches, entraîne la cessation des autres accords.

1713 Voir, *supra*, partie 1, titre 2, chapitre 3, section 2.

contrepartie tenu à intégrer cette clause guillotine[1714], ce qui en pratique garantit une appréciation globale de l'intérêt au maintient des accords. En 2009, la Suisse a accepté la reconduction de l'accord.

1068. Or si l'on prend en compte comme c'est l'objet de ce chapitre le facteur de la durée, on s'aperçoit que la solidarisation entre les accords opérée par la clause guillotine a parfois été renforcée lors de la conclusion des accords ultérieurs. Certes, la clause guillotine n'a pas été reprise dans les accords ultérieurs, tels que les accords bilatéraux II de 2004, excepté entre les accords d'association à Schengen et Dublin. En revanche, d'autres formes de solidarisation à l'égard des accords bilatéraux I de 1999 se sont développées.

1069. Dans sa décision de signer l'accord MEDIA 2007, l'Union européenne a précisé : « L'accord est lié aux sept accords signés avec la Confédération suisse, le 21 juin 1999, et conclus par la décision 2002/309/CE, Euratom du Conseil et de la Commission du 4 avril 2002. Le présent accord n'est pas prorogé ni renégocié conformément à son article 12 en cas de dénonciation des accords visés au premier alinéa du présent article »[1715]. Il ne s'agit plus ici expressément d'une extinction automatique, la solidarisation étant au demeurant unilatérale, posée non pas dans l'accord mais dans la décision de l'Union européenne de signer l'accord. Toutefois, cette disposition affirme clairement la position de l'Union européenne face à une dénonciation par la Suisse des accords bilatéraux de 1999 ; ce faisant, elle souligne la conception unitaire que forment pour l'Union européenne les accords bilatéraux I.

1070. C'est plus particulièrement l'application de l'ALCP qui est visée : « La décision proposée sur la conclusion de l'accord établit le lien politique entre cet accord et les sept accords signés le 21 juin 1999, notamment l'accord sur la libre circulation des personnes, dont la poursuite devra faire l'objet d'une décision de la part de la Suisse en 2009, très

---

[1714] Dieter GROSSEN, « Appréciation politique de l'Accord sur la libre circulation des personnes », in D. FELDER, C. KADDOUS (dir.), *Accords bilatéraux Suisse-UE (Commentaires)*, Dossiers de droit européen, Vol. 8, Bruxelles, Bruylant, 2001, pp. 259-268, spéc. p. 264.

[1715] Article 5 de la décision 2007/745/CE du Conseil du 28 septembre 2007 relative à la signature et à l'application provisoire d'un accord entre la Communauté européenne et la Confédération suisse dans le domaine de l'audiovisuel, établissant les termes et conditions pour la participation de la Confédération suisse au programme communautaire MEDIA 2007, ainsi que d'un acte final, JO L 303 du 21.11.2007, p.9-10. Une formulation analogue est reprise à l'article 4 de la décision 2010/478/UE du Conseil du 26 juillet 2010 relative à la conclusion d'un accord entre la Communauté européenne et la Confédération suisse dans le domaine de l'audiovisuel, établissant les termes et conditions pour la participation de la Confédération suisse au programme communautaire MEDIA 2007, ainsi que d'un acte final, *JO L 234 du 04.09.2010, p.1-2*.

probablement par la voie d'un référendum »[1716]. En 2010, la participation de la Suisse au programme de l'Union européenne est de nouveau liée à l'ALCP, cette fois par l'accord lui-même, qui prévoit qu'il « ne sera pas prorogé en cas d'extinction ou de dénonciation de l'accord du 21 juin 1999 sur la libre circulation des personnes […] »[1717].

1071. Ce phénomène de solidarisation entre les accords vise ainsi particulièrement l'accord sur la libre circulation des personnes, qualifié de « colonne vertébrale de la voie bilatérale » par un Conseiller fédéral suisse dans un discours prônant le rejet de l'initiative populaire «Contre l'immigration de masse»[1718], contraire à l'accord sur la libre circulation des personnes[1719]. L'initiative ayant été acceptée le 9 février 2014, l'Union européenne a annoncé la suspension des négociations relatives à Erasmus +[1720], programme ayant succédé au programme auquel la Suisse était associée par l'accord de 2010 précité ; elle a également suspendu les négociations relatives à la participation de la Suisse au programme Horizon 2020[1721], lui-aussi consécutif à des programmes de recherches auxquels la Suisse était associée depuis plusieurs années. La réaction de l'Union européenne s'inscrit ici dans le phénomène qualifié de solidarisation entre les accords, qui consiste à lier certains accords à l'accord sur la libre circulation des personnes, afin d'assurer une application globale des accords basés sur le droit de l'Union européenne, et d'éviter le phénomène souvent désigné sous le vocable « d'Europe à la carte ». Mais cette réaction politique met aussi en évidence les lacunes dans les règles secondaires, en particulier l'absence d'un juge indépendant chargé de vérifier le respect par la Suisse de

---

1716 Exposé des motifs de la proposition de décision du Conseil du 28 août 2007, relative à la signature d'un accord entre la Communauté européenne et la Confédération suisse dans le domaine de l'audiovisuel, établissant les termes et conditions pour la participation de la Confédération suisse au programme communautaire MEDIA 2007, ainsi que d'un acte final, *COM (2007) 477 final*, *JO C 256 du 20.10.2007, p.7*.

1717 Art. 3, par.2, de l'accord du 15 février 2010 entre la Confédération suisse et l'Union européenne, établissant les termes et conditions de la participation de la Confédération suisse au programme «Jeunesse en action» et au programme d'action dans le domaine de l'éducation et de la formation tout au long de la vie (2007–2013), *RS 0.402.268.1 / JO L 87 du 7.4.2010, p. 7–18*.

1718 Didier BURKHALTER, conférence de presse du 25.11.2013 sur l'initiative «Contre l'immigration de masse».

1719 Christine KADDOUS, « Avis de droit sur la compatibilité de l'initiative "contre l'immigration de masse" et de l'initiative ECOPOP "Halte à la surpopulation – oui à la préservation durable des ressources naturelles" avec l'accord sur la libre circulation des personnes entre la Suisse et l'Union européenne (ALCP), l'application de la clause guillotine et la renégociation éventuelle de l'ALCP ».

1720 Règlement (UE) n°1288/2013 du Parlement européen et du Conseil du 11 décembre 2013 établissant "Erasmus +": le programme de l'Union pour l'éducation, la formation, la jeunesse et le sport et abrogeant les décisions n°1719/2006/CE, n°1720/2006/CE et n°1298/2008/CE, *JO L 347 du 20.12.2013, p. 50–73.*

1721 Règlement (UE) n°1291/2013 du Parlement européen et du Conseil du 11 décembre 2013 portant établissement du programme-cadre pour la recherche et l'innovation "Horizon 2020" (2014-2020) et abrogeant la décision n°1982/2006/CE, *JO L 347 du 20.12.2013, p. 104–173*.

l'application des règles primaires qui la lient. En outre, ils ne peuvent contenir que les décisions les plus importantes à l'égard de l'accord sur la libre circulation des personnes : celles qui concernent sa dénonciation, et ne peuvent pas garantir la « bonne application » de l'accord (laquelle ne peut en outre être définie que par un juge indépendant des parties, et probablement commun).

1072. De même, ce ne sont que des moyens limités qui se sont développés pour limiter les décalages temporels dans l'application du droit de l'Union européenne repris dans les accords Suisse-UE ou les législations suisses adaptées spontanément.

ii) L'application provisoire et l'application rétroactive

1073. Certaines règles ou pratiques se sont développées pour réduire le décalage temporel dans l'application d'une disposition de droit de l'UE entre les Etats membres d'une part, et dans le cadre de la relation Suisse-UE d'autre part. La plus efficace et la moins contraignante consiste pour l'Union européenne à informer[1722], ou pour la Suisse à se tenir informée[1723], de la disposition en cause dès son processus d'élaboration dans l'Union européenne.

1074. Une autre possibilité est d'assurer l'application provisoire de la disposition en cause, en attendant que celle-ci soit formellement applicable dans la relation Suisse-UE. Il s'agit d'une pratique à laquelle procède parfois la Suisse afin de limiter les conséquences de l'utilisation du délai de deux ans afin d'approuver la reprise d'un développement de l'acquis Schengen ou Dublin. La Suisse a par exemple jusqu'au 3 juillet 2015 pour adapter son droit au nouveau règlement Dublin III[1724] ; mais le 18 décembre 2013, le Conseil fédéral a décidé d'appliquer provisoirement une partie des dispositions du nouveau règlement à partir du 1er janvier 2014. De même, le recours à l'application provisoire peut

---

[1722] La Commission européenne s'est engagée à transmettre à la Suisse les copies des propositions d'actes développant l'acquis Schengen qu'elle communique au Conseil ou au Parlement européen (Déclaration de la Commission européenne sur la transmission des propositions, annexe à l'acte final de l'accord du 26 octobre 2004 entre la Confédération suisse, l'Union européenne et la Communauté européenne sur l'association de la Confédération suisse à la mise en œuvre, à l'application et au développement de l'acquis de Schengen, *RS 0.362.31 / JO L 53 du 27.2.2008, p. 52-79*).

[1723] La connaissance des actes en cours d'adoption dans l'Union européenne est parfois prise en compte dans le processus législatif suisse, pour éclairer la compatibilité du projet avec le droit de l'UE.

[1724] Règlement (UE) n°604/2013 du Parlement européen et du Conseil du 26 juin 2013 établissant les critères et mécanismes de détermination de l'État membre responsable de l'examen d'une demande de protection internationale introduite dans l'un des États membres par un ressortissant de pays tiers ou un apatride, *JO L 180 du 29.6.2013, p. 31–59*.

se justifier lorsque l'accord est mixte[1725] puisque l'entrée en vigueur complète implique l'achèvement par les Etats membres de l'UE, de leurs procédures constitutionnelles respectives. C'est enfin compte tenu de l'objectif de l'accord que peut se justifier une application provisoire, en particulier lorsqu'il vise la participation de la Suisse à des programmes ou opérations de l'UE[1726] limités dans le temps. L'accord MEDIA de 2004, entré en vigueur en avril 2006[1727], a ainsi pris fin quelques mois plus tard avec la cessation des programmes MEDIA Plus et MEDIA Formation en décembre 2006[1728]. On comprend ainsi que l'accord MEDIA de 2007 ait prévu une application provisoire[1729] et rétroactive[1730], dès le 1er septembre 2007. Ce faisant, l'accord limite le décalage temporel de la participation de la Suisse par rapport à celle des Etats membres[1731], et limite la rupture de la participation de la Suisse aux programmes MEDIA. Mais l'efficacité de cette technique juridique reste tributaire du délai qui s'écoule entre le début du programme et la signature de l'accord[1732]. En outre, et comme le relèvent Catherine FLAESCH-MOUGIN et Isabelle BOSSE-PLATIERE, l'application provisoire d'accords mixtes, dès lors qu'elle est limitée aux seuls aspects relevant de la compétence de l'Union européenne (par exclusion

---

1725 Tel est le cas de l'accord de coopération du 18 décembre 2013 entre l'Union européenne et ses États membres, d'une part, et la Confédération suisse, d'autre part, relatif aux programmes européens de navigation par satellite, RO 2014 299 / JO L 15 du 20.1.2014, p.3-17. Conformément à son article 27, paragraphe 2, l'accord s'applique de manière provisoire, pour ce qui relève des compétences de l'UE, à partir du 1er janvier 2014.

1726 Pour un exemple lié à la participation de la Suisse à un programme de l'UE : voir l'accord de 2013 sur les programmes de navigation satellite précité, et l'accord MEDIA de 2007.
Pour un exemple lié à la participation de la Suisse à une opération de l'UE : voir l'article IX, paragraphe 2, de l'accord du 22 décembre 2004 entre l'Union européenne et la Confédération suisse sur la participation de la Confédération suisse à l'opération militaire de gestion de crise menée par l'Union européenne en Bosnie-et-Herzégovine (opération Althéa), *RS 0.510.268.1 / JO L 20 du 22.1.2005, p. 42-45*.

1727 Information concernant l'entrée en vigueur de l'accord [...] établissant les termes et conditions pour la participation de la Confédération suisse aux programmes communautaires MEDIA Plus et MEDIA Formation, *JO L 90 du 28.3.2006, p.35*.

1728 Les programmes MEDIA Plus et MEDIA Formation, conçus au départ pour 5 ans (2001-2005), ont été prolongés d'un an respectivement par la décision 846/2004/CE du Parlement européen et du Conseil du 29 avril 2004 modifiant la décision 2000/821/CE du Conseil […], *JO L 157 du 30.4.2004,p.4-6*, et la décision 845/2004/CE du Parlement européen et du Conseil du 29 avril 2004, modifiant la décision n°163/2001/CE […], *JO L 157 du 30.4.2004, p.1-3*.

1729 Article 13 de l'accord du 11 octobre 2007 entre la Confédération suisse et la Communauté européenne dans le domaine de l'audiovisuel, établissant les termes et conditions pour la participation de la Confédération suisse au programme communautaire MEDIA 2007, *RS 0.784.405.226.8 / JO L 303 du 21.11.2007, p. 11-23*.

1730 L'accord a en effet été signé le 11 octobre 2007.

1731 Entre les Etats membres, le programme MEDIA 2007 était applicable dès le 1er janvier 2007 : article 1er, paragraphe 1, de la décision 1718/2006/CE du Parlement européen et du Conseil du 15 novembre 2006 portant sur la mise en œuvre d'un programme de soutien au secteur audiovisuel européen (MEDIA 2007), *JO L 327 du 24.11.2006, p. 12–29*. Le programme est arrivé à échéance en décembre 2013.

1732 On soulignera notamment qu'un dispositif d'application provisoire et d'entrée en vigueur rétroactive était envisagé dans les négociations relatives à la participation de la Suisse au programme de recherche HORIZON 2020 (Site de la délégation de l'Union européenne en Suisse: http://eeas.europa.eu/delegations/switzerland/press_corner/focus/focus_items/ 20140114_fr.htm [consulté le 3 mars 2014]). Toutefois, les négociations qui auraient pu aboutir à l'automne 2014 ont été affectées par les décisions consécutives au referendum du 9 février 2014 en Suisse.

de celle des Etats membres), implique de cibler celles des dispositions appliquées d'une part, et conduit à une fragmentation du champ matériel des accords[1733].

1075. Enfin, la participation de la Suisse à des programmes de l'Union européenne est également consolidée dans le temps par l'affirmation de règles de principe de continuité. En ce sens, l'accord de 2010 prévoyant la participation de la Suisse au programme «Jeunesse en action» et au programme d'action dans le domaine de l'éducation et de la formation tout au long de la vie (2007-2013), dispose en son article 3 : « *Le présent accord est conclu pour la durée des programmes en cours. Néanmoins,* […] *si l'Union décide de proroger cette durée sans apporter de changements aux programmes, le présent accord est aussi automatiquement prorogé en conséquence, sauf si…* ». L'accord vise ainsi un principe : celui de la continuité de la participation de la Suisse au programme de l'Union européenne. Toutefois, une telle clause ne vaut que pour une prolongation de ce programme, et non la participation au programme qui lui succède. Or on l'a vu, si la Suisse s'est rapidement montrée intéressée à la participation au programme Erasmus +[1734], les décisions prises à l'égard de la libre circulation des personnes perturbent cette perspective.

1076. Quelques accords développent ainsi des règles secondaires régissant l'application dans le temps des règles primaires afin d'assurer une application durable du droit de l'Union européenne dans le domaine concerné. Mais dès règles secondaires restent limitées et la souplesse qu'offre l'absence de règles secondaires a aussi pour corollaire de maintenir le développement de la relation Suisse-UE au gré de négociations politiques « quotidiennes ».

2) *L'absence d'homogénéité de l'interprétation*

1077.L'absence de règles secondaires confiant l'interprétation des règles primaires contenues dans les accords Suisse-UE à un interprète juridictionnel unique soulève certaines difficultés. Il n'est en effet pas possible de dégager *une* interprétation des accords, qui peuvent donner lieu à des interprétations différentes (a). Celles-ci ne pouvant être

---

[1733] Catherine FLAESH-MOUGIN, Isabelle BOSSE-PLATIERE, « L'application provisoire des accords de l'Union européenne », in I. GOVAERE, E. LANNON, P. VAN ELSUWEGE, S. ADAM (dir.), *The European Union in The World. Essays in Honour of Marc MARESCEAU*, Leiden, M. Nijhoff, 2014, pp.293-323, spéc. pp.311 et s.

[1734] Sophie PETITJEAN, « L'apprentissage à la suisse, un modèle pour l'UE », *Europolitique*, supplément au n°4409, 20 avril 2012, pp.20-21, spéc. p. 21.

résolues que de manière politique, il est difficile de distinguer clairement entre celles des discussions politiques destinées à assurer un bon fonctionnement de l'accord, et celles assurant un véritable règlement des différends. Semble relever d'un véritable contentieux le désaccord sur les aides d'Etat prohibées par l'accord de 1972 en raison de l'incapacité du comité mixte à parvenir à une convergence de vues et des réactions de l'Union européenne (b).

a) Les interprétations différentes des accords Suisse-UE

1078. Il peut déjà y avoir une divergence d'interprétation entre le Tribunal fédéral suisse et la Cour de justice de l'Union européenne qui sont, à de rares exceptions près[1735], tous deux chargés d'interpréter les accords Suisse-UE. Même dans les accords sur la libre circulation des personnes ou l'accord sur le transport aérien, qui prévoient la prise en compte de la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne, une interprétation homogène n'est pas forcément garantie. A cet égard, Christine KADDOUS relève que « *the present situation brings many uncertainties as to the legal meaning of the provisions of the FMP [Free Movement of Persons] Agreement, which at the very end runs counter the effective protection of the individuals. In that regard, the proper functioning of the Bilateral Agreements depends notably on the decision of the Swiss administrative and judicial authorities to accept or reject the relevant case law of the European Court of Justice* »[1736]. On a vu que le Tribunal fédéral et la Cour de justice ne coïncident pas parfaitement à l'égard de l'accord sur la libre circulation des personnes, le Tribunal suisse retenant en général des interprétations extensives de l'accord[1737]. Ces nuances n'ont cependant pas donné lieu à notre connaissance à un constat d'une position juridique différente par les autorités suisses et européennes.

1079. En l'absence d'interprète juridictionnel commun, un tel constat ne pourrait provenir que des autorités politiques, qui peuvent se prononcer sur l'interprétation par l'autre partie contractante, des accords Suisse-UE. Les autorités politiques peuvent être

---

[1735] L'accord sur le transport aérien prévoit que certaines règles primaires sont contrôlées par les institutions de l'Union européenne : voir, *supra*, partie 1, titre 2, chapitre 3, section 1, §2.

[1736] Christine KADDOUS, « The Significance of "Precedent" in the Bilateral Agreements between Switzerland and the European Union », in C. BAUDENBACHER, S. PLANZER (dir.), *The role of precedent*, Stuttgart, German Law Publishers, 2011, 232 p., pp.125-140, spéc. p. 140.

[1737] Voir, *supra*, chapitre 1, section 2.

amenées à établir un dialogue sur la portée d'un accord Suisse-UE. L'accord de libre-échange de 1972 et l'accord sur la libre circulation des personnes de 1999, en raison de leur importance pratique, ont suscité quelques difficultés d'application relevées par les autorités de chaque partie.

1080. Lors d'une réunion du comité mixte gérant l'accord sur le libre-échange de 1972, la Suisse a par exemple considéré comme des entraves au commerce, certaines mesures italiennes telles que l'obligation pour les entreprises italiennes traitant avec des entreprises suisses de fournir des renseignements et des pièces justificatives aux autorités fiscales italiennes ou l'obligation de soumettre les produits métalliques semi-ouvrés exportés vers l'Italie à un contrôle radiométrique[1738].

1081. L'application de l'accord sur la libre circulation des personnes a également donné lieu à des divergences d'interprétation sur la portée des règles – basées sur le droit de l'Union européenne. L'Union européenne a ainsi pu considérer que la Suisse n'avait « *pas pleinement incorporé l'acquis dans ce domaine* »[1739]. L'Union européenne vise en particulier les dispositions de droit suisse relatives au détachement de travailleurs et les règles concernant la notification préalable pour la fourniture de services transfrontaliers cette obligation de préavis étant assortie d'un délai d'attente de huit jours[1740]. Le Parlement européen doute également de la compatibilité avec l'ALCP du refus des autorités suisses d'autoriser les taxis allemands et autrichiens à prendre en charge des passagers à l'aéroport de Zurich[1741] ; l'Allemagne n'a pas obtenu d'engagement de la Suisse sur cette question dans l'accord relatif à l'aéroport de Zurich signé en 2012[1742]. Pour le Parlement

---

1738 Lors de cette 58ème réunion du comité mixte en 2012, le communiqué du Bureau de l'intégration DFAE/DFE indique que la Suisse a également soulevé d'autres entraves pour les entreprises suisses, notamment « *l'octroi d'une subvention concernant les panneaux solaires qui se révèle discriminatoire pour les producteurs suisses* ».

1739 Conclusions du Conseil de l'UE sur les relations de l'UE avec les pays de l'AELE, 8 décembre 2008, pt 27.

1740 Outre les conclusions du Conseil précitées, voir la réponse de Mme FERRERO-WALDNER au nom de la Commission européenne du 1er octobre 2008 à la question parlementaire E-3900/200 sur l'« accord de libre circulation avec la Suisse et discrimination dont sont victimes des entreprises européennes », posée le 11 juillet 2008 (*JO C 40 du 18.02.2009*) et la résolution du Parlement européen du 7 septembre 2010 « EEE-Suisse: obstacles à la pleine mise en œuvre du marché intérieur », *JO C 308E du 20.10.2011, p. 18*–22, pt 12.

1741 Résolution du Parlement européen du 7 septembre 2010 précitée, pt 13 ; malgré son intitulé, une résolution de 2012 se penche également sur ce problème (Résolution du Parlement européen du 24 mai 2012 sur les contingents suisses relatifs au nombre de titres de séjour délivrés aux ressortissants de la Pologne, de la Lituanie, de la Lettonie, de l'Estonie, de la Slovénie, de la Slovaquie, de la République tchèque et de la Hongrie, *P7_TA(2012)0226*, pt 9).

1742 L'Allemagne souhaitait « *que les courses professionnelles des taxis immatriculés en Allemagne en provenance et à destination de l'aéroport de Zurich ne subissent aucune discrimination* » : principe 5 de la Déclaration d'intention du 28 janvier 2012 signée entre la conseillère fédérale Doris Leuthard et le ministre allemand des transports Peter Ramsauer. Ce point ne figure cependant pas dans l'accord entre la Suisse et l'Allemagne signé le 4 septembre 2012.

européen, « *l'Union européenne et la Suisse ont toutes deux intérêt à ce que l'accord sur la libre circulation des personnes soit mis en œuvre avec davantage d'uniformité et à ce que les législations suisse et européenne sur le marché intérieur soient mieux convergentes dans le temps, afin de créer un contexte plus transparent et plus prévisible pour les opérateurs économiques des deux entités* »[1743].

1082. Le Conseil de l'Union européenne critique de manière générale « *les incohérences* » auxquelles donnent lieu l'application des accords Suisse-UE[1744]. L'activation par le Conseil fédéral suisse de la clause de sauvegarde de l'ALCP, ainsi que certaines initiatives populaires liées aux migrations[1745] n'ont pas été accueillies favorablement par l'Union européenne.

1083. Les divergences de vues entre la Suisse et l'Union européenne ont pu être particulièrement poussées et l'absence de règlement juridictionnel soumet la solution à la volonté des parties.

b) Le règlement politique, voie incertaine de règlement des différends

1084. Parfois, les difficultés se prolongent dans le temps : se cristallise une position juridique différente quant à l'accord, en somme un différend. Les mesures suisses en matière de libre circulation critiquées par l'Union européenne ne sont peut-être pas encore parvenues à ce stade, mais ont rendu prégnante les lacunes dans le système actuel. Ainsi la Commission européenne soulignait-elle les possibilités limitées d'action de la Communauté européenne dans le cas où les discussions avec la Suisse n'aboutissaient pas à un accord. Il resterait alors à la Communauté et ses Etats membres à continuer à soulever cette question avec la Suisse à tous les niveaux, avant de préciser : « *Other than that it would always be possible to suspend temporarily the application of the agreement, but this would of course be counterproductive insofar as it would not facilitate market access of EU*

1743 Résolution du Parlement européen du 7 septembre 2010 précitée, pt 20.

1744 Le Conseil de l'UE se déclare préoccupé par « *les incohérences constatées dans l'application des accords conclus entre l'UE et la Suisse* » (conclusions du Conseil sur les relations de l'UE avec les pays de l'AELE, 8 décembre 2008, pt 29), par « *l'application incohérente de certains accords* » (conclusions du Conseil de l'Union européenne sur les relations de l'UE avec les pays de l'AELE, 14 décembre 2010, pt 43).

1745 Initiatives Contre l'immigration, Pour le renvoi des étrangers criminels, EcoPop, ...

businesses to Switzerland »[1746]. Mais c'est probablement l'accord de libre-échange de 1972 qui fournit l'exemple le plus marquant de différend pérenne – donc sérieux – au point de parler de « *crise* »[1747].

1085. A partir de 2005, le comité mixte gérant cet accord a été de la question de la compatibilité de certaines pratiques fiscales des cantons suisses avec l'interdiction des aides d'Etat posée à l'article 23, paragraphe 1, de l'accord de 1972. Les discussions entre la Suisse et l'Union européenne engagées dans le cadre du comité mixte n'ont cependant pas abouti à une convergence de vues entre les parties. Par la suite, la Commission européenne a adopté en 2007 une décision par laquelle elle considère que les régimes fiscaux spécifiques appliqués en Suisse pour l'imposition des sociétés d'administration, sociétés mixtes et sociétés holding, qui appliquent des taux d'imposition favorables pour les revenus de source étrangère, constituent des régimes d'Etat incompatibles avec le bon fonctionnement de l'accord de 1972[1748]. Sur la base de cette décision, le 14 mai 2007, le Conseil de l'Union européenne aurait donné mandat à la Commission européenne « *de trouver une solution mutuellement acceptable, qui garantisse que les sociétés ne bénéficient plus en Suisse d'avantages fiscaux déloyaux* »[1749]. La Suisse a dans un premier temps refusé de négocier la suppression des statuts spéciaux applicables aux revenus réalisés à l'étranger, considérant notamment que les régimes fiscaux n'entraient pas dans le champ d'application de l'accord de 1972[1750]. En janvier 2008 cependant, la Commission européenne a entamé des discussions avec la Suisse qui a annoncé « *qu'elle tiendrait compte* » des demandes formulées par l'UE lors de la réforme de la fiscalité des entreprises à venir[1751]. Toutefois, trois ans plus tard, le Conseil de l'Union européenne se montrait

---

1746 Réponse de Mme FERRERO-WALDNER au nom de la Commission européenne du 1er octobre 2008 à la question parlementaire E-3900/200 sur l'« accord de libre circulation avec la Suisse et discrimination dont sont victimes des entreprises européennes », posée le 11 juillet 2008, *JO C 40 du 18.02.2009*.

1747 Philippe BRAILLARD, « La fédéralisation de l'Union européenne vue de Suisse. Le cas du contentieux sur la fiscalité cantonale des entreprises », in P. GRIGORIOU (dir.), *L'Europe Unie et sa Fédéralisation*, Bruxelles, Bruylant, 2009, pp.123-137, spéc. p.124.

1748 Article 1er, de la décision de la Commission du 13 février 2007 concernant l'incompatibilité de certains régimes suisses d'imposition des sociétés avec l'accord entre la Communauté économique européenne et la Confédération suisse du 22 juillet 1972, *C(2007) 411 final*.

1749 Site de la délégation de l'Union européenne en Suisse et pour la Principauté de Liechtenstein : http://eeas.europa.eu/delegations/switzerland/eu_switzerland/trade_relation/aid_debate/index_fr.htm [consulté le 3 mars 2014].

1750 Roland RIES, *Rapport d'information n°329 fait au nom de la commission des affaires européennes du Sénat français, sur les relations entre l'Union européenne et la Suisse*, 4 mars 2011, 76 p., spéc. p.26.

1751 *Ibid.*

encore « *très préoccupé par certains régimes cantonaux d'imposition des sociétés en Suisse, qui créent une distorsion inacceptable de la concurrence, et confirme sa position sur cette question* »[1752]. En 2012, le Conseil a réitéré ses préoccupations à l'égard de ces régimes mais a salué les efforts entrepris par la Suisse en l'invitant « *à achever rapidement les discussions internes visant à supprimer prochainement ces incitations fiscales et à éviter de prendre de nouvelles mesures internes susceptibles de fausser de nouveau la concurrence* »[1753]. Le 14 octobre 2014, la Suisse et les Etats membres de l'Union ont signé une déclaration qui affirme « *the shared political intention to solve these issues* »[1754]. Les principes posés dans ce « joint statement » sont considérés par la Suisse comme mettant fin à la « controverse » existant depuis 2005[1755].

1086. Ce contentieux soulève deux questions pour partie concordantes. Cet exemple montre d'abord les lacunes des règles secondaires puisque l'adoption de décision à l'unanimité au sein du comité mixte, modalité on a vu qu'elle garantit l'autonomie des parties[1756], ne permet pas d'assurer systématiquement un règlement des différends qui dépend des seules volontés des parties au moment du différend. Est donc en cause l'insuffisance des règles secondaires relatives à la substance des règles primaires et plus précisément l'absence de juge unique compétent pour se prononcer sur l'interprétation et l'application des règles primaires contenues dans l'accord. Or on l'a vu[1757], ces règles sont pour partie inspirées du droit de l'Union européenne. Ici la prohibition posée à l'article 23, paragraphe 1 est très proche de celle posée par les articles 81, 82 et 87 TCE devenus articles 101, 102 et 107 TFUE[1758] ; en outre, la Communauté européenne avait adjoint à l'acte final une déclaration indiquant qu'elle « *appréciera les pratiques contraires aux dispositions de cet*

1752 Conclusions du Conseil de l'Union sur les relations de l'UE avec les pays de l'AELE, 14 décembre 2010, pt 44.

1753 Conclusions du Conseil de l'Union sur les relations de l'UE avec les pays de l'AELE, 20 décembre 2012, pt 36.

1754 Joint statement done at Luxembourg on the october 14th, 2014.

1755 Direction des affaires européennes de la Confédération suisse, « Actualités: Mouvement dans le débat fiscal avec l'UE », *Suisseurope V/2014.*

1756 Voir, *supra*, partie 1, titre 2, chapitre 3, section 1.

1757 Sur l'européanité des règles primaires, voir, *supra*, partie 1, titre 2, chapitre 2.

1758 En vertu de l'article 23, paragraphe 1, de l'accord de libre-échange de 1972 : « *Sont incompatibles avec le bon fonctionnement de l'accord, dans la mesure où ils sont susceptibles d'affecter les échanges entre la Communauté et la Suisse:*
i) tous accords entre entreprises, toutes décisions d'associations d'entreprises et toutes pratiques concertées entre entreprises qui ont pour objet ou effet d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence en ce qui concerne la production et les échanges de marchandises;
ii) l'exploitation abusive par une ou plusieurs entreprises d'une position dominante sur l'ensemble des territoires des Parties contractantes ou dans une partie substantielle de celui-ci;
iii) toute aide publique qui fausse ou menace de fausser la concurrence en favorisant certaines entreprises ou certaines productions ».

article en se fondant sur les critères résultant de l'application des règles des art. 85, 86, 90 et 92 du traité instituant la Communauté économique européenne »[1759]. Or l'inspiration matérielle de ces règles est pour partie liée à la résolution de la question du juge compétent pour la traiter.

1087. D'une part, on l'a évoqué dans le titre précédent, le fait que les accords conclus par l'Union européenne se basent sur les règles matérielles de l'Union européenne est un facteur essentiel dans le raisonnement de la Cour de justice, qui veille à ce que le mécanisme juridictionnel envisagé par l'accord n'aboutisse pas à commander « *non seulement l'interprétation des règles propres à cet accord, mais également celle des règles correspondantes du droit communautaire* »[1760]. Il en va pour l'Union européenne de l'autonomie de son ordre juridique.

1088. D'autre part, et c'est l'objet de ce titre, l'européanité des règles primaires applicables entre la Suisse et l'Union européenne joue aussi en sens inverse en ce qu'elle accroit et ce, de plus en plus, la question de leur interprétation notamment, mais aussi celle de leur modification. En effet, l'ampleur de l'application de règles matérielles fondées sur le droit de l'Union européenne rend prégnante l'insatisfaction de l'Union européenne à l'égard des divergences d'interprétation de ces règles et des irrégularités constatées dans la reprise du droit de l'Union européenne. C'est ce qu'exprime le Conseil de l'UE même s'il n'évoque que les règles matérielles basées sur le droit du marché intérieur de l'UE : « *la participation au marché intérieur implique d'appliquer et d'interpréter de manière homogène et au fur et à mesure les éléments de l'acquis en constante évolution* »[1761]. Les lacunes constatées quant aux règles secondaires ont alors donné lieu à l'ouverture de négociations sur les questions dites institutionnelles.

[1759] Déclaration de la Communauté économique européenne relative à l'art. 23, par. 1 de l'accord.

[1760] CJCE, 14 décembre 1991, *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 1/91, *Rec.* 1991, p. I-06079, pt. 45. Sur l'étude des conditions de la compatibilité, pour l'Union européenne, du système juridictionnel mis en place par les accords qu'elle conclut, voir, *supra*, partie 1, titre 2, chapitre 3, section 1, §1, B, 3.

[1761] Conclusions du Conseil sur les relations de l'UE avec les pays de l'AELE, 8 décembre 2008, pt 31.

B) *Les négociations en cours sur les règles secondaires*

1089. Les réflexions relatives aux règles secondaires sont qualifiées de questions « *institutionnelles* »[1762] ou « *horizontales* »[1763], l'emploi de ces qualificatifs étant parfois cumulé[1764]. Ces questions sont souvent liées à celles sur un « accord-cadre » susceptible de contenir les règles secondaires négociées[1765]. Les négociations ont été ouvertes au premier semestre 2014[1766]. L'aboutissement des négociations sur ces questions confèrerait une évolution qualitative sensible à la relation Suisse-UE.

1090. L'Union européenne accorde une grande importance à cette évolution. Prenant note du rapport de politique européenne dans lequel la Suisse estime que la poursuite de la voie bilatérale « *demeure actuellement l'instrument le plus approprié pour la politique européenne de la Suisse* »[1767], l'Union européenne a rappelé que « *si le système actuel d'accords bilatéraux a bien fonctionné par le passé, le principal défi pour les années à venir sera d'aller au-delà de ce système, qui est devenu complexe, difficile à gérer* », ajoutant qu'il a « *manifestement atteint ses limites* »[1768]. L'Union européenne espère ainsi accompagner toute progression dans l'approche sectorielle traditionnelle d'une évolution en matière de règles secondaires[1769].

1762 Réponse du Conseil fédéral du 3 décembre 2010 à l'interpellation parlementaire 10.3655 « Evolution des relations entre la Suisse et l'UE », pt 3 a).

1763 Conclusions du Conseil de l'Union sur les relations de l'UE avec les pays de l'AELE, 14 décembre 2010, pt 48.

1764 Le Parlement européen souligne la nécessité de trouver des « *solutions horizontales à certains problèmes institutionnels* » : Résolution du Parlement européen du 7 septembre 2010 « EEE-Suisse: obstacles à la pleine mise en œuvre du marché intérieur », *P7_TA(2010)0300*, pt 24.

1765 Aux questions relatives aux différences entre les « *mécanismes institutionnels et un accord-cadre* », le Conseil fédéral suisse a répondu : « *Il s'agit surtout pour le moment de trouver des solutions de fond aux questions institutionnelles. La forme de ces solutions n'est pas prioritaire et ne pourra être discutée, le cas échéant, que le jour où les solutions de fond existeront* » : Réponse du Conseil fédéral du 3 décembre 2010 à l'interpellation parlementaire 10.3655 « Evolution des relations entre la Suisse et l'UE », pt 3 b)c).

1766 Le Conseil fédéral suisse a adopté le 18 décembre 2013 le mandat de négociation avec l'UE. Du côté de l'UE, le Conseil a adopté, le 6 mai 2014 une décision autorisant l'ouverture de négociations relatives à un accord entre l'UE et la Suisse sur un cadre institutionnel.

1767 Rapport du Conseil fédéral du 17 septembre 2010 sur l'évaluation de la politique européenne de la Suisse, (en réponse au postulat Markwalder [09.3560] «Politique européenne. Evaluation, priorités, mesures immédiates et prochaines étapes d'intégration»), *FF 2010, n°43, pp.6615-6718*, spéc. p. 6716.

1768 Conclusions du Conseil de l'Union européenne sur les relations de l'UE avec les pays de l'AELE, 14 décembre 2010, pt 48. Quelques semaines avant, la Vice-Présidente de la Commission européenne déclarait que selon elle, « *la "voie bilatérale" a fait son temps* » : Discours de Viviane Reding, Vice-présidente de la Commission européenne en charge de la Justice, des Droits fondamentaux et de la Citoyenneté, « L'Europe évolue, où veut aller la Suisse? », Fondation Jean Monnet pour l'Europe Lausanne, le 12 novembre 2010, SPEECH/10/648.

1769 Le Conseil de l'UE avait déclaré en 2008 : « *la participation au marché intérieur implique d'appliquer et d'interpréter de manière homogène et au fur et à mesure les éléments de l'acquis en constante évolution. Ce préalable indispensable au bon fonctionnement du marché intérieur – comme c'est le cas dans l'EEE – doit se refléter dans tous les accords en cours de négociation (sécurité des douanes, libéralisation du marché de l'électricité, libre-échange de produits agricoles, santé publique et protection des consommateurs)* » (conclusions du Conseil sur les relations de l'UE avec les pays de l'AELE, 8 décembre 2008, pt 31). Toutefois certains accords ont été signés sans que les

1091. Le 19 juillet 2010, la Suisse et l'Union européenne sont convenues de constituer un groupe de travail informel chargé d'élaborer des méthodes de résolution des questions institutionnelles qui se posent régulièrement lors de la négociation de nouveaux accords bilatéraux. Le 15 juin 2012, la Suisse a transmis à l'Union européenne des propositions de mécanismes institutionnels. Pour la Suisse, « *les orientations institutionnelles proposées permettent d'assurer que les règles du marché intérieur applicables* [dans le cadre des accords Suisse-UE] *soient appliquées de manière homogène et aussi simultanée que possible, en tenant compte du statut de la Suisse, non-membre de l'UE mais néanmoins étroitement imbriquée dans son espace économique et juridique* »[1770]. Ces propositions s'inspirent des règles secondaires établies par l'accord EEE, ainsi que des quelques règles secondaires existantes dans certains accords Suisse-UE dont on a vu qu'elles peuvent renforcer l'arrimage des règles primaires sur le droit de l'Union européenne[1771]. Elles sont en particulier inspirées de l'accord de 2009 sur le transit des marchandises, dit « accord sur les 24h »[1772], l'objectif du Conseil fédéral étant « *de proposer l'accord "24 heures" comme "idéal-type" de solution* »[1773].

1092. Les discussions relatives aux règles secondaires portent sur le champ d'application de ces règles, c'est-à-dire sur le champ des règles primaires qui seraient concernées par les règles secondaires. En réalité on le verra, la question du champ d'application des règles secondaires est partiellement liée à celle du type d'acte susceptible de contenir ces règles. Hormis cet aspect lié au champ d'application des règles secondaires (1), les discussions en cours portent sur la fonction de ces règles, c'est-à-dire l'orientation des règles primaires qu'elles assureraient (2). Enfin, du point de vue de leur objet, les règles secondaires

---

négociations sur les questions institutionnelles aboutissent, comme l'accord du 25 juin 2009 relatif à la facilitation des contrôles et des formalités lors du transport des marchandises ainsi qu'aux mesures douanières de sécurité (*RS 0.631.242.05 / JO L 199 du 31.7.2009, p. 24–42*) ou encore l'accord de coopération du 18 décembre 2013 relatif aux programmes européens de navigation par satellite (*RS 0.741.826.8 / JO L 15, 20.1.2014, p.3-17*).

1770 Lettre d'Eveline WIDMER-SCHLUMPF, Présidente de la Confédération suisse à José Manuel Durão BARROSO, Président de la Commission européenne proposant des principes applicables à la résolution des questions institutionnelles dans le cadre de l'accord "électricité" entre la Suisse et l'Union européenne, 15 juin 2012.

1771 Voir, *supra*, partie 1, titre 2, chapitre 3.

1772 Accord du 25 juin 2009 entre la Confédération suisse et la Communauté européenne relatif à la facilitation des contrôles et des formalités lors du transport des marchandises ainsi qu'aux mesures douanières de sécurité, *RS 0.631.242.05 / JO L 199 du 31.7.2009, p. 24–42*. Cet accord dispense, pour les échanges de marchandises entre la Suisse et l'Union européenne, l'obligation de déclaration préalable instaurée au 1er janvier 2011 par l'Union européenne pour les importations de marchandises en direction de l'UE et les exportations de marchandises en provenance de l'UE.

1773 René SCHWOK, « L'absence de solidarité suisse au "contrat social" européen, un modèle à suivre ? », *Chantiers politiques*, 2012, n°10 Le nouveau contrat européen : Accords, engagements et solidarités en question, pp. 67-75, spéc. p.70

devraient régir l'interprétation du droit (3), la surveillance de l'application du droit (4), l'adaptation du droit (5) et le règlement des différends (6).

1) *Le champ d'application des règles secondaires*

1093. La Suisse et l'Union européenne doivent décider si les règles secondaires en cours de négociation porteront sur les règles primaires des accords futurs, ou si elles s'appliqueront aux accords existants.

1094. Les propositions de la Suisse visent l'architecture institutionnelle des « *futurs accords entre la Suisse et l'UE* »[1774]. Elle suggère de les concrétiser dans l'accord sur l'électricité en cours de négociation. Cela signifie que chaque accord sectoriel établirait les règles secondaires qui auront fait l'objet d'un accord au terme des discussions en cours. Bien plus, les règles secondaires auxquelles les parties auront abouti au terme des discussions en cours ne seraient pas juridiquement applicables aux futurs accords. La Suisse propose simplement que les solutions négociées « *servent de modèle pour les futurs accords d'accès au marché* »[1775]. Concrètement, ce modèle « *pourrait prendre la forme d'une déclaration commune ou d'une entente spécifique* (pactum de negociando) »[1776]. En d'autres termes, la seule obligation juridique serait de négocier de bonne foi sur le modèle de règles secondaires convenues. Une telle solution permettrait de concilier l'exigence de prévisibilité tendant à établir un « *cadre général de l'architecture institutionnelle des futurs accords* »[1777], et celle d'adaptabilité qui vise à assurer « *la flexibilité nécessaire à l'adoption de solutions particulières* »[1778].

1095. La conception du champ d'application des règles secondaires apparaît diamétralement opposée. Elle estime nécessaire que les questions institutionnelles soient résolues par rapport à « *tous les accords ayant trait au marché intérieur, tant existants que*

[1774] Lettre d'Eveline WIDMER-SCHLUMPF, du 15 juin 2012 précitée.

[1775] Lettre d'Eveline WIDMER-SCHLUMPF, du 15 juin 2012 précitée, annexe I, pt VI. Souligné par la Présidente de la Confédération dans sa lettre.

[1776] Lettre d'Eveline WIDMER-SCHLUMPF, du 15 juin 2012 précitée, annexe I, pt VI.

[1777] Lettre d'Eveline WIDMER-SCHLUMPF, du 15 juin 2012 précitée, annexe I, pt VI.

[1778] Lettre d'Eveline WIDMER-SCHLUMPF, du 15 juin 2012 précitée, annexe I, pt VI.

futurs »[1779]. En conséquence, les règles seraient contenues dans un « *cadre institutionnel horizontal* »[1780]. L'Union européenne semble ainsi privilégier l'exigence de prévisibilité dans ses relations avec la Suisse, afin de garantir « *une sécurité juridique ainsi qu'une cohérence accrues* »[1781]. Toutefois, l'Union européenne ne semble pas exclure pour autant que les règles secondaires échappent à toute spécificité, laquelle pourrait se concrétiser en retenant des règles secondaires particulières pour certains accords existants, ou en établissant des modèles de règles secondaires pour les accords futurs, qui pourraient soit négocier à partir de cette trame, ou devoir choisir entre une typologie de règles secondaires.

1096. Outre le champ d'application des règles secondaires, la Suisse et l'Union européenne discutent sur la fonction des règles secondaires. Elles semblent s'accorder sur le fait que ces règles doivent être orientées pour assurer l'homogénéité du droit applicable entre elles, qui pourrait être inscrit comme un objectif poursuivi par les parties.

2) *L'orientation des règles secondaires en fonction d'un objectif d'homogénéité*

1097. Suite à la réponse de l'Union européenne aux propositions de la Suisse en décembre 2012, le Professeur Christine KADDOUS souligne que l'interprétation homogène des règles contenues dans les accords Suisse-UE apparaît pour les partenaires comme un élément essentiel du bon fonctionnement des accords[1782].

1098. La Suisse propose d'ancrer dans l'accord « *sous forme contraignante, l'objectif commun des parties contractantes d'obtenir et de maintenir des dispositions communes, ainsi qu'une application et une interprétation uniformes de ces dernières* »[1783]. L'Union européenne semble approuver cette proposition, qui met l'accent sur « *la nécessité absolue d'assurer l'homogénéité des parties du marché intérieur auxquelles la Suisse participe ou souhaite participer* »[1784].

[1779] Lettre de José Manuel BARROSO, Président de la Commission européenne, à Eveline WIDMER-SCHLUMPF, Présidente de la Confédération suisse, sur la position de l'Union européenne vis-à-vis des propositions institutionnelles de la Suisse, 21 décembre 2012, *PRES(2012)1548156*.

[1780] Lettre de José Manuel BARROSO, du 21 décembre 2012, précitée.

[1781] Lettre de José Manuel BARROSO, du 21 décembre 2012, précitée.

[1782] Intervention de Christine KADDOUS à la Table Ronde sur « *le Partenariat Suisse-UE. Bilan, quelle perspective ?* », Université de Genève, 21 janvier 2013.

[1783] Lettre d'Eveline WIDMER-SCHLUMPF, du 15 juin 2012 précitée.

[1784] Lettre de José Manuel BARROSO, du 21 décembre 2012, précitée.

1099. Cet objectif viserait la coïncidence de l'accord Suisse-UE avec les dispositions du droit de l'Union européenne auxquelles se réfère l'accord Suisse-UE ou celles qui sont reproduites en substance dans l'accord[1785]. Si l'on reprend les dichotomies proposées pour analyser la structure des accords[1786], on peut considérer que seraient soumises à l'objectif d'homogénéité les règles primaires établies par référence implicite et par référence explicite au droit de l'Union européenne. Evidemment, pour les premières, en l'absence d'une liste, l'effectivité de l'objectif d'homogénéité serait soumise à l'état de connaissance de leur inspiration rédactionnelle sur le droit de l'Union européenne.

1100. Mais cet objectif concernerait également les règles secondaires. D'une part, si cet objectif est affirmé dans un accord-cadre englobant les différents accords assurant une participation de la Suisse au marché intérieur, comme le souhaite l'Union européenne, il aura pour celle-ci une incidence sur le type de règles secondaires qu'elle peut établir sans porter atteinte à l'autonomie de son ordre juridique. En effet, pour vérifier si les projets d'accord EEE respectaient l'autonomie de l'ordre juridique de l'Union européenne, la Cour de justice a examiné les règles secondaires établissant un système juridictionnel, en tenant compte d'une contradiction entre l'objectif d'homogénéité du droit dans l'EEE et les divergences existantes entre d'une part les finalités et le contexte du projet d'accord EEE et d'autre part ceux du droit de l'Union européenne, inscrit dans un ordre juridique spécifique[1787]. D'autre part, et peu importe sur ce point que l'objectif soit contenu dans un accord sectoriel tel que celui sur l'électricité ou dans un accord-cadre, il devrait avoir une incidence sur les règles secondaires. C'est dans cet objectif général que s'inscriraient les règles secondaires, lesquelles constitueraient des « *concrétisations de cet objectif général*

[1785] Lettre d'Eveline WIDMER-SCHLUMPF, du 15 juin 2012 précitée. Voir aussi l'annexe II, « Exemples de dispositions concrétisant les principes institutionnels ».

[1786] Voir, *supra*, partie 1, titre 2, chapitre 2.

[1787] CJCE, 14 décembre 1991, *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 1/91, *Rec.* 1991, p. I-06079, pt 29 ; CJCE, 10 avril 1992, *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, *Rec.* 1992, p. I-02821, pts 17 et 18. Sur l'étude de ces avis de la Cour de justice au regard des règles secondaires contenues dans les accords Suisse-UE, voir, *supra*, partie 1, titre 2, chapitre 3, section 1, §1, B), 3.

d'homogénéité »[1788]. Ce sont en premier lieu les propositions d'interprétation uniforme qui s'inscrivent directement dans l'objectif général d'homogénéité.

3) *L'interprétation uniforme*

1101. Quatre points ont été proposés par la Suisse afin d'assurer l'objectif d'interprétation uniforme que poseraient les accords Suisse-UE. L'un de ces mécanismes serait d'établir « *un dialogue institutionnalisé entre les juridictions suprêmes des deux Parties* »[1789]. La formulation pourrait renvoyer à la possibilité pour le Tribunal fédéral suisse de poser une question préjudicielle à la Cour de justice de l'Union européenne (CJUE), mais elle n'est pas davantage étayée. Du reste, la Suisse propose l'insertion d'une obligation d'interprétation uniforme qui inclut une obligation de tenir compte de la jurisprudence de la CJUE (a), la faculté de présenter des mémoires et observations écrites devant la CJUE (b) et propose de définir à l'avance des conséquences en cas de rupture d'homogénéité, notamment en permettant l'adoption de mesures de compensation (c).

a) L'obligation d'interprétation uniforme

1102. A cette fin, la Suisse et l'Union européenne conviendraient « *d'une <u>disposition juridiquement contraignante, enjoignant toutes leurs autorités d'interpréter l'accord de manière uniforme</u>* »[1790]. Si la formule employée souligne à plusieurs égards la détermination d'assurer une interprétation uniforme, elle laisse place à plusieurs appréciations, voire difficultés en l'absence de référentiel d'interprétation. Cependant la Présidente de la Confédération suisse précise : « *Cette disposition contiendrait l'obligation de tenir compte de l'interprétation donnée par la Cour de justice de l'UE relative à l'acquis de l'UE repris dans l'accord ou auquel ce dernier ferait référence, que cette jurisprudence soit antérieure ou postérieure à la conclusion de l'accord* »[1791].

[1788] Lettre d'Eveline WIDMER-SCHLUMPF, du 15 juin 2012 précitée, annexe I, pt I. L'Union européenne semble partager cette conception puisque ce point est évoqué en amont de toutes les autres questions, y compris celle de l'application temporelle des règles secondaires : voir la lettre de José Manuel BARROSO, du 21 décembre 2012, précitée.

[1789] Lettre d'Eveline WIDMER-SCHLUMPF, du 15 juin 2012 précitée, annexe I, pt IV.

[1790] Lettre d'Eveline WIDMER-SCHLUMPF, du 15 juin 2012 précitée, annexe I, pt IV. Souligné par la Présidente de la Confédération dans sa lettre.

[1791] Lettre d'Eveline WIDMER-SCHLUMPF, du 15 juin 2012 précitée, annexe I, pt IV.

1103. Cette proposition appelle deux remarques, la première tenant à la qualification de l'obligation de prise en compte de la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne (CJUE). On a vu qu'une clause de prise en compte de la jurisprudence de la CJUE antérieure à la signature de l'accord existe actuellement dans deux accords : celui sur la libre circulation des personnes et celui sur le transport aérien[1792]. Elle a été abordée lors de l'étude de la structure des règles primaires et non des règles secondaires. En effet, cette clause apparaît comme un procédé normatif garant de l'européanité des règles primaires, à côté des références au droit de l'Union européenne et des principes d'équivalence et reprise. Cependant le renvoi opéré par cette clause est difficile à définir précisément, tant par son objet que sa portée, ce qui avait conduit à relever que cette clause apparaît à certains égards comme une règle secondaire, c'est-à-dire une règle ayant pour objet l'interprétation des règles primaires[1793].

1104. La deuxième remarque concerne la portée d'une telle disposition. Certes, la proposition de la Suisse n'a pas été formulée dans l'optique de s'appliquer à tous les accords existants, puisqu'on l'a vu, les solutions ont été proposées pour constituer un modèle pour les accords futurs ; la portée d'une telle clause sur les relations Suisse-UE se trouverait évidemment considérablement amplifiée si la Suisse accepte son application aux accords lui garantissant déjà un accès au marché intérieur. Enfin, l'interprétation uniforme avec celle du droit de l'Union européenne proposée est importante et va même plus loin que celle posée par les accords sur la libre circulation des personnes et du transport aérien précités. Ce n'est en effet pas uniquement la jurisprudence de la CJUE antérieure à la signature de l'accord dont les autorités suisses seraient tenues de tenir compte, mais aussi la jurisprudence postérieure à l'instar de ce qui existe dans l'union douanière UE-Turquie[1794]. Cette proposition renforce ainsi dans la durée l'arrimage sur le droit de l'Union européenne des règles primaires contenues dans les accords Suisse-UE.

[1792] Voir, *supra*, partie 1, titre 2, chapitre 2, section 3.

[1793] Voir, *supra*, partie 1, titre 2, chapitre 2.

[1794] Cécile RAPOPORT, *Les partenariats entre l'Union européenne et les Etats tiers européens - Étude de la contribution de l'Union européenne à la structuration juridique de l'espace européen,* Bruxelles, Bruylant, 2011, 809 p., spéc. p. 99, §143.

On comprend ainsi que le Président de la Commission européenne accueille très favorablement cette proposition[1795].

b) La faculté de présenter des mémoires et observations à la CJUE

1105. La Suisse propose que l'accord prévoie « également la faculté pour la Suisse de présenter des mémoires ou des observations écrites à la Cour de justice de l'UE dans le cas où une juridiction d'un Etat membre saisit la Cour d'une question préjudicielle concernant l'interprétation d'une disposition de l'acquis pertinent figurant dans un domaine d'application de l'accord »[1796].

1106. Il s'agirait ainsi de reprendre une règle posée dans les accords d'association à Schengen et Dublin de 2004[1797], dont la Suisse a fait à plusieurs reprises application[1798]. Une disposition semblable a également été insérée dans le cadre multilatéral de la Convention de Lugano de 2007, dans le Protocole n°2 sur « l'interprétation uniforme »[1799]. Cette possibilité d'intervention devant la Cour de justice de l'Union européenne favorise le maintien de l'homogénéité d'interprétation des règles primaires posées par ces accords, règles primaires définies par référence au droit de l'Union européenne[1800]. C'est plus précisément l'homogénéité avec le droit de l'Union européenne qui serait renforcée par l'extension de cette clause aux autres accords Suisse-UE.

1795 Lettre de José Manuel BARROSO, du 21 décembre 2012, précitée.

1796 Lettre d'Eveline WIDMER-SCHLUMPF, du 15 juin 2012 précitée, annexe I, pt IV.

1797 Article 8, paragraphe 4 de l'accord du 26 octobre 2004 sur l'association de la Confédération suisse à la mise en œuvre, à l'application et au développement de l'acquis de Schengen, *RS 0.362.31 / JO L 53 du 27.2.2008, p. 52-79* ; article 5, paragraphe 2 de l'accord du 26 octobre 2004 relatif aux critères et aux mécanismes permettant de déterminer l'Etat responsable de l'examen d'une demande d'asile introduite dans un Etat membre ou en Suisse, *RS 0.142.392.68 / JO L 53 du 27.2.2008, p.5-17*.

C'est l'article 23 du protocole n°6 du Statut de la Cour de justice de l'Union européenne qui permet, dans l'ordre juridique de l'UE, d'assurer l'application des clauses précitées.

1798 Sur les observations présentées en vertu de l'AAD, voir par exemple : CJUE, 10 décembre 2013, *Shamso Abdullahi c. Bundesasylamt*, aff. C-394/12, *non encore publié.*

Pour les affaires dans lesquelles la Suisse a présenté des observations sur le fondement de l'article 8 de l'accord d'association à Schengen, voir par exemple : CJUE, 19 décembre 2013, *Rahmanian Koushkaki c. Bundesrepublik Deutschland*, aff. C-84/12, *non encore publié.*

1799 Article 2 du Protocole n°2 de la Convention concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale, signée à Lugano le 30 octobre 2007 entre la Communauté européenne, le Danemark, l'Islande, la Norvège et la Suisse, RS 0.275.12 / *JO L 339 du 21.12.2007, p. 3.*

1800 Le Protocole n°2 de la Convention de Lugano se réfère en préambule au « *lien substantiel* » qui existe entre cette convention et les dispositions de droit de l'UE énumérées à l'article 64, paragraphe 1, de ladite convention. Sur le lien entre le droit de l'Union européenne et les AAS et AAD, voir, *supra*, partie 1, titre 2, chapitres 2 et 3.

1107. Mais cette extension assurerait également, outre l'interprétation uniforme, une forme de participation de la Suisse à la définition du contenu des règles primaires[1801]. En somme, si cette règle secondaire était insérée dans tous les accords Suisse-UE existants[1802], elle reconnaîtrait tout en la renforçant, la situation de la Suisse, Etat intéressé par l'interprétation du droit de l'Union européenne.

c) La détermination de conséquences juridiques en cas d'absence d'homogénéité

1108. Enfin, la quatrième proposition relative à l'interprétation uniforme tient à l'aménagement de conséquences juridiques en cas de rupture de l'homogénéité et en particulier de rupture d'homogénéité avec le droit de l'Union européenne sur lequel se basent les accords. Cette règle serait déclenchée, en l'absence de juge commun, dans le cas où « *une Partie devait considérer qu'une décision juridictionnelle de dernière instance conduit à ne plus assurer l'homogénéité de l'interprétation des dispositions de l'accord* »[1803].

1109. Il semble que les conséquences proposées régissent de larges cas dans lesquels l'application de l'accord ne coïnciderait pas ou plus avec celle du droit de l'Union européenne. D'une part, la proposition semble inclure les situations dans lesquelles l'homogénéité n'est plus garantie en raison du refus de la Suisse de reprendre un développement « pertinent » du droit de l'Union européenne[1804]. D'autre part, et à supposer que la proposition accorde un sens différent aux termes « interprétation uniforme » et « homogénéité », et que le premier recouvre une exigence plus stricte que le second, on peut relever que les conséquences juridiques seraient établies dès lors qu'une partie estime que l'homogénéité n'est plus garantie[1805]. Par comparaison, l'accord

---

1801 Voir les développements consacrés à cette clause dans les accords EEE et d'association à Schengen par Cécile RAPOPORT, *Les partenariats entre l'Union européenne et les Etats tiers européens - Étude de la contribution de l'Union européenne à la structuration juridique de l'espace européen,* Bruxelles, Bruylant, 2011, 809 p., spéc. p.173, §253.

1802 L'Union européenne n'a pas exprimé sa position sur ce point dans la lettre José Manuel BARROSO, Président de la Commission européenne, à Eveline WIDMER-SCHLUMPF, Présidente de la Confédération suisse, sur la position de l'Union européenne vis-à-vis des propositions institutionnelles de la Suisse, 21 décembre 2012, *PRES(2012)1548156*.

1803 Lettre d'Eveline WIDMER-SCHLUMPF, présidente de la Confédération suisse à José Manuel Durão BARROSO, Président de la Commission européenne proposant des principes applicables à la résolution des questions institutionnelles dans le cadre de l'accord "électricité" entre la Suisse et l'Union européenne, 15 juin 2012, pt IV.

1804 Lettre d'Eveline WIDMER-SCHLUMPF, du 15 juin 2012 précitée, annexe I, pt II. Sur le développement du droit, voir, *infra*, 5.

1805 Lettre d'Eveline WIDMER-SCHLUMPF, du 15 juin 2012 précitée, annexe II, pt IV, et annexe II.

d'association de la Suisse à Schengen (AAS) prévoie des conséquences juridiques en cas de différence « substantielle » dans l'application ou l'interprétation de l'acquis Schengen par la Suisse et par l'UE[1806]. A supposer que les conséquences proposées ici soient déclenchées plus facilement que dans l'AAS, une telle affirmation devrait tenir compte du fait qu'en revanche les conséquences envisagées sont moins radicales.

1110. Ces conséquences se confondent avec celles proposées pour le règlement des différends[1807]. En premier lieu, la Suisse propose que la Partie qui estime l'homogénéité rompue puisse demander une discussion au sein du comité mixte. En tant que telle, l'approche diplomatique que l'on retrouve dans l'EEE et l'AAS est peu contraignante ; en revanche, la Suisse propose d'encadrer l'action du comité mixte dans un « *délai déterminé* »[1808]. Comme dans les accords d'association à Schengen et Dublin, le comité mixte devrait adopter une décision dans un délai fixé par la règle secondaire. En second lieu, si le comité ne parvient pas à adopter une décision, « *la Partie lésée pourrait prendre des mesures de compensation appropriées et proportionnées* »[1809]. Le contrôle de ces mesures pourrait être effectué par une instance d'arbitrage, point qui sera approfondi dans l'étude du règlement des différends. Du reste, il est difficile de dire si les conséquences juridiques proposées sont contraignantes et donc incitatives au maintien ou au rétablissement de l'homogénéité, pour deux raisons concordantes.

1111. En premier lieu, la nature de telles mesures n'est pas explicitée. D'une part, l'emploi du terme de « mesures de compensation » semble rejoindre les « mesures de rééquilibrage » et « mesures de sauvegarde » prévues dans l'accord de 2009 sur les contrôles douaniers et celui de 2013 sur la participation de la Suisse aux programmes européens de navigation par satellite[1810]. D'autre part, même dans l'exemple donné pour

---

1806 L'article 10, paragraphe 1, de l'AAS prévoit cette procédure en cas « *de litige sur l'application* » de l'accord ou de « *différence substantielle entre la jurisprudence de la Cour de justice et des juridictions suisses, ou d'une différence substantielle dans l'application des dispositions visées à l'article 2 de l'AAS entre les autorités des États membres concernés et celles de la Suisse* ».

1807 Voir, *infra*, 6.

1808 Lettre d'Eveline WIDMER-SCHLUMPF, du 15 juin 2012 précitée, annexe I, pt IV. Dans les AAS et AAD, ce délai est de 90 jours après que la question a été inscrite en tant que point litigieux à l'ordre du jour du comité mixte, et peut être prorogé de 30 jours.

1809 Lettre d'Eveline WIDMER-SCHLUMPF, du 15 juin 2012 précitée, annexe I, pt IV.

1810 Article 29, paragraphe 1, de l'accord du 25 juin 2009 relatif à la facilitation des contrôles et des formalités lors du transport des marchandises ainsi qu'aux mesures douanières de sécurité, *RS 0.631.242.05 / JO L 199 du 31.7.2009, p. 24–42* ; Article 22, paragraphe 1, de l'accord de coopération du 18 décembre 2013 relatif aux programmes européens de navigation par satellite, *RS 0.741.826.8 / JO L 15 du 20.1.2014, p.3-17*.

concrétiser les propositions, la Suisse ne mentionne pas le type de mesures susceptibles d'être prises. En comparaison, dans les accords d'association à Schengen et Dublin de 2004, la rupture de l'homogénéité peut entraîner explicitement la cessation des accords. Quant à l'accord de 2009 sur les contrôles douaniers et celui de 2013 sur la participation de la Suisse aux programmes européens de navigation par satellite, ils précisent que la partie qui considère que l'homogénéité n'est plus assurée peut prendre des mesures « *y compris la suspension* » de certaines dispositions des accords[1811]. Le fait pour une règle secondaire de ne pas mentionner parmi les conséquences d'une rupture d'homogénéité les mesures susceptibles d'être prises est susceptible de donner lieu à une divergence d'interprétation de cette règle secondaire. Et pour s'en tenir à la question de l'homogénéité, le fait pour une règle secondaire de ne pas prévoir explicitement la suspension ou la cessation parmi les conséquences d'une perte d'homogénéité joue évidemment moins en faveur du maintien de l'homogénéité que l'affirmation explicite de telles conséquences. Non explicitées, ces conséquences seraient-elles néanmoins possibles en tant que « *mesures de compensation appropriée et proportionnée* »[1812]? Ces exigences n'excluent pas la suspension, d'autant plus que la clause proposée ressemble aux règles contenues dans les accords de 2009 et 2013. Quant à la cessation, elle pourrait également être envisageable ; mais la compensation se trouverait alors « en dehors de l'accord », ce qui amène à cerner l'objet de ces mesures.

1112. En second lieu en effet, l'objet des mesures de compensation n'est pas clair. Le caractère « approprié » et l'exigence de « proportionnalité » des mesures, conditions reprises notamment de l'accord de 2009, ne sont pas précis. D'abord sur la

---

En effet, les trois « clauses » visent les mêmes situations : l'accord de 2009 permet de prendre des mesures « *lorsque l'équivalence des mesures douanières de sécurité des Parties contractantes n'est plus assurée* » (art.29, par.1) ; et l'accord de 2013 ouvre à une Partie cette faculté « *si elle estime qu'un niveau équivalent de contrôle des exportations ou de sécurité n'est plus assuré entre les parties* » (art.22, par.1). On retrouve la même logique dans la proposition suisse qui vise les cas où une décision juridictionnelle « *conduit à ne plus assurer l'homogénéité de l'interprétation de dispositions de l'accord* » (Lettre d'Eveline WIDMER-SCHLUMPF, du 15 juin 2012 précitée, annexe I, pt IV).

Or si on l'a vu, la proposition ne précise pas le type de mesures susceptibles d'être prises, on soulignera que d'une part, les trois clauses exigent « *la proportionnalité de ces mesures* » ; d'autre part l'accord de 2009 et celui de 2013 prévoient des effets similaires sous un vocable pourtant différent : l'accord de 2009 en matière douanière permet à la Suisse ou l'Union européenne de prendre « *des mesures de rééquilibrage appropriées, y compris la suspension de l'application de dispositions du chap. III* »[1810] ; et celui de 2013 permet de prendre « *les mesures de sauvegarde qui s'imposent, y compris la suspension d'une ou de plusieurs activités de coopération* ».

Compte tenu de ce qui précède, il n'est donc pas exclu que la possibilité d'adopter des mesures compensatoires corresponde aux clauses des accords de 2009 et 2013.

1811 Article 29, paragraphe 1, de l'accord du 25 juin 2009 précité; Article 22, paragraphe 1, de l'accord de coopération du 18 décembre 2013 précité.

1812 Lettre d'Eveline WIDMER-SCHLUMPF, du 15 juin 2012 précitée, annexe I, pt IV.

proportionnalité, cette exigence a pu être exprimée ainsi : « *La portée et la durée des mesures susmentionnées devront être limitées à ce qui est nécessaire pour régler la situation et assurer un juste équilibre entre les droits et les obligations découlant du présent Accord* »[1813]. Or l'évaluation du déséquilibre né de la rupture d'homogénéité est difficile à réaliser. Ensuite sur le caractère approprié, l'Union européenne a mis en doute la pertinence des mesures compensatoires, qu'elle juge insusceptibles de rétablir l'homogénéité[1814]. Il n'est d'ailleurs pas inutile de relever que cette possibilité d'adopter des mesures compensatoires se retrouve également dans les propositions de règlement des différends[1815].

4) La surveillance des accords

1113. Dans ses conclusions de décembre 2010, le Conseil de l'Union européenne estime que devait être pris en compte dans les accords UE-Suisse « *un mécanisme indépendant de surveillance et d'exécution des décisions de justice* »[1816]. La Suisse a formulé des propositions en ce sens, qu'elle estime comparables au système instauré dans le cadre de l'EEE, avec une « *approche à deux piliers, dans laquelle chaque Partie demeure responsable de la surveillance de l'application et de l'interprétation sur son territoire, mais dans le plein respect de l'objectif d'homogénéité susmentionné* »[1817].

1114. La Suisse a proposé d'instaurer « *une autorité nationale de surveillance indépendante* »[1818], soulignant que les membres de cette autorité exerceraient leur mission de surveillance dans une « *totale indépendance* ».

1115. Les propositions de règles secondaires de la Suisse ayant été effectuées dans une optique d'application aux futurs accords sectoriels, l'autorité de surveillance proposée pourrait avoir une compétence limitée à un secteur ou à un accord. Pour l'accord en discussion sur l'électricité, la Suisse propose que la surveillance du marché de l'électricité en Suisse soit confiée à une autorité existante, l'autorité de régulation nationale ELCOM. Et s'agissant des dispositions concernant plus spécifiquement la concurrence, ce serait une

---

[1813] Article 29, paragraphe 3, de l'accord du 25 juin 2009 précité. Et pour une formule analogue, article 22, paragraphe 2, de l'accord de coopération du 18 décembre 2013 précité.

[1814] Lettre de José Manuel BARROSO, du 21 décembre 2012, précitée.

[1815] Voir, *infra*, 5.

[1816] Conclusions du Conseil de l'Union sur les relations de l'UE avec les pays de l'AELE, 14 décembre 2010, pt 48.

[1817] Lettre d'Eveline WIDMER-SCHLUMPF, du 15 juin 2012 précitée, annexe I, pt III.

[1818] Lettre d'Eveline WIDMER-SCHLUMPF, du 15 juin 2012 précitée, annexe I, pt III.

autre autorité, elle-aussi existante qui pourrait être compétente : la Commission fédérale de la concurrence[1819].

1116. Les compétences de l'autorité nationale de surveillance [de l'accord ou des accords] « *seraient comparables à celle de la Commission européenne en matière de surveillance* » : sur plainte ou de sa propre initiative, cette autorité serait habilitée à enquêter sur des violations éventuelles de l'accord, et le cas échéant à introduire des procédures judiciaires pour faire constater cette violation. Dans l'exemple donné, la Suisse envisage que la Commission européenne puisse soumettre une plainte à l'autorité de surveillance[1820]. Les actions seraient dirigées contre les opérateurs économiques notamment dans le domaine de la concurrence ; mais il est possible que cette autorité puisse faire constater une violation de l'accord par l'Etat suisse, puisqu'elle enquêterait sur les éventuelles violations de l'accord « *y compris la transposition ou l'application imparfaite de ses dispositions dans le droit national* »[1821]. Enfin, les actions de l'autorité de surveillance visant à faire constater une violation de l'accord, seraient engagées devant les « *plus hautes juridictions suisses* »[1822].

1117. L'Union européenne ne semble pas satisfaite de ce type de règles secondaires de surveillance des accords. La Commission européenne souligne que les propositions de la Suisse envisagent que « *seuls des organes suisses puissent se prononcer sur des possibles infractions de la part des autorités nationales aux règles incorporées dans les accords* »[1823]. Or on a vu qu'en vertu des règles secondaires actuelles, la compétence des juridictions suisses pour interpréter les accords basés sur le droit de l'Union européenne n'offre pas les mêmes garanties qu'une juridiction supranationale, tant en ce qui concerne l'indépendance à l'égard de l'Etat, qu'en ce qui concerne l' « interprétation européenne » du droit[1824]. La proposition suisse sur l'évolution des règles secondaires apporte certes une plus-value puisqu'une autorité indépendante aurait pour mission de surveiller l'application des règles primaires, jusqu'à en déclencher une procédure devant les juridictions nationales ; mais elle ne va pas suffisamment loin pour garantir le niveau de

---

1819 Lettre d'Eveline WIDMER-SCHLUMPF, du 15 juin 2012 précitée, annexe II.
1820 *Ibid.*, annexe II.
1821 *Ibid.*, annexe I, pt III.
1822 *Ibid.*, annexe I, pt III.
1823 Lettre de José Manuel BARROSO, du 21 décembre 2012, précitée.
1824 Voir, *supra*, partie 1, titre 2, chapitre 3, section 1.

sécurité juridique et d'indépendance souhaité par l'Union européenne. Celle-ci rappelle que « *le bon fonctionnement du marché intérieur est fondé sur des mécanismes de contrôle indépendants et extérieurs aux Etats participant* »[1825]. Autrement dit, l'Union européenne estime insuffisantes les garanties d'indépendance que présenterait l'autorité nationale et celles que présentent les juridictions suisses dans l'application des accords ; les règles secondaires doivent prévoir des mécanismes extérieurs aux Etats, c'est-à-dire internationaux. L'Autorité de surveillance et la Cour mises en place dans le cadre de la surveillance de l'application de l'accord EEE par les Etats de l'AELE qui en sont membres pourraient servir de référentiel puisque l'Union européenne souhaite que les règles secondaires assurent « *un niveau de sécurité juridique et d'indépendance équivalent à celui des mécanismes de l'Espace économique européen* »[1826].

5) Le développement du droit

1118. Comme le relève Christine KADDOUS, la Suisse semble avoir accepté le principe de « *l'adaptation dynamique des accords à un acquis en évolution* » souhaité par l'Union européenne[1827]. En effet, la Suisse se déclare prête à prendre « *l'engagement juridique de reprendre les développements futurs de* [l']*acquis* [pertinent de l'UE] »[1828].

1119. En ce qui concerne le champ d'application potentiel des règles secondaires, la proposition suisse semble viser la reprise dans les « *domaines techniques qui le requièrent* »[1829], formule susceptible d'appréciation variée. Toutefois, dans l'exemple de concrétisation qu'elle donne dans le domaine de l'électricité, la Suisse semble entendre assez largement la reprise car la mention des domaines techniques ne sert qu'à désigner une procédure spécifique susceptible de s'appliquer.

1120. En ce qui concerne les modalités de développement des règles primaires en fonction du droit de l'Union européenne, il semble clair que la Suisse souhaite que les règles secondaires relatives au développement des accords ne doivent pas prévoir d'automaticité de la reprise. Au vu de l'exemple donné par la Suisse, il apparaît que la

---

1825 Lettre de José Manuel BARROSO, du 21 décembre 2012, précitée.

1826 *Id.*.

1827 Conclusions du Conseil de l'Union sur les relations de l'UE avec les pays de l'AELE, 14 décembre 2010, pt 48.

1828 Lettre d'Eveline WIDMER-SCHLUMPF, du 15 juin 2012 précitée, pt II.

1829 *Id.*.

Suisse consent à une reprise non automatique sur le modèle de la règle secondaire des accords d'association à Schengen et Dublin[1830]. Le développement du droit serait conditionné par le consentement à chaque reprise (a), mais certains éléments juridiques pourraient limiter le choix afin de l'orienter sur une reprise de l'acquis du droit de l'UE (b). En contrepartie, serait accrue l'implication de la Suisse dans le processus d'élaboration du droit de l'UE (c).

a) Le consentement à tout développement du droit

1121. Le développement devrait être dynamique et non automatique, nuance qui permet de subordonner le développement à une « *décision prise d'un commun accord* » par la Suisse et l'Union européenne, « *dans le respect des exigences constitutionnelles des deux Parties* »[1831].

1122. Cette dernière formule est probablement destinée à assurer que les règles secondaires de reprise comportent des délais permettant le fonctionnement du système suisse de démocratie semi-directe. On la retrouve dans l'accord d'association de la Suisse à Schengen, dans lequel la Suisse s'était engagée à reprendre les développements de l'acquis Schengen, dans des délais lui permettant « *satisfaire à ses exigences constitutionnelles* »[1832]. La Suisse espère ainsi probablement que les règles secondaires de reprise de l'acquis prévoient comme dans l'accord d'association à Schengen des délais qui constitueraient un type de « *mécanismes flexibles et dynamiques de reprise* »[1833]. La proposition de la Suisse vise également l'accord de l'Union européenne et le respect de ses exigences constitutionnelles. Il est difficile de dire s'il ne s'agit que d'une formule diplomatique ou si l'Union européenne serait intéressée à ce que chaque développement des accords Suisse-UE en suivant l'acquis de l'UE se fasse après son approbation, et dans le respect de ses règles constitutionnelles. Il n'est pas exclu que les modalités proposées par la Suisse ne

---

1830 Voir, *supra*, partie 1, titre 2, chapitre 3, section 2. Sur les modalités de reprise des acquis Schengen et Dublin, voir Anne CORNU, « Les aspects institutionnels des Accords d'association de la Suisse à Schengen et à Dublin », in *C. KADDOUS, M. JAMETTI GREINER (dir.), Accords bilatéraux II Suisse-UE : et autres accords récents*, Dossiers de droit européen, vol. 16, Bruxelles, Bruylant, 2006, pp. 207-244.

1831 Lettre d'Eveline WIDMER-SCHLUMPF, du 15 juin 2012 précitée, pt II. Souligné par la Présidente de la Confédération dans sa lettre.

1832 Article 7, paragraphe 1, et paragraphe 2 b), de l'accord du 26 octobre 2004 sur l'association de la Confédération suisse à la mise en œuvre, à l'application et au développement de l'acquis de Schengen, *RS 0.362.31 / JO L 53 du 27.2.2008, p. 52-79* ; article 4, paragraphe 3, de l'accord du 26 octobre 2004 relatif aux critères et aux mécanismes permettant de déterminer l'Etat responsable de l'examen d'une demande d'asile introduite dans un Etat membre ou en Suisse, *RS 0.142.392.68 / JO L 53 du 27.2.2008, p.5-17*.

1833 Lettre d'Eveline WIDMER-SCHLUMPF, du 15 juin 2012 précitée, pt II.

bénéficient pas également à l'Union européenne : elle pourrait vouloir se prononcer sur l'extension d'un développement de son droit à la Suisse, tout comme il se peut que cette extension mette en jeu « les règles constitutionnelles » de l'Union européenne.

1123. Si les Parties doivent se prononcer à chaque fois sur la reprise dans la relation Suisse-UE, d'un développement de l'acquis de l'UE, on peut se demander en quoi consiste « *l'engagement juridique de reprendre les développements futurs de cet acquis* »[1834], que la Suisse se déclare prête à prendre ? Comme dans les accords d'association de la Suisse à Schengen et Dublin (respectivement AAS et AAD), l'engagement consenti ne résiderait pas dans l'automaticité de la reprise, mais plutôt sur d'autres points dont le cumul concourt à orienter le développement de l'accord sur le droit de l'Union européenne.

b) La détermination du temps du développement et des conséquences d'un refus de reprise

1124. D'une part, la Suisse semble consentir à appliquer le nouveau développement de l'acquis « *autant que possible en même temps que les Etats membres* »[1835]. Or dans l'AAS et l'AAD[1836], le principe d'une application simultanée est contraignant pour la Suisse puisque le temps de la reprise lui échappe. Elle ne peut que bénéficier d'un délai pour assurer le respect de ses exigences constitutionnelles, mais ce délai est défini par rapport à l'adoption de l'acte développant l'acquis en droit de l'Union européenne, ou de sa notification à la Suisse. L'évolution par rapport aux règles régissant le développement du droit dans les autres accords serait importante. On a par exemple vu que ce n'est qu'en 2012 que la Suisse et l'UE ont modifié l'accord sur la libre circulation des personnes pour y intégrer un règlement adopté dans l'UE en 2004[1837]. De tels décalages seraient fortement réduits, et c'est le droit de l'UE qui fixerait « le temps du droit Suisse-UE ».

1125. D'autre part, l'engagement de reprendre un développement a une portée juridique en raison des conséquences préétablies, au refus de reprendre un développement. La Suisse propose en effet de déterminer les conséquences d'une non-reprise, comme le font

---

[1834] Lettre d'Eveline WIDMER-SCHLUMPF, du 15 juin 2012 précitée, annexe I, pt II.
[1835] Lettre d'Eveline WIDMER-SCHLUMPF, du 15 juin 2012 précitée, annexe II.
[1836] Voir, *supra*, partie 1, titre 2, chapitre 3, section 2, §2.
[1837] Voir, *supra*, A), 1, a).

quelques règles secondaires existantes : celles des accords d'association de la Suisse à Schengen et Dublin de 2004[1838] ou de l'accord de 2009 sur les contrôles douaniers[1839]. Toutefois, les conséquences envisagées apparaissent moins radicales – et donc moins contraignantes – que celles prévues dans les accords précités. L'accord de 2009 prévoie expressément la suspension ; bien plus, dans les AAS et AAD, le refus de la Suisse de reprendre un développement pertinent du droit de l'Union européenne peut donner lieu, sous certaines conditions, à la cessation de l'accord en cause, laquelle entraîne en outre celle de l'autre accord. Dans les discussions sur les questions institutionnelles, la Présidente de la Confédération suisse propose que « *lorsque, exceptionnellement, la Suisse ne serait pas en mesure de reprendre un développement déterminé de l'acquis pertinent, l'UE pourrait prendre des mesures de compensation appropriées* »[1840]. Ces mesures se confondent avec celles prévues pour le règlement des différends[1841]. De telles conséquences à une non-reprise d'un développement de l'acquis de l'UE, seraient acceptées par la Suisse en contrepartie d'une implication renforcée dans le processus législatif.

c) L'implication accrue de la Suisse dans le processus législatif de l'UE

1126. En contrepartie de son engagement de reprendre les évolutions de l'acquis de l'Union européenne pertinent au sens des accords Suisse-UE, la Suisse espère obtenir un droit de participation « *appropriée* » à l'élaboration des décisions conduisant à ces développements[1842]. Il s'agit pour la Suisse d'obtenir des droits de participations plus importants par rapport à ceux qui s'appliquent en vertu des accords actuels, compte tenu

---

1838 Article 7, paragraphe 4, de l'AAS : « *Au cas où:*
a) la Suisse notifie sa décision de ne pas accepter le contenu d'un acte ou d'une mesure visé au paragraphe 2, auquel les procédures prévues dans le présent accord ont été appliquées; […]
le présent accord cesse d'être applicable, […] »

Pour une formulation analogue, voir l'article 4, paragraphe 6, de l'AAD.

1839 Article 29, paragraphe 2, de l'accord du 25 juin 2009 relatif à la facilitation des contrôles et des formalités lors du transport des marchandises ainsi qu'aux mesures douanières de sécurité, *RS 0.631.242.05 / JO L 199 du 31.7.2009, p. 24–42* : « *Si l'équivalence des mesures douanières de sécurité des Parties contractantes n'est plus assurée parce que les modifications prévues à l'art. 22, par. 4 du présent Accord n'ont pas été décidées, une Partie contractante peut suspendre l'application de dispositions du chap. III à partir de la date de mise en application de la législation communautaire concernée* […] ».

La proposition apporte un exemple construit sur ce modèle : « *Si l'équivalence des dispositions citées en annexe n'est plus assurée parce que les modifications prévues au paragraphe 4 n'ont pas été décidées, chaque Partie peut* […] *prendre des mesures de compensation appropriées et proportionnées conformément à l'article X à partir de la date de mise en application de la législation y relative de l'Union* » : Lettre d'Eveline WIDMER-SCHLUMPF, du 15 juin 2012 précitée, annexe II.

1840 Lettre d'Eveline WIDMER-SCHLUMPF, du 15 juin 2012 précitée, pt II.

1841 Voir, *infra*, 6.

1842 Lettre d'Eveline WIDMER-SCHLUMPF, du 15 juin 2012 précitée, pt II.

des concessions supplémentaires qu'elle serait prête à accorder. L'on a vu que la participation de la Suisse aux travaux menés par les groupes de travail et comités institués par la Commission et le Conseil, est moins importante que les droits accordés aux Etats de l'EEE. Compte tenu du rapprochement des concessions de la Suisse sur celles prévues par l'EEE et notamment le principe de reprise, la Suisse espère obtenir une participation similaire à celle prévue pour les Etats de l'AELE membres l'EEE. La Commission européenne ne s'est pas prononcée sur cette demande, mais l'on devine que cette concession, accordée par l'Union européenne dans le cadre de l'EEE, ne devrait pas susciter d'importantes difficultés.

6) Le règlement des différends

1127. La Confédération propose de confier au comité mixte[1843] la compétence de régler les différends nés de l'interprétation de l'accord. Le caractère politique du règlement des différends serait ainsi inchangé par rapport aux solutions actuelles[1844]. En revanche, l'insertion d'un délai déterminé pour régler le différend est une nouveauté qui se rapproche du régime prévu à l'article 111 de l'accord EEE. La portée d'une telle limitation temporelle est susceptible d'être importante si l'on pense que le différend en matière de fiscalité des cantons suisses a duré près de dix ans.

1128. Si le comité mixte ne parvenait pas à régler le différend au terme du délai fixé, la partie « lésée » pourrait prendre des mesures de compensation « appropriées et proportionnées »[1845], y compris une suspension provisoire de tout ou partie de l'accord[1846]. Par comparaison dans l'accord EEE est prévue une possibilité de prendre des mesures de sauvegarde, mais l'accord prévoit en outre que la Cour de justice peut être saisie d'un différend qui porte sur l'interprétation de dispositions de l'accord identiques en

---

[1843] L'on rappellera que la proposition de la Suisse vise la résolution des questions institutionnelles dans le cadre de l'accord envisagé dans le domaine de l'électricité. Le Comité visé dans la proposition vise donc l'instance qui serait instituée par cet accord. Si ces solutions étaient étendues aux accords existants, la compétence en matière de règlement des différends concernerait chaque comité institué par les accords Suisse-UE. On peut aussi envisager qu'il serait institué un seul Comité Suisse-UE compétent pour l'ensemble des accords, à l'image du Comité mixte EEE. L'approche unifiée de la relation Suisse-UE en serait ainsi d'autant plus affichée.

[1844] Voir, *supra*, partie 1, titre 2, chapitre 2, section 1, §1.

[1845] Voir, *supra*, 3, c).

[1846] Lettre d'Eveline WIDMER-SCHLUMPF, du 15 juin 2012 précitée, pt V.

substance aux règles correspondantes du droit de l'UE. Par ailleurs, ce type de mesures n'est pas clairement défini

1129. La Suisse propose enfin de soumettre « *la portée, la durée et la proportionnalité de ces mesures* » à une instance arbitrale dont les décisions s'imposeraient à la Suisse et à l'Union. L'Union européenne ne s'est pas prononcée sur cette proposition. L'on peut néanmoins rappeler que l'Union s'est montrée réticente à recourir au règlement arbitral dans ses relations avec la Suisse[1847]. Cependant, elle a accepté des modalités similaires dans l'accord de 2009 sur la facilitation des formalités lors du transport de marchandises[1848].

1130. Si l'Union européenne accepte de reprendre cette possibilité de règlement arbitral, il est probable qu'elle exige aussi une clause similaire à l'article 29 de l'accord de 2009 qui précise qu'« *Aucune question d'interprétation des dispositions du présent Accord, identiques aux dispositions correspondantes du droit communautaire, ne pourra être réglée dans ce cadre* ». La portée de cette clause n'est cependant pas claire. Soit cette précision exclut la compétence arbitrale pour se prononcer sur la proportionnalité des mesures de compensation relatives à une règle fondée sur le droit de l'Union européenne, soit elle ne l'exclut pas mais dans ce cas il semble difficile d'apprécier la proportionnalité d'une mesure sans se prononcer sur la disposition ayant conduit à l'adoption de cette mesure. En revanche, la justification de cette clause est liée à l'autonomie du droit de l'Union. Certes, la Cour de justice ne s'oppose pas à ce que l'interprétation de dispositions calquées sur le droit de l'Union européenne soit confiée à une autre juridiction[1849]. Pour autant, il est probable que si l'Union européenne souhaite une clause similaire, et ce, d'autant plus si les règles institutionnelles s'appliquent à l'ensemble des accords conclus. En effet, une approche d'ensemble des règles du premier degré posées par les accords Suisse-UE laisse apparaître que ces règles couvrent de larges pans du marché intérieur de l'UE, et se rapprochent ainsi des règles posées par l'accord EEE. La « sensibilité » pour l'autonomie de l'ordre juridique de l'UE apparaîtrait ainsi de plus en plus comparable à celle soulignée par la Cour de justice dans son avis 1/91.

[1847] Voir, *supra*, partie 1, titre 2, chapitre 2, section 1, §2.

[1848] Article 29, paragraphe 3 de l'accord du 25 juin 2009 relatif à la facilitation des contrôles et des formalités lors du transport des marchandises ainsi qu'aux mesures douanières de sécurité (*RO 2011 983 /JO L 199 du 31.7.2009, p. 24–42*).

[1849] Voir, *supra*, partie 1, titre 2, chapitre 2, section 1, §1, B).

§2 – L'analyse de la sophistication des règles secondaires

1131. Les règles secondaires traduisent chez HART et BOBBIO l'existence d'un système juridique pour le premier, normatif pour l'autre. Sans empiéter sur les développements qui seront consacrés à la qualification de l'ensemble Suisse-UE[1850], le recours aux théories de HART et de BOBBIO permet d'analyser l'évolution des règles secondaires. Elles permettent d'abord d'analyser le sens de l'évolution envisagée : le mouvement est celui d'une sophistication des règles secondaires qui correspond à une objectivisation du système dans lequel s'insèrent les règles secondaires applicables à la relation Suisse-UE (A). Ces théories permettent aussi de mettre en perspective l'évolution des règles secondaires avec l'évolution de la communauté régie directement par les règles primaires, éclairant ainsi sur les « raisons », les logiques sous-jacentes à ce mouvement d'évolution des règles secondaires (B).

A) L'analyse du sens de l'évolution : la sophistication des règles secondaires, marque d'une objectivisation du système

1132. Pour Herbert HART[1851] et Noberto BOBBIO[1852], le droit est constitué de deux types de règles : des règles primaires (pour HART) ou normes du premier degré (pour BOBBIO) et des règles secondaires ou normes du second degré. Les secondes, qui ont pour objet les premières, apportent des « remèdes » aux difficultés que pose une vie juridique fondée exclusivement sur des règles primaires[1853]. Les trois grands types de règles – dont on supposera qu'elles coïncident pour HART et BOBBIO[1854] – ont ainsi pour fonction de répondre à trois grands problèmes mis en évidence par HART : l'incertitude, l'inefficacité et le caractère statique d'un régime fondé exclusivement sur des règles primaires (1). Les trois types de règles apportent ainsi des solutions à ces lacunes, en instituant des autorités

---

1850 Voir, *infra*, titre 2, chapitre 2.

1851 Herbert L.A. HART, *Le concept de droit,* (traduction de l'ouvrage *The concept of law*, 1961), Bruxelles, Publications des Facultés Universitaires Saint-Louis, 1976, 314 p.

1852 Noberto BOBBIO, « Nouvelles réflexions sur les normes primaires et secondaires », in N. BOBBIO, *Essais de théorie du droit*, Paris, LGDJ, 1998, 286 p., pp.159-173.

1853 Herbert L.A. HART, *Le concept de droit,* précité, p.119, §91 ; Noberto BOBBIO, « Nouvelles réflexions sur les normes primaires et secondaires », précité, p. 168.

1854 Par souci de simplicité, les règles de HART et les normes de BOBBIO seront parfois assimilées dans le vocable.

chargées d'assurer la reconnaissance, l'efficacité, et le développement des règles primaires. Cette attribution de compétences des membres du groupe à des autorités traduisent un mouvement d'objectivisation du système qui éclaire l'évolution de la relation Suisse-UE (2).

1) *Les trois types de règles secondaires ou normes du second degré*

1133. La règle de reconnaissance (pour HART), ou d'identification (pour BOBBIO) est celle qui permet de lever l'incertitude, premier problème majeur que rencontre une société primitive. Ce type de règles, fondamental, permet de constater l'existence et l'appartenance d'une règle (primaire) au système, cette détermination étant la « *condition première pour que l'on puisse parler d'un système* »[1855]. Plus précisément, cette catégorie de règle « *déterminera un ou plusieurs traits qui peuvent être considérés comme indiquant d'une manière positive et décisive que la règle visée qui les possède, constitue bien une règle du groupe, et qu'elle devra être soutenue par la pression sociale exercée par le groupe* »[1856].

1134. La règle de changement (pour HART) ou la norme de production juridique (pour BOBBIO) a pour fonction de porter remède au caractère statique des règles en habilitant une autorité (ou un individu[1857]) à introduire de nouvelles règles primaires, à modifier ou éliminer les règles primaires existantes.

1135. La règle d'adjudication (pour HART) ou la norme de sanction (pour BOBBIO) a pour fonction de remédier à l'inefficacité de la pression sociale diffuse qui caractérise une société primitive en habilitant une autorité à résoudre la question de savoir si une règle primaire a été transgressée. Ce type de règle détermine plus précisément les individus auxquels est confié le pouvoir de juger, la procédure à suivre pour exercer ce pouvoir.

2) *Les règles secondaires et l'objectivisation du système juridique ou normatif*

1136. Il résulte des développements qui précèdent que chaque catégorie de règle apporte des réponses plus ou moins efficaces et plus ou moins sophistiquées aux trois problèmes que rencontre un régime fondé exclusivement sur des règles primaires. Plus les règles

---

[1855] Noberto BOBBIO, « Nouvelles réflexions sur les normes primaires et secondaires », précité, p. 166.

[1856] Herbert Lionel Adolphus HART, *Le concept de droit,* précité, p.119, §92.

[1857] HART vise aussi les situations interindividuelles (Herbert L.A. HART, *Le concept de droit,* précité, p.118, §91).

secondaires seront nombreuses et coordonnées entre elles, plus elles seront sophistiquées ; en outre, plus les règles secondaires établiront des autorités distinctes du groupe, plus elles seront sophistiquées.

1137. Par sophistication, on entend le mouvement qui consiste à accroître la distinction entre les règles du premier et celles du second degré en assurant que les premières n'obéissent pas qu'au modèle de comportement du groupe, et que leur identification, changement et sanction relèvent d'autorités au sein de ce groupe. Il y a dans la sophistication, l'idée selon laquelle l'application des règles ne dépend pas que de ses destinataires, mais d'autorités instituées pour remplir cette fonction, autorités au sens organique qui renvoie à l'établissement d'institutions et au sens fonctionnel de la force attachée à certains actes. Il y a ainsi dans les règles secondaires, l'idée que les règles primaires ne dépendent pas que de groupe.

1138. Dans un cadre international, cela signifie que les règles primaires (dont les Etats et les organisations internationales sont auteurs et au moins partiellement destinataires) obéissent à une certaine logique systématisée dans des règles secondaires. Ces dernières limitent ainsi le pouvoir des volontés de chacun des membres du groupe. C'est en ce sens que la sophistication correspond aussi à l'objectivisation du système. Du reste, chaque auteur déterminera s'il juge la sophistication suffisante pour parler de « système objectif », en fonction de la conception que l'on se fait du droit international et des enseignements que l'on tire avec le droit interne[1858]. Mais ce qui importe ici c'est de souligner que l'insertion de règles secondaires et le perfectionnement de ces règles constitue un mouvement d'objectivisation d'un ensemble (qualifié par HART et BOBBIO de système).

1139. Dans la relation entre l'Union européenne et la Suisse, le développement des règles secondaires traduit ainsi une sophistication du système. La sophistication des règles secondaires réalise une distinction entre des autorités et les membres du groupe. On verra cependant qu'elle est difficile à mener et même à analyser dès lors que le groupe comprend deux « pôles » dont l'un exerce une influence prépondérante sur les règles primaires, et qu'il existe une ambiguïté sur les membres du groupe liée à la nature distincte de la Suisse et de l'UE, et du fait que c'est aux Etats de l'UE que la Suisse est

[1858] Voir notamment l'analyse de Jean COMBACAU, « Le droit international : bric-à-brac ou système ? », *Archives de philosophie du droit*, t. 31 « le système juridique », 1986, pp.85-105.

assimilée. Les négociations sur les questions institutionnelles n'ont certes pas encore abouti à la conclusion d'un accord – et peut-être même que les négociations ne parviendront pas à un accord. Néanmoins, le fait que l'Union européenne et la Suisse entrent en discussion sur ces questions montre une volonté que les règles primaires applicables bénéficient d'une plus grande « assise juridique ». En effet, si les membres du groupe souhaitent la mise en place d'autorités, c'est qu'en contrepartie, En contrepartie, chacun des membres du groupe acquière ainsi une plus grande prévisibilité sur l'identification des règles applicables, sur les conditions dont la réunion permet une modification des règles, et sur l'effectivité de ces règles primaires. C'est le développement de ces dernières qui suscite celui des règles secondaires

B) L'analyse des logiques sous-jacentes à l'évolution : l'évolution des règles primaires, vecteur d'une évolution des règles secondaires

1140. Pour comprendre le mouvement de sophistication des règles secondaires on peut revenir aux raisons identifiées par HART et BOBBIO qui poussent à la création de telles règles. Le juriste anglais permet de comprendre pourquoi les règles secondaires actuelles ne sont peut-être pas suffisantes pour assurer le respect et la reconnaissance des règles primaires (1) ; les travaux de professeur italien éclairent quant à eux la volonté de l'Union européenne et de la Suisse d'améliorer les normes sur le changement et les normes sur la sanction (2).

1) Explication au regard des conditions identifiées par HART

1141. Pour HART une structure sociale – qualifiée de primitive – peut vivre exclusivement sous l'empire de règles primaires, mais à certaines conditions, et c'est lorsque celles-ci ne sont plus réunies qu'apparaissent des règles secondaires. On peut essayer de transposer cette condition avec des sujets de droit international, la difficulté étant accrue en ce qui concerne l'identification du groupe (Suisse-UE, Suisse-UE-Etats de l'UE, Suisse-Etats de l'UE[1859]).

[1859] La « vie en commun » qui fait l'objet des règles primaires applicables entre la Suisse, l'Union européenne et les Etats de l'Union européenne oscille en effet entre une vie en commun « propre » et une vie en commun « par l'intégration de la Suisse dans l'Union européenne ». Sur les ambiguïtés de la relation Suisse-UE, voir *supra*, partie 2, titre 1.

1142. La première condition réside dans le contenu des règles : il faut, qu'à côté des règles qui imposent aux individus des obligations « *de rendre des services ou d'apporter des contributions à la vie en commun* »[1860], il existe des règles qui limitent le recours « *à la violence, au vol et à la tromperie* »[1861]. Cette condition semble se réaliser dans la communauté Suisse-UE ; ce n'est donc pas dans son défaut que l'on peut fonder l'évolution des règles. En effet, il existe des règles qui imposent à la Suisse et aux Etats de l'Union (directement ou « par le biais » de l'Union européenne) d'apporter des contributions (en abaissant leurs frontières et permettant la libre circulation notamment des personnes, en établissant une égalité de traitement entre leurs ressortissants, par la mise en place de programmes de coopération commun, par une gestion commune des frontières extérieures…[1862]). On peut également trouver, au-delà des règles coutumières du droit international général de bonne foi, des règles de coopération spécifiques à l'ensemble Suisse-UE qui seraient une sorte d'équivalent aux règles de limitation du recours à la violence, au vol et à la tromperie[1863]. L'insuffisance du régime applicable entre la Suisse et l'Union européenne n'apparaît pas manifeste au regard de cette première condition.

1143. La seconde condition pour qu'une structure sociale reste primitive et régie par des règles primaires tient à l'unité entre les membres du groupe : elle doit être suffisante pour assurer un respect général des règles primaires (puisque ce respect n'est pas garanti par des règles secondaires)[1864]. Dès lors, « *seule une petite communauté, étroitement unie par des liens de parenté, des croyances et des sentiments communs, et dotée d'un environnement stable, pourrait vivre avec succès sous ce régime de règles qui n'émanent d'aucune autorité* »[1865], c'est-à-dire de règles primaires. Or la Suisse et les Etats de l'Union européenne sont indéniablement par des liens étroits : une culture commune, des valeurs communes, parfois des langues communes, et ce dans une partie du continent européen stable depuis plusieurs dizaines d'années. Mais on peut se demander si cette unité est suffisante pour assurer un respect satisfaisant des règles primaires. L'unité entre la Suisse et les Etats de

---

1860 Herbert Lionel Adolphus HART, *Le concept de droit,* précité, p.117, §89.

1861 Herbert Lionel Adolphus HART, *Le concept de droit,* précité, p.116, §89.

1862 Voir, *supra*, partie 2, titre 1, chapitre 1.

1863 Sur ces règles, voir, *supra*, partie 1, titre 2, chapitre 3, section 1, §1, A.

1864 Par respect général, HART précise qu'il se peut que des membres du groupe rejettent les règles de vie en société, mais il ne peut s'agir que d'un groupe minoritaire, qui n'empêche pas que la majorité vit en fonction des règles et en les considérant comme obligatoires. Voir Herbert Lionel Adolphus HART, *Le concept de droit,* précité, p.114, §§86-87.

1865 Herbert Lionel Adolphus HART, *Le concept de droit,* précité, p.117, §90.

l'Union européenne est-elle suffisante pour assurer le respect de règles primaires qui se développent et se complexifient ? L'unité est-elle par ailleurs suffisante pour assurer un comportement homogène dans une communauté qui s'élargit ? Les divergences de vues relatives aux mesures prises par la Suisse à l'égard des ressortissants des nouveaux Etats de l'UE[1866] ont peut-être mis à jour l'insuffisance des règles secondaires applicables. Il s'agit là d'une première raison possible justifiant l'évolution souhaitée par la Suisse et l'UE sur les règles secondaires en particulier celle d'adjudication, lesquelles doivent accroître l'homogénéité des règles primaires applicables.

2) *Explication au regard des conditions identifiées par BOBBIO*

Le juriste italien Noberto BOBBIO met également en évidence les situations qui peuvent expliquer l'absence dans un système normatif, de normes du second degré. Elles permettent d'éclairer les raisons qui poussent la Suisse et l'Union européenne à vouloir améliorer les normes sur le changement et les normes sur la sanction.

1144. Dans un système normatif simple, les normes sur la production juridique peuvent manquer soit parce que les normes du premier degré qui forment l'ensemble du système « *sont complètes dès le départ, comme il arrive dans l'état de nature* […] *ou pour les règles d'un jeu* »[1867], soit parce que les règles du premier degré impliquent des modifications « *si peu nombreuses et si lentes qu'elles peuvent être confiées à ceux auxquels ces normes de premier degré sont destinés : c'est en modifiant leur comportement qu'ils font varier ces règles : il en est ainsi des règles* […] *de la langue, des normes société primitive etc* »[1868]. On pourrait concevoir que les normes du premier degré posées par les accords Suisse-UE sont dès le départ complètes, qu'elles posent les règles du jeu, ou pour reprendre la formule du Professeur COMBACAU, « *les règles dans le jeu* »[1869]. La plupart des accords ont rapidement été qualifiés de *statiques*[1870]. Pourtant, on a souligné que les règles primaires ont rapidement été modifiées et continuent de l'être ; et que l'influence objectivante du droit de l'Union

---

1866 Sur les interprétations différentes des accords, voir, *supra*, partie 2, titre 1, chapitre 2, section 2, §1, A).

1867 Noberto BOBBIO, « Nouvelles réflexions sur les normes primaires et secondaires », p.168.

1868 *Id.*

1869 Jean COMBACAU, « Le droit international : bric-à-brac ou système ? », *APD*, t. 31 « le système juridique », 1986, pp.85-105, spéc. p. 89.

1870 Daniel FELDER, « Appréciation juridique et politique du cadre institutionnel et des dispositions générales des accords sectoriels », in C. KADDOUS, D. FELDER (dir.), *Accords bilatéraux Suisse-UE (Commentaires),* Bruxelles, Bruylant, 2001, 783 p., pp. 117-148.

européenne joue à cet égard un rôle majeur[1871]. Or le droit de l'Union européenne qui influence les règles de l'ensemble Suisse-UE, n'a jamais été conçu comme un droit complet, et toujours comme un droit au service d'une construction pour laquelle sont mis en œuvre un ensemble d'institutions auxquelles des normes du second degré confient des pouvoirs à l'égard du développement du droit. Par conséquent, les normes (primaires) dans le jeu de la relation Suisse-UE n'apparaissent pas complètes car elles subissent l'influence des normes (primaires) dans le jeu de l'Union européenne, dont le caractère statique est évité par le recours à un ensemble élaborées de normes (secondaires). Si l'on pousse l'analyse en intégrant les faibles normes du second degré existant dans la relation Suisse-UE, on retiendra que les normes de production juridique de l'ensemble Suisse-UE n'apparaissent pas suffisantes pour « gérer » l'influence des normes primaires de l'Union européenne. On comprend dans le même temps que les modifications qui tendent à se mettre en place ne sont pas « *si peu nombreuses et si lentes* »[1872] : par conséquent, elles ne peuvent être satisfaites par des normes exclusives du premier degré et désormais, elles ne peuvent pas non plus être satisfaites par des normes du second degré peu sophistiquées. L'analyse de Noberto BOBBIO peut ainsi permettre d'expliquer les raisons qui incitent la Suisse et l'Union européenne à envisager des règles de production juridique plus contraignantes, basées notamment sur le principe d'une reprise de l'acquis[1873].

1145. Il reste enfin une explication à l'évolution potentielle, compte tenu des négociations en cours entre la Suisse et l'Union européenne, sur les normes de sanction. Dans un système normatif simple, l'absence de normes sur la sanction, BOBBIO peut s'expliquer en premier lieu par la rareté des cas de violation : en raison de la qualité des normes primaires, leur non-respect empêche d'atteindre le but fixé ce qui limite les cas de violation et donc d'utilité des règles secondaires (c'est le cas en particulier pour les normes primaires techniques), ou encore, en raison d'un fonctionnement sur l'adhésion spontanée au système, les cas de non-respect ne sont pas suffisamment importants pour remettre en cause le système (c'est le cas des systèmes du savoir-vivre et ceux de presque tous les jeux). Les normes sur la sanction peuvent en second lieu faire défaut lorsque le système

---

[1871] Voir, *supra*, partie 2, titre 1, chapitre 2, section 1.

[1872] Noberto BOBBIO, « Nouvelles réflexions sur les normes primaires et secondaires », p.168.

[1873] Voir, *supra*, partie 2, titre 1, chapitre 2, section 2.

tient compte d'une réaction à la violation d'une des normes primaires mais se contente d'une réaction spontanée, non préalablement fixée (par exemple une réprobation sociale). Dans la relation Suisse-UE, les cas de violation ne sont peut-être pas particulièrement nombreux, même s'ils peuvent être qualitativement importants. On peut aussi considérer que lorsque l'Union européenne et ses Etats critiquent certaines mesures suisses[1874], il y a là une sorte de réprobation sociale de la part de la majorité du groupe, réaction suffisante pour au moins faire naître un dialogue avec la Suisse. Cependant, compte tenu de l'ampleur (quantitative et qualitative) des normes du premier degré, lesquelles sont en outre basées sur celles de l'Union européenne[1875], l'impératif de sécurité juridique semble croissant et appelle à des normes de sanction plus contraignantes. Il ne s'agit pas que de remédier à des cas de non-respect évidents, mais aussi de fixer plus précisément les cas dans lesquels il y a non-respect : les négociations en cours visent ainsi la surveillance des accords (et en particulier des normes du premier degré) et accentuent les conditions d'interprétation uniforme[1876]. Tout ce passe comme si le but fixé apparaissait plus clairement ou plus ambitieux compte tenu de l'importance des normes primaires et des liens étroits qu'elles créent entre la Suisse et les Etats de l'Union européenne, et ce but n'apparaît plus pouvoir se satisfaire d'une si grande liberté confiée aux membres du groupe pour apprécier la portée des règles primaires et déterminer les conséquences de leur non-respect. En d'autres termes, le régime des normes du premier degré régissant la relation Suisse-UE est devenu si sophistiqué, qu'elles impliquent des normes du second degré plus élaborées.

1146. En conclusion, pour HART et BOBBIO, une communauté ne peut être fondée sur un système de règles ou normes primaires qu'à des conditions particulières, et dans des conditions différentes, « *une forme aussi élémentaire de contrôle social s'avèrera nécessairement défectueuse et exigera divers éléments complémentaires* »[1877]. Ces conditions permettent de comprendre dans la communauté Suisse-UE l'insertion de nouvelles normes secondaires ou la sophistication des normes existantes. Leur étude permet de supposer que les négociations en cours sur les questions institutionnelles s'expliquent par deux grandes

---

[1874] Sur les interprétations (politiques) différentes des accords, voir, *supra*, partie 2, titre 1, chapitre 2, section 2.

[1875] Sur l'importance de l'assimilation de la Suisse à un Etat membre, voir, *supra*, partie 2, titre 1, chapitre 1.

[1876] Sur les questions institutionnelles en négociations, voir, *supra*, partie 2, titre 1, chapitre 2, section 2.

[1877] Herbert Lionel Adolphus HART, *Le concept de droit,* précité, p.117, §90.

raisons : d'une part, la communauté à laquelle s'applique les règles primaires n'est pas suffisamment étroite pour assurer une application homogène de ces règles primaires, d'autre part c'est la qualité des normes du premier degré (ampleur, inspiration et sensibilité aux normes de l'UE) qui implique que soient mises en place des normes du second degré de nature à développer le potentiel « fédératif » de ces normes.

*

* *

Conclusion du chapitre 2.

1147. Le développement des règles dans la relation Suisse-UE continue de se réaliser dans le sens du droit de l'Union européenne. Ce constat est très marqué à l'égard des règles du premier degré. De nouveaux accords sont en effet conclus, pour étendre la relation Suisse-UE aux nouveaux Etats membres de l'UE ou pour poursuivre une coopération instaurée dans le cadre d'un programme de l'UE parvenu à échéance, ou encore pour fonder une coopération dans de nouveaux domaines à partir des règles de l'Union européenne régissant ces matières. Il en va de même pour les révisions introduites par les comités mixtes institués par les accords Suisse-UE. Ces décisions qui prolongent le rattachement des règles primaires sur les règles correspondantes de l'Union européenne, même lorsque l'action du comité mixte n'était pas formellement orientée vers une reprise du droit de l'UE par des règles secondaires.

1148. Ces dernières pourraient en outre être modifiées si les négociations sur les questions institutionnelles aboutissent. Ces négociations visent à enserrer dans des règles juridiques, le principe d'une homogénéité durable des règles primaires sur les règles correspondantes du droit de l'Union européenne. L'Union européenne et la Suisse cherchent ainsi à enserrer l'application des accords Suisse-UE dans des principes juridiques qui garantissent une convergence sur le droit de l'UE. De même, l'évolution des règles primaires pourrait être orientée par l'insertion d'un principe de reprise des nouveaux développements du droit de l'Union européenne.

1149. Apparaît ainsi un mouvement d'objectivisation dans la relation Suisse-UE, que l'on peut définir comme une « tendance » de la Suisse et de l'Union européenne à continuer à fonder les règles primaires sur le droit de l'Union européenne. Ce phénomène s'explique au regard de la théorie de l'acte juridique utilisée dans cette étude : les effets objectifs que produit le développement du droit de l'UE se maintiennent, et sont en outre renforcés par les effets que produisent les règles primaires jusqu'ici établies, elles-mêmes fondées sur le droit de l'Union européenen. L' « engrenage » mis en évidence ne signifie que ce mouvement résulte uniquement de l'action de ces éléments objectifs (droit de l'UE et droit de la relation Suisse-UE fondé sur le droit de l'UE). Le mouvement d'objectivisation traduit simplement le renforcement du poids des éléments objectifs sur les volontés de

l'Union européenne et de la Suisse : elles ont de plus en plus tendance à vouloir se rapprocher du droit de l'Union européenne. Plus encore, cette volonté de rapprochement semble viser également l'avenir : l'Union européenne et la Suisse veulent « acter » dans les règles secondaires, le principe d'une convergence du droit applicable dans leur relation sur le droit de l'Union européenne. Il s'agit ainsi de définir des règles qui limiteront la part d'appréciation de l'Union européenne et de la Suisse dans l'application et le développement du droit de l'Union européenne, au profit d'une plus grande prévisibilité des règles applicables. Les négociations sur les questions institutionnelles visent ainsi une sophistication des règles secondaires. Une telle évolution correspondrait à une objectivisation du cadre juridique de la relation Suisse-UE, qui accorderait une place croissante à des autorités (normatives ou organiques) dans l'interprétation ou la modification des règles primaires.

*

* *

Conclusion du titre 1.

1150. La relation entre l'Union européenne et la Suisse a été établie sur la base d'actes juridiques qui concilient les actions contradictoires auxquelles tendent les éléments subjectifs et objectifs. Certains éléments tendent à un rapprochement de la relation Suisse-UE sur le droit de l'Union européenne ; d'autres au contraire limitent un tel rapprochement. L'équilibre s'est cristallisé par des accords sectoriels principalement, ainsi que par l'action complémentaire du législateur fédéral suisse, par une sélectivité du droit de l'Union européenne. Par cette utilisation du droit de l'Union européenne, la Suisse est assimilée, ponctuellement et dans une proportion déterminée, à un Etat membre. La conciliation entre l'intégration de la Suisse et la différenciation de sa position a ainsi été obtenue par diverses techniques, utilisées pour le dosage qu'elles offrent.

1151. Mais le maintien dans le temps de cette conciliation, en particulier au stade de l'application des règles, est difficile à réaliser pour les juges. Les techniques utilisées sont utiles pour l'établissement de la règle, mais si celle-ci soulève une difficulté d'interprétation, les méthodes d'interprétation des juges font ressortir les contradictions de la relation Suisse-UE. Les juges ne disposent pas ainsi d'indices clairs leur permettant de définir précisément le sens d'une règle. Si l'on regarde en amont des accords bilatéraux, on retiendra en particulier le contexte de leur conclusion : ils font suite au rejet d'intégration de la Suisse dans le cadre de l'EEE. Si l'on regarde en aval des accords bilatéraux, on déduira de leur développement en fonction du droit de l'UE, une volonté commune d'intégration de la Suisse dans l'Union européenne. Les négociations sur les questions institutionnelles pourraient à cet égard apporter davantage de clarté parce qu'elles préciseraient « l'ordre » de la relation Suisse-UE, en lui assignant un certain objectif, fusse-t-il simplement défini comme un objectif d'homogénéité. En affichant comme principe le rattachement du droit de la relation Suisse-UE au droit de l'UE, les potentielles nouvelles règles secondaires apporteraient une indication plus claire pour les juges. Mais la portée de cette hypothèse dépend du champ d'application des règles secondaires envisagées. Si elles ne sont incluses que dans un accord sectoriel à venir, l'orientation qu'elle confèrerait serait assez limitée : elle ne vaudrait que pour cet accord. En revanche, si les nouvelles règles envisagées s'appliquent aux accords Suisse-UE

existants, elles apporteraient un ordonnancement valable pour la relation Suisse-UE. Et l'unité de la relation Suisse-UE en serait d'autant plus forte si ces règles du second degré sont établies dans un accord-cadre.

1152. Ainsi, le degré d'unité que confèreront les potentielles règles secondaires dépendra de l'issue des négociations. Celles-ci pourraient d'ailleurs ne pas aboutir. Mais ces discussions révèlent une certaine objectivisation de la relation établie entre l'Union européenne et la Suisse. En d'autres termes, ces négociations traduisent une volonté de renforcer « l'autorité » dans le droit applicable entre l'Union européenne et la Suisse. Un tel renforcement apparaît d'autant plus nécessaire que se développent les règles primaires, et ce, sur le droit de l'Union européenne. Cette évolution révèle elle aussi un mouvement d'objectivisation, dans le sens où les effets objectifs (ceux produits par le droit de l'UE, mais également désormais les effets des règles primaires des accords Suisse-UE fondées sur le droit de l'UE) se renforcent. Ce sont ainsi des vastes pans du marché intérieur, de l'espace de liberté sécurité et justice et même de la politique étrangère et de sécurité commune que couvrent les règles primaires. Cette évolution des règles primaires suscite une évolution des règles secondaires dans la relation Suisse-UE. Mais dans le même temps, cette évolution se fait dans le sens du droit de l'Union européenne, et est ainsi de plus en plus susceptible d'affecter l'autonomie de l'ordre juridique de l'Union européenne. Un parallèle avec l'accord EEE permet d'éclairer ces deux idées.

1153. Les règles du premier degré posées par les accords Suisse-UE, en se rapprochant du droit du marché intérieur de l'UE, se rapprochent également du droit couvert par l'accord EEE. Ce constat appelle deux remarques. D'abord, on comprend ainsi que la résolution des questions institutionnelles se serve du modèle de référence institué par l'accord EEE. Toutefois, les solutions proposées ne sont pas identiques. Elles diffèrent en particulier sur le mécanisme de surveillance des accords (la Suisse propose simplement l'institution d'une autorité nationale indépendante) et sur l'implication de la Cour de justice dans le règlement des différends. D'autre part, ce rapprochement rend prégnantes les interrogations quant à la compatibilité des accords Suisse-UE avec l'autonomie de l'ordre juridique de l'UE[1878]. On avait en particulier soulignant que dans son avis 1/92, la

[1878] Voir, *supra*, partie 1, titre 2, chapitre 2, section 1.

Cour de justice avait considéré que la compétence du comité EEE ne portait pas atteinte à l'autonomie de l'ordre juridique de l'Union européenne parce que l'accord EEE comporte une disposition juridiquement obligatoire, précisant que les décisions prises par le comité mixte n'affectent pas la jurisprudence de la Cour de justice[1879]. Or, dans la mesure où les accords Suisse-UE se rapprochent de l'accord EEE, il apparaît de plus en plus essentiel qu'une disposition similaire soit prévue, notamment dans l'accord-cadre s'il venait à être établi.

1154. Ainsi, selon les choix qui seront adoptés à l'issue (potentielle) des négociations sur les questions institutionnelles, l'unité – c'est-à-dire l'objectivité – de la relation Suisse-UE sera plus ou moins forte. Mais les nouvelles règles doivent aussi « être à la hauteur » du commun déjà construit entre la Suisse et l'Union européenne ; et cette exigence est d'autant plus forte pour l'Union européenne parce que le commun construit est déjà important et il se fonde sur celui établi entre les Etats membres de l'Union européenne. Il faut donc, même sans connaître l'apport éventuel des règles institutionnelles en cours de discussion, essayer de préciser le degré d'objectivisation ainsi atteint entre l'Union européenne et la Suisse.

*

* *

[1879] Dans l'accord EEE il existait un « procès-verbal agréé ad article 105 » précisant que 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 ». La Cour a considéré que « *la compétence qu'attribue l'article 105 au comité mixte pour préserver l'interprétation homogène de l'accord n'est compatible avec le traité CEE que si ce principe est énoncé sous une forme qui lie les parties contractantes* » : CJCE, 10 avril 1992, avis 1/92, *précité*, pt 25.

Titre 2

Le degré d'objectivisation

1155. Les liens établis entre la Suisse et l'Union européenne ne sont *a priori* pas propices à une lecture unifiée d'un ensemble Suisse-UE. Une telle approche suppose en effet une certaine globalité qui ne ressort pas des différents accords sectoriels Suisse-UE ; la cohérence n'est pas non plus évidente compte tenu de la faible systématisation opérée par les règles secondaires ; enfin, l'Union européenne oppose à l'utilisation de son droit, une exigence d'autonomie de son ordre juridique qui impose une distanciation des rapports qu'elle entretient avec la Suisse dans le cadre de ses relations extérieures. Ce sont ainsi, davantage que des notions d'ordre, des notions d'espace juridique, et même d'espaces juridiques au pluriel[1880] qui semblent refléter le plus fidèlement les liens établis entre la Suisse et l'Union européenne.

1156. Pourtant, si les accords Suisse-UE et la législation suisse adaptée au droit de l'Union européenne ont créé des « *espaces juridiques sectoriels* »[1881] révélant un « *partenariat de fait* »[1882], il est permis de se demander si un tel partenariat peut être également pensé en termes institutionnels ? En d'autres termes, l'ensemble Suisse-UE recouvre-t-il autre chose qu'une relation : existe-t-il une institution Suisse-UE, qui traduirait une certaine objectivité du rapport Suisse-UE ?

1157. En effet, une certaine objectivisation a été mise en évidence dans le titre précédent et c'est dans la perspective de mesurer le degré d'objectivisation atteint que l'on se propose ici de rechercher les « lieux » de l'objectivité. Un élément de réponse en ressort clairement et sans ambiguïté : les accords Suisse-UE ne créent pas *explicitement* une organisation, une association entre la Suisse, l'Union européenne et les Etats de l'Union européenne, qui puisse être qualifiée par les accords Suisse-UE d'organisation

---

[1880] Cécile RAPOPORT parle notamment d'un « partenariat de fait » entre la Suisse et l'Union européenne, reposant « *sur des espaces juridiques sectoriels à intégrer* » : Cécile RAPOPORT, *Les partenariats entre l'Union européenne et les Etats tiers européens - Étude de la contribution de l'Union européenne à la structuration juridique de l'espace européen,* Bruxelles, Bruylant, 2011, 809 p., spéc. p. 157, §225.

[1881] *Ibid.* p. 193, §286.

[1882] *Ibid.* p. 231, §336.

internationale. On ne trouve pas non plus *expressément* dans les accords, un objectif de création d'une organisation internationale, c'est-à-dire d'une association « *dotée d'une constitution et d'organes communs, et possédant une personnalité juridique distincte de celle des Etats membres* »[1883]. Pour autant, l'analyse institutionnelle peut être approfondie par des approches qui révèlent le degré d'objectivité atteint, et dont la juxtaposition éclaire différents aspects de l'institutionnalisation de l'ensemble Suisse-UE.

1158. On a vu les manifestations de l'objectivisation dans le développement des règles primaires et secondaires ; c'est alors vers l'action normative que se tourneront en premier lieu les recherches de l'objectivité. L'un des moteurs de ce développement des règles étant les comités mixtes, il s'agira ainsi de déterminer si ces comités Suisse-UE peuvent passer pour des institutions dotées d'un pouvoir d'adopter un droit commun et notamment des actes unilatéraux. L'action normative des comités mixtes sera ainsi le premier angle déterminant le degré d'objectivité de l'ensemble Suisse-UE. En d'autres termes, c'est dans la mise en œuvre de certaines règles secondaires que l'on déterminera tout d'abord le niveau d'unification atteint par l'ensemble Suisse-UE. C'est ensuite dans la compréhension de l'ordre établi au sein de l'ensemble Suisse-UE qu'il faudra rechercher dans quelle mesure cet ensemble Suisse-UE peut constituer un système. C'est ainsi à partir de l'ordonnancement qui existe entre les règles primaires et secondaires, et de l'ordonnancement qui existe au travers des règles primaires et secondaires, qu'apparaîtra le degré d'objectivité atteint par l'ensemble Suisse-UE.

1159. Ces deux approches se rejoignent sur deux points : sur le rapport au réel que les deux chapitres cherchent à mettre en évidence, et sur certaines des données de cette réalité. En premier lieu, les deux démarches s'inscrivent dans l'idée que le droit est ancré dans un réel parce qu'on intègre ce réel dans l'approche du droit, et/ou parce qu'on projette l'image du droit sur cette réalité concrète. En effet, le travail du juriste est déterminé par la conception que celui-ci se fait du droit – ou plutôt, pour reprendre la

---

[1883] Sir Gerald FITZMAURICE, *Ann. CDI 1956*-II, p.106, cité par Patrick DAILLIER, Mathias FORTEAU, Alain PELLET, *Droit international public*, Paris, L.G.D.J., 2009, 8ème éd., 1709 p., spéc. p.643. Les auteurs soulignent que la doctrine « *est, dans son ensemble, assez favorable à cette définition* » (*id.* p.642), même si elle a pu être complétée, comme dans l'article 2 du projet sur la responsabilité des organisations internationales, (Commission du droit international, « Rapport de 2003 », 55ème session, *UN Doc. A/58/10*) qui précise que « *Outre des Etats, une organisation peut comprendre parmi ses membres des entités autres que des Etats* ». Par conséquent on peut concevoir théoriquement une organisation internationale Suisse-UE qui regrouperait la Suisse et l'Union européenne.

terminologie de Kelsen par la conception plus ou moins « pure » qu'il se fait de l'objet de la science juridique – en particulier quant à son ouverture aux éléments de la vie sociale. A cet égard, les développements qui suivent ne s'inscrivent pas dans ce que Pierre MAYER qualifie d'« *acharnement à exclure jusqu'à la moindre parcelle de réalité vivante de la définition d'un phénomène qui caractérise, malgré tout, la vie de l'homme en société* »[1884]. Rejetant une exclusion formelle des éléments de la vie sociale, les outils juridiques utilisés par la suite leur laisseront peut-être l'opportunité d'occuper la place qu'il leur revient. A cet égard, le premier chapitre ne soulignera que ponctuellement la nécessité de prendre en compte des éléments concrets, comme par exemple l'action des membres ou des agents d'une institution pour déterminer le degré d'unification atteint par l'institution internationale. Au contraire, le second débouche sur une conception du droit intégrée dans un phénomène socio-institutionnel, une conception dans laquelle le droit, « *avant d'être norme, avant d'avoir trait à un ou plusieurs rapports sociaux, est organisation, structure, attitude de la société même dans laquelle il est en vigueur et qui par lui s'érige en unité, en un être existant par soi-même* »[1885].

1160. Par ailleurs, quelque soit la conception que l'on se fait du droit, celui-ci reflète quelque chose de la communauté à laquelle il s'applique. Le résultat du travail du juriste, l'étude des règles applicables à un ensemble, offre forcément des indicateurs sur cet ensemble. Par là même, si le juriste n'a pas les mêmes outils scientifiques que le sociologue, le politiste ou l'économiste, et même si l'on ne considère pas que la communauté humaine soit un objet d'étude juridique, les instruments dont il use et qu'il applique à cette communauté, apportent également un éclairage sur celle-ci. Les investisgations qui vont suivre, ont donc vocation à mettre en lumière cette communauté au terme d'une ouverture « sociologique » grandissante au fur et à mesure des développements ; ce qui amènera à confirmer et préciser les résultats obtenus jusqu'ici.

1161. En effet, en second lieu, certains éléments ressortent dans ces deux approches : l'une comme l'autre montre par exemple le caractère limité de l'institutionnalisation, ou

---

[1884] Pierre MAYER, « Préface », in Santi ROMANO, *L'ordre juridique*, trad. française de la 2ème édition de l'*Ordinamento giuridico* par Lucien FRANCOIS et Pierre GOTHOT, Paris, Dalloz, 2ème éd. 2002, 174 p.

[1885] Santi ROMANO, *L'ordre juridique*, *op.cit.*, spéc. p.19, §10.

encore – et l'on verra comment les deux termes sont liés – l'incidence pour l'institutionnalisation de la relation Suisse-UE de la polarisation de la relation sur l'Union européenne. On pourrait alors être tenté de se demander quel est l'intérêt de combiner ces deux approches ?

1162. Interrogation qui semble toutefois se résorber d'elle-même à l'observation : non seulement ces approches se complètent, se confortent dans une certaine mesure, mais elles apportent également des éclairages différents (et complémentaires). Si elles partent d'un postulat commun et aboutissent à des conclusions convergentes, le chemin qu'elles empruntent apporte des éclairages différents sur la relation Suisse-UE. Dans le premier chapitre, l'institutionnalisation de l'ensemble Suisse-UE apparaît limitée car les comités mixtes Suisse-UE et leurs actes semblent appartenir à une catégorie générale intermédiaire entre le « tout relationnel » et le « tout institutionnel ». Il est possible de faire l'hypothèse que les comités mixtes Suisse-UE sont des organes collectifs – formule intermédiaire entre la conférence internationale et la véritable institution d'organisation internationale, adoptant des actes collectifs, catégorie intermédiaire entre les simples traités internationaux et les véritables actes unilatéraux. Ces conclusions doivent toutefois être considérées avec prudence, toute certitude sur la nature des comités mixtes et sur la qualité de leurs actes ne pouvant émaner que de l'appréciation d'une autorité – idéalement juridictionnelle – commune.

1163. On retrouvera ainsi en filigrane du premier chapitre la question des autres règles secondaires (autres que celles relatives à la production normative), qui sera approfondie dans le second chapitre. Ce dernier constatera une institutionnalisation limitée en raison de ce que l'on appellera la faible « sophistication » des règles secondaires. Or celle-ci est *a priori* étonnante face à l'importante communauté que forment la Suisse et l'Union européenne au regard des règles primaires qui leur sont applicables. Or ce décalage ne semble pas destiné à se résorber, et les règles secondaires ne pourront pas traduire une institutionnalisation complète. En effet, l'ensemble Suisse-UE est peut-être déterminé par une logique propre qui lui confère une certaine cohérence, et qui lui permet de recevoir la qualification d'institution au sens large, mais cette logique n'est pas « institutionnellement

féconde ». C'est une logique qui est liée à celle de l'Union européenne qui ne peut dès lors que faiblement caractériser une individualité objective de l'institution Suisse-UE.

1164. En précisant le degré d'objectivité de l'ensemble Suisse-UE, ce titre permettra aussi d'identifier de possibles limites intrinsèques au développement de cette objectivité. En d'autres termes, l'action normative des comités mixtes (chapitre 1), et l'ordonnancement systémique des normes (chapitre 2) laissent apparaître un développement institutionnel relativement faible atteint entre la Suisse et l'Union européenne, mais aussi des pistes d'explication des conséquences et des prévisions du type d'institution réalisé entre la Suisse et l'Union européenne.

*

* *

Chapitre 1 – L'institutionnalisation sous l'angle de l'action normative

Chapitre 2 - L'institutionnalisation sous l'angle de l'ordonnancement systémique

*

* *

Chapitre 1 – L'institutionnalisation sous l'angle de l'action normative

1165. La relation Suisse-UE connaît un phénomène d'objectivisation mis en évidence dans le développement des règles primaires et secondaires. Le développement du droit se réalise : par l'adoption de nouvelles législations suisses, par la conclusion de nouveaux accords par les autorités politiques de la Suisse et celles de l'Union européenne, ou par l'adoption de décisions des comités mixtes Suisse-UE. Ces derniers étant les seuls à mettre en œuvre des règles secondaires spécifiques à la relation Suisse-UE, c'est dans leur action à l'égard du développement du droit (essentiellement des règles primaires) que sera recherché le degré d'objectivité existant dans l'ensemble qui s'est formé entre la Suisse et l'Union européenne.

1166. On pointe ainsi déjà du doigt l'une des limites de l'institutionnalisation de l'ensemble Suisse-UE : la structuration qu'il s'agit de mesurer apparaît d'emblée partielle. Il n'y a pas d'organe comparable à une assemblée parlementaire, même s'il existe des réunions annuelles[1886] entre des délégations du Parlement européen et l'Assemblée fédérale suisse[1887] au cours desquelles sont discutées des questions communes[1888]. Ces réunions parlementaires apparaissent de plus en plus importantes et pourraient « s'institutionnaliser »[1889], mais elles ne constituent pas encore une véritable assemblée

---

1886 Ces réunions avaient vocations à devenir bi-annuelles (voir la déclaration commune de la Délégation de l'Assemblée fédérale chargée des relations avec le Parlement européen et de la Délégation du Parlement européen pour les relations avec la Suisse, établie lors de la 31ème rencontre interparlementaire entre la Suisse et l'Union européenne des 16 et 17 juillet 2012 à Berne, disponible à l'adresse suivante : http://www.europarl.europa.eu/document/activities/cont/201207/20120718ATT49086/20120718ATT49086FR.pdf). La présente étude n'a pas trouvé d'éléments relatifs aux réunions ultérieures des délégations.

1887 La délégation du Parlement européen pour les relations avec la Suisse a été créée en 1981. La délégation de l'Assemblée fédérale chargée des relations avec le Parlement européen est exercée par la a délégation auprès du Comité parlementaire de l'AELE, cette dernière étant permanente (voir les articles 2 et 3 de l'Ordonnance de l'Assemblée fédérale sur les relations internationales du Parlement, du 28 septembre 2012, RO 2012 p.5365 / RS 171.117).

1888 Dans l'accord d'association à Schengen, les parties contractantes ont par exemple jugé « *opportun que les questions relevant du présent accord soient discutées lors des réunions interparlementaires Parlement européen-Suisse* » : Déclaration commune des parties contractantes sur la consultation parlementaire, annexée à l'accord du 26 octobre 2004 sur l'association de la Confédération suisse à la mise en œuvre, à l'application et au développement de l'acquis de Schengen, *RS 0.362.31 / JO L 53 du 27.2.2008, p. 52-79*.

1889 Les délégués parlementaires ont manifesté leur souhait de voir les rencontres parlementaires plus fréquentes et plus nombreuses, ainsi que leur volonté d'adopter un règlement qui régira leurs prochaines réunions (déclaration commune des 16 et 17 juillet 2012 précitée).

commune. Il n'y a pas non plus d'organe intergouvernemental matérialisant une distinction entre des organes pléniers et restreints[1890]. Enfin, si l'on considère le développement du droit au sens large, en incluant le rôle des juridictions, l'ensemble Suisse-UE apparaît là encore faiblement structuré puisqu'à une exception près[1891], les accords Suisse-UE n'instituent pas de juge commun[1892].

1167. En comparaison, le « *bâti institutionnel* »[1893] de l'Espace économique européen comporte aussi des organes propres à l'Union européenne d'une part, et aux Etats de l'AELE membres de l'EEE d'autre part. On a vu en particulier lors de l'étude des règles secondaires, que, à la suite de l'avis 1/91 de la Cour de justice des Communautés européennes[1894], l'accord EEE n'a pas mis en place une juridiction commune[1895]. Mais les éléments structurels communs dans l'EEE sont plus importants que dans la relation Suisse-UE : les « *organes propres à l'EEE sont le Conseil de l'EEE, le Comité mixte de l'EEE, le Comité parlementaire mixte de l'EEE et le Comité consultatif de l'EEE* »[1896].

1168.Néanmoins, puisque « *chaque organisation dispose d'au moins un organe* »[1897], on peut déterminer si les comités mixtes constituent des organes pour mesurer le degré de structuration tel qu'il résulte de l'action de ces comités mixtes. Les comités mixtes Suisse-UE constitueront ainsi le « curseur » de l'institutionnalisation de la relation Suisse-UE. Or, face aux nombreux doutes entourant la qualification des comités mixtes et des actes qu'ils adoptent, il apparaît préférable d'adopter une approche analytique binaire regroupant les arguments en faveur d'une approche relationnelle d'une part et ceux en faveur d'une

---

1890 Une telle absence est relativement logique lorsque la relation Suisse-UE ne met en jeu que deux sujets : la Suisse et l'Union européenne. On aurait pu concevoir toutefois des organes restreints lorsque cette relation implique les vingt-huit Etats membres de l'Union européenne. Une telle différence n'est pas établie organiquement, même si on verra que le comité mixte Schengen peut fonctionner sans la présence de l'ensemble des membres.

1891 Sur la compétence confiée par l'accord sur le transport aérien à la Cour de justice de l'Union européenne, voir, *supra*, partie 1, titre 2, chapitre 3.

1892 Voir, *supra*, partie 1, titre 2, chapitre 3.

1893 Josiane AUVRET-FINCK, « Espace économique européen », *Répertoire de droit communautaire*, 2003, pt 48.

1894 CJCE, 14 décembre 1991, *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 1/91, *Rec*. 1991, p. I-6079.

1895 Voir, *supra*, partie 1, titre 2, chapitre 3.

1896 Josiane AUVRET-FINCK, « Espace économique européen », *Répertoire de droit communautaire*, 2003, pt 49.

1897 Ignaz SEIDL-HOHENVELDERN, « Les organes des organisations internationales », in R.-J. DUPUY (dir.), *Manuel sur les organisations internationales*, Boston, Martinus Nijhoff Publishers, 1998, 2ème éd., pp.89-109, spéc. p.89. Voir aussi Henry G. SCHERMERS, Niels M. BLOKKER, *International Institutional Law – Unity within Diversity,* Leiden, Martinus Nijhoff Publishers, 2011, 5ème édition, §44.

approche institutionnelle d'autre part (section 1). Ce n'est que compte tenu de ces éléments que l'on peut s'essayer à une synthèse en proposant, avec la prudence inhérente aux hésitations précitées, d'y voir une catégorie intermédiaire entre le « tout relationnel » et le « tout institutionnel » : des organes communs adoptant des actes collectifs, dont la structuration est déterminée par celle de l'Union européenne (section 2).

*

* *

Section 1 : Les indices contradictoires sur le stade institutionnel

Section 2 : Proposition de lecture institutionnelle des comités mixtes Suisse-UE

*

* *

Section 1. Les indices contradictoires sur le stade institutionnel

1169. Le droit international et notamment le droit des institutions internationales fournit, par son approche fonctionnelle et son approche graduée, des outils essentiels pour mesurer l'objectivité de l'ensemble Suisse-UE (§ Préliminaire). Pour autant, celle-ci n'est pas évidente à qualifier : les comités mixtes Suisse-UE peuvent soit traduire une approche relationnelle et ne servir que de cadre de rencontre entre des sujets de droit international (§1) ; soit être vus comme la mise en œuvre d'une logique institutionnelle et être de véritables organes collectifs (§2).

§ *Préliminaire*. L'utilisation du droit des institutions internationales

1170. Parce qu'il aborde l'institution internationale dans une optique fonctionnelle et selon des critères graduels, le droit international offre une lecture de l'action normative des comités mixtes Suisse-UE qui permet de préciser le degré d'institutionnalisation atteint par l'ensemble Suisse-UE.

1171. La signification institutionnelle des règles de production juridique applicables entre la Suisse et l'Union européenne sera maximale si les comités mixtes sont des institutions qui exercent un pouvoir, celui d'adopter des actes unilatéraux ; mais on peut aussi essayer de mesurer l'institutionnalisation et l'objectivité qui se situeraient en-deçà de ce stade maximal. En effet, en droit international, la doctrine souligne la diversité des « phénomènes institutionnels », incitant certains auteurs à repenser l'approche de l'organisation internationale[1898].

1172.A travers cette approche se retrouveront certains des caractères qui indiquent l'existence implicite d'une personnalité juridique internationale, laquelle caractérise classiquement l'organisation internationale[1899]. Toutefois, l'approche graduée à partir

---

[1898] Voir par exemple le numéro consacré à l'actualité des organisations internationales, dans la *R.G.D.I.P.* 2012, n°3, tome 116, et l'article d'Evelyne LAGRANGE, « La catégorie "organisation internationale" », in *E. LAGRANGE, J.-M. SOREL (dir.), Droit des organisations internationales*, Issy-les-Moulineaux, LGDJ, 2013, pp.35-70, spéc. p. 36.

[1899] Dans son avis, la Cour internationale de justice (C.I.J.) a dégagé certains indices qui pourraient figurer dans la charte constitutive de l'organisation : le fait que la charte lui ait donné des organes, assigné une mission, défini la position des membres par rapport à l'organisation, permis à certains organes d'adresser des recommandations, octroyé à l'organisation, une capacité juridique, des privilèges et immunités sur le territoire de ses Membres : C.I.J., *Réparation*

d'éléments institutionnels offre un double avantage. Elle permet d'abord, en ne se limitant pas à la recherche d'une personnalité juridique internationale, d'éviter de prendre position quant à la place de cette personnalité par rapport à la qualification de l'organisation internationale[1900]. L'approche graduée assure également de ne pas passer à côté d'éléments qui sans être suffisants pour emporter la qualification de personnalité juridique internationale, seraient cependant des marqueurs des « stades institutionnels » de la relation Suisse-UE, permettant de considérer que l'ensemble Suisse-UE dépasse le caractère relationnel.

1173. Mais pour être efficace et révéler les phénomènes institutionnels, cette approche graduée ne doit pas entraîner un flottement dans les stades institutionnels utilisés : ceux de la conférence internationale, de l'organe commun et de l'organisation internationale. Elle implique donc une certaine clarté dans les notions utilisées[1901] qui n'est pas contradictoire avec le refus de se prononcer sur les contours de telle ou telle catégorie. En effet, on peut, sans adopter une position systémique sur les catégories institutionnelles de droit international, établir aux fins de la démonstration des définitions stables des notions institutionnelles, afin de pouvoir déterminer les points communs de l'ensemble Suisse-UE avec ces différentes catégories.

1174. Et c'est bien leur action qui indique le degré d'institutionnalisation de l'ensemble Suisse-UE. En effet, les réflexions sur l'institutionnalisation de l'ensemble Suisse-UE se placent ici dans une optique fonctionnelle, d'une recherche de leur capacité juridique, qui comme celle – mais pas forcément autant que celle – des organisations internationales, est fonctionnelle « *par opposition à la capacité souveraine des sujets "primaires" que sont les Etats* »[1902]. C'est suivre ici l'idée que « *l'organe est tout ce qu'il fait* »[1903]. Les comités mixtes Suisse-UE ne constituent pas de manière *a priori* des organes d'une « organisation

---

des dommages subis au service des Nations Unies, Avis consultatif du 11 avril 1949, *CIJ Rec.*, p.174., spéc. pp.178-179.

1900 Sur les enjeux sous-jacents à cette démarche, voir Pierre D'ARGENT, « La personnalité juridique internationale de l'organisation internationale », in E. LAGRANGE, J.-M. SOREL (dir.), *Droit des organisations internationales*, Issy-les-Moulineaux, LGDJ, 2013, pp.439-488, spéc. p.440, §865.

1901 Sur les définitions de la conférence internationale, voir, *infra*, §1, A ; sur celle de l'organe commun, voir, *infra*, section 2, §2, A, 1 et sur celle de l'organisation, voir, *infra*, section 2, §2, B, 1.

1902 Pierre D'ARGENT, « La personnalité juridique internationale de l'organisation internationale », précité, spéc. p.440, §865.

1903 Raphaële RIVIER, « L'utilisation d'autres formes "d'organisation internationale" », *R.G.D.I.P.*, 2012, n°3, tome 116, pp.483-509, spéc. p.496.

Suisse-UE », mais leur pouvoir de décision et le type d'actes qu'ils prennent peuvent être des éléments révélateurs de la nature de l'instance que constitue chaque comité mixte Suisse-UE. Il s'agit en somme d'opter pour une démarche inductive dans laquelle les actes pris par une instance commune à la Suisse et l'Union européenne indiqueraient la nature de cette instance – de cet « organe » pris au sens large – pour connaître *in fine* son lien de rattachement avec l'ensemble Suisse-UE et donc la nature de l'ensemble Suisse-UE.

1175. L'activité des comités mixtes se situera alors sur une échelle. La première extrémité représente l'absence de toute institutionnalisation : le comité mixte n'est alors qu'un cadre permettant la rencontre des volontés individuelles entre les sujets de droit international que sont la Suisse et l'Union européenne (et le cas échéant ses Etats membres). A l'autre extrémité, les comités mixtes Suisse-UE disposent d'un véritable pouvoir normatif : celui de prendre des actes de droit dérivé qui sont imputables à une entité, autonome par rapport à la Suisse et l'Union européenne, qui serait alors l'organe d'une organisation internationale propre. Entre ces deux extrêmes, la théorie de l'organe commun servira de catégorie intermédiaire car elle traduit une institutionnalisation, dont l'autonomie ne traduit pas le fonctionnement de la catégorie de l'organisation internationale. L'organe commun et l'organe d'une organisation internationale seront ainsi considérés comme des institutions internationales, se différenciant par le degré d'autonomie supérieur atteint par le second.

1176. L'institutionnalisation de la relation Suisse-UE est ainsi recherchée à partir d'indices relatifs à la nature des comités mixtes Suisse-UE ; elle-même liée à la nature des actes adoptés. Si le comité mixte n'est qu'une simple conférence internationale, les actes qui en seront issus seront des actes des sujets de droit international présents à cette conférence et signataires des actes, ils seront alors des actes conventionnels. Si le comité mixte est un véritable organe, alors il faudra considérer que l'acte est bien un acte du comité mixte, donc un acte collectif de ses membres, voire un acte unilatéral. Pourtant, si les questions sont liées, elles ne paraissent pas se superposent complètement[1904] compte tenu de certaines ambiguïtés. On constate en effet que les indices sont bien souvent

[1904] On soulignera par exemple que la Cour AELE semble considérer que le comité mixte EEE est une institution, mais dont les décisions constituent une forme de révision simplifiée des accords : Cour AELE, 9 octobre 2002, *CIBA v. The Norwegian State*, aff. E-6/01, *EFTA Court Report*, p.283, pt 33.

contradictoires entre eux, mais aussi, qu'un même type d'indice peut aboutir à des conclusions divergentes. Il faut ainsi élucider, de manière systématique, les arguments qui tendent à ne voir dans les comités mixtes que de simples cadres de relations internationales d'une part, et ceux qui d'autre part permettent d'y voir des institutions internationales.

§1 – Les comités mixtes, de simples conférences internationales

1177. Au vu de la définition retenue de la conférence internationale comme cadre relationnel provisoire, facilitant les discussions entre des sujets de droit international (A), plusieurs types d'arguments tendent à ne voir dans les comités mixtes qu'une simple conférence internationale (B).

A) Définition de la conférence internationale

1178. Le terme de « conférence » est utilisé pour recouvrir des réalités juridiques variées, ce qui explique en partie les différentes définitions susceptibles de lui être données[1905]. Mais généralement, la conférence est distinguée de l'organisation internationale : « *Historiquement, l'organisation procède de la conférence diplomatique qu'elle est venue doter de la permanence ou, du moins, de la périodicité régulière et d'un équipement fonctionnel rationalisé, avec l'institution d'un bureau, de commissions et d'échelons administratifs couverts par un directeur ou un secrétaire général* »[1906].

1179. Et c'est en accentuant[1907] cette différence, dans une optique fonctionnelle, que l'on retiendra la dimension la plus relationnelle et corrélativement la moins institutionnalisée

---

1905 On trouve ainsi des acceptions qui reflètent une gradation de l'institutionnalisation puisque la conférence peut être un entretien entre deux ou plusieurs personnes, un organe par exemple l'organe délibérant d'une organisation ou un organe subsidiaire, ce nom peut même renvoyer à une organisation internationale intergouvernementale : Jean SALMON (dir.), *Dictionnaire de droit international public*, Bruxelles, Bruylant, 2001, 1198 p.

1906 René-Jean DUPUY, « Etat et organisation internationale », in R.-J. DUPUY (dir.), *Manuel sur les organisations internationales*, Boston, Martinus Nijhoff Publishers, 1998, 2ème éd., pp.13-30, spéc. p.16.

1907 A nouveau, il s'agit d'une généralisation, et l'écart entre ces deux catégories peut varier : voir par exemple la relativisation de la distinction entre la conférence internationale et l'organisation internationale, faite par Gérard CAHIN, *La coutume internationale et les organisations internationales. L'incidence de la dimension institutionnelle sur le processus coutumier*, Paris, Pedone, 2001, 782 p., spéc. p.53 ; voir aussi les interrogations sur la distinction entre une organisation internationale et une « *conférence diplomatique s'étalant sur une longue période, comme le Troisième Conférence des Nations Unies sur le droit de la mer, qui a duré près de dix ans, a sécrété un appareil institutionnel complexe, et a adopté des "résolutions" qui semblent devoir être imputées à la Conférence elle-*

de la conférence. *Réunion* de représentants d'Etats et d'organisations internationales, en principe épisodique[1908], la conférence constitue un cadre de discussion entre des sujets de droit international, au terme duquel peuvent être adoptés des actes juridiques[1909].

B) Arguments en faveur d'une qualification de conférence

1180. D'abord, le fonctionnement interne du comité mixte peut être celui d'une conférence internationale, car le pouvoir d'adopter un règlement intérieur, comme la périodicité des réunions, n'excluent pas cette qualification (1). Ensuite, parmi les fonctions des comités mixtes, la formulation de la fonction de suivi des accords est fortement empreinte d'une dimension relationnelle entre la Suisse et l'Union européenne (2). Ce constat peut être maintenu au regard de la fonction décisionnelle, compte tenu de la composition « intergouvernementale » des comités mixtes et des modalités décisionnelles qui imposent le commun accord entre la Suisse et l'Union européenne (3). Cette fonction débouche sur des décisions qui peuvent régler un différend ou modifier l'accord : dans ce dernier cas, la nature de l'acte adoptée est révélée par son effet : celui de modifier un acte conventionnel (4). Enfin, un dernier indice est fourni par les procédures internes de l'Union européenne et celles de la Suisse entourant les décisions des comités mixtes, qui sont des procédures relatives aux accords internationaux (5).

1) L'indifférence d'une certaine organisation interne

1181. Même dans cette approche relationnelle, la conférence internationale présente un certain degré d'organisation : elle élit son bureau (président, vice-président, rapporteurs), elle effectue au sein de ses commissions un travail de préparation, et « *établit elle-même son*

---

même » de Patrick DAILLIER, Mathias FORTEAU, Alain PELLET, *Droit international public*, Paris, L.G.D.J., 2009, 8ème éd., 1709 p., spéc. p.426, §252. De même, Riccardo MONACO voit dans la conférence internationale l'expression « *la plus simple d'une organisation internationale* » : Riccardo MONACO, « Les systèmes de vote dans les organisations internationales », in *Mélanges en l'honneur de Gilbert GIDEL*, Paris, Sirey, 1961, 605 p., pp. 469-482.

1908 Il s'agit à nouveau d'une acception stricte, et déjà Marcel SIBERT soulignait que « *les conférences ont subi depuis peu de temps mais subiront encore de plus en plus l'attraction de la périodicité* » : Marcel SIBERT, « Quelques aspects de l'organisation et de la technique des conférences internationales », *R.C.A.D.I.*, 1934, II, vol. 48, pp.391-457, spéc. p.453.

1909 Sur les traités multilatéraux élaborés dans le cadre d'une conférence internationale : voir Patrick DAILLIER, Mathias FORTEAU, Alain PELLET, *Droit international public*, Paris, L.G.D.J., 2009, 8ème éd., 1709 p., spéc. pp.184 et s., §100 et s.

règlement intérieur »[1910]. Lorsque la conférence est convoquée par une organisation internationale, celle-ci, sans en faire un de ses organes, oriente cependant les modalités de fonctionnement de l'organisation, par exemple en établissant un projet de règlement intérieur ou d'ordre du jour de la conférence.

1182. Dès lors, ce peut être en tant que simple conférence internationale entre la Suisse, l'Union européenne (et les Etats membres de l'Union européenne s'ils sont parties à l'accord Suisse-UE en cause) que le comité mixte Suisse-UE adopte un règlement intérieur. Sa dimension organique serait alors réduite puisque l'aspect relationnel est prépondérant dans une conférence internationale.

1183. L'exercice de ce pouvoir ne semble pas devoir infirmer ce constat. La structuration qui résulte des règlements intérieurs adoptés est non seulement partielle dans la mesure où elle ne concerne que les comités mixtes, mais en outre l'identification organique n'est pas clairement définie, et la pérennité est légère puisque les réunions des comités mixtes peuvent paraître épisodiques, et pour ceux des comités mixtes gérant un programme, leur existence est éphémère ce qui correspond à la caractéristique des simples conférences internationales.

2) *L'approche relationnelle des fonctions des comités mixtes*

1184. La formulation de la fonction de suivi est fortement empreinte d'une approche relationnelle (a), et les fonctions décisionnelles confiées ne sont pas caractéristiques de celles qui pourraient être exercées hors du cadre relationnel (b).

a) Le libellé relationnel des fonctions des comités mixtes

1185. La formulation employée par les accords incite à considérer les comités mixtes comme de simples conférences dans leur fonction de suivi. Au vu de certaines dispositions des accords Suisse-UE, les comités mixtes sont essentiellement un forum de discussion entre les parties contractantes. Par exemple, afin d'assurer la bonne exécution de l'accord sur la libre circulation des personnes, celui-ci prévoie que ce sont *les parties contractantes* qui procèdent régulièrement à des échanges d'information ; ce sont encore *les*

[1910] Patrick DAILLIER, Mathias FORTEAU, Alain PELLET, *Droit international public*, Paris, L.G.D.J., 2009, 8ème éd., 1709 p., spéc. p.187 et s., §102.

parties contractantes qui se consultent *au sein* du comité mixte[1911]. De même, le vocable employé dans l'accord sur certains aspects relatifs aux marchés publics est révélateur de la nature du comité mixte, qui ne constitue alors que le *cadre* des consultations *entre les parties*[1912]. Le Professeur Christine KADDOUS souligne ainsi : « *The Committee is the forum for the exchange of views and information between the contracting parties* »[1913]. Les accords ne visent pas l'information des membres du comité, ce qui contribuerait à les placer collectivement dans un organe, mais *l'échange* d'informations ou de vues, ce qui implique deux sujets sans qu'ils ne soient considérés comme membres d'une entité. Il n'y a d'ailleurs nul besoin d'un organe pour exercer cette fonction, pas même pour exercer la fonction décisionnelle confiée au comité mixte.

b) Des fonctions susceptibles d'être exercées par les parties contractantes en tant que telles

1186. Les comités mixtes disposent souvent d'un pouvoir d'adopter des recommandations, et de celui d'adopter des décisions de règlement des différends ou des décisions de modification des accords Suisse-UE. Or ces prérogatives du comité mixte peuvent théoriquement être exercées dans un cadre simplement relationnel : la conférence est justement caractérisée par le fait qu'elle se réunit afin de traiter une question particulière, et celle-ci peut être une divergence de vues entre des sujets de droit international, ou une révision d'un accord auquel ces sujets sont parties contractantes. Le comité mixte, composé des *représentants des parties contractantes*, ne serait peut-être qu'une conférence internationale qui réunit les parties contractantes aux accords Suisse-UE. La compétence confiée ainsi au comité mixte pourrait s'exercer indépendamment de toute approche organique du comité mixte : par exemple, le droit de modifier un accord Suisse-UE est suceptible théoriquement d'être exercé par les parties contractantes, sans que celles-ci ne soient envisagées en tant que membres d'organes institués par l'accord.

1911 Article 14, paragraphe 3, de l'accord du 21 juin 1999 sur la libre circulation des personnes (*RS 0.142.112.681 / JO L 114 du 30.4.2002, p. 6–72*).

1912 Article 11, paragraphe 2, de l'accord du 21 juin 1999 sur certains aspects relatifs aux marchés publics (*RS 0.172.052.68 / JO L 114 du 30.4.2002, p. 430-467*).

1913 Christine KADDOUS, « The Significance of "Precedent" in the Bilateral Agreements between Switzerland and the European Union », in C. BAUDENBACHER, S. PLANZER (dir.), *The role of precedent*, Stuttgart, German Law Publishers, 2011, pp.125-140, spéc. p. 130.

1187. Le comité mixte ne dispose d'ailleurs d'aucun moyen de faire valoir ses compétences propres à l'égard de ses membres. Il ne pourrait ainsi contester le fait qu'une modification de l'accord ait été établie par voie conventionnelle classique, alors que l'accord prévoyait une compétence du comité mixte.

1188. Ces considérations contribuent à considérer que les compétences du comité mixte ne sont que des facultés et non des droits-pouvoirs. Les comités ne seraient ainsi que des cadres facilitant l'exercice par les parties contractantes, de certaines fonctions liées aux accords. Ce constat est accru au vu des modalités qui président à l'adoption des décisions et recommandations.

3) L'approche volontariste dans les modalités d'adoption des actes

1189. Les comités mixtes peuvent apparaître comme de simples conférences internationales dans la mesure où le consentement de chaque membre est requis pour l'adoption d'une décision d'une part (a), lequel s'exprime sous la forme du consensus et non d'un vote à l'unanimité d'autre part (b). Ces consentements individuels et séparés sont parfois formalisés lorsque les décisions des comités mixtes revêtent les signatures des chefs de délégation de la Suisse d'une part, de l'Union européenne d'autre part (c).

a) L'exigence du consentement de tous les membres du comité mixte

1190. Les accords Suisse-UE prévoient que les comités mixtes se prononcent d'un commun accord[1914]. Or la nécessité d'un consentement de l'ensemble des sujets de droit international met en doute la nature de la volonté que ces sujets expriment : l'acte adopté peut exprimer une rencontre de volontés individuelles ou une véritable volonté collective ; celles de ses membres – en tant que membres, et non en tant que sujets de la société internationale – voire une volonté unique d'une entité distincte de ses membres – l'organisation internationale. Au sein des comités mixtes l'exigence du consentement de tous les membres fait ressortir la voix individuelle de chacun des membres, et met en

[1914] Par exemple : article 30, paragraphe 2, de l'accord de libre-échange de 1972 ; article 14, paragraphe 1, de l'accord sur la libre circulation des personnes de 1999 ; article 51, paragraphe 1, de l'accord sur le transport terrestre; article 21, paragraphe 1, de l'accord sur le transport aérien; article 10, paragraphe 1, de l'accord sur la reconnaissance mutuelle en matière d'évaluation de la conformité ; article 11, paragraphe 2, de l'accord sur certains aspects relatifs aux marchés publics ; article 6 paragraphe 5 de l'accord sur les produits agricoles (pour le comité mixte Agriculture) et article 19, paragraphe 4, de l'annexe 11 du même accord (pour le comité mixte Vétérinaire).

doute leur qualité d'intervention en tant que membre. Les modalités décisionnelles ne mettent donc pas en place une procédure permettant de dégager une volonté collective à partir de plusieurs volontés individuelles : celles-ci restent perceptibles et c'est un accord entre des volontés qui ressort du comité mixte.

1191. Par conséquent, la procédure décisionnelle au sein du comité mixte indique dans le même temps la qualité du comité et la nature de l'acte qui résulte du cadre d'adoption du comité mixte. D'une part, le comité mixte Suisse-UE « *ne constitue que le "décor" d'une rencontre des volontés individuelles* »[1915] de la Suisse et l'Union européenne (et le cas échéant ses Etats membres), en leur qualité d'Etats et d'organisation, et non en leur qualité de membres. D'autre part, les actes qui résultent de ce cadre en ce qu'ils « *se fondent sur le consentement des parties contractantes* »[1916] ne sont qu'« *une catégorie d'accords conclus sous une forme simplifiée* »[1917].

b) L'absence de règle procédurale de vote

1192. Ces doutes sont par ailleurs amplifiés par le fait que ce n'est pas un vote à l'unanimité qui est exigé pour l'adoption des décisions, mais un « *commun accord* »[1918]. Une telle formule semble renvoyer au mécanisme du consensus, davantage qu'à la procédure du vote à l'unanimité. Or ce mécanisme est « *plus équivoque* »[1919] que la procédure du vote, parce que le texte sur lequel débouche le consensus « *est dans une situation très particulière : il ne se heurte à aucune opposition, mais a été adopté sans approbation formelle d'aucun participant* »[1920]. Le consensus n'implique pas les règles procédurales attachées au mécanisme du vote, même à l'unanimité. Dans une approche formelle de l'institutionnalisation, le consensus, en ce qu'il implique un accord qui pourrait être

---

1915 Jean d'ASPREMONT, Daniel VENTURA, « La composition des organes et le processus décisionnel », in E. LAGRANGE, J.-M. SOREL (dir.), *Droit des organisations internationales*, Issy-les-Moulineaux, LGDJ, 2013, pp.402-433, spéc. p.405, §798.

1916 Peter GILSDORF, « Les organes institués par des accords communautaires : effets juridiques de leurs décisions. Observations à propos notamment de l'arrêt de la Cour de justice des Communautés européennes dans l'affaire C-192/89 », *R.M.C.U.E.*, 1992, n°357, pp.328-338, spéc. p. 332.

1917 Peter GILSDORF, « Les organes institués par des accords communautaires », précité.

1918 Voir, *supra*, partie 1, titre 2, chapitre 3, sur l'importance du consentement unanime dans le fonctionnement des comités mixtes.

1919 Michel VIRALLY, « Sur la notion d'accord », in *Fetschrift für Rudolf Bindschedler*, Berne, Stämpfli, 1980, pp. 159-172, spéc. p.163.

1920 Michel VIRALLY, « Sur la notion d'accord », précité.

obtenu dans un simple cadre relationnel, n'est ainsi pas favorable à une approche institutionnalisée du comité mixte.

1193. Or la règle procédurale du vote est importante car elle est une condition assurant le passage de volontés individuelles exprimées par les membres, à une volonté collective de l'ensemble. Sans chercher à en définir une nature juridique incontestable, en cernant exactement ses effets[1921], le vote traduit une relation à un ensemble : il est moins un acte d'un sujet de relations internationales qu'un acte d'un membre d'une instance internationale : HAURIOU y voit « *un moment dans une procédure, un concours à une décision collective* »[1922]. L'enjeu de la procédure de vote est ainsi de permettre de distinguer les actes qui sont conclus au sein du système classique et relationnel des conférences diplomatiques, et les actes délibérés par des organes collectifs. Les premiers aboutissent à des accords internationaux, « *résultat de plusieurs déclarations de volonté ayant le même contenu et tendant à réaliser le même but* »[1923] ; en revanche Riccardo MONACO souligne que ce sont des actes collectifs qui se forment à partir « *d'une procédure d'unification qui couvre une pluralité de votes contrastants, ou même contradictoires et qui se réduit à l'unité seulement par application de cette procédure* »[1924]. Simples cadres permettant la rencontre de volontés individuelles et isolées, les actes qui seraient issus des comités mixtes auraient la Suisse et l'Union européenne comme auteurs, ils ne pourraient donc produire qu'un acte conventionnel, acte en quelque sorte « *étranger* »[1925] à cet organe.

1194. Ce constat est confirmé par la signature du comité mixte des décisions adoptées, dont certaines ont pour effet de modifier un acte conventionnel.

c) Les signatures des décisions par la Suisse et par l'UE

1195. La signature des décisions du comité mixte met en évidence le fait que l'acte est moins une décision du comité qu'un nouvel accord conventionnel entre la Suisse et

---

1921 Pour une analyse de la nature du vote dans les organisations internationales, voir Evelyne LAGRANGE, *La représentation institutionnelle dans l'ordre international: une contribution à la théorie de la personnalité morale des organisations internationales*, London, Kluwer law international, 2002, 608 p., spéc. pp.309 et s.

1922 Maurice HAURIOU, *Principes de droit public*, Paris, Sirey, 2ème édition, 1916, spéc. p.318, cité par Evelyne LAGRANGE, *La représentation institutionnelle dans l'ordre international*, spéc. pp.308-309.

1923 Riccardo MONACO, « Les systèmes de vote dans les organisations internationales », in *Mélanges en l'honneur de Gilbert GIDEL*, Paris, Sirey, 1961, pp. 469-482, spéc. pp.472-473.

1924 Riccardo MONACO, « Les systèmes de vote dans les organisations internationales », précité.

1925 Jean d'ASPREMONT, Daniel VENTURA, « La composition des organes et le processus décisionnel », in E. LAGRANGE, J.-M. SOREL (dir.), *Droit des organisations internationales*, précité, spéc. p.405, §798.

l'Union européenne. En effet, si l'on regarde les décisions par lesquelles le comité mixte a adopté son règlement intérieur[1926], ou encore les décisions des comités mixtes qui modifient les accords[1927], on remarque qu'elles sont parfois signées par *chacune des délégations* de la Suisse et de l'Union européenne. On soulignera en particulier que même pour l'accord sur le transport aérien, qualifié d'accord d'intégration, les décisions du comité mixte sont généralement signées par les chefs des deux délégations[1928]. Enfin, s'il arrive que la décision du comité mixte prévoit qu'elle est signée par les coprésidents dudit comité, il est parfois rajouté « *ou d'autres personnes habilitées à agir au nom des parties* »[1929] ; ce qui réduit toute optique institutionnelle qui aurait pu être envisagée par la mention des présidents du comité. D'ailleurs cette pratique qui consiste à se référer aux présidents du comité, en particulier dans le cadre de l'accord relatif à la reconnaissance mutuelle en matière d'évaluation de la conformité, n'est pas constante et l'on trouve aussi des décisions plus simplement signées par « *les représentants du comité autorisés à agir au nom des parties* »[1930].

1196. Ces signatures, qui n'interviennent pas forcément au même moment, conditionnent en outre parfois l'entrée en vigueur de la décision. Ainsi la plupart des décisions du comité institué par l'accord relatif à la reconnaissance mutuelle en matière

---

1926 Par exemple la décision n°2/2004 du 22 avril 2004 du Comité des transports aériens portant adoption de son règlement intérieur, *JO L 151 du 30.4.2004, p. 4–8*.

1927 Décision n°2/2002 du 8 janvier 2003 du comité institué par l'accord relatif à la reconnaissance mutuelle en matière d'évaluation de la conformité conclu entre la Communauté européenne et la Confédération suisse concernant la modification de l'annexe 1 de l'accord, *JO L 068 du 12.3.2003, p. 1- 39*.

1928 Voir entre autres, la décision n°2/2010 du 26 novembre 2010 du Comité mixte Communauté/Suisse des transports aériens remplaçant l'annexe de l'Accord du 21 juin 1999 entre la Confédération suisse et la Communauté européenne sur le transport aérien (*RO 2011 205 / JO L 347 du 31.12.2010, p.54-73*) ; la décision n°2/2012 du 30 novembre 2012 du même comité mixte remplaçant l'annexe de l'accord entre la Communauté européenne et la Confédération suisse sur le transport aérien (*JO L 356 du 22.12.2012, p. 109–128*) ; décision n°1/2013 du 2 décembre 2013 du même comité mixte remplaçant l'annexe de l'accord entre la Communauté européenne et la Confédération suisse sur le transport aérien (*JO L 12 du 17.1.2014, p. 4–18*).

1929 Une telle pratique est souvent utilisée par le comité mixte institué par l'accord relatif à la reconnaissance mutuelle en matière d'évaluation de la conformité [ARM] : voir ses décisions : n°2/2002 du 8 janvier 2003 (*JO L 068 du 12.3.2003, p. 1- 39*), n°1/2003 du 28 janvier 2003 (*JO L 56 du 1.3.2003, p.1-213*) ; n°2/2003 du 17 septembre 2003 (*JO L 323 du 10.12.2003, p. 9–10*) ; n°1/2004 du 16 janvier 2004 (*JO L 34 du 6.2.2004, p.72*) ; n°2/2004 du 10 février 2004 (*JO L 74 du 12.3.2004, p. 23–24*) ; n°3/2004 du 10 février 2004 (*JO L 63 du 28.2.2004, p. 67*) ; n°1/2005 du 7 mars 2005 (*JO L 93du 12.4.2005, p. 40–41*) ; n°2/2005 du 30 mars 2005 (*JO L 110du 30.4.2005, p. 78–79*) ; n°2/2008 du 16 mai 2008 (JO L 158 du 19.6.2009, p. 1–46).

1930 Parmi les décisions du comité institué par l'ARM, voir la décision n°3/2005 du 25 octobre 2005 (*JO L 322du 9.12.2005, p. 29–30*) ; la décision n°4/2005 du 25 octobre 2005 (*JO L 322du 9.12.2005, p. 31–32*) ; la décision n°1/2006 du 29 septembre 2006 (*JO L 325du 24.11.2006, p. 22–27*) ; la décision n°2/2006 du 13 décembre 2006 (*JO L 32du 6.2.2007, p. 13*) ; la décision n°1/2008 du 12 mars 2008 (*JO L 282du 25.10.2008, p. 22–31*) ; la décision n°1/2009 du 21 décembre 2009 (*JO L 147du 12.6.2010, p. 11–15*) ; la décision n°1/2010 du 18 octobre 2010 (*JO L 46 du 19.2.2011, p. 51–58*) ; la décision n°1/2011 du 20 décembre 2011 (*JO L 80 du 20.3.2012, p. 31–38*) ; la décision n°1/2012 du 17 décembre 2012 (*JO L 136 du 23.5.2013, p. 17–28*).

d'évaluation de la conformité prévoit que cet acte « *prend effet à la date de la dernière signature* »[1931].

1197. Ces éléments montrent que les décisions du comité mixte sont en réalité des accords entre la Suisse et l'Union européenne établis dans le cadre du comité mixte. Celui-ci joue ainsi un rôle pour compléter le cadre conventionnel existant, par exemple en assurant le suivi des accords ou en opérant des modifications. Ce type d'effet confirme cette affirmation.

4) L'effet conventionnel de certaines décisions des comités mixtes

1198. Ce qui montre clairement le caractère relationnel du comité mixte et son corollaire, la nature conventionnelle des actes qui sont issus du comité mixte, c'est l'effet de certains des actes adoptés. Les accords prévoient effectivement que le comité mixte peut décider de certaines modifications de l'accord. Les décisions du comité mixte seront ainsi des décisions de modification de l'accord Suisse-UE qui l'institue. Or, il est difficilement concevable, d'un point de vue logique, qu'un acte qui modifie un acte conventionnel ne soit pas lui-même conventionnel. L'identité de nature de l'acte modifié et de l'acte modificateur semble s'imposer d'autant plus que les modifications apportées sont parfois substantielles : si la décision n°2/2003 du comité mixte Suisse-UE porte *modification* de l'annexe II de l'accord sur la libre circulation des personnes, la décision n°1/2012 a pour objet de *remplacer* cette annexe[1932]. L'intervention du comité mixte contribue ainsi à simplifier la procédure de révision de l'accord, et l'acte qui en résulte ne peut être lui-même qu'un nouvel accord, et non un acte collectif et encore moins unilatéral.

5) Les procédures internes entourant les décisions des comités mixtes

1199. Si l'on considère, comme le juriste anglais Herbert Lionnel Adolphus HART, que la manière dont les membres d'un groupe conçoivent des règles est un indicateur de la

---

1931 Toutes les décisions précitées du comité mixte établi par l'ARM reprennent cette formule.

1932 Décision n°2/2003 du Comité mixte UE-Suisse du 15 juillet 2003 portant modification de l'annexe II (sécurité sociale) de l'ALCP, *JO L 187 du 26.7.2003, p. 55–60* ; décision n°1/2012 du 31 mars 2012 du comité mixte institué par l'ALCP remplaçant l'annexe II dudit accord sur la coordination des systèmes de sécurité sociale, *JOUE L 103 du 13.04.2012, p.51-59*. Pour une appréciation approfondie de la portée de l'évolution apportée par la décision n°1/2012, voir les moyens soulevés par le Royaume-Uni à l'appui de son recours contre la décision du Conseil contenant le projet de décision du comité mixte, et la réponse de la Cour de justice dans l'affaire C-656/11.

nature de ces règles[1933], on peut essayer de préciser la nature des comités mixtes en fonction de la manière dont l'Union européenne (a) et la Suisse (b), traitent dans leurs ordres juridiques ces décisions et les actes internes qui sont liés à ces décisions. Toutefois, les arguments exposés ci-dessous ne sont certainement pas exhaustifs, notamment ceux relatifs à l'ordre juridique suisse, et ne doivent ainsi pas dépasser la nature d'indices.

a) Procédures au sein de l'Union européenne

1200. L'Union européenne définit la position qu'elle doit adopter au sein des comités mixtes Suisse-UE selon une procédure qui s'apparente à celle qu'elle retient pour les traités internationaux (i). Une fois la décision du comité mixte Suisse-UE prise, celle-ci est publiée au Journal Officiel sous la rubrique des accords internationaux (ii). Enfin, le statut contentieux accordé aux décisions des comités mixtes rejoint également celui des traités internationaux (iii).

i) L'acte définissant la position de l'Union européenne au sein des comités mixtes

1201. Du point de vue de l'Union européenne, les décisions établissant la position qu'elle doit adopter au sein des comités mixtes Suisse-UE sont régulièrement fondées sur des bases matérielles d'une part, et sur l'article 218, paragraphe 9, TFUE, d'autre part. En vertu de cette dernière disposition : « *Le Conseil, sur proposition de la Commission ou du haut représentant de l'Union pour les affaires étrangères et la politique de sécurité, adopte une décision sur la suspension de l'application d'un accord et établissant les positions à prendre au nom de l'Union dans une instance créée par un accord, lorsque cette instance est appelée à adopter des actes ayant des effets juridiques, à l'exception des actes complétant ou modifiant le cadre institutionnel de l'accord* ». L'économie de cette disposition, mise en lumière par l'avocat général Pedro CRUZ VILLALON[1934] est susceptible de nous apporter des indications sur la conception de la décision du comité mixte qu'elle emporte.

[1933] Herbert Lionel Adolphus HART, *Le concept de droit,* (traduction de l'ouvrage *The concept of law*, 1961 par Michel VAN DE KERCHOVE), Bruxelles, Publications des Facultés Universitaires Saint-Louis, 1976, 314 p., spéc. pp.113 et s., §§86 et s.

[1934] Cette base juridique n'a pas été directement contestée dans le cadre de la relation Suisse-UE. En revanche, l'affaire C-399/12 portée devant la Cour de justice est susceptible de nous apporter des éclairages sur la portée de ce fondement. Dans cette affaire, la pertinence de l'article 218, paragraphe 9 comme fondement juridique est posée

1202.D'une part, l'article 218, paragraphe 9, fait partie du titre V relatif aux «Accords internationaux» de la cinquième partie du TFUE : les décisions du Conseil établissant la position de l'Union européenne au sein des comités Suisse-UE est donc fondée sur une des règles relatives aux accords internationaux. En outre, l'avocat général démontre que l'adoption d'une décision établissant une position dans une instance créée par un accord qui est appelée à adopter des actes ayant des effets juridiques est « *un type particulier de conclusion d'un accord au sens du traité* »[1935]. L'exclusion de ce fondement pour les actes « complétant ou modifiant le cadre institutionnel de l'accord », c'est-à-dire des actes qui revêtent une importance particulière, tend à faire de l'article 218, paragraphe 9, une « lex specialis *aux fins de l'établissement de positions dans des organisations internationales, qui doit simplifier la procédure par rapport à la procédure plus lourde de conclusions des traités* »[1936].

ii) La publication de la décision du comité mixte

1203. Une fois la décision du comité mixte adoptée, sa publication peut être faite sous la rubrique « accords internationaux »[1937] du Journal Officiel. Ce faisant, l'Union européenne n'accorde pas une qualification différente aux décisions des comités mixtes Suisse-UE de celles retenues pour les accords Suisse-UE.

iii) Le régime d'intégration dans l'ordre juridique de l'Union européenne

1204. Enfin, le statut réservé aux décisions des comités mixtes Suisse-UE dans l'ordre juridique de l'Union européenne s'apparente à celui des traités internationaux, sur deux aspects.

1205.D'une part les conditions relatives au contrôle préventif de la CJUE des projets de décisions des comités mixtes Suisse-UE pourraient suivre celles des projets d'accords internationaux. Dans son avis 1/75, la Cour de justice a en effet accepté de connaître d'un

---

dans la mesure où est en cause une décision du Conseil établissant la position à adopter *au nom* de l'Union européenne en ce qui concerne certaines résolutions devant être votées dans le cadre de l'Organisation internationale de la vigne et du vin, organisation à laquelle l'Union européenne *n'est pas membre*. Voir Pedro CRUZ VILLALON, Conclusions présentées le 29 avril 2014, *Allemagne c. Conseil de l'Union européenne*, aff. C-399/12, pts 72 et s.

1935 Pedro CRUZ VILLALON, Conclusions présentées le 29 avril 2014, *Allemagne c. Conseil de l'Union européenne*, aff. C-399/12, pt 74.

1936 Pedro CRUZ VILLALON, Conclusions précitées, pt 75.

1937 Voir par exemple, le Journal Officiel n°L 103 du 13 avril 2012, p.51, dans lequel est publiée la décision n°1/2012 du 1er avril 2012 du comité mixte institué par l'accord sur la libre circulation des personnes du 31 mars 2012 remplaçant l'annexe II dudit accord sur la coordination des systèmes de sécurité sociale.

projet d'arrangement destiné à être « conclu » sous la forme d'une résolution du Conseil de l'OCDE[1938]. Elle a, en outre, considéré que le projet d'arrangement qui lui était soumis constituait un accord envisagé au sens de l'article 228, paragraphe 1, alinéa 2 du traité CEE (devenu article 218, paragraphe 11 du traité FUE), disposition qui fonde l'examen par la Cour de la compatibilité avec les dispositions du traité FUE d'un *accord* susceptible d'être *conclu* avec un *pays tiers*[1939], c'est-à-dire l'examen de tout *engagement* pris par des *sujets* de droit international[1940]. Le projet de résolution du Conseil de l'OCDE semble ainsi assimilé à un projet d'accord international entre des sujets de droit international, sans considération de la dimension institutionnelle du Conseil de l'OCDE. Il est alors probable qu'un projet de décision d'un comité mixte Suisse-UE soit également considéré comme un projet d'accord international entre la Suisse et l'Union européenne.

1206. D'autre part, et une fois la décision du comité mixte Suisse-UE adoptée, elle semble devoir suivre les conditions d'applicabilité de l'accord Suisse-UE auquel elle est « rattachée ». Par un arrêt de 1989 dont la solution a été reprise dans l'arrêt *Sevince* de 1990, la Cour de justice des Communautés européennes a considéré que les décisions du conseil d'association CEE-Turquie, instance créée par l'accord d'association CEE-Turquie, « *du fait de leur rattachement direct à l'accord qu'elles mettent en œuvre* […] *font, au même titre que l'accord lui-même, partie intégrante, à partir de leur entrée en vigueur, de l'ordre juridique communautaire* »[1941]. Ce lien étroit entre l'acte adopté, *rattaché* à l'accord, *simple mise en œuvre* de cet accord, explique que, *au même titre* que l'accord lui-même ce type d'acte puisse produire un effet direct. Si ce lien ténu sert à fonder l'effet juridique, on peut supposer qu'il emporte également la nature juridique de ce type d'acte : ils ne sont que des « prolongements » de l'accord, et par conséquent, ils sont adoptés par les parties à cet accord : l'instance créée n'est alors que le cadre assurant la réunion des parties contractantes à un accord.

1938 CJCE, 11 novembre 1975, *Arrangement OCDE,* avis 1/75, *Rec.* 1975, p.1355, pt A.

1939 Article 228, paragraphe 1, alinéa 2 du traité CEE lu en combinaison avec l'alinéa 1. Voir aussi l'article 218, paragraphe 11 du traité FUE lu en combinaison avec le paragraphe 1.

1940 CJCE, 11 novembre 1975, *Arrangement OCDE,* avis 1/75, *Rec.* 1975, p.1355, pt A.

1941 CJCE, 20 septembre 1990, *S. Z. Sevince c. Staatssecretaris van Justitie*, aff. C-192/89, *Rec.* 1990, p. I-3461, pt 9 ; CJCE, 14 novembre 1989, *Grèce c. Commission*, aff. 30/88, *Rec.* 1989, p.3711, pt 13. Sur l'exposé du problème de la nature de ces actes, voir Marco DARMON, Conclusions présentées le 15 mai 1990, sur CJCE, 20 septembre 1990, *S. Z. Sevince c. Staatssecretaris van Justitie.*, aff. C-192/89, *Rec.* 1990, p. I-3473, pt 10.

1207. L'Union européenne semble ainsi attribuer aux décisions des comités mixtes Suisse-UE, un statut comparable à celui qu'elle accorde aux accords internationaux classiques, et un constat similaire peut être fait au regard des procédures existantes dans l'ordre juridique suisse.

b) Procédures au sein de la Suisse

1208. Du point de vue de l'ordre juridique suisse, les comités mixtes s'apparentent à de simples conférences internationales facilitant l'adoption d'un acte qui ne peut qu'être un traité international. En effet, les dispositions du droit suisse invoquées pour régir la formation de la volonté de la Suisse au sein des comités mixtes sont celles applicables aux traités internationaux. C'est notamment en vertu de dispositions relatives à une procédure simplifiée d'approbation des traités internationaux que le Conseil fédéral suisse est habilité à prendre des décisions au sein des comités mixtes (i). Lorsque cette délégation n'est pas suffisante, l'entrée en vigueur de la décision du comité mixte est soumise à des conditions qui sont celles que la Suisse applique aux traités internationaux (ii). Enfin, une fois adoptées et entrées en vigueur, les décisions des comités mixtes Suisse-UE bénéficient dans l'ordre juridique suisse du même statut que les accords eux-mêmes, c'est-à-dire du même statut que des traités internationaux (iii).

i) La délégation de compétence au Conseil fédéral

1209. L'approbation des décisions des comités mixtes Suisse-UE est soumise aux dispositions constitutionnelles suisses relatives aux traités internationaux[1942]. C'est simplement une procédure simplifiée qui s'applique en général, afin de permettre une entrée en vigueur rapide de la décision, et compte tenu du caractère en principe « mineur » de l'objet de ces décisions.

1210. Plus précisément, selon l'article 166, alinéa 2 de la Constitution helvétique, l'Assemblée fédérale « approuve les traités internationaux, à l'exception de ceux dont la

---

[1942] Sur ces dispositions constitutionnelles, voir Andreas AUER, Giorgio MALINVERNI, Michel HOTTELIER, *Droit constitutionnel suisse*, Volume I, L'État, Bern, Stämpfli, 3ème édition, 2013, 880 p., spéc. pp.448 et s., §§1322 et s. Voir également Christian DOMINICIE, François VOEFFRAY, « Suisse », in P. M. EISENMANN (dir.), *L'intégration du droit international et communautaire dans l'ordre juridique national. Etude de la pratique en Europe*, La Haye, Kluwer Law International, 1996, pp.529-570 (les références aux dispositions constitutionnelles pouvant cependant avoir été modifiées avec l'adoption de la Constitution en 1999 (voir note suivante).

conclusion relève de la seule compétence du Conseil fédéral en vertu d'une loi ou d'un traité international »[1943]. Lorsqu'elle a approuvé les accords Suisse-UE, l'Assemblée fédérale suisse a dans le même temps délégué au Conseil fédéral la compétence d'approuver les décisions des comités mixtes. Comme l'explique le Conseil fédéral dans son message relatif à l'approbation des accords bilatéraux I : « Les comités mixtes peuvent décider de modifier les annexes des accords dont le contenu est de nature technique (p. ex. listes des législations et des autorités des parties). Il s'agit là d'une délégation de compétences au Conseil fédéral qui est soumise à l'approbation des Chambres fédérales »[1944]. Le Conseil fédéral a ainsi attiré l'attention du Parlement fédéral suisse sur la délégation impliquée par l'ensemble des accords, réitérant lors de la présentation de chacun d'entre eux la délégation qu'ils impliquent[1945]. En approuvant ces accords, les Assemblées ont ainsi octroyé au Conseil fédéral une délégation – ce qui correspond en Suisse à une procédure de révision simplifiée des traités internationaux. Le Conseil fédéral suisse est ainsi autorisé à conclure des traités, « lorsqu'il s'agit de modifier ou de compléter ces traités ou leurs annexes, qui revêtent le plus souvent un caractère technique »[1946]. L'intervention de la Suisse dans les comités mixtes Suisse-UE se fait donc, du point de vue de l'ordre juridique suisse, selon des règles relatives à la procédure simplifiée de conclusion des traités internationaux, ce qui permet de penser que les décisions des comités mixtes sont, comme les accords qui les fondent, des actes conventionnels et non des actes d'une institution internationale. L'autorisation donnée au Conseil fédéral vaut en principe approbation de l'accord, c'est-à-dire ici de la décision du comité mixte qu'il a signée. Parfois cependant, la décision du comité mixte dépasse l'habilitation donnée, ou est susceptible de la dépasser, et le Conseil fédéral insère alors dans la décision, une clause soumettant l'entrée en vigueur de la décision à l'accomplissement par la Suisse de procédures de ratification.

1943 Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999, *RO 1999* p.2556, RS.101.

1944 Message du Conseil fédéral du 23 juin 1999 relatif à l'approbation des accords sectoriels entre la Suisse et la CE, FF 1999, vol. 6, cahier n°34, pp. 5440-6398, spéc. p.5468, pt 148.3.

1945 Par exemple, pour la délégation dans le cadre du comité mixte gérant l'accord relatif aux marchés publics, voir le message du Conseil fédéral du 23 juin 1999 précité, p.5537, pt 243.2 ; pour celle impliquée par l'accord sur le transport aérien, voir le message du Conseil fédéral du 23 juin 1999 précité, p. 5589, pt 261.36.

1946 Communication de la Chancellerie fédérale sur la pratique suisse relative à la procédure ordinaire et la procédure simplifiée de conclusion des traités internationaux, JAAC 1987, 51/IV, n°58, p. 379–380, spéc. pt 6, à laquelle se réfère le Conseil fédéral dans son message précité.

ii) L'accomplissement de procédures internes de ratification

1211. L'entrée en vigueur de certaines décisions des comités mixtes est parfois subordonnée à l'accomplissement par la Suisse de ses procédures internes. Cette limitation peut être prévue par l'accord lui-même, qui peut préciser que les décisions du comité mixte « *sont soumises si nécessaire pour ratification ou approbation par les parties contractantes* »[1947]. Ce sont ainsi des procédés de conclusion des traités internationaux qui peuvent être appliqués aux décisions des comités mixtes. Cette subordination de l'entrée en vigueur de la décision des comités mixtes se retrouve même lorsque la logique de l'entrée en vigueur immédiate est soulignée. Ainsi, la modification de l'accord sur la libre circulation des personnes entre en vigueur après l'accomplissement des procédures internes respectives, « *à l'exception d'une modification des annexes II et III qui sera décidée par le comité mixte et qui pourra entrer en vigueur aussitôt après cette décision* »[1948]. Malgré cette inclinaison pour une entrée en vigueur immédiate, le comité mixte a remplacé l'annexe III tout en subordonnant l'entrée en vigueur de la modification à l'achèvement par la Suisse de ses procédures internes[1949].

1212. Ces règles relatives à l'entrée en vigueur des décisions des comités mixtes prouvent d'ailleurs que les compétences des comités mixtes ne sont pas clairement définies : si pour le Conseil fédéral « [i]*l va de soi que le Comité mixte ne peut pas décider d'imposer aux parties des obligations nouvelles* »[1950], c'est en réalité surtout pour souligner que le comité mixte ne peut pas imposer de telles obligations sans que celles-ci échappent aux règles classiques de la démocratie en Suisse. En effet : « *Une telle décision doit être prise et approuvée par les parties selon leurs procédures respectives, comme toute modification des dispositions des accords eux-*

1947 Article 22, paragraphe 3, de l'accord du 21 juin 1999 sur le transport aérien, *RS 0.748.127.192.68 / JO L 114 du 30.4.2002, p.73-90*. Tel est aussi le cas des compétences du comité mixte institué par l'accord du 26 octobre 2004 concernant la participation de la Suisse à l'Agence européenne pour l'environnement et au réseau européen d'information et d'observation pour l'environnement (EIONET), *RS 0.814.092.681 / JO L 90 du 28.3.2006, p.37-47*.

1948 Article 18 de l'accord du 21 juin 1999 sur la libre circulation des personnes, *RS 0.142.112.681 / JO L 114 du 30.4.2002, p. 6–72.*

1949 Décision n°2/2011 du 30 septembre 2011 du comité mixte UE-Suisse institué par l'article 14 de l'accord sur la libre circulation des personnes, en ce qui concerne le remplacement de l'annexe III (reconnaissance mutuelle des qualifications professionnelles), *RO 2011 4859* ; *RS 0.142.112.681* | JO *L 277 du 22.10.2011, p. 20–35*. En vertu de son article 4, alinéa 1, cette décision « *entre en vigueur le jour suivant celui de la notification, par la Suisse, de l'achèvement de ses procédures internes nécessaires* ».

1950 Message du Conseil fédéral du 23 juin 1999 relatif à l'approbation des accords sectoriels entre la Suisse et la CE, FF 1999, vol. 6, cahier n°34, pp. 5440-6398, spéc. p.5468, pt 148.3.

mêmes »[1951]. Cela montre bien que le comité mixte n'est qu'un cadre de discussions facilitant la survenance d'un accord entre la Suisse et de l'Union européenne : lorsqu'elles concernent des objets techniques ou de la compétence du Conseil fédéral, une procédure simplifiée est prévue, sinon, l'approbation de l'Assemblée est requise comme pour tout traité. Le critère du statut de ces décisions dans l'ordre juridique suisse semble confirmer la nature des décisions des comités mixtes en tant qu'actes conventionnels modificatifs des accords Suisse-UE.

iii) Le régime d'intégration dans l'ordre juridique suisse

1213. Ni le Conseil fédéral dans son message relatif à l'approbation des accords bilatéraux I et II, ni le Tribunal fédéral suisse, ne se sont prononcés sur le statut des décisions des comités mixtes par rapport aux accords Suisse-UE. En revanche, la place des décisions des comités mixtes dans l'ordre juridique suisse peut être définie en fonction de celle des accords Suisse-UE. En effet, un raisonnement analogique permet de tirer les enseignements, dans la relation Suisse-UE, de l'arrêt *Lang et Légler* du Tribunal fédéral. Dans cette affaire, le tribunal cantonal avait considéré que l'annexe D à la Convention de Paris, modifiée par la Commission internationale de la navigation aérienne instituée par ladite Convention de Paris, devait primer sur les actes du Conseil fédéral car « *le droit international conventionnel international prime le droit fédéral* »[1952]. Par conséquent, les décisions des comités mixtes Suisse-UE bénéficient d'une primauté dans l'ordre juridique suisse qui est celle accordée aux traités internationaux[1953], ce qui tend à ne voir dans les décisions des comités mixtes qu'un développement conventionnel des accords Suisse-UE.

1214. Compte tenu des développements précédents, les comités mixtes apparaissent comme des conférences assurant la réunion de la Suisse et de l'Union européenne (et le cas échéant les Etats membres) aux fins de la gestion de l'accord auquel elles sont parties contractantes. Ils facilitent simplement la survenance d'une convergence de vues entre la

---

1951 *Ibid.*

1952 ATF 76 IV 49, cité par Christian DOMINICIE, « La nature juridique des actes des organisations internationales », in *L'ordre juridique international. Entre tradition et innovation. Recueil d'études*, Paris, PUF, 1997, pp. 421-434, spéc. p.428.

1953 Sur cette primauté (et les limites ou incertitudes créées par la jurisprudence « Schubert » dans les rapports avec les lois fédérales), voir AUER Andreas, MALINVERNI Giorgio, HOTTELIER Michel, *Droit constitutionnel suisse*, Volume I, L'État, Bern, Stämpfli, 3ème édition, 2013, 880 p., spéc. pp.456 et s., §§1345 et s. et les références citées. Voir également le rapport du Conseil fédéral du 5 mars 2010 sur les relations entre le droit international et le droit interne, et son rapport additionnel du 30 mars 2011.

Suisse et l'Union européenne, laquelle ne peut se concrétiser que dans un acte conventionnel, c'est-à-dire un traité international. Les décisions des comités mixtes sont ainsi de la même nature que les accords Suisse-UE. C'est cette interprétation que semble avoir retenu la Cour AELE amenée à se prononcer sur le comité mixte EEE institué par l'accord de Porto. Dans une affaire dans laquelle le requérant invoquait l'incompétence du comité mixte EEE pour adopter la décision contestée, la Cour AELE a considéré que : « *Contrary to the Plaintiffs' contention, the wording of that provision must not be interpreted as constituting a narrow definition of the competence of the EEA Joint Committee. It cannot be assumed that the powers of the EEA Joint Committee are limited to those matters where specific powers or functions have been set out* »[1954]. Par conséquent, la Cour a considéré que « *The EEA Joint Committee is designed to function as an institution working in the pursuit of the common interest of the Community side and the EFTA side. As pointed out by the Commission of the European Communities at the oral hearing, a decision of the EEA Joint Committee may constitute a simplified form of an international agreement between the Community and its Member States on the one hand, and the EFTA States party to the EEA Agreement on the other* »[1955]. Si cette position définit la nature du comité mixte EEE et des actes qu'il adopte, on peut alors penser, qu'*a fortiori* dans la relation Suisse-UE moins institutionnalisée, les comités mixtes ne sont que de simples conférences internationales au terme desquelles sont adoptés par la Suisse et l'Union européenne (et le cas échéant les Etats membres), des actes conventionnels modifiant les accords Suisse-UE.

1215. Pourtant, cette conclusion doit être nuancée voire peut être contredite. En effet certains des indices étudiés ne sont pas univoques, soit parce qu'ils peuvent être interprétés différemment, soit parce qu'ils renvoient à des pratiques variées dont certaines reflètent une dimension institutionnelle. Les comités mixtes peuvent à cet égard apparaître comme de véritables institutions.

[1954] Cour AELE, 9 octobre 2002, *CIBA v. The Norwegian State*, aff. E-6/01, *EFTA Court Report*, p.283, pt 32

[1955] Cour AELE, 9 octobre 2002, affaire précitée, pt 33.

§2 – Les comités mixtes, de véritables institutions

1216. La même démarche que dans les développements précédents conduit d'abord à définir les institutions comme des organes collectifs au sens large, ce qui recouvre aussi bien l'organisation internationale que des stades institutionnels moins avancés (A). On doit ainsi relever ceux des critères qui traduisent une dimension institutionnelle et rapprochent les comités mixtes Suisse-UE de cette catégorie générique (B).

A) Définition des organes collectifs

1217. Ce qu'on souhaite souligner sous le vocable « organe collectif », c'est la dimension institutionnelle que revêt l'organe. Est un organe collectif un organe composé de sujets qui agissent en tant que membres de cet organe, selon une procédure dont le respect est considéré comme essentiel pour produire un acte qui soit un acte de l'organe. En reprenant la formule de Riccardo MONACO, on soulignera que les actes délibérés par des organes collectifs « *prennent vie en vertu d'une procédure d'unification qui couvre une pluralité de votes contrastants, ou même contradictoires et qui se réduit à l'unité seulement par application de cette procédure. Voilà pourquoi les accords internationaux sont toujours bilatéraux ou multilatéraux, tandis que les actes collectifs n'ont pas de parties contractantes, pour la simple raison qu'ils sont unitaires, ou, pour mieux dire, qu'ils visent la formation d'une volonté unitaire et unilatérale* »[1956].

1218.L'aboutissement de cette procédure d'unification n'est ici pas déterminant. En d'autres termes, on retiendra à ce stade sous le vocable d'actes collectifs, les actes qui ne se contentent pas d'exprimer des volontés isolées ayant le même contenu, mais bien plus, ceux qui ont abouti à la formation d'une volonté commune aux membres de l'organe considérés comme tels, que celle-ci soit « simplement » imputable à l'ensemble des membres, ou qu'elle soit imputable à l'organe. On identifiera en effet par la suite deux grandes formes d'institutions, l'organe commun et l'organisation internationale ; les développements suivants traiteront indistinctement les arguments qui renvoient à

[1956] Riccardo MONACO, « Les systèmes de vote dans les organisations internationales », in *Mélanges en l'honneur de Gilbert GIDEL*, Paris, Sirey, 1961, pp. 469-482, spéc. pp.472-473.

chacune de ces deux catégories, le but ici étant de détecter les éléments institutionnels des comités mixtes.

B) Arguments en faveur d'une qualification institutionnelle

1219. Un premier indice est fourni par l'adoption par les comités mixtes de règlements intérieurs, c'est-à-dire de règles de fonctionnement qui se présentent comme un droit interne à un ensemble organique (1). Les comités mixtes semblent en outre disposer de compétences propres (2), qu'ils exercent selon des procédures décisionnelles comparables à celles qui existent dans les institutions juridiques internationales (3). Ces procédures assurent en outre une intégration des volontés individuelles caractérisant la formation d'une volonté d'un organe (4). Enfin, les procédures internes entourant les décisions des comités mixtes révèlent aussi une dimension organique de ces ensembles (5).

1) L'adoption d'un droit interne, révélateur d'une approche organique

1220.D'abord, si l'adoption d'un règlement intérieur peut recevoir une signification institutionnelle minimale en étant exercé dans le cadre de conférences internationales, cette compétence peut aussi bien révéler l'existence d'une structure bien plus organisée (a). Surtout, l'exercice de ce pouvoir par les comités mixtes a donné lieu à une structure institutionnelle qui, pour être sommaire, n'en est pas moins conçue pour être pérenne, caractérisant ainsi une institutionnalisation (b).

a) Les implications institutionnelles de l'adoption du règlement intérieur

1221.L'adoption d'un règlement intérieur par une entité contribue à la présenter comme un ensemble organisé. Sans impliquer nécessairement une nature organique, ce pouvoir d'installer dans la durée et selon des règles stables, des rapports entre des sujets, contribue à en faire des membres d'un ensemble. En somme, ce pouvoir révèle les potentialités institutionnelles d'un ensemble, qui peut être plus ou moins organisé.

1222. Dans une organisation internationale, la création d'organes est « *la claire manifestation* »[1957] voire « *la manifestation la plus sûre* »[1958] de l'intention des membres fondateurs d'établir une institution permanente, distincte de ses membres, c'est-à-dire une organisation internationale au sens classique. En ce sens, Charles CHAUMONT souligne : « *Il y a un cas d'activité règlementaire que l'on trouve dans toutes les organisations, c'est l'adoption du règlement intérieur de l'organe. En effet, comme dans toute assemblée humaine, et quel que soit le nombre de ses membres, un organe doit délibérer et prendre ses résolutions selon une procédure réglée à l'avance, autrement c'est l'anarchie et le désordre. Le règlement intérieur est un acte-règle que l'organe accomplit pour lui-même, et par là-même impose aux Etats membres de l'organe, même s'ils figurent dans la minorité.* [...]. *Il y a là une véritable contrainte sociale* »[1959]. La faculté d'adopter un règlement intérieur est, pour citer Marcel MERLE, une « *prérogative importante* »[1960] des organisations internationales, même si son effet est limité au fonctionnement interne de l'organisation. Or justement, ici, c'est précisément en ce qu'ils indiquent une vie interne, en ce qu'ils constituent « *les règles relatives au fonctionnement interne de l'organisation* »[1961]que les règlements intérieurs sont significatifs. En effet ce droit interne est révélateur d'une certaine unité du groupement : « *comme tout organisme collectif, qu'il s'agisse d'un club, d'une association ou un groupement fortuit, une organisation internationale doit se doter de règles de fonctionnement interne et ce pouvoir est inhérent à la logique de fonctionnement de tout groupement* »[1962].

1223. On retrouve également un tel droit interne dans des groupements qui, sans être des organisations internationales au sens classique, n'en échappent pas moins à une logique uniquement relationnelle. Des entités qualifiées d'organes communs par la

---

1957 André LEWIN, « Principes communs aux organisations internationales - Éléments constitutifs », *JCl Droit international*, Fasc.112-20, pt 45.

1958 Patrick DAILLIER, Mathias FORTEAU, Alain PELLET, *Droit international public*, Paris, L.G.D.J., 2009, 8ème éd., 1709 p., spéc. p. 682, §397.

1959 Charles CHAUMONT, *Les Organisations internationales*, Paris, Les Cours de Droit, 1963, 167 p., spéc. p. 129.

1960 Marcel MERLE, « Le pouvoir réglementaire des institutions internationales », *Annuaire français de droit international*, 1958, vol. 4, pp. 341-360, spéc. p. 343.

1961 Geneviève BASTID BURDEAU, « Quelques remarques sur la notion de droit dérivé en droit international », in *Droit du pouvoir – pouvoir du droit. Mélanges offerts à Jean SALMON*, Bruxelles, Bruylant, 2007, pp. 162-175, spéc. p. 163.

1962 Geneviève BASTID BURDEAU, « Quelques remarques sur la notion de droit dérivé en droit international », in *Droit du pouvoir – pouvoir du droit. Mélanges offerts à Jean SALMON*, Bruxelles, Bruylant, 2007, 1627 p., pp. 162-175, spéc. p. 164. Pour Philippe CAHIER, il « existe *en droit international une règle coutumière qui accorde aux organisations internationales un pouvoir général d'établir des règles nécessaires à leur fonctionnement interne* » : Philippe CAHIER, « L'ordre juridique interne des organisations internationales », in R.-J. DUPUY (dir.), *Manuel sur les organisations internationales*, Boston, Martinus Nijhoff Publishers, 1998, 2ème éd., pp.377-397, spéc. p.390.

doctrine ont adopté un règlement intérieur. Tel est le cas par exemple de la CELAC, qui s'est dotée d'un « Statut de procédures », du Conseil de l'Arctique ou encore de la Conférence des Parties de la Convention Ramsar, également dotés d'un règlement intérieur.

1224. Par conséquent, le comité mixte Suisse-UE, en disposant d'un pouvoir d'adopter un règlement intérieur est ainsi susceptible d'apparaître comme un organe : un organe commun, c'est-à-dire une entité au sein de laquelle les sujets sont considérés en tant que membres d'une entité, et agissent selon des règles internes à cette entité, voire un organe distinct de ses membres. Mais c'est surtout l'exercice de cette fonction qui manifeste une structuration destinée à régir, dans la durée, des rapports entre des sujets que l'on peut considérer comme des membres d'un organe collectif.

b) La mise en place d'une structure institutionnelle sommaire mais pérenne

1225.L'identification de fonctions confiées à des personnes différentes considérées comme membre des comités mixtes, permet de dégager à la fois une ébauche d'agencement institutionnel, et une logique de pérennité qui éloignent les comités mixtes de la catégorie des conférences internationales prises au sens strict.

1226. Les comités mixtes se voient en effet dotés par leurs règlements intérieurs d'un président, d'un secrétariat et sont parfois assistés de groupes de travail. L'identification de telles fonctions révèle une dimension utilitariste dans une optique de durée caractéristique des institutions internationales. L'autonomisation de ces fonctions dépend en outre de la manière dont elle est assurée d'un point de vue organique : des modalités de désignation des personnes appelées à les exercer au sein du comité mixte, de la durée du mandat…. A cet égard, on doit relever que l'exercice de ces fonctions n'est pas attribué à des titulaires dont on garantit l'indépendance à l'égard des membres qui les ont désignés. Pour autant, ils disposent d'une autonomie organique limitée et variable.

2) *L'identification de compétences propres des comités mixtes*

1227. Ce sont bien les comités mixtes et non les parties contractantes qui sont titulaires des compétences prévues par les accords Suisse-UE. Certes, les comités mixtes ne disposent pas de moyens pour faire valoir leur compétence à l'égard de leurs membres,

mais c'est là une question de degré d'institutionnalisation. Deux types d'indices permettent de penser que le comité mixte est bien un organe doté de compétences propres : le libellé des accords à l'égard des fonctions des comités (a), et les limites apportées aux fonctions des comités (b).

a) La définition organique des fonctions des comités mixtes

1228. L'échange d'informations entre la Suisse et l'Union européenne n'est certainement pas l'hypothèse la plus manifeste d'une approche organique, même si certains accords prévoient que c'est *le comité mixte* lui-même qui est chargé de *procéder à des échanges* de vues[1963].

1229. En revanche, c'est bien *au comité mixte* qu'il revient de veiller à la bonne exécution de l'accord Suisse-UE qui l'institue[1964]. Cette définition large d'une fonction des comités mixtes ne doit pas laisser penser que le comité n'est pas visé en propre, en tant qu'organe.

1230. En effet, d'une part, l'approche organique est très claire dans un accord qui institue non pas un seul comité mixte, mais deux comités. Il n'y aurait en effet aucune logique à créer deux organes pour gérer un accord, si la compétence de ces organes n'était pas conçue comme une compétence propre de l'organe. C'est le cas – isolé – de l'accord sur l'échange de produits agricoles qui confie au comité mixte Agriculture une compétence générale dans le domaine couvert par l'accord de 1999[1965] sur les produits agricoles, et au comité mixte Vétérinaire une compétence dans le domaine couvert par l'annexe 11[1966].

1231. D'autre part, l'approche organique est claire lorsque l'accord énumère différentes missions du comité mixte, définies en termes – relativement précis – pour considérer que c'est bien au comité mixte que ces fonctions sont attribuées[1967]. C'est ainsi le comité mixte Recherche qui se voit attribuer un rôle d'impulsion de la coopération dans l'accord-cadre de recherche scientifique de 1986 : le comité est chargé « *d'identifier les domaines susceptibles de se prêter à la coopération et examiner toute mesure de nature à améliorer et à développer*

1963 Article 10 de l'accord-cadre de coopération scientifique et technique du 8 janvier 1986 (*RS 0.420.518 / JO L 313 du 22.11.1985, p.6-8*)

1964 Article 10 de l'accord-cadre de coopération scientifique et technique du 8 janvier 1986.

1965 Article 6 de l'accord du 21 juin 1999 relatif aux échanges de produits agricoles (*RS 0.916.026.81 / JO L 114 du 30.4.2002, p. 132-349*).

1966 Article 19 de l'annexe 11 de l'accord de 1999 sur les produits agricoles précité.

1967 Sur les compétences des comités mixtes, voir, *supra*, partie 1, titre 2, chapitre 3.

celle-ci »[1968]. C'est encore au comité mixte ARM de « *définir les cas d'application* » de la reconnaissance mutuelle par la Suisse et l'Union européenne des rapports, certificats et autorisations délivrés par les organismes d'évaluation : c'est en somme au comité mixte de décider « *lorsque les exigences suisses sont jugées équivalentes aux exigences communautaires* »[1969]. En vertu de l'accord de 1989 sur l'assurance directe autre que l'assurance-vie, le comité mixte institué est habilité à intervenir à la suite de la notification par une partie de la modification de sa législation interne[1970], pour adopter « *une décision portant révision des dispositions de l'accord afin d'y intégrer* […] *les modifications intervenues dans la législation concernée* » ; ou adopter « *une décision aux termes de laquelle les modifications de la législation concernée sont réputées conformes à l'accord* », ou décider « *de toute autre mesure visant à sauvegarder le bon fonctionnement de l'accord* »[1971]. De même, en cas de développement de la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne[1972], l'accord de 1999 sur le transport aérien prévoit que « *les conséquences de ces décisions et arrêts ultérieurs seront déterminées par le Comité mixte* »[1973]. C'est encore à un organe qu'est confié le pouvoir de modifier certaines parties de l'accord : il revient ainsi au comité mixte de décider de modifier les annexes II et III de l'accord sur la libre circulation des personnes de 1999[1974]. Le même accord prévoit aussi l'intervention du comité mixte en cas de difficultés sérieuses d'ordre économique ou social qui « *peut décider des mesures à prendre dans un délai de 60 jours à compter de la date de la demande* »[1975]. C'est enfin aux comités mixtes qu'il revient de régler un différend né entre les parties, relatif à l'interprétation ou l'application des accords[1976].

1968 Article 10 de l'accord-cadre de coopération scientifique et technique du 8 janvier 1986.

1969 Article premier, paragraphes 2 et 3 de l'accord du 21 juin 1999 relatif à la reconnaissance mutuelle en matière d'évaluation de la conformité [ARM], *RS 0.946.526.81 / JO L 114 du 30.4.2002, p.369-429*. Voir également la liste de « responsabilités » du comité établie à l'article 10, paragraphe 4, de cet accord.

1970 Sur le lien entre les accords et les législations internes des parties, voir, *supra*, partie 1, titre 2, chapitre 2, notamment section 2, §2. Sur les règles secondaires établies par les accords, relatives au développement d'une des législations internes, voir *supra*, partie 1, titre 2, chapitre 3.

1971 Article 39, paragraphe 6, de l'accord du 10 octobre 1989 concernant l'assurance directe autre que l'assurance sur la vie, *RS 0.961.1 / JO L 205 du 27.7.1991, p. 2–47*.

1972 Sur l'obligation conventionnelle de prendre en compte la jurisprudence de la Cour de justice, voir, *supra*, partie 1, titre 2, chapitre 2, section 3, §2.

1973 Article premier, paragraphe 2, de l'accord du 21 juin 1999 sur le transport aérien [ATA], *RS 0.748.127.192.68 / JO L 114 du 30.4.2002, p.73-90*. Dans le même sens, voir l'article 16, paragraphe 2, de l'accord du 21 juin 1999 sur la libre circulation des personnes [ALCP], *RS 0.142.112.681 / JO L 114 du 30.4.2002, p. 6–72.*

1974 Article 18 de l'ALCP précité ; voir aussi l'article 10, paragraphe 5, de l'ARM précité.

1975 Article 14, paragraphe 2, de l'ALCP précité.

1976 Article 19 de l'ALCP précité ; article 14 de l'ARM précité ; article 29 de l'ATA précité.

1232. Les décisions sont non pas établies par le biais du comité mixte mais *décidées par le comité mixte*[1977]. Lorsqu'il y a une décision relative à l'accord entrant dans la compétence du comité mixte, ce ne sont pas les parties contractantes qui décident à l'unanimité de modifier l'accord, ou de régler un différend mais c'est « *le comité mixte* [qui] *se prononce d'un commun accord* »[1978]. Ce ne sont alors pas directement les parties contractantes qui se prononcent mais le comité mixte, « *composé* » des représentants des parties contractantes.

1233. Le comité mixte agit principalement à la demande « *d'une des parties contractantes* »[1979], mais celle-ci bénéficie d'un *droit à la réunion du comité mixte* puisque celui-ci doit se réunir, et parfois même dans un délai fixé[1980]. En outre, le comité mixte ne se réunit pas uniquement en fonction des besoins identifiés par la Suisse et l'Union européenne agissant en tant que parties contractantes, mais « *au moins une fois par an* »[1981] : à nouveau, la réunion du comité mixte est une obligation de ses membres, la Suisse et l'Union européenne, même si, ce faisant, elles remplissent aussi une obligation conventionnelle posée par les accords.

b) La finalité des limites à la compétence des comités mixtes

1234. Si les fonctions du comité mixte n'étaient pas conçues comme des fonctions confiées à un organe agissant en tant que tel, et qu'elles pouvaient continuer à être exercées sur un plan relationnel, les dispositions limitant la compétence du comité mixte ne serviraient à rien. En somme, si l'on considère que le comité mixte n'est rien d'autre qu'un cadre de rencontre entre parties contractantes, alors sa compétence devrait coïncider avec celle des parties contractantes. Toute disposition limitant la compétence du comité mixte serait dépourvue de sens. Le Professeur Christine KADDOUS note en ce sens : « *in specific cases provided for in the agreements, it disposes of a decision-making power. For*

1977 Articles 18 et 19 de l'ALCP précité ; article 21, paragraphe 1, de l'accord du 21 juin 1999 sur le transport aérien (*RS 0.748.127.192.68 / JO L 114 du 30.4.2002, p.73-90*) ; article 55, paragraphe 2, de l'accord du 21 juin 1999 sur le transport de marchandises et de voyageurs par rail et par route (RS 0.740.72, JO L 114 du 30.4.2002, p.91-131).

1978 Article 14, paragraphe 1, de l'ALCP précité.

1979 Tel est le cas si une partie contractante fait face à des difficultés sérieuses d'ordre économique ou social : article 14, paragraphe 2, de l'accord du 21 juin 1999 entre la Confédération suisse d'une part, et la Communauté européenne et ses Etats membres, d'autre part, sur la libre circulation des personnes [ALCP] (*RS 0.142.112.681, JO L 114 du 30.4.2002, p. 6–72*)

1980 Article 14, paragraphe 4, de l'ALCP précité : « *Le comité mixte se réunit dans les 15 jours qui suivent la demande visée au paragraphe 2* ».

1981 Article 14, paragraphe 4, de l'ALCP précité ; article 11, paragraphe 1, de l'accord-cadre de coopération scientifique et technique du 8 janvier 1986 (*RS 0.420.518 / JO L 313 du 22.11.1985, p.6-8*)

example, in the FMP [Free Movement of Persons] Agreement, the Joint Committee *is authorised to modify* *the Annexes II and III of the Agreement* *but it has no competence to change* *the main text of the Agreement or Annex* I »[1982].

1235. Or dans de nombreux accords, la compétence du comité mixte est conçue de manière limitative par rapport à la compétence que détiennent les parties contractantes. En effet, nombreux sont les accords qui précisent que le comité mixte « *prend des décisions dans les cas prévus* »[1983] par l'accord. Le message du Conseil fédéral expliquant au Parlement suisse le contenu des accords bilatéraux I précise même que les comités mixtes disposent d'un pouvoir de décision « *dans les seuls cas prévus par les accords* »[1984]. Lors de l'étude des règles secondaires applicables dans la relation Suisse-UE[1985], le Conseil fédéral et la doctrine soulignent le domaine limité de la compétence du comité mixte, aux modifications des annexes des accords « *dont le contenu est de nature technique* »[1986]. De même, ils considèrent que « *le Comité mixte ne peut pas décider d'imposer aux parties des obligations nouvelles* »[1987], une telle décision devant « *être prise et approuvée par les parties selon leurs procédures respectives, comme toute modification des dispositions des accords eux-mêmes* »[1988]. Enfin, la pratique relative à l'accord sur les échanges de produits agricoles confirme ce constat. En effet cet accord institue un comité mixte Vétérinaire doté de certaines compétences ; en 2008, lorsque la Suisse et l'Union européenne ont souhaité modifier l'annexe 11 de l'accord, elles l'ont fait par voie conventionnelle, en concluant un

---

1982 Christine KADDOUS, « The Significance of "Precedent" in the Bilateral Agreements between Switzerland and the European Union », in C. BAUDENBACHER, S. PLANZER (dir.), *The role of precedent*, Stuttgart, German Law Publishers, 2011, pp.125-140, spéc. p. 130.

1983 Article 37, paragraphe 1, de l'accord de 1989 sur l'assurance directe autre que l'assurance sur la vie. Pour les accords de 1999 : article 14, paragraphe 1, de l'accord sur la libre circulation des personnes ; article 51, paragraphe 1, de l'accord sur le transport terrestre ; article 21, paragraphe 1, de l'accord sur le transport aérien ; article 10, paragraphe 1, de l'accord sur la reconnaissance mutuelle en matière d'évaluation de la conformité ; article 11, paragraphes 1 et 2, de l'accord sur certains aspects relatifs aux marchés publics ; article 6, paragraphes 1 et 2, de l'accord sur les produits agricoles.

1984 Message du Conseil fédéral du 23 juin 1999 relatif à l'approbation des accords sectoriels entre la Suisse et la CE, *FF 1999, vol. VI, n°34, pp. 5440-6398*, spéc. p. 5468.

1985 Voir, *supra*, partie 1, titre 2, chapitre 3.

1986 Message du Conseil fédéral du 23 juin 1999 relatif à l'approbation des accords sectoriels entre la Suisse et la CE, *FF 1999, vol. VI, n°34, pp. 5440-6398*, spéc. p. 5468 ; Daniel FELDER, « Appréciation juridique et politique du cadre institutionnel et des dispositions générales des accords sectoriels », in D. FELDER, C. KADDOUS (dir.), *Accords bilatéraux Suisse-UE (Commentaires),* Bruxelles, Bruylant, 2001, pp.117-148, spéc. p.130 ; Fabrice FILLIEZ, Hanspeter MOCK, « La Suisse et l'Union européenne : état des lieux d'une relation sui generis », *Journal des tribunaux. Droit européen* n°130, 2006, pp.161-168, spéc. p. 163.

1987 *Ibid.* Voir également Stephan BREITENMOSER, « Sectoral agreements between the EC and Switzerland : contents and context », *C.M.L.R.,* 2003, vol. 40, n°5, pp.1137-1186, spéc. pp. 1154-1155.

1988 Message du Conseil fédéral du 23 juin 1999 précité, spéc. p. 5468.

accord, lequel précise : « *Les modifications et ajustements entraînés par l'évolution respective des législations dépassent l'habilitation donnée au comité mixte vétérinaire. Il est donc nécessaire de mettre à jour et de modifier l'annexe 11 de l'accord* »[1989] [par voie d'accord]. La compétence de ce comité est donc véritablement conçue comme un pouvoir accordé à ce comité. En conclusion, limiter ainsi la compétence du comité mixte, et la distinguer de la procédure classique de révision des accords, c'est implicitement mais nécessairement considérer que les compétences attribuées au comité mixte visent celui-ci de manière spécifique et non les parties contractantes : c'est en tant qu'organe que le comité dispose de compétences.

3) *Des procédures décisionnelles compatibles avec une approche institutionnelle des comités mixtes*

1236. On a vu que les modalités d'adoption des actes par le comité mixte dénotaient une forte approche consensualiste. Il n'est pas question de nier cette affirmation, mais de la délier des conséquences qui lui ont été attribuées : cela ne signifie pas pour autant que le comité mixte n'est qu'un cadre permettant l'accord entre des sujets. La composition intergouvernementale et le consentement unanime existent aussi dans les organisations internationales. Si ces modalités décisionnelles interrogent sur la perception que l'on se fait de l'organisation comme entité capable d'exprimer une volonté distincte de celle de ses membres (a), elles n'affectent pas la nature institutionnelle des organisations (b), de sorte qu'elles ne sont pas un argument déterminant pour écarter une qualification institutionnelle des comités mixtes.

a) Des modalités intergouvernementales affectant la perception des organisations internationales.

1237. L'incidence de la règle de l'unanimité affecte même les organisations internationales classiques, celles dont on sait qu'elles sont dotées de la personnalité juridique, procédé « *de réduction de la multiplicité à l'unité, par la synthèse de volontés*

[1989] Accord du 23 décembre 2008 entre la Communauté européenne et la Confédération suisse modifiant l'annexe 11 de l'accord entre la Communauté européenne et la Confédération suisse relatif aux échanges de produits agricoles, *JO L 352 du 31.12.2008, p. 24–30*.

individuelles »[1990]. L'organe intergouvernemental d'une organisation internationale, comme tout organe collectif, « *est construit en vue d'imputer à l'institution à laquelle il appartient, les décisions prises par les individus qui la composent, après avoir réduit à l'unité d'une décision commune la pluralité de leurs prises de position particulières* »[1991] ; mais sa composition et la règle de l'unanimité tendent à masquer l'un au profit du multiple.

1238. En effet, et d'une part, la composition de cet organe « de représentants des Membres, c'est-à-dire des personnes mandatées par leurs gouvernements respectifs, dont elles reçoivent les instructions »[1992], rend, pour reprendre l'expression du Professeur Gérard CAHIN « ambivalente » sa nature : organe d'une organisation internationale, il tend à apparaître en raison de sa composition comme une simple conférence diplomatique permanente[1993].

1239. Lorsqu'en plus, et d'autre part, cet organe intergouvernemental adopte une décision à l'unanimité des Etats membres, et qu'il occupe une place prépondérante dans l'expression de la volonté de l'organisation internationale, cette participation des Etats membres au fonctionnement de l'organisation peut conduire à « *relativiser la personnification de l'organisation* »[1994]. Dans ce cas en effet, l'organisation « *demeure suspecte d'être la dépendance des Etats membres* […] *en vertu de la perception de l'unanimité comme authentique rencontre de volontés étatiques faisant échec à l'imputation au tiers, perturbateur, qu'est l'organisation* »[1995]. L'accord de volontés qui en ressort semble alors être un accord de volonté établi au sein d'une organisation, davantage qu'un accord de volonté de l'organisation, rapprochant ainsi l'organisation de la simple conférence internationale.

1240. Mais ce n'est que la perception de l'organisation internationale qui est ainsi brouillée par l'importance que conservent les Etats dans son fonctionnement ; la nature

---

1990 Evelyne LAGRANGE, *La représentation institutionnelle dans l'ordre international: une contribution à la théorie de la personnalité morale des organisations internationales*, La Haye, Kluwer law international, 2002, 608 p., spéc. p.8.

1991 Gérard CAHIN, *La coutume internationale et les organisations internationales. L'incidence de la dimension institutionnelle sur le processus coutumier*, Paris, Pedone, 2001, 782 p., spéc. p.51.

1992 CPJI, *Interprétation de l'article 3, paragraphe 2, du traité de Lausanne (Frontière entre la Turquie et l'Irak)*, Avis consultatif du 21 novembre 1925, série B, n°12, p.6, spéc. p.29 (cité par Gérard CAHIN, *La coutume internationale et les organisations internationales*, *op.cit.*, p.51).

1993 Gérard CAHIN, *La coutume internationale et les organisations internationales*, *op.cit.*, p.51.

1994 Raphaële RIVIER, « L'utilisation d'autres formes "d'organisation internationale" », *R.G.D.I.P.*, 2012, n°3, tome 116, pp.483-509, spéc. p. 491.

1995 Evelyne LAGRANGE, *La représentation institutionnelle dans l'ordre international*, *op.cit.*, p.8.

institutionnelle de l'organisation persiste. Le principe de l'unanimité n'est en effet pas en tant que tel un élément excluant une dimension institutionnelle.

b) Des modalités intergouvernementales compatibles avec les institutions

1241. La règle de l'unanimité ne produit pas les effets excessifs qu'on lui attribue parfois, en particulier en termes de perte d'autonomie pour une organisation internationale[1996]. Ce qui compte, pour que l'on puisse considérer que l'acte est celui d'une organisation internationale, c'est que la procédure décisionnelle qui aboutit à l'adoption de l'acte permette « *l'intégration des manifestations individuelles de volontés* […] *pour créer une volonté distincte, celle de l'organisation* »[1997]. Or pour parvenir à ce résultat, les règles de composition de l'organe décisionnel et celles relatives à la décision proprement dite peuvent être très variées. Certes, l'adoption des décisions à la majorité facilite la reconnaissance de l'autonomie de l'organisation par rapport à ses membres, et donc l'identification d'une volonté propre à l'organisation ; mais le recours à l'unanimité peut être une modalité décisionnelle de l'organisation, et l'est d'ailleurs souvent. Même au sein de l'Union européenne, les Etats restent « *maîtres de l'Union* »[1998] sans que cette place ne remette en cause la nature institutionnelle de l'Union[1999].

1242. De même, les considérations précédentes relatives au consensus excluent moins l'institutionnalisation qu'elles en indiquent le – faible – degré. Carlo SANTULLI qualifie d'organe commun les organes de la CELAC[2000], dans lesquels toutes les décisions sont adoptées par consensus. De même Michel VIRALLY relève-t-il que le mécanisme du consensus prend de plus en plus de place dans la pratique non seulement des conférences, mais aussi dans celle des organisations internationales[2001]. Ce qui est déterminant, c'est de

---

1996 Evelyne LAGRANGE, *La représentation institutionnelle dans l'ordre international*, *op.cit.*, pp.277 et s.

1997 Jean d'ASPREMONT, Daniel VENTURA, « La composition des organes et le processus décisionnel », in E. LAGRANGE, J.-M. SOREL (dir.), *Droit des organisations internationales*, précité, spéc. p.409, §825.

1998 Olivier DUBOS, « L'Union européenne : Sphynx ou Enigme ?, in *Les dynamiques du droit européen en début de siècle*, *Etudes en l'honneur de Jean-Claude GAUTRON*, Paris, Pedone, 2004, pp. 29-56, spéc. p.32.

1999 C'est peut-être même là l'une des caractéristiques de l'Union européennes, qu'il faut cependant lire à la lumière du paradoxe qui en résulte et que la construction de l'Union européenne traverse : Olivier DUBOS, « L'Union européenne : Sphynx ou Enigme ?, précité.

2000 Carlo SANTULLI, « *Retour sur la théorie de l'organe commun. Réflexions sur la nature juridique des organisations internationales à partir du cas d'Alba et de la Celac, comparées notamment à l'Union européenne et à l'O.N.U.* », *R.G.D.I.P.* 2012, n°3, pp. 565-578.

2001 Michel VIRALLY, « Sur la notion d'accord », in *Fetschrift für Rudolf Bindschedler*, Berne, Stämpfli, 1980, pp. 159-172, spéc. p.163.

savoir si le texte qui sera issu de la discussion, sera considéré comme adopté par les Etats d'une conférence[2002], ou par un organe collectif (organe commun ou organe d'une organisation internationale). Or l'acte adopté est à plusieurs égards un acte *du comité mixte* et non un acte de la Suisse et de l'Union européenne.

4) *L'intégration des volontés individuelles*

1243. Sans à ce stade se prononcer sur le degré d'unification atteint par l'acte, on relèvera que l'acte issu de la discussion est bien un acte *du* comité mixte, parce que l'acte est désigné comme tel dans les accords Suisse-UE (a). En outre, il arrive dans des cas précis que le comité mixte adopte des actes sans l'accord unanime de l'ensemble de ses membres : la volonté du comité mixte n'est ainsi pas subordonnée à celle de ses membres pris isolément (b). Enfin, les actes du comité mixte manifestent l'intégration des volontés individuelles de leurs membres en ce que les signataires se désignent parfois comme des membres du comité mixte, et ont parfois même pour seul signataire le président du comité mixte (c).

a) Le libellé des actes des comités mixtes

1244. Les accords Suisse-UE prévoient que les comités mixtes peuvent adopter des recommandations et des décisions. Parmi les diverses compétences des comités mixtes[2003], seules certaines d'entre elles ont été exercées : les comités n'ont vraisemblablement adopté ni recommandations, ni décision de règlement des différends. Mais l'exercice par les comités mixtes de leurs compétences ne laisse pas place à un « retour » à une dimension relationnelle : les actes adoptés sont intitulés des actes du comité mixte. L'adoption des règlements intérieurs a fait l'objet de décisions *du* comité mixte[2004]. Les quelques décisions constatant la conformité avec l'accord d'une législation interne d'une partie[2005], ou ayant

---

[2002] Conformément à la méthodologie choisie, la présentation est simplifiée par des catégories présentées comme univoques, alors que la société internationale présente des rapports juridiques plus complexes. Par exemple ici, il arrive que des conférences internationales « adoptent » un texte, ce qui conduit la doctrine à s'interroger sur la nature de ce texte et de la conférence. On retrouve alors les éléments institutionnels que nous réservons aux deux autres catégories : l'organe commun et l'organisation internationale.

[2003] Voir, *supra*, 2.

[2004] Voir la liste des décisions *infra*, section 2, §1.

[2005] Décision n°1/2001 du Comité mixte Suisse-CE du 18 juillet 2001 portant modification des annexes et protocoles de l'accord entre la Confédération suisse et la Communauté économique européenne concernant l'assurance directe

pour objet la mise en œuvre de l'accord, par exemple en définissant ceux des organismes qui font l'objet d'une reconnaissance mutuelle[2006], sont aussi des décisions des comités mixtes. Les décisions les plus fréquentes, celles qui modifient ou remplacent les annexes des accords, sont aussi des actes « *du comité* ». Ces actes sont numérotés et précisent leur objet conformément aux règlements intérieurs propres aux comités. L'intégration des volontés des membres du comité apparaît ainsi dans le libellé des actes adoptés : ce sont des actes des comités, et non des actes de la Suisse et de l'Union européenne.

b) L'unanimité mode non exclusif de décision entre les membres du comité mixte Schengen

1245. Cette configuration peut se manifester dans les hypothèses dans lesquelles le comité mixte est composé de plus de deux parties.

1246. Le comité mixte de l'accord sur la libre circulation des personnes [ALCP] est composé des représentants des parties contractantes à cet accord, soit des représentants de la Suisse, de l'Union européenne, et des Etats membres de l'Union européenne. L'ALCP prévoit que le comité mixte adopte ses décisions à l'unanimité. Pourtant, une décision du comité mixte ALCP semble avoir été adoptée en n'ayant recueilli que les consentements de la Suisse et de l'Union européenne[2007]. On peut en effet penser que les Etats membres n'ont pas individuellement consenti à cette décision, car le Royaume-Uni a contesté devant la Cour de justice la base juridique choisie par le Conseil pour définir la position à

---

autre que l'assurance sur la vie, et portant constatation de conformité du droit national des parties contractantes avec cet accord, *RS 0.961.11 / JO L 291du 8.11.2001, p. 52–55*.

2006 Le comité peut établir une liste ou décider de l'inclusion ou du retrait d'un organisme.
Dans le premier cas voir par exemple la décision n°1/2003, du 28 janvier 2003, du comité institué dans le cadre de l'ARM relative à l'établissement d'une liste d'organismes d'évaluation de la conformité reconnus dans le cadre de l'accord (*JO L 56 du 1.3.2003, p.1-213*) ;
Dans le deuxième cas voir la décision n°2/2003 du 17 septembre 2003 du même comité relative à l'inclusion d'un organisme d'évaluation de la conformité dans le chapitre sectoriel relatif aux dispositifs médicaux (*JO L 323 du 10.12.2003, p. 9–10*) ; la décision n°3/2004 du 10 février 2004 du même comité relative à l'inclusion d'un organisme d'évaluation de la conformité dans le chapitre sectoriel relatif aux appareils et systèmes de protection destinés à être utilisés en atmosphères explosibles (*JO L 63 du 28.2.2004, p. 67*) ; la décision n°1/2005 du 7 mars 2005 du même comité relative à l'inclusion d'un organisme d'évaluation de la conformité dans le chapitre sectoriel sur les appareils et systèmes de protection destinés à être utilisés en atmosphère explosible (*JO L 93du 12.4.2005, p. 40–41*).
Pour une illustration du troisième cas, voir la décision n°2/2004 du 10 février 2004 du même comité relative au retrait de certains organismes d'évaluation de la conformité du chapitre sur les instruments de mesurage et les préemballages et du chapitre sur le matériel électrique et la compatibilité électromagnétique (*JO L 74 du 12.3.2004, p. 23–24*).

2007 Décision n°1/2012 du 1er avril 2012 du comité mixte institué par l'accord sur la libre circulation des personnes du 31 mars 2012 remplaçant l'annexe II dudit accord sur la coordination des systèmes de sécurité sociale, *JO L 103 du 13.04.2012, p.51-59*.

adopter par l'Union européenne au sein du comité mixte ALCP. Le Royaume-Uni soutient que la décision du Conseil de l'Union européenne définissant la position de l'Union européenne, en retenant l'article 48 TFUE et non l'article 79, paragraphe 2, sous b) comme base juridique, l'aurait privé du droit qu'il tire du protocole n°21 « *de ne pas prendre part à l'adoption de ladite décision et de ne pas être liés par elle* »[2008]. On peut donc penser que si le Royaume-Uni critique le fait de ne pas avoir pu s'opposer à la décision du Conseil définissant la position de l'Union européenne dans un projet de décision du comité mixte, c'est qu'il n'a pas pu s'opposer ultérieurement à la décision du comité mixte. On reviendra sur cette affaire qui soulève d'importantes interrogations, mais on peut supposer que la décision n°1/2012 du comité mixte n'a pas été adoptée avec le consentement de l'ensemble des membres du comité mixte, même s'il resterait à savoir si cette pratique est fondée juridiquement.

1247. Est en revanche prévue juridiquement, la faculté pour le comité mixte Schengen d'adopter des décisions sans le consentement unanime de l'ensemble de ses membres. L'accord d'association de la Suisse à Schengen a été conclu entre la Suisse, l'Union européenne et la Communauté européenne, et institue un comité mixte. L'accord ne prévoit pas, comme la plupart des autres accords, que le comité mixte est composé des représentants des parties contractantes, ce qui aurait dû conduire à une composition tripartite ; son article 3 précise que le comité mixte est composé des représentants du gouvernement suisse, des membres du Conseil de l'Union européenne et de la Commission européennes. On relèvera que à la suite de l'association du Liechtenstein, un représentant de cet Etat fait également partie de ce comité mixte, même si ce point ne nous servira pas ici. Ce que l'on voudrait montrer, c'est que le comité mixte Schengen peut adopter des décisions sans que chacun de ses membres n'ait exprimé son assentiment à la décision ; ce sont plus exactement – et la nuance est importante – les approbations des Etats de l'Union européenne membres du Conseil qui ne sont pas systématiquement requises.

1248. D'une part, la présence de l'ensemble des représentants n'est pas requise pour que le comité adopte une décision. Celle-ci peut être prise si le comité réunit le représentant de

---

[2008] CJUE, 27 février 2014, *Royaume-Uni c. Conseil*, aff. C-656/11, *non encore publié*, pt 29.

la Suisse, du Liechtenstein, de la Commission et « *au moins la moitié des membres du Conseil* »[2009]. Sur les 31 membres du comité mixte Schengen, 17 membres (dont le représentant de la Suisse, du Liechtenstein, de la Commission) suffisent pour que le comité mixte adopte valablement une décision.

1249. D'autre part, parmi les membres présents, le consentement de tous n'est pas nécessaire à la formation de la volonté du comité mixte. En effet, l'abstention « *d'un ou de plusieurs membres du Conseil ou du représentant de la Commission n'empêche pas l'unanimité* »[2010]. En outre, à l'exception des modifications du règlement intérieur, les décisions du comité mixte portant sur des questions de procédure « *sont acquises à la majorité des délégations qui le composent* »[2011]. Dans ce cas, le comité mixte peut adopter des décisions à la majorité simple des membres présents, soit 15 membres s'ils sont tous présents. Si on lie cette disposition avec celle du quorum, cela signifie que le comité mixte, regroupant 31 membres, peut adopter une décision sur une question de procédure si 9 voix sont réunies, dont celle de la Suisse[2012]. Le consentement de l'ensemble des membres du comité mixte n'est ainsi pas systématiquement requis, (mais celui de la Suisse l'est toujours).

1250. Or, même si l'acte adopté selon une règle majoritaire ne traduit pas nécessairement une volonté collective[2013], il en est un indicateur. En définitive, s'il faut confronter les règles de vote avec les réalités sociales de l'entité au sein desquelles ces règles s'appliquent, pour savoir s'il existe une volonté collective ; il n'en reste pas moins vrai, comme l'explique Charles DE VISSCHER, « *que les prescriptions statutaires relatives à cet objet sont toujours hautement révélatrices du degré de développement atteint par l'organisation*

2009 Article 5, alinéa 2, de la décision n°1/2004 du 26 octobre 2004 du Comité mixte UE/Suisse établi par l'AAS (*JO C 308 du 14.12.2004, p. 2–4*), modifiée par la décision n°1/2008 du 28 février 2008 (*JO L 83 du 26.3.2008, p. 37–38)*.

2010 Message du Conseil fédéral du 1er octobre 2004 relatif à l'approbation des accords bilatéraux entre la Suisse et l'Union européenne, y compris les actes législatifs relatifs à la transposition des accords («accords bilatéraux II»), FF 2004, vol. 1, cahier n°44, pp.5593-5924, spéc. p. 5752.

2011 Article 15, alinéa 1, de la décision n°1/2004 du 26 octobre 2004 du Comité mixte UE/Suisse établi par l'AAS précitée.

2012 Sur 31 membres, il faut, au sens de l'article 5, alinéa 2, du règlement intérieur, au moins 17 membres (dont certains précisément). Une décision peut ensuite être prise sur le fondement de l'article 15, alinéa 1, du règlement intérieur, si la moitié de ces 17 membres présents est réunie, soit 9 membres.

2013 En effet, « *si on adopte des systèmes de vote à la majorité simple ou qualifiée dans un organe représentatif, on a la garantie que la volonté commune correspondra aux intérêts prééminents de l'organisation à laquelle l'organe appartient. Mais si cela se produit dans une société qui n'a pas encore une formation organique, telle que la communauté internationale, le vote à la majorité peut n'avoir aucune référence aux intérêts qui cherchent leur expression par le moyen des délibérations de l'organe* » : Riccardo MONACO, « Les systèmes de vote dans les organisations internationales », in *Mélanges en l'honneur de Gilbert GIDEL*, Paris, Sirey, 1961, pp. 469-482, spéc. p. 478.

corporative, en tant qu'elles attestent chez les éléments composants une disposition plus ou moins accentuée à subordonner leurs intérêts particuliers à la poursuite du but social »[2014].

c) La signature des actes par les membres du comité mixte

1251. L'acte adopté par le comité mixte, peut être signé par des personnes qui se revendiquent plus ou moins de l'appartenance au comité mixte. Lorsqu'il revêt la signature de plusieurs personnes, l'acte est clairement celui d'un organe dès lors que ces signataires agissent en tant que membres de cet organe ; et l'on observe en ce sens qu'il peut être signé par les *coprésidents* du comité mixte[2015], ou encore par son *président*, le *secrétariat* du comité et le chef de délégation de la partie n'exerçant pas la présidence[2016].

1252. Bien plus, l'acte peut revêtir la *seule signature du président* du comité mixte. Cette situation, que l'on retrouve dans les décisions du comité mixte EEE[2017], renforce la dimension organique, et ce d'autant plus lorsque le comité mixte est composé de plus de deux délégations, en incluant outre la Suisse et de l'Union européenne d'autres membres. On trouve par exemple des décisions signées par le seul président d'un organe composé d'une trentaine de membres (la Suisse, l'Union européenne, les Etats de l'Union européenne)[2018]. L'acte apparaît alors au moins comme un acte collectif voire un acte unilatéral.

5) Les procédures internes entourant les décisions des comités mixtes

1253. Le traitement réservé au sein de l'Union européenne d'une part (a), et au sein de la Confédération suisse d'autre part (b), révèle la conception organique qu'elles se font des comités mixtes.

2014 Charles de VISSCHER, « Quelques réflexions sur la règle de l'unanimité dans l'organisation internationale », in *Mélanges offerts à Ernest MAHAIM*, t. II, Sciences juridiques, Paris, Sirey, 1935, pp.106-116.

2015 Voir la décision n°2/2002 du 8 janvier 2003 du comité institué par l'accord relatif à la reconnaissance mutuelle en matière d'évaluation de la conformité concernant la modification de l'annexe 1 de l'accord, *JO L 68 du 12.3.2003 p.1-39*.

2016 Voir l'article 8 de la décision n°1/2003 du 29 juillet 2003 du comité mixte vétérinaire institué par l'accord relatif aux échanges de produits agricoles du 29 juillet 2003 concernant l'adoption de son règlement intérieur, *JO L 254 du 08.10.2003 p.35–37*.

2017 Voir par exemple les trente-cinq décisions du comité mixte EEE du 8 novembre 2013, signées « Par le Comité mixte de l'EEE, Le président, Thórir IBSEN », *JO L 92 du 27.3.2014, p.1* et s.

2018 Voir la décision n°1/2012 du 1er avril 2012 du comité mixte institué par l'accord entre la Communauté européenne et ses États membres, d'une part, et la Confédération suisse, d'autre part, sur la libre circulation des personnes du 31 mars 2012 remplaçant l'annexe II dudit accord sur la coordination des systèmes de sécurité sociale, *JO L 103 du 13.04.2012, p.51*-59.

a) Procédures au sein de l'Union européenne

1254. Du point de vue de l'Union européenne, l'approche organique des comités mixtes Suisse-UE peut être trouvée dans des indices d'une valeur inégale.

i) L'acte définissant la position de l'Union au sein des comités mixtes

1255. Un premier indice de l'approche organique est fourni au travers de l'acte par lequel l'Union européenne définit sa position au sein des comités mixtes. Souvent, la décision du Conseil de l'Union européenne, contient en annexe un projet de décision du comité mixte. C'est déjà là une marque de l'approche organique car la position exprime certes la volonté individuelle de l'Union européenne de voir adopter tel ou tel acte du comité mixte, mais elle est en quelque sorte déjà « projetée » dans une décision du comité mixte à venir.

1256. En outre, cette décision doit mentionner expressément la base juridique qui la fonde, compte tenu des effets juridiques obligatoires qu'elle produit[2019]. Or la base juridique récurrente pour fonder ce type de décision est l'article 218, paragraphe 9, du TFUE (ex- article 300, paragraphe 2, alinéa 2 TCE modifié), en vertu duquel « *Le Conseil,* […] *adopte une décision* […] *établissant les positions à prendre au nom de l'Union dans une instance créée par un accord, lorsque cette instance est appelée à adopter des actes ayant des effets juridiques, à l'exception des actes complétant ou modifiant le cadre institutionnel de l'accord* »[2020].

[2019] C.J.C.E., 1er octobre 2009, *Commission c. Conseil*, aff. C-370/07, *Rec.* 2009, p. I-8917, pts 42 à 55. Cette affaire posait un problème particulier car était en cause une décision du Conseil établissant la position à adopter au nom de la Communauté européenne lors d'une session de la Conférence des Parties à la convention de Washington sur la protection des animaux (CITES) à laquelle les Etats membres, mais pas l'Union européenne, sont parties contractantes. La Cour n'a pas tranché sur la qualification de la décision comme décision au sens de l'article 249 CE (devenu article 288 TFUE, relatif aux actes juridiques de l'Union européenne) ou de décision *sui generis* au sens de l'article 300, paragraphe 2, alinéa 2 (relatif aux décisions définissant la position de l'Union européenne dans une instance créée par un accord). Elle a considéré que cette qualification n'était pas déterminante pour décider si la décision doit être soumise à l'obligation de motivation, qu'elle a liée à l'exercice de son contrôle juridictionnel. L'obligation de motivation doit dès lors s'appliquer à tout acte susceptible de faire l'objet d'un recours en annulation. Sur cet arrêt, voir Valérie MICHEL, « Obligation de motivation », *Europe* décembre 2009, n°12, comm. 446.

[2020] Voir par exemple les bases juridiques de la décision 2011/129/UE du Conseil du 13 septembre 2010 relative à la position à adopter par l'Union européenne au sein du comité mixte UE-Suisse institué par l'accord établissant les termes et conditions pour la participation de la Confédération suisse au programme communautaire MEDIA 2007, *JO L 53 du 26.2.2011, p.1* ; celle de la décision 2014/143/UE du Conseil du 11 mars 2014 relative à la position à prendre au nom de l'Union européenne au sein du Comité mixte de l'agriculture institué par l'accord relatif aux échanges de produits agricoles, *JO L 78 du 17.3.2014, p.1* ; celle de la décision 2014/419/UE du Conseil du 23 juin 2014 relative à la position à prendre par l'Union européenne au sein du comité mixte institué par l'accord du 22 juillet 1972, *JO L 196 du 3.7.2014, p.4*.

On soulignera cependant que les propositions de la Commission ne font pas expressément mention de la base juridique : par exemple : la proposition de décision du Conseil du 28 juin 2010, relative à la position à adopter au nom de l'Union européenne au sein du comité mixte institué par en ce qui concerne le remplacement de l'annexe II sur la coordination des systèmes de sécurité sociale, *COM (2010) 333*. En revanche, le texte adopté par le Conseil (décision 2011/505/UE du 6 décembre 2010, *JO L 209 du 17.8.2011*, *p.1-11*) précisera les bases juridiques (article

Ces décisions du Conseil traduisent ainsi une approche organique des comités mixtes Suisse-UE, qui sont des *instances* créées par les accords Suisse-UE.

ii) La publication des décisions des comités mixtes

1257. Cette approche organique se prolonge parfois au niveau de la publication des décisions des comités mixtes dans le Journal Officiel de l'Union européenne. On les trouve parfois sous la rubrique « actes dont la publication n'est pas une condition de leur applicabilité »[2021]. Dans d'autres cas, la publication est faite sous la rubrique « actes adoptés par des instances créées par des accords internationaux » et non « accords internationaux »[2022]. Cette classification révèle ainsi la prépondérance accordée à la dimension organique que l'acte traduit : pouvant théoriquement être un accord international, la décision des comités mixtes semble principalement comprise comme l'acte d'une instance créée par un accord Suisse-UE. On soulignera en outre, et c'est probablement là un des éléments les plus probants de la nature institutionnelle des comités mixtes, que leurs décisions n'ont pas à être forcément publiées au Journal Officiel de l'Union européenne pour produire des effets juridiques, dispense qui, couplée à d'autres indices, confère une force exécutoire particulière aux décisions des comités mixtes, et qui les tend à les distinguer de la technique conventionnelle des accords.

iii) Le régime d'intégration dans l'ordre juridique de l'Union européenne

1258. Les deux arguments étudiés dans le paragraphe 1 pour mettre en valeur la dimension conventionnelle des décisions des comités mixtes ne sont en réalité pas univoques ; ils se prêtent à une autre lecture.

79, paragraphe 2, point b), TFUE en liaison avec l'article 218, paragraphe 9, TFUE). Ce texte ne servira pas directement de fondement à la décision n°1/2012 du comité mixte : la Commission a présenté une nouvelle proposition (*COM (2011) 671*), fondée sur les articles 48 TFUE en liaison avec l'article 218, paragraphe 9, TFUE, dispositions qui ont servi de fondement à la décision adoptée (décision 2011/863/UE, du 16 décembre 2011, *JO L 341 du 22.12.2011, p.1-10*).

2021 Voir par exemple le Journal Officiel n°L 187 du 26 juillet 2003, p. 55, dans lequel est publiée la décision n°2/2003 du comité mixte institué par l'accord sur la libre circulation des personnes [ALCP] portant modification de l'annexe II (sécurité sociale) de l'accord sur la libre circulation des personnes.

2022 Voir l'exemple du Journal Officiel n°L 103 du 13 avril 2012, qui comporte une rubrique « accords internationaux », mais qui classe sous la rubrique « actes adoptés par des instances créées par des accords internationaux » la décision n°1/2012 du comité mixte institué par l'ALCP remplaçant l'annexe II dudit accord. Voir également le Journal Officiel n°L 277 du 22 octobre 2011, qui publie la décision n°2/2011 du 30 septembre 2011 du comité mixte UE-Suisse institué par l'ALCP, en ce qui concerne le remplacement de l'annexe III de cet accord.

1259.D'abord en ce qui concerne le contrôle préventif de la Cour de justice des actes adoptés par les instances créées par des accords internationaux, ou plus exactement des actes envisagés, des projets. Certes, dans l'avis 1/75, la Cour soumet ces actes au même contrôle que celui des traités, et considère que le projet d'arrangement constitue un *accord* envisagé au sens de l'article 228, paragraphe 1, alinéa 2 traité CEE (devenu article 218, paragraphe 11 du traité FUE). Mais il s'agit là d'une conception clairement extensive destinée à permettre largement un contrôle sur l'action extérieure de la Communauté européenne afin d'éviter des « complications ». La conception extensive de la notion d'accord est clairement affirmée par la Cour qui retient que « *la qualification formelle en droit international de l'accord envisagé n'est pas déterminante aux fins de l'admissibilité de la demande. En se référant à un "accord", l'article 228, paragraphe 1, alinéa 2, du Traité entend utiliser ce terme dans un sens général, pour désigner tout engagement pris par des sujets de droit international et ayant une force obligatoire, quelle qu'en soit la qualification formelle* »[2023]. En qualifiant le projet soumis à son examen d'accord, la Cour ne visait ainsi pas forcément la nature conventionnelle au sens de traité international du texte en tant que telle, mais la nature d'accord aux fins de lui permettre d'exercer un contrôle préventif. L'avis 1/75 étendrait ainsi les possibilités de contrôle préventif à l'égard non seulement des traités internationaux classiques, c'est-à-dire pour reprendre la formule du Professeur AUVRET-FINCK des « *actes juridiques fondés sur la technique contractuelle* »[2024], mais également de « *certains actes unilatéraux ou "mixtes", tels les décisions prises par des instances internationales* ». Enfin, le contrôle préventif exercé sur l'accord ne préjuge pas de la nature de ces actes dans la mesure où il s'exerce sur des projets : par exemple, dans l'avis 1/75, le projet soumis à son examen devait encore être adopté, la conclusion de l'arrangement étant prévue « *sous la forme d'une résolution du Conseil de l'OCDE* »[2025].

1260. Le second indice tient à l'applicabilité des dispositions des actes adoptés par les instances crées par des accords internationaux. Dans l'arrêt *Sevince* précité[2026] la Cour de justice a considéré que : « *du fait de leur rattachement direct à l'accord qu'elles mettent en œuvre* […] *font, au même titre que l'accord lui-même, partie intégrante, à partir de leur entrée en vigueur,*

[2023] CJCE, 11 novembre 1975, *Arrangement OCDE,* avis 1/75, *Rec.* 1975, p.1355, pt A.

[2024] Josiane AUVRET-FINCK, « L'acquis conventionnel de l'Union », *R.A.E. 2001-2002*, pp.991-1005, spéc. p.994.

[2025] CJCE, 11 novembre 1975, *Arrangement OCDE,* avis 1/75, précité, pt A.

[2026] Voir, *supra*, §1, B, 5.

de l'ordre juridique communautaire »[2027]. Certes la Cour lie l'effet juridique de ces décisions à l'accord qui institue l'organe. Mais la Cour ne dit pas que l'acte a la même nature que l'accord, et l'on pourrait considérer qu'il peut lui être rattaché sans être de même nature que cet accord. Le droit dérivé des institutions internationales est toujours fondé sur un acte conventionnel, l'accord qui crée les institutions. L'arrêt *Sevince* n'est donc pas forcément un indicateur de l'approche relationnelle du comité mixte : la Cour se contente de lier la décision de l'organe à l'accord qui l'institue pour justifier des effets juridiques de cette décision, sans pour autant préjuger de la nature de cet acte.

1261. Par ailleurs, et toujours dans cet arrêt, la Cour de justice a considéré que le défaut de publication d'une décision d'une instance créée par un accord international ne privait pas celle-ci de tout effet dans l'ordre juridique communautaire. Plus précisément, la Cour a jugé que « *le défaut de publication de ces décisions, s'il peut faire obstacle à ce que des obligations soient imposées à un particulier, n'est pas de nature à priver ce dernier de la faculté de faire valoir, à l'égard d'une autorité publique, les droits que ces décisions lui confèrent* »[2028]. A nouveau, la portée ainsi conférée aux décisions des instances créées par des accords de l'Union européenne n'est peut-être pas propre à ces actes : cette règle est « *transposable aux accords internationaux* »[2029]. Elle contribue cependant à alimenter une certaine force exécutoire de ces décisions. Comme l'indique Eleftheria NEFRAMI : « *Depuis cet arrêt, les décisions des organes administratifs des accords internationaux font l'objet d'une simple publication au Journal officiel, sans être repris par un acte des institutions* »[2030].

b) Procédures au sein de la Suisse

1262.L'ordre juridique suisse n'exclut pas non plus complètement la nature organique des comités mixtes. La nature conventionnelle de certains développements des accords est précisée expressément, ce qui permet *a contrario* de retenir la nature organique en dehors de ces cas (i). En outre, le régime d'intégration des décisions des comités mixtes dans

---

2027 CJCE, 20 septembre 1990, *S. Z. Sevince c. Staatssecretaris van Justitie.*, aff. C-192/89, *Rec.* 1990, p. I-3461, pt 9 ; CJCE, 14 novembre 1989, *Grèce c. Commission*, aff. 30/88, *Rec.* 1989, p.3711, pt 13.

2028 CJCE, 20 sept. 1990, *S. Z. Sevince c. Staatssecretaris van Justitie.*, aff. C-192/89, *Rec.* 1990, I, p. 3461, pt 24.

2029 Joël RIDEAU, « Accords internationaux », *Rép. de droit européen*, 2011, pt 229.

2030 Eleftheria NEFRAMI, « Accords internationaux. Statut des accords internationaux dans l'ordre juridique de l'Union européenne », *JCl Europe Traité*, Fasc. 192-2, 2011, pt 5.

l'ordre juridique interne laisse aussi une place à la nature organique des comités mixtes (ii).

i) La précision du caractère conventionnel de certains actes

1263. Les accords d'association de la Suisse à Schengen et Dublin, fondés sur le principe de reprise de l'acquis pertinent de l'Union européenne[2031], laissent à la Suisse des délais lui permettant de reprendre les nouveaux développements intervenus, dans le respect de ses exigences constitutionnelles[2032]. Mais ce qui est important, c'est que l'administration fédérale souligne la particularité de la procédure de développement du droit dans ce domaine, en l'opposant à celle existant pour les comités mixtes. Elle précise en particulier que : « *Les échanges de notes concernant la reprise des développements de l'acquis de Dublin ne sont pas des décisions des comités mixtes, mais ils ont le caractère d'accords internationaux* »[2033]. Par conséquent, et *a contrario*, cela signifie que les décisions des comités mixtes n'ont pas le caractère d'accords internationaux. Or, seule une instance organique, qui possède une certaine unité, peut adopter un acte qui n'est pas un acte conventionnel, un acte cristallisant une convergence de volontés entre plusieurs sujets. C'est donc là un argument en faveur d'une lecture organique des comités mixtes Suisse-UE. Cette nature n'est en outre pas nécessairement contredite au vu de l'insertion des décisions des comités mixtes Suisse-UE dans l'ordre juridique suisse.

ii) Le régime d'intégration dans l'ordre juridique suisse

1264. Comme pour l'Union européenne, l'argument en vertu duquel les décisions des comités mixtes ont dans l'ordre juridique interne la même place que les accords Suisse-UE doit être regardé à la lumière de la question posée au juge. Celui-ci ne devrait pas déterminer la place des décisions par rapport au traité instituant l'organe, mais la place des décisions par rapport au droit interne suisse. De manière générale, « *l'ordre juridique suisse traite de la même manière, du point de vue de leur place hiérarchique, les diverses sources*

2031 Sur ce principe, voir, *supra*, partie 1, titre 2, chapitre 2, section 2.

2032 Sur ce point, voir, *supra*, partie 1, titre 2, chapitre 3.

2033 Voir le site des autorités fédérales : http://www.admin.ch/opc/fr/european-union/joint-committees/009.002.000.000.000.000.html [consulté le 1er septembre 2014].

formelles du droit des gens »[2034]. L'assimilation de la décision au traité de base sert uniquement à fonder la primauté de la décision sur le droit suisse. Comme l'explique Christian DOMNICIE, dans l'affaire *Lang et Legler*, le Tribunal fédéral a assuré la primauté de l'annexe D de la Convention de Paris telle qu'elle avait été édictée, bien après l'accession de la Suisse à ladite Convention, par la Commission internationale de la navigation aérienne. L'auteur souligne : « *Il s'agissait donc bien, non pas de règles conventionnelles* stricto sensu, *mais de règles dérivées* »[2035].

1265. La terminologie employée par le Tribunal fédéral suisse pour désigner les décisions des comités mixtes Suisse-UE, fait ressortir leur dimension organique. Le Tribunal a par exemple souligné qu'en décembre 2009, *« le Comité mixte de l'agriculture a rendu la décision n°1/2009* » et « *Le Comité mixte a ainsi modifié* » les dispositions de l'accord sur les produits agricoles[2036] ; c'est encore « *une décision n°1/2012 du Comité mixte [qui] a actualisé le contenu* »[2037] de l'annexe II à l'accord sur la libre circulation des personnes (ALCP).

1266. Enfin, et même s'il s'agit essentiellement d'un moyen porté devant le Tribunal, sa particularité et la « connotation organique » du comité mixte qu'il porte mérite d'être soulignée. Comme la plupart des accords Suisse-UE, l'accord sur la libre circulation des personnes prévoit que le comité mixte est responsable de la gestion et du bon fonctionnement de celui-ci. Or une affaire rendue en 2014 a révélé une facette de ce rôle qui n'était pas prévue directement par l'accord. La requérante (« recourante ») a fait savoir au Tribunal fédéral que « *que parallèlement à son recours, elle avait saisi le Comité mixte, responsable de la bonne application des accords bilatéraux entre la Suisse et l'Union européenne* »[2038]. La possibilité d'une telle saisine du comité mixte par un particulier n'était pas évidente au vu des accords Suisse-UE. L'arrêt ne préjuge du reste pas des suites données par la requête, mais la démarche de la requérante est intéressante du point de vue de la perception de la nature organique du comité mixte que peuvent se faire des

---

2034 Christian DOMINICIE, François VOEFFRAY, « Suisse », in Pierre Michel EISENMANN (dir.), *L'intégration du droit international et communautaire dans l'ordre juridique national. Etude de la pratique en Europe*, La Haye, Kluwer Law International, 1996, pp.529-570, spéc. p.560.

2035 Christian DOMINICIE, « La nature juridique des actes des organisations internationales », in *L'ordre juridique international. Entre tradition et innovation. Recueil d'études*, Paris, PUF, 1997, pp. 421-434, spéc. pp.428-429.

2036 ATF du 5 avril 2011, *A et a. c. Conseil d'Etat du canton de Genève*, aff. 2C_649/2010, pt B.

2037 ATF du 3 avril 2014, *C. c. Caisse cantonale vaudoise de compensation* AVS, aff. 9C_593/2013, pt 5.2.

2038 Arrêt précité, pt 2.1.

particuliers. L'importance que pouvait revêtir « l'institution » du comité mixte est en outre attestée par le fait que sa requête a été transmise aux autorités de l'Union européenne (à la Direction générale Emploi au sein de l'Union européenne), et que la recourante invoquait une suspension de la procédure « *jusqu'à droit connu sur l'échange de vues entre le Comité mixte, ladite Direction et les autorités suisses, voire jusqu'à la décision que les autorités suisses pourraient éventuellement prendre à la suite de cet échange* »[2039].

1267. En conclusion, les indices relatifs à la nature des comités mixtes sont assez divergents : selon le critère retenu, on peut y voir une simple conférence internationale facilitant l'accord de la Suisse et de l'Union européenne (et le cas échéant de ses Etats membres) sur un nouveau traité de modification des accords Suisse-UE existant, ou alors un véritable organe adoptant un acte qui n'est pas de nature conventionnelle, un acte collectif voire unilatéral. C'est donc en tenant compte de ces sérieuses ambivalences que l'on ne peut que proposer une synthèse assez fragile, relative à la qualification des comités mixtes Suisse-UE et des actes qu'ils adoptent. C'est en faveur d'une lecture institutionnelle que cette synthèse sera opérée, en considérant que les quelques éléments précités tendent à exclure, même légèrement, le cadre strictement relationnel qui s'applique « par défaut » entre des sujets de droit international, en insérant dans la relation Suisse-UE, une pointe d'institutionnalisme, un institutionnalisme limité, et déterminé par l'institution qu'est l'Union européenne.

*

* *

[2039] *Ibid.*

Section 2. Proposition de lecture institutionnelle des comités mixtes

1268. On peut en premier lieu remarquer que certains indices semblent peu probants, compte tenu des contradictions qu'ils portent, ou de la faible orientation qu'ils indiquent. Tel est le cas des procédures internes à l'Union européenne entourant les décisions des comités mixtes. Le fondement des décisions du Conseil de l'Union européenne relatif à la position que l'Union européenne doit adopter au sein des comités mixtes, l'article 278, paragraphe 9, TFUE, peut être vu comme organisant au sein de l'Union européenne une procédure simplifiée de révision de l'accord Suisse-UE, ou comme reconnaissant la nature organique des comités mixtes, instances créées par ces accords. De même, la publication au Journal Officiel, déjà en soi un indice de faible portée, perd toute valeur indicative compte tenu des pratiques aléatoires consistant à publier les décisions des comités mixtes sous des rubriques différentes, telles que « accords internationaux » ou « actes adoptés par des instances créées par des accords internationaux ». Enfin, les signatures des décisions des comités mixtes n'apportent guère d'indication sur la nature de ces actes, tantôt signés par les chefs de délégation de la Suisse et de l'Union européenne, tantôt signés par les membres du comité, les présidents voire lorsque cette fonction est assumée à tour de rôle, par le seul président de l'organe. Il est donc peu probant d'en tirer une approche plutôt relationnelle ou plutôt institutionnelle, sauf à dégager des catégories d'actes au sein d'un même comité mixte ou selon les comités mixtes. Cependant même dans ce cas, une telle distinction sur la base des signatures, pour ne pas être artificielle, devrait constituer le prolongement d'autres distinctions entre les actes adoptés, ou entre les comités mixtes. Or, et hormis le cas du comité Schengen sur lequel on reviendra, il ne semble pas exister de notables différences entre les comités mixtes qui justifierait de tirer des conclusions différentes sur la nature des actes qu'ils adoptent en fonction uniquement de la signature.

1269. Il reste à trouver une logique aux autres arguments qui tendent pour certains à ne voir dans les comités mixtes que des conférences internationales, pour d'autres à les considérer comme des institutions internationales. Or, et sauf à rejeter la pertinence des critères d'un de ces blocs, il faut signaler que cette tentative d'identification d'une logique

est affectée par la pertinence des arguments de l'autre bloc. Sous cette – importante – réserve, on proposera les pistes suivantes.

1270. Les comités mixtes constituent des organes de l'ensemble Suisse-UE. Cette affirmation est possible si l'on retient une démarche cumulative et progressive : il existe des indices d'institutionnalisation qui font que la relation Suisse-UE ne fonctionne plus uniquement sur une base relationnelle. Cette approche a l'avantage de ne pas rejeter toute pertinence aux éléments traduisant une approche relationnelle, en respectant les définitions apposées aux catégories. Il s'agit de dire qu'en raison des éléments institutionnels constatés, les comités mixtes n'obéissent plus uniquement à une logique relationnelle, et qu'ils sortent ainsi de la catégorie des simples conférences préalablement définies strictement (§1). Il reste alors à qualifier l'institutionnalisation. Or, elle peut se rattacher à deux idées. D'une part, le degré d'institutionnalisation atteint n'est pas univoque : on peut penser, sans être certain, qu'il existe un organe commun ; il est en revanche probable qu'il n'existe pas d'organisation internationale Suisse-UE (§2). Cette limitation s'explique en partie par le fait que l'institutionnalisation en cause est celle entre deux sujets dont l'un est déjà une institution dérivée d'une part, institution qui fait elle-même objet de l'institutionnalisation. En d'autres termes, la réflexion sur l'institutionnalisation doit prendre en compte un point important et dont on a parfois souligné le potentiel vecteur d'ambiguïtés : la relation Suisse-UE se caractérise par l'aménagement de règles de participation de la Suisse dans l'Union européenne laquelle est une organisation internationale dotée d'objectifs ambitieux d'intégration. La qualité de l'Union européenne et l'orientation de la relation Suisse-UE sur l'Union européenne expliquent probablement certaines particularités de l'institutionnalisation de l'ensemble Suisse-UE (§3).

§1 – La nature organique des comités mixtes

1271. La plupart des accords Suisse-UE ont institué un comité mixte chargé de la gestion de l'accord qui l'institue. Ce comité mixte est en principe composé des représentants des parties contractantes, c'est-à-dire de représentants de la Suisse et de représentants de

l'Union européenne et le cas échéant de ses Etats membres[2040]. Le comité mixte peut se réunir « *au niveau des ministres, des hauts fonctionnaires ou des experts, selon les besoins* »[2041]. Les comités mixtes adoptent en principe leurs décisions à l'unanimité. Les accords confient ensuite aux comités mixtes le soin d'élaborer leurs règlements intérieurs[2042].

1272. Les accords ne précisent pas clairement si l'adoption du règlement intérieur est pour le comité mixte une faculté ou d'une obligation. Au vu de la formule impérative souvent employée, on pourrait y voir une obligation : « *Le comité mixte établit son règlement intérieur* »[2043]. Sont en outre parfois précisées dans l'accord Suisse-UE, celles des modalités qui doivent être régies dans le règlement intérieur telles que « *les modalités de convocations des réunions, de désignation de son président et de définition du mandat de ce dernier* »[2044].

1273. Or on constate que les comités mixtes Suisse-UE semblent avoir exercé cette prérogative ou cette obligation[2045]. En effet, et sauf quelques cas isolés[2046], il semble que de

---

2040 L'accord du 26 octobre 2004 entre la Confédération suisse, l'Union européenne et la Communauté européenne sur l'association de la Confédération suisse à la mise en œuvre, à l'application et au développement de l'acquis de Schengen (AAS) (*RS 0.362.31 / JO L 53 du 27.2.2008, p. 52-79*), a mis en place un comité mixte composé, outre des représentants de la Suisse, des membres du Conseil de l'Union européenne et de la Commission européenne. En outre, à la suite de la signature d'un Protocole associant le Liechtenstein à l'AAS, la composition du comité mixte a été modifiée pour y inclure un représentant de la Principauté. Voir la décision n°1/2004 du 26 octobre 2004 du Comité mixte UE/Suisse [établi par l'AAS] portant adoption de son règlement intérieur (*JO C 308 du 14.12.2004, p. 2–4*); et la décision n°1/2008 du 28 février 2008 du même comité, modifiant son règlement intérieur (*JO L 83du 26.3.2008, p. 37–38*).

2041 Article 3, paragraphe 4, de l'AAS précité.

2042 Voir par exemple : article 14, paragraphe 5, de l'accord du 21 juin 1999 sur la libre circulation des personnes (*RS 0.142.112.681 / JO L 114 du 30.4.2002, p. 6–72*) ;

2043 Article 29, paragraphe 3, de l'accord du 22 juillet 1972 relatif au libre-échange (*RS 0.632.401 / JO L 300 du 31.12.1972, p. 189-280*) ; article 11, paragraphe 1, de l'accord-cadre de coopération scientifique et technique du 8 janvier 1986 (*RS 0.420.518 / JO L 313 du 22.11.1985, p.6-8*) ; article 37, paragraphe 3, de l'accord du 10 octobre 1989 entre la Confédération suisse et la Communauté économique européenne concernant l'assurance directe autre que l'assurance sur la vie (*RS 0.961.1 / JO L 205 du 27.7.1991, p. 2–47*) ; article 11, paragraphe 2, de l'accord du 21 juin 1999 sur certains aspects relatifs aux marchés publics (*RS 0.172.052.68 / JO L 114 du 30.4.2002,* p. 430-467). L'article 21, paragraphe 3, de l'accord du 21 juin 1999 sur le transport aérien (*RS 0.748.127.192.68 / JO L 114 du 30.4.2002, p.73-90*) et l'article 51, paragraphe 4, de l'accord sur les transports terrestres de 1999 (*RS 0.740.72 / JO L 114 du 30.4.2002, p.91-131*), prévoient que le comité « *adopte par décision son règlement intérieur* ». L'article 19 de l'annexe 11 de l'accord de 1999 sur les produits agricoles (*RS 0.916.026.81 / JO L 114 du 30.4.2002, p. 132-349*) précise que le comité mixte Vétérinaire « *arrête son règlement intérieur* ».

2044 Article 14, paragraphe 5, de l'accord du 21 juin 1999 sur la libre circulation des personnes précité. Pour une formule similaire voir l'article 21, paragraphe 3, de l'accord du 21 juin 1999 sur le transport aérien précité ; l'article 51, paragraphe 5, de l'accord sur les transports terrestres de 1999 précité; l'article 3, paragraphe 3, de l'accord du 26 octobre 2004 relatif à la coopération dans le domaine statistique (*RS 0.431.026.81 / JO L 90 du 28.3.2006, p. 2-20*) ou encore l'article 19, paragraphe 4, de l'accord du 25 juin 2009 relatif à la facilitation des contrôles et des formalités lors du transport des marchandises ainsi qu'aux mesures douanières de sécurité (*RS 0.631.242.05 / JO L 199 du 31.7.2009, p. 24–42*).

2045 Dans de nombreux cas, la première décision adoptée par le comité mixte n'a pas été publiée et n'est de ce fait pas disponible (ex : décision n°1/2002 du 23 décembre 2002 du comité institué par l'accord du 21 juin 1999 relatif à la reconnaissance mutuelle en matière d'évaluation de la conformité ; décision n°1/2003 du 20 juin 2003 du comité institué par l'accord du 21 juin 1999 sur le transport de marchandises et de voyageurs par rail et par route ; décision n°1/2003 du 16 juillet 2003 du comité mixte institué par l'accord du 21 juin 1999 sur la libre circulation des

nombreux comités mixtes, notamment ceux institués par les accords bilatéraux I de 1999 ont adopté leur règlement intérieur[2047].

1274. Or l'adoption des règlements intérieurs par les comités mixtes révèle l'existence d'une certaine unité de ces groupements. On ne peut encore en préciser la nature, car l'adoption des règlements intérieurs ne suffit pas à considérer que l'entité est autre chose qu'une conférence entre des sujets de droit international. Le fait pour une entité d'adopter un règlement intérieur lui confère une certaine unité et fonctionnalité, l'ensemble qui y est soumis pouvant obéir à une logique essentiellement relationnelle à vraiment institutionnelle.

1275. Deux éléments vont alors apparaître déterminants pour préciser l'institutionnalisation parce qu'ils inscrivent une logique de pérennité dans la relation Suisse-UE. Le premier élément est l'identification de fonctions organiques, l'idée que le fonctionnement interne aux comités mixtes se déroule selon des règles traduisant un fonctionnement organique. On retrouve de tels éléments structurels avec les fonctions de présidence, secrétariat et groupe d'experts, même si l'autonomie de ces fonctions – et donc

---

personnes ; décision 1/2003 du 26 septembre 2003 du comité mixte institué par l'accord du 21 juin 1999 sur certains aspects relatifs aux marchés publics).

L'intitulé de ces décisions n'indique pas leur objet mais compte tenu du fait qu'il s'agit de la première décision du comité d'une part, et que les autres comités mixtes ont généralement commencé par adopter leurs règlements intérieurs d'autre part, il est probable que cette première décision ait pour objet l'adoption d'un règlement intérieur.

2046 Une telle situation pourrait s'expliquer lorsque le comité n'a pas encore exercé une activité décisionnelle : n'auraient pas adopté de règlement intérieur, les comités mixtes institués par l'accord du 26 octobre 2004 relatif aux critères et aux mécanismes permettant de déterminer l'Etat responsable de l'examen d'une demande d'asile introduite dans un Etat membre ou en Suisse, par l'accord de coopération du 26 octobre 2004 pour lutter contre la fraude, par l'accord du 26 octobre 2004 concernant la participation de la Suisse à l'Agence européenne pour l'environnement.

Cette situation pourrait également se comprendre lorsque le comité, institué par un accord prévoyant la participation de la Suisse à un programme de quelques années, a dès lors une durée d'existence limitée qui réduit l'intérêt de l'adoption d'un règlement intérieur. Ainsi la seule décision adoptée par le comité institué par l'accord MEDIA 2007 ne régit pas le règlement intérieur du comité mixte alors même que l'établissement du règlement intérieur est posé à l'article 8, paragraphe 5, de l'accord MEDIA 2007.

Le comité mixte institué par l'accord de libre-échange de 1972 ne semble pas avoir adopté de règlement intérieur, alors qu'il a adopté de nombreuses décisions de modification de l'accord.

2047 Sans exhaustivité, on citera : la décision n°1/2003 du 29 juillet 2003 du comité mixte vétérinaire institué par l'accord relatif aux échanges de produits agricoles du 29 juillet 2003 concernant l'adoption de son règlement intérieur (*JO L 254 du 08.10.2003 p.35–37)* ; la décision n°1/2003 du 21 octobre 2003 du Comité mixte de l'agriculture institué par l'accord relatif aux échanges de produits agricoles concernant l'adoption de son règlement intérieur (*JO L 303 du 21.11.2003, p.24–26*) ; la décision n°2/2004 du 22 avril 2004 Comité des transports aériens Communauté/Suisse portant adoption de son règlement intérieur (*JO L 151 du 30.4.2004, p. 4–8*) ; la décision n°1/2004 du 26 octobre 2004 du Comité mixte UE/Suisse établi par l'accord conclu entre l'Union européenne, la Communauté européenne et la Confédération suisse concernant l'association de cet État à la mise en œuvre, à l'application et à la poursuite du développement de l'acquis de Schengen portant adoption de son règlement intérieur (*JO C 308 du 14.12.2004, p. 2–4*) ; la décision n°1/2012 du 11 septembre 2012 du Comité mixte UE-Suisse [institué par l'accord de 2009 relatif à la facilitation des contrôles et des formalités lors du transport des marchandises, ainsi qu'aux mesures douanières de sécurité] arrêtant le règlement intérieur du Comité mixte et instituant un groupe de travail (*JO L 325 du 23.11.2012, p. 17–18*).

le degré d'institutionnalisation qu'elle traduit – reste encore sommaire (A). Le second élément qui traduirait la pérennité d'une institution c'est la mise en cohérence entre les comités mixtes. Des exemples isolés traduisent cet effort d'unité, comme en matière de recherche scientifique où la coopération est suivie par un comité recherche mis en place par un accord cadre de 1986. Mais ici un pas important reste à franchir, et le serait probablement par un accord cadre global (B).

A) Des fonctions exercées au sein d'organes

1276. Ces règlements intérieurs ont conduit à la mise en place de fonctions au sein des comités mixtes. On verra que l'autonomie de ces fonctions par rapport au statut de membre est relative ; toutefois, il y a une amorce de structuration qui traduit une logique de pérennité et un fonctionnalisme qui caractérisent les institutions internationales. L'identification de fonctions confiées à des personnes différentes, permet de dégager à la fois une ébauche d'agencement institutionnel, et une logique de pérennité qui éloignent les comités mixtes de la catégorie des conférences internationales prises au sens strict. Les comités mixtes se voient ainsi dotés par leurs règlements intérieurs d'un président (1), un secrétariat (2) et parfois assistés de groupes de travail (3), mais l'agencement institutionnel créé pour répondre à ces fonctions est sommaire.

1) La présidence des comités mixtes

1277. Une fonction de présidence peut être identifiée au sein des comités mixtes, même si elle reste fortement liée à la qualité de membre de l'organe.

1278. C'est bien une fonction de la présidence du comité mixte qui semble pouvoir être identifiée. La présidence établit en général l'ordre du jour provisoire *de chaque réunion* du comité mixte[2048] et fixe la date et le lieu des réunions[2049]. Suivant la périodicité minimale

---

[2048] Article 6 de la décision n°1/2003 du 21 octobre 2003 du Comité mixte de l'agriculture précitée ; article 5 de la décision n°2/2004 du 22 avril 2004 du Comité des transports aériens Communauté/Suisse précitée ; article 6 de la décision n°1/2004 du 26 octobre 2004 du Comité mixte Schengen précitée ; article 5 du règlement annexé à la décision n°1/2008 du 14 février 2008 du comité statistique Communauté/Suisse précitée.

[2049] Articles 2 et 3 de la décision n°1/2003 du 21 octobre 2003 du Comité mixte de l'agriculture institué par l'accord relatif aux échanges de produits agricoles précitée ; article premier, paragraphe 1, de la décision n°2/2004 du 22 avril 2004 du Comité des transports aériens Communauté/Suisse portant adoption de son règlement intérieur, *JO L 151 du 30.4.2004, p. 4–8*

fixée dans les accords et règlements intérieurs – en général « *au moins une fois par an* »[2050] – le président « *convoque* » le comité ; il peut aussi être *tenu de convoquer le comité* à la demande du chef de l'autre délégation[2051]. Ce faisant, le président du comité mixte d'organise pas la rencontre entre les parties contractantes à l'accord, mais la « *réunion du comité* » gérant l'accord[2052]. Le président du comité mixte *signe* également *les décisions du comité mixte*, même l'absence d'uniformité de cette pratique limite les enseignements à en tirer sur l'autonomie de la fonction de président. Enfin, le président assure certaines fonctions particulières destinées à assurer la bonne exécution des accords, et qui impliquent le président en tant que tel, et non seulement le représentant d'une partie contractante[2053].

1279. Certes, les contours de la fonction de présidence ne sont pas clairement définis. La fonction de présidence n'est en particulier pas complètement distincte du simple statut de membre du comité. En effet, l'autonomie fonctionnelle de la présidence est limitée car l'exercice de cette fonction reste largement tributaire des autres membres du comité mixte : la date, le lieu des réunions et l'ordre du jour du comité mixte, fixés par son président, sont ensuite consentis par toutes les délégations. Il est vrai que par comparaison, certaines présidences d'organes communs – sans parler d'organes rattachés à une organisation internationale – disposent d'attributions plus importantes que la présidence des comités mixtes Suisse-UE[2054]. Mais on trouve aussi des organes que la doctrine a qualifiés

---

2050 Voir par exemple, l'article 31, paragraphe 2, de l'accord de libre-échange de 1972 ; l'article 11, paragraphe 2, de l'accord-cadre de coopération scientifique de 1986 ; l'article 11, paragraphe 4, de l'accord sur la libre circulation des personnes de 1999 ; article 21, paragraphe 4, de l'accord du 21 juin 1999 sur le transport aérien (*RS 0.748.127.192.68 / JO L 114 du 30.4.2002, p.73-90*) ; l'article 51, paragraphe 5, de l'accord sur les transports terrestres de 1999. En revanche, les accords de coopération dans le domaine des statistiques, de l'audiovisuel, de l'éducation et la formation prévoient uniquement que le comité se réunit en cas de besoin à la demande d'une des parties contractantes à l'accord.

2051 Article 4, paragraphe 1, de la décision n°2/2004 du 22 avril 2004 du Comité des transports aériens Communauté/Suisse portant adoption de son règlement intérieur (2004/405/CE), *JO L 151 du 30.4.2004, p. 4–8*.

2052 Article 4, paragraphe 1, de la décision n°2/2004 du 22 avril 2004 du Comité des transports aériens précitée.

2053 Voir par exemple l'article 6, paragraphe 3, de l'accord du 21 juin 1999 relatif à la reconnaissance mutuelle en matière d'évaluation de la conformité (*RS 0.946.526.81/JO L 114 du 30.4.2002, p.369-429*). Par exemple, dans l'accord sur la reconnaissance mutuelle des évaluations de la conformité, lorsqu'une autorité de désignation suspend ou rétablit un organisme d'évaluation de la conformité placé sous sa juridiction, la partie concernée en informe immédiatement non seulement l'autre partie mais aussi le président du comité. Si celui-ci n'était rien d'autre qu'un représentant d'une partie, alors il serait déjà informé de la modification concernant l'organisme d'évaluation, en tant que partie dont la modification provient, ou en tant que « autre partie » qui en est informée. Il faut donc reconnaître que le président d'un comité mixte est plus qu'un représentant d'une partie

2054 Par exemple, la CELAC (Communauté d'Etats latino-américains et caribéens), créée formellement en décembre 2011 lors du Sommet de Caracas, peut être qualifiée d'organe commun à ses membres (Carlo SANTULLI, « *Retour sur la théorie de l'organe commun. Réflexions sur la nature juridique des organisations internationales à partir du cas d'Alba et de la Celac, comparées notamment à l'Union européenne et à l'O.N.U.* », *R.G.D.I.P.* 2012, n°3, pp. 565-578).

d'organes communs dans lesquels la fonction de présidence n'est pas plus importante que dans les comités mixtes Suisse-UE[2055]. Ces exemples comparatifs ne semblent ainsi pas infirmer l'idée que le comité mixte puisse être un organe, et même on le verra un organe commun, malgré le caractère limité de l'autonomie de la fonction de président.

1280. En outre, la conception de la fonction de président dépend aussi de la désignation du président. Or celle-ci varie selon les accords. L'autonomie est faible lorsque la présidence du comité mixte est exercée non pas alternativement mais « *conjointement par un représentant de la Communauté européenne et par un représentant de la Confédération suisse* »[2056]. En revanche, l'autonomisation de la fonction de président semble – relativement – importante lorsque la présidence du comité mixte est assurée *à tour de rôle* par l'Union européenne et par la Suisse pour un an[2057]. Relativement, car il n'y a pas ici un président d'un organe stable et détaché de toute représentation de l'entité (Etat ou organisation) qu'il représente[2058]. Toutefois, même en droit des organisations internationales, lorsque la présidence d'un organe est assurée par le représentant d'un Etat, celui-ci ne perd pas complètement cette qualité, et il pèse en permanence sur lui le

---

L'article 3 du Statut de procédures de la CELAC en fait expressément un « *organe de soutien institutionnel, technique et administratif de la CELAC* », et lui attribue une quinzaine de fonctions. En vertu de cette disposition, il revient à la présidence *pro tempore* non seulement de convoquer les Sommets de Chefs d'État et de gouvernement, mais aussi de « *mettre en œuvre les décisions* » des Sommets, ou encore de « *s'ériger en gardienne du patrimoine de la Communauté* » et de « *soutenir les instances de la CELAC dans l'exercice de leurs fonctions* ».

2055 Ce constat vaut même pour des organes qui, comme les comités mixtes Suisse-UE, n'assurent pas qu'une fonction de suivi de l'exécution du traité qui l'institue, et disposent d'un pouvoir de l'amender. Par exemple, la Convention de Vienne pour la protection de la couche d'ozone de 1985 ne mentionne pas de présidence de la Conférence des Parties, pourtant qualifiée d'organe commun (Raphaële RIVIER, « L'utilisation d'autres formes "d'organisation internationale" », *R.G.D.I.P.*, 2012, n°3, tome 116, pp.483-509, spéc. p. 488, note 13). Son règlement intérieur prévoit une présidence, mais il ne s'agit que d'une *présidence de réunion* davantage qu'une présidence d'organe (voir la règle 21, paragraphes 1 et 2 du règlement intérieur). Des observations analogues valent pour la Conférence des Parties instituée par la Convention-cadre de l'O.M.S. pour la lutte antitabac.

2056 Article premier de la décision n°1/2003 du 29 juillet 2003 du comité mixte vétérinaire institué par l'accord entre la Communauté européenne et la Confédération suisse relatif aux échanges de produits agricoles du 29 juillet 2003 concernant l'adoption de son règlement intérieur (2003/703/CE), *JO L 254 du 08.10.2003 p.35–37* ; article premier, paragraphe 1, de la décision n°2/2004 du 22 avril 2004 du Comité des transports aériens Communauté/Suisse portant adoption de son règlement intérieur (2004/405/CE), *JO L 151 du 30.4.2004, p. 4–8*.

2057 Article premier de la décision n°1/2003 du 21 octobre 2003 du Comité mixte de l'agriculture institué par l'accord relatif aux échanges de produits agricoles concernant l'adoption de son règlement intérieur (*JO L 303 du 21.11.2003, p. 24–26*) ; article premier du règlement intérieur annexé à la décision n°1/2008 du 14 février 2008 du comité statistique Communauté/Suisse, portant adoption de son règlement intérieur (*JO L 57 du 1.3.2008, p. 21–24*) ; article 1 de la décision n°1/2012 du Comité mixte UE-Suisse du 11 septembre 2012 arrêtant le règlement intérieur du Comité mixte et instituant un groupe de travail (*JO L 325 du 23.11.2012, p. 17–18*).

2058 L'autonomie peut être plus importante : à titre de comparaison, le paragraphe 3 de la règle 21 du règlement intérieur de la Conférence des Parties contractantes à la Convention Ramsar prévoit que le président et le président suppléant participent à la session « *en leur qualité de président et de président suppléant et ne peuvent, en même temps, exercer les droits de représentant d'une Partie. La Partie concernée désigne un autre représentant habilité à la représenter à la session et à exercer le droit de vote* ».

soupçon « *qu'il en demeure subjectivement et avant tout le représentant* »[2059]. Il n'y a donc difficilement en droit des organisations internationales un complet détachement entre la représentation de l'Etat et la fonction de présidence d'un organe. Ce n'est que lorsque cette fonction est confiée « *au secrétaire ou directeur général de l'organisation ou encore à une tierce personnalité, l'un ou l'autre étant revêtu du statut de fonctionnaire international* »[2060], que son autonomisation est la plus poussée. Sous cette réserve, l'autonomie est assez importante car la présidence est assurée pour une durée d'un an, ce système de rotation se retrouve dans des organes d'organisations internationales[2061] ou dans des organes communs[2062]. Il se retrouve aussi dans le comité mixte EEE dont la présidence est assurée à tour de rôle, pendant une période de six mois – et non un an – par la Commission européenne et le représentant d'un des États de l'AELE membre de l'EEE[2063]. L'autonomie de la fonction est encore plus accentuée dans le cas spécifique du comité mixte Schengen, dans lequel il y a un relatif abandon d'une idée de répartition des représentations qui confère une certaine stabilité à la fonction[2064].

2) *Le secrétariat des comités mixtes*

1281. La fonction de secrétariat est importante dans l'institutionnalisation d'un ensemble, car il s'agit d'un organe administratif de l'entité. Cette dimension administrative qui incombe au secrétariat d'une entité traduit la permanence et la vie d'une communauté.

2059 Evelyne LAGRANGE, *La représentation institutionnelle dans l'ordre international: une contribution à la théorie de la personnalité morale des organisations internationales*, La Haye, Kluwer law international, 2002, 608 p., spéc. p. 164.

2060 Evelyne LAGRANGE, *op.cit.*, spéc. p. 166.

2061 On citera simplement en exemple la présidence du Conseil des ministres de l'Union européenne.

2062 Les exemples qui suivent relatifs aux organes communs seront expliqués lors de l'exposé de la théorie de l'organe commun, *infra*, §2, A), 1.

La Conférence des parties de la Convention « Ramsar » élit un président pour chaque session ordinaire (Règle 21 du règlement intérieur de la Conférence des Parties contractantes), sessions convoquées tous les trois ans au plus (article 6, paragraphe 1, de la Convention Ramsar).

Un système similaire (présidence par session ordinaire) est prévu à la règle 21 du règlement intérieur de la Conférence des Parties de la Convention de Vienne, avec une mention implicite d'une rotation (lecture *a contrario* de la règle 21, paragraphe 2 : « *Dans certains cas, ils peuvent être réélus pour exercer consécutivement un nouveau mandat* »).

Le Sommet de la « CELAC » « *élit* » (article 6 du Statut de procédures de la CELAC, valable pour les périodes 2011-2012 et 2012-2013) un président « pro tempore » au sein de leurs membres, pour un an. Le Sommet de 2013 semble avoir entériné la durée d'un an qui coïncide avec celle des Sommets, et le principe rotatif (voir les points 70 et 72 de la « Declaracion de Santiago de la I Cumbre de la CELAC » de janvier 2013. Une certaine continuité est assurée par le biais de la Troïka puisque la présidence est assistée par une Troïka composée de l'État membre exerçant cette Présidence, l'État membre l'ayant exercée avant lui et l'État membre devant lui succéder à cette fonction.

Le Conseil de l'Arctique semble avoir mis en place une pratique de présidence rotative, d'une durée de deux ans.

2063 Josiane AUVRET-FINCK, « Espace économique européen », *Rép. de droit européen*, 2003, pt 51.

2064 Voir, *infra*, §3.

Cette fonction est particulièrement développée dans les organisations internationales : le secrétariat est chargé d'exécuter « *la volonté de l'organisation, qui n'est pas obligatoirement conforme à celle de chacun de ses Etats membres* »[2065], ce qui implique que le secrétariat doit pouvoir « *exiger des membres la présentation et l'échange d'informations utiles au fonctionnement de l'organisation* »[2066]. En pratique le secrétariat d'une organisation acquière une importance parce qu'il se trouve confronté à des situations que les organes directeurs, qui ne siègent pas en permanence, n'ont pas forcément prévues, et parce que c'est le secrétariat « *qui connaît le mieux toute la documentation et toute la pratique de l'organisation. Même en ne faisant que des propositions, pour l'ordre du jour d'une session ou pour l'établissement du budget par exemple, le secrétariat créé des situations de fait* »[2067]. La permanence d'un secrétariat est ainsi non seulement un indicateur de l'existence de cette entité, mais aussi un levier de pérennisation parce qu'elle est propice à la formation d'un travail orienté sur les buts de l'entité.

1282. Dans les comités mixtes Suisse-UE, on retrouve certains éléments de la fonction de secrétariat établie dans les organisations internationales qui éloignent les comités de la qualité de simple cadre de concertation entre la Suisse et l'Union européenne. Déjà, les règlements intérieurs prévoient la désignation des chefs de délégation qui, « *en dehors des réunions* [des comités mixtes] *constituent les personnes de contact pour toutes les matières relatives à l'accord* »[2068]. En prévoyant qu'une copie des correspondances est envoyée à la mission suisse auprès des Communautés européennes[2069] et parfois également à la Commission européenne[2070], les règlements intérieurs sont assez équivoques[2071].

2065 Ignaz SEIDL-HOHENVELDERN, « Les organes des organisations internationales », in R.-J. DUPUY (dir.), *Manuel sur les organisations internationales*, Boston, Martinus Nijhoff Publishers, 1998, 2ème éd., pp.89-109, spéc. p.104.

2066 Ignaz SEIDL-HOHENVELDERN, « Les organes des organisations internationales », précité, p. 104.

2067 *Ibid.*

2068 Article 4, paragraphe 2, de la décision n°1/2003 du 21 octobre 2003 du Comité mixte de l'agriculture institué par l'accord relatif aux échanges de produits agricoles concernant l'adoption de son règlement intérieur (2003/808/CE), *JO L 303 du 21.11.2003, p. 24–26* ; article 2, paragraphe 2, de la décision n°2/2004 du 22 avril 2004 du Comité des transports aériens Communauté/Suisse portant adoption de son règlement intérieur (2004/405/CE), *JO L 151 du 30.4.2004, p. 4–8*.

2069 Article 11 de la décision n°2/2004 du 22 avril 2004 du Comité des transports aériens Communauté/Suisse précitée.

2070 Voir par exemple l'article 5 de la décision n°1/2003 du 21 octobre 2003 du Comité mixte de l'agriculture institué par l'accord relatif aux échanges de produits agricoles précitée ou l'article 11 du règlement intérieur institué par la décision n°1/2008 du 14 février 2008 du comité statistique précitée qui prévoit que les correspondances seront également envoyées à la délégation de la Commission en Suisse.

2071 D'un côté, cette transmission renseigne celles des institutions de chacune des parties. D'un autre côté, ce pourrait être en considération de l'activité qui apparaît comme une activité au sein d'un organe, qu'est prévue une certaine

En revanche, le fait de prévoir que les correspondances relatives à la vie de l'accord sont envoyées au secrétariat du comité Suisse-UE[2072] rend incontournable le comité : la vie de l'accord ne peut plus concerner uniquement un rapport relationnel et diplomatique Suisse-UE, elle concerne aussi un organe, le comité mixte. Dans cette optique, c'est le plus souvent le secrétariat qui établit un procès-verbal des réunions du comité mixte[2073]. Le rôle du secrétaire est en outre accru lorsque le règlement intérieur prévoit que les actes du comité mixte sont signés par le secrétaire[2074] : cette disposition, peut-être destinée à assurer au secrétariat une fonction d'enregistrement[2075], paraît renforcer le caractère « institutionnel » de l'acte adopté.

1283. Plus cette fonction sera attribuée à des personnes indépendamment de leur qualité de représentant, plus la fonction de secrétariat sera identifiable d'un point de vue organique. Or l'autonomie du secrétaire par rapport aux membres révèle le degré d'institutionnalisation de l'entité à l'égard de laquelle il assure des fonctions de secrétariat. Dans une organisation internationale, le secrétaire général est souvent désigné par un organe plénier, mais dispose à l'égard des membres de cet organe d'une certaine autonomie, pour assurer sa fonction dont on a vu qu'elle est plus « institutionnalisée » que celle du secrétaire des comités mixtes, parce que « *le secrétariat est censé représenter la volonté de l'organisation* »[2076]. Dans cette optique, le secrétaire général exerce sa fonction sur une période assez longue, par exemple de cinq années à l'ONU, et les membres du secrétariat peuvent disposer notamment de privilèges et immunités, et l'on constate ainsi « *qu'en général les membres du secrétariat s'identifient intensément aux but de l'organisation, bien au-delà*

---

publicité de l'activité du comité mixte. D'autant qu'on retrouverait également, par cette transmission à des institutions stables une logique de pérennité de l'ensemble Suisse-UE.

2072 Article 5 de la décision n°1/2003 du 21 octobre 2003 du Comité mixte de l'agriculture institué par l'accord relatif aux échanges de produits agricoles précitée ; article 11 de la décision n°2/2004 du 22 avril 2004 du Comité des transports aériens Communauté/Suisse précitée.

2073 Article 7, paragraphe 1, de la décision n°1/2003 du 21 octobre 2003 du Comité mixte de l'agriculture institué par l'accord relatif aux échanges de produits agricoles précitée ; article 8, paragraphe 1, de la décision n°2/2004 du 22 avril 2004 du Comité des transports aériens Communauté/Suisse précitée.

2074 Article 8, paragraphe 2, de la décision n°1/2003 du 21 octobre 2003 du Comité mixte de l'agriculture précitée.

2075 Lorsqu'il n'est pas prévu que le secrétaire signe les actes du comité mixte, mais que les actes sont uniquement revêtus de la signature du président et du chef de délégation de la partie n'exerçant pas la présidence, le règlement intérieur précise parfois: « *Un exemplaire original est conservé par chacune des parties* » (article 7, paragraphe 2, de la décision n°2/2004 du 22 avril 2004 du Comité des transports aériens Communauté/Suisse précitée).

2076 Ignaz SEIDL-HOHENVELDERN, « Les organes des organisations internationales », in R.-J. DUPUY (dir.), *Manuel sur les organisations internationales*, Boston, Martinus Nijhoff Publishers, 1998, 2ème éd., pp.89-109, spéc. p. 105.

de l'identité partielle d'intérêts existant entre tout employeur et ses employés »[2077]. Dans les organes communs, l'autonomie organique du secrétaire est variable. Elle est assez importante dans le cadre de la Convention pour la protection de la couche d'ozone car le secrétariat est désigné par la Conférence des Parties, non seulement *parmi des organisations internationales*, catégories qui traduisent un degré abouti d'institutionnalisation, mais en plus parmi celles des organisations *qui se seraient proposées* pour assurer les fonctions de secrétariat[2078]. A l'inverse, elle est moins nette dans le cadre de la CELAC, pourtant également qualifiée d'organe commun, des fonctions de secrétariat étant assurées par les « organes »[2079] tels que la Réunion des ministres des Relations extérieures ou la présidence *pro tempore* exercée par un Etat membre[2080]. L'autonomie organique du secrétaire est donc importante dans une organisation internationale, et variable dans un organe commun.

1284. Dans l'ensemble Suisse-UE, l'autonomie du secrétaire à l'égard des membres du comité mixte est probablement la moins poussée lorsque le secrétariat est exercé « conjointement » par un représentant de l'Union européenne et un représentant de la Suisse. Dans le domaine agricole par exemple, l'identification d'une présidence et d'un secrétariat n'est pas uniforme entre les deux comités mixtes institués par cet accord. En effet, et de même que la présidence du comité mixte vétérinaire est exercée conjointement par les membres du comité[2081], le représentant de la Communauté européenne et le représentant de la Confédération suisse exercent « *conjointement* » les fonctions de secrétariat du comité. Toutefois, le règlement intérieur prévoit que les parties peuvent « *convenir d'une alternance dans l'exercice effectif des fonctions de secrétariat pour des périodes déterminées* »[2082] ou que « *les fonctions de secrétariat du comité incombent à la partie qui exerce la*

2077 Ignaz SEIDL-HOHENVELDERN, « Les organes des organisations internationales », précité, p.104.

2078 Article 7, paragraphe 2, de la Convention de Vienne pour la protection de la couche d'ozone.

2079 Ils sont qualifiés ainsi par le Statut de procédures, pt I.

2080 La Réunion des ministres assure par exemple « *le suivi et l'analyse du processus d'unité et d'intégration dans son ensemble, ainsi que le suivi et la mise en œuvre des déclarations et décisions du Sommet des Chefs d'État et de gouvernement* » ; il revient à la Présidence pro tempore de « *mettre en œuvre les décisions du sommet des Chefs d'État et de gouvernement, ainsi que celle des réunions des ministres des Relations extérieures* [et d'] *assurer la continuité et le suivi des travaux de la Communauté et en informer les États membres* » (pts 2 et 3 du Statut de procédures).

2081 Article premier de la décision n°1/2003 du 29 juillet 2003 du comité mixte vétérinaire institué par l'accord entre la Communauté européenne et la Confédération suisse relatif aux échanges de produits agricoles du 29 juillet 2003 concernant l'adoption de son règlement intérieur, *JO L 254 du 08.10.2003 p.35–37*.

2082 Article 2 de la décision n°1/2003 du 29 juillet 2003 du comité mixte vétérinaire institué par l'accord entre la Communauté européenne et la Confédération suisse relatif aux échanges de produits agricoles du 29 juillet 2003 concernant l'adoption de son règlement intérieur, *JO L 254 du 08.10.2003 p.35–37*.

présidence »[2083]. Un degré supplémentaire d'autonomie peut théoriquement être franchi lorsque le secrétariat est exercé par la présidence du comité mixte, comme c'est le cas pour l'autre comité mixte de l'accord agricole[2084]. En réalité, dans ce cas, l'autonomie organique du secrétariat est alors fonction de celle de la présidence. Enfin, le secrétariat du comité mixte Schengen présente comme pour sa présidence, des spécificités ; on peut cependant déjà souligner que l'autonomie du secrétariat est plus poussée que dans les autres comités mixtes car le détenteur de cette fonction est fixe[2085].

3) *Les groupes de travail et d'experts*

1285. Le fait pour les comités mixtes d'être assistés de groupes de travail tend à les faire reconnaître comme de véritables organes, dotés d'une permanence et d'une fonction à laquelle viennent en appui de tels groupes. Certes, ces groupes ne sont pas désignés par les accords Suisse-UE comme de véritables *organes subsidiaires*. Or la terminologie n'est probablement pas neutre sur la signification de leur fonction – et sur le degré d'institutionnalisation de l'ensemble Suisse-UE. Pour autant, on retrouve en partie la logique qui préside la création d'organes subsidiaires par l'organisation internationale : celle de lui permettre de créer des organes nécessaires à l'accomplissement de sa fonction.

1286. En effet, les accords Suisse-UE peuvent prévoir que pour la gestion de l'accord concerné, le comité mixte constitue « *les groupes de travail* »[2086], « *tout groupe de travail ou d'experts* »[2087] ou encore des « *créer des sous-comités ou des groupes de travail pour l'assister dans l'exécution de ses missions* »[2088]. L'accord laisse ensuite au comité mixte la charge de définir la composition et le fonctionnement des « *groupes de travail* » ou des « *groupes de*

2083 Article 3, paragraphe 3, de la décision n°2/2004 du 22 avril 2004 du Comité des transports aériens Communauté/Suisse portant adoption de son règlement intérieur (2004/405/CE), *JO L 151 du 30.4.2004, p. 4–8* ; article 3 du règlement annexé à la décision n°1/2008 du 14 février 2008 du comité statistique Communauté/Suisse, portant adoption de son règlement intérieur, *JO L 57 du 1.3.2008, p. 21–24.*

2084 Article 2 de la décision n°1/2003 du 21 octobre 2003 du Comité mixte de l'agriculture institué par l'accord relatif aux échanges de produits agricoles précitée.

2085 Voir, *infra*, §3.

2086 Article 6, paragraphe 7 de l'accord du 21 juin 1999 relatif aux échanges de produits agricoles (*RS 0.916.026.81 / JO L 114 du 30.4.2002, p. 132-349*) ; article 11, paragraphe 2, de l'accord du 21 juin 1999 sur certains aspects relatifs aux marchés publics (*RS 0.172.052.68 / JO L 114 du 30.4.2002,* p. 430-467).

2087 Article 14, paragraphe 6, de l'accord du 21 juin 1999 sur la libre circulation des personnes, *RS 0.142.112.681 / JO L 114 du 30.4.2002, p. 6–72*.

2088 Article 3, paragraphe 4, de l'accord du 26 octobre 2004 relatif à la coopération dans le domaine statistique, *RS 0.431.026.81 / JO L 90 du 28.3.2006, p. 2-20*. Voir aussi l'article 19, paragraphe 5, de l'accord du 25 juin 2009 relatif à la facilitation des contrôles et des formalités lors du transport des marchandises ainsi qu'aux mesures douanières de sécurité, *RS 0.631.242.05 / JO L 199 du 31.7.2009, p. 24–42.*

travail ou d'experts »[2089], ce que le comité mixte fait dans son règlement intérieur et/ou une décision spécifique[2090].

1287. Si les groupes de travail ne sont pas autorisés à prendre des décisions, on soulignera cependant qu'ils peuvent « *formuler des recommandations à l'attention du comité* »[2091]. La constitution de groupes de travail et d'experts dans le cadre de la relation Suisse-UE fait alors écho à une institutionnalisation des rapports internationaux, décrite en ces termes par les Professeurs DAILLIER, FORTEAU et PELLET : « *Dans l'état actuel des relations internationales, aucune organisation n'échappe au jeu de deux considérations contradictoires : d'une part, le maintien de l'interétatisme, voulu par les Etats membres qui sont loin de renoncer aux conceptions classiques de la souveraineté et, d'autre part, le dépassement de cet interétatisme – dépassement qu'ils s'efforcent certes de ralentir mais qu'ils ne peuvent empêcher parce qu'il s'inscrit dans la logique de l'institutionnalisation de la communauté internationale. Or c'est en tout premier lieu au plan des structures que cette double influence se manifeste. Elle se traduit par la coexistence, dans toutes les organisations, de deux grands types d'organes : ceux dont les membres représentent les Etats membres, et ceux dont le fonctionnement est confié à des agents internationaux ou à des experts, indépendants des gouvernements. On mesure la force de chacune des considérations précédentes – ainsi que le degré de conciliation réalisée entre elles – par l'importance respective des organes de l'un et de l'autre types* »[2092]. Les groupes de travail et d'experts se rapprochent ainsi de considérations d'indépendance à l'égard des représentants de la Suisse et de l'Union européenne, mais leur fonctionnement sous étroite surveillance de ces derniers renseigne sur le point de conciliation réalisé, largement en faveur de l'intergouvernementalisme.

2089 Articles 6 et 11 de la décision n°2/2004 du 22 avril 2004 du Comité des transports aériens précitée.

2090 Voir par exemple l'article 12 de la décision n°1/2003 du 21 octobre 2003 du Comité mixte de l'agriculture institué par l'accord relatif aux échanges de produits agricoles concernant l'adoption de son règlement intérieur (2003/808/CE), *JO L 303 du 21.11.2003, p. 24–26* ; et la décision n°2/2003 du 21 octobre 2003 du Comité mixte de l'agriculture institué par l'accord relatif aux échanges de produits agricoles concernant la constitution des groupes de travail et l'adoption des mandats de ces groupes (2003/809/CE), *JO L 303 du 21.11.2003, p. 27–30*.

2091 Article 12 de la décision n°1/2003 du 21 octobre 2003 du Comité mixte de l'agriculture précitée ; article 6, paragraphe 2, de la décision n°2/2004 du 22 avril 2004 du Comité des transports aériens précitée ; article 6, paragraphe 3, du règlement intérieur annexé à la décision n°1/2008 du 14 février 2008 du comité statistique précitée.

2092 Patrick DAILLIER, Mathias FORTEAU, Alain PELLET, *Droit international public*, Paris, L.G.D.J., 2009, 8ème éd., 1709 p., spéc. pp.683-684.

1288. Certes, du point de vue de la composition, ces groupes ne réunissent pas que des représentants des parties[2093], ce qui renforce l'idée que le rapport Suisse-UE n'obéit pas qu'à une logique relationnelle et intergouvernementale. En outre, si le comité mixte ne dispose pas d'un budget propre[2094], c'est le comité mixte (et non pas les parties d'un commun accord) qui « *décide de la répartition des dépenses liées aux missions confiées à des experts* »[2095].

1289. Toutefois, les membres du comité mixte gardent une importante mainmise sur les groupes de travail et d'experts qu'ils instituent. Les mandats et la composition de ces groupes de travail dépendent des choix du comité[2096]. En outre, ces groupes travaillent « *sous l'autorité du comité* »[2097]. Cet ascendant de l'organe directeur, qui se retrouve dans les organes communs[2098], marque cependant l'idée que c'est à nouveau d'un point de vue organique que l'identification de ces groupes est la moins caractéristique d'une institutionnalisation poussée, car leur mandat est très étroitement lié à la volonté des membres du comité mixte.

1290. En conclusion, il existe des fonctions organiques au sein des comités mixtes Suisse-UE qui traduisent une ébauche d'agencement institutionnel, et une logique de pérennité qui éloignent les comités mixtes de la catégorie des conférences internationales prises au sens strict. Cet agencement sommaire, est en outre parcellaire car établi au sein

---

2093 Article 12, alinéa 2, de la décision n°1/2003 du 21 octobre 2003 du Comité mixte de l'agriculture précitée : « *Chaque groupe de travail est assisté par les représentants des parties qui doivent décider sur le nombre et l'identité des représentants* ».

2094 Les règlements intérieurs prévoient en effet : « *Chaque partie prend à sa charge les dépenses qu'elle expose en raison de sa participation aux réunions du comité et des groupes de travail ou d'experts* » : article 10, paragraphe 1, de la décision n°2/2004 du 22 avril 2004 du Comité des transports aériens Communauté/Suisse portant adoption de son règlement intérieur (2004/405/CE), *JO L 151 du 30.4.2004, p. 4–8* ; article 10 du règlement intérieur annexé à la décision n°1/2008 du 14 février 2008 du comité statistique précitée qui prévoit que les correspondances seront également envoyées à la délégation de la Commission en Suisse.

2095 Article 10, paragraphe 2, de la décision n°2/2004 du 22 avril 2004 du Comité des transports aériens précitée ; article 10 du règlement intérieur annexé à la décision n°1/2008 du 14 février 2008 du comité statistique précitée qui prévoit que les correspondances seront également envoyées à la délégation de la Commission en Suisse.

2096 Le contrôle est particulièrement fort en matière de transport aérien puisque le règlement intérieur prévoit que le comité mixte peut « *décider de mettre fin ou de modifier* » le mandat des groupes de travail ou d'experts : article 6, paragraphe 3, de la décision n°2/2004 du 22 avril 2004 du Comité des transports aériens précitée ; dans le même sens : article 6, paragraphe 4, du règlement intérieur institué par la décision n°1/2008 du 14 février 2008 du comité statistique précitée.

2097 Article 12 de la décision n°1/2003 du 21 octobre 2003 du Comité mixte de l'agriculture précitée ; article 6, paragraphe 2, de la décision n°2/2004 du 22 avril 2004 du Comité des transports aériens précitée ; article 6, paragraphe 3, du règlement intérieur institué par la décision n°1/2008 du 14 février 2008 du comité statistique précitée.

2098 Carlo SANTULLI, « *Retour sur la théorie de l'organe commun. Réflexions sur la nature juridique des organisations internationales à partir du cas d'Alba et de la Celac, comparées notamment à l'Union européenne et à l'O.N.U.* », *R.G.D.I.P.* 2012, n°3, pp. 565-578.

de chaque comité mixte établi par les divers accords Suisse-UE. Mais il existe quelques éléments qui tendent à l'unification des structures constatées.

B) Une amorce de mise en cohérence des dispositifs institutionnels

1291. On peut identifier une recherche d'une certaine stabilité dans les organes en ce que le secteur de la coopération scientifique est régi depuis 1986 par un seul comité mixte, quand bien même les règles de la coopération ont fait l'objet de différents accords postérieurs (1). Surtout, les négociations sur un accord cadre envisagent la création d'une structure unitaire et pérenne qui marquerait un saut qualitatif dans l'institutionnalisation (2).

1) L'accord-cadre de 1986

1292. En 1986, la Suisse et les Communautés européennes ont signé un « *accord-cadre* », explicitement posé commun un accord « *de durée illimitée* »[2099] destiné à définir un cadre pour le développement de la coopération scientifique et technique. Il institue un comité mixte qui est d'ailleurs une des rares instances à avoir une appellation autre que « comité mixte » par l'accord, lequel prévoit que ce comité « *est appelé "comité recherche Suisse/Communautés"* »[2100].

1293. Les règles de cette coopération ont été développées, au fur et à mesure des programmes de recherches suisses et surtout communautaire, par de nouveaux accords, et non par le comité mixte institué par l'accord de 1986. Les articles 5 et 6 de cet accord prévoient en effet que la coopération scientifique sera développée et mise en œuvre *d'un commun accord entre les parties contractantes*. Pour autant, le comité mixte institué en 1986, chargé de veiller à la bonne exécution de l'accord de 1986[2101] qui renvoie à des accords postérieurs, avait ainsi vocation à veiller à la bonne exécution des accords postérieurs. Effectivement, l'accord de coopération scientifique de 1999, celui de 2004 et celui de 2007, au vu de leur préambule, semblent être des accords de mise en œuvre de l'accord-cadre

---

2099 Article 15 de l'accord-cadre de coopération scientifique et technique du 8 janvier 1986 entre les Communautés européennes et la Confédération suisse, *RS 0.420.518 / JO L 313 du 22.11.1985, p.6-8*.

2100 Article 10 de l'accord-cadre de 1986 précité.

2101 Article 10 de l'accord-cadre de 1986 précité.

puisqu'ils se réfèrent à son article 6 précité. Surtout, l'accord de 1999, puis l'accord de 2004 et celui de 2007 confient les compétences institutionnelles liées à l'accord, au comité institué en 1986 : « *Le "comité recherche Suisse/Communautés" institué par l'accord-cadre de 1986 examine, évalue et assure la bonne exécution du présent accord. Le comité est saisi de toute question relative à l'exécution ou à l'interprétation du présent accord* »[2102]. La compétence du comité recherche institué en 1986 est même élargie en 2004 et 2007, ces accords lui ouvrant la faculté de modifier les références aux actes communautaires mentionnés dans leur annexe C[2103].

1294. L'assise du comité institué en 1986 est ainsi pleinement consacrée dans le temps par les accords de coopération scientifique postérieurs dont le suivi est confié au comité recherche. Cette formule permet de ne pas créer un comité mixte temporaire, dont la durée de vie dépend en pratique de celle des programmes de l'Union européenne auxquels l'accord permet à la Suisse de participer. C'est un même organe qui assure le suivi d'une coopération depuis plus de vingt ans, et l'on n'est donc pas dans la situation de conférences – mêmes si certaines ont duré de nombreuses années – qui assurent un cadre ponctuel à la résolution d'une question elle aussi précise. Cette formule inscrit dans la durée la coopération scientifique en établissant un cadre institutionnel stable, partiellement détaché des règles matérielles contingentes ou plutôt destiné à accueillir cette contingence des règles matérielles.

2) *L'accord-cadre global en discussion*

1295. On a vu que la Suisse et l'Union européenne négocient actuellement sur des questions dites institutionnelles[2104]. Si l'Union européenne parvient à faire accepter l'idée d'un accord-cadre chapeautant l'ensemble des accords Suisse-UE, on peut supposer que

---

[2102] Article 6 de l'accord du 21 juin 1999 de coopération scientifique et technologique entre la Communauté européenne et la Communauté européenne de l'énergie atomique d'une part, et la Confédération suisse, d'autre part, *RO 2002 1998 / JO L 114 du 30.4.2002, p.468-479*. Voir aussi, pour le règlement des différends, l'annexe A, pt 1.3. Dans une formulation très proche, voir l'article 6 de l'accord du 16 janvier 2004 de coopération scientifique et technologique entre la Confédération suisse d'une part, et la Communauté européenne et la Communauté européenne de l'énergie atomique, d'autre part, *RO 2005 5057 ; RS 0.420.513.1 / JO L 32 du 5.2.2004, p.23-33* ; de même pour l'article 6 de l'accord du 25 juin 2007 de coopération scientifique et technologique entre la Confédération suisse d'une part, et la Communauté européenne et la Communauté européenne de l'énergie atomique, d'autre part, *RO 2008 3237 ; RS 0.420.513.1 | JO L 189 du 20.7.2007, p.26-39*.

[2103] Article 6, paragraphe 2, de l'accord de 2004 précité. Article 6, paragraphe 3, de l'accord de 2007 précité.

[2104] Voir, *supra*, partie 2, titre 1, chapitre 2, section 2.

celui-ci établira des règles secondaires communes relatives à l'homogénéité de l'interprétation des accords, mais aussi une structuration commune. Il est ainsi possible qu'aux différents comités mixtes établis par chaque accord, se substitue un organe décisionnel unique ou qu'un tel organe se superpose aux comités qui apparaitraient alors comme spécialisés.

1296. Mais paradoxalement, les compétences du comité mixte pourraient s'en retrouver réduites par les choix de certaines règles secondaires. En effet, si la Suisse accepte de reprendre l'acquis de l'Union européenne, selon une formule comparable à celle qui existe pour Schengen, alors on peut supposer qu'il n'y aura pas, comme pour Schengen, une véritable décision du comité mixte, mais une signification par la Suisse de son acceptation.

1297. Avant de voir cette ambivalence sur la nature de l'institutionnalisation compte tenu en particulier de la coopération dans le domaine de Schengen, on peut essayer de préciser les éléments institutionnels que l'on vient d'identifier. On vient de voir en effet que l'ensemble Suisse-UE présente un agencement institutionnel et des éléments de permanence dans le fonctionnement des comités mixtes. Le pouvoir réglementaire exercé par ces comités mixtes a donné lieu à un droit interne qui permet de le qualifier d'organe. Il s'agit alors d'essayer de préciser la nature de cet organe, de déterminer le degré d'institutionnalisation de l'ensemble Suisse-UE. Or à cet égard, les réponses sont plus qu'incertaines et l'on ne peut que constater les ambigüités du degré d'institutionnalisation.

§2 – Le degré incertain de l'institutionnalisation atteint

1298. On utilisera ici deux grandes catégories d'institutions comme point de comparaison avec les comités mixtes : l'organe commun et l'organisation internationale. On aurait pu intégrer ici les organes dits conventionnels, établis par des traités et chargés principalement du suivi de l'application de ces traités. Mais les contours de cette catégorie sont définis assez différemment en doctrine ; ils rejoignent en outre parfois l'une des

catégories utilisées dans ce chapitre[2105], de sorte qu'il n'apparaît pas opportun d'en rajouter l'examen.

1299. L'organe commun n'a pas – ou n'a pas forcément – la personnalité juridique internationale, de sorte que les actes qu'il adopte sont des actes collectifs imputables à chacun de ces membres simultanément. L'organisation en revanche adopte des actes qui lui sont imputables en tant qu'entité distincte de ses membres, ses actes étant ainsi des actes unilatéraux. Il y a ainsi une gradation de l'institutionnalisation entre ces deux formes, la seconde étant la plus aboutie car l'institution exprime une volonté autonome distincte de ses membres. Une telle faculté est alors conditionnée par le respect des procédures décisionnelles fixées dans la charte constitutive de l'organisation. La hiérarchie est donc une exigence inhérente à l'institution aboutie.

1300. Les indices dont nous disposons nous permettent de penser que l'acte qui résulte du processus d'adoption du comité mixte est bien un acte *du* comité mixte dans la mesure où son adoption est conditionnée par des règles de fonctionnement de cet organe ; dans le même temps, la subordination à ces règles n'est pas claire, d'une part car le contrôle de leur respect n'est pas prévu – en dehors du comité mixte lui-même ! – d'autre part car l'effet de certaines décisions est précisément de modifier les règles de base. On se retrouve donc dans cette situation étonnante où au moment où l'on constate que l'acte adopté est bien un acte d'un organe, probablement celui d'un organe commun voire un organe d'une organisation internationale, le peu d'éléments relatifs à l'imputabilité des décisions des comités mixtes et les ambiguïtés sur la position hiérarchique de ce droit par rapport aux accords Suisse-UE ressortent avec force. Plus qu'étonnante, la situation est même paradoxale puisqu'au moment où l'on réfléchit sur le degré d'institutionnalisation, ressurgissent les éléments qui contestent précisément cette institutionnalisation.

[2105] Sur ces organes, voir : Henry G. SCHERMERS, Niels M. BLOKKER, *International Institutional Law – Unity within Diversity,* Leiden, Martinus Nijhoff Publishers, 2011, 5ème édition, §44 et §§386-387 ; Evelyne LAGRANGE, « La catégorie "organisation internationale" », in *E. LAGRANGE, J.-M. SOREL (dir.), Droit des organisations internationales*, Issy-les-Moulineaux, LGDJ, 2013, pp.35-70, spéc. p.43, §86 ; Laurence BOISSON DE CHAZOURNES, Makane Moïse MBENGUE, « Suivi et contrôle », in E. LAGRANGE, J.-M. SOREL (dir.), *Droit des organisations internationales*, Issy-les-Moulineaux, LGDJ, 2013, pp.800-818, spéc. p.815, §1597 ; Sandrine MALJEAN-DUBOIS, « Organisations internationales », *JurisClasseur Droit international*, Fasc. 146-25, 2011, pt 144 ; En droit de l'environnement : Robin R. CHURCHILL, Geir ULFSTEIN, « Autonomous Institutional Arrangements in Multilateral Environmental Agreements : a Little-Noticed Phenomenon in International Law », *The American Journal of International Law*, 2000, vol.94, pp.623-659.

1301. Ce n'est que compte tenu de ces éléments que l'on peut qualifier les comités mixtes de probables organes communs à leurs membres (A), sans que ceux-ci ne se rattachent à un ensemble qualifié d'organisation internationale (B).

A) Les comités mixtes, de probables organes communs adoptant des actes collectifs

1302. La théorie de l'organe commun est ici utilisée en ce qu'elle permet d'appréhender dans une catégorie relativement claire, des phénomènes d'institutionnalisation qui ne coïncident pas avec l'institution-organisation internationale (1). L'organe commun constitue ainsi une sorte de catégorie institutionnelle en-deçà de l'organisation internationale sur une échelle d'institutionnalisation, et c'est dans cette démarche progressive que l'on verra que les comités mixtes semblent répondre aux critères de l'organe commun (2).

1) La théorie de l'organe commun

1303. La théorie de l'organe commun élaborée notamment par ANZILOTTI[2106], offre au départ une vision alternative et exclusive de la théorie institutionnelle de l'organisation internationale. Elle rejetait en particulier les conceptions jugées excessives de l'autonomie de l'organisation par rapport à ses membres[2107]. Aujourd'hui, « *il n'est plus sérieusement contesté que la société internationale puisse accueillir et accueille des sujets de droits indépendants*

[2106] Dionisio ANZILOTTI, *Cours de droit international*, vol.1, Paris, Sirey, 1929, 536 p., spéc. pp.153 et s., 251 et s., et 293 et s. : cité par Carlo SANTULLI, « *Retour sur la théorie de l'organe commun. Réflexions sur la nature juridique des organisations internationales à partir du cas d'Alba et de la Celac, comparées notamment à l'Union européenne et à l'O.N.U.* », *R.G.D.I.P.* 2012, n°3, pp. 565-578, spéc. note 3. Voir aussi, Gaetano MORELLI, « Les unions internationales d'Etats. Cours général de droit international public », *R.C.A.D.I.*. 1956, I, tome 89, pp.557-583, qui rejette la personnification des « unions institutionnelles », c'est-à-dire l'idée que ces unions puissent être une entité en soi, distincte des Etats membres. L'auteur recherche alors « *s'il est possible et en quel sens il est possible de référer au groupe d'Etats considéré en tant qu'unité, les situations juridiques découlant directement ou indirectement du pacte d'union et appartenant en réalité, pour cela, aux différents Etats membres* » (*ibid.* p.560).
Certains auteurs font remonter cette théorie à JELLINEK mais cette filiation n'est pas exempte de critiques. Voir Evelyne LAGRANGE, *La représentation institutionnelle dans l'ordre international: une contribution à la théorie de la personnalité morale des organisations internationales*, The Hague, Kluwer law international, 2002, 608 p., spéc. p.28, note 104.

[2107] Selon la théorie de l'organe commun, l'acte fondateur d'une organisation internationale se caractérise par sa dimension conventionnelle. Accord entre les membres fondateurs, cet acte crée une organisation qui apparaît alors essentiellement comme un cadre d'actions concertées entre ses membres. En d'autres termes, selon cette théorie, l'organisation internationale n'est pas un sujet à part entière, c'est une forme d'action de ses membres, les Etats. On comprend alors le présupposé qui la sous-tend : cette théorie est initialement liée à une conception dans laquelle seuls les Etats seraient sujets du droit international. Cette théorie a cependant été marginalisée au profit de l'approche institutionnelle, qui semblait davantage refléter la réalité de la vie juridique des organisations.

des Etats, irréductibles à leurs organes »[2108]. Mais la diversité des organisations internationales a favorisé un retour de la théorie de l'organe commun, reprise en particulier par Carlo SANTULLI[2109].

1304. La théorie de l'organe commun permet alors de lire les phénomènes institutionnels qui ne coïncident pas complètement avec le modèle classique de l'organisation internationale. Le droit international de l'environnement a conduit la doctrine à s'interroger sur les agencements institutionnels particuliers dont cette matière fait l'objet depuis les années 1970[2110], ouvrant ainsi la voie à l'utilisation de la théorie de l'organe commun y compris pour décrire des formes atypiques de coopération économique régionale[2111]. La théorie de l'organe commun est en ce sens utilisée comme théorie complémentaire à la théorie de l'organisation internationale classique, en ce qu'elle permet d'appréhender des phénomènes organiques et matériels qui ne manifestent pas la même autonomie que celle que l'organisation internationale détient classiquement à l'égard de ses membres. C'est en ce sens qu'elle est utilisée ici comme catégorie intermédiaire, située entre l'organisation internationale dont le degré d'autonomie à l'égard des membres est le plus abouti par la reconnaissance d'une personnalité juridique propre de l'entité d'une part, et la conférence internationale qui n'est que la réunion de sujets de droit international. Mais l'éclairage qu'apporte cette théorie peut aussi viser des phénomènes institutionnels qui se déroulent au sein d'une organisation : pour Carlo SANTULLI, cette théorie permet d'analyser un organe international, lequel peut être pourvu ou non de la

---

2108 Evelyne LAGRANGE, Jean-Marc SOREL (dir.), *Droit des organisations internationales*, Issy-les-Moulineaux, LGDJ, 2013, 1197 p., spéc. p.3, §3.

2109 Carlo SANTULLI, « *Retour sur la théorie de l'organe commun. Réflexions sur la nature juridique des organisations internationales à partir du cas d'Alba et de la Celac, comparées notamment à l'Union européenne et à l'O.N.U.* », *R.G.D.I.P.* 2012, n°3, pp. 565-578.

2110 Voir notamment : Robin R. CHURCHILL, Geir ULFSTEIN, « Autonomous Institutional Arrangements in Multilateral Environmental Agreements : a Little-Noticed Phenomenon in International Law », *The American Journal of International Law*, 2000, vol.94, pp.623-659.

2111 En droit de l'environnement, on utilisera notamment en exemple la Conférence des parties établie par la Convention Ramsar relative aux zones humides d'importance internationale de 1971, la Conférence des Parties établie par la Convention de Vienne pour la protection de la couche d'ozone de 1985, le Conseil de l'Arctique établi par la « Déclaration d'Ottawa » en 1996, qui ont pu être qualifiés d'organes communs (Raphaële RIVIER, « L'utilisation d'autres formes "d'organisation internationale" », *R.G.D.I.P.*, 2012, n°3, tome 116, pp.483-509, spéc. p.488, note 13).
En matière économique l'Alliance bolivarienne pour les peuples de notre Amérique (ALBA) créée par un traité bilatéral de 2004, et la Communauté d'Etats latino-américains et caraïbes (CELAC) mise en place lors du Sommet de Caracas de 2011, ont également été analysées par le prisme de la théorie de l'organe commun (Carlo SANTULLI, « *Retour sur la théorie de l'organe commun. Réflexions sur la nature juridique des organisations internationales à partir du cas d'Alba et de la Celac, comparées notamment à l'Union européenne et à l'O.N.U.* », *R.G.D.I.P.* 2012, n°3, pp. 565-578).

personnalité juridique internationale, c'est-à-dire qu'il peut constituer ou non une organisation internationale au sens classique du terme, celui de la théorie institutionnelle. En somme l'organisation internationale, sujet distinct de ses membres, peut *aussi* être un organe commun à ses membres[2112].

1305. Quels sont les apports de cette théorie ? Quels phénomènes institutionnels, laissés dans l'ombre par la théorie institutionnelle de la personnalité juridique internationale cette théorie permet-elle d'éclairer ?

1306. Carlo SANTULLI montre « l'utilité organique » et « l'utilité matérielle » de la théorie des organes communs[2113]. D'abord, l'organe commun se définit comme « la procédure par laquelle les actes adoptés au sein d'un collège ou les comportements coordonnés par ce collège sont imputés aux personnes qui y ont participé (qu'ils soient oui ou non, imputés aussi à une organisation) »[2114]. Si l'Alliance bolivarienne pour les peuples de notre Amérique (ALBA) n'est pas une organisation internationale, elle est cependant un organe commun à ses membres. De même, cette théorie pouvait expliquer l'Union européenne, qui n'a été dotée d'une personnalité juridique expressément qu'avec le Traité de Lisbonne[2115]. En outre, cette théorie éclaire le phénomène des « coopérations renforcées » dans les intégrations régionales : par exemple, les organes de l'Union européenne sont aussi, dans ce cas, les organes communs des seuls Etats membres qui participent à la coopération renforcée. De même, certains actes adoptés « dans le cadre » d'organisations internationales ne sont pas des actes unilatéraux directement imputables à

2112 Cette approche cumulative de l'organisation à la fois dotée d'une personnalité juridique internationale et organe commun de ses membres peut cependant être affinée ou nuancée, selon les actions en cause de l'organisation. A titre d'exemples, Evelyne LAGRANGE s'interroge sur la possibilité de cumuler ou non les deux théories pour les mêmes types d'actes de l'organisation (Evelyne LAGRANGE, « La catégorie "organisation internationale" », in *E. LAGRANGE, J.-M. SOREL (dir.), Droit des organisations internationales*, Issy-les-Moulineaux, LGDJ, 2013, pp.35-70, spéc. p.43, §86) et Pierre D'ARGENT estime que « *l'existence de la personnalité juridique internationale distincte de l'organisation exclut en principe le recours concomitant à la théorie de l'organe commun sous l'angle de l'attribution du fait illicite, toute question d'attribution de la responsabilité "du fait de l'organisation" à ses membres mise à part* » (Pierre D'ARGENT, « La personnalité juridique internationale de l'organisation internationale », in E. LAGRANGE, J.-M. SOREL (dir.), *Droit des organisations internationales*, *op.cit.*, pp.439-488, spéc. p.441, §865).

2113 Carlo SANTULLI, « *Retour sur la théorie de l'organe commun* », précité, spéc. pp.571 et s.

2114 Carlo SANTULLI, « *Retour sur la théorie de l'organe commun* », précité, spéc. p.572.

2115 Comme pour l'Alba, Carlo SANTULLI considère qu'avant que ne soit consacrée la personnalité juridique de l'Union européenne, celle-ci n'était « *pas autre chose* » qu'un organe commun (Carlo SANTULLI, « *Retour sur la théorie de l'organe commun* », spéc. p. 572). Certains auteurs considèrent en revanche que l'Union européenne était déjà dotée d'une personnalité juridique internationale (voir sur la question, Sean VAN RAEPENBUSCH, « L'émergence de l'Union européenne dans l'ordre juridique international », in *Mélanges en hommage à Michel Waelbroeck*, Bruxelles, Bruylant, 1999, Vol. 1, pp. 261-299). Cependant cette divergence ne paraît pas modifier les conclusions sur la qualification de l'Union européenne comme organe commun, si l'on admet que la théorie de l'organe commun n'est pas incompatible avec la théorie institutionnaliste.

l'organisation en tant que sujet distinct : ils sont adoptés par les membres agissant en tant qu'organe commun, et sont imputables aux membres de l'organe. Du point de vue de l'Union européenne, on pourrait trouver aussi des différences entre ceux des actes adoptés par les institutions agissant en tant qu'organes d'une organisation internationale, et ceux des actes adoptés par les institutions mais en tant qu'organes communs à leurs membres. Sont ainsi distingués – aux fins de la recevabilité des recours – une décision du Conseil de l'Union européenne et « une décision des représentants des États membres réunis au sein du Conseil, par laquelle les États membres coordonnent leur politique étrangère. […]. En effet, il s'agit non pas d'un acte du Conseil, mais d'un acte collectif des représentants des États membres »[2116].

1307. Cette théorie explique ainsi le lien entre l'acte adopté et les membres de l'organe. C'est même probablement plus que d'un lien, d'un statut dont il faudrait parler : l'acte adopté, en tant qu'acte d'un organe commun produira des effets à l'égard des membres de cet organe qui « *ne pourront pas se considérer comme des tiers, étrangers à la décision adoptée au sein du collège* »[2117]. En indiquant que les décisions des organes de la Communauté d'Etats latino-américains et caraïbes (CELAC) « *ont le caractère d'accords politiques et constituent des mandats* »[2118], le Statut de procédure assure que les membres de la CELAC « *ne pourront pas reprocher à autrui de s'y tenir* »[2119]. Cette théorie éclaire ainsi en partie certaines solutions sur le terrain du droit de la responsabilité internationale. Dans cette idée, la théorie de l'organe commun explique le statut de la Turquie à l'égard d'une mesure décidée par le Conseil d'association CE-Turquie mis en place par un accord d'union douanière. Le Groupe spécial de l'Organisation Mondiale du Commerce devant

---

2116 Juliane KOKOTT, Conclusions présentées le 23 avril 2009 sur CJUE, 1er octobre 2009, *Commission c. Conseil*, aff. C-370/07, *Rec.* 2009, p. I-8917, pt 23. Cette référence n'a pas pour objet de fixer la nature juridique des actes des représentants des Etats membres réunis au sein du Conseil, mais simplement de montrer la différence avec les décisions du Conseil classiques. Il s'agit ici de montrer que cette « coloration diplomatique » incite à y voir autre chose qu'un acte unilatéral de l'Union européenne parce que celle-ci « *cesse de se comporter* » comme une organisation (Jean Paul JACQUE, « L'acte juridique : réflexions d'un internationaliste », *L'acte juridique. Droits, Revue française de théorie juridique*, 1988, vol. 7, pp.95-108, spéc. p.100). Sur ce type d'actes, voir Vlad CONSTANTINESCO, *Compétences et pouvoirs dans les Communautés européennes*, Paris, L.G.D.J., 1974, 492 p., spéc. pp.377 et s.

2117 Carlo SANTULLI, « *Retour sur la théorie de l'organe commun* », p. 573.

2118 Statut de procédures de la CELAC, p.13.

2119 Carlo SANTULLI, « *Retour sur la théorie de l'organe commun* », p. 573.

lequel l'affaire a été portée[2120], a considéré, en application des règles générales de droit international, que cette mesure n'était pas imputable à l'union douanière CE-Turquie, mais qu'elle l'était à la Turquie individuellement. Cet exemple est intéressant car propice aux analogies puisqu'il s'agit d'une décision d'une instance créée par un accord conclu par l'Union européenne avec un Etat tiers. Sa portée pour notre démonstration est cependant limitée en raison des ambiguïtés du raisonnement tenu dans ce rapport[2121].

1308. Les éclairages apportés par cette théorie, sur des phénomènes institutionnels qui n'obéissent pas à la conception classique de l'organisation internationale – quand bien même ils se dérouleraient au sein de telles institutions – peuvent ainsi être synthétisés en critères de l'organe commun.

2) *Les critères de l'organe commun*

1309. Dans la doctrine relative à l'organe commun, celui-ci est essentiellement décrit comme une instance composée d'Etats. On supposera ici qu'une organisation telle que l'Union européenne, qui constitue aussi un sujet de droit international, puisse être membre d'un organe commun, d'autant que cette institution est elle-même composée d'Etats. Il semble dès lors possible d'identifier deux principaux critères à l'organe commun.

1310. Dans un organe commun, les membres détiennent un certain nombre de droits et obligations en tant qu'ils sont membres de l'organe. Il existe ainsi une sorte de droit,

---

2120 Rapport du Groupe spécial de l'O.M.C., 31 mai 1999, *Turquie – Restrictions à l'importation de produits textiles et de vêtements*, WT/DS34/R. Dans cette affaire, l'Inde contestait des mesures restrictives sur certains produits textiles, mises en place par la Turquie. Celle-ci rejetait sa responsabilité internationale individuelle en arguant que « *les mesures litigieuses étaient imputables à l'union douanière CE-Turquie agissant par une décision de son Conseil d'association* » (Carlo SANTULLI, « *Retour sur la théorie de l'organe commun* », p.574). La Turquie avançait plus précisément que dans cette affaire : « *Il n'y a aucun élément de fait ou de droit étayant la présomption* […] *que la Turquie est individuellement responsable d'actes qui sont commis collectivement par les membres de l'union douanière CE-Turquie par le biais des institutions créées par l'union douanière* » (voir le paragraphe 3.33 qui renvoie à la page 14 de la demande de décision préjudicielle présentée par la Turquie, cité au paragraphe 8.3 du Rapport du Groupe spécial précité).

2121 Le Groupe spécial dit examiner si les mesures peuvent être celles de l'union douanière CE-Turquie, ce qu'il rejette, au terme d'un raisonnement jugé « peu convaincant » par Carlo SANTULLI (Carlo SANTULLI, « *Retour sur la théorie de l'organe commun* », p.574). En outre, son rattachement à la théorie de l'organe commun n'est pas net lorsqu'il examine si les mesures incriminées peuvent être des mesures de la Communauté. Or et en premier lieu, il dit que non, *les mesures en cause sont uniquement des mesures de la Turquie* », tout en soulignant que « *les différents Etats demeurent responsables de tout acte illicite commis par leur organe commun* » (§8.3). Si c'est un organe commun, alors la Communauté peut être théoriquement responsable. En second lieu le rapport indique n'avoir « *pas d'autre solution possible que de conclure que les mesures en cause sont uniquement des mesures de la Turquie* » (§8.3), en renvoyant l'argumentation au §9.4. Or ce n'est pas tout à fait ce que dit ce paragraphe : il ne dit pas que la mesure n'est pas imputable à la Communauté, mais uniquement que le fait que les contestations ne mettent pas en cause la CE ne doit pas l'empêcher de se prononcer sur l'affaire.

parfois appelé « droit subjectif » qui est un droit tiré d'une qualité d'appartenance à un ensemble et qui s'exerce dans un rapport à cet ensemble, et non dans une logique interindividuelle[2122]. Par conséquent, « *le fonctionnement de l'organe est indépendant de l'Etat particulier, même dans le cas où celui-ci a le droit de concourir à la formation de l'organe* »[2123].

1311. Puisque comme on l'a vu, l'organe commun est un organe par lequel les Etats « *agissent d'une façon identique et simultanée* »[2124], l'acte qui ressort de cette procédure porte la marque de cette procédure qui est une procédure interne à un ensemble déterminé. On comprend ainsi que les actes que l'organe commun adopte traduisent cette solidarité : « *l'imputation des actes qu'il accomplit a lieu directement et simultanément chez chacun de ces sujets de droit* »[2125] ; cela emporte une signification entre les membres de cet organe d'une part, et entre ceux-ci et les tiers d'autre part. Il y a d'abord organe commun, pour reprendre les termes de Raphaële RIVIER, « *lorsque, par le truchement d'une entité collective, se manifeste une action ou une volonté que le droit international impute à chacun des* […] *associés* »[2126]. Il s'agit en d'autres termes, d'un moyen par lequel des Etats – et nous avons inclus d'autres sujets tels que les organisations – « *agissent ou veulent d'une façon identique et simultanée* »[2127]. En somme, l'organe commun « *exerce le pouvoir des associés. Leur permettant d'agir ensemble et dans le même sens, il est l'organe de chaque associé : la règle internationale attribue à la délibération du collège un caractère de pertinence pour tous les sujets associés* »[2128]. L'imputation de l'acte à l'égard des tiers obéit également à une logique identifiable : « *Chaque associé répond donc dans ses rapports avec les tiers des comportements et actes accomplis*

2122 Gaetano MORELLI l'explique en ces termes : « *les règles du pacte d'union, mettant à la charge des Etats membres l'obligation d'une conduite donnée, ne peuvent qu'attribuer aux mêmes Etats membres le droit subjectif correspondant; plus précisément celui-ci est attribué, en chaque cas concret, à tous les Etats membres, excepté l'Etat titulaire de l'obligation.*
Il se peut toutefois que le pacte d'union, au lieu de permettre que le droit subjectif soit exercé par chacun des Etats membres au moyen des organes ordinaires, organise l'exercice du droit subjectif en l'attribuant exclusivement à la compétence d'un organe expressément créé par le même pacte d'union. Il s'agit toujours d'un droit subjectif appartenant à certains Etats; mais il appartient à l'ensemble de ces Etats, parce qu'il peut être exercé, non pas par chacun des Etats séparément, mais par tous collectivement. L'organe, auquel l'exercice du droit subjectif est confié, devrait être considéré comme un organe commun aux différents Etats titulaires du droit subjectif » : Gaetano MORELLI, « Les unions internationales d'Etats. Cours général de droit international public », *R.C.A.D.I.* 1956, I, tome 89, pp.557-583, spéc. pp. 560-561.

2123 Gaetano MORELLI, « Les unions internationales d'Etats », précité, p.561. Voir aussi Andrea RAPISARDI-MIRABELLI, « La théorie générale des Unions internationales », *R.C.A.D.I.* 1925-II, t.7, pp. 341-394, spéc. pp.363 et s.

2124 Gaetano MORELLI, « Les unions internationales d'Etats », précité, p.561, §113.

2125 Riad DAOUDI, *La représentation en droit international public*, Paris, LGDJ, 1980, spéc. p. 186.

2126 Raphaële RIVIER, « L'utilisation d'autres formes "d'organisation internationale" », *R.G.D.I.P.*, 2012, n°3, t.116, pp.483-509, spéc. p.487.

2127 Raphaële RIVIER, « L'utilisation d'autres formes "d'organisation internationale" », précité.

2128 *Ibid.* p.489.

par un tel organe, exactement comme s'il avait agi et voulu seul : il ne peut se rattacher derrière l'organisation d'associés ou la personnalité d'un tiers »[2129]. L'acte adopté par un organe commun est ainsi un acte de chaque membre de cet organe et de tous les Etats membres produisant leur effet pour tous les membres[2130].

3) *La qualification des comités mixtes*

1312. La définition des organes communs peut se retrouver dans les comités mixtes Suisse-UE établis par les accords Suisse-UE.

1313. L'exemple comparé de la CELAC invite à retenir une telle qualification. Dans la CELAC, les organes ont été qualifiés d'organes communs aux membres de la CELAC, alors que « *Toutes les décisions sont adoptées par consensus dans toutes les instances* », et que, par une formule quelque peu ambigüe, les décisions « *ont le caractère d'accords politiques et constituent des mandats* »[2131]. De même dans la relation Suisse-UE, les décisions des comités mixtes sont adoptées d'un commun accord ; parfois on l'a vu, un procédé majoritaire permet l'adoption de décisions. L'institutionnalisation semble donc au minimum être au stade de la CELAC, voire en ce qui concerne le processus décisionnel, plus aboutie. En outre, et comme les organes de la CELAC, les comités mixtes peuvent adopter des conclusions[2132] et des recommandations. Les recommandations, non définies par les accords et les règlements intérieurs sont probablement non obligatoires[2133], mais n'en restent pas moins conçues comme de véritables actes du comité mixte[2134]. Bien plus, les

---

2129 *Ibid.* p.490.

2130 Gaetano MORELLI, « Les unions internationales d'Etats », précité, p.562, §114.

2131 Statut de procédures de la CELAC, p.13.

2132 En général non expressément prévue dans les accords, cette faculté est rajoutée dans les règlements intérieurs établis par les comités mixtes.

2133 En l'absence de définition des recommandations par les accords Suisse-UE, on reprendra celle de droit international proposée par Michel VIRALLY : la recommandation est une « *résolution d'un organe international adressée à un ou plusieurs destinataires (et impliquant) une invitation à adopter un comportement déterminé, action ou abstention* » : cité par Patrick DAILLIER, Mathias FORTEAU, Alain PELLET, *Droit international public*, Paris, L.G.D.J., 2009, 8ème éd., 1709 p., spéc. p.404, §241. La lecture des accords peut laisser penser à un tel caractère non obligatoire puisqu'il est prévu que les comités mixtes peuvent *formuler* des recommandations, alors qu'ils *prennent* ou *adoptent* des décisions (voir par exemple l'article 14, paragraphe 1, de l'ALCP). Toutefois, cette nuance n'est pas systématiquement reprise : certains règlements intérieurs lient les décisions et recommandations des comités mixtes sous une rubrique commune intitulée « adoption des actes » (voir par exemple l'article 8 de la décision n°1/2003 du 29 juillet 2003 du comité mixte vétérinaire institué par l'accord relatif aux échanges de produits agricoles du 29 juillet 2003 concernant l'adoption de son règlement intérieur, *JO L 254 du 08.10.2003 p.35–37)*.

2134 Elles obéissent, comme les décisions, à quelques règles formelles : elles ne peuvent pas recevoir d'autres dénominations, elles ont un numéro d'ordre permettant leur identification, et doivent mentionner la date de leur adoption et leur objet. Elles sont en outre revêtues de la signature du président, du secrétariat du comité et du chef

comités mixtes peuvent aussi *prendre* ou *adopter* des *décisions*. Leur intitulé et leur effet (règlement des différends, modification d'accords …) ne peut qu'impliquer le caractère obligatoire de ces actes, parfois d'ailleurs expressément posé[2135]. Ce pouvoir des comités mixtes tranche alors avec le caractère « d'accords politiques » et de « mandat » des actes résultant de la CELAC, et l'on peut penser que si les seconds sont des organes communs, *a fortiori* les comités mixtes Suisse-UE le seraient aussi. Outre cette analogie, les comités mixtes Suisse-UE semblent répondre aux critères d'identification des organes communs : c'est en qualité de membre des comités que la Suisse et l'Union européenne participent au processus décisionnel des comités (a), qui aboutit à une décision imputable simultanément et à l'identique à ces membres (b).

a) Une participation à la décision conditionnée à la qualité de membre

1314. D'abord, la participation de la Suisse et de l'Union européenne (et le cas échéant des Etats de l'Union européenne) à la prise de décision du comité mixte apparaît conditionnée à leur *participation en tant que membre du comité mixte*, organe est en principe composé des représentants des parties contractantes.

1315. Du point de vue de l'ordre juridique de l'Union européenne, ce constat n'est pas très marqué, et l'importante affaire Royaume-Uni contre Conseil jugée en 2014 par la Cour de justice[2136] n'apporte pas de clarification à cet égard. Ce sont en particulier les interrogations sur la validité de la décision du comité mixte qui aboutissent à douter de la portée de la qualité de membre du comité mixte institué par l'accord sur la libre circulation des personnes (ALCP). En effet, on remarquera que le comité mixte ALCP, théoriquement composé de la Suisse, l'Union européenne et des Etats membres, semble avoir adopté une décision sans que les Etats membres ne se soient prononcés ; et on ne peut déterminer si cette pratique affecte juridiquement la décision du comité mixte puisque celle-ci n'est pas directement contestée. Or cet élément est important car si cette pratique est valide, alors la décision du comité mixte apparaît clairement comme une décision d'un organe collectif dans la mesure où son adoption n'est pas subordonnée à la

---

de délégation de la partie n'exerçant pas la présidence : voir par exemple l'article 8 de la décision n°1/2003 du 29 juillet 2003 du comité mixte vétérinaire précitée.

2135 Par exemple à l'article 22, paragraphe 1, de l'accord sur le transport aérien.

2136 CJUE, 27 février 2014, *Royaume-Uni c. Conseil*, aff. C-656/11, *non encore publié*.

participation des membres pris isolément, même s'ils disposent d'un droit de participation, et qu'elle est imputable à chacun des membres en tant qu'ils sont, justement, membres de cet organe et non auteurs de l'acte adopté. En revanche, si elle ne l'est pas, c'est le droit subjectif du Royaume-Uni à participer à la procédure décisionnelle au sein du comité mixte qui a été violé, droit qu'il tire de sa qualité de membre : on retrouve aussi un élément de l'organe commun mais l'absence de juridiction compétente pour connaître de la violation alléguée du droit subjectif d'un membre affecte l'effectivité de ce droit subjectif, et donc limite le caractère d'organe commun.

1316. En revanche, on a vu que l'analyse littérale des termes employés dans les accords semble attribuer au comité mixte, et au comité en tant que tel, un certain nombre de compétences décisionnelles[2137]. C'est donc bien le comité qui décide et la participation à la prise de décision ne peut qu'impliquer d'être membre de ce comité, qualité définie par les accords Suisse-UE. Le rôle central des membres dans le processus décisionnel, en particulier assuré par des modalités de décision d'un commun accord, ne justifie pas à lui seul de devoir remettre en cause l'idée que ce sont des modalités d'un processus décisionnel d'un organe, qui régissent la participation des membres au fonctionnement de cet organe, organe collectif. On retrouve alors la définition de l'organe commun faite par MORELLI : c'est « *un procédé technique réunissant dans un faisceau unique des droits subjectifs qui ont le même contenu, qui sont conditionnés à l'appartenance à l'union et qui ne peuvent être exercés que collectivement* »[2138]. De même, l'objet de ces décisions ne semble pas infirmer cette idée. Lorsque les décisions des comités ont pour objet de modifier une partie de l'accord, elles constituent alors « *des procédures simplifiées permettant d'éviter le recours à la procédure originelle de conclusion d'un accord* »[2139], sans être pour autant des actes des parties à cet accord. Ces mesures se présentent « *comme des actes autonomes arrêtés par les organes*

2137 Voir, *supra*, §1, B), 3.

2138 Gaetano MORELLI, « Les unions internationales d'Etats. Cours général de droit international public », *R.C.A.D.I.*. 1956, I, tome 89, pp.557-583, spéc. p. 561, §113.

2139 Peter GILSDORF, « Les organes institués par des accords communautaires : effets juridiques de leurs décisions. Observations à propos notamment de l'arrêt de la Cour de justice des Communautés européennes dans l'affaire C-192/89 », *R.M.C.U.E.*, 1992, n°357, pp.328-338, spéc. p.330. On doit cependant relever l'entière conception de l'auteur, qui relève aussi implicitement l'ambiguïté de ces actes : ils sont « *à première vue, des actes autonomes arrêtés par des organes* » (*ibid.* p.330), mais ils sont « *sous* [un autre] *aspect … une catégorie d'accords conclus sous une forme simplifiée* » (*ibid.* p.332).

prévus dans l'accord »[2140] et pour l'adoption desquels ces organes « *ont été habilités par les parties contractantes* »[2141].

1317. La Suisse et l'Union européenne, et parfois les Etats de l'Union européenne, interviennent au sein des comités mixtes en qualité de membre de cet organe collectif, et c'est en tant que tels qu'ils participent à l'adoption de décisions qui sont des actes d'un organe collectif. La Suisse et l'Union européenne, et le cas échéant les Etats de l'Union européenne, disposent de droits et sont soumis à des obligations qui sont définis par rapport à ce collectif, et l'on aborde ainsi un second aspect de l'organe commun.

b) Une décision exprimant la volonté simultanée et identique des membres

1318. La volonté simultanée et identique des membres du comité mixte peut être perçue par le biais de l'imputabilité : l'organe commun se reconnaît alors si les décisions des comités semblent imputables à chacun des membres, qui ne peuvent se considérer comme tiers par rapport à la décision du comité mixte.

1319. Trois indices semblent conforter cette idée, mais ils ne sont pas dépourvus d'ambiguïtés. D'abord, du point de vue de l'Union européenne, les décisions du comité mixte Suisse-UE lui sont clairement imputables puisqu'elle considère que ces décisions s'insèrent directement dans son ordre juridique et doivent à ce titre être appliqués par les Etats membres[2142]. De même, le fait que le Groupe spécial ait considéré que les mesures litigieuses étaient des mesures turques semble pouvoir être transposé par analogie aux décisions des comités mixtes à l'égard de la Suisse[2143]. Enfin, l'affaire Royaume-Uni contre

---

2140 Peter GILSDORF, « Les organes institués par des accords communautaires : effets juridiques de leurs décisions », précité.

2141 *Ibid.*

2142 Toutefois, l'indice n'est pas complètement univoque puisque le raisonnement tenu à l'égard de ces actes souligne leur lien avec les accords qui instituent les instances ayant adopté ces actes. Voir, *supra*, partie 2, titre 1, chapitre 1.

2143 En effet, le Groupe spécial de l'O.M.C. a considéré que les restrictions quantitatives imposées par la Turquie pour se conformer à une décision du Conseil d'association CE-Turquie étaient imputables à la Turquie. En revanche, le constat à l'égard de l'imputabilité de la mesure à la Communauté européenne est plus nuancé, et marqué par l'acception particulière des mesures litigieuses faite par le Groupe spécial. Il a retenu une approche formelle, en considérant que les Communautés européennes appliquent aussi des restrictions à l'encontre d'importations en provenance d'Inde « *mais elles le font conformément à leur règlement* […]. *Ce règlement s'applique uniquement sur le territoire douanier des Communautés. Il n'a pas force exécutoire en Turquie en tant que mesure communautaire proprement dite* ». C'est en retenant une approche stricte et formelle des mesures litigieuses prises par la Turquie sur les produits en provenance d'Inde, que le Groupe spécial peut conclure que les mesures ne sont pas des mesures communautaires. : Rapport du Groupe spécial de l'O.M.C., 31 mai 1999, *Turquie – Restrictions à l'importation de produits textiles et de vêtements*, WT/DS34/R, pt 9.39.

Conseil jugée en février 2014 par la Cour de justice de l'Union européenne[2144] ouvre des pistes de réponses, même si elle n'apporte pas de réponse directe et claire en ce qui concerne l'imputabilité des décisions des comités mixtes Suisse-UE, en l'espèce le comité mixte ALCP. La question est pourtant sous-jacente à l'action du Royaume-Uni contre la décision du Conseil établissant la position au sein du comité mixte Suisse-UE. En effet, on peut supposer qu'en faisant une demande en référé[2145] compte tenu de la décision imminente du comité mixte Suisse-UE, le Royaume-Uni considère qu'il serait lié par cette décision si elle venait à être adoptée. Mais il faudrait alors savoir s'il est lié en tant que membre du comité mixte (dont le droit peut avoir été ou non violé), ou s'il est lié en tant que membre de l'Union européenne (dont on a vu que le droit de l'UE impose aux Etats membres le respect des actes pris par les instances créées par des accords auxquels l'Union européenne est partie). En somme, en ce qui concerne l'imputabilité, l'analyse est compliquée dans la mesure où les accords ne précisent pas expressément le statut des membres des comités mixtes par rapport aux actes adoptés, et que les contentieux relatifs à ce type d'acte ne sont pas univoques.

1320. En revanche, d'autres éléments permettent de considérer que la volonté exprimée dans une décision du comité mixte est une volonté simultanée et identique des membres. Un premier indice tient certainement de la logique de l'*objet* de la décision : au vu des compétences attribuées au comité mixte, notamment celles de modifier l'accord ou régler un différend, on imagine mal que ses décisions ne soient pas imputables à chacun de ses membres[2146]. Ensuite, les décisions adoptées sont faites *au nom* du comité mixte, ce qui implique que les volontés individuelles qui concourent à son adoption soit liées entre elles pour former une volonté d'un organe, ce qui implique minimum une volonté collective simultanée et identique des membres de cet organe, et au maximum et volonté parvenue

---

2144 CJUE, 27 février 2014, *Royaume-Uni c. Conseil*, aff. C-656/11, *non encore publié*, pt 29. On soulignera que le Royaume-Uni avait également introduit un recours contre deux décision du Conseil établissant la position de l'Union européenne pour la première, au sein du comité mixte EEE (CJUE, 26 septembre 2013*, Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord c. Conseil de l'Union européenne*, aff. C-431/11, *non encore publié* ; sur cet arrêt voir Catherine FLAESCH-MOUGIN, Cécile RAPOPORT, « L'Union européenne confrontée à la gestion de la différenciation dans son action extérieure », *R.T.D.E*, 2014, n°1, pp.180-182) et pour la deuxième, au sein du Conseil d'association UE-Turquie (aff. C-81/13, affaire pendante).

2145 CJUE, Ordonnance, 18 avril 2012, *Royaume-Uni c. Conseil*, aff. C-656/11 R, *Rec. numérique*.

2146 Dans cette logique, voir Peter GILSDORF, « Les organes institués par des accords communautaires : effets juridiques de leurs décisions. Observations à propos notamment de l'arrêt de la Cour de justice des Communautés européennes dans l'affaire C-192/89 », *R.M.C.U.E.*, 1992, n°357, pp.328-338.

à être distincte de celle des membres de l'organe. Enfin, et c'est un indicateur essentiel, les décisions adoptées ne donnent pas lieu à des réserves dans lesquelles pourraient ressortir des volontés individuelles et isolées. Evidemment, la pratique des réserves a moins lieu d'être dans une discussion n'impliquant que deux membres puisque la volonté qui souhaite émettre une réserve peut obtenir plus facilement un consensus avec l'autre membre. Pour autant d'une part, certains comités mixtes contiennent plus de deux membres de sorte que des réserves seraient concevables ; d'autre part, même dans un cadre bilatéral, l'expression de volontés individuelles et isolées n'est pas exclue. Outre des réserves, on pourrait trouver dans les décisions des comités mixtes des déclarations individuelles comparables à celles qui existent dans les accords Suisse-UE. Leur absence tend ainsi à distinguer les décisions des comités mixtes des accords. Par conséquent, les décisions des comités apparaissent comme des actes voulus *d'une façon identique et simultanée* par les membres des comités mixtes.

1321. En conclusion, la Suisse et l'Union européenne, et le cas échéant les Etats membres de l'Union européenne, agissent au sein des comités mixtes Suisse-UE en tant que membres de ces organes avant tout, et non en tant que simples parties contractantes aux accords qui créent ces instances. Les actes qui en résultent sont des actes des comités mixtes, qui expriment la volonté identique et simultanée de leurs membres sans que l'on ne puisse distinguer entre ceux-ci. Les décisions des comités mixtes sont des actes collectifs ; les comités mixtes sont des organes communs. Une telle affirmation n'est cependant été possible qu'en soulignant les nombreuses incertitudes et ambiguïtés dans les indices de l'institutionnalisation. Ces doutes ne semblent pas pouvoir permettre d'aller plus loin, et de considérer que les comités mixtes pourraient être des organes d'organisation internationale.

B) Les comités mixtes, d'incertains organes d'organisation internationale adoptant des actes unilatéraux

1322. Deux éléments tendent à voir dans l'action des comités mixtes, un degré d'institutionnalisation plus poussé que celui auquel correspond l'organe commun. D'une part, on a considéré que les actes adoptés par les comités mixtes sont les actes d'un

organe : il est donc possible qu'ils soient unilatéraux, type d'acte adopté par une institution juridique telle que l'organisation internationale. En outre, certains actes ne sont pas adoptés avec le consentement unanime : cette modalité décisionnelle est donc propice à une fusion des volontés individuelles dont on a vu qu'elle peut aboutir à des actes unilatéraux, par exemple ceux d'une organisation internationale. Toutefois, si l'on se tient à la démarche analytique retenue, impliquant une définition stricte de l'organisation, on remarque que les actes adoptés par une organisation internationale expriment la volonté propre de l'organisation, et sont à ce titre, soumis à une hiérarchie juridique avec l'acte instituant cette institution. Ces éléments de définition de l'organisation internationale (1) ne se retrouvent pas complètement, et en tout cas avec trop de doutes, pour que l'on puisse considérer que les comités mixtes Suisse-UE sont des organes d'une organisation internationale (2).

1) La catégorie de l'organisation internationale

1323. Il n'est évidemment pas question ici de définir précisément l'organisation internationale en s'inscrivant dans les riches réflexions doctrinales que l'organisation internationale suscite. L'objet de ces développements est plus modestement de relever certains traits associés à cette catégorie, afin de savoir si les comités mixtes Suisse-UE répondent à ces caractéristiques. Dans l'optique de déterminer le degré d'institutionnalisation de l'ensemble Suisse-UE, seront choisis ici les traits institutionnels les plus marquants que revêt ou que peut revêtir une organisation internationale. L'organisation internationale constitue une forme d'institution internationale aboutie parce qu'elle peut adopter des actes unilatéraux qui lui sont imputables en tant qu'entité distincte de ses membres (a). En rejoignant cet aspect de l'acte unilatéral, mais en soulignant d'autres caractéristiques, certains auteurs ont mis en évidence le caractère réglementaire de certains actes adoptés par les organisations internationales (b). Enfin, les compétences décisionnelles qu'exerce ainsi l'organisation internationale sont à la fois fondées et limitées par la charte institutive de l'organisation, ce qui revient à soumettre le droit – dérivé – produit par l'organisation à une hiérarchie avec le droit primaire constitutif (c).

a) L'acte unilatéral, acte exprimant une volonté propre de l'organisation

1324. Afin de ne pas reprendre les interrogations entourant la définition de l'acte unilatéral, vues en première partie[2147], on en retracera les principales caractéristiques. L'acte est unilatéral lorsqu'il « manifeste » l'expression d'une seule volonté, même si plusieurs volontés peuvent avoir concouru à sa formation : l'exemple de la loi adoptée par les deux chambres d'un Parlement éclaire traditionnellement cette idée[2148].

1325. Transposée dans le cadre des institutions internationales, l'acte unilatéral caractérise l'organisation internationale en ce qu'il manifeste l'existence d'une volonté propre de l'organisation, à deux égards. D'une part, l'acte unilatéral exprime la volonté de l'organisation en ce qu'un processus décisionnel établi dans l'organisation, couplé avec des fonctions particulières assignées à l'organisation, lui permettent d'exprimer une volonté propre sous la forme d'actes juridiques. En d'autres termes, la charte institutive d'une organisation internationale lui confère – implicitement ou explicitement – une capacité juridique, celle d'adopter des actes juridiques, et c'est son exercice, mené en fonctions des missions confiées à l'organisation par la charte, qui donne lieu à l'adoption d'actes juridiques exprimant une volonté : celle de l'organisation. D'autre part, la volonté propre de l'organisation internationale que l'acte exprime se traduit aussi sur le plan de l'imputabilité de l'acte : l'acte est imputable à l'organisation internationale en tant que telle, et à elle seule. Les membres de l'organisation internationale concourent à la formation de la volonté propre de l'organisation, mais leurs volontés individuelles « s'effacent » une fois l'acte adopté : il ne résulte du processus d'adoption qu'un acte d'une seule entité, distincte de ses membres.

1326. Or l'acte unilatéral, dont l'auteur et l'auteur unique est l'organisation internationale, produit des effets juridiques à l'égard d'autres personnes que l'auteur de l'acte. C'est le cas déjà des résolutions qui, sans être obligatoires, produisent des effets juridiques à l'égard des Etats membres de l'organisation par exemple ; c'est évidemment encore plus net lorsque l'acte unilatéral est une véritable décision, obligatoire. En somme,

---

[2147] Voir, *supra*, partie 1, titre 2, chapitre 1, section 2, l'étude des législations suisses adaptées au droit de l'Union européenne.

[2148] Pour être plus cohérent avec le postulat choisi, dans lequel la volonté, l'élément subjectif, ne fait pas tout dans un acte juridique, il faudrait substituer à la « volonté unique », l'idée que l'acte unilatéral exprime un « intérêt unique ».

la volonté propre qu'exerce l'organisation internationale lorsqu'elle adopte un acte unilatéral est l'« *expression d'un commandement* »[2149], « *l'exercice d'un droit*-pouvoir »[2150] dont la portée peut varier mais qui peut s'exercer à l'égard de personnes autres que l'auteur de l'acte. Pour rester dans les cas simples, l'organisation peut en particulier adopter des décisions obligatoires pour les Etats membres de l'organisation qui ne sont pas formellement auteurs de ces décisions ; les effets de ses décisions peuvent, bien plus, s'appliquer aux individus placés sous la juridiction des Etats membres. L'acte unilatéral de l'organisation internationale est C'est ce que Jean Paul JACQUE désigne par le caractère hétéronormateur : « *dans la mesure où l'on définit la norme comme un ensemble de droits et d'obligations, l'acte unilatéral est bien un acte "hétéronormateur" qui crée une norme applicable à un tiers* »[2151]. On touche alors, avec l'idée que l'acte unilatéral exprime un pouvoir de son auteur à l'égard des tiers, au caractère règlementaire de certains actes adoptés par une organisation internationale.

b) L'acte réglementaire, procédé abouti de l'institutionnalisation

1327. La catégorie d'acte réglementaire en droit des organisations internationales est complexe à définir parce qu'elle renvoie à une terminologie spécifique en droit interne, liée notamment à l'articulation de cet acte avec l'acte législatif, qui ne se retrouve pas directement dans une société internationale caractérisée par l'absence d'un pouvoir central habilité à titre principal ou exclusif, pour définir des normes générales pour l'ensemble des Etats membres. Toutefois, les réflexions de Marcel MERLE sur « le pouvoir réglementaire des institutions internationales » méritent d'être relevées pour l'éclairage qu'elles apportent sur les décisions des comités mixtes Suisse-UE.

1328. En raison de l'absence ou de la quasi-absence d'une séparation des pouvoirs dans l'ordre international, le critère organique serait inopérant pour distinguer entre des actes législatifs et réglementaires. Si les institutions internationales participent incontestablement et de manière grandissante à l'élaboration du droit international, il faut

---

[2149] Georges DUPUIS, « Définition de l'acte unilatéral », in *Recueil d'études en hommage à Charles EISENMANN,* Paris. Ed. Cujas, 1975, pp. 205-213, spéc. p.207.

[2150] Eric SUY, *Les actes juridiques unilatéraux en droit international public*, Paris, L.G.D.J., 1962, spéc. p.19.

[2151] Jean Paul JACQUE, *Eléments pour une théorie de l'acte juridique en droit international public*, Paris, LGDJ, 1972, 511 p., spéc. p. 321.

encore distinguer les cas où l'organisation sert de cadre à ce qu'on pourrait appeler une « législation internationale » et qui ne pourrait qu'être qu'une « législation conventionnelle » dans laquelle les institutions ne seraient qu'un « *aménagement des méthodes par lesquelles les Etats élaborent eux-mêmes, en toute liberté, les règles de droit qui leur sont applicables* »[2152]. L'auteur cherche alors à distinguer, au sein des activités des organisations internationales « la technique conventionnelle » et la « technique réglementaire ». Dans cette dernière, il laisse de côté la faculté d'une organisation d'adopter des règlements intérieurs[2153], et analyse le pouvoir réglementaire en tant que celui-ci s'intéresse au comportement des Etats membres de l'organisation.

1329. Le critère matériel caractérise difficilement ce pouvoir : « *conventions et règlements constituent des règles de droit destinées à régir des situations générales et objectives* »[2154]. La technique réglementaire est souvent utilisée dans des domaines techniques, mais ceux-ci peuvent aussi être régis par des conventions ; à l'inverse, la convention n'a pas l'exclusivité sur les domaines politiques et des « décisions » peuvent engager des politiques des Etats membres, l'auteur illustrant cette idée avec l'exemple de la C.E.C.A.

1330. C'est donc un critère formel qui permet de distinguer la technique règlementaire et la technique conventionnelle des institutions internationales. On comprend ainsi l'intérêt de l'étude de Marcel MERLE dans notre recherche : compte tenu des ambiguïtés constatées sur la nature des décisions des comités mixtes, cette étude fournit des indices susceptibles de préciser la qualification de ces actes – et donc des organes qui les adoptent, en conservant une approche formelle de l'institutionnalisation.

1331. Les deux critères qui caractérisent la technique réglementaire tiennent à la procédure d'élaboration de ce type de « décisions » et la portée de ces actes.

i) La procédure d'élaboration des « décisions réglementaires »

1332. La faculté d'élaborer des règlements n'étant pas inhérente à la qualité d'organisation internationale, elle doit être considérée, lorsqu'elle est accordée par la

---

[2152] Marcel MERLE, « Le pouvoir réglementaire des institutions internationales », *A.F.D.I.*, 1958, vol. 4, pp. 341-360, spéc. p. 343.

[2153] Cette faculté a déjà été abordée dans le précédent paragraphe d'une part, et n'est pas approfondie par Marcel MERLE car elle ne concerne que le fonctionnement interne de l'organisation.

[2154] Marcel MERLE, « Le pouvoir réglementaire des institutions internationales », précité, p. 349.

charte institutive comme un véritable *pouvoir* de l'institution, un pouvoir réglementaire. Cette institutionnalisation du pouvoir réglementaire peut apparaître plus ou moins prononcée, les modalités d'attribution de cette compétence différant d'une institution à l'autre[2155]. C'est lorsque la compétence réglementaire est confiée à un organe autre que l'organe plénier (un organe restreint et plus encore, un organe indépendant des Etats membres) que la différence entre la procédure d'élaboration des règlements et celle des conventions apparaît le plus clairement.

1333. Au niveau de l'exercice de la compétence réglementaire, Marcel MERLE souligne les particularités de la « décision réglementaire » dans ses conditions d'adoption par l'organe compétent. Certes, la règle majoritaire ne s'applique pas toujours ce qui limite la délégation par les Etats du pouvoir réglementaire à l'organisation. Toutefois, l'unanimité n'empêche pas de caractériser une technique réglementaire distincte de la technique législative. En effet, l'absence de ratification qui caractérise le règlement n'est pas complètement contrebalancée par la participation de tous les Etats sur un pied d'égalité à l'adoption de la décision réglementaire, car elle a « *pour effet d'abolir, pratiquement, le contrôle parlementaire sur les engagements internationaux. L'absence de ratification – qu'il ne faut jamais perdre de vue – laisse le champ libre aux délégués, c'est-à-dire en fait à des techniciens* »[2156]. Le pouvoir réglementaire apparaît alors « *comme le terrain d'élection de la technocratie* »[2157].

1334. De ces deux éléments relatifs à l'attribution et l'exercice de la compétence réglementaire, Marcel MERLE reconnaît qu'en dehors des cas dans lesquels l'institutionnalisation est prononcée (notamment lorsqu'elle est l'œuvre d'un organe indépendant ou celle d'un organe restreint), l'on « *pourrait être tenté de les assimiler à des accords en forme simplifiée* ». Pour autant déjà, le règlement, même lorsqu'il est l'œuvre des Etats, se distingue de la technique conventionnelle car « *[t]out élément subjectif […]*

2155 Le procédé rudimentaire (ex. de l'Union postale universelle – U.P.U.) est celui dans lequel la compétence réglementaire n'est pas confiée à un organe déterminé mais appartient à la collectivité des Etats membres qui agissent entre les sessions des organes. Un pas vers l'institutionnalisation est franchi lorsque le pouvoir réglementaire est confié (ex. de l'Organisation mondiale de la Santé – O.M.S.) à l'organe plénier de l'organisation. Mais cela revient encore à associer les Etats membres à l'exercice du pouvoir réglementaire, ce qui, comme le cas précédant, ne distingue pas nettement l'élaboration de ces actes avec celle des conventions. En revanche, celle-ci apparaît nettement dans l'hypothèse où la compétence réglementaire est confiée à un organe restreint (ex. de l'Organisation de l'Aviation Civile Internationale – O.A.C.I.) et, encore plus clairement, à un organe indépendant des Etats membres de l'organisation (ex. de la C.E.C.A.).

2156 Marcel MERLE, « Le pouvoir réglementaire des institutions internationales », précité, p. 351.

2157 *Ibid.*

disparaît » : l'acte ne revêt pas la signature des délégués des Etats, il est considéré comme l'œuvre de l'organisation, il est publié par l'organisation dans ses recueils, souvent selon des modalités distinctes que pour les conventions, et les différends relatifs à ses actes sont soumis à des procédures spéciales de l'organisation dans lesquelles les Etats n'ont pas ou peu d'influence.

ii) La portée des décisions réglementaires

1335. Le second critère permet de constater que les décisions réglementaires « tendent à acquérir la généralité et la force obligatoire immédiate qui caractérisent l'acte législatif en droit interne »[2158].

1336. D'abord, l'acte règlementaire, en tant qu'acte d'un organe international, s'applique en principe à tous les Etats membres de l'organisation. A nouveau on peut opérer une gradation : la portée générale du texte est moins nette lorsque la règle de l'unanimité régit le processus décisionnel, parce qu'il y a dans ce cas une « concordance absolue »[2159] entre les auteurs (informels) de l'acte et les destinataires. L'institutionnalisation du pouvoir réglementaire est, à l'opposé, prononcée lorsque la décision réglementaire s'applique à tous les Etats, y compris à ceux des Etats qui n'ont pas approuvé le texte (lors d'un processus au sein d'un organe plénier selon la règle de la majorité, au sein d'un organe restreint ou lorsque la décision émane d'un organe indépendant des Etats). L'application du règlement connaît cependant des exceptions, qu'il n'est pas utile dans cette recherche d'exposer, et l'on se contentera de souligner que Marcel MERLE démontre que cette « faculté de "désapprobation" accordée aux Etats diffère, dans son principe même, de la ratification – et même de l'approbation requise pour la mise en vigueur des conventions internationales »[2160].

1337. C'est enfin la force exécutoire de l'acte qui le distingue des conventions. En effet, contrairement à ces dernières, les règlements non seulement n'exigent pas de ratification préalable à leur mise en vigueur, mais en sont bien plus dispensés. Une fois adoptés, ils entrent en vigueur dès leur notification par le secrétariat de l'organisation, ou dès leur

---

[2158] Marcel MERLE, « Le pouvoir réglementaire des institutions internationales », précité, p. 353.
[2159] Marcel MERLE, « Le pouvoir réglementaire des institutions internationales », précité, p. 354.
[2160] *Ibid.* pp.354-355.

publication au journal officiel de l'organisation, et ne requièrent plus aucune forme d'approbation par les Etats. A nouveau, la portée institutionnelle ainsi conférée au règlement varie selon que l'acte a été adopté par tous les Etats membres ou non, et selon qu'il s'applique à tous les Etats membres ou que sa portée générale ait été limitée par les exceptions évoquées. Mais dans tous les cas, le règlement se distingue de le technique législative : « œuvre de l'organisation et non des Etats membres ; il a intrinsèquement force obligatoire »[2161]. Les modalités qui permettent aux Etats de se soustraire à l'application de la décision règlementaire ne sont que des assouplissements à une règle qui veut que la force obligatoire des règlements « découle d'un pouvoir délégué par les Etats à un organisme déterminé »[2162].

1338. L'acte unilatéral et l'acte réglementaire caractérisent ainsi l'institutionnalisation du pouvoir décisionnel. Ils condensent les éléments les plus marquants de l'institutionnalisation : une capacité de vouloir autonome et une capacité d'exiger. Ce pouvoir trouve son fondement dans l'acte instituant l'organisation, lequel en définit aussi les limites. La soumission du droit produit par l'organisation à sa charte institutive caractérise aussi ce sujet de droit dérivé.

c) Le droit dérivé, un droit soumis à des exigences juridiques de hiérarchie

1339. Certes, la notion de droit dérivé peut se concevoir dans un cadre autre que celui des organisations internationales, si l'on adopte une définition à la fois simple et large du droit dérivé. En ce sens, le droit dérivé est le droit adopté sur le fondement d'un droit de base, par un organe ou une institution mise en place par ce droit de base. Le droit est alors dérivé d'un droit de base ; c'est un droit secondaire par rapport à un droit primaire[2163]. Or un organe peut adopter un tel droit sans pour autant être pourvu de la personnalité juridique ni être rattaché à une institution pourvue de cette personnalité. C'est cette idée que retient Geneviève BASTID BURDEAU qui relève d'abord qu'au sein d'une organisation internationale « *le droit dérivé ne découle pas de la personnalité juridique mais*

2161 Marcel MERLE, « Le pouvoir réglementaire des institutions internationales », précité, p. 357.

2162 *Ibid.*

2163 Cette terminologie est employée dans le système de l'Union européenne par Pedro CRUZ Villalón, Conclusions présentées le 29 avril 2014, *Allemagne c. Conseil de l'Union européenne*, aff. C-399/12.

seulement de l'existence d'une charte constitutive qui le rend possible »[2164]. Dès lors, il est possible de considérer qu'un droit dérivé naît « *sur la base d'autres traités multilatéraux qui, sans créer une personnalité juridique internationale nouvelle, réunissent néanmoins des caractéristiques analogues, à la fois consensuelles et institutionnelles* »[2165]. C'est précisément le cas des accords Suisse-UE, dont on a vu qu'ils sont essentiellement conventionnels mais qu'ils présentent quelques éléments institutionnels. On peut donc théoriquement parler d'un droit dérivé dans la relation Suisse-UE : un droit adopté par un organe institué par un accord Suisse-UE, habilité par cet accord à adopter des actes et même des décisions obligatoires à l'égard de la Suisse, de l'Union européenne (et le cas échéant les Etats de l'Union européenne).

1340. Mais ce qu'on voudrait souligner dans le caractère dérivé du droit adopté par une institution internationale c'est qu'il peut se traduire par une exigence de hiérarchie, dont l'effectivité peut en outre varier selon l'existence et les modalités d'un contrôle de validité du droit dérivé. C'est précisément dans ces hypothèses qu'un pas dans l'institutionnalisation est franchi : la soumission de l'acte adopté à un contrôle hiérarchique par rapport à des règles supérieures assoit la légitimité de l'institution qui adopte l'acte en ce qu'il assure que son action est fondée et trouve des limites dans ces règles. Or l'exigence de hiérarchie est d'autant plus importante que les pouvoirs de l'organe sont grands : notamment lorsqu'il est habilité à adopter des actes contraignants pour les Etats membres et leurs ressortissants, en exprimant une volonté propre distincte des Etats membres. C'est à ce titre que l'on peut considérer que le droit dérivé, en tant qu'il est soumis à des exigences de hiérarchie – et davantage encore lorsque ces exigences se concrétisent dans un contrôle juridictionnel – traduit un fort degré d'institutionnalisation que l'on peut lier à la catégorie d'organisation internationale. Que cette marque d'institutionnalisation varie même au sein de la catégorie d'organisation internationale[2166], n'empêche pas de la considérer comme telle :

[2164] Geneviève BASTID BURDEAU, « Quelques remarques sur la notion de droit dérivé en droit international », in *Droit du pouvoir – pouvoir du droit. Mélanges offerts à Jean SALMON*, Bruxelles, Bruylant, 2007, pp. 162-175, spéc. p.167. On soulignera que l'auteur retient une acception légèrement plus précise du droit dérivé, défini comme « *ensemble de normes qui ne sont pas énoncées directement dans un traité multilatéral mais se développent à partir du texte de celui-ci* » (*ibid.* p.165).

[2165] *Ibid.* p.167.

[2166] Une telle hiérarchie n'est d'abord pas forcément efficiente. C'est ce que souligne Marcel MERLE à propos plus précisément des décisions réglementaires. Si théoriquement, les règlements n'interviennent que pour mettre en

la hiérarchie contribue à indiquer le degré d'institutionnalisation du pouvoir adoptant la norme soumise à cette exigence.

2) *La qualification des comités mixtes*

1341. Les actes adoptés par les comités mixtes Suisse-UE, et en particulier les décisions, rejoignent certains des traits caractérisant les aspects unilatéraux, réglementaires, et subordonnés des actes adoptés par des organisations internationales. Toutefois, le phénomène est faiblement caractérisé, et les doutes relatifs aux indices importants. En d'autres termes, l'institutionnalisation que traduisent ces trois caractères n'est pas suffisamment prononcée pour que l'on puisse assurer que les comités mixtes Suisse-UE constituent les organes décisionnels d'une organisation internationale. Des éléments contribuent à voir dans les décisions des comités mixtes Suisse-UE des actes émanant d'une volonté d'un organe mais cette manifestation de volonté n'apparaît pas vraiment autonome par rapport aux membres qui contribuent à sa formation, ce qui empêche de voir dans ces décisions des actes unilatéraux (a). En outre, les décisions des comités mixtes semblent revêtir une certaine portée générale et une force exécutoire, mais ces caractéristiques réglementaires ne sont que des effets généralement accordés par chacun des destinataires de ces actes, la Suisse et l'Union européenne : elles ne sont pas inhérentes à ce type d'acte (b). Enfin, les décisions des comités mixtes sont subordonnées aux accords Suisse-UE et en particulier au domaine de compétence conféré au comité mixte et aux modalités décisionnelles prévues dans les accords ; mais là encore, la hiérarchie n'est pas complète car il n'existe pas de contrôle juridictionnel de ces actes, dont certains ont en outre vocation à réviser les accords qui servent de droit de base (c).

œuvre les principes fixés dans les conventions, l'absence de véritable contrôle empêche, selon l'auteur, de faire de la hiérarchie un critère décisif pour distinguer les règlements des conventions internationales : Marcel MERLE, « Le pouvoir réglementaire des institutions internationales », *A.F.D.I.*, 1958, vol. 4, pp. 341-360, spéc. p.348.

Surtout, une telle hiérarchie n'est pas toujours complète. L'acte de droit dérivé peut intervenir pour réviser l'acte de base : l'organe devra alors agir en respectant les procédures dans le domaine prévu pour les révisions par l'accord. L'acte adopté sera ainsi soumis à une hiérarchie en ce qui concerne les règles procédurales et certaines règles matérielles ; mais outre les problèmes de mise en œuvre liés au contrôle de ce qui est révisable ou non, la hiérarchie ne peut qu'être incomplète puisque l'acte de droit dérivé a précisément pour objet valide de modifier le droit de base. On retrouve ici des problématiques analogues à celles du contrôle d'une révision constitutionnelle dans l'ordre juridique interne. Or cette hypothèse soulève en outre la question de la nature de l'acte modificatif, par rapport à l'acte modifié.

a) L'unilatéralité non caractérisée des décisions des comités mixtes

1342. Que la Suisse et l'Union européenne, et lorsqu'ils sont membres des comités les Etats membres concourent à la formation de la volonté des comités mixtes n'empêche pas de considérer que l'acte qui résulte de ce processus puisse être un acte unilatéral.

1343. On a vu lors de la qualification au regard de la théorie de l'organe commun que les actes pris par les comités mixtes sont bien des actes de ces organes[2167]. Il y a donc une certaine fusion des volontés individuelles qui aboutit à la formation d'une volonté d'un organe, au minimum une volonté collective.

1344. Un élément en particulier pousse à franchir un pas supplémentaire pour considérer que la volonté qui émane des comités mixtes est davantage que la volonté collective des membres de ces comités : les modalités de participation au processus décisionnel des comités mixtes. Le règlement intérieur du comité mixte Schengen, organe composé des représentants de la Suisse, du Liechtenstein, de la Commission et des membres du Conseil de l'Union européenne, habilite le comité à adopter des décisions sans que le consentement de tous ces membres ne soit requis[2168]. Or, comme l'explique Charles DE VISSCHER, « *les prescriptions statutaires relatives* [aux délibérations au sein d'un ensemble] *sont toujours hautement révélatrices du degré de développement atteint par l'organisation corporative, en tant qu'elles attestent chez les éléments composants une disposition plus ou moins accentuée à subordonner leurs intérêts particulier à la poursuite du but social* »[2169]. Plus précisément, pour Riccardo MONACO, « *l'unanimité est le système qui s'applique aux formations sociales internationales les moins complexes* »[2170], et il se produit des changements « *quand on passe de la simple réunion d'organes d'Etats différents à une formation sociale complexe* »[2171], qui apparaissent au départ comme des aménagements à la règle de l'unanimité. Il y a peut-être, dans cette atténuation de la règle de l'unanimité un élément

---

2167 Voir, *supra*, A, 2.

2168 Article 5, alinéa 2, de la décision n°1/2004 du 26 octobre 2004 du Comité mixte UE/Suisse établi par l'accord conclu entre l'Union européenne, la Communauté européenne et la Confédération suisse concernant l'association de cet État à la mise en œuvre, à l'application et à la poursuite du développement de l'acquis de Schengen portant adoption de son règlement intérieur (*JO C 308 du 14.12.2004, p. 2–4*), modifiée par la décision n°1/2008 du 28 février 2008 dudit Comité mixte UE/Suisse (*JO L 83 du 26.3.2008, p. 37–38*). Voir, *supra*, §1, B, 5, b).

2169 Charles de VISSCHER, « Quelques réflexions sur la règle de l'unanimité dans l'organisation internationale », in *Mélanges offerts à Ernest MAHAIM*, t. II, Sciences juridiques, Paris, Sirey, 1935, pp.106-116, spéc. pp. 108-109.

2170 Riccardo MONACO, « Les systèmes de vote dans les organisations internationales », in *Mélanges en l'honneur de Gilbert GIDEL*, Paris, Sirey, 1961, pp. 469-482, spéc. p. 471.

2171 Riccardo MONACO, « Les systèmes de vote dans les organisations internationales », précité.

révélant l'institutionnalisation et la sophistication de cet ensemble. Il s'agit là d'une idée exprimée en ces termes par Paul REUTER : « *Certains auteurs ont cru jadis pouvoir appliquer cette théorie d'un organe commun à plusieurs Etats pour faire l'économie de la notion d'organisation internationale et de sa personnalité propre. Il en est peut-être ainsi quand il ne s'agit que de deux Etats et que la volonté de chacun d'eux est efficacement présente au sein des délibérations d'un organe qui n'est pas placé au-dessus des ordres nationaux. Mais dès que par ses conditions de délibération, l'organe impose aux Etats une volonté qui ne comprend pas nécessairement l'adhésion de chacun d'entre eux, la réalité politique et sociologique de l'organisation dépasse l'explication étriquée d'un organe commun* »[2172]. On pourrait ainsi concevoir que l'institutionnalisation en place dans ce comité mixte est plus poussée que celle que l'on trouve dans de « simples » organes communs. Mais même à considérer que l'ensemble Suisse-UE obéit par certains aspects à une institutionnalisation assez prononcée qui traduit un ensemble social complexe, on ne pourrait qu'en conclure qu'elle reste dans un stade intermédiaire entre l'organe commun et l'organisation internationale.

1345. L'unilatéralité des décisions des comités mixtes, indice d'institutionnalisation, n'est en effet pas aboutie. Si l'on pourrait concevoir que la volonté exprimée est bien une, elle n'est pas totalement autonome. Le critère de l'imputabilité, qui manifeste l'autonomie de l'auteur de l'acte, n'est pas caractérisé. Il n'existe en effet aucun indice permettant d'affirmer que les décisions de ce comité mixte, et celle des autres comités Suisse-UE sont imputables aux comités mixtes en tant que tels, et non à l'ensemble des membres du comité. On pourrait alors appliquer une logique « réflexe », en considérant que si l'on considère que l'acte exprime la volonté du comité mixte, c'est qu'il lui est imputable en propre. Mais, - et outre que ce lien n'est pas évident – ressortissent alors les éléments qui affaiblissent l'idée que l'acte est bien un acte d'un organe.

1346. A cela s'ajoute qu'un organe exprimant une volonté par l'adoption d'un acte, n'exprime véritablement une volonté autonome que si l'ensemble auquel il appartient a acquis une certaine complexité sociale dans laquelle les participants au processus décisionnel mettent en œuvre une certaine idée de la cohésion. Charles DE VISSCHER insiste sur la nécessité de ne pas tirer de conclusions hâtives de l'abandon des règles de

---

[2172] Paul REUTER, « Principes de droit international public », *R.C.A.D.I.* 1961-II, vol. 103, pp.425-655, spéc. p. 506.

l'unanimité au sein d'un ensemble. Il souligne que « *la pratique des règles qui gouvernent l'adoption des délibérations démontre que dans ce domaine rien ne supplée à l'existence d'un sentiment de solidarité sociale* »[2173]. Or d'une part, une telle cohésion est difficile à mesurer et si l'on essaie à ce stade de garder une approche formelle, on relèvera qu'elle n'est pas particulièrement prononcée. En effet, les fonctions identifiées ne sont pas complètement détachées de la qualité de membre délégué de la Suisse ou de l'Union européenne : il n'y a pas de secrétariat permanent chargé « *de représenter la volonté de l'organisation* »[2174], avec des fonctionnaires susceptibles de « *s'identifi[er] intensément avec les buts de l'organisation* »[2175] et de faire vivre des objectifs propres à l'ensemble organique. Or, d'autre part, les objectifs de l'ensemble Suisse-UE ne sont pas clairs[2176] et en tout cas pas expressément ambitieux, de sorte que les acteurs du processus décisionnel au sein d'un comité mixte peuvent difficilement s'en réclamer pour faire naître une volonté autonome.

1347. Un accord cadre global pourrait apporter un saut qualitatif institutionnel dans ce domaine ; pour l'heure, il semble que les décisions des comités mixtes ne traduisent qu'une institutionnalisation limitée du pouvoir, parce que la volonté exprimée est celle des membres collectivement, et non celle d'une entité distincte de ses membres. Puisque les décisions des comités mixtes ne sont pas véritablement des actes unilatéraux, il pourrait être inutile de rechercher le caractère réglementaire : si ces décisions ne sont pas unilatérales, elles ne sont pas non plus réglementaires. Mais, dans une démarche consistant à déceler chaque élément institutionnel, il semble important de relever ceux des caractères réglementaires qui semblent se vérifier, avant de conclure que les décisions des comités mixtes ne correspondent pas – complètement – à des décisions réglementaires.

b) Le caractère réglementaire non abouti des décisions des comités mixtes

1348. Même si l'on ne retient pas ici une approche matérielle, on peut souligner que les compétences les plus poussées des comités mixtes concernent les domaines techniques,

---

[2173] Charles de VISSCHER, « Quelques réflexions sur la règle de l'unanimité dans l'organisation internationale », in *Mélanges offerts à Ernest MAHAIM*, t. II, Sciences juridiques, Paris, Sirey, 1935, pp.106-116, spéc. p.108.

[2174] Ignaz SEIDL-HOHENVELDERN, « Les organes des organisations internationales », in R.-J. DUPUY (dir.), *Manuel sur les organisations internationales*, Boston, Martinus Nijhoff Publishers, 1998, 2ème éd., pp.89-109, spéc. p.105.

[2175] Ignaz SEIDL-HOHENVELDERN, « Les organes des organisations internationales », précité, p. 106.

[2176] Voir, *supra*, titre 1, sur la « parcellisation » des objectifs en fonction des accords, et sur la définition sommaire de ces objectifs.

indice sans être décisif, d'un éventuel pouvoir réglementaire des comités mixtes[2177]. On soulignera également que l'on n'est pas loin, avec le pouvoir confié aux comités mixtes de réviser les annexes, d'un pouvoir d'émettre des règles de droit nouvelles[2178]. Mais le pouvoir décisionnel des comités mixtes sera essentiellement étudié suivant l'approche formelle de Marcel MERLE.

1349. On relèvera en premier lieu que la procédure d'élaboration des décisions des comités mixtes ne caractérise pas particulièrement un caractère réglementaire, sans l'exclure cependant. D'abord, on peut reconnaître que la faculté des comités mixtes d'adopter des actes juridiques constitue un véritable pouvoir. On a vu en effet que le libellé des accords Suisse-UE et la formulation de limites à la compétence des comités mixtes implique nécessairement que celles des compétences confiées lui sont attribuées en propre[2179]. En raison de cette attribution de compétences propres aux comités mixtes par les accords Suisse-UE, il faut reconnaître, en transposant la formule de Marcel MERLE, que la prérogative dont jouissent traditionnellement la Suisse et l'Union européenne (et le cas échéant les Etats membres) pour élaborer des règles de droit se trouve partiellement abolie au moyen d'un transfert de compétence au profit des organes que sont les comités mixtes[2180]. Disposant d'une compétence propre, les comités mixtes pourraient être des organes disposant d'un pouvoir réglementaire. La compétence réglementaire dans la relation Suisse-UE serait alors confiée à des organes pléniers, composés des représentants de la Suisse, de l'Union européenne, et le cas échéant des Etats membres. L'institutionnalisation du pouvoir réglementaire serait alors minimale, et bien moindre que si elle était confiée à un organe restreint et plus encore, un organe indépendant de la Suisse et de l'Union européenne. De même au niveau de l'exercice du pouvoir décisionnel, la règle de l'unanimité s'applique largement. A nouveau, c'est donc l'une des modalités les moins caractéristiques du pouvoir réglementaire qui est retenue dans la relation Suisse-UE. Toutefois, dans les organisations internationales, il n'est pas toujours

---

2177 Voir par exemple les compétences du comité mixte institué par l'accord du 21 juin 1999 relatif à la reconnaissance mutuelle en matière d'évaluation de la conformité (*RS 0.946.526.81 / JO L 114 du 30.4.2002, p.369-429*), et les décisions adoptées sur ce fondement.

2178 A propos de l'Union postale universelle, voir Marcel MERLE, « Le pouvoir réglementaire des institutions internationales », *A.F.D.I.*, 1958, vol. 4, pp. 341-360, spéc. p. 345.

2179 Sur ces indices, voir, *supra*, section 1, §2, B, 2.

2180 Marcel MERLE, « Le pouvoir réglementaire des institutions internationales », précité, p. 349.

non plus fait application de la règle majoritaire, parce que « *le sort du règlement, une fois adopté, sera très différent de celui de la Convention. Le règlement est immédiatement applicable aux Etats, alors que la Convention doit préalablement obtenir la ratification des Etats intéressés avant d'entrer en vigueur* »[2181].

1350. Si l'on applique ensuite le second critère relatif à la portée des actes, les décisions des comités mixtes peuvent passer à première vue pour des décisions réglementaires. Elles ont d'abord une portée générale, mais ce n'est pas là l'élément le plus probant puisque cette portée est atténuée par le fait que les décisions sont prises à l'unanimité. Surtout, les décisions des comités mixtes semblent dotées de la force exécutoire qui caractérise les règlements selon Marcel MERLE. Les décisions des comités mixtes ne sont pas en principe pas soumises à une ratification par la Suisse d'une part, et par l'Union européenne d'autre part. Les décisions des comités mixtes obéissent en effet à un régime d'entrée en vigueur qui échappe en grande partie aux procédures constitutionnelles internes. En ce sens, de nombreuses décisions des comités mixtes du transport contiennent un article unique qui dispose : « *L'annexe de la présente décision remplace l'annexe de l'accord à compter du …* [date donnée] »[2182]. L'intervalle de temps entre l'adoption de la décision et son entrée en vigueur telle qu'elle est fixée par sa décision varie : souvent de deux mois environ, on trouve aussi des décisions qui entrent en vigueur cinq jours seulement après leur adoption[2183], parfois même le lendemain[2184], voire « *le jour de son adoption par le Comité*

2181 Marcel MERLE, « Le pouvoir réglementaire des institutions internationales », précité, p.351.

2182 Voir par exemple la décision n°1/2011 du 4 juillet 2011 du Comité mixte communauté/suisse des transports aériens remplaçant l'annexe de l'accord entre la Communauté européenne et la Confédération suisse sur le transport aérien (*JO L 187du 16.7.2011, p. 32–51*) ; la décision n°2/2011 du 25 novembre 2011 du Comité mixte Communauté/Suisse des transports aériens remplaçant l'annexe de l'accord entre la Communauté européenne et la Confédération suisse sur le transport aérien (*JO L 338du 21.12.2011, p. 70–89*) ; la décision n°1/2012 du 10 mai 2012 du comité mixte des transports aériens Union européenne/Suisse remplaçant l'annexe de l'accord entre la Communauté européenne et la Confédération suisse sur le transport aérien (*JO L 128du 16.5.2012, p. 14–32*) ; la décision n°2/2012 du 30 novembre 2012 comité mixte des transports aériens remplaçant l'annexe de l'accord entre la Communauté européenne et la Confédération suisse sur le transport aérien (*JO L 356du 22.12.2012, p. 109–12*) ; décision n°1/2013 du 2 décembre 2013 du comité mixte des transports aériens remplaçant l'annexe de l'accord entre la Communauté européenne et la Confédération suisse sur le transport aérien (*JO L 12du 17.1.2014, p. 4–18*) ;

Ne contiennent pas cette mention la décision n°1/2010 du 7 avril 2010 du Comité mixte Communauté/Suisse des transports aériens remplaçant l'annexe de l'accord entre la Communauté européenne et la Confédération suisse sur le transport aérien (*JO L 106du 28.4.2010, p. 20–38*) ni la décision n°2/2010 du 26 novembre 2010 du Comité mixte Communauté/Suisse des transports aériens remplaçant l'annexe de l'accord entre la Communauté européenne et la Confédération suisse sur le transport aérien (*JO L 347du 31.12.2010, p. 54–73*).

2183 Décision n°1/2012 du 10 mai 2012 du comité mixte des transports aériens Union européenne/Suisse précitée.

2184 Décision n°1/2011 du 21 octobre 2011 du comité mixte institué par l'accord sur certains aspects relatifs aux marchés publics (*JO L 97 du 3.4.2012, p.1-73*) ; décision n°1/2012 du 31 mars 2012 du comité mixte institué par l'accord sur la libre circulation des personnes [ALCP] remplaçant l'annexe II dudit accord sur la coordination des systèmes de sécurité sociale, (*JO L 103 du 13.04.2012, p.51-59*).

mixte UE-Suisse »[2185]. On pourrait même voir dans les quelques cas où la décision précise qu'elle entre en vigueur après accomplissement des formalités constitutionnelles (de la Suisse)[2186], un assouplissement spécifique à une règle : celle qui veut qu'en principe les décisions entrent en vigueur directement. De même, lorsqu'est prévu l'accomplissement de formalités constitutionnelles, la décision peut prévoir une application provisoire[2187], ce qui signifie qu'en pratique, les décisions des comités mixtes sont bien souvent immédiatement applicables aux membres du comité mixte. Cette applicabilité immédiate des décisions des comités mixtes est ainsi un indice réel de leur caractère réglementaire et de l'institutionnalisation du pouvoir au sein de cet organe.

1351. Cependant, et c'est une limite sérieuse à la reconnaissance d'un pouvoir réglementaire propre au comité mixte : ce n'est pas – complètement – en vertu du droit créé par l'accord que les décisions des comités mixtes revêtent les caractères réglementaires. Certes Peter GISLDORF souligne la différence entre les accords et les actes pris par des instances créées par des accords auxquels la Communauté (désormais l'Union européenne) : « *Alors que la conclusion de l'accord rend celui-ci contraignant pour la Communauté et les Etats membres, dans le cas des décisions d'organes, cet effet juridique intervient en raison de la prise de la décision et à la date d'entrée en vigueur qu'elle prévoit* »[2188]. Toutefois le fondement de cet effet juridique n'est pas clair. Alors que certains auteurs ont souligné les incertitudes existantes sur le régime d'insertion des actes des organes créés par des traités internationaux[2189], les accords Suisse-UE n'ont pas apporté de précision sur ce point. Les accords n'imposent pas l'absence de ratification des décisions des comités mixtes ; ce n'est donc pas expressément sur les accords que l'on peut fonder un tel effet. Or on ne peut pas non plus mener un raisonnement sur un fondement implicite de l'effet des organes, en

---

2185 Article 2 de la décision n°1/2004 du 30 avril 2004 du comité mixte UE-Suisse portant modification de l'annexe III (reconnaissance mutuelle des qualifications professionnelles) de l'ALCP (*JO L 352du 27.11.2004, p. 18*).

2186 En vertu de son article 4, alinéa 1, la décision n°2/2011 du comité mixte ALCP « *entre en vigueur le jour suivant celui de la notification, par la Suisse, de l'achèvement de ses procédures internes nécessaires* » : décision n°2/2011 du 30 septembre 2011 du comité mixte UE-Suisse institué par l'article 14 de l'accord sur la libre circulation des personnes, en ce qui concerne le remplacement de l'annexe III (reconnaissance mutuelle des qualifications professionnelles), (*RS 0.142.112.681; RO 2011 4859* | JO *L 277 du 22.10.2011, p. 20–35*).

2187 En vertu de l'article 4, alinéa 2, la décision n°2/2011 du 30 septembre 2011 du comité mixte ALCP précitée s'est appliquée de manière provisoire dès le 1er novembre 2011.

2188 Peter GILSDORF, « Les organes institués par des accords communautaires : effets juridiques de leurs décisions. Observations à propos notamment de l'arrêt de la Cour de justice des Communautés européennes dans l'affaire C-192/89 », *R.M.C.U.E.*, 1992, n°357, pp.328-338, spéc. p.332.

2189 KAHIL Bettina, *Suisse-Europe : mesurer le possible, viser à l'essentiel. Aspects politiques et juridiques des négociations bilatérales*, Centre Patronal, Lausanne, 1995, 105 p., spéc. pp.34-35 (et les références citées).

l'absence d'indice clair sur la nature institutionnelle de cet organe. Si les décisions des comités mixtes semblent immédiatement applicables, c'est parce que la Suisse et l'Union européenne décident lors de l'élaboration de chaque décision, de cette applicabilité, et qu'elles lui confèrent dans leurs ordres juridiques une telle portée ; mais ce n'est pas en raison de la nature même de ces décisions, ce n'est pas un effet intrinsèque de l'institutionnalisation du pouvoir. Les décisions des comités mixtes Suisse-UE ne sont pas par nature des actes réglementaires.

c) La hiérarchie incomplète des décisions des comités mixtes

1352. Il reste enfin à savoir si les décisions des comités mixtes sont soumises à une hiérarchie avec les accords Suisse-UE, hiérarchie qui elle aussi est un indicateur de l'institutionnalisation du pouvoir au sein des organisations internationales.

1353. Théoriquement une telle hiérarchie existe puisque les accords définissent des règles de compétences aux comités mixtes et fixent des limites. La hiérarchie est cependant incomplète pour deux raisons. D'une part, la hiérarchie ne peut qu'être que partielle puisque parmi les actes de droit dérivé susceptibles d'être adoptés par les comités mixtes, figurent des décisions qui ont pour objet de modifier les accords Suisse-UE. D'autre part, la hiérarchie manque d'effectivité au niveau du contrôle de cette exigence. Il n'est pas prévu un contrôle des décisions des comités mixtes par rapport aux accords Suisse-UE. Ce contrôle pourrait théoriquement être exercé dans le cadre du règlement des différends « relatifs à l'interprétation ou l'application » des accords Suisse-UE. Mais alors l'acte serait contrôlé par le même organe que celui qui l'a adopté : le comité mixte. L'institutionnalisation du pouvoir apparaît à cet égard bien faible.

1354. Cette dernière remarque nous conduit à relever que de manière plus générale, ce qu'il manque à la relation Suisse-UE pour être véritablement institutionnalisée c'est un juge commun : un juge qui pourrait, lors de l'exercice de sa fonction juridictionnelle, arrêter la nature des comités mixtes et définir la portée de ces décisions à l'égard des membres des comités mixtes, et qui par son contrôle même de ces décisions à l'égard d'un droit de base, manifesterait une véritable institutionnalisation. Ce qu'il manque en somme, c'est une véritable règle d'adjudication, une règle secondaire qui habilite une autorité à trancher des litiges et dont les décisions bénéficient d'une autorité juridique en

vertu de cette règle secondaire ; l'analyse de cette lacune, dans une perspective systémique, apparaîtra plus nettement dans le chapitre suivant[2190]. Cette absence s'explique compte tenu du risque que ferait peser un tel juge pour l'autonomie de l'ordre juridique de l'Union européenne. Les contours tracés par la Cour de justice sur l'établissement d'une juridiction par des accords basés sur le droit de l'Union européenne ont été évoqués[2191] ; leur signification institutionnelle sera en outre approfondie dans une analyse ultérieure[2192]. Mais l'influence de l'Union européenne doit aussi à ce stade être soulignée, en ce qu'elle affecte la manière dont s'institutionnalise l'action d'adopter des normes. En effet, l'institutionnalisation de la relation Suisse-UE est par définition non seulement limitée, mais plus largement conditionnée, par la nature institutionnelle de l'Union européenne, sujet dérivé. C'est à la lumière de la nature institutionnelle de l'Union européenne que l'on peut comprendre certaines ambivalences de l'institutionnalisation de l'ensemble Suisse-UE.

§3 – La qualité de l'institutionnalisation déterminée par l'institution Union européenne

1355. On a vu jusqu'ici une institutionnalisation qui prend essentiellement la forme d'un organe commun « entre » la Suisse et l'Union européenne, et qui laisse l'image d'un organe chapeautant ces deux ensembles dans l'ordre international. Mais l'institutionnalisation se fait aussi « vers » l'Union européenne. L'institutionnalisation de l'ensemble Suisse-UE se développe en effet selon une dialectique : entre une institutionnalisation propre et une institutionnalisation orientée sur l'Union européenne. C'est cette seconde logique qu'il s'agit de montrer ici, et elle se manifeste sur deux plans. D'abord, la relation Suisse-UE s'appuie sur les institutions de l'Union européenne (A). Ensuite, elle affecte de manière asymétrique les deux ensembles : la Suisse évidemment puisqu'elle participe au fonctionnement institutionnel de l'Union européenne, mais aussi et de l'autre côté les Etats membres de l'Union européenne qui consentent dans le cadre

[2190] Voir, *infra*, chapitre 2, section 1.
[2191] Voir, *supra*, partie 1, titre 2, chapitre 3.
[2192] Voir, *infra*, chapitre 2, section 2.

de la relation Suisse-UE à des formes d'institutionnalisation du pouvoir qui peuvent paraître supérieures à celles consenties par la Suisse, mais qui s'expliquent par le fait que la relation Suisse-UE se base sur le droit de l'Union européenne (B). Cette orientation de l'institutionnalisation, qui se déroule en particulier dans le cadre de l'association de la Suisse à Schengen, peut alors paraître limitée, ce qui peut paraître paradoxal dans la mesure où elle se déroule dans le cadre d'une institution aboutie, l'Union européenne. En fait, c'est précisément dans le cas où l'intégration vers l'Union européenne est la plus marquée que l'institutionnalisation autonome Suisse-UE l'est le moins (C).

A) L'appui sur les institutions de l'Union européenne

1356. La relation Suisse-UE s'appuie sur les institutions de l'Union européenne dans la mesure où les règles applicables sont largement celles qui sont issues de l'action des institutions de l'Union européenne (1). Ces règles sont parfois reprises par les comités mixtes Suisse-UE qui s'appuient ainsi sur les institutions de l'Union européenne. C'est plus largement le fonctionnement des comités mixtes Suisse-UE qui aménagent un rôle aux institutions de l'Union européenne (2).

1) La reprise d'un droit élaboré par les institutions de l'Union européenne

1357. La relation Suisse-UE s'appuie en premier lieu sur les institutions de l'Union européenne car les règles – qualifiées de règles primaires – qui servent de fondement aux accords Suisse-UE sont largement celles de l'Union européenne : celles des traités instituant l'Union européenne, et celles résultant de l'action des institutions de l'Union européenne[2193]. La relation Suisse-UE s'appuie ainsi sur le droit dérivé adopté par le Parlement et le Conseil de l'Union européenne, et parfois sur l'interprétation du droit de l'Union européenne (primaire et dérivé) fournie par la Cour de justice de l'Union européenne.

1358. La Suisse a alors obtenu en « contre-partie » de cette orientation, certaines garanties lui permettant de participer au fonctionnement de l'Union européenne[2194]. La Suisse

---

[2193] Sur l'européanité des règles primaires applicables dans la relation Suisse-UE, voir, *supra*, partie 1, titre 2, chapitre 2.

[2194] Voir Cécile RAPOPORT, « La participation des États tiers à la prise de décision communautaire », *in* M. BLANQUET (dir.), *La prise de décision dans le système de l'Union européenne*, Bruxelles, Bruylant, 2011, pp. 275-313 ; Cécile

participe ainsi, sans droit de vote, aux institutions et aux comités existants au sein de l'Union européenne. Cette participation au « *decision shaping* », accordée à la Suisse afin de permettre un bon fonctionnement de l'ensemble Suisse-UE, peut ainsi être lue comme un appui de cet ensemble institutionnel sur l'Union européenne, institution plus aboutie dont le droit est déterminant.

2) *Le rôle des institutions de l'Union européenne dans le fonctionnement des comités mixtes*

1359. C'est d'abord un rôle indirect ou informel que l'on mettra en évidence : la relation Suisse-UE s'appuie sur les institutions de l'Union européenne qui exercent en pratique une sorte de proposition de décision des comités mixtes. On remarque que la Commission européenne propose souvent au Conseil d'adopter une décision qui définit la position de l'Union européenne au sein des comités mixtes Suisse-UE par un projet de décision du comité mixte. Ce projet est souvent adopté « en l'état » par le comité mixte Suisse-UE. Ces actes internes à l'Union européenne sont probablement préparés en parallèles de discussions avec la Suisse ce qui peut les amener à tenir compte de la volonté de la Suisse. En outre, le projet de décision du comité mixte a souvent pour objet de « mettre à jour » les accords Suisse-UE sur les nouveaux développements du droit de l'Union européenne ; dans la mesure où les accords étaient déjà basés sur le droit de l'Union européenne, le fait que les institutions de l'Union européenne proposent le prolongement de cet arrimage n'est pas particulièrement étonnant. Mais, d'une part, ce n'est pas toujours le cas, et les institutions de l'Union européenne ont aussi « proposé » des projets de règlement intérieur du comité mixte, sur la base desquels ont été adoptés des actes internes au comité mixte[2195]. D'autre part, même lorsqu'est en jeu la reprise du droit de l'Union européenne, cette pratique peut aussi être lue comme un appui de la relation Suisse-UE sur les institutions de l'Union européenne. D'ailleurs la plupart du temps, la décision du comité mixte mentionne expressément les références de la décision du Conseil ! Celle-ci n'est

---

RAPOPORT, *Les partenariats entre l'Union européenne et les Etats tiers européens - Étude de la contribution de l'Union européenne à la structuration juridique de l'espace européen,* Bruxelles, Bruylant, 2011, 809 p.

2195 Voir l'annexe de la proposition de décision du Conseil du 8 avril 2003 concernant la position de la Communauté sur l'adoption du règlement intérieur du comité mixte vétérinaire institué par l'accord entre la Communauté européenne et la Confédération suisse relatif aux échanges de produits agricoles, COM (2003) 171 final, *JO C 76 du 25.3.2004, p.11*.

donc pas qu'une décision qui définit la position de l'Union européenne : elle sert de base à la décision du comité mixte. On peut ainsi considérer que les institutions de l'Union européenne exercent ainsi une sorte de fonction de proposition pour les comités mixtes Suisse-UE

1360. Le comité mixte Schengen confie par ailleurs expressément un rôle à une institution de l'Union européenne. Contrairement aux autres comités, la fonction de secrétariat est ici non seulement stable, mais orientée : elle est assumée par le secrétariat général du Conseil de l'Union européenne[2196]. Ce n'est pas un phénomène spécifique à la relation Suisse-UE : le droit international connaît de telles situations dans lesquelles une structure d'une entité (que cette dernière soit une organisation ou un organe commun) utilise certains organes d'une autre institution (notamment ceux d'une organisation)[2197]. L'exemple précité du secrétariat établi par la Convention de Vienne montre qu'un organe commun peut utiliser les organes d'une organisation internationale. Ici, ce choix s'explique probablement par l'objet de l'accord Schengen que ce comité doit gérer : il assure l'association, voire l'intégration, de la Suisse dans l'espace Schengen de l'Union européenne.

1361. Il nous conduit à aborder plus directement l'asymétrie de l'institutionnalisation, pour la Suisse mais aussi pour les Etats de l'Union européenne.

B) L'asymétrie de l'institutionnalisation polarisée sur l'UE

1362. Dans le cadre des comités mixtes, le consentement des représentants des Etats membres n'est pas systématiquement requis pour que le comité mixte adopte une décision, alors que celui de la Suisse l'est. Cette asymétrie au niveau du processus décisionnel du comité mixte s'explique par le fait que le comité mixte gère un accord de reprise du droit de l'Union européenne, droit auquel les Etats de l'Union européenne ont participé à l'élaboration. C'est d'ailleurs plus exactement une asymétrie entre la Suisse et les membres du Conseil de l'Union européenne qui se déroule dans le comité mixte

---

[2196] Article 11 de la décision n°1/2004 du 26 octobre 2004 du Comité mixte Schengen précitée.

[2197] Voir notamment, Henry G. SCHERMERS, Niels M. BLOKKER, *International Institutional Law – Unity within Diversity*, Leiden, Martinus Nijhoff Publishers, 2011, 5ème édition, §44 : « *Treaty organs lack legal personality. They are usually more or less loosely embedded in a structure of pre-existing international organization, and may benefit from the latter's administrative services and from its political and other forms of support* ».

Schengen, mais qui est importante sur le plan de la qualification de ce comité (1). L'asymétrie se prolonge alors cette fois à l'égard de la Suisse sur une autre modalité du fonctionnement interne du comité mixte Schengen, celle de l'exercice des fonctions au sein de cet organe (2).

1) *L'asymétrie à l'égard des Etats membres de l'Union européenne dans le processus décisionnel du comité mixte Schengen*

1363. Si on laisse de côté le cas du comité mixte ALCP dans lequel le Royaume-Uni n'avait vraisemblablement pas donné son consentement à la prise d'une décision dont on ne sait pas si elle est juridiquement valide[2198], le fonctionnement d'un autre comité mixte, celui institué par l'accord d'association de la Suisse à Schengen, prévoit un assouplissement à la règle de l'unanimité. Certes, il s'agit d'une modalité prévue par le règlement intérieur de ce comité, et l'on pourrait encore douter de sa conformité à l'accord qui prévoit que les décisions sont prises d'un commun accord. Mais face aux indices souvent peu explicites de l'institutionnalisation, on analysera cette modalité prévue expressément par le règlement intérieur de ce comité mixte.

1364. Ce sont plus exactement deux exceptions à la règle de l'unanimité que le règlement intérieur prévoit. D'une part, la présence de l'ensemble des représentants n'est pas requise pour que le comité adopte une décision[2199]. D'autre part, parmi les membres présents, le consentement de tous n'est pas nécessaire dans la formation de la volonté du comité mixte[2200]. Ces deux aménagements participent ainsi à distinguer les volontés individuelles des membres avec la volonté du comité mixte. Elles ont ainsi pu servir à mettre en relief la nature d'organe commun de ce comité dont le fonctionnement « *est indépendant de* [tel membre] *particulier, même dans le cas où celui-ci a le droit de concourir à la formation de l'organe*»[2201], et peut-être même une dimension institutionnelle plus poussée puisqu'on a

---

2198 Voir l'affaire C-565/11 citée *supra*.

2199 Article 5, alinéa 2, de la décision n°1/2004 du 26 octobre 2004 du Comité mixte UE/Suisse établi par l'AAS (*JO C 308 du 14.12.2004, p. 2–4*), modifiée par la décision n°1/2008 du 28 février 2008 (*JO L 83 du 26.3.2008, p. 37–38)*.

2200 Message du Conseil fédéral du 1er octobre 2004 relatif à l'approbation des accords bilatéraux entre la Suisse et l'Union européenne, y compris les actes législatifs relatifs à la transposition des accords («accords bilatéraux II»), FF 2004, vol. 1, cahier n°44, pp.5593-5924, spéc. p. 5752.

2201 Gaetano MORELLI, « Les unions internationales d'Etats. Cours général de droit international public », *R.C.A.D.I.*. 1956, I, tome 89, pp.557-583, spéc. p. 561.

vu que l'abandon de la règle de l'unanimité pouvait caractériser une organisation internationale[2202].

1365. Mais l'assouplissement de la règle de l'unanimité n'affecte pas les membres du comité mixte Schengen de la même manière. D'une part, le quorum fixé à la prise de décision est orienté : une décision peut être prise si le comité réunit le représentant de la Suisse, du Liechtenstein, de la Commission et « *au moins la moitié des membres du Conseil* »[2203]. Ainsi, le fonctionnement de cet organe ne dépend pas complètement de tel ou tel membre particulier. Pas complètement car, et c'est là une nuance majeure qui limite le caractère d'organe commun, le fonctionnement du comité mixte Schengen dépend de la Suisse, mais pas de tel ou tel Etat de l'Union européenne (ou plus exactement pas de tel ou tel membre du Conseil de l'Union européenne). D'autre part, et dans cette même logique, parmi les membres présents, ce n'est que l'abstention « *d'un ou de plusieurs membres du Conseil ou du représentant de la Commission* » [2204] qui n'empêche pas la prise de décision. A nouveau, le comité mixte est partiellement indépendant de ses membres, mais ce constat ne vaut que pour certains membres de cet organe. Il y a donc une asymétrie entre les membres du comité mixte Schengen, puisque les Etats de l'Union européenne, membres du Conseil de l'Union européenne, ont consenti à une institutionnalisation du pouvoir qui peut paraître plus importante, mais qui s'explique par l'orientation de l'accord sur le droit de l'Union européenne. En retour, et sur un autre point, l'asymétrie se manifeste à l'égard de la Suisse.

2) *L'asymétrie à l'égard de la Suisse dans l'exercice des fonctions au sein du comité mixte Schengen*

1366. On a pu apercevoir que le comité mixte Schengen a, comme le relève le Professeur Christine KADDOUS, une structure spécifique[2205]. Dans l'exercice des fonctions internes à ce comité, on a vu que le secrétariat s'appuie sur celui du Conseil de l'Union européenne. Il y a également une asymétrie dans l'exercice de la présidence de ce comité mixte.

2202 Voir, *supra*, B), b), i) (et les limites à cette idée).

2203 Article 5, alinéa 2, de la décision n°1/2004 du 26 octobre 2004 précitée.

2204 Message du Conseil fédéral du 1er octobre 2004 précité, spéc. p. 5752.

2205 Christine KADDOUS, « The Significance of "Precedent" in the Bilateral Agreements between Switzerland and the European Union », in C. BAUDENBACHER, S. PLANZER (dir.), *The role of precedent*, Stuttgart, German Law Publishers, 2011, pp.125-140, spéc. p. 130.

1367. Lorsqu'il se réunit au niveau des experts, ce comité mixte Schengen est présidé par « *le représentant de l'Union européenne* »[2206] : il y a ici un relatif abandon d'une idée de répartition des représentations puisque la Suisse n'exerce pas la présidence. Cette asymétrie est cependant limitée : lorsque le comité mixte se réunit au niveau des hauts fonctionnaires et des ministres, il est présidé à tour de rôle par un représentant de la Suisse et un membre du Conseil de l'Union européenne. On soulignera, même si l'asymétrie ne concerne pas la Suisse, que c'est alors le représentant de la Commission européenne qui semble exclu de la présidence[2207].

1368. L'asymétrie peut être accrue dans certains cas. Compte tenu du fait que l'Union européenne a aussi associé à la coopération Schengen d'autres Etats tiers tels que la Norvège et l'Islande, des modalités particulières ont été prévues pour assurer des réunions communes des comités mixtes. Lorsque ces comités mixtes se réunissent ensemble, et que la présidence est assurée à ce moment-là par la Suisse ou pour les comités UE-Norvège-Islande par un de ces deux Etats associés, « *la présidence des séances communes est assurée par un seul des trois Etats associés* »[2208], selon une rotation semestrielle. Il s'agit certes de la présidence des séances, et pas formellement de la présidence du comité mixte, mais en pratique, il est possible d'avoir une réunion du comité mixte Suisse-UE qui sera présidée par un représentant d'un Etat qui n'est pas formellement membre de ce comité. La Suisse (ainsi que la Norvège et l'Islande) ont déclaré souhaiter « *céder en cas de besoin l'exercice de leur présidence* »[2209], pour l'exercer à tour de rôle suivant un ordre qui n'est autrement défini que par l'ordre alphabétique de leur nom.

1369. Cet exemple est propre aux accords d'association à Schengen et Dublin dont on a souligné leurs particularités ; mais il montre que la relation Suisse-UE est dans certains cas

---

2206 Article 3, paragraphe 5, de l'AAS précité.

2207 En vertu de l'article premier de la décision n°1/2004 du 26 octobre 2004 du Comité mixte Schengen précitée : « *Le Comité est présidé* […] *au niveau des hauts fonctionnaires et au niveau ministériel : pendant le premier semestre de l'année, par la délégation représentant le membre du Conseil qui en exerce la présidence; pendant le deuxième semestre de l'année, par la délégation représentant le gouvernement de la Suisse* ». On pourrait théoriquement concevoir que l'alinéa suivant ouvre une possibilité pour que le représentant de la Commission assure la présidence : « *La délégation suisse peut céder la présidence du Comité mixte au niveau des hauts fonctionnaires et au niveau ministériel à une autre délégation disposée à assurer cette fonction* ».

2208 Message du Conseil fédéral du 1er octobre 2004 relatif à l'approbation des accords bilatéraux entre la Suisse et l'Union européenne, y compris les actes législatifs relatifs à la transposition des accords («accords bilatéraux II»), FF 2004, vol. 1, cahier n°44, pp.5593-5924, spéc. p. 5751.

2209 Déclaration commune sur les réunions conjointes des comités mixtes, annexée à l'AAS. Voir la déclaration similaire annexée à l'AAD.

assez structurée autour d'un comité mixte dont le président peut ne pas être uniquement un représentant, mais une personne ayant une – faible – autonomie organique à l'égard des membres du comité mixte. Alors que l'autonomie du secrétariat et celle de la présidence du comité réuni au niveau des experts peuvent paraître plus importantes que dans les autres comités, car le détenteur de ces fonctions est fixe, le comité mixte Schengen manifeste à d'autres égards une institutionnalisation du pouvoir d'apparence plus limitée, et de nouveau, c'est probablement l'orientation de la relation sur l'institution Union européenne qui explique ce constat.

C) La limitation de l'institutionnalisation, corollaire de l'intégration dans l'institution UE

1370. L'Union européenne, institution particulièrement aboutie, ne semble pas militer pour un cadre institutionnel particulièrement développé avec la Suisse. Cette affirmation peut surprendre, car on a vu que la Suisse et l'Union européenne négocient actuellement sur des questions institutionnelles. En réalité, l'Union européenne ne souhaite pas le développement d'un cadre institutionnel autonome, mais que celui-ci assure l'homogénéité des règles applicables par rapport au droit de l'Union européenne. Dans la dialectique « ensemble commun Suisse-UE » / « intégration Suisse dans l'UE », le développement de ce second point se fait, sur le plan institutionnel, au détriment du premier.

1371. C'est le comité mixte Schengen qui illustre cette idée. On verra en effet que le comité mixte traduit ici une faible institutionnalisation : la modification de l'accord n'est pas le fait d'une décision du comité mixte, elle n'est pas un acte collectif du comité mixte, et *a fortiori* pas un acte unilatéral du comité mixte (1). La nature de l'acte de modification n'est pas pour autant dépourvue d'ambiguïté : il semble être un acte conventionnel, un nouvel accord entre la Suisse et l'Union européenne mais les règles qui concernent la reprise par la Suisse d'un acquis Schengen amènent à se demander si la modification ne résulte pas d'un acte unilatéral de la Suisse (2).

1) *Le comité mixte Schengen, simple cadre de discussion favorisant la modification de l'accord*

1372. Le comité mixte Schengen gère un accord qualifié d'accord d'intégration, basé sur une reprise du droit de l'Union européenne : les règles primaires de cet accord reprennent l'acquis de l'Union européenne[2210], et des règles secondaires assurent que l'interprétation et le développement de cet accord suivra ceux de l'acquis Schengen[2211]. Pourtant – et en réalité précisément pour cette raison – les compétences du comité mixte Schengen sont moindres. L'accord pose le principe que la Suisse reprendra les développements de l'acquis Schengen. L'intervention du comité mixte n'est ainsi pas nécessaire puisque les modifications de l'accord suivent les développements du droit de l'Union européenne[2212]. Le comité mixte constitue, au regard du développement de l'accord,essentiellement un cadre de discussions entre la Suisse et l'Union européenne : il est saisi de toutes les questions visées à l'article 2 relatif à la reprise de l'acquis Schengen, et « *veille à ce que toute préoccupation exprimée par la Suisse soit dûment prise en considération* »[2213] ; la reprise de l'acquis Schengen par la Suisse doit se faire en tenant compte « *du délai indiqué par la Suisse au sein du comité mixte pour lui permettre de satisfaire à ses exigences constitutionnelles* »[2214]. Mais ce n'est pas formellement le comité mixte qui décide de la reprise de l'acquis en fixant éventuellement un délai particulier pour la Suisse.

1373. Il ne s'agit pas ici de remettre en cause la nature organique du comité mixte Schengen qui dispose de compétences propres[2215] et d'une structure interne qui est au regard des autres comités mixtes Suisse-UE probablement la plus sophistiquée[2216]. Il s'agit au contraire de mettre en lumière ces éléments qui traduisent une assez forte institutionnalisation, avec la faible institutionnalisation constatée dans l'absence de

---

2210 Voir, *supra*, partie 1, titre 2, chapitre 2, section 1 et section 2, paragraphe 1.

2211 Voir, *supra*, partie 1, titre 2, chapitre 3, section 1, paragraphe 2, et section 2, paragraphe 2.

2212 Article 7, paragraphe 1, de l'accord du 26 octobre 2004 sur l'association de la Confédération suisse à la mise en œuvre, à l'application et au développement de l'acquis de Schengen [AAS] (*RS 0.362.31 / JO L 53 du 27.2.2008, p. 52-79*) : « *L'adoption de nouveaux actes ou de mesures liés aux questions visées à l'article 2 est réservée aux institutions compétentes de l'Union européenne. Sous réserve du paragraphe 2, ces actes ou ces mesures entrent en vigueur simultanément pour l'Union européenne, la Communauté européenne et ses États membres concernés et pour la Suisse, sauf disposition explicite contraire dans ceux-ci* ».

2213 Article 4, paragraphe 1, de l'AAS précité.

2214 Article 7, paragraphe 1, de l'AAS précité.

2215 Voir par exemple l'article 7, paragraphe 4, de l'AAS précité.

2216 Voir, *supra*, A) et B), les remarques faites sur la stabilité de la présidence et du secrétariat.

compétence du comité mixte pour adopter des décisions dans ce domaine. Et c'est la particularité de l'accord que gère ce comité mixte qui explique cette ambivalence : l'accord a pour objet d'intégrer la Suisse dans l'espace Schengen de l'Union européenne. Le comité mixte s'appuie alors sur les institutions de l'Union européenne dans son fonctionnement, au point de « céder la place » pour la modification de l'accord, laquelle dépend de l'action de ces institutions à laquelle la Suisse s'est par avance engagée à se joindre.

2) *L'intégration dans l'espace Schengen, vecteur d'ambiguïté sur la nature de l'acte de reprise des développements dans l'acquis Schengen*

1374. D'un côté, en raison de l'absence de compétence du comité mixte, on peut ne plus avoir de doutes sur le caractère conventionnel de l'acte modificatif. La procédure semble l'attester : *le Conseil de l'Union européenne notifie à la Suisse l'adoption* d'actes qui développent l'acquis Schengen et *la Suisse se prononce sur l'acceptation de leur contenu et sur la transposition dans son ordre juridique interne*[2217]. Celle-ci se fait en pratique par la technique de l'échange de lettre qui souligne le caractère conventionnel de la procédure de modification. Enfin, la formulation retenue pour les effets juridiques de ces modifications confirme ce constat : l'acceptation par la Suisse du contenu des actes développant l'acquis Schengen crée des droits et des obligations entre la Suisse, *d'une part*, et, selon le cas, l'Union européenne, la Communauté européenne et les États membres, *d'autre part*[2218]. En ce sens, la notification par la Suisse de son acceptation « *doit être considérée comme la conclusion d'un traité international* »[2219].

1375. D'un autre côté, il y a à nouveau en raison de l'objet de cet accord, une asymétrie qui jette un doute sur le caractère conventionnel. En effet, les règles de procédures visent principalement la Suisse : la Suisse « *se prononce sur l'acceptation* » du contenu des développements de l'acquis Schengen[2220] ; si le contenu de ces actes « *ne peut lier la Suisse* » qu'après l'accomplissement de ses exigences constitutionnelles, « *la Suisse en informe le*

[2217] Article 7, paragraphe 2, a), de l'AAS précité.

[2218] Article 7, paragraphe 3, de l'AAS précité.

[2219] Anne CORNU, « Les aspects institutionnels des Accords d'association de la Suisse à Schengen et à Dublin », in C. KADDOUS, M. JAMETTI GREINER (dir.), *Accords bilatéraux II Suisse-UE et autres accords récents,* Dossiers de droit européen, Vol. 16, Bruxelles, Bruylant, 2006, pp. 207-244 spéc. p. 234.

[2220] Article 7, paragraphe 2, a), de l'AAS.

Conseil et la Commission lors de sa notification »[2221]. Il semble ainsi que les institutions de l'Union européenne se bornent à notifier un nouveau développement et que c'est la Suisse qui décide de l'accepter ou non, ce qui s'apparente à un acte unilatéral. On pourrait même dire que c'est précisément compte tenu de cette nature pas forcément conventionnelle que l'article 7, paragraphe 3 précise que « *l'acceptation par la Suisse du contenu des actes* [développant l'acquis Schengen] crée *des droits et des obligations entre* » la Suisse, et selon les cas, l'Union européenne, la Communauté européenne et les États membres[2222]. On pourrait considérer que l'Union européenne aurait par avance donné son consentement à toute modification de l'accord consistant à l'extension de l'acquis Schengen dans sa relation avec la Suisse, de sorte que l'acceptation de la Suisse rejoindrait la volonté antérieure de l'Union européenne et la modification serait bel et bien un acte conventionnel, un accord de volontés. Il n'y aurait alors qu'un décalage temporel entre l'expression des volontés de l'Union européenne et de la Suisse. Mais même cette conception n'efface pas une certaine asymétrie entre la volonté de l'Union européenne qui se prononce sur tous les actes de développement à venir, pris abstraitement, et celle de la Suisse qui se prononce sur tel et tel acte identifié. Et c'est de nouveau l'orientation de la relation qui explique ce décalage : l'Union européenne consent à des extensions de l'accord dont le contenu est déterminé par ses propres institutions puisque l'accord d'association prévoit la reprise de l'acquis Schengen, l'adoption de ces actes étant « *réservée aux institutions compétentes de l'Union européenne* »[2223]. Ou alors il faudrait reconnaître une stricte égalité dans la possibilité de consentir à l'extension d'un acte en considérant que l'Union européenne a le choix de l'étendre à la Suisse lorsqu'elle en fait la notification.

*

* *

[2221] Article 7, paragraphe 2, b), de l'AAS.
[2222] Article 7, paragraphe 3, de l'AAS précité.
[2223] Article 7, paragraphe 1, de l'AAS précité.

Conclusion du chapitre 1.

1376. Le silence des accords, conjugué aux indices souvent contradictoires évoqués dans la section précédente, ne permettent pas de dépasser la logique relationnelle qui s'applique « par défaut » entre des sujets de droit international, au point de conclure à la forme la plus aboutie de l'institutionnalisation : l'organisation internationale. Il n'est d'ailleurs pas certain que les délégués de la Suisse et ceux de l'Union européenne agissent autrement que dans une optique de participation au comité mixte : leur présence au sein des comités mixtes n'a pas clairement vocation à assurer la représentation de ces Etats au sein de ces organes. Toutefois, il ressort de cette étude que l'on pourrait considérer que les comités mixtes constituent une forme d'institution moins aboutie que l'organisation : ils peuvent être des organes communs. On peut en effet penser que les comités mixtes sont de véritables organes, des organes collectifs, qui expriment la volonté simultanée et identique de leurs membres, à l'égard desquels leurs décisions sont imputables. Cette analyse institutionnelle a en outre démontré un caractère particulier de l'institutionnalisation : elle est orientée sur l'institution de l'Union européenne. Ce constat est la traduction institutionnelle de l'européanité des règles primaires, constatée en première partie. Il reste intéressant car il rejoint alors une forme d'institutionnalisation identifiée en droit international : il arrive que des organes – souvent qualifiés « d'organes de traités », « treaty based organs » - dépourvus de la personnalité juridique internationale, s'appuient sur la structure d'une organisation internationale. Ici cette organisation internationale c'est l'Union européenne : les comités mixtes s'appuient sur les institutions de l'Union européenne. Or, et précisément en raison des liens avec les institutions de l'Union européenne, l'institutionnalisation de l'ensemble Suisse-UE ne peut se développer de manière autonome en formant une véritable organisation internationale. Car cet ensemble risquerait, s'il se dotait d'organes indépendants ne serait-ce que pour interpréter les accords, de porter atteinte à l'autonomie de l'ordre juridique de l'Union européenne. En effet, non seulement un juge commun à l'ensemble Suisse-UE serait susceptible de lever les doutes sur le degré d'institutionnalisation lors de l'exercice de sa fonction juridictionnelle, en définissant la nature des comités mixtes et la portée de ces décisions à l'égard des membres, mais en plus cela traduirait une véritable

institutionnalisation par l'attribution de compétences indépendantes de la Suisse et de l'UE pour contrôler les décisions à l'égard d'un droit de base, les accords. Mais ce saut qualitatif institutionnel ne serait possible qu'en portant atteinte à l'autonomie essentielle de l'institution qu'est l'Union européenne.

*

* *

Chapitre 2 – L'institutionnalisation sous l'angle de l'ordonnancement systémique

1377. Il résulte des développements précédents que la mise en œuvre de l'une des règles de second degré (ou règles secondaires) applicables dans la relation Suisse-UE met en évidence une institutionnalisation limitée et conditionnée par la polarisation de la relation Suisse-UE sur l'institution Union européenne. L'institutionnalisation – et l'objectivisation de cet ensemble – sont en outre limités par l'absence de règle secondaire d'adjudication, susceptible de préciser la portée des règles primaires et par là-même la portée des règles secondaires relatives au développement du droit.

1378. On arrive ainsi à vouloir appréhender ensemble les règles secondaires d'une part, et réfléchir à leur articulation avec les règles primaires d'autre part. Cette approche combinée nous permettra de réfléchir, dans une optique systémique, à l'institutionnalisation de l'ensemble Suisse-UE. L'articulation entre les règles de premier degré et de second degré constitue en effet une porte d'entrée vers une approche de l'institution et en premier lieu, une approche normative de l'institution qui se retrouve en particulier dans l'œuvre de Norberto BOBBIO. Ce dernier établit ainsi, à partir de l'étude de ces deux types de règles, une différenciation entre des sociétés simples, semi-complexes ou complexes, distinction qui fait écho aux réflexions philosophiques sur un passage de l'état de nature à un état civil[2224]. BOBBIO considère ensuite que l'articulation entre les règles primaires et secondaires recouvre la théorie italienne de l'institution, telle qu'élaborée par Santi ROMANO. Il n'est cependant pas certain que le concept de l'institution de Santi ROMANO s'épuise dans une articulation entre les règles (ou normes) primaires et secondaires[2225]. Santi ROMANO et, de manière proche, Maurice HAURIOU

[2224] Noberto BOBBIO, « Nouvelles réflexions sur les normes primaires et secondaires », in N. BOBBIO, *Essais de théorie du droit*, Paris, LGDJ, 1998, pp.159-173, spéc. p. 168.

[2225] Plus précisément, Santi ROMANO est parti de l'insuffisance de la théorie qui considère le droit comme une norme. Il assimile le droit, l'institution et l'ordre juridique, notion(s) qui ne renvoie(nt) pas uniquement à des normes mais aussi aux « *mécanismes ou engrenages multiples, les rapports d'autorité et de force qui se créent, modifient, appliquent, font respecter les normes juridiques, mais ne s'identifient pas avec elles* » (Santi ROMANO, *L'ordre juridique*, trad. française de l'*Ordinamento giuridico*, Dalloz, 2ème éd. 2002, 174 p., spéc. p.10, §5.). Sur la base de cet extrait, Noberto BOBBIO considère que ce que Santi ROMANO vise ainsi, ce sont les règles de second degré. Cependant, il n'est pas certain que le « supplément » que vise Santi ROMANO se limite à des règles secondaires. Comme l'explique Pierre MAYER, le concept de normes secondaires était connu de Santi ROMANO mais celui-ci voit dans l'ordre

considèrent en effet le droit à travers une approche institutionnelle qui semble aller au-delà du concept de norme même si celui-ci est entendu largement[2226]. En dépassant l'approche normativiste, Santi ROMANO est parfois décrit comme « *l'anti-KELSEN* »[2227], comme père d'une théorie « *antinormativiste* »[2228]. Ce n'est cependant pas cette terminologie centrée sur la différence qui sera retenue, car c'est dans la mesure où ces différences apportent des éclairages complémentaires que ces théories sont utilisées ici. C'est pourquoi le qualificatif « *méta-normatif* » traduit mieux l'intérêt de ces théories dans l'étude de la relation Suisse-UE, théories qui s'intéressent à quelque chose d'autre que les normes applicables dans l'ensemble Suisse-UE, tout en considérant ce supplément comme juridique. Par conséquent, l'analyse de l'institutionnalisation de la relation Suisse-UE pourra se poursuivre et s'étendre aux approches « méta-normatives » (mais pas méta-juridiques) que se font Santi ROMANO et Maurice HAURIOU[2229]. L'articulation entre les règles de premier degré et celle de second degré est ainsi une porte d'entrée pour analyser l'institutionnalisation de l'ensemble Suisse-UE, sans être le seul outil juridique de cette analyse.

1379. De l'articulation entre les règles du premier degré et celle du second degré on mettra en évidence un décalage qui apporte des précisions pour situer le caractère sommaire de l'institutionnalisation. Parler de décalage peut sembler étonnant compte tenu de la différence – au moins de fonction – entre les règles primaires et secondaires. Le

---

juridique quelque chose de plus que des normes, une logique puisée dans la réalité sociale (Pierre MAYER, « Préface », in Santi ROMANO, *L'ordre juridique*, *op.cit.*). Santi ROMANO vise aussi quelque chose « *de plus vivant et de plus animé* », une certaine « *logique* » : l'ordre juridique (ou l'institution) « *est une entité qui* […] *conduit surtout, un peu comme des pions sur un échiquier, les normes elles-mêmes. Celles-ci représentent donc plutôt l'objet, et même l'instrument de son action qu'un élément de sa structure* » (Santi ROMANO, *L'ordre juridique, op.cit.* p.10).

2226 L'approche normative vise ainsi les théories qui se réfèrent aux normes entendues comme modèles de comportement imposé à des individus et aux normes qui ont pour objet cette première catégorie. Par souci de simplicité, il ne sera pas fait état des normes secondaires « inter-individuelles », mais seulement des normes secondaires qui habilitent les autorités de la Suisse, de l'Union européenne (et de ses Etats membres) ou des autorités communes.

2227 Phocion FRANCESCAKIS, « Introduction à l'édition française », in Santi ROMANO, *L'ordre juridique*, trad. française de la 2ème édition de l'*Ordinamento giuridico* par Lucien FRANCOIS et Pierre GOTHOT, Paris, Dalloz, 2ème éd. 2002, 174 p., pp.I-XIX, spéc. p.VI.

2228 Paul DELVAUX, « Sur l'ordre juridique de Santi Romano », *A.P.D.*, 1979, tome 24, pp. 381-392, spéc. p.381.

2229 La structure du chapitre suit ainsi la dichotomie de Charles LEBEN entre les théories normativistes de l'ordre juridique (KELSEN, HART, BOBBIO) et les théories « non exclusivement normativistes » de l'ordre juridique (parmi lesquelles celles de Santi ROMANO) : Charles LEBEN, « De quelques doctrines de l'ordre juridique », *Droits*, n°33, 2001, pp.19-39. Certains auteurs proposent une lecture conjuguée des théories de HART et BOBBIO d'une part, et celles d'HAURIOU et de RENARD d'autre part (par exemple Paul DUBOUCHET, « Pour une théorie normative de l'Institution », *RRJ*, n°3, 1993, pp.739-756). Mais il s'agit là de lectures qui donnent à la théorie en particulier celle d'HAURIOU, « *un tour normatif qu'elle n'a pas* » : Julia SCHMITZ, *La théorie de l'institution du doyen Maurice Hauriou*, Paris, L'Harmattan, 2013, 523 p., spéc. p.46.

constat d'un décalage est néanmoins possible si l'on s'attache à ce que ces règles traduisent, à leur signification à l'égard du groupe au sein duquel elles s'appliquent. Là où les règles primaires jettent les bases d'une communauté assez étroite entre la Suisse et les Etats de l'Union européenne, les règles secondaires ne traduisent pas une communauté marquée. La mise en valeur de ce décalage est alors opportune dans la mesure où il permet d'expliquer le caractère sommaire de l'institutionnalisation en situant les limites de l'institutionnalisation (section 1). Or les pressions qui s'appliquent sur les règles primaires et secondaires semblent indiquer que le décalage constaté est voué à perdurer en l'absence de changement majeur dans la relation Suisse-UE. L'institutionnalisation semble alors vouée à rester sommaire, c'est-à-dire que le décalage constaté ne semble pas pouvoir être comblé par le seul jeu de l'écoulement du temps. C'est alors, paradoxalement, l'objectivisation de la relation Suisse-UE qui montre les propres limites de ce phénomène. On a vu dans la précédente partie l'action objectivante du temps dans la relation Suisse-UE : la durée tend au développement des règles primaires et à la sophistication des règles secondaires. Mais cette action semble parvenue à une limite, ou du moins met en exergue une limite qui ne pourra pas être franchie. Le renforcement de l'institutionnalisation ne peut se poursuivre au point de franchir un seuil qualitatif, celui d'une véritable communauté régie par un ordre juridique abouti. En d'autres termes, l'objectivisation ne peut conduire à un système objectif comparable à celui existant dans un ordre juridique perfectionné, notamment celui de l'Union européenne. L'analyse de cette pression qui alimente la relation Suisse-UE apporte ainsi des indications sur le type d'institution qui se forme entre la Suisse et l'Union européenne et ses Etats : il s'agit peut-être, pour reprendre le vocable du Doyen HAURIOU, d'une institution-chose qui vit sur l'institution Union européenne.

1380. Il s'agit en somme, de préciser à partir du constat d'un décalage entre les règles primaires et secondaires sur la base des travaux de Noberto BOBBIO notamment, comment on peut qualifier le caractère sommaire de l'institutionnalisation (section 1). L'analyse institutionnelle – en particulier celle de Maurice HAURIOU – permet ensuite de comprendre que la relation que l'ensemble Suisse-UE entretient avec l'Union européenne met en évidence une sorte de « carence » de l'ensemble Suisse-UE, l'absence d'idée

d'œuvre claire, de sorte que l'ensemble Suisse-UE s'apparente à une institution-chose (section 2).

*

* *

Section 1 : Approche normative de l'institution - Le décalage entre les règles primaires et secondaires, indicateur du caractère sommaire de l'institution Suisse-UE

Section 2 : Approche méta-normative de l'institution - La pression exercée sur les règles primaires et secondaires, indicateur de la nature non corporative de l'institution Suisse-UE

*

* *

Section 1. Approche normative de l'institution Suisse-UE

1381. Dans la relation Suisse-UE, les règles primaires sont nombreuses et établissent des règles – permissives ou limitatives – à l'attention des Etats (la Suisse et les Etats de l'Union européenne) et des individus (les ressortissants suisses et ceux de l'Union européenne), qui jettent les bases d'une communauté matérielle assez étroite. En revanche, cette communauté est encore assez primitive – au sens de Noberto BOBBIO – dans la mesure où les règles secondaires sont peu nombreuses et peu caractéristiques d'une communauté. Sur les trois grandes catégories de règles secondaires, deux sont présentes sans ambiguïtés, ce qui permet de constater que le système est bien juridique ou normatif, mais qu'il n'est pas complet, il est semi-complexe. A cette première gradation tenant au type de règle, se superpose une seconde gradation tenant à la sophistication de chacune des règles. On remarque en effet que si l'on peut identifier deux types de normes du second degré, celles-ci ne sont pas celles qui caractérisent le plus les sociétés complexes juridiquement développées.

1382. Ce décalage s'explique par le fait que la logique qui alimente l'établissement des règles (primaires) est largement non formalisée : ces règles sont basées sur les règles (primaires aussi) de l'Union européenne. Mais le choix de cette base matérielle n'est largement pas « systématisé » : en d'autres termes, il n'existe que rarement des règles secondaires relatives à la reconnaissance, à la modification ou à l'interprétation des règles (primaires) qui assurent les conditions (normatives) pour que ces dernières restent européanisées. Cette lacune s'explique précisément par la provenance des règles qui servent de référence : il s'agit de règles de l'Union européenne, élaborées dans un cadre institutionnel dans lequel la Suisse bénéficie d'une certaine participation, mais pas d'un véritable droit de vote. Il n'empêche que cette logique d'européanité du droit applicable alimente les règles primaires applicables à l'ensemble Suisse-UE, mais son effet sur les règles secondaires ne peut qu'être plus limité.

1383. L'ensemble Suisse-UE comporte ainsi une part d'objectivisation, qui correspond à sa systématisation, mais elle est partielle : les règles applicables forment un système incomplet, un système semi-complexe (§1). Mais cette qualité ne révèle pas complètement

la nature du système car elle est relativement neutre et l'on pourrait croire que le système est semi-complexe comme il aurait pu être autre chose. Ce qui est marquant, dans le système Suisse-UE c'est justement qu'il n'est pas autre chose : il y a en effet quelque étonnement à voir les règles secondaires être si peu sophistiquées alors que les règles primaires mettent en place une communauté étroite. Il y a ainsi un écart tel entre les règles primaires et secondaires du système Suisse-UE, qu'il apparaît comme un décalage entre ces deux types de règles. Il y a ainsi, malgré le mouvement de sophistication, un décalage notable entre les règles primaires et les règles secondaires du système juridique Suisse-UE (§2). Ce décalage, ici constaté, pourra être expliqué au regard des analyses méta-normatives : la « logique » d'européanité qui se manifeste dans ce système tend à un développement des règles secondaires, développement par ailleurs borné par l'absence de « germe institutionnel propre de cette logique ».

§1 – Un système juridique incomplet ou semi-complexe

1384. Le recours aux théories de HART et de BOBBIO pour analyser le droit applicable dans la relation Suisse-UE permettra de préciser le degré de perfectionnement de l'ensemble Suisse-UE. En effet, pour ces auteurs, l'existence de règles secondaires (pour HART) ou de normes du second degré (pour BOBBIO) atteste de la sophistication d'un système juridique. La sophistication visée n'est cependant pas à prendre dans un sens laudatif : il existe, « *des situations pour lesquelles il suffit d'un système simple, d'autres pour lesquelles il faut un système complexe* »[2230]. BOBBIO souligne par exemple que l'ensemble des règles d'un jeu forme un système simple mais/et parfait. Ce qui importe ici c'est uniquement de déterminer le degré de complexité de la structure par rapport à une échelle par définition linéaire, tout en reconnaissant que chaque ensemble, éventuellement système juridique, a une structure dont la complexité dépend de ses besoins et de sa logique propre[2231].

[2230] Noberto BOBBIO, « Nouvelles réflexions sur les normes primaires et secondaires », in N. BOBBIO, *Essais de théorie du droit*, Paris, LGDJ, 1998, 286 p., pp.159-173, spéc. p. 168 (rééd. de Noberto BOBBIO, « Nouvelles réflexions sur les normes primaires et secondaires », in *C. PERELMAN (dir.), La règle de droit*, Bruxelles, Bruylant, 1971, pp. 104-122)

[2231] Cette approche rejoint ainsi l'idée de Jean COMBACAU qui considère que l'ordre juridique international doit être analysé selon sa propre logique, sans y voir une version primitive de l'ordre juridique étatique (Jean COMBACAU, « Le

1385. Pour déterminer le degré de complexité d'un ensemble juridique, HART et BOBBIO opèrent une gradation dans le développement d'une société selon le type de règles ou normes qui régissent la vie de la communauté. A cette première gradation se superpose une autre, opérée cette fois au sein de chacune des catégories de règles : la variété de solutions apportées par chaque type de règles secondaires révèle aussi une différence de développement des sociétés. La systématisation par HART et BOBBIO de différents stades de développements d'une communauté (A) permet de situer celui atteint par l'ensemble Suisse-UE : il s'agit d'un système juridique incomplet ou semi-complexe, au sein duquel les deux catégories de règles secondaires sont peu sophistiquées (B).

A) Les stades de développements juridiques d'une communauté dans les théories de HART et BOBBIO

1386. Pour HART et BOBBIO, les règles secondaires ou normes du second degré sont un indicateur essentiel du stade de développement d'une communauté. L'existence de règles secondaires (1) et, au sein de chaque catégorie, les choix normatifs faits par les règles secondaires (2) déterminent le degré de développement d'une communauté.

1) Une gradation fondée sur le type de règles applicables dans une communauté

1387. Une société dans laquelle ne s'appliquent pas de règles secondaires est, pour HART, une société primitive (a). Une société peut ensuite comporter un seul type de règle secondaire : et ce ne peut qu'être une règle de reconnaissance ou norme d'identification, parce que celle-ci conditionne les deux autres types. Ce régime fondé essentiellement sur de normes du premier degré et d'une norme d'identification constitue ce que BOBBIO appelle un système normatif simple (b). Le système simple devient semi-complexe avec l'insertion d'un deuxième type de norme du second degré, peu importe qu'il s'agisse d'une norme de changement ou d'une norme de sanction (c). Lorsque le troisième type de normes est intégré, le système devient complexe pour BOBBIO, il constitue pour HART un véritable système juridique (d).

---

droit international : bric-à-brac ou système ? », *Archives de philosophie du droit*, t. 31 « le système juridique », 1986, pp.85-105, spéc. p.105). Mais elle s'autorise une comparaison avec les autres ordres juridiques : l'approche choisie ici permet ainsi grâce à une échelle comparative, de situer un ensemble juridique, sans lui dénier toute spécificité.

a) Les sociétés primitives

1388. Dans la théorie de HART, les sociétés dites primitives sont essentiellement régies par de règles primaires. Ces structures ne peuvent se maintenir qu'à des conditions particulières, puisqu'« *une forme aussi élémentaire de contrôle social s'avèrera nécessairement défectueuse et exigera divers éléments complémentaires* »[2232]. En d'autres termes, seules des formations sociales particulières peuvent expliquer l'absence totale de règles secondaires[2233]. Cette société primitive de HART est vue par BOBBIO comme un *système normatif* simple[2234], comme le sont également l'« *ensemble des règles d'un jeu, les règles techniques que l'on doit connaître pour exercer un métier, la grammaire d'une langue* »[2235], ou encore les lois applicables dans l'état de nature au sens de LOCKE. On peut cependant penser que le système normatif simple de BOBBIO est plus avancé que la société primitive de HART.

b) Les systèmes normatifs simples

1389. Ils font ici l'objet d'une catégorisation distincte des sociétés primitives dans la mesure où c'est un système auquel on ne doute pas de la nature juridique. En effet, si BOBBIO qualifie de système normatif simple « *un système où existe un seul niveau de normes* »[2236], il s'assure cependant que l'ensemble constitue un système normatif en postulant un type de norme secondaire (celle sur l'identification) comme présupposé de ce système[2237]. Il n'est donc pas certain que les deux concepts (société primitive et système normatif simple) coïncident complètement, le premier étant caractérisé par l'absence des trois règles secondaires, le second étant caractérisé par l'absence de deux des trois normes du second degré (celles sur la production juridique et sur la sanction). En somme, un

---

2232 Herbert Lionel Adolphus HART, *Le concept de droit,* précité, p.117, §90.

2233 Sur l'utilisation de ces conditions pour comprendre l'évolution des règles secondaires dans la relation Suisse-UE, voir, *supra*, partie 2, titre 1, chapitre 2, section 2.

2234 BOBBIO considère en effet que « *l'ensemble des règles d'une société primitive* » au sens de HART est un système normatif simple : Noberto BOBBIO, « Nouvelles réflexions sur les normes primaires et secondaires », in N. BOBBIO, *Essais de théorie du droit*, Paris, LGDJ, 1998, 286 p., pp.159-173, spéc. p. 168.

2235 Noberto BOBBIO, « Nouvelles réflexions sur les normes primaires et secondaires », p.168.

2236 L'auteur poursuit « *Le niveau de normes que nous avons appelées "normes du second degré" n'existe ni au-dessus, ni en dessous de ce niveau* » : *ibid.* p. 168.

2237 L'auteur semble mettre à part l'une des règles secondaires en en faisant un présupposé d'un système même simple : « *J'appellerai "systèmes simples" ceux qui sont uniquement composés de normes primaires et de la normes ou des normes pour l'identification du système (qui sont en quelque sorte préliminaire à la formation même du système et sans lesquelles il serait impossible de parler d'un système normatif* » (*ibid.* pp.167-168).

système normatif simple est un système « *qui remplit sa propre fonction, celle d'orienter, de guider et de contrôler un certain type de comportements, sans recourir à aucun des deux genres de normes du second degré* »[2238].

1390. Le système qui ne comporte qu'une norme secondaire est donc nécessairement pour BOBBIO un système dans lequel cette norme secondaire est une norme d'identification. Il y a là une sorte de priorité logique que partage HART lorsqu'il souligne que dans un système, s'il existe une règle secondaire par exemple une règle secondaire de décision, c'est que ce système comporte nécessairement aussi une règle de reconnaissance qui fait de la décision du juge une « source » du droit applicable dans une communauté. De même, si le système comporte une règle secondaire de changement, c'est qu'il existe aussi une règle de reconnaissance qui fait de l'élaboration des lois un critère d'identification des règles[2239]. La règle de reconnaissance est donc un présupposé de la systématisation d'un ensemble de règles ; elle est la première norme secondaire d'un système qui, s'il n'en comporte pas d'autre, est un système normatif simple.

1391. L'apport de la norme d'identification est important, car elle permet de déterminer ce qui constitue une norme juridique valide. Pour autant, hormis cette norme, le système est régi essentiellement par des règles primaires, et ce n'est qu'à des conditions particulières qu'un système peut se contenter de cette structure[2240]. En dehors de celles-ci, apparaîtront des situations dans lesquelles cette fonction « *d'orientation, de guide et de contrôle d'un certain type de comportement ne peut être remplie par un système normatif simple* »[2241], et qui justifieront que soit inséré un deuxième type de norme du second degré.

c) Les systèmes normatifs semi-complexes

1392. Le système normatif simple se complexifie avec l'insertion d'une autre norme secondaire. Le *système semi-complexe* est dès lors composé, outre des normes primaires et d'une norme de reconnaissance, d'une autre norme du second degré : celle sur la production juridique ou celle sur la sanction.

[2238] Noberto BOBBIO, « Nouvelles réflexions sur les normes primaires et secondaires », précité, p.169.
[2239] Herbert Lionel Adolphus HART, *Le concept de droit,* précité, pp.121-123, §§93-95.
[2240] Noberto BOBBIO, « Nouvelles réflexions sur les normes primaires et secondaires », précité, p.168.
[2241] *Ibid.* p.169.

1393. Contrairement au stade précédant dans lequel l'insertion d'une norme secondaire devait nécessairement viser un type de norme, celui étant relatif à la reconnaissance, il n'y a pas ici de « priorité logique » entre l'ajout d'une norme de changement et l'ajout d'une norme de sanction. L'une comme l'autre remédie à un grand problème du système normatif simple : « *quand il y a une différence profonde entre ce que disent ses normes* [du premier degré] *et ce que font les gens auxquels ces normes sont destinées* »[2242]. L'insertion d'une catégorie de norme dépendra alors de la raison de ce décalage : soit les règles sont impuissantes, auquel cas il faudra « *agir sur les comportements de façon à obtenir que les actions des individus correspondent le plus possible à ce que disent les règles* »[2243], et c'est le rôle des normes de sanction ; soit les règles sont inadaptées à la réalité sociale qu'elles ont vocation à orienter, auquel cas il faudra « *agir sur les règles de façon à obtenir que ce que disent les règles correspondent le mieux possible à ce que font les individus* »[2244] et c'est le rôle des normes de production.

1394. Lorsque l'une seule de ces réponses ne suffit pas à résorber la différence, le système peut faire appel à la dernière catégorie de norme secondaire.

d) Le système normatif complexe ou le véritable système juridique

1395. Le système semi-complexe identifié par BOBBIO devient *complexe* lorsque sont réunies les trois normes du second degré. De même, HART met en évidence la sophistication atteinte lorsque sont réunies les trois types de règles secondaires, à laquelle il réserve la qualification de *système juridique*. En effet pour HART, les règles primaires qui régissent exclusivement la vie d'une société primitive ne forment pas un système juridique et ce n'est que l'introduction de règles secondaires de reconnaissance d'une part, et de changement et d'adjudication d'autre part qui permettent incontestablement de parler de système juridique. Il considère « *l'introduction d'un remède pour chacun de ces défauts comme un pas franchi entre un monde pré-juridique et un monde juridique ; chaque remède*

[2242] Noberto BOBBIO, « Nouvelles réflexions sur les normes primaires et secondaires », précité, p.169. Noberto BOBBIO considère que ces deux normes pallient *l'inefficacité* du système normatif simple. En revanche, HART réserve ce terme à une de ces deux catégories : pour lui, les règles sur la sanction apportent un remède à *l'inefficacité* du régime de règles primaires, et les règles de changement remédient au *caractère statique* : Herbert Lionel Adolphus HART, *Le concept de droit,* précité, p.118, §91.

[2243] Noberto BOBBIO, « Nouvelles réflexions sur les normes primaires et secondaires », précité, p.168.

[2244] *Ibid.* p.169.

comporte en effet de nombreux éléments qui laisse filtrer le droit, et il est certain que ces remèdes sont suffisants à eux trois pour convertir le régime des règles primaires en ce qui constitue indiscutablement un système juridique »[2245].

1396. Un ensemble de règles ou normes apparaît ainsi plus ou moins sophistiqué selon la catégorie de règles qu'il renferme. Chacune des règles ou normes peut en outre se concrétiser de différentes manières, et traduire ainsi une plus ou moins grande sophistication du système juridique ou normatif.

2) *Une gradation fondée sur le type de remède apporté par chaque règle secondaire*

1397. Selon les choix normatifs qu'opèrent chacune des règles secondaires, qu'il s'agisse des règles de reconnaissance (a), de changement (b) et de décision (c), l'ensemble dans lequel elle s'insèrent sera plus ou moins développé.

a) La gradation au sein de la catégorie des règles de reconnaissance

1398. La première catégorie de règles secondaires renferme des formes variées qui peuvent préciser le degré de développement de l'ordre juridique. Les règles de reconnaissance ou normes d'identification peuvent être identifiées selon la réponse qu'elles apportent à la reconnaissance des règles primaires, ou encore selon la manière dont elles apportent l'identification. Le premier cas est mis en évidence par Noberto BOBBIO qui souligne trois types de normes d'identification : les normes sur les sources, normes sur la validité des lois dans le temps et dans l'espace, et les normes sur l'interprétation et sur l'application des normes considérées comme appartenant au système[2246]. Un système normatif (simple, semi-complexe ou complexe) sera ainsi d'autant plus évolué qu'il possèdera chacune de ces catégories de norme d'identification.

[2245] Herbert Lionel Adolphus HART, *Le concept de droit,* précité, p.119, §91.

[2246] Noberto BOBBIO distingue en particulier :
« *a) ce qu'on appelle les normes sur les sources, c'est-à-dire les normes qui indiquent quels sont les faits ou les actes auxquels on attribue le pouvoir de produire des normes appartenant au système ;*
b) les normes qui établissent les limites d'espace et de temps à l'intérieur desquelles on peut considérer que les normes produites par les sources autorisées peuvent appartenir au système (il s'agit de normes sur la validité des lois dans le temps et dans l'espace) ;
c) les normes sur l'interprétation et sur l'application des normes considérées comme appartenant au système, sur la base des critères mentionnés aux points a et b » (Noberto BOBBIO, « Nouvelles réflexions sur les normes primaires et secondaires », précité, p. 167).

1399. Par ailleurs, les travaux de HART permettent de classer les règles de reconnaissance selon la manière dont elles procèdent à cette reconnaissance des normes primaires. Une forme élémentaire se rencontre dans le droit reculé de nombreuses sociétés : la reconnaissance se fait par « *la référence à l'écriture ou à l'inscription comme faisant autorité, c'est-à-dire comme constituant la manière correcte de résoudre les doutes relatifs à l'existence de la règle* »[2247].

1400. Dans un système plus complexe, les règles secondaires opèrent la reconnaissance en se référant non pas exclusivement à un texte ou à une liste, mais « *à quelque caractère général possédé par les règles primaires* » : « *elles ont été édictées par un organe spécifique, ou elles ont fait l'objet d'une pratique coutumière ou elles ont une certaine relation avec des décisions judiciaires* »[2248].

1401. Enfin, dès lors qu'il existe plusieurs critères d'identification, ils peuvent entrer en conflit ; l'établissement, par la règle secondaire, d'un ordre hiérarchique de ces critères constitue aussi un indicateur de la sophistication du système.

b) La gradation au sein de la catégorie des règles de changement

1402. De même, la règle de changement ou la norme de production juridique peuvent être plus ou moins complexes et donc traduire un degré de développement différent du système juridique. HART souligne en particulier que « *les pouvoirs conférés peuvent être illimités ou limités de diverses façons ; les règles enfin peuvent non seulement déterminer les personnes appelées à légiférer, mais encore définir en des termes plus ou moins rigides, la procédure que doit suivre l'élaboration de la loi* »[2249].

c) La gradation au sein de la catégorie des règles de décision

1403. Enfin, la règle de décision ou norme de sanction se prête également à une lecture graduée. La forme la plus élémentaire de décision consiste, pour HART, à conférer à un juge le pouvoir de déterminer si une règle primaire a été transgressée ; le système sera plus perfectionné si une règle de décision confie aussi au juge qui aurait établi une

---

[2247] Herbert Lionel Adolphus HART, *Le concept de droit,* précité, p.120, §92.
[2248] *Id.*
[2249] *Ibid.*, p.121, §93.

violation d'une règle primaire, « *le pouvoir exclusif d'ordonner l'application de sanctions par d'autres autorités* »[2250].

1404. En conclusion, un ensemble de règles applicables à une communauté peut être plus ou moins développé selon la nature et la structure des règles secondaires qu'il renferme. HART a choisi de l'élaborer à partir du système juridique étatique, il a préféré « *mettre l'accent sur des traits familiers du droit national d'un Etat moderne* »[2251], lequel offre une diversité des règles propice à une systématisation. Mais sa lecture du droit se prête au cadre juridique international, qu'il n'a simplement pas jugé nécessaire d'invoquer pour démontrer sa théorie[2252]. Une transposition est tout à fait possible, à condition de s'entendre sur la démarche : il s'agit de reprendre les critères de lecture de la sophistication d'un ensemble juridique identifiés par HART et BOBBIO. Par commodité, certaines gradations ayant été formalisées par des choix terminologiques (système normatif, simple à complexe, système juridique), ceux-ci seront repris[2253]. En somme, les théories de HART et BOBBIO permettent de déterminer le degré de développement d'une communauté de sujets internationaux formée de la Suisse, l'Union européenne et les Etats de l'Union européenne.

B) Un système Suisse-UE fondé sur deux catégories de règles secondaires

1405. La communauté dont on cherche à mesurer le degré de développement est un peu particulière puisqu'elle implique une triangulation qui fait intervenir des sujets de nature différente et pour des raisons différentes. La relation Suisse-UE est en effet aussi une relation Suisse-Etats membres de l'Union européenne[2254]. Les règles (et notamment les règles primaires) applicables dans la relation Suisse-UE visent non seulement la Suisse et l'Union européenne, comme auteurs et destinataires, mais aussi les Etats membres de l'Union européenne, parfois auteurs, et tenus au respect des règles posées dans les accords. A cela s'ajoute le fait que la Suisse et les Etats membres de l'Union européenne

---

2250 *Ibid.*, pp.121-122, §94.

2251 Herbert Lionel Adolphus HART, *Le concept de droit,* précité, p.103, §77.

2252 *Ibid.*

2253 Pour une étude du droit international, avec des notions « d'ordre juridique » et de « système juridique » qui ne sont pas directement reprises des travaux de HART ou BOBBIO, voir notamment : Jean COMBACAU, « Le droit international : bric-à-brac ou système ? », *A.P.D.*, t. 31 « le système juridique », 1986, pp.85-105.

2254 Voir, *supra*, partie 2, titre 1.

partagent une qualité étatique, et que les règles primaires les mettent « au même niveau », en procédant à une assimilation de l'une aux autres.

1406. Malgré cette particularité, on peut tenter de mesurer le degré de développement des règles applicables dans la relation Suisse-UE à partir des règles secondaires. Dans la relation Suisse-UE, les règles primaires applicables font l'objet de règles secondaires dont on a vu qu'elles traduisent le degré de développement du système juridique. Sur les trois types de règles secondaires, deux sont présentes sans ambiguïté, ce qui permet de constater que le système est bien juridique ou normatif, mais qu'il n'est pas complet, c'est un système semi-complexe. Il existe d'abord des règles de reconnaissance qui permettent de parler d'un système juridique ou d'un système normatif (1). Compte tenu du second type de règles, celles sur le changement, le système normatif peut être qualifié de système semi-complexe (2). Enfin, s'il existe des règles qui visent la manière dont les litiges relatifs aux règles primaires doivent être réglés, ces règles ne correspondent pas vraiment à une règle d'adjudication, ce qui empêche de constater que le système Suisse-UE est un système complet (3).

1) L'existence de règles de reconnaissance

1407. La principale règle de reconnaissance vise évidemment les accords Suisse-UE comme source du droit de l'ensemble Suisse-UE. Cette règle de reconnaissance découle de deux règles qui ne sont pas spécifiques à l'ensemble Suisse-UE. D'une part, il s'agit là d'une règle qui découle du principe de droit international *pacta sunt servanda*, en vertu duquel les traités internationaux en vigueur lient les parties ; d'autre part, cette règle découle d'une disposition du droit de l'Union européenne qui impose aux Etats membres même s'ils ne sont pas parties aux accords conclus par l'Union européenne, le respect de ces derniers[2255]. L'idée qu'il existe une règle qui reconnaisse les accords Suisse-UE comme source du droit dans l'ensemble Suisse-UE est corroborée par la manière dont les membres de ce groupe (Suisse-UE-Etats membres) se préfigurent ces règles[2256]. Les

---

[2255] Sur les accords Suisse-UE comme source internationale du droit de l'Union européenne, voir, *supra*, partie 2, titre 1, chapitre 1.

[2256] Sur le point de vue externe de l'observateur qui relève la manière dont les membres du groupe considèrent d'un point de vue interne les règles, voir Herbert Lionel Adolphus HART, *Le concept de droit,* précité, p.114, §86.

autorités juridictionnelles suisse et européenne[2257] se réfèrent en effet aux accords Suisse-UE comme « faisant autorité, *c'est-à-dire comme manière* correcte *de résoudre les litiges relatifs à l'existence de la règle* »[2258].

1408. Ces accords Suisse-UE – qui sont reconnus comme source du droit – prévoient des procédures de développement du droit[2259]. Or l'existence d'une règle secondaire de changement présuppose une règle de reconnaissance[2260]. On peut alors considérer qu'il existe une règle de reconnaissance générale qui reconnaît que les situations de production du droit arrêtées conformément aux diverses règles de changement, constituent une source du droit dans l'ensemble Suisse-UE. On pourrait également considérer qu'il existe autant de règles de reconnaissance que de règles de changement. Ce qui compte ici est de souligner que l'ensemble Suisse-UE est doté de normes d'identification qui déterminent « *quels sont les faits ou les actes auxquels on attribue le pouvoir de produire des normes appartenant au système* »[2261]. Plus précisément, il s'agit, en premier lieu, de règles qui reconnaissent que les décisions des comités mixtes adoptées conformément à certaines conditions, constituent une source du droit dans l'ensemble Suisse-UE. Il s'agit, en second lieu, de règles qui reconnaissent que la notification à la Suisse d'un développement de l'acquis (Schengen et Dublin) de l'Union européenne suivie de l'acceptation par la Suisse de ce développement, constitue également un critère d'identification des règles primaires applicables dans la relation Suisse-UE. Cette idée est là aussi corroborée par l'attitude des juges qui se réfèrent aux décisions des comités mixtes pour déterminer l'existence d'une règle primaire[2262] et aux échanges de notes concernant la reprise dans l'ensemble Suisse-UE d'un développement de l'acquis[2263].

2257 Pour la Cour de justice de l'Union européenne, voir par exemple CJUE, 19 septembre 2013, *Hliddal et Bornand*, aff. jtes C-216/12 et C-217/12, *non encore publié*, pt 9 ; pour le Tribunal fédéral, voir par exemple ATF, 20 juillet 2012, *X. c. Ministère public du canton de Neuchâtel et A.*, aff. 6B_714/2011, pt 1.4.1.

2258 Herbert Lionel Adolphus HART, *Le concept de droit,* précité, p.120, §93.

2259 Sur cette règle secondaire, voir, *infra*, 2.

2260 Voir, *supra*, A), 1, b), les remarques et références liées à « l'antériorité logique » des règles de reconnaissance sur les autres types de règles secondaires.

2261 Noberto BOBBIO, « Nouvelles réflexions sur les normes primaires et secondaires », précité, p. 167.

2262 Voir par exemple : CJUE, 30 avril 2014, *Birgit Wagener*, aff. C-250/13, *non encore publié*, pt 11 ; et pour le Tribunal fédéral suisse, ATF 131 V 202, 3 mai 2005, *B. c. Département de l'Action Sociale et de la Santé*, pt 2.2.1.

2263 Par exemple : CJUE, 26 octobre 2010, *Royaume-Uni c. Conseil*, aff. C-482/08, *Rec.* 2010, p. I-10413, pt 17, et ATF, 19 août 2013, *X. c. Ministère public central du canton de Vaud*, aff. 6B_173/2013, pt 1.2.

1409. Compte tenu de l'existence d'au moins une règle de reconnaissance, l'ensemble Suisse-UE forme donc un système normatif.

2) *L'existence de règles de changement*

1410. Une règle de changement régit la production juridique des règles applicables dans l'ensemble Suisse-UE et il en existe même plusieurs selon les accords Suisse-UE.

1411. On pourrait relever quasiment autant de règles de changement que d'accords Suisse-UE puisqu'ils sont nombreux à instituer de telles règles. Mais si l'on adopte une vue d'ensemble des règles de changement dans l'ensemble Suisse-UE, on remarque des similarités entre les règles de changement qui conduisent à identifier deux grandes catégories de règles. Il existe d'abord une règle qui confère à un organe, le comité mixte, une compétence pour modifier certaines dispositions de l'accord qui l'institue. C'est la règle qui se retrouve dans la plupart des accords Suisse-UE[2264]. Il existe ensuite une règle qui, sans confier le changement à un organe, prévoit les conditions qui doivent entraîner un tel changement : c'est la notification à la Suisse d'un développement de l'acquis Schengen ou Dublin qui entraîne un tel changement[2265].

1412. Ces deux grandes catégories de règles constituent des règles secondaires de changement, ou des normes de production juridique, puisqu'elles déterminent celles des conditions dont la réunion sera considérée comme entraînant une évolution des règles primaires applicables. En d'autres termes, il s'agit de normes qui permettent à certains faits (l'accord de volontés au sein des comités mixtes ou l'acceptation par la Suisse de la reprise d'un développement de l'acquis de l'UE) d'engendrer comme effets juridiques la modification des règles primaires applicables. En somme, ces normes posées par les accords Suisse-UE créent une source de droit entre la Suisse et l'Union européenne. Cette affirmation n'a rien d'original en droit international : parmi les diverses règles que peuvent contenir les traités internationaux, ceux-ci peuvent engendrer de nouvelles

---

[2264] Sur cette règle, voir les remarques relatives à la large autonomie de la Suisse et de l'Union européenne en ce qui concerne l'évolution des règles primaires *supra*, partie 1, titre 2, chapitre 3, section 1, et les réflexions sur la nature des comités mixtes et des actes qu'ils adoptent, *supra*, partie 2, titre 2, chapitre 1, section 2.

[2265] Il semble que le « fait » qui donne lieu au changement est la *notification* à la Suisse de l'adoption d'un acte de droit dérivé, même si les délais qui entourent ce changement prennent cours dès l'*adoption* au sein de l'Union européenne de cet acte. Sur l'évolution du droit dans les accords d'association à Schengen et Dublin, voir les remarques relatives à l'équilibre entre l'européanité et l'autonomie, *supra*, partie 1, titre 2, chapitre 3, section 2, §2, B, et les remarques relatives aux ambiguïtés sur la nature de l'acte adopté, *supra*, partie 2, titre 2, chapitre 1, section 2, §3, C.

sources du droit. Cela n'empêche nullement de considérer que ces règles secondaires de changement sont propres au système Suisse-UE, précisément parce que ces deux règles sont contenues dans un accord Suisse-UE.

1413. Par conséquent, l'ensemble Suisse-UE qui apparaissait comme un système normatif compte tenu de l'existence d'au moins une règle de reconnaissance, peut être qualifié de système normatif semi-complexe puisqu'il comporte aussi au moins une règle de changement. En revanche, le système Suisse-UE n'est pas un système complexe.

3) L'absence de véritable règle d'adjudication

1414. Sur ce point, on pourrait considérer qu'il existe des règles d'adjudication et qu'elles sont, comme on le verra pour les deux autres catégories[2266], peu sophistiquées. Mais ici, les doutes sont plus importants, ce qui incite à les formaliser, quitte à accentuer le trait, en considérant qu'il existe une différence de nature plus que de degré. Il s'agit de règles relatives à la fonction de juger les litiges, mais elles ne correspondent pas à une véritable règle d'adjudication c'est-à-dire à une règle qui attribue à une autorité distincte du groupe la fonction de juger les litiges relatifs à l'ensemble des règles primaires applicables au système (incomplet) Suisse-UE. En effet, les règles relatives au règlement des litiges auxquels donnent lieu les règles primaires ne correspondent pas aux règles de dévolution d'une compétence juridictionnelle caractéristiques d'un système complexe, soit parce qu'elles confient à un organe un pouvoir qui n'est pas un pouvoir juridictionnel (a), soit parce que ce pouvoir n'est pas systématique (b), soit enfin, parce que si certaines régissent l'exercice de la fonction juridictionnelle, elles n'instituent pas d'autorité organique pour assurer cette fonction (c).

a) La compétence contentieuse des comités mixtes, une règle n'organisant pas une fonction juridictionnelle

1415. La plupart des accords Suisse-UE prévoient que le suivi de leur interprétation sera assuré dans le cadre des comités mixtes Suisse-UE[2267]. En d'autres termes, il existe des

---

[2266] Voir, *infra*, §2, A.

[2267] Pour les développements consacrés à l'étude de ces clauses, en ce qu'elles garantissent l'autonomie de la Suisse et de l'Union européenne, voir, *supra*, partie 1, titre 2, chapitre 3, section 1, §1, C.

règles qui ont pour objet l'interprétation des règles primaires contenues dans les accords Suisse-UE. En vertu de ces règles, les comités mixtes assurent une mission de suivi des interprétations des règles primaires par les membres du groupe Suisse-UE. Que se passe-t-il en cas de divergences d'interprétation, c'est-à-dire face à une situation pathologique dans le système Suisse-UE ?

1416. En cas de divergences d'interprétation, les accords prévoient en général que les comités mixtes sont chargés de régler les différends. Or il semble difficile de considérer qu'il s'agit là d'une règle d'adjudication pour plusieurs raisons convergentes. D'une part, il s'agit d'une faculté et non d'une obligation : les accords n'ont pas dévolu aux comités mixtes le pouvoir exclusif de régler les différends. D'autre part, les conditions fixées aux comités mixtes sont vagues : ils doivent trouver « *une solution acceptable* »[2268] ; et examinent toutes les « *possibilités permettant de maintenir le bon fonctionnement* »[2269] de l'accord. Or il n'y a aucune garantie que le comité mixte statue en droit, et encore moins qu'il recherche la solution de l'interprétation dans une logique qui serait celle du système Suisse-UE. Dans cette logique, rien n'assure que les comités mixtes adopteront une décision qui garantisse, au-delà d'« acceptable », l'unité d'interprétation du système. En outre, les comités mixtes sont des organes composés des représentants des parties contractantes qui adoptent leurs décisions à l'unanimité : l'interprétation des règles reste ainsi largement tributaire du comportement des membres du groupe. Par conséquent, le comité mixte peut ne pas parvenir à une décision de règlement du différend[2270] : les règles primaires ne recevront ainsi pas forcément une interprétation. Dès lors, et si l'on reprend la formule de Pierre PESCATORE, on ne peut que douter que les comités mixtes soient chargés « *d'arbitrer des litiges* », et encore davantage « *d'administrer la justice* »[2271]. En somme, ces règles confient à des organes le règlement des différends mais sans en imposer la résolution qui répond

---

2268 Article 19, paragraphe 2, de l'accord de 1999 sur la libre circulation des personnes ; article 54 de l'accord de 1999 sur les transports terrestres ; article 29 de l'accord de 1999 sur le transport aérien ; article 14 de l'accord de 1999 sur la reconnaissance mutuelle des évaluations de la conformité ; article 10 de l'accord de 1999 sur les marchés publics ; article 7 de l'accord de 1999 sur les produits agricoles ; article 40, paragraphe 2, de l'accord de 2004 de lutte contre la fraude ; article 8, paragraphe 6, des accords MEDIA de 2004 et 2007.

2269 Voir l'ensemble des dispositions citées dans la note précédente.

2270 Sur ce point, voir les développements et références, *supra*, partie 1, titre 2, chapitre 3, section 1, §1.

2271 Pierre PESCATORE, « Avant-propos », in D. SIMON, *L'interprétation judiciaire des traités d'organisations internationales. Morphologie des conventions et fonction juridictionnelle*, Paris, Pedone, 1981, 936 p., pp.VI-X, spéc. p.VI.

aux exigences d'un système juridique, de sorte qu'elles ne peuvent pas être de véritables règles régissant l'adjudication au sein d'un système.

b) La compétence contentieuse de tribunaux arbitraux, une règle n'assurant pas une résolution systématique des litiges

1417. De rares accords Suisse-UE prévoient un règlement judiciaire des différends, procédure consécutive ou non à l'échec du règlement par le comité mixte chargé de l'accord[2272]. On se rapproche ainsi des conditions qui permettraient d'y voir une règle d'adjudication. En effet, l'interprétation des règles primaires est assurée par un tribunal qui est ainsi distinct des membres du groupe ; il adoptera nécessairement une décision tranchant le différend et ayant force obligatoire pour les parties aux différends, l'existence d'une décision et le statut conféré aux décisions étant ainsi assurés.

1418. Pour autant, là encore, ces règles ne semblent pas pouvoir retenir la qualification de règles d'adjudication caractéristiques d'un système juridique complexe. D'abord, ces trois règles permettent à la Suisse et à l'Union européenne le déclenchement de la procédure : le constat d'un problème dans l'interprétation des règles primaires est subordonné aux membres du groupe, il n'est pas systématisé par une autorité habilitée à cet effet, ce qui n'assure pas, même à l'égard de ces règles une unité systémique caractéristique des systèmes complexes. En outre, la compétence matérielle du tribunal arbitral à l'égard des règles primaires contenues dans l'accord de 2009 est limitée puisqu'il ne peut pas connaître de questions d'interprétation de dispositions « *identiques aux dispositions correspondantes du droit communautaire* »[2273]. Par conséquent la règle de cet accord n'assure même pas que l'ensemble des règles primaires de cet accord recevront une interprétation unique faisant autorité pour l'ensemble des parties. Enfin, ces règles ne s'appliquent que pour les règles primaires de trois accords Suisse-UE : elles n'assurent donc pas que l'ensemble des règles primaires du système Suisse-UE trouvera une interprétation dans un cadre systémique.

[2272] Il s'agit de l'accord de 1978 concernant la coopération dans le domaine de la fusion thermonucléaire contrôlée, de l'accord de 1989 concernant l'assurance directe autre que l'assurance sur la vie, et de l'accord de 2009 sur la facilitation des formalités lors du transport de marchandises. Sur ces procédures, voir, *supra*, partie 1, titre 2, chapitre 3, section 1, §2.

[2273] Article 29, paragraphe 3 de l'accord du 25 juin 2009 sur la facilitation des formalités lors du transport de marchandises.

c) L'obligation de prendre en compte la jurisprudence de la Cour de justice, une règle n'assurant pas l'unité d'interprétation

1419. Les règles qui imposent la prise en compte de la jurisprudence de la Cour de justice pour interpréter certaines règles primaires[2274], sont bien relatives à l'exercice de la fonction juridictionnelle, puisqu'elles s'appliquent aux différentes autorités des parties, y compris les autorités juridictionnelles. En outre, ces règles renforcent les conditions d'unité d'interprétation des règles primaires : elles visent à prolonger l'arrimage normatif sur le droit de l'Union européenne en assurant que les autorités chargées de l'application des règles primaires Suisse-UE suivent l'interprétation donnée pour les règles primaires correspondantes de l'Union européenne. Elle constitue donc un indicateur du degré de perfectionnement du système juridique Suisse-UE.

1420. Mais cette règle ne correspond pas pour autant à une règle d'adjudication qui permettrait de voir dans le système Suisse-UE un système complexe car elle ne confie pas à un juge le soin de résoudre, avec autorité, les litiges relatifs aux règles primaires posées dans les accords Suisse-UE. Cette obligation est posée par deux accords, ceux de 1999 sur la libre circulation des personnes et le transport aérien[2275], et a trouvé une place spécifique dans les accords MEDIA[2276]. On retrouve donc l'une des réserves faites à la compétence contentieuse des tribunaux arbitraux : ces règles n'assurent pas une unité d'interprétation pour l'ensemble des règles primaires du système Suisse-UE. Cette réserve pourrait à l'avenir être levée si les négociations en cours sur les questions institutionnelles aboutissent à sa généralisation pour l'ensemble des règles primaires existantes, ce que seule l'Union européenne souhaite[2277]. Cette règle pourrait non seulement être étendue, mais aussi renforcée dans la mesure où le renvoi viserait, outre la jurisprudence de la CJUE antérieure à la signature de l'accord, la jurisprudence postérieure ce qui renforcerait l'uniformité des règles primaires applicables dans le système Suisse-UE. Mais, même dans cette perspective, une telle règle ne s'apparente pas vraiment à une règle adjudication. Elle renforce les conditions d'uniformité d'interprétation mais elle ne les garantit pas car elle

---

[2274] Ce type de règle a été étudié en partie 1 au titre des règles primaires, mais l'on a souligné qu'elle s'apparente aussi à une règle secondaire. Voir, *supra*, partie 1, titre 2.

[2275] Voir, *supra*, partie 1, titre 2, chapitre 2, section 3, §2.

[2276] Voir, *supra*, partie 2, titre 1, chapitre 2, section 2, §1, A, 1.

[2277] Sur les négociations relatives à cette question, voir, *supra*, partie 2, titre 1, chapitre 2, section 2, §1, B, 3.

ne confie pas celle-ci à une autorité commune : le règlement juridique des questions reste encore tributaire des membres du groupe.

1421. Il ne s'agit pas de dire que le système est dépourvu de toute cohérence[2278] ; il pourrait en avoir une : l'« européanité » constitue peut-être une logique poursuivie par les autorités politiques et juridictionnelles suisses et européennes lorsqu'elles adoptent ou interprètent des règles primaires applicables dans la relation Suisse-UE[2279]. Mais la cohérence n'est pas assurée de manière systémique par une autorité juridictionnelle, ce qui signifie deux choses. D'une part, l'absence de cohérence visée ne renvoie pas à l'unité d'interprétation, il ne s'agit pas de dire que l'ensemble des règles primaires d'un système doive recevoir une interprétation identique. L'unité considérée ici n'est pas celle qui rejette la diversité des règles applicables dans un système : l'unité systémique est celle qui assure que l'interprétation des règles primaires obéit à une cohérence. Et cette cohérence doit être systémique : il ne suffit pas que cette cohérence se concrétise en pratique, c'est-à-dire qu'elle existe parce que les juges suisses et européens interprètent de manière homologue les règles primaires Suisse-UE. Il faut que le système possède les outils juridiques pour assurer cette cohérence en mettant fin à des antinomies. Si des principes juridiques ou des règles telles que la prise en compte de la jurisprudence de la Cour de justice peuvent y contribuer, la cohérence ne peut être établie avec certitude qu'avec l'intervention d'une autorité, autorité juridique ou plus exactement juridictionnelle. En somme, cette cohérence ne peut être assurée que par un interprète juridictionnel centralisé. Celui-ci exercerait sa fonction dans une optique systémique, quand bien même le système ferait une large part à la diversité.

1422. Ces remarques apportent ainsi un élément de précision par rapport aux interrogations quant à la nature de la clause imposant la prise en compte de la jurisprudence de la Cour de justice pour interpréter les notions de droit de l'Union européenne contenues dans les accords Suisse-UE. Cette disposition pourrait être vue

---

[2278] Michel VAN DE KERCHOVE, François OST, *Le Système juridique entre ordre et désordre*, Paris, PUF, 1988, 254 p. Pour des réflexions sur la cohérence dans l'ordre juridique de l'Union européenne, voir notamment Isabelle BOSSE-PLATIERE, *L'article 3 du traité UE : Recherche sur une exigence de cohérence de l'action extérieure de l'Union européenne*, Bruxelles, Bruylant, 2009, 860 p. et Valérie MICHEL (dir.), *Le droit, les institutions et les politiques de l'Union européenne face à l'impératif de cohérence*, Actes du colloque des 10 et 11 mai 2007 à Strasbourg, Strasbourg, Presses Universitaires de Strasbourg, 2009, 436 p., et

[2279] Voir, *infra*, section 2, §1 sur la logique d'européanité comme hypothèse d'application de la théorie de l'ordre juridique de Santi ROMANO.

comme une règle primaire qui renforce les règles de décisions applicables aux juges ou une règle secondaire applicables aux juges[2280] ; il ne s'agit dans tous les cas pas d'une règle secondaire d'adjudication au sens systémique car elle ne confie pas de pouvoir à un juge, chargé de décider de l'interprétation requise dans ce système.

1423. L'absence d'une telle autorité dans l'ensemble Suisse-UE signifie donc que le système Suisse-UE ne possède pas de règle secondaire d'adjudication, laquelle contribue fortement à la cohérence d'un ordre juridique, et détermine son degré de « complexité ».

1424. En conclusion, les normes du premier et second degré applicables dans l'ensemble Suisse-UE forment un système normatif semi-complexe. Ce système est limité en raison de l'absence de règle secondaire d'adjudication confiant à une autorité juridictionnelle unique le pouvoir de trancher les litiges nés dans le groupe formé entre la Suisse et les Etats de l'UE. On pourrait s'arrêter là et constater que le système est semi-complexe comme une qualification neutre, comme d'autres systèmes s'accommodent d'un fonctionnement simple - par exemple un jeu –, et d'autres encore qui impliquent une structure complexe – par exemple, outre le système classique étatique, celui de l'Union européenne –. Pourtant, cette qualité du système Suisse-UE est relativement étonnante. Les explications qui peuvent lui être données, en particulier au regard de la nécessité pour l'Union européenne de préserver l'autonomie de son ordre juridique[2281], ne dissipent pas l'impression que, du point de vue de l'interdépendance créée dans la communauté Suisse-UE-Etats de l'UE, les règles secondaires sont en-deçà des règles primaires à tel point qu'il semble exister un décalage entre les règles primaires et secondaires du système Suisse-UE.

§2 – Un système juridique contenant un décalage entre les règles primaires et secondaires

1425. Le caractère peu sophistiqué des règles secondaires, qui ne traduit que des liens faiblement institutionnalisés entre les membres du groupe (A), tranche avec les conditions

---

[2280] Sur les ambivalences de cette disposition, voir, *supra*, partie 1, titre 2, chapitre 2, (et la manifestation de ces doutes au niveau de l'objet et de la portée de cette clause : section 3, §2).

[2281] Sur l'incidence pour l'Union européenne, d'un traitement non-juridictionnel des litiges relatifs aux règles primaires contenues dans les accords Suisse-UE, règles primaires basées sur le droit de l'Union européenne, voir *supra*, partie 1, titre 2, chapitre 3, section 1, §1, C.

politiques et sociales d'une communauté étroite mises en place par les règles primaires (B). Ce décalage s'expliquera à partir de l'approche méta-normative de l'institution, qui rend compte de la tension entre le développement institutionnel – qui s'exprime ici par une sophistication des règles secondaires et les limites à un tel développement.

A) La faible sophistication des règles secondaires

1426.D'un point de vue théorique, l'introduction de règles secondaires, qu'il s'agisse de règles de reconnaissance, changement ou d'adjudication, répond à l'apparition de conditions qui rendent insuffisante l'orientation des comportements des membres d'un groupe en fonction des seules règles primaires. Les règles secondaires tendent alors à confier à des autorités certaines fonctions, celle de l'identification, de la modification, et du changement des règles primaires. Or les deux catégories de règles secondaires du système Suisse-UE apparaissent peu sophistiquées puisque tant la reconnaissance (1) que le changement (2) obéissent à un processus qui n'échappe que partiellement au comportement du groupe Suisse-UE auquel il s'applique.

1) La faible sophistication des règles de reconnaissance

1427. Cette faible sophistication des règles de reconnaissance apparaît au vu de quatre critères : le type de source posé, l'articulation entre ces sources, les conditions relatives au statut de source et enfin les qualités attachées aux normes primaires.

1428.D'abord, les règles de reconnaissance n'impliquent pas une diversité des sources du droit Suisse-UE caractéristique des systèmes juridiques développés[2282]. On a en effet identifié uniquement trois sources formelles propres au système Suisse-UE : les accords Suisse-UE, les décisions des comités mixtes, et les échanges de lettres concernant la reprise d'un développement de l'acquis Schengen ou Dublin. Il n'existe en revanche pas de règle reconnaissant les décisions d'un juge commun comme source de droit. En effet, le système Suisse-UE est caractérisé par l'absence de véritable règle d'adjudication[2283]. Par ricochet, cette lacune affecte aussi un autre type de règle secondaire, celle sur la reconnaissance :

[2282] Herbert Lionel Adolphus HART, *Le concept de droit,* précité, p.128, §98.

[2283] Sur cette absence, voir les remarques *supra* §1, B), 3.

lorsqu'il existe un juge unique habilité à décider d'autorité qu'une règle (primaire) a été transgressée, l'exercice de sa fonction juridictionnelle l'amène à déterminer quelles sont les règles primaires applicables. L'absence de règle secondaire conférant un pouvoir juridictionnel à une autorité commune à l'ensemble Suisse-UE implique donc l'absence de règle secondaire reconnaissant que ces jurisprudences constituent une « source de droit ».

1429. Ensuite, l'articulation entre ces sources du droit qu'opèrent les règles secondaires n'est pas nette, en particulier entre les accords Suisse-UE et les décisions des comités mixtes Suisse-UE. La hiérarchie entre les critères de source du droit est plus précisément incomplète. On peut considérer que cette hiérarchie existe, avec au sommet les accords Suisse-UE auxquels sont subordonnés les décisions des comités mixtes. Mais cette hiérarchie est partielle : puisque les décisions des comités peuvent modifier les accords Suisse-UE, elles ne peuvent être complètement soumises à ces derniers et l'on peut penser que la hiérarchie ne vise que les règles procédurales et de compétence matérielle fixée aux comités[2284]. Or l'ordonnancement hiérarchique des normes participe de la cohérence d'un système auquel sont rattachées ces normes[2285] ; la hiérarchie des sources, et donc des normes qu'elles emportent, est « *une exigence substantielle de tout ordre juridique* »[2286] que l'on ne retrouve que partiellement dans l'ensemble Suisse-UE.

1430. En outre, les conditions d'accès au rang de source, fixée par l'une des règles de reconnaissance, ne sont que faiblement fixées. D'une part, les critères formels de reconnaissance ne sont pas très éloignés de ceux qui sont, pour HART, caractéristiques de structures sociales élémentaires. En effet, ce n'est pas une promulgation ou une publication dans un registre commun qui constitue le critère d'identification de la règle primaire, mais la simple adoption d'une décision par le comité mixte. D'autre part, si l'on considère ce que BOBBIO identifie comme « *les normes qui établissent les limites d'espace et de temps à l'intérieur desquelles on peut considérer que les normes produites par les sources autorisées peuvent appartenir au système* »[2287], on remarque qu'elles ne sont pas dans un rapport

---

[2284] Sur la nature des comités mixtes et la nature des décisions qu'ils adoptent, voir *supra* chapitre 1.

[2285] En droit de l'Union européenne, voir notamment Pierre-Yves MONJAL, *Recherches sur la hiérarchie des normes communautaires*, Paris, LGDJ, 629 p.

[2286] Jean-Claude GAUTRON, « Remarques sur quelques limites de l'autonomie du droit de l'Union européenne », in *L'identité du droit de l'Union européenne. Mélanges en l'honneur du Professeur Claude BLUMANN*, à paraître.

[2287] Noberto BOBBIO, « Nouvelles réflexions sur les normes primaires et secondaires », précité, p. 167.

équivalent avec les règles primaires applicables à l'ensemble Suisse-UE. Les limites d'espace sont fixées en fonction du territoire de la Suisse d'une part, et celui des traités constitutifs de l'Union européenne d'autre part[2288], une partie du groupe (l'UE et ses Etats membres), apparaissant ainsi à l'écart, définie par sa propre solidarité. Quant aux limites de temps, elles ne sont pas nombreuses en particulier parce que le comité mixte est en principe libre de déterminer si et quand il adopte une décision[2289] ; les exceptions concernent les limites de temps fixées pour la reprise d'un développement de l'acquis Schengen et de l'acquis Dublin[2290]. On soulignera que cette norme secondaire pourrait se développer à l'issue des négociations sur les questions institutionnelles qui pourraient généraliser la reprise de l'acquis[2291]. Pour autant, même lorsque de telles normes existent, elles sont aussi fixées en fonction du temps de l'Union européenne[2292] de sorte que les règles secondaires de l'ensemble Suisse-UE ne traduisent pas un temps propre mais un temps relatif à celui d'un autre groupe.

1431. Enfin, il n'existe pas de règles de reconnaissance attribuant des qualités particulières aux normes primaires. Le système Suisse-UE n'a donc pas des principes d'immédiateté, des conditions d'invocabilité et de primauté semblables à ceux du système ou de l'ordre juridique de l'Union européenne. Le fait que de telles conditions existent en pratique[2293] ne permet pas de modifier le constat d'une faible sophistication du système Suisse-UE, dans la mesure où celui-ci n'en fait pas une condition systémique, c'est-à-dire une condition inhérente caractéristique de ce système.

1432. En conclusion, les règles secondaires de reconnaissance, ou normes d'identification, ne sont pas très sophistiquées même si elles pourraient bénéficier de développements à

2288 Sur les renvois des accords Suisse-UE au champ d'application des traités communautaires et de l'Union européenne, voir *supra*, partie 1, titre 2, chapitre 3, section 1, §1, A).

2289 Voir les remarques relatives à l'autonomie des parties dans le développement du droit, *supra*, partie 1, titre 2, chapitre 3, section 2, §1. Il en résulte logiquement des décalages temporels avec les règles primaires applicables dans l'Union européenne, phénomènes mis en lumière *supra*, partie 2, titre 1, chapitre 2, section 2, §1, A), 1.

2290 Voir les conditions temporelles relatives à la reprise par la Suisse d'un développement des acquis Schengen et Dublin, *supra*, partie 1, titre 2, chapitre 3, section 2, §2, B), 1.

2291 Voir les développements consacrés aux négociations en cours, *supra*, partie 2, titre 1, chapitre 2, section 2, §1, B).

2292 Voir les conditions temporelles relatives à la reprise par la Suisse d'un développement des acquis Schengen et Dublin, *supra*, partie 1, titre 2, chapitre 3, section 2, §2, B), 1.

2293 Sur cette question, voir notamment Fabrice FILLIEZ, « Application des accords sectoriels par les juridictions suisses : quelques repères », in D. FELDER, C. KADDOUS (dir.), *Accords bilatéraux Suisse-UE*, Dossiers de droit européen, vol. 8, Bruxelles, Bruylant, 2001, pp. 183-208 ; Olivier JACOT-GUILLARMOD, « L'ordre juridique suisse face à l'ordre juridique communautaire : aspects normatifs et judiciaires », in D. SCHINDLER, G. HERTIG, J. KELLENBERGER, D. THÜRER, R. ZÄCH (dir.), *Europaverträglichkeit des schweizerischen Rechts – Le droit suisse et le droit communautaire : convergences et divergences,* Collection de droit européen, Zurich, Schulthess, 1990, pp. 1-20.

l'issue des négociations sur les questions institutionnelles, y compris en intégrant par ricochet les développements envisagés pour les deux autres types de règles.

2) *La faible sophistication des règles de changement*

1433. Les règles de changement applicables dans le système Suisse-UE sont d'abord peu sophistiquées dans la mesure où la distinction entre les membres du groupe et l'autorité responsable du changement est faible. En effet, l'étude de l'institutionnalisation de l'ensemble Suisse-UE à travers les règles de changement a mis en relief les incertitudes sur la qualité organique des comités mixtes, composés des représentants des parties contractantes aux accords Suisse-UE et adoptant la plupart de ses décisions à l'unanimité. Cette faible institutionnalisation peut paraître d'autant plus nette lorsque le développement se fait sans recourir au comité mixte comme c'est le cas des accords d'association à Schengen et Dublin[2294].

1434. En second lieu, les règles de changement n'apparaissent pas très sophistiquées dans la mesure où la règle de changement institue une hiérarchie des sources mais pas vraiment une hiérarchie des normes. Elle institue probablement une hiérarchie des sources entre les accords Suisse-UE qui constituent une source de production du droit et cette règle de changement issue des accords Suisse-UE. Cette règle crée ainsi une source dérivée de la source principale, les accords Suisse-UE. Mais elle n'institue pas une véritable hiérarchie des normes puisque le produit de l'acte adopté en vertu de la règle de changement (c'est-à-dire la nouvelle règle primaire) vient modifier les règles primaires établies par l'accord Suisse-UE. En d'autres termes, la règle de changement permet de modifier les règles primaires contenues dans l'accord Suisse-UE. La règle de changement n'assure donc pas une production du droit ordonnée, la nouvelle règle primaire n'étant pas (du moins explicitement) soumise au respect de certaines règles primaires jugées fondamentales.

1435. Alors que les règles secondaires du système Suisse-UE créent de faibles liens d'interdépendance entre les membres de ce groupe, les règles primaires elles mettent en place des conditions d'une communauté particulièrement étroite.

[2294] Voir le chapitre précédant consacré à l'institutionnalisation sous l'angle des règles secondaires de changement.

B) *L'importance des règles primaires*

1436. Les règles primaires applicables à l'ensemble Suisse-UE mettent en place des conditions économiques, sociales et politiques d'une communauté étroite. Celles-ci ont en partie été abordées lors de l'étude de l'assimilation de la Suisse à un Etat membre de l'Union européenne qui couvre de larges pans du marché intérieur de l'Union européenne, de certaines de ses politiques spécifiques, de l'espace de liberté sécurité et justice et même de la politique étrangère et de sécurité commune[2295]. On comprend ainsi que si ces règles primaires créent une solidarité étroite entre les Etats membres de l'Union européenne, l'extension de nombre de ces règles à la Suisse est aussi de nature à créer notamment entre la Suisse et les Etats de l'Union européenne, une forte interdépendance. Il ne s'agit donc pas ici de revenir sur l'ensemble de ces domaines, mais de montrer qu'elles jettent les bases d'une sorte de « pacte social » en créant une cohésion dans le groupe Suisse-UE : entre les Etats suisses et européens, et entre les ressortissants de ces Etats. Ceux-ci bénéficient en effet de libertés de circulation (1), appuyés par des règles constructives qui renforcent l'effectivité de ces libertés et imposent des obligations de cohésion (2). Il en résulte une approche partiellement commune des territoires et populations au sein du groupe Suisse-UE.

1) *Des règles de libertés de circulation, fondements de la communauté*

1437. Certes, les droits de libre circulation sont bien moindres qu'au sein de l'Union européenne qui fait de la liberté de circulation une liberté cardinale (dans l'ordre juridique de l'Union européenne). Dans le système Suisse-UE, la liberté de circulation n'est pas clairement un objectif mais apparaît davantage concédée car les droits de liberté sont posés de manière sectorielle et partielle.

1438. Sous cette réserve qui impose de ne pas surestimer les droits de liberté de circulation, ceux-ci n'en apparaissent pas moins importants, quantitativement et qualitativement, et assurent – même dans une mesure moindre – des effets semblables à ceux de l'ordre juridique de l'Union européenne sur lesquels ils sont calqués, ce qui permet d'y voir des dispositions fondamentales pour l'ensemble Suisse-UE.

[2295] Voir, *supra*, partie 2, titre 1, chapitre 1, section 1, §2.

1439. C'est essentiellement la liberté de circulation des personnes qui constitue, à l'image de son instauration entre les Etats de l'Union européenne, le moteur d'une solidarité étroite au sein du groupe Suisse-UE[2296]. Les ressortissants suisses et européens bénéficient en vertu de l'accord sur la libre circulation des personnes d'un droit d'entrée et un d'un droit de séjour et d'accès à une activité économique[2297], même si sa portée varie selon l'activité économique envisagée. La libre prestation de services n'est que faiblement garantie alors que les travailleurs salariés et indépendants bénéficient d'un régime plus largement calqué sur celui de l'Union européenne[2298]. Certaines de ces libertés sont étendues à des secteurs spécifiques comme celui des transports aériens et terrestres, avec des exigences destinées à garantir des conditions-cadre similaires en matière de concurrence.

1440. Mais la liberté de circulation concerne également d'autres catégories de personnes : les ressortissants suisses et européens inactifs bénéficient aussi dans une certaine mesure de droits fondés sur ceux existants dans l'Union européenne[2299]. Les ressortissants d'Etats tiers (c'est-à-dire autre que ceux de la Suisse et des Etats membres de l'Union européenne) font également l'objet des règles primaires applicables entre la Suisse et l'Union européenne. De manière ponctuelle d'abord, dans l'accord sur la libre circulation des personnes, en tant que membres de la famille de ressortissants suisses ou UE ou travailleurs détachés. De manière plus large surtout, dans l'accord d'association de la Suisse à Schengen qui supprime les contrôles des personnes aux frontières intérieures des États de l'espace Schengen.

1441. Même partielle, c'est une logique de liberté de circulation qui fonde le socle des règles primaires applicables au groupe Suisse-UE et qui bénéficient en particulier aux ressortissants suisses et européens. A côté de ces règles essentiellement permissives,

---

2296 Sur cette liberté voir notamment les développements consacrés à la libre circulation des personnes entre la Suisse et l'Union européenne dans l'ouvrage : Christine KADDOUS, Diane GRISEL, *Libre circulation des personnes et des services*, Bâle, Helbing Lichtenhahn, 2012, 1036 p.

2297 Voir notamment les articles 3 à 7 de l'accord sur la libre circulation des personnes de 1999 [ALCP].

2298 L'article 7 de l'ALCP ne garantit la libre prestation de services qu'à hauteur de 90 jours par an. Sur ces droits, voir Christine KADDOUS, « L'Accord CH-UE sur la libre circulation des personnes et l'ordre juridique suisse », in F. BREUSS, T. COTTIER, P.-C. MÜLLER-GRAFF (dir.), *Die Schweiz im europäischen Integrationsprozess*, Bâle, Helbing Lichtenhahn, 2008, pp. 153–168.

2299 Voir l'article 6 de l'ALCP.

d'autres dispositions impliquent davantage une action constructive de la Suisse et des Etats de l'Union européenne.

2) *Des règles primaires de cohésion, ciment de la commsunauté*

1442. Ces règles primaires participent également à la construction d'une communauté entre la Suisse et l'Union européenne, soit en renforçant les libertés de circulation, soit en imposant une solidarité entre la Suisse et les Etats de l'Union européenne.

1443. Un premier groupe de règles posent des règles de coordination des régimes, des règles de reconnaissance de certains actes réalisés dans un des Etats du groupe Suisse-UE[2300]. Ces règles directement inspirées de celles existant au sein de l'Union européenne, bénéficient ainsi des mêmes effets constructifs à l'égard de l'ensemble Suisse-UE. Les règles de coordination des régimes de sécurité sociale et des règles de reconnaissance des diplômes[2301] facilitent la circulation des ressortissants suisses et européens sur les territoires de la Suisse et des Etats de l'Union européenne. De même, en renforçant le volet sécuritaire au sein d'un espace de liberté, l'espace Schengen, des règles de reconnaissance d'actes de procédure judiciaire tels que les mandats de perquisition confortent la logique de libre circulation dans l'espace formé entre la Suisse et l'Union européenne[2302]. Enfin, s'appliquent des règles de coordination permettant de déterminer pour chaque demandeur d'asile un État responsable de son traitement afin d'éviter des demandes considérées comme répétées, puisque formées en différents points d'un espace voulu commun[2303].

1444. Un deuxième groupe de règles, moins nettement utilitaristes, relèvent d'une logique de solidarité. La participation de la Suisse à l'atténuation des disparités économiques et sociales dans l'Union européenne élargie bénéficie par extension, à

2300 On soulignera en outre qu'une approche complète de la « cohésion » ainsi formée implique de prendre en compte des règles instituées entre l'Union européenne (et éventuellement ses Etats membres ou certains de ses Etats bénéficiant d'un régime particulier), la Suisse et les autres Etats de l'AELE. Voir par exemple la Convention de Lugano : Convention du 30 octobre 2007 entre la Communauté européenne, le Danemark, l'Islande, la Norvège, la Suisse, concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale, *RO 2010 5609 / JO L 147 du 10.06.2009, p. 5-43.*

2301 Voir les articles 8 et 9 de l'ALCP.

2302 Voir l'article 2, paragraphe 1, de l'accord d'association de la Suisse à Schengen, lu en combinaison avec l'annexe A, partie 1, en vertu desquels s'applique notamment l'article 51 de la Convention d'application de l'Accord de Schengen du 14 juin 1985 signée à Schengen le 19 juin 1990 entre le Royaume de Belgique, la République fédérale d'Allemagne, la République française, le Grand-Duché de Luxembourg et le Royaume des Pays-Bas.

2303 Il s'agit des règles posées par l'accord d'association de la Suisse à Dublin.

l'ensemble Suisse-UE. Cette contribution se fait selon des modalités particulières qui limitent l'approche réellement commune entre la Suisse et les Etats de l'Union européenne des questions de cohésion[2304], mais elle participe d'une certaine « *manifestation de solidarité* »[2305] de l'ensemble Suisse-UE.

1445. Enfin, un troisième groupe de règles de coopération révèle une approche commune de certaines questions politiques à l'égard de tiers, c'est-à-dire à l'égard d'Etats autres que la Suisse et les Etats membres de l'Union européenne. Ces derniers forment d'abord un ensemble dans la mesure où ils ont adopté une approche commune de la politique des visas de court séjour à l'égard des ressortissants d'Etats tiers[2306] et ont un système commun de gestion des frontières extérieures[2307]. D'autre part, la Suisse et les Etats de l'Union européenne ont une approche commune – bien que fortement limitée – sur des questions de politique étrangère. La participation de la Suisse à certaines opérations de PESC de l'Union européenne contribue à développer une vision commune des valeurs et des enjeux sécuritaires, et constitue un vecteur de « *cohésion politique* »[2308].

1446. Le système Suisse-UE est donc caractérisé par un ensemble de règles primaires nombreuses et qualitativement importantes, qui sont, en particulier parce qu'elles reprennent celles existant dans le système de l'Union européenne, de nature à jeter les bases d'une communauté étroite entre la Suisse et les Etats de l'Union européenne et leurs ressortissants. Or les deux règles secondaires semblent en retrait par rapport aux règles primaires : elles restent fortement dépendantes de l'appréciation des membres du groupe, la Suisse et l'Union européenne, alors que les règles primaires assurent les conditions d'une importante cohésion entre ceux-ci. En d'autres termes, et les règles secondaires du système Suisse-UE s'apparentent à des règles de « cohabitation » qui « *établissent les conditions pour la réalisation du plus haut degré d'indépendance entre des individus qui*

2304 Non seulement les règles primaires ne sont pas posées dans un accord classique, mais en outre, la Suisse participe à la cohésion au sein de l'Union européenne mais pas à la politique de l'Union européenne. Sur ce point, voir, *supra*, partie 2, titre 1, chapitre 1, section 1, §2, C, 1, note 121.

2305 Cécile RAPOPORT, *Les partenariats entre l'Union européenne et les Etats tiers européens - Étude de la contribution de l'Union européenne à la structuration juridique de l'espace européen,* Bruxelles, Bruylant, 2011, 809 p., spéc. p. 443.

2306 Voir l'article 2, paragraphe 2, de l'accord d'association à Schengen, lu en combinaison avec l'annexe B.

2307 Il s'agit là aussi du système mis en place dans l'UE et étendu à la Suisse.

2308 Cécile RAPOPORT, *Les partenariats entre l'Union européenne et les Etats tiers européens*, *op.cit.*, spéc. p. 416.

cohabitent »[2309] alors que les règles primaires semblent davantage rejoindre le modèle des normes de « collaboration » qui, « *grâce à la convergence (forcée) d'actions sociales, établissent les conditions pour réaliser le minimum de* dépendance *nécessaire entre des individus qui coopèrent* »[2310]. Il existe ainsi une certaine asymétrie, un décalage entre l'importante cohésion entre les membres du groupe Suisse-UE que mettent en place les règles primaires, et la large autonomie laissée à ces membres du groupe par les règles secondaires.

1447. Ce décalage constaté entre les règles primaires et secondaires pourrait se réduire : les règles secondaires ne sont désormais pas jugées suffisantes[2311] et font l'objet de négociations entre la Suisse et l'Union européenne[2312]. Cette évolution s'explique partiellement par l'action de l'importante base constituée par les règles primaires[2313]. D'une part, celles-ci tendent à être modifiées dans le sens d'un renforcement de la communauté puisqu'il se réalise en fonction du droit de l'Union européenne[2314]. Or cette modification se fait d'une part selon des règles secondaires de changement qui ne sont plus considérées comme adaptées pour assurer une évolution suffisante des règles primaires. Les règles secondaires de changement pourraient dès lors être modifiées dans le sens d'un principe de reprise de l'acquis de l'Union européenne. D'autre part, ce renforcement de l'arrimage sur le droit de l'Union européenne renforce les exigences relatives à l'interprétation homogène des règles primaires et ce sont les règles relatives à l'exercice de la fonction juridictionnelle qui sont appelées à évoluer. Le système Suisse-UE, qualifié de système semi-complexe, pourrait ainsi se perfectionner. Mais d'une part, compte tenu de l'objet des négociations, il ne semble pas appelé à devenir un système complexe dans la mesure où n'est pas envisagée une véritable règle d'adjudication commune à cet ensemble Suisse-UE[2315]. En d'autres termes, la sophistication envisagée

---

2309 Noberto BOBBIO, « De l'utilisation des grandes dichotomies dans la théorie du droit », in N. BOBBIO, *De la structure à la fonction. Nouveaux essais de théorie du droit*, Paris, Dalloz, 2012, pp.143-164, spéc. p.148.

2310 Noberto BOBBIO, « De l'utilisation des grandes dichotomies dans la théorie du droit », précité, p.148.

2311 Il ne s'agit pas d'un jugement, mais pour reprendre l'analyse de HART (Herbert Lionel Adolphus HART, *Le concept de droit,* précité, p.114, §§86-87), d'un point de vue externe, celui de l'observateur qui se réfère à la manière dont les membres du groupe considèrent les règles primaires : la Suisse et l'Union européenne ont entamé des négociations sur des règles secondaires pour accroître l'homogénéité des règles primaires applicables dans l'espace Suisse-UE.

2312 Voir, partie 2, titre 1, chapitre 2.

2313 Voir, *supra*, partie 1, titre 2, section 2, §2.

2314 Sur ce mouvement d'européanisation, qui coïncide avec une objectivisation, voir, *supra*, partie 2, titre 1, chapitre 2.

2315 Voir, *supra*, §1, B), 3.

des règles secondaires n'emportera pas une novation du système Suisse-UE en véritable système juridique pour HART, ou en système normatif complexe au sens de BOBBIO. D'autre part, malgré cette évolution, le décalage constaté ne pourra pas être résorbé. Ce décalage semble voué à persister dans le temps en raison de la pression croissante entre deux forces contradictoires, et c'est une approche méta-normative qui permet de rendre compte de ce phénomène et de poursuivre la qualification de l'institutionnalisation.

*

* *

Section 2. Approche méta-normative de l'institution Suisse-UE

1448. Souvent utilisées pour expliquer certains phénomènes institutionnels, y compris celui de l'Union européenne[2316], les théories de l'Institution élaborées par Santi ROMANO et Maurice HAURIOU[2317] vont permettre de préciser l'analyse de l'ensemble Suisse-UE. L'institution Suisse-UE a jusqu'ici été décrite comme un système normatif semi-complexe, dont les normes du second degré ne sont pas très sophistiquées. Or si l'on considère l'institution Suisse-UE comme un ensemble qui constitue davantage que la somme des règles qui le composent, les caractéristiques des normes identifiées ne sont peut-être que la traduction d'une caractéristique plus globale qui affecte le droit Suisse-UE.

1449. L'approche n'est pas factice : il ne s'agit pas simplement de « déplacer » les caractéristiques des normes sur une dimension méta-normative. Certes, par rapport à l'approche normative précédente, l'approche méta-normative n'apporte pas de constat fondamentalement différent sur le degré de sophistication du système Suisse-UE : on peut considérer qu'il existe une institution Suisse-UE mais que celle-ci est limitée. En revanche, ces théories apportent des éclairages supplémentaires sur la nature de cette institution et sur ses limites qui se concrétisent d'un point de vue normatif dans des règles secondaires partielles et peu sophistiquées. La possibilité et l'intérêt d'appliquer ces théories à l'ensemble Suisse-UE méritent probablement d'être expliqués (§ *préliminaire*), avant d'en tirer l'ensemble des enseignements.

2316 Pour une combinaison des deux théories, voir par exemple les réflexions de Denys SIMON, « Rapport introductif. Cohérence et ordre juridique communautaire », in V. MICHEL (dir.), *Le droit, les institutions et les politiques de l'Union européenne face à l'impératif de cohérence*, Actes du colloque des 10 et 11 mai 2007 à Strasbourg, Strasbourg, Presses Universitaires de Strasbourg, 2009, pp.25-46, spéc. pp.28-29.

2317 Les deux théories datent globalement du début du XXème siècle : la théorie d'HAURIOU a été élaborée sur plusieurs années, l'un des articles majeurs datant de 1925 (Maurice HAURIOU, « La théorie de l'Institution et de la Fondation (essai de vitalisme social) », in *La cité moderne et les transformations du droit, Cahiers de la Nouvelle Journée*, 1925, n° 4, pp. 2-45). L'ouvrage *L'ordinamenti giuridico* de Santi ROMANO a été publié en 1918, une seconde édition étant parue en 1945. Les théories ont été élaborées de manière relativement isolée par chacun des juristes français et italien (ce serait une preuve de « *la réalité de l'esprit du temps* » selon Georges KALINOWSKI, « compte rendu de l'ouvrage de Santi ROMANO », *L'ordre juridique*, trad. française de la 2ème édition de l'*Ordinamento giuridico* par Lucien FRANCOIS et Pierre GOTHOT, *Revue internationale de droit comparé*, juill.-sept. 1976, vol. 28, n°3, pp. 658-659, spéc. p.658). On trouve quelques références de Santi ROMANO aux travaux HAURIOU (voir notamment Santi ROMANO, *L'ordre juridique*, trad. française de la 2ème édition de l'*Ordinamento giuridico* par Lucien FRANCOIS et Pierre GOTHOT, Paris, Dalloz, 2ème éd. 2002, 174 p., spéc. pp. 21 et s., §11) mais en France, la théorie de Santi ROMANO a été méconnue des juristes, jusqu'à la traduction française de cette seconde édition, réalisée trente ans après, en 1975.

1450. Ces théories appréhendent l'Institution comme une unité globale, comme un corps social organisé, qui, en tant que tel produit du droit, mais dont les règles de droit sont des produits résultant de cette communauté avant d'être des éléments créateurs de cette communauté. Or les caractéristiques de ce qui apporte l'unité à l'ensemble Suisse-UE ne permettent pas d'y voir un corps social abouti. Plus précisément, cette grande logique à l'œuvre dans l'ensemble Suisse-UE constitue peut-être une logique permettant d'y voir un ordre juridique mais uniquement au sens large (celui de Santi ROMANO), d'autant que cette logique n'apporte qu'une légère définition de l'individualité objective de cet ensemble (§1). C'est qu'une telle logique, si elle existe, est celle d'un lien de cet ensemble Suisse-UE avec l'ordre juridique de l'Union européenne. Et la théorie de Maurice HAURIOU permet de comprendre en quoi cette logique diffère d'une véritable idée d'œuvre caractéristique des institutions dites corporatives. Par conséquent, l'ensemble Suisse-UE constitue probablement ce que le Doyen de Toulouse appelle une institution-chose, catégorie qui dépend des institutions corporatives et ici de l'Union européenne. Cette qualification de l'ensemble Suisse-UE comme une institution-chose recoupe les conclusions quant au caractère faiblement défini de l'individualité objective de cette institution, mais précise celles des limites qui affectent et ce, peut-être intrinsèquement, le développement institutionnel du groupe Suisse-UE (§2).

§ *Préliminaire*. L'utilisation des théories de Santi ROMANO et de Maurice HAURIOU

1451. Ce sont les théories de Santi ROMANO et celles de Maurice HAURIOU qui seront utilisées pour éclairer le phénomène institutionnel existant entre la Suisse et l'Union européenne. Ces théories peuvent être appliquées à l'ensemble régional et faiblement formalisé que constitue le groupe Suisse-UE (A), et plusieurs raisons incitent à le faire (B). Si ces deux théories apportent un éclairage essentiel sur la relation Suisse-UE, l semble important d'opérer une application successive de la théorie de Santi ROMANO puis de celle de Maurice HAURIOU (C).

A) *La possibilité d'appliquer ces théories à l'ensemble Suisse-UE*

1452. L'assimilation de l'Institution à un corps social organisé dans les théories de Santi ROMANO et de Maurice HAURIOU ouvre une application à l'ensemble Suisse-UE pour trois raisons concordantes : la variété de la nature des corps sociaux visés (1), et plus particulièrement la variété de l'organisation qui caractérise ces corps sociaux (2), ainsi que l'approche juridique du corps social (3).

1) *L'appréhension générale des corps sociaux*

1453. En premier lieu, parce qu'ils visent à éclairer l'ensemble des phénomènes institutionnels, comme le sont par exemple la commune, l'entreprise, la famille, l'Eglise, l'école[2318], les travaux de Santi ROMANO ont fondé l'étude de la qualification d'ensemble de règles dans des domaines divers : la *lex mercatoria*[2319], les règles de fédérations sportives ou professionnelles[2320]. De même, la théorie de Maurice HAURIOU a été utilisée pour l'analyse de l'Etat et de l'administration[2321] mais aussi pour l'étude de l'association ou de certains contrats de société[2322], mais aussi en droit du travail en particulier afin d'expliquer

---

2318 Phocion FRANCESCAKIS, « Introduction à l'édition française », in Santi ROMANO, *L'ordre juridique*, *op.cit.*, pp.I-XIX, spéc. p.VIII et p.XIV.

2319 Eric LOQUIN, « Où en est la *lex mercatoria* ? », in *Souveraineté étatique et marchés internationaux à la fin du 20ème siècle : à propos de 30 ans de recherche du CREDIMI. Mélanges en l'honneur de Philippe KAHN*, Paris, Litec, 2000, pp.23-51 et Alain PELLET, « La lex mercatoria, "tiers ordre juridique" ? Remarques ingénues d'un internationaliste de droit public », in *Mélanges en l'honneur de Philippe KAHN*, *op.cit.*, pp.53-74, cités par Charles LEBEN, « De quelques doctrines de l'ordre juridique », précité.

2320 Voir par exemple les articles de Gérald SIMON, « Existe-t-il un ordre juridique du sport ? », *Droits*, 2001, n°33, pp.97-106 et Joël MORET-BAILLY, « La théorie pluraliste de Romano à l'épreuve des déontologues », *Droits*, 2000, n°32, pp.171-182.

2321 L'Etat est « *l'institution des institutions* » (Maurice HAURIOU, *Principes de droit public*, Paris, Sirey, 1910, réimpr. Paris, Dalloz, 2010 (préface d'Olivier BEAUD), 734 p., spéc. p.126). Eric MILLARD souligne cependant les deux sens possibles de cette formule, qui peut désigner l'Etat comme une « méta-institution », *primus inter partes*, ou une institution « à côté », comme le sont les autres : Eric MILLARD, « Le moment 1900-1925. Eléments pour une généalogie de l'Institution chez Hauriou », *Revue d'histoire des facultés de droit et de la culture juridique*, 2012, n°32, pp.359-371. Pour une mise en perspective de la théorie d'HAURIOU dans le cadre de la théorie générale du droit constitutionnel, voir notamment Bernard CHANTEBOUT, *Droit constitutionnel*, Paris, Sirey, 30ème édition, 2013, 656 p., spéc. pp. 4 et s. et pour une utilisation en droit administratif, voir Lucien SFEZ, *Essai sur la contribution du Doyen Hauriou au droit administratif français*, Paris, LGDJ, 1966, 520 p. ; et pour des utilisations plus précises la thèse de Jacques MOURGEON, *La répression administrative*, Paris, LGDJ, 1967, 643 p., l'auteur étant l'un des premiers à comprendre la place essentielle de la théorie d'HAURIOU selon Jean-Arnaud MAZERES, « La théorie de l'institution de Maurice Hauriou ou l'oscillation entre l'instituant et l'institué », in *Pouvoir et liberté. Etudes offertes à Jacques MOURGEON*, Bruxelles, Bruylant, 1998, pp.239-293, spéc. p.244. Plus récemment, voir Gilles LEBRETON, *Droit administratif général*, Paris, Dalloz, 2013, 7ème édition, 591 p., spéc. p. 75 ; Saïd HAMDOUNI, « Essai d'application de la théorie de l'institution d'Hauriou aux relations entre personnes publiques », *R.R.J.* 1995, n°1, pp. 141-163 ; Delphine ESPAGNO, « Une rencontre entre Léon Duguit et Maurice Hauriou : l'analyse institutionnelle du service public », in *Etudes en l'honneur du Professeur Jean-Arnaud MAZERES*, Paris, Litec, 2009, pp.333-351.

2322 Voir par exemple les articles de Mazvydas MICHALAUSKAS, « La nature juridique de l'association » et Jean-Claude MAY, « La société : contrat ou institution », in B. BASDEVANT-GAUDEMET (dir.), *Contrat ou Institution : un enjeu de société*, Paris, L.G.D.J., 2004 et les références citées.

le rapport de travail[2323] et le pouvoir du chef d'entreprise[2324] ou encore pour étudier des phénomènes internationaux, l'organisation internationale[2325] et plus spécifiquement l'Union européenne[2326]. C'est donc ici l'ensemble régional formé entre la Suisse et l'Union européenne qui peut être étudié sous le prisme de ces approches institutionnelles.

2) *L'appréhension de l'organisation au-delà de la personnalité juridique*

1454. En second lieu, ces approches s'intéressent à l'Institution comme corps social organisé, peu importe que celui-ci soit organisé autour d'une personnalité juridique, et l'on comprend ainsi pourquoi cette théorie est susceptible d'être appliquée à l'ensemble Suisse-UE qui ne possède pas expressément la personnalité juridique. Maurice HAURIOU et Santi ROMANO ne définissent pas leur concept d'Institution par référence à la personnalité juridique. Ce n'est pas qu'ils en nient l'importance lorsqu'elle existe, mais ils essaient d'aller au-delà de la technique formelle pour en appréhender les fondements : cette personnalité lorsqu'elle existe a un ancrage dans le réel que les auteurs cherchent à mettre en évidence. Et c'est à cet ancrage « *pré-personnel* »[2327], c'est-à-dire précédant la personnalité juridique que correspond l'Institution. La personnalité n'est qu'un aboutissement, le résultat d'un phénomène qui se situe au cœur de l'organisation sociale et que l'Institution traduit[2328]. Mais cette dernière ne se limite pas à la personnalité, qui

---

2323 Paul DURAND, « A la frontière du contrat et de l'institution : la relation de travail », *JCP* 1944, I, pp.337 et s.

2324 Voir notamment Alfred LEGAL, Jean BRETHE DE LA GRESSAYE, *Le pouvoir disciplinaire dans les institutions privées : son organisation et ses effets dans les associations, syndicats, sociétés, entreprises, professions : étude de sociologie juridique*, Paris, Sirey, 1938, 537 p. ; Sur les débat doctrinaux liés aux fondements de ce pouvoir, voir par exemple Gilles AUZERO, Emmanuel DOCKES, *Droit du travail*, Paris, Dalloz, 28ème édition, 2014, 1556 p., spéc. pp. 633 et s. ; François GAUDU, *Droit du travail*, Paris, Dalloz, 5ème édition, 2013, 471 p., spéc. pp. 114 et s. et les références citées. Plus généralement pour une approche institutionnelle de l'entreprise, voir la thèse de Michel DESPAX, *L'entreprise et le droit*, Paris, LGDJ, 1957, 443 p.

2325 Suzanne BASTID, « Place de la notion d'institution dans une théorie générale des organisations internationales », in *L'évolution du droit public. Etudes en l'honneur d'Achille MESTRE*, Paris, Sirey, 1956, pp.43-51 ; Achille MESTRE, « Les traités et le droit interne », *R.C.A.D.I.*, 1931, t.38, pp.233-306, spéc. pp.301-302, note 4 ; Lazar FOSCANEANU, « Le droit interne de l'Organisation des Nations Unies », *A.F.D.I.*, 1957, vol.3, pp. 315-349, spéc. pp. 319 et s. ; Gérard CAHIN, *La coutume internationale et les organisations internationales. L'incidence de la dimension institutionnelle sur le processus coutumier*, Paris, Pedone, 2001, 782 p., spéc. p.11.

2326 Voir, *infra*, les développements consacrés à l'application de cette théorie à l'Union européenne.

2327 Julia SCHMITZ, *La théorie de l'institution du doyen Maurice Hauriou*, spéc. p.188.

2328 Cela se vérifie pour la plus remarquable des institutions, l'Etat : dans la théorie d'HAURIOU, « *il s'agit moins d'un rejet total de l'idée de personnalité que de son déplacement ou plutôt son renversement : la personnalité de l'Etat est pour lui non point un* a priori *mais un aboutissement, le résultat d'une construction dont les matériaux se trouvent au sein même de la société civile, ou d'un mouvement impulsé par les forces de cette société : l'Etat n'est pas posé devant et avant la Nation qu'il transcenderait, il est le fruit de tout ce qui fait la texture et la vie même de la Nation* » : Jean-Arnaud MAZERES, « Réflexions sur une réédition : les "Principes de droit public" de Maurice Hauriou », *Jus politicum - Revue de droit politique*, octobre 2011, n°6, disponible en ligne : http://www.juspoliticum.com/Reflexions-sur-une-reedition-les.html

peut d'ailleurs faire défaut. L'institution est donc autre, ou davantage, que la personnalité juridique. L'Institution c'est ce corps social organisé dans lequel des volontés peuvent se déployer mais elles s'intègrent dans le cadre de l'existence objective de cette communauté[2329]. Et cette conciliation de l'objectivisme et du subjectivisme qui se fait dans le cadre de l'Institution, et sur laquelle on reviendra, se fait de manière juridique.

3) *L'approche juridique du corps social organisé*

1455. En effet, et en troisième lieu, ce fondement pré-personnel des institutions, le corps social organisé que constitue l'Institution, c'est du droit. Santi ROMANO comme HAURIOU considèrent ainsi que leur concept n'est pas pré-juridique : il est juridique, l'Institution appartient tout entière au monde du droit et c'est précisément l'intérêt de cette théorie. Santi ROMANO souligne ainsi sa démarche : « *j'ai précisément voulu faire entrer dans le monde juridique ce fait de l'ordre social que l'on tenait pour antécédent au droit* »[2330]. De même, et alors que d'autres auteurs relèguent hors du droit – par exemple dans le champ de l'histoire, ou de la sociologie – la naissance de la règle de droit, HAURIOU, fait de la naissance, la vie et la mort des institutions un phénomène juridique[2331]. C'est d'ailleurs précisément parce que l'institution est « *le centre de la juridicité* »[2332] que l'analyse institutionnelle a été utilisée dans diverses branches du droit et dans une optique « *constitutionnelle* »[2333] qui traduit le caractère fondamental de l'Institution, comme fondation du droit, comme tout organique doté d'une logique qui permet de voir au-delà des relations interindividuelles, des relations entre des sujets d'un ensemble organique, des rapports de partie à partie, d'organe à organe. L'institution, explique Julia SCHMITZ, « *est une source première du droit, à côté du contrat et de la loi, permettant de penser le système juridique non plus en termes d'ordre et de hiérarchie, mais en termes de désordre et de pluralisme,*

2329 Pour Maurice HAURIOU, les organisations sociales « *qui sécrètent spontanément du droit, ont un fondement objectif pré-personnel, et plus précisément institutionnel* » : Julia SCHMITZ, *La théorie de l'institution du doyen Maurice Hauriou*, spéc. p.165.

2330 Santi ROMANO, *L'ordre juridique*, *op.cit.*, spéc. p.30, note 1.

2331 Maurice HAURIOU, « La théorie de l'Institution et de la Fondation », in *Aux sources du droit: le pouvoir, l'ordre et la liberté*, *Cahiers de la Nouvelle Journée*, 1933, n°23, pp.89-128, spéc. p.97.

2332 Julia SCHMITZ, *La théorie de l'institution du doyen Maurice Hauriou*, spéc. p.166.

2333 Georges RENARD, « Qu'est-ce que le Droit constitutionnel ? Le Droit constitutionnel et la Théorie de l'Institution », in *Mélanges Carré de Malberg*, Paris, Sirey, 1933, pp.491-501.

saisissant ensemble le public et le privé, le national et le local ou le national et l'international »[2334], formule à laquelle on pourrait rajouter le régional. C'est donc toujours une approche juridique qui sert à qualifier l'ensemble Suisse-UE, mais, plus précisément, une approche méta-normative, c'est-à-dire une approche qui intègre les normes, sans en faire l'élément fondamental du droit, de l'Institution.

1456. En effet, ces théories considèrent que le droit ne doit pas être réduit à un ensemble de normes ou de règles, mais doit être compris au regard d'une unité institutionnelle. Contrairement à Hans KELSEN et aux approches précédentes qualifiées de normativistes, Santi ROMANO considère en effet « *que le droit n'est pas normes mais totalité dépassant la somme des normes et contenant encore bien d'autres choses que des normes* »[2335]. Et c'est l'institution qui permet de comprendre le droit parce que le droit est, pour Santi ROMANO, « *un ordre dans son intégralité et son unité, c'est-à-dire une institution* »[2336]. En somme, ce n'est pas tant l'approche totalisante du droit qui démarque ces approches : Hans KELSEN définit également l'ordre juridique comme un système de normes unifié[2337]. Mais, comme l'explique Pierre MAYER, KELSEN « *ne cherche pas – et ne pourrait d'ailleurs trouver – dans la nature de ce pôle l'essence même du droit* »[2338]. Pour Santi ROMANO, cette unité d'un ordre juridique est « *quelque chose d'autre que les normes* »[2339]. De même, HAURIOU cherche-t-il « *des institutions qui soient des éléments de l'organisation sociale et non pas seulement des moyens de la technique du droit* », tel que peut l'être par exemple le recours pour excès de pouvoir[2340]. Cette approche « méta-normative » est ainsi liée à la dimension normative : l'Institution englobe les normes, elle s'en sert, mais elle les précède, les domine. Toutefois, l'approche dite « méta-normative » reste une approche du

---

2334 Julia SCHMITZ, « Présentation de l'article "La théorie de l'Institution & de la Fondation (essai de Vitalisme social)" », in M. TOUZEIL-DIVINA (dir.), *Miscellanées Maurice HAURIOU*, Paris, L'Epitoge-Lextenso, 2013, pp.175-180, spéc. p.179.

2335 Phocion FRANCESCAKIS, « Introduction à l'édition française », in Santi ROMANO, *L'ordre juridique*, trad. française de la 2ème édition de l'*Ordinamento giuridico* par Lucien FRANCOIS et Pierre GOTHOT, Paris, Dalloz, 2ème éd. 2002, 174 p., pp.I-XIX, spéc. p.VI.

2336 Santi ROMANO, *L'ordre juridique*, trad. française de la 2ème édition de l'*Ordinamento giuridico* par Lucien FRANCOIS et Pierre GOTHOT, Paris, Dalloz, 2ème éd. 2002, 174 p., spéc. p.19, §10.

2337 Un système de normes « *dont l'unité repose sur le fait que leur validité à toutes a le même fondement* » : Hans KELSEN, *Théorie pure du droit*, trad. De la 2ème édition par Ch. EISENMANN, Paris, LGDJ, 1999, §6, cité par Pierre MAYER, « Préface », in Santi ROMANO, *L'ordre juridique*, *op.cit.*

2338 Pierre MAYER, « Préface », in Santi ROMANO, *L'ordre juridique*, *op.cit.*

2339 Santi ROMANO, *L'ordre juridique*, *op.cit.*, spéc. p.9, §4.

2340 Maurice HAURIOU, *Principes de droit public*, Paris, Sirey, 1910, réimpr. Paris, Dalloz, 2010 (préface d'Olivier BEAUD), 734 p., spéc. p. 126

droit puisque « *le droit, avant d'être norme, avant d'avoir trait à un ou plusieurs rapports sociaux, est organisation, structure, attitude de la société même dans laquelle il est en vigueur et qui par lui s'érige en unité, en un être existant par soi-même* »[2341].

1457. Une telle approche, outre le fait qu'elle est susceptible d'être appliquée à l'ensemble Suisse-UE, est de nature à apporter des éclairages supplémentaires sur cette institution.

B) L'opportunité d'appliquer ces théories à l'ensemble Suisse-UE

1458. L'apport de ces théories pour l'étude de la relation Suisse-UE (2) incite à dépasser les – nombreuses – difficultés inhérentes à ces théories (1).

1) Les difficultés d'application de ces théories

1459. La théorie de l'Institution ou de l'ordre juridique de Santi ROMANO soulève des difficultés (a) d'un autre type que celles que présente la théorie du Doyen HAURIOU (b).

a) Les difficultés relatives à la théorie de Santi ROMANO

1460. Dans son ouvrage sur l'*Ordinamento giuridico*, Santi ROMANO retient une définition large de l'ordre juridique et de l'Institution, avec lequel il existe « *une identité parfaite* »[2342]. D'un point de vue terminologique, l'ouvrage qui assimile les termes « institution », « corps social organisé », « ordre juridique » et « droit objectif » n'est pas exempt de certains flottements[2343]. Pierre MAYER souligne ces ambiguïtés, tout en proposant une explication. Ce que Santi ROMANO laisse entendre, ce n'est pas tant que les concepts sont exactement les mêmes, c'est qu'ils sont inséparables un peu comme l'on ne peut « *distinguer la vie du corps vivant* »[2344]. En outre, Phocion FRANCESCAKIS explique que si Santi ROMANO accorde sa préférence au terme d'ordre juridique qu'il retient comme titre d'ouvrage, sur celui d'institution, c'est probablement parce que ce mot,

---

[2341] Santi ROMANO, *L'ordre juridique*, *op.cit.*, spéc. p.19, §10.

[2342] Santi ROMANO, *L'ordre juridique*, *op.cit.*, spéc. p.23, §11. Il existe entre les concepts d'ordre juridique et d'institution, « *une équation nécessaire et absolue* » ; « *Tout ordre juridique est une institution et, inversement, toute institution est un ordre juridique* ». Santi ROMANO, *L'ordre juridique*, *op.cit.*, spéc. p.19, §10.

[2343] Voir les remarques faites par Pierre MAYER dans la Préface de l'ouvrage de Santi ROMANO précité. Sur ces ambiguïtés, et leur comparaison avec la théorie de Maurice HAURIOU, voir notamment Julia SCHMITZ, *La théorie de l'institution du doyen Maurice Hauriou*, Paris, L'Harmattan, 2013, 523 p., spéc. pp.17-174.

[2344] Santi ROMANO, *L'ordre juridique*, *op.cit.*, spéc. p.34, §15.

« *tout en traduisant la même idée, prévient le "dérapage" sociologique* »[2345]. C'est que, on l'a vu, tout en considérant la réalité sociale, Santi ROMANO considère sa démarche comme juridique. C'est même selon lui en assimilant le « *phénomène juridique au phénomène socio-institutionnel* » que l'on peut donner une définition juridique du droit[2346].

1461. A cette difficulté s'y ajoute une seconde, celle qui tient à la logique qui caractérise une institution dans son unité. Les images données par Santi ROMANO pour l'expliquer sont parlantes : lorsque l'on parle d'un droit, par exemple le droit italien ou le droit français, on ne pense pas seulement « *à une série de règles, ni* […] *ces rangées de volumes que forment les recueils officiels des lois et décrets* »[2347]. On pense à quelque chose « *de plus vivant et de plus animé* ». Aussi définit-il l'ordre juridique ou l'institution comme une « *entité qui, dans une certaine mesure, se conduit selon les normes mais conduit surtout, un peu comme des pions sur un échiquier, les normes elles-mêmes* »[2348]. Mais l'auteur ne fournit pas de critères permettant de reconnaître et qualifier cet élément méta-normatif, pas plus qu'il ne définit le contenu, par exemple de la logique du droit italien. L'application à l'ensemble Suisse-UE devra ainsi faire appel dans une certaine mesure à une démarche intuitive comme l'a fait Santi ROMANO, pour déterminer s'il existe une logique propre à l'ensemble Suisse-UE.

b) Les difficultés relatives à la théorie de Maurice HAURIOU

1462. Proposer de qualifier l'ensemble formé par la Suisse et l'Union européenne grâce à la théorie de l'Institution de Maurice HAURIOU est en effet probablement une tentative hasardeuse tant la complexité de la théorie dissuade de s'en approcher, sous peine de passer à côté de ses nuances et de ses implications. Deux problèmes essentiels traversent cette démarche : le caractère non-univoque de cette théorie d'une part, son caractère syncrétique d'autre part.

[2345] Phocion FRANCESCAKIS, « Introduction à l'édition française », in Santi ROMANO, *L'ordre juridique*, *op.cit.*, pp.I-XIX, spéc. p.VIII.

[2346] Santi ROMANO, *L'ordre juridique*, *op.cit.*, spéc. p.30, §13.

[2347] Santi ROMANO, *L'ordre juridique*, *op.cit.*, spéc. p.10, §5.

[2348] Santi ROMANO, *L'ordre juridique*, *op.cit.*, spéc. p.10, §5.

1463. En effet, on parle de « la » théorie de l'Institution de Maurice HAURIOU alors que celle-ci n'est probablement pas unique, tant chez l'auteur lui-même[2349] que dans la doctrine qui en prolonge l'analyse voire simplement en propose une lecture[2350]. Ce n'est pas à dire que cette approche institutionnelle soit dépourvue de cohérence et la doctrine s'attache à souligner que la théorie de l'Institution traverse l'ensemble des travaux de Maurice HAURIOU[2351] ; mais la finesse de l'analyse rend difficile la perception et la compréhension de toutes les subtilités et de toutes les variations de la théorie au fil des ans. En outre, les notions auxquelles elle recourt ne relèvent pas toutes du champ disciplinaire auquel le juriste est familier. HAURIOU fait en effet « entrer » dans son concept – juridique – d'Institution, des éléments sociologiques d'une part[2352], et des éléments idéalistes d'autre part[2353].

1464. Par conséquent, un choix sera fait, celui d'une utilisation principale de la version de Maurice HAURIOU la plus utilisée en doctrine, celle de 1925 reprise en 1933[2354] ; mais, et

---

2349 Eric MILLARD, « Sur les théories italiennes de l'Institution », in B. BASDEVANT-GAUDEMET (dir.), *Contrat ou Institution : un enjeu de société*, Paris, L.G.D.J., 2004, pp.31-46, spéc. p.33. L'auteur identifie notamment une version de 1910 (Maurice HAURIOU, *Principes de droit public*, Paris, Sirey, 1910) et l'autre, « inconciliable », de 1925 (Maurice HAURIOU, « La théorie de l'Institution et de la Fondation », in *La cité moderne et les transformations du droit, Cahiers de la Nouvelle Journée*, 1925, n°4, pp. 2-45). Mais même cette dernière ne formerait pas un bloc uniforme et « *l'institution de 1929, celle du* Précis de droit constitutionnel*, n'est déjà plus tout à fait celle de 1925* » (*ibid.*).

2350 Eric MILLARD, « Le moment 1900-1925. Eléments pour une généalogie de l'Institution chez Hauriou », *Revue d'histoire des facultés de droit et de la culture juridique*, 2012, n°32, pp.359-371. Voir également l' « image de l'institutionnalisme » en France donéne par Gabriel MARTY, « La théorie de l'Institution », in *La pensée du Doyen Hauriou et son influence*, *Journées Hauriou, Toulouse, Mars 1968*, Paris, Pedone, 1969, pp.29-45, spéc. pp.41 et s.

2351 Y compris ses notes d'arrêts ou écrits d'apparence technique (Eric MILLARD, « HAURIOU et la théorie de l'institution », *Droit et Société* 1995, n°30/31, pp.381-412, spéc. pp.384 et 385). La théorie de l'Institution révèle la cohérence de nombre des conceptualisations du Doyen HAURIOU, telles que « *la gestion administrative, la décision exécutoire, la puissance publique, la souveraineté de gouvernement et de sujétion ou encore la personnalité morale* » (Julia SCHMITZ, « Présentation de l'article "La théorie de l'Institution & de la Fondation (essai de Vitalisme social) », in M. TOUZEIL-DIVINA (dir.), *Miscellanées Maurice HAURIOU*, Paris, L'Epitoge-Lextenso, 2013, pp.175-180, spéc. p.175). Une bibliographie chronologique des travaux de Maurice HAURIOU est faite par Julia SCHMITZ dans sa thèse *La théorie de l'institution du doyen Maurice Hauriou*, Paris, L'Harmattan, 2013, 523 p.

2352 Sa théorie reconnaît le social comme fondement du droit : Julia SCHMITZ, *La théorie de l'institution du doyen Maurice Hauriou*, précitée, spéc. pp. 143 et s. ; voir aussi Eric MILLARD, « HAURIOU et la théorie de l'institution », *Droit et Société* 1995, n°30/31, pp.381-412 ; pour une approche plus ancienne de la conception sociologique des travaux d'HAURIOU, voir François GENY, *Science et technique en droit privé positif. Nouvelle contribution à la critique de la méthode juridique,* tome II, Paris, Sirey, 1915, 422 p., spéc. pp.87 et s.

2353 Sa théorie a plus précisément pour fondement la doctrine de saint Thomas (Maurice HAURIOU, « Note en réponse à des observations de M. GENY », in *Principes de droit* public, 2ème édition, 1916, p. XXXV, cité par Olivier BEAUD, « Préface », in Maurice HAURIOU, *Principes de droit public*, Paris, Sirey, 1910, réimpr. Paris, Dalloz, 2010, 734 p., spéc. p.I). Sur cet aspect, voir Eric MILLARD, « HAURIOU et la théorie de l'institution », précité, ainsi que la deuxième partie de la thèse de Julia SCHMITZ, *La théorie de l'institution du doyen Maurice Hauriou*, précitée, spéc. pp. 221 et s.

2354 Maurice HAURIOU, « La théorie de l'Institution et de la Fondation », in *La cité moderne et les transformations du droit, Cahiers de la Nouvelle Journée*, 1925, n°4, pp. 2-45 (repris in *Aux sources du droit: le pouvoir, l'ordre et la liberté*, *Cahiers de la Nouvelle Journée*, 1933, n°23, pp.89-128). Des références ponctuelles seront également faites au chapitre sur l'institution dans l'ouvrage *Principes de droit public*, Paris, Sirey, 1910, réimpr. Paris, Dalloz, 2010 (préface d'Olivier BEAUD), 734 p., spéc. pp.123 et s. Pour une approche « libérée » de cette version de 1925, une

malgré les éclairages apportés notamment par Jean-Arnaud MAZERES, Eric MILLARD et Julia SCHMITZ, il faut reconnaître que les développements qui suivent risquent d'emporter des approximations sur la théorie de Maurice HAURIOU. On peut cependant espérer atténuer ces approximations dans des recherches ultérieures[2355] car elles offrent un nouvel aperçu de la relation Suisse-UE à la fois dans sa nature et dans ses limites.

2) *Les intérêts à l'application de ces théories*

1465. L'application de ces théories paraît opportune, et en premier lieu parce qu'elles prolongent, et c'est particulièrement net pour la théorie de Maurice HAURIOU, la recherche d'une lecture de la relation Suisse-UE sous le prisme de l'interaction entre le subjectivisme et l'objectivisme (a). Ces théories, qui ont été qualifiées de « méta-normatives », peuvent prendre en compte à travers cet élément supplémentaire le lien particulier de l'ensemble Suisse-UE avec l'Union européenne, en fournissant un nouvel angle d'approche sur l'incidence de ce lien pour l'ensemble Suisse-UE (b).

a) La conciliation entre le subjectivisme et l'objectivisme

1466. Comme le souligne Olivier BEAUD, le Doyen de Toulouse refuse ainsi les extrêmes auxquels aboutissent les théories subjectivistes et objectivistes[2356]. On retrouve ainsi, dans cette recherche de la conciliation entre l'objectivisme et le subjectivisme, le prisme choisi pour étudier la relation Suisse-UE. L'étude est en effet partie d'une approche de la relation Suisse-UE à travers une théorie générale des actes juridiques, celle de Jean HAUSER, qui proposait une explication de la structure des actes juridiques par des phénomènes de conciliation, de synthèse, entre l'objectivisme et le subjectivisme. L'auteur soulignait

---

approche qui fait ressortir de la théorie de l'Institution « dans toute son épaisseur temporelle », on se reportera notamment à l'article de Jean-Arnaud MAZERES, « La théorie de l'institution de Maurice Hauriou ou l'oscillation entre l'instituant et l'institué », in *Pouvoir et liberté. Etudes offertes à Jacques MOURGEON*, Bruxelles, Bruylant, 1998, pp.239-293.

2355 Cette démarche s'inscrirait alors dans une idée de Maurice HAURIOU : « *Le jurisconsulte ne se satisfait jamais d'approximations, tant que son analyse peut se poursuivre il la pousse plus avant et il est rare qu'à préciser toujours davantage son idée il ne lui trouve pas de nouveaux intérêts pratiques, qu'à porter sa marche plus loin il ne découvre pas de nouveaux horizons* » : Maurice HAURIOU, *La gestion administrative*, Paris, Larose, 1900, spéc. p.63, cité par Julia SCHMITZ, *La théorie de l'institution du doyen Maurice Hauriou*, précité, spéc. p. 31.

2356 Il rejette « *la théorie intégralement subjective qui fait reposer la théorie de l'Etat sur l'idée de sujet de droit et surtout de personne juridique et d'un autre côté, il rejette également la théorie, plus publiciste, entièrement objective, qui conçoit l'Etat sans personnalité juridique, c'est DUGUIT qui est évidemment visé* » : Olivier BEAUD, « Préface », in Maurice HAURIOU, *Principes de droit public*, Paris, Sirey, 1910, réimpr. Paris, Dalloz, 2010, 734 p., spéc. pt II.

d'ailleurs l'importance des travaux d'HAURIOU dans cette approche[2357]. C'est donc par un mouvement « retour » que l'on se servira notamment de cette théorie pour comprendre ce que la synthèse de l'objectivisme et du subjectivisme dans les actes juridiques révèle dans ce groupe social formé entre la Suisse-UE.

1467. La théorie d'HAURIOU cherche en effet à expliquer les liens qui se forment entre les éléments objectifs et les éléments subjectifs du droit entendu au sens large, synonyme d'institution. D'une part, HAURIOU accorde « *une place considérable aux facteurs objectifs du droit ; mais loin de les réduire à la norme abstraite, il les cherche dans tous les aspects de la réalité concrète ou idéale, le milieu social et les institutions, les mœurs et la réglementation positive* »[2358]. D'autre part, « *il insiste sur le rôle essentiel du pouvoir et de la liberté, dont l'autonomie est l'agent générateur des situations juridiques et le moteur de la vie sociale ; elle peut être limitée par l'ordre, elle ne lui est pas subordonnée ; les institutions peuvent aussi contribuer à l'épanouissement des initiatives individuelles qui vont dans leur sens ou s'appuient sur elles, en élargissant leur rayonnement, et en leur conférant continuité et durée* »[2359].

1468. C'est précisément en tenant compte de la durée que la théorie de l'Institution de Santi ROMANO[2360], et de manière encore plus nette celle de Maurice HAURIOU, cherche à expliquer la conciliation entre le subjectivisme et l'objectivisme qui s'opère dans l'Institution. HAURIOU recherche en effet « *un "équilibre, mais qui était plus que cela – on pourrait dire un dépassement vitaliste de l'opposition du subjectif et de l'objectif* »[2361]. L'Institution n'est pas conçue comme un donné statique qui résulterait d'une interaction entre le subjectif et l'objectif : elle est un cadre d'interactions constantes entre ces éléments qui évoluent. Mais cette évolution n'est pas forcément destructrice de l'individualité de l'Institution, qui assure sa propre continuité dans la durée. La durée est même un élément permettant de reconnaître qu'une organisation sociale constitue une Institution : lorsqu'elle devient « *durable, c'est-à-dire conserve sa forme spécifique, malgré le renouvellement*

2357 Jean HAUSER, *Objectivisme et subjectivisme dans l'acte juridique. Contribution à la théorie générale de l'acte juridique*, Paris, LGDJ, 1971, 339 p., spéc. pp. 62 et s. ; pp. 124 et s. ; pp. 153 et s. ; pp. 304 et s.

2358 Pierre HEBRAUD, « Rôle respectif de la volonté et des éléments objectifs dans les actes juridiques », in *Mélanges offerts à Jacques MAURY*, tome 2 : Droit comparé : théorie générale du droit et droit privé, Paris, Dalloz-Sirey, 1960, pp.417-476, spéc. p.423.

2359 *Ibid.*

2360 Voir Santi ROMANO, *L'ordre juridique*, *op.cit.*, spéc. p.28.

2361 Jean-Arnaud MAZERES, « La théorie de l'institution de Maurice Hauriou ou l'oscillation entre l'instituant et l'institué », in *Pouvoir et liberté. Etudes offertes à Jacques MOURGEON*, Bruxelles, Bruylant, 1998, pp.239-293, spéc. p.243.

continuel de la matière humaine qu'elle contient »[2362]. La durée n'est ainsi pas uniquement un écoulement quasiment linéaire du temps : elle est à la fois « l'espace temporel » d'actions, d'interactions entre les éléments créateurs subjectifs et les éléments objectifs de réaction que peuvent constituer la règle de droit et le milieu social, et l'un de ces éléments objectifs de réaction puisque les éléments subjectifs tendent à se diluer, se disperser, perdre de leur force créatrice dans la durée.

1469. L'institution ne renvoie ainsi pas seulement à ce qui est institué en tant qu'objet, mais aussi au processus qui institue un groupe, sa constitution dans la durée, au « *phénomène social de l'engendrement et de la durée de cette institutionnalisation* »[2363]. Pour HAURIOU « *l'institution est un lieu collectif qui "établit" quelque chose, et non une simple forme sociale établie* »[2364]. C'est précisément d'une « *oscillation* »[2365], d'une « *dialectique* »[2366] entre l'instituant et l'institué que rend compte le concept d'Institution dans la théorie d'HAURIOU. L'analyse institutionnelle est ainsi une analyse du dynamisme institutionnel.

1470. L'inscription de la relation Suisse-UE dans la durée, et le sens d'évolution constaté, celui d'une objectivisation, renforce dès lors cette quête d'explication de la conciliation entre les éléments subjectifs et objectifs. Après avoir montré la nature et le sens d'action des éléments objectifs et subjectifs déterminants dans la relation Suisse-UE[2367], le résultat de l'action de ces éléments, résultat imprimé dans la structure des législations suisses et accords Suisse-UE[2368], et enfin l'évolution de ces éléments dans un sens d'objectivisation[2369], la théorie de Santi ROMANO et davantage encore celle d'HAURIOU permettront d'éclairer la portée de ce mouvement, sa signification sur la structuration de l'ensemble Suisse-UE.

2362 Maurice HAURIOU, *Principes de droit constitutionnel*, Paris, Sirey, 1929, 2ème éd., spéc. p.71, cité par Paul DELVAUX, « Sur l'ordre juridique de Santi Romano », *A.P.D.*, 1979, tome 24, pp. 381-392, spéc. p.385.

2363 Eric MILLARD, « HAURIOU et la théorie de l'institution », précité, p. 385.

2364 Julia SCHMITZ, *La théorie de l'institution du doyen Maurice Hauriou*, *op.cit.*, p.459.

2365 Jean-Arnaud MAZERES, « La théorie de l'institution de Maurice Hauriou ou l'oscillation entre l'instituant et l'institué », précité.

2366 Jacques CHEVALLIER, « L'analyse institutionnelle », in *L'institution*, CURAPP, Paris, PUF, 1981, pp.3-61.

2367 Voir partie 1, titre 1.

2368 Voir partie 1, titre 2.

2369 Voir, partie 2, titre 1.

b) La prise en compte du lien avec l'Union européenne

1471. Ces théories permettent bien de retenir une approche juridique de l'ensemble Suisse-UE, mais une approche juridique qui n'est pas limitée aux règles ou normes applicables dans cet ensemble. Et ce « quelque chose » en plus que les normes, ce qui confère à l'institution son unité, c'est une certaine « *logique* » pour Santi ROMANO, une « *idée d'œuvre* » pour Maurice HAURIOU. On peut d'emblée préciser que ce « méta-normatif » qui caractérise l'Institution ne doit pas laisser penser qu'il éloigne l'approche institutionnelle de l'ancrage dans la réalité sociale qu'elle revendique, elle reste une théorie qui rend compte des « *éléments de l'organisation sociale* »[2370]. L'Institution est bien une « *organisation sociale établie en relation avec l'ordre général des choses* »[2371], c'est-à-dire, « *dans un vocabulaire plus moderne, un système, c'est-à-dire un ensemble dont les diverses parties sont reliées par des relations déterminées* »[2372]. Par conséquent, la logique à l'œuvre dans l'institution ne doit pas être lue séparément de sa concrétisation : l'Institution est, à l'instar de la personne humaine, un « *être tout ensemble spirituel et corporel* »[2373].

1472. Or cette logique à l'œuvre dans l'ensemble formé entre la Suisse et l'Union européenne est une logique liée à celle de l'Union européenne. Ce lien a pu être abordé sous l'angle normatif, comme un lien d'arrimage des règles Suisse-UE sur les règles de l'Union européenne[2374] ; l'évolution de ces règles ou normes dans le sens du renforcement de l'européanité des règles, a été qualifiée de phénomène d'objectivisation. Et ces théories permettent de replacer ce lien dans une interaction entre le subjectivisme et l'objectivisme qui dépasse la question des règles ou normes. L'intérêt de cette optique est de comprendre l'incidence de ce lien sur l'ensemble formé entre la Suisse et l'Union européenne : cet aspect méta-normatif renseigne non seulement sur la nature de l'ensemble Suisse-UE, mais éclaire aussi sur les limites que ce lien entraîne pour le développement institutionnel

---

[2370] Maurice HAURIOU, *Principes de droit public*, Paris, Sirey, 1910, *op.cit.*, spéc. p. 126. D'abord, le concept même d'idée d'œuvre dans la théorie d'HAURIOU ne se place pas seulement sur un plan idéel mais implique une forme d'action : c'est une idée ayant vocation à se concrétiser, une idée dans laquelle les moyens de mise en œuvre sont partiellement déterminés. Ensuite, les deux théoriciens ancrent leur concept d'institution sur une réalité sociale parce qu'« *il n'est pas de société dans la véritable acception du terme où le phénomène juridique se manifeste* » ce que traduit l'adage *ubi societas ibi jus* (Santi ROMANO, *L'ordre juridique*, *op.cit.*, p.18, §10).

[2371] Maurice HAURIOU, *Principes de droit public*, Paris, Sirey, 1910, *op.cit.*, p.129.

[2372] Jean-Arnaud MAZERES, « La théorie de l'institution de Maurice Hauriou ou l'oscillation entre l'instituant et l'institué », précité, p.248.

[2373] Santi ROMANO, *L'ordre juridique*, *op.cit.*, p.34, §15.

[2374] Voir, *supra*, partie 1, titre 2.

de cet ensemble. Mais la théorie de Maurice HAURIOU peut apporter des précisions par rapport à celle de Santi ROMANO, d'où l'intérêt de les appliquer successivement à l'ensemble Suisse-UE.

C) L'opportunité d'une application successive des deux théories

1473. Malgré cette parenté entre les deux théories, il convient d'appliquer successivement ces deux théories à l'ensemble Suisse-UE.

1474. D'abord, l'importance et probablement aussi la nature de cette grande logique caractéristique de l'Institution n'est pas complètement la même pour ces deux auteurs. Santi ROMANO considère que cette logique est importante, mais essentiellement en ce qu'elle constitue l'élément liant, celui conférant son unité à un ordre juridique ou une institution (les deux termes étant synonymes dans sa théorie). Par comparaison, la théorie de l'Institution du Doyen HAURIOU a plus nettement un « caractère spiritualiste »[2375], la notion « d'idée d'œuvre » étant centrale dans l'appréhension de l'Institution.

1475. Surtout, Santi ROMANO semble retenir une définition plus large de l'Institution que Maurice HAURIOU[2376]. Du moins, les travaux d'HAURIOU s'attachent à davantage cerner la notion d'Institution, en définissant de manière plus détaillée des critères et notamment la notion d'idée d'œuvre, et des phases de processus institutionnels. Santi ROMANO se démarquerait ainsi d'HAURIOU sur le « *degré requis de perfectionnement de l'organisation ; il n'exige ni coordination des activités ni mise d'un pouvoir au service d'un but* »[2377]. Il est donc intéressant de commencer par analyser l'ensemble Suisse-UE au regard d'une acception large de l'Institution : le fait que cet ensemble puisse être considéré comme une Institution ou un ordre juridique au sens large, celui de Santi ROMANO, invite alors à en resserrer l'analyse à partir de la théorie plus précise de Maurice HAURIOU.

[2375] Olivier THOLOZAN, « L'Institution entre le concept et l'action dans l'institutionnalisme et le néo-institutionnalisme », *RRJ* 2012, n°5, pp.2193-2202, spéc. p.2198.

[2376] Sur la comparaison entre son concept d'Institution et celui de Maurice HAURIOU [tel qu'élaboré en 1916], voir Santi ROMANO, *L'ordre juridique*, *op.cit.*, spéc. p.23, §11.

[2377] Pierre MAYER, « Préface », in Santi ROMANO, *L'ordre juridique*, *op.cit.*

1476. Enfin, et c'est le corollaire des affirmations précédentes, les deux théories permettent de rendre compte de l'ensemble Suisse-UE à travers les liens qu'il entretient avec l'Union européenne. De tels liens seront mis en évidence à travers la théorie italienne de Santi ROMANO. Mais la théorie d'HAURIOU apportera un complément intéressant à la théorie de l'Institution de Santi ROMANO[2378]. Pour HAURIOU, « *l'élément le plus important de toute institution corporative est l'idée de l'œuvre à réaliser* »[2379] et il constitue l'élément indicateur du degré de l'institutionnalisation d'un ensemble. L'idée d'œuvre renseigne ainsi par exemple sur le degré d'institutionnalisation de l'Union européenne, comme elle renseigne aussi sur le degré d'institutionnalisation de l'ensemble Suisse-UE. Or, compte tenu du lien entre la seconde et la première, l'idée d'œuvre permet de cibler en quoi consiste l'appui de l'ensemble Suisse-UE sur l'Union européenne, pour en comprendre la nature mais aussi ce qui limite actuellement et peut-être aussi intrinsèquement l'ensemble Suisse-UE.

1477. En conclusion, l'approche méta-normative permet ainsi de mettre en évidence une logique : ce qui semble caractériser le système Suisse-UE c'est sa recherche de parallélisme sur le système UE. L'ensemble Suisse-UE forme alors probablement une Institution ou un ordre juridique au sens large retenu par Santi ROMANO dans la mesure où les normes de ce système semblent ordonnées selon une certaine logique[2380]. En revanche, cette logique n'apparaît pas être une idée d'œuvre permettant de considérer que l'ensemble Suisse-UE constitue une institution-corporative. Il s'apparenterait davantage à une institution-chose qui « vit » sur l'institution-corporative qu'est l'Union européenne et bénéficie ainsi par ricochet de l'idée d'œuvre de l'Union européenne[2381].

2378 Certes, la théorie italienne de Santi ROMANO appréhenderait « l'inter-institutionnel » plus facilement que la théorie institutionnelle française d'HAURIOU, en raison de la différence de présupposés (Eric MILLARD, « Sur les théories italiennes de l'Institution », précité). Pour Santi ROMANO, cette question se réduit à celle du rapport entre des systèmes juridiques puisque l'institution se confond avec le droit, là où l'idéalisme, la notion « d'idée d'œuvre » contenue dans la théorie d'HAURIOU rend difficile toute conceptualisation des rapports entre les institutions, l'Etat n'étant qu'une institution parmi d'autres. Pourtant, c'est probablement précisément l'élément qui rendait difficile l'explication des rapports entre institutions dans la théorie d'HAURIOU qui nous semble utile ici pour expliquer le rapport de l'ensemble Suisse-UE avec l'institution Union européenne, et définir *in fine* le premier.

2379 Maurice HAURIOU, *Principes de droit public*, 1916, 2ème édition, Paris, Sirey, 828 p., spéc. p.109 ; Maurice HAURIOU, « La théorie de l'Institution et de la Fondation », in *Cahiers de la Nouvelle Journée*, 1925, n°4, pp. 2-45, spéc. p.12.

2380 Voir, *infra*, §1.

2381 Voir, *infra*, §2.

§1 – La potentielle logique d'ordonnancement du système Suisse-UE, vecteur de qualification d'une institution ou d'un ordre juridique lato sensu

1478. L'application de la théorie de Santi ROMANO, et en particulier de cet aspect « méta-normatif » qui confère à un ensemble une unité, n'est pas évidente. L'existence d'une logique propre à l'ensemble Suisse-UE, une logique qui permettrait d'y voir un corps social organisé, un ordre juridique au sens de Santi ROMANO, n'est pas aisée à déterminer et les développements qui suivent laissent à cet égard une part importante de doute qu'il est important de souligner. Toutefois, l'absence d'une telle logique n'est pas non plus évidente. C'est cette hypothèse qu'il s'agit ici de creuser, afin d'identifier celles des limites les plus reculées de l'institutionnalisation de l'ensemble Suisse-UE. C'est donc dans cette optique que l'on peut essayer de cerner le cœur de l'ensemble Suisse-UE, d'en saisir la particularité la plus nette, que la théorie de Maurice HAURIOU fera apparaître avec plus d'acuité[2382].

1479. Si une telle logique existe et caractérise un ordre juridique Suisse-UE, c'est probablement une logique d'européanité. L'européanité a déjà été abordée comme caractéristique des règles primaires et de certaines règles secondaires applicables dans l'ensemble Suisse-UE ; l'évolution vers un renforcement de l'européanité, mouvement associé à une objectivisation, a également été soulignée. Or peut-être que l'européanité constitue une objectivité telle qu'elle confère une certaine autonomie à l'ensemble Suisse-UE, qu'elle en constitue une logique propre qui permet d'y voir une individualité objective. En d'autres termes, il est possible que les caractéristiques européennes des normes étudiées jusqu'ici constituent la manifestation d'une logique d'européanité. L'ensemble des dispositions normatives pré-étudiées, et les dynamiques identifiées constituent éventuellement des manifestations d'une logique à l'œuvre dans l'ensemble Suisse-UE, une logique qui, pour reprendre l'expression de Santi ROMANO, « conduit les normes » du système Suisse-UE et permet d'y voir un ensemble unifié, une institution (A). Une telle hypothèse permet d'identifier l'ensemble Suisse-UE dans son individualité

[2382] Voir, *infra*, §2.

objective, ce qui implique qu'elle ne constitue pas qu'un simple lien avec le droit ou les règles de l'Union européenne, mais une logique propre qui peut être précisée par rapport aux logiques propres aux autres ordres juridiques. Mais, même si l'on considère que l'européanité dépasse la question des normes et même la question d'un rapport entre des normes et qu'elle permet de le distinguer de certains autres ensembles, elle n'apporte qu'une faible définition de l'individualité objective de l'ordre juridique Suisse-UE (B).

A) L'hypothèse d'une logique d'européanité propre à un ordre juridique Suisse-UE

1480. La logique qui confère selon Santi ROMANO à un ordre juridique son unité (1) peut être trouvée dans l'ensemble Suisse-UE, qui apparaît « animé » par une certaine européanité (2).

1) La logique d'une institution ou d'un ordre juridique

1481. La notion d'Institution de Santi ROMANO part de l'idée que le droit ne peut être réduit à la somme des règles ou normes existants dans un groupe. Bien plus, Santi ROMANO estime qu'on ne peut « *même pas se faire une conception juste des normes d'un ordre juridique sans une conception préalable de l'ordre juridique comme tel* »[2383]. L'ordre juridique (ou l'institution) « *est une entité qui, dans une certaine mesure, se conduit selon les normes mais conduit surtout, un peu comme des pions sur un échiquier, les normes elles-mêmes. Celles-ci représentent donc plutôt l'objet, et même l'instrument de son action qu'un élément de sa structure* »[2384].La notion d'Institution est donc celle qui assure cette unité au droit, à l'ordre juridique, celle qui explique ses caractéristiques fondamentales et qui par conséquent la distingue par rapport à une autre institution.

1482.L'ordre juridique est ainsi caractérisé par une certaine logique propre au corps social. Il s'agit d'une logique dont certains auteurs, avant lui, avaient eu l'intuition en matière d'interprétation des lois, sans toutefois la pousser – selon lui – à ses conséquences logiques. Ainsi, Santi ROMANO relève que lorsque l'on parle « *d'une volonté, d'un pouvoir,*

[2383] Santi ROMANO, *L'ordre juridique,* trad. française de la 2ème édition de l'*Ordinamento giuridico* par Lucien FRANCOIS et Pierre GOTHOT, Paris, Dalloz, 2ème édition, 2002, 174 p., spéc. p.7, §3.

[2384] Santi ROMANO, *L'ordre juridique*, *op.cit.*, spéc. p.10, §5.

d'une mens, *d'une force propre à l'ordre juridique, distincte de celle de chacune des normes et indépendantes de la volonté du législateur qui les a édictées ; on affirme que l'ordre juridique constitue lui-même un "tout vivant", un "organisme", doté de cette "force propre, quoique latente, d'expansion et d'adaptation" sur quoi l'on fonde que l'analogie est permise* »[2385]. De même l'interprétation dite évolutive serait une manifestation de ce que l'ordre juridique suit une certaine logique.

1483. Une telle logique pourrait être à l'œuvre dans le système Suisse-UE et en faire davantage qu'un ensemble de règles, une institution ou un ordre juridique au sens de Santi ROMANO.

2) *L'existence potentielle d'une logique d'européanité dans un ordre juridique Suisse-UE*

1484. Les développements consacrés à l'existence d'une telle logique dans le système Suisse-UE ne peuvent être pris qu'avec prudence, étant donné que l'application des enseignements théoriques de Santi ROMANO n'est pas aisée[2386]. Or cette logique doit pourtant correspondre, malgré l'acception large de l'ordre juridique, à une unité, et une unité « *concrète et réelle, non pas artificielle ou atteinte par quelque abstraction* »[2387]. Les doutes sont en outre accrus compte tenu du fait que l'ensemble Suisse-UE ne se présente que faiblement sous une perspective unifiée : la faible systématisation précédemment constatée ne rend pas évidente l'existence d'une logique inhérente à l'ensemble. L'absence d'objectif clair et général commun aux accords Suisse-UE et plus généralement l'absence de direction claire rend peu probable l'existence et la découverte d'une cohérence globale à cet ensemble.

1485. Pour autant, si les entités composant un Etat fédéral forment pour Santi ROMANO un ordre juridique, comme le sont aussi la commune, l'organisme de droit public, l'usine, l'entreprise, la famille, l'Eglise, l'école, le pensionnat, le cercle de jeux, l'association même non reconnue par l'Etat, ne peut-on pas envisager l'hypothèse que le groupe formé entre

---

[2385] Santi ROMANO, *L'ordre juridique*, *op.cit.*, spéc. pp.8-9, §4.

[2386] Sur ces difficultés, voir, *supra*, § préliminaire, B) 1.

[2387] Santi ROMANO, *L'ordre juridique*, *op.cit.*, spéc. p.7, §3.

la Suisse et l'Union européenne, compte tenu des liens objectifs (factuels et légaux) existants entre les membres, constitue aussi un ordre juridique ?

1486. Si l'on procède à l'instar de Santi ROMANO, selon une démarche intuitive, il n'est pas impossible que le système Suisse-UE ait des caractéristiques indépendantes de telles ou telles règles. Il se peut qu'il existe des éléments qui l'identifient en propre, et par rapport aux autres ordres juridiques. L'étude menée jusqu'ici laisse en effet l'impression que certaines normes primaires et secondaires, leur interprétation ou leur développement, suivent un certain sens. Le mouvement d'objectivisation est apparu lié à l'européanisation des règles. C'est peut-être dans cette européanité des règles, que l'on pourrait trouver l'indication d'une certaine cohérence de l'ensemble Suisse-UE. Si une telle cohérence devait exister, elle résiderait en effet probablement dans « une certaine européanité ».

1487. C'est en effet probablement une logique d'européanité qui permet d'« *atteindre la caractéristique, la nature de cet ensemble, de ce tout* »[2388] que constitue l'ensemble Suisse-UE. L'étude de la relation Suisse-UE a en effet jusqu'ici montré que c'est une relation qui est déterminée par le droit de l'Union européenne (comme élément objectif)[2389], une relation qui utilise le droit de l'Union européenne[2390] et une relation qui continue dans la durée à être déterminée et à utiliser le droit de l'Union européenne[2391]. L'importance de l'européanité dans la relation Suisse-UE permet peut-être d'y voir, plus qu'une caractéristique des normes, une véritable logique du système Suisse-UE. L'européanité semble en effet être cette logique qui confère son unité à l'ensemble Suisse-UE, cette logique qui « *conduit* […], *un peu comme des pions sur un échiquier, les normes elles-mêmes* »[2392]. Cela ne signifie pas qu'il n'y a pas de place pour le subjectivisme : cette logique laisse place, comme dans tout ordre juridique, à une appréciation qui empêche d'en faire un prédéterminisme absolu. Mais qu'il s'agisse de le reprendre, ou même de l'adapter voire de s'en éloigner, le droit de l'Union européenne est au cœur de la relation Suisse-UE, l'européanité est un référentiel pour l'ordre juridique Suisse-UE, c'en est peut-être une logique propre.

2388 Santi ROMANO, *L'ordre juridique*, *op.cit.*, spéc. p.7, §3.
2389 Voir, *supra*, partie 1, titre 1.
2390 Voir, *supra*, partie 1, titre 2.
2391 Voir, *supra*, partie 2, titre 1.
2392 Santi ROMANO, *L'ordre juridique*, *op.cit.*, spéc. p.10, §5.

1488. Si l'européanité est effectivement une logique propre au système Suisse-UE, cela signifie qu'elle est capable de le distinguer d'autres ordres juridiques marqués aussi par l'européanité. On peut admettre les conséquences de cette hypothèse, mais tout en reconnaissant que si l'ensemble Suisse-UE bénéficie d'une logique propre, celle-ci, en tant que logique d'européanité, n'est que faiblement distinctive.

B) Une logique définissant faiblement l'individualité objective de l'institution Suisse-UE

1489. Si l'européanité est une logique propre de ce qui constitue dès lors un ordre juridique Suisse-UE, alors celle-ci constitue un élément intrinsèque à cet ensemble et constitue davantage qu'un lien avec le droit de l'Union européenne (1) et elle doit être considérée dans sa vertu distinctive par rapport aux autres ordres juridiques (2). De tels corollaires de la logique d'européanité peuvent être admis, mais il faut reconnaître que la nature de cette logique brouille, rend peu visible l'individualité objective de l'ordre juridique Suisse-UE.

1) Une individualisation impliquant une distinction avec la relevance sur l'ordre juridique de l'UE

1490.S'il existe une logique propre au système Suisse-UE, et que cette logique tient à une certaine européanité, il y a là un motif d'étonnement. Parler d'une logique d'un ordre juridique, c'est viser ce qui le caractérise en propre, ce qui en fait une « individualité objective ». Or ici l'individualité objective est définie par rapport à un autre ordre juridique ou du moins certaines de ses règles.

1491. On pourrait se demander si ce rapport avec le droit de l'Union européenne constitue ce que Santi ROMANO appelle la *relevance*[2393]. Un ordre juridique est *relevant* pour un autre lorsque *l'existence, le contenu ou l'efficacité* de cet ordre est conforme aux

[2393] Le terme de relevance est issu de la théorie de Santi ROMANO, comme traduction de la *rilevenza.* Le juriste italien qui a retenu une acception particulièrement extensive de l'ordre juridique, a alors accordé une place conséquente à la question des rapports entre ces institutions. C'est dans cette optique qu'il a établi le concept de *relevance*, qui aura un impact important dans les études sur le pluralisme juridique et notamment en droit international privé.

conditions mises par un autre ordre[2394]. Une telle *relevance* peut exister : les législations suisses adaptées au droit de l'Union européenne et les accords Suisse-UE basés sur le droit de l'Union européenne (qui en outre renvoient aux droits internes de la Suisse et de l'Union européenne) constituent peut-être des titres de *relevance* entre l'ordre juridique suisse et l'ordre juridique de l'Union européenne. Mais même si tel était le cas, si l'européanité constitue bien une logique propre de relevance – et l'on a vu que cela n'était pas évident –, alors il faudrait reconnaître, comme corollaires de cette logique deux points.

1492. D'une part, il n'y aurait pas seulement *relevance* entre l'ordre juridique suisse et l'ordre juridique de l'Union européenne, mais relevance entre l'ordre juridique Suisse-UE et l'ordre juridique de l'Union européenne. La relevance implique un rapport d'ordre à ordre. Une telle analyse impliquerait ainsi de déterminer en premier lieu si un rapport de relevance a été établi entre l'ordre juridique suisse et l'ordre juridique de l'Union européenne, ou entre l'ordre juridique suisse et l'ordre juridique des Etats membres de l'Union européenne. Mais si tel était le cas, il faudrait alors, en tenant compte de l'hypothèse qu'il existe un ordre juridique Suisse-UE, que le rapport éventuellement de relevance établi entre l'ordre juridique suisse et l'ordre juridique de l'Union européenne doit être lu comme intégré dans un rapport de l'ordre juridique Suisse-UE avec l'ordre juridique de l'Union européenne.

1493. D'autre part, quand bien même une telle relevance existerait, il faudrait alors, si l'on suit l'hypothèse, considérer qu'elle ne constitue que la manifestation d'une logique propre à l'ordre juridique Suisse-UE. En d'autres termes, s'il existe une relevance qui établit un lien avec le droit de l'Union européenne ou une partie de ce droit, les règles de l'Union européenne, cette relevance s'inscrirait dans le cadre d'une logique qui dépasse le rapport de règle à règle, et ne serait que la manifestation de ce que le corps social Suisse-UE est caractérisé dans son individualité propre par une individualité objective. C'est alors à l'égard des autres ordres juridiques que l'on doit envisager la portée distinctive de la logique d'européanité de l'ordre juridique Suisse-UE.

[2394] Santi ROMANO, *L'ordre juridique*, *op.cit.*, spéc. p.106, §34. Santi ROMANO souligne la distinction entre son concept et la simple « *importance de fait qu'un ordre peut avoir pour un autre* » ou encore avec « *l'uniformité matérielle de plusieurs ordres juridiques, uniformité qui peut être involontaire ou déterminée par des impératifs non juridiques mais bien politiques, ou de convenance ou d'opportunité* ». « *La nécessité d'une telle distinction ne fait aucun doute* », souligne Santi ROMANO, avant de concéder qu' « *il n'est pas toujours facile pour l'esprit de s'y tenir ni même de l'entendre dans sa signification véritable* » (*Id.*).

2) *Une distinction malaisée avec certains ordres juridiques tels que l'EEE*

1494. La logique d'européanité de l'hypothétique ordre juridique Suisse-UE signifie que cet ordre considère le droit de l'Union européenne comme un référentiel pour l'évolution et l'interprétation de ses normes. Ce n'est donc pas tant avec l'ordre juridique de l'Union européenne qu'avec les autres ordres juridiques qui utilisent le droit de l'Union européenne comme référentiel qu'elle doit être comparée. Sans mener cette confrontation à l'égard de tous les ensembles crées dans le cadre des relations extérieures de l'Union européennes, on soulignera la différence avec l'un d'entre eux, auquel la relation Suisse-UE a souvent été comparée : l'Espace économique européen, l'EEE.

1495. Si l'EEE forme un ordre juridique au sens large[2395], ce serait également un ordre régi par une logique d'européanité puisque le droit de l'Union européenne constitue un référentiel pour le droit applicable[2396], tout en laissant lui aussi une place à une distinction entre le droit appliqué et le droit de l'Union européenne[2397]. Il existe entre l'EEE et l'ensemble Suisse-UE, des règles juridiques[2398] et des pratiques juridiques[2399] qui manifestent une logique d'européanité similaire, y compris en ce qu'elle laisse une place aux autorités politiques et juridictionnelles pour apprécier l'homogénéité avec le droit de l'Union européenne.

2395 Est ici considérée l'hypothèse que l'EEE forme un ordre juridique au sens de Santi ROMANO. Si l'ensemble Suisse-UE forme un ordre juridique, alors *a fortiori*, l'ensemble EEE qui est plus structuré en forme un aussi. Pour des réflexions approfondies sur l'EEE en tant qu'ordre juridique, voir Eleftheria NEFRAMI, « L'accord sur l'Espace économique européen, porteur d'un statut propre d'Etat tiers », in I. BOSSE-PLATIERE, C. RAPOPORT (dir.), *L'État tiers en droit de l'Union européenne,* Bruxelles, Bruylant, 2014, pp. 299-322 ; Cécile RAPOPORT, *Les partenariats entre l'Union européenne et les Etats tiers européens - Etude de la contribution de l'Union européenne à la structuration juridique de l'espace européen,* Bruxelles, Bruylant, 2011, 809 p.

2396 L'accord EEE est basé sur les dispositions du droit de l'Union européenne. Le développement du droit est régi par un « principe de reprise » des développements du droit de l'Union européenne (voir note suivante).

2397 La reprise des développements de l'Union européenne doit faire l'objet d'une décision du comité mixte EEE. En outre, l'EEE fonctionne selon un système juridictionnel dual qui structurellement ouvre des possibilités d'interprétations différentes des dispositions contenues dans l'accord reprises du droit de l'Union européenne entre la CJUE et la Cour AELE. A cela s'ajoute que chacune des deux juridictions a reconnu la possibilité d'une interprétation différentes des dispositions de l'accord EEE et du droit de l'Union européenne (Eleftheria NEFRAMI, précité, spéc. p.304).

2398 Sur le degré d'européanité des règles primaires applicables dans l'ensemble Suisse-UE, et la comparaison avec celle de l'EEE voir les procédés d'arrimage sur le droit de l'UE (*supra*, partie 1, titre 2, chapitre 2, notamment section 3 sur la prise en compte de la jurisprudence de la CJUE) et à titre incident, les développements consacrés au régime d'interprétation des règles primaires des accords Suisse-UE menés à la lumière de l'avis 1/91 (*supra*, partie 1, titre 2, chapitre 3, section 1, §1, B, 3).

Sur l'européanité des règles secondaires, voir *supra*, partie 1, titre 2, chapitre 3.

2399 Malgré leur marge d'appréciation, les comités mixtes Suisse-UE et le comité mixte EEE ont adopté de nombreuses décisions de reprise des nouveaux développements du droit de l'Union européenne, même si l'intervention du comité mixte Suisse-UE est souvent plus tardive.

Au niveau de la pratique juridictionnelle, les juges retiennent souvent une interprétation similaire à celle retenue au sein de l'Union européenne.

1496. Mais dans l'EEE, la logique d'européanité est probablement « plus forte » : l'homogénéité est un objectif que des règles secondaires assurent en encadrant plus étroitement la marge d'appréciation des membres de cet ensemble. La logique d'européanité est dans l'EEE en quelque sorte postulée pour le bon fonctionnement de l'ensemble, alors que dans le système Suisse-UE, elle est raisonnée, appréciée selon des nécessités qui ne sont pas inhérentes à l'ensemble. Dans le système Suisse-UE les autorités politiques et juridictionnelles font souvent le choix de l'européanité dans le développement ou l'application des règles primaires et secondaires, mais ce choix est fait selon la conviction qu'il s'agit d'une considération d'opportunité. En somme on pourrait dire que dans l'EEE, la logique d'européanité est en quelque sorte structurelle alors que dans le système Suisse-UE l'européanité n'est que structurante. Il est ainsi possible d'approcher, de cerner la logique d'européanité de l'ordre juridique Suisse-UE par rapport à l'ordre juridique de l'EEE, mais cette distinction est difficile, elle ne laisse que de manière approximative et relative, l'idée que la logique d'européanité est « simple » dans l'ordre juridique Suisse-UE.

1497. En conclusion, il est possible de considérer que l'ensemble Suisse-UE bénéficie d'une logique propre qui en ferait un ordre juridique, une institution au sens de Santi ROMANO. Toutefois, ce n'est pas une certitude et les doutes soulignés permettent de trouver ici les premières limites de l'institutionnalisation de l'ensemble Suisse-UE. Mais une position extensive pourrait permettre de considérer qu'il existe une logique qui fait de l'ensemble Suisse-UE un ordre juridique, un phénomène socio-institutionnel propre. Si cette logique existe, elle résiderait alors probablement dans une certaine européanité, une idée que le droit de l'Union européenne est alors le référentiel qui guide l'ordre juridique Suisse-UE, sans qu'elle ne se concrétise systématiquement par un alignement sur le droit de l'Union européenne. Cette logique s'accommoderait théoriquement du fait que se juxtaposerait une relevance. Mais ce lien – de relevance ou non – qu'une telle logique implique limite son individualité objective puisque celle-ci est définie par rapport à l'individualité d'un autre ordre juridique, celui de l'Union européenne. Et c'est cette limite qui peut être davantage mise en lumière grâce à la théorie de Maurice HAURIOU. En outre, cette logique peut être distinguée de la logique d'européanité existant au sein de

l'EEE mais de nouveau, la portée et notamment la part d'appréciation qu'elle implique apparaîtra plus nettement lorsque cette logique sera abordée sous l'angle de l'idée d'œuvre lors de l'application de la théorie d'HAURIOU. En d'autres termes, et l'on peut intégrer les enseignements issus de l'approche normative, le système Suisse-UE comportent des normes basées sur le droit de l'Union européenne et qui tendent à l'être, parce qu'il subit une objectivisation, phénomène qui coïncide avec une européanisation. Ce système est peut-être caractérisé par cette européanité en tant que logique propre ; mais cette logique, en tant qu'elle emprunte celle d'un ordre juridique qui lui est véritablement construit, n'est pas de nature à permettre une institutionnalisation aboutie de l'ensemble Suisse-UE. Concrètement et au niveau normatif, le système Suisse-UE ne pourra que partiellement réduire le décalage constaté entre les règles primaires et secondaires, décalage qui se fait de plus en plus sentir en raison de l'objectivisation ; la logique d'européanité ne peut résorber cette tension qui semble croissante, car elle n'est que faiblement constitutive d'une individualité propre, qu'elle définit par rapport à celle de l'Union européenne qui elle est une institution animée d'une véritable logique : une idée d'œuvre.

§2 – L'absence d'idée d'œuvre de l'institution Suisse-UE, vecteur de qualification d'une institution-chose

1498. La logique d'européanité simple qui semble caractériser l'institution Suisse-UE peut être précisée au regard du concept d'idée d'œuvre qui fonde les institutions dans la théorie d'HAURIOU. L'idée d'œuvre, c'est-à-dire le but et les moyens d'un ensemble social, lorsqu'elle est « intériorisée » pour reprendre la terminologie du Doyen de Toulouse, peut aboutir à une personnification de l'institution (A). L'Union européenne constitue ainsi une « institution-personne » ou une « institution-corporative » encore que l'on puisse là aussi identifier les limites de l'institutionnalisation grâce à la théorie d'HAURIOU (B). En revanche, l'institution Suisse-UE n'est animée que par l'idée d'œuvre de l'institution corporative qu'est l'Union européenne. Plus précisément, l'institution Suisse-UE emprunte à l'institution UE certains produits de son idée d'œuvre, notamment les règles de droit, voire certains aspects de son idée d'œuvre. Mais l'ensemble Suisse-UE

ne bénéficie pas d'une véritable idée d'œuvre qui lui serait propre, et ne se constitue que par « réaction » à l'institution qu'est l'Union européenne. L'ensemble formé entre la Suisse et l'Union européenne constitue alors probablement une forme limitée d'institutionnalisation, une « institution-chose » dépendante de l'institution de l'Union européenne (C). Cette qualification éclaire alors non seulement les limites actuelles de l'institution Suisse-UE mais peut-être aussi les limites intrinsèques de l'institution Suisse-UE qui ne peut prétendre à une incorporation et notamment une organisation du pouvoir donnant lieu à des manifestations de communion autour d'une idée d'œuvre qui n'est pas la sienne, ou qui n'est que partiellement sienne. Vue ainsi, la nature de l'institutionnalisation permettra de comprendre les problèmes liés à celle-ci, en particulier de comprendre pourquoi elle met en cause la part de choix politique, la liberté – réelle – dans la décision politique (D).

A) L'intériorisation de l'idée d'œuvre caractéristique d'une institution-personne

1499. C'est par cette formule devenue classique, qu'HAURIOU définit son concept d'institution : « Une institution est une idée d'œuvre qui se réalise et dure juridiquement dans un milieu social ; par la réalisation de cette idée, un pouvoir s'organise qui lui procure des organes ; d'autre part entre les membres du groupe social intéressé à la réalisation de l'idée, il se produit des manifestations de communion dirigées par les organes du pouvoir et réglées par des procédures »[2400]. De cette formulation, trois ou plutôt quatre éléments sont essentiels pour comprendre le concept identifié par HAURIOU : l'idée d'œuvre dans un groupe social (1), le pouvoir de gouvernement organisé mis au service de cette idée (2), les manifestations de communion autour de cette idée (3) en sont les trois composants principaux, lesquels s'articulent pour inscrire l'institution dans une logique de durée (4). Selon la façon dont ces éléments se combinent, l'institution est de nature différente : les « institutions-personnes » ou « institutions corporatives » se distinguent ainsi des « institutions-choses ». On reviendra sur cette dichotomie, mais l'on peut déjà souligner que les premières sont plus abouties car elles se

[2400] Maurice HAURIOU, « La théorie de l'Institution et de la Fondation », *Aux sources du droit: le pouvoir, l'ordre et la liberté*, *Cahiers de la Nouvelle Journée*, 1933, n°23, pp.89-128, spéc. p.96.

personnifient (une telle personnification étant un aboutissement du processus institutionnel, et non l'angle d'approche de l'institution[2401]).

1) *L'idée d'œuvre*

1500. Tout corps se constitue, souligne HAURIOU, pour la réalisation d'une œuvre ou entreprise et c'est là l'élément fondamental de l'institution. Il donne l'exemple de l'hôpital tourné autour d'une idée de charité, de la société anonyme qui vise la spéculation. L'idée d'œuvre est ainsi l'élément « *le plus important de toute institution corporative* »[2402], l'élément « *contenant ou appelant les autres* »[2403], car elle repose sur deux versants.

1501. L'idée d'œuvre est idéelle et concrète d'une part, elle est présente et future d'autre part. D'un côté en effet, l'idée d'œuvre relève non seulement comme son nom l'indique du plan idéel, mais elle inclut aussi sa réalisation concrète : « *la raison et l'action* […] *sont inséparables* »[2404]. L'idée d'œuvre n'est alors pas uniquement *le but* de l'entreprise que l'on cherche à atteindre mais aussi les *moyens* qui lui sont associés pour y parvenir. D'un autre côté, l'idée d'œuvre ne se limite pas au *présent*, aux idées et réalisations déjà abouties, ni même celles qui sont déterminées ; elle renvoie à un projet tourné vers le *futur*, et par conséquent, elle implique une part de *liberté*, de *choix politique*. HAURIOU met ainsi l'accent sur la part indéterminée de l'idée d'œuvre[2405], qui se déploiera pleinement lorsque l'institution sera parvenue au stade de la personnification, qui est aussi le stade de la liberté politique[2406].

1502. Cette idée d'œuvre se manifeste dans un groupe social intéressé à la réussite de l'entreprise, par exemple les citoyens dans l'Etat, les actionnaires dans la société. Ce qui détermine ce groupe est, explique HAURIOU, en partie la contrainte d'un pouvoir et l'ascendant de l'idée de l'œuvre, l'intérêt que les membres ont notamment en ce qu'ils courent un risque personnel dans sa réalisation. Cela explique ce que les adhésions ont de volontaire, et HAURIOU s'attachera à ne pas vider l'institution de tout subjectivisme.

2401 Voir, *supra*, § préliminaire, A).

2402 Maurice HAURIOU, « La théorie de l'Institution et de la Fondation », précité, p.98.

2403 Eric MILLARD, « HAURIOU et la théorie de l'institution », *Droit et Société* 1995, n°30/31, pp.381-412, spéc. p.392.

2404 Eric MILLARD, « HAURIOU et la théorie de l'institution », précité, p.393. Voir aussi Olivier THOLOZAN, « L'Institution entre le concept et l'action dans l'institutionnalisme et le néo-institutionnalisme », *R.R.J.* 2012, n°5, pp.2193-2202.

2405 Maurice HAURIOU, « La théorie de l'Institution et de la Fondation », précité, p.100.

2406 Voir, *infra*, d).

Mais l'idée d'œuvre – qui est elle-même objective[2407] – « *en se propageant dans les mémoires d'un nombre indéterminé d'individus, va vivre dans leur subconscient d'une vie objective* »[2408] ; elle ne passera au stade subjectif que grâce aux manifestations de volontés conscientes, les manifestations de communion[2409]. L'idée d'œuvre est ainsi essentielle car « *c'est par l'idée et en elle que l'entreprise va s'objectiver et acquérir une individualité sociale* »[2410]. On comprend ainsi que « *pour la réalisation de cette idée, un pouvoir s'organise qui lui procure des organes* »[2411] : et c'est le deuxième élément de l'institution, le pouvoir de gouvernement organisé.

2) *Le pouvoir de gouvernement mis au service de l'idée*

1503. Il permet à l'idée d'œuvre de se réaliser, d'acquérir une dimension sociale. Les membres du groupe sont ainsi sujets de l'idée d'œuvre en même temps qu'ils en sont les porteurs aux côtés des organes de gouvernement. Les bases de l'organisation de ce pouvoir se ramènent, selon HAURIOU, à deux principes : celui de la séparation des pouvoirs et celui du régime représentatif.

1504. Le premier répond à un besoin, celui d'assurer que le pouvoir n'est pas qu'une force avec le risque de domination qu'elle induit : les séparations entre les organes consistent à subordonner le pouvoir à des compétences, afin d'encadrer ce pouvoir pour en faire « *un pouvoir de droit susceptible de créer du droit* »[2412]. Maurice HAURIOU fait preuve d' « *un certain réalisme qui réfute l'idée du contrat social pour tenter de saisir comment se constitue pratiquement la vérité de l'institution, dans des sphères finalement très limitées du pouvoir* »[2413] lorsqu'il distingue trois types de compétences dans lequel le pouvoir est

---

2407 HAURIOU insiste sur le fait que l'idée d'œuvre est objective : il n'y a pas de créateur d'idée, il y a seulement des « *trouveurs* », ce qu'il illustre avec une métaphore connue : « *on rencontre une idée à la façon dont un mineur rencontre un diamant* ». Il reconnaît qu'il existe des concepts subjectifs qui en quelque sorte enveloppent l'idée, des concepts subjectifs par l'intermédiaire desquels l'idée est perçue ; mais c'est parce que l'idée d'œuvre est originaire et objective qu'elle peut « *passer d'un esprit à l'autre et de se réfracter différemment dans chacun sans cependant se dissoudre et s'évanouir* »..

2408 Maurice HAURIOU, « La théorie de l'Institution et de la Fondation », précité.

2409 Voir, *infra*, d) sur la continuité subjective ainsi acquise.

2410 Maurice HAURIOU, « La théorie de l'Institution et de la Fondation », précité, p.100.

2411 Maurice HAURIOU, « La théorie de l'Institution et de la Fondation », précité, p.96.

2412 Maurice HAURIOU, « La théorie de l'Institution et de la Fondation », précité, p.103.

2413 Eric MILLARD, « HAURIOU et la théorie de l'institution », précité, p.395.

séparé (une compétence intuitive de la décision[2414], une compétence discursive[2415], et l'assentiment qui fait passer l'idée dont le pouvoir exécutif a eu l'intuition, soumise à un débat discursif, au groupe majoritaire[2416]).

1505. L'autre principe d'organisation du pouvoir dans l'institution est le principe du régime représentatif : il accorde un rôle aux organes, seuls capables d'exprimer une volonté et il fait en sorte que ces organes veuillent non pas pour eux-mêmes mais pour l'institution corporative à laquelle ils appartiennent. Ces organes agissent alors en considération de l'idée d'œuvre, « *supposée commune aux organes du gouvernement et aux membres du groupe* »[2417]. On comprend alors que la représentation est moins un rapport entre personnes (les représentés et les représentants) et davantage un rapport « *entre des personnes et l'idée représentée : celle qui fonde le corps* »[2418]. C'est donc autour de cette idée d'œuvre que les membres du groupe et les organes de gouvernement, porteurs de l'idée d'œuvre et, du moins pour les membres du groupe, également sujets de l'idée d'œuvre, réalisent des « manifestations de communion ».

3) *Les manifestations de communion*

1506. La réalisation de l'institution, c'est-à-dire tant sa fondation que sa vie, nécessite des manifestations de communion autour de l'idée d'œuvre, ou autour de certains aspects de l'idée d'œuvre : soit sur le but même à réaliser, soit sur les moyens à employer. Par ce phénomène de communion, et on l'a évoqué lors de la présentation de l'idée d'œuvre,

---

2414 Le pouvoir exécutif correspond à « *la compétence intuitive de la décision exécutoire* » (Maurice HAURIOU, « La théorie de l'Institution et de la Fondation », précité, p.103). C'est le « *pouvoir d'une minorité qui a l'intuition de l'idée, qui va agir normativement, par une décision qui aura vocation à être exécutée* » (Eric MILLARD, « HAURIOU et la théorie de l'institution », précité, p.395).

2415 Cette compétence « *traduit le fait que l'idée, telle qu'elle est perçue par le pouvoir exécutif (et donc éventuellement traduite en norme), va être soumise à un débat. On passe alors de l'intuition exécutoire à la rationalité du débat. Mais on est encore dans la sphère minoritaire* » (Eric MILLARD, « HAURIOU et la théorie de l'institution », précité, p.395).

2416 Pour HAURIOU, « *le collectif, la masse, n'a pas de possibilité d'action, mais seulement une possibilité de réaction : elle ne peut pas réellement débattre sur une idée, ni même formuler collectivement ; elle peut seulement réagir positivement ou négativement, l'approuver ou la désapprouver une fois celle-ci débattue et mise en forme* » (Eric MILLARD, « HAURIOU et la théorie de l'institution », précité, p.395).

2417 Maurice HAURIOU, « La théorie de l'Institution et de la Fondation », précité, p.103.

2418 Eric MILLARD, « HAURIOU et la théorie de l'institution », précité, p.396. Pour un positionnement doctrinal de l'analyse de la représentation d'HAURIOU, voir Evelyne LAGRANGE, *La représentation institutionnelle dans l'ordre international: une contribution à la théorie de la personnalité morale des organisations internationales*, New York, Kluwer law international, 2002, 608 p., spéc. pp.10 et s.

cette dernière passe momentanément à l'état subjectif[2419], c'est-à-dire que l'idée d'œuvre est alors portée par des volontés conscientes puisque manifestées, des membres du groupe et des organes du groupe. Le moment où ce phénomène est le plus saisissable, explique HAURIOU, c'est dans « *les grands mouvements populaires, qui accompagnent la fondation d'institutions politiques et sociales nouvelles* »[2420], soulignant par exemple le mouvement d'union entre les membres de la classe ouvrière lors de la formation des syndicats à la fin du XIXème siècle. Le fonctionnement des institutions donne également lieu à des manifestations de communion des membres du groupe ou des organes de gouvernement : toutes ne sont pas aussi remarquables que le serment du jeu de paume ou la nuit du 4 août souligne HAURIOU[2421], mais elles se concrétisent dans des procédures diverses : les défilés, serments et cérémonies diverses[2422], les délibérations ponctuées de votes, sont autant d'exemples de manifestations de communion au cours de la vie de l'institution étatique.

1507. Ces trois éléments constitutifs de l'institution s'articulent dans la durée, et c'est de cette combinaison – ou plutôt lorsque se réalise une certaine combinaison – que l'institution se personnifie et devient une institution-corporative.

4) L'articulation des trois éléments dans la durée

1508. L'idée d'œuvre est selon HAURIOU, de nature objective et c'est ce qui lui permet de se réfracter dans les consciences individuelles sans se dissoudre. Cette idée d'œuvre se maintient au moins de manière inconsciente dans un certain groupe social. Mais cette vie objective ne suffit pas toujours, et HAURIOU s'attachera à expliquer « *pourquoi une idée d'œuvre ou d'entreprise, pour mieux se réaliser et se perpétuer, a-t-elle besoin de s'incarner dans une institution corporative plutôt que de rester à l'état libre dans un milieu social donné* »[2423]. En effet, l'idée d'œuvre, pour se réaliser, nécessite l'action de forces d'action et de création :

2419 Maurice HAURIOU, « La théorie de l'Institution et de la Fondation », *Aux sources du droit: le pouvoir, l'ordre et la liberté*, *Cahiers de la Nouvelle Journée*, 1933, n°23, pp.89-128, spéc. p.100 et pp.114 et s.

2420 Maurice HAURIOU, « La théorie de l'Institution et de la Fondation », précité, p.105.

2421 Maurice HAURIOU, « La théorie de l'Institution et de la Fondation », précité, p.105.

2422 Jacques VIGUIER, « Existe-t-il une hiérarchie entre les éléments de l'idée d'œuvre de l'Etat chez Maurice HAURIOU ? », in *Études en l'honneur du professeur Jean-Arnaud MAZERES*, Paris, Litec, 2009, pp.821-847, spéc. p.828.

2423 Maurice HAURIOU, « La théorie de l'Institution et de la Fondation », précité, p.103.

les éléments subjectifs[2424]. Cependant, cette action humaine, individuelle ou collective, « *se heurte à un obstacle irrémédiable : l'action contraire du temps corrupteur* »[2425]. Et c'est contre cette tendance que l'institution – corporative – agit. La fondation d'une institution répond en effet « *au souci de soustraire la réalisation d'une idée aux contingences humaines et aux injures du temps* »[2426]. Cette idée est classiquement illustrée par l'image du jet d'eau empruntée à BERGSON. L'action humaine, force de création, est comparée à une force qui fait jaillir l'eau vers le haut ; mais pour que l'eau ne retombe pas, explique Eric MILLARD, « *il faut qu'une autre force, permanente, réagisse à la tendance naturelle de l'eau à retomber* »[2427]. C'est le rôle du droit, des règles objectives qui sont des éléments de réaction : le droit empêche que le groupe ne se dissolve, que l'idée ne se corrompe sous l'effet corrupteur du temps. L'institution corporative vient ainsi permettre la conciliation de ces éléments subjectifs (de l'action humaine) et objectifs (des règles de droit) pour assurer la pérennité d'une idée d'œuvre dans la durée. C'est ce qui fait dire à HAURIOU que les institutions « *représentent* […] *la catégorie de la durée* »[2428]. Ce processus de création de l'*institué* (l'institution corporative) permet ainsi de lutter contre la tendance de l'*instituant* (l'idée d'œuvre portée par l'action humaine subjective) à se dissoudre dans la durée.

1509. Et HAURIOU s'attache à en expliquer les phases constitutives de l'institution. L'idée d'œuvre vit une vie objective dans un groupe social. Pour la réalisation de cette idée d'œuvre, un pouvoir s'organise. Ce pouvoir est au départ minoritaire et fortement exécutif, mais fonctionne selon un principe représentatif. Il s'agit d'une sorte de « *gouvernement représentatif* » dont les organes veulent non pas pour eux-mêmes mais pour l'institution à laquelle ils appartiennent. De nouveau, l'idée d'œuvre ne peut se réaliser que par des manifestations de communion, des organes de gouvernement cette fois. Ces organes de gouvernement agissent pour le bien commun dans le cadre de l'idée directrice, notamment en adoptant des règles puisqu'il s'agit d'un pouvoir de droit, et plutôt

---

2424 HAURIOU insiste sur le fait que ce sont les éléments subjectifs qui sont les forces créatrices. En revanche les éléments objectifs (les règles de droit, le milieu social, l'ordre public) sont des forces de réaction (et non d'action) ou des forces qui assurent la durée, la continuité (et non la création).

2425 Eric MILLARD, « HAURIOU et la théorie de l'institution », précité, p.399.

2426 Henry LESGUILLONS, *L'application d'un traité-fondation : le traité instituant la C.E.E.*, Paris, L.G.D.J., 1968, 319 p., spéc. p.77.

2427 *Ibid.*

2428 Maurice HAURIOU, « La théorie de l'Institution et de la Fondation », *Aux sources du droit: le pouvoir, l'ordre et la liberté*, *Cahiers de la Nouvelle Journée*, 1933, n°23, pp.89-128, spéc. p.89.

matériellement de type réglementaire puisque ce pouvoir est surtout exécutif. On peut rappeler que ce ne sont pas ces règles qui créent l'institution, puisqu'en tant qu'élément objectif, elles ne sont que des éléments de réaction : l'action vient d'un élément subjectif, la volonté des organes de gouvernement ayant intégré l'idée d'œuvre, lesquels agissent dans le cadre de cette idée d'œuvre. Et c'est cette incorporation de l'idée d'œuvre par les organes de gouvernement qui marque l'existence de l'individualité objective de l'institution. C'est le premier stade de l'intériorisation de l'idée d'œuvre[2429], intériorisation qui permet la naissance de l'institution corporative. L'institution peut parvenir au second stade de développement, celui de la personnification, lorsque des manifestations de communion des membres du groupe se mêlent à celles des organes de gouvernement. Par ces manifestations de communion, les membres du groupe font leur l'idée d'œuvre : celle-ci ne leur est plus extérieure. L'idée d'œuvre acquière ainsi une continuité subjective[2430] qui se surajoute à l'individualité objective. A ce stade, les membres du groupe participent au gouvernement représentatif : le pouvoir n'est plus que minoritaire et exécutif, il devient aussi majoritaire et délibérant. De même, le stade de la personnification ne détruit pas mais se surajoute au stade précédant de l'incorporation qui attestait de l'individualité objective de l'institution. On retrouve ainsi l'idée que la personnalité juridique n'est qu'un aboutissement d'un phénomène d'objectivisation, d'acquisition d'une individualité objective. Et l'on mesure aussi ce qu'elle apporte : la liberté politique. En effet, c'est avec la personnification que l'institution accède à la liberté politique.

1510. Cela se comprend compte tenu du fait que l'idée d'œuvre n'est pas exhaustive : elle comporte une part « d'indéterminé ». L'idée d'œuvre est à la fois but et moyens à employer pour y parvenir, mais se distingue de la simple fonction qui se réfère à la part réalisée ou du moins déterminée de l'entreprise. L'idée d'œuvre au contraire, contient une part de « déterminé » mais implique aussi une part « d'indéterminé ». De manière générale par exemple, HAURIOU souligne que pour l'institution étatique, cette double

---

2429 On retiendra ici deux stades d'un mouvement « d'intériorisation » : l'incorporation et la personnification (HAURIOU envisage le « *phénomène de l'intériorisation dans ses deux stades de l'incorporation et de la personnification* » : Maurice HAURIOU, « La théorie de l'Institution et de la Fondation », précité, p. 110). Toutefois, il parle également parfois d'un « *triple mouvement d'intériorisation, d'incorporation et de personnification* » : *ibid.* p.107.

2430 Plus exactement, l'idée d'œuvre passera au stade subjectif *lors* des manifestations de communion. Mais comme celles-ci sont épisodiques, le pouvoir inclus dans ces actes de volonté consciente (pouvoir peut régler les conséquences actuelles de situations créées dans le passé, comme anticiper sur l'avenir en réglant des situations qui se créeront dans le futur) va « jeter les ponts » entre les dernières manifestations et la prochaine pour donner à l'idée directrice la continuité d'une action à l'état subjectif : c'est le stade de la personnification.

dimension de l'idée d'œuvre se manifeste dans l'administration d'une part, et le gouvernement politique d'autre part. Or lorsque l'institution parvient au stade de la personnification, l'institution acquiert une continuité qui lui permet une action subjective de l'idée directrice : une continuité qui permet la direction de l'institution dans la durée, qui assure et assume la gestion de cette part d'indéterminée, et ce, par un pouvoir politique délibérant et majoritaire. Ce dernier point est essentiel car il permet de comprendre ce qu'a réussi à atteindre l'Union européenne, institution corporative, et ce que ne peut pas atteindre l'institution Suisse-UE qui n'est pas une institution corporative, et d'éclairer les interrogations que suscite cette relation, notamment au regard de la souveraineté législative de la Suisse.

B) L'Union européenne, institution corporative

1511. Les travaux de Maurice HAURIOU peuvent permettre de rendre compte de la nature et du processus de construction de l'Union européenne[2431]. Parmi ces écrits, la théorie de l'Institution se prête plus particulièrement à une analyse de la nature de l'entité que constitue l'Union européenne car le concept d'Institution est voué à décrire des ordres collectifs variés et pas seulement l'institution étatique[2432]. De même, la théorie institutionnelle analyse l'Institution non seulement comme institué, mais aussi comme force instituante : elle une dimension dynamique[2433] qui peut permettre de rendre compte de l'importance du mouvement dans la construction de l'Union européenne qui relève

---

2431 Pour les Communautés économiques européennes, voir notamment la thèse de Henry LESGUILLONS, *L'application d'un traité-fondation : le traité instituant la C.E.E.*, Paris, L.G.D.J., 1968, 319 p., spéc. pp.75 et s. dans lesquelles l'auteur applique les critères de l'institution pour montrer que le traité instituant la C.E.E. est « un acte de génération ». Olivier BEAUD évoque la théorie de l'Institution pour analyser le degré de réalisation des Communautés : Olivier BEAUD, « Ouverture : L'Europe entre droit commun et droit communautaire », *Droits*, 1991, n°14, pp.3-16. Loïc AZOULAY et Fabrice PICOD mettent en perspective le « *déplacement de souveraineté* » évoqué par HAURIOU dans son *Précis de droit constitutionnel* et le contexte de l'intégration européenne : Loïc AZOULAI, Fabrice PICOD, « L'Union européenne », in *D. CHAGNOLLAUD, M. TROPER (dir.), Traité international de droit constitutionnel*, Paris, Dalloz, 1ère éd., 2012, t. 2, pp. 77-109, spéc. p.89. Enfin, et bien qu'il ne s'y réfère pas directement, les critères du « commun » dégagés dans l'article de Pierre-Yves font écho à certains éléments de la théorie de l'Institution, qu'il s'agisse de la place qu'il accorde à la volonté (avec le critère psychologique), à la réalité, la matérialité du commun (avec le critère matériel) et à la « projection institutionnalisée du commun » qui affecte le statut des membres (critère « novationnel ») : Pierre-Yves MONJAL, « Au fondement du droit de l'Union européenne. Recherches doctrinales sur le concept de "commun" », *R.D.P.*, 2007, n°5, pp.1291-1328 et Pierre-Yves MONJAL, « A la recherche d'une notion perdue : le "commun" », in P.-Y. MONJAL, E. NEFRAMI (dir.), *Le commun dans l'Union européenne*, Bruxelles, Bruylant, 2009, pp.7-31, spéc. pp.19 et s.

2432 Julia SCHMITZ, *La théorie de l'institution du doyen Maurice Hauriou*, spéc. p.150. Voir les remarques relatives à la possibilité d'appliquer cette théorie à l'ensemble Suisse-UE, *supra*, § préliminaire, A), 1.

2433 Voir les remarques relatives à l'opportunité d'appliquer cette théorie à l'ensemble Suisse-UE, compte tenu de la conciliation entre le subjectivisme et l'objectivisme, *supra*, § préliminaire, B), 2.

« *plus du cinématographe que de la photographie* »[2434]. La théorie institutionnelle d'HAURIOU permet ainsi non seulement de décrire la nature mais aussi le stade de développement de l'Union européenne, au point d'être considérée comme l'une des plus adaptées à son analyse[2435].

1512. On retrouve plus précisément dans la construction de l'Union européenne, les éléments de l'institution corporative, ce qui indique la nature de l'Union européenne. Toutefois, ces éléments se prêtent à des appréciations en termes de degré, qui ouvrent une appréciation sur le degré d'incorporation de l'idée d'œuvre, c'est-à-dire sur le degré d'institutionnalisation de l'Union européenne.

1513. On reprendra ici l'affirmation d'Olivier BEAUD selon laquelle il existe une « *idée d'œuvre européenne* »[2436] proposée par les fondateurs, celle de créer une fédération européenne[2437]. Le terme ne doit probablement pas être pris dans le sens de l'ordre juridique étatique fédéral[2438] ; l'idée d'œuvre recouvrirait plutôt l'établissement de relations entre l'Union européenne, ses Etats et les peuples européens, par « *des techniques fédérales* »[2439] et notamment des techniques de centralisation. L'idée d'œuvre européenne est ainsi celle d'une union d'Etats, mais une véritable union ; elle est un « *destin partagé* »[2440] entre les Etats et peuples européens. Il s'agit de créer une véritable société européenne, et le choix du terme initial de Communauté pour désigner cette entité, évoque, comme le souligne Paul REUTER « *un lien social humainement direct et profond* »[2441].

[2434] Jean Paul JACQUE, « Cours général de droit communautaire », *Collected Courses of the Academy of European Law*, 1990, vol. I, book 1, pp.237-367, spéc. p.247 (à propos des Communautés européennes).

[2435] Olivier BEAUD, « Ouverture : L'Europe entre droit commun et droit communautaire », *Droits*, 1991, n°14, pp.3-16, spéc. p.11 (à propos des Communautés européennes). Vlad CONSTANTINESCO souligne toutefois les lacunes, voire les dangers d'une analyse uniquement institutionnelle des Communautés européennes (Vlad CONSTANTINESCO, *Compétences et pouvoirs dans les Communautés européennes*, Paris, L.G.D.J., 1974, 492 p., spéc. pp.61-62).

[2436] Olivier BEAUD, « Ouverture : L'Europe entre droit commun et droit communautaire », précité, p.11.

[2437] Est retenue cette idée d'œuvre à titre d'hypothèse, tout en reconnaissant que l'idée de la fédération européenne n'a pas été clairement établie. On aurait ainsi pu considérer que l'idée d'œuvre concerne le but de paix européenne, mais qu'a subsisté la question des moyens et en particulier du choix entre la méthode fédérale ou confédérale : en ce sens Léontin-Jean CONSTANTINESCO, « Fédéralisme-constitutionnalisme ou fonctionnalisme ? Réflexions sur la méthode de l'intégration », in *Mélanges Fernand DEHOUSSE,* vol. 2 : La construction européenne, Paris, Nathan, 1979, pp. 19-27, spéc. p.21.

[2438] Voir Olivier BEAUD, *Théorie de la fédération*, Paris, PUF, 2ème édition, 2009, 447 p.

[2439] Charles LEBEN, « A propos de la nature juridique des Communautés européennes », *Droits*, 1991, n°14, pp.61-72, spéc. p. 62.

[2440] Henry LESGUILLONS, *L'application d'un traité-fondation : le traité instituant la C.E.E.*, Paris, L.G.D.J., 1968, 319 p., spéc. p.75.

[2441] Paul REUTER, « Articles 1 et 2 », in V. CONSTANTINESCO, J.P. JACQUE, R. KOVAR, D. SIMON (dir.), *Traité instituant la CEE – Commentaire article par article*, Paris, Economica, 1992, pp.3-36, spéc. p.13.

Cette idée d'œuvre européenne, cette idée fédérale, est précisée par Olivier BEAUD qui considère qu'elle s'articule autour de trois axes.

1514. Le premier « *impose l'union pour défendre une sorte de* pax europeana »[2442]. C'est cette dimension que met en évidence Vlad CONSTANTINESCO lorsqu'il souligne que la communauté désigne « *d'abord la recherche d'un ordre de paix entre Etats* »[2443], et c'est là « *une véritable œuvre de civilisation au sens fondamental du terme* »[2444]. L'idée de paix ressort des divers traités fondateurs pour la construction communautaire, du traité CECA aux traités sur l'Union européenne et sur le fonctionnement de l'Union européenne, et en particulier dans les préambules des traités[2445], qui annoncent l'importance de cette idée de paix, dimension idéelle de l'idée d'œuvre. Le second axe de l'idée d'œuvre européenne lui confère une dimension concrète – et l'on retrouve la conception d'HAURIOU selon laquelle l'idée d'œuvre est à la fois un but et des moyens. Dans la construction communautaire, l'idée d'œuvre fédérale, « *cette existence politique nécessaire à la préservation de la paix, doit se réaliser par la voie de l'union économique* »[2446]. La création d'un marché commun est ainsi le moyen contenu dans l'idée d'œuvre de fédération européenne. Enfin, « *la troisième composante de l'idée d'œuvre touche aux croyances politiques* »[2447], que l'idée fédérale aspire à profondément renouveler, Paul REUTER parlera même de « *conversion* »[2448]. L'idée d'œuvre européenne est celle de l'abandon de la seule perspective nationale, au profit d'une approche européenne du pouvoir politique. Pour cela, une architecture institutionnelle est prévue.

1515. L'idée d'œuvre européenne est portée par des organes qui assurent l'exercice d'un pouvoir, un pouvoir de droit. Des organes – appelés institutions – concourent à

2442 Olivier BEAUD, « Ouverture : L'Europe entre droit commun et droit communautaire », précité, p.11.

2443 Vlad CONSTANTINESCO, « Les noms de l'Europe (Des Communautés européennes à l'Union européenne) », in *Le Droit des organisations internationales. Recueil d'études à la mémoire de Jacques SCHWOB*, Bruxelles, Bruylant, 1997, pp. 309-330, spéc. p.313.

2444 *Ibid.* p.314.

2445 Sur les préambules des traités CECA, CEE et CEEA, voir les extraits mis en avant par Vlad CONSTANTINESCO, « Les noms de l'Europe (Des Communautés européennes à l'Union européenne) », précité, spéc. pp.314-315. Dans le Préambule du Traité sur l'Union européenne, les Etats rappellent « *l'importance historique de la fin de la division du continent européen* » et se montrent résolus à « *promouvoir la paix, la sécurité et le progrès en Europe [et dans le monde]* ». Dans le Préambule du Traité sur le Fonctionnement de l'Union européenne, ils se déclarent résolus « *à affermir* […] *les sauvegardes de la paix et de la liberté* ».

2446 Olivier BEAUD, « Ouverture : L'Europe entre droit commun et droit communautaire », précité, p.11.

2447 Olivier BEAUD, « Ouverture : L'Europe entre droit commun et droit communautaire », précité, p.12.

2448 Paul REUTER, *La naissance de l'Europe communautaire*, Lausanne, CRE, 1980, pp.22-23, cité par Olivier BEAUD, « Ouverture : L'Europe entre droit commun et droit communautaire », précité, p.12.

l'élaboration et au contrôle d'un droit, un droit commun. On peut même, à l'instar d'Olivier BEAUD, reprendre le vocable d'HAURIOU et relever que les fondateurs de l'Europe ont « incorporé » l'idée d'œuvre européenne en lui donnant des organes. Cette incorporation est un indicateur de l'individualité objective de l'institution qu'est l'Union européenne. Elle est même particulièrement nette dans le paysage du droit international, de sorte que l'on retrouve l'idée que l'Union européenne repose « *sur un objectivisme jusque là méconnu en droit international* »[2449]. Et, même si elle n'est ni classique – dans le sens étatique – ni simple, l'organisation du pouvoir répond aux principes identifiés par HAURIOU : les compétences de ces organes sont distribuées de manière à assurer une séparation des pouvoirs, et suivant un principe de représentation.

1516. Ces institutions assurent – dans la durée – la réalisation de l'idée d'œuvre européenne. Comme le souligne Hélène GAUDIN, ces institutions ont confié à l'Union européenne une stabilité dans la durée (avec le concept d'acquis communautaire par exemple) ; elles lui ont donné des « temps forts » (avec la portée fondatrice donnée notamment aux arrêts de la Cour de justice de 1963 et 1964 et celui de 1986). Elles ont en somme permis la progression de la construction européenne, en agissant au moyen d'un droit (qu'elles produisent ou contrôlent selon les institutions – ce qui rappelle la conception d'HAURIOU que ce sont les institutions qui créent du droit), en assurant sa stabilité tout en permettant une évolution dans une direction donnée par l'idée d'œuvre. En d'autres termes, elles ont agi sur un droit en mouvement, mouvement qui « *revêt un sens, une finalité, celui de la progression, pour ne pas dire du progrès, tout au moins pour la Communauté* »[2450]. Ce faisant, les institutions ont probablement contribué à la *pax europeana*, si celle-ci est entendue comme l'absence de guerre entre les Etats membres de l'Union européenne ; elles ont nettement participé à une forte intégration économique ; enfin, sur le troisième volet, elles ont insufflé une « *modification progressive de la perception même de la notion d'Europe* »[2451].

[2449] Olivier DUBOS, « L'Union européenne : Sphynx ou Enigme ?, in *Les dynamiques du droit européen en début de siècle. Etudes en l'honneur de Jean-Claude GAUTRON*, Paris, Pedone, 2004, pp. 29-56, spéc. p.36.

[2450] Hélène GAUDIN, « Le temps et le droit communautaire : remarques introductives autour du droit positif », in *Les dynamiques du droit européen en début de siècle. Etudes en l'honneur de Jean-Claude GAUTRON*, Paris, Pedone, 2004, pp. 349-368, spéc. p.351.

[2451] Olivier BEAUD, « Ouverture : L'Europe entre droit commun et droit communautaire », précité, p.12.

1517. Mais l'idée d'œuvre n'est pas pleinement incorporée : par rapport au moment où Olivier BEAUD écrit son article, en 1992, il y a eu à cet égard des progrès apportés par le Traité de Lisbonne[2452]. Mais l'idée d'œuvre fédérale n'est pas pleinement réalisée par le pouvoir de gouvernement organisé : les organes mis en place n'exercent pas l'ensemble des compétences de type fédéral et selon des modalités de type fédéral qui associent à part égale les représentants des peuples et ceux des Etats, ces derniers gardant une prédominance dans le système institutionnel.

1518. Ces limites du processus d'institutionnalisation de l'Union européenne s'expliquent au regard des faibles manifestations de communion autour de l'idée d'œuvre. Apparaît plus précisément une sorte de décalage entre les manifestations de communion des organes de gouvernement (les institutions de l'Union européenne) et celles des membres du groupe (Etats membres et peuples). On a évoqué l'action des « organes de gouvernement » (entendus au sens large) qui ont porté et intégré l'idée d'œuvre européenne. Et ce ralliement autour de l'idée d'œuvre européenne fédérale se manifeste dans l'organe de contrôle qu'est la Cour de justice, qui s'est très tôt attachée à assurer au droit européen commun des qualités fédératives[2453] ; plus récemment, le déroulement des élections du Parlement européen et la désignation du Président de la Commission en 2014[2454] sont à certains égards des manifestations de communion autour de l'idée d'œuvre européenne. Pourtant, il n'existe vraisemblablement toujours pas une véritable adhésion à l'idée d'œuvre. En 1992, Olivier BEAUD soulignait le décalage entre

---

2452 Voir notamment : Jean-Claude GAUTRON, *Droit européen*, Paris, Dalloz, 2012, 14ème édition, 346 p., spéc. pp. 111 et s. ; Guy ISAAC, Marc BLANQUET, *Droit général de l'Union européenne*, Paris, Sirey, 10ème édition, 2012, 768 p., spéc. pp.29 et s. (et les références citées) ; Denys SIMON (dir.), « Le traité de Lisbonne, oui, non, mais à quoi ? », *Europe*, juillet 2008, n°7, pp.24-70 ; Fabrice PICOD (dir.), « Le traité de Lisbonne », *R.A.E.* 2007-2008/2, pp.163-304 ; Fabrice PICOD, « Le traité de Lisbonne », *JCl Europe*, fasc.10, septembre 2012 ; *Politeia*, 2008, n°13 : *Constitution et traité de Lisbonne*.

2453 On pense en particulier à la primauté du droit de l'Union européenne, son insertion immédiate dans les ordres juridiques nationaux et son inclinaison à créer des droits et obligations pour les particuliers. A cela s'ajoute une organisation juridictionnelle et des modalités d'interprétation qui permettent la structuration du droit européen comme un ordre juridique autonome dans lequel est assurée une cohérence.

2454 Peut passer pour un ralliement autour de l'idée d'œuvre européenne, le choix des partis politiques d'annoncer un chef de file dans une logique que l'on retrouve dans des régimes parlementaires étatiques, Cette pratique suit l'une des recommandations de la Commission européenne, organe de gouvernement qui a aussi manifesté son ralliement autour de l'idée d'œuvre européenne fédérale dans sa recommandation 2013/142 du 12 mars 2013 sur le renforcement de la conduite démocratique et efficace des élections au Parlement européen, *JO L 79 du 21.03.2013, p.29* (Sur les textes adoptés pour ces élections, voir Christine KADDOUS (dir.), « Chronique de législation 2013 », *R.A.E. 2014/1*, pp.243-299). De même la décision des Etats réunis en Conseil relative à la désignation du candidat à la présidence de la Commission européenne 2014, en tenant compte des résultats des élections et en mettant en jeu les règles décisionnelles qui n'imposent pas l'unanimité, peut être vue comme une manifestation de communion autour de l'idée d'œuvre européenne.

le fort niveau d'intégration du système normatif et le faible degré d'intégration du droit institutionnel, qui alimente un déficit de légitimité de ce « pouvoir »[2455]. En recourant à un vocable différent, qui n'est pas sans rappeler celui de Maurice HAURIOU, Jean BUCHMANN considérait : « *Substantiellement, l'intégration politique est enfin un phénomène psycho-dynamique s'analysant en processus de* POLITICISATION, *c'est-à-dire de socialisation, de mobilisation et finalement de légitimation politique* »[2456]. Or c'est ce processus psycho-dynamique qui joue un rôle décisif et « *c'est précisément sur ce point que la stratégie fonctionnaliste est gravement en défaut* »[2457]. En d'autres termes, « l'adhésion à cette idée d'œuvre » n'est pas complète et ne pourrait passer que par une « *approbation populaire d'une Constitution, par ce qu'HAURIOU appelle une "fondation constituante"* »[2458]. Une telle fondation aurait pu être marquée par le Traité Etablissant une Constitution pour l'Europe en 2005[2459]. Or le rejet des éléments constitutionnels – et par là fédéralistes – est à l'opposé d'une manifestation de communion autour d'une idée d'œuvre européenne fédérale. Ce « *temps court de la (re)fondation* […] *est refusé* »[2460], souligne Hélène GAUDIN. Et cette absence ou faible manifestation de communion des membres du groupe (Etats et peuples) autour de l'idée d'œuvre européenne fédérale est susceptible de mettre en péril l'individualité objective de ce corps social ; et l'on trouve peut-être une concrétisation de ce risque dans l'autonomie du droit communautaire (ou du droit de l'Union européenne) qui « *devient soluble dans la durée* »[2461].

1519. L'Union européenne est ainsi une institution corporative, fondée sur une *idée d'œuvre* européenne *incorporée* dans des organes, un *pouvoir organisé* qui assure la *pérennité* de l'idée d'entreprise. L'institution bénéficie sûrement d'une certaine individualité

2455 Sur l'analyse de la construction de l'Union européenne en tant qu'autorité politique, voir les réflexions de Loïc AZOULAI, Fabrice PICOD, « L'Union européenne », précité, spéc. p.89.

2456 Jean BUCHMANN, « Préface », in A. JAUMIN-PONSAR, *Essai d'interprétation d'une crise*, Bruxelles, Bruylant, 1979, 199 p., pp.I-VII, spéc. p.IV. Le phénomène d'intégration politique peut être représenté, selon lui, « *sous la forme d'un triple processus systématisant, dont le mouvement synergique se développe à la manière des fils entrelacés d'un "scoubidou" et qui correspond aux aspects matériel, formel et substantiel* » (*ibid.* p.III). Matériellement, il s'agit d'un processus de POLITISATION (de finalisation politique) ; formellement c'est un processus de POLITIFICATION (acquisition d'un matériel de commandement et de contrainte).

2457 *Ibid.* p.V.

2458 *Ibid.* p.15.

2459 Sur la portée fondative, constitutionnelle, du *traité* établissant une *constitution* pour l'Europe, voir Valérie MICHEL, Aude BOUVERESSE, « La notion de constitution », in V. CONSTANTINESCO, Y. GAUTIER, V. MICHEL (dir.), *Le Traité établissant une Constitution pour l'Europe. Analyses et commentaires*, Strasbourg, Presses Universitaires de Strasbourg, 2005, pp.31-60.

2460 Hélène GAUDIN, « Le temps et le droit communautaire », précité, spéc. p.366.

2461 *Ibid.* p.367.

objective, et d'une personnification (attestée notamment par la reconnaissance de sa personnalité juridique). Mais les faibles *manifestations de communion* autour de cette idée d'œuvre limitent le degré d'institutionnalisation. Ces précisions permettront de comprendre que l'ensemble Suisse-UE ne peut pas lui-même apparaître comme une institution corporative, et qu'au regard du lien qu'il entretient avec l'Union européenne, cet ensemble se présente davantage commune une institution-chose qui s'appuie sur l'institution corporative Union européenne.

C) L'ensemble Suisse-UE, institution-chose appuyée sur l'institution corporative UE

1520. La logique à l'œuvre dans l'ensemble Suisse-UE, logique dont on a souligné l'éventualité[2462], ne correspond pas vraiment à l'idée d'œuvre qui fonde l'institution dans la théorie d'HAURIOU. Par conséquent, l'ensemble Suisse-UE ne peut pas être une institution corporative (1). L'idée d'œuvre auquel l'ensemble Suisse-UE est sensible, c'est l'idée d'œuvre de l'Union européenne, idée d'œuvre qui lui reste extérieure, ce qui en fait probablement une institution-chose, reliée à l'institution-personne qu'est l'Union européenne (2).

1) L'ensemble Suisse-UE, improbable institution-corporative

1521. L'absence de nom désignant spécifiquement le groupe formé entre la Suisse et l'Union européenne est particulièrement révélatrice de l'absence de personnification de cet ensemble (a). Il semble toutefois important de poursuivre la démonstration à partir de l'idée d'œuvre, car c'est cet élément qui permettra de mesurer le degré de l'institutionnalisation, de comprendre pourquoi elle est limitée, mais aussi pourquoi elle ne peut qu'être limitée. Un premier pas de compréhension sera franchi en montrant qu'il n'existe pas de véritable idée d'œuvre, mais une simple force instituante matérielle (b).

[2462] Voir, *supra*, §1.

a) L'absence de nom

1522. L'élément à la fois le plus simple et peut-être le plus convaincant attestant de la faible existence objective de l'ensemble Suisse-UE, et du fait qu'il n'a dès lors, pas pu être personnifié, est l'absence de nom ! HAURIOU soulignait en effet qu'une institution « *est une organisation sociale, c'est-à-dire une organisation faite d'une collectivité d'individus. En même temps, cette organisation doit avoir elle-même une individualité assez forte pour être connue et nommée* »[2463]. Or ici le groupe « Suisse-UE » est désigné par une formulation qui fait référence à chacun de ses membres (ou quasiment si l'on inclut les Etats de l'UE). Et encore, il ne s'agit que d'un qualificatif donné par cette étude, et non issu des membres du groupe eux-mêmes[2464]. Même si cette reconnaissance peut être, pour reprendre la formule de Jean-Arnaud MAZERES, une « *reconnaissance explicite dans les relations internationales, reconnaissance implicite ou informelle le plus souvent* »[2465], cette absence de dénomination par les membres du groupe Suisse-UE ne traduit pas cette « *sorte d'accord entre la partie et le tout, la partie acceptant d'être dans le tout, le tout acceptant la partie dans son sein* »[2466].

b) L'absence d'idée d'œuvre : le caractère partiel des forces instituantes

1523. Il ne semble pas exister une idée d'œuvre propre à ce groupe, idée d'œuvre qu'il aurait fait sienne en établissant des organes agissant dans ce cadre et en réunissant l'assentiment des membres du groupe au travers de certaines manifestations de communion.

1524. La naissance d'une telle institution, placée sur le plan juridique, devrait être recherchée soit dans une opération juridique formelle, soit dans une opération juridique coutumière[2467]. C'est probablement dans les déclarations formelles qu'il faut rechercher une trace d'une idée d'œuvre qui serait commune à la Suisse et l'Union européenne. De telles déclarations peuvent en effet constituer les fondements de l'opération juridique

---

2463 Maurice HAURIOU, *Principes de droit public*, Paris, Sirey, 1910, réimpr. Paris, Dalloz, 2010 (préface d'Olivier BEAUD), 734 p., spéc. p.129.

2464 Voir les remarques relatives aux points de vue externes et internes d'un système faites par HART, *supra.*

2465 Jean-Arnaud MAZERES, « La théorie de l'institution de Maurice Hauriou ou l'oscillation entre l'instituant et l'institué », in *Pouvoir et liberté. Etudes offertes à Jacques MOURGEON*, Bruxelles, Bruylant, 1998, pp.239-293, spéc. p.248.

2466 *Ibid.*

2467 Maurice HAURIOU, « La théorie de l'Institution et de la Fondation », *Aux sources du droit: le pouvoir, l'ordre et la liberté*, *Cahiers de la Nouvelle Journée*, 1933, n°23, pp.89-128, spéc. p.119.

formelle, manifestant expressément une volonté commune à la Suisse et à l'Union européenne de fonder, ce qui serait « *le fondement consensuel et juridique de l'existence du corps constitué* »[2468]. Dans l'hypothèse où elles ne sont pas intrinsèquement suffisantes pour donner naissance à une institution corporative, ces déclarations pourraient avoir contribué à une naissance coutumière d'une institution corporative en alimentant des ralliements autour d'une idée d'œuvre, c'est-à-dire en tant que manifestations de communion autour d'une idée d'œuvre.

1525. Or les déclarations ne semblent pas rassembler la Suisse et l'Union européenne (et ses Etats) autour d'une véritable idée d'œuvre. De telles déclarations ne se trouvent pas dans les accords Suisse-UE[2469] : leurs préambules, plutôt succincts, n'affichent pas d'objectifs clairs et concordants qui indiqueraient une « direction finale »[2470]. Cette absence a été évoquée sous le prisme de l'interprétation des accords, qui s'avère délicate car la Suisse et l'Union européenne n'ont pas clairement défini l'orientation de la relation dans laquelle s'inscrivent ces règles[2471]. Cette absence recouvre également l'idée que si l'ensemble Suisse-UE forme un ordre juridique, sa cohérence n'est que faiblement assurée[2472] et l'on soulignera en particulier la difficulté de recourir à ce que Pierre PESCATORE appelle des *arguments de structure*[2473], la difficulté de lire les règles applicables *non pas dans leur ensemble* mais *en tant qu'ensemble*, pour reprendre la formule de Denys SIMON[2474].

1526. Certes, on peut identifier des forces instituantes matérielles, qui recouvrent des besoins et intérêts communs. Mais, comme l'explique Julia SCHMITZ, « *si toute*

2468 Julia SCHMITZ, *La théorie de l'institution du doyen Maurice Hauriou*, Paris, L'Harmattan, 2013, 523 p., spéc. p. 172.

2469 Ce sont bien les manifestations de volonté (contenues dans les accords) qui sont ici recherchées ; il ne s'agit donc pas de contredire la conception d'HAURIOU selon laquelle ce ne sont pas les règles de droit qui créent les institutions.

2470 René SCHWOK, « Towards a Framework Agreement in the Context of New Bilateral Agreements between Switzerland and the European Union », in F. MAIANI, R. PETROV, E. MOULIAROVA (dir.), *European Integration Without EU Membership: Models, Experiences, Perspectives - European University Institute (EUI) Working Papers* n°2009/10, pp. 125-135, spéc. p.128. Sur les instabilités que créent cette absence de direction lorsqu'elle est confrontée à l'assimilation de la Suisse à un Etat membre de l'Union, voir *supra*, partie 2, titre 1, chapitre 1.

2471 Voir, *supra*, partie 2, titre 1, chapitre 1 sur l'instabilité de l'équilibre entre le subjectivisme et l'objectivisme dans la relation Suisse-UE.

2472 Voir, *supra*, section 1, §1, B), 3 et §2, A).

2473 Pierre PESCATORE, « Rôle et chance du droit et des juges dans la construction de l'Europe », *Revue internationale de droit comparé*, 1974, vol.26, n°1, janvier-mars, pp.5-19, spéc. p.11.

2474 Denys SIMON, « Rapport introductif. Cohérence et ordre juridique communautaire », in V. MICHEL (dir.), *Le droit, les institutions et les politiques de l'Union européenne face à l'impératif de cohérence*, Actes du colloque des 10 et 11 mai 2007 à Strasbourg, Strasbourg, Presses Universitaires de Strasbourg, 2009, pp.25-46, spéc. pp.30-31.

organisation sociale peut se créer uniquement par des forces matérielles, elle ne devient une véritable institution que si des forces idéales et morales viennent équilibrer et corriger ces forces premières »[2475]. Ces dimensions idéales pourraient se retrouver dans les déclarations de chacun des membres qui pourraient être des volontés isolées mais exprimant un consentement parallèle sur une idée d'œuvre. Il est vrai que l'on retrouve dans certaines déclarations l'idée de *pax europeana*[2476]. Mais il n'est pas certain qu'elle soit l'idée directrice majeure de la relation Suisse-UE[2477] ; surtout, cette idée-valeur est largement déconnectée des moyens qui pourraient être mis au service de cette idée[2478]. Or l'idée d'œuvre dans la

---

2475 Julia SCHMITZ, *La théorie de l'institution du doyen Maurice Hauriou*, *op.cit.*, spéc. p. 170. Ainsi, « *à l'organisation brute succède l'institution qui n'est autre que l'organisation pénétrée et entourée des représentations mentales corrélatives* » : Maurice HAURIOU, *Leçons sur le mouvement social*, Paris, Larose, 1899, spéc. p. 99, cité par Julia SCHMITZ, *La théorie de l'institution du doyen Maurice Hauriou*, *op.cit.*

2476 Le Conseil fédéral suisse expose ainsi l'idée que la relation de la « *question de fond [de la relation de la Suisse à l'UE] est en effet moins de déterminer si la Suisse veut devenir membre de l'UE ou non, mais plutôt de quelle manière et par le biais de quels instruments elle peut atteindre les buts fondamentaux que se fixe l'Etat et les objectifs de sa politique étrangère de la façon la plus optimale. Il convient tout d'abord, avant de répondre à cette question, de constater que la Suisse poursuit la même finalité que celle de l'intégration européenne, à savoir la paix et le bien-être commun en Europe, et qu'elle assume à cette fin ses responsabilités* » : Rapport Europe 2006 du 28 juin 2006, FF 2006, vol.2, cahier n°35, pp.6461-6622, spéc. p. 6621. Voir aussi la réponse du Conseil fédéral du 03.12.2010 à l'interpellation parlementaire 10.3655 sur l'« évolution des relations entre la Suisse et l'UE », déposée le 15.09.2010, *BO du Conseil National, 09.06.2011*.

2477 Cette idée ne ressort pas des déclarations de l'Union européenne dans sa relation avec la Suisse. Les recherches effectuées n'ont pas mis à jour un idéal de paix poursuivi dans les relations avec la Suisse. Cet idéal n'apparaît pas dans les actes du Conseil (ni dans les conclusions sur les relations de l'UE avec les pays de l'AELE, ni dans les directives de négociations ou décisions de signature et conclusion des accords). Il n'apparaît pas non plus dans ceux de la Commission (dans la communication du 1er octobre 1993 sur l'avenir des relations avec la Suisse ou dans les diverses propositions), ni dans les résolutions du Parlement. Les bases juridiques choisies ne semblent pas non plus révéler une attention particulière à cet idéal : la décision de signer les accords bilatéraux I est fondée sur l'article 310 CE (devenu article 217 TFUE) relatif aux accords « d'association » mais ceci, pour éviter des conflits relatifs à la répartition des compétences, la Commission ayant proposé de les fonder sur les dispositions matérielles des domaines concernés par les accords (propositions de la Commission COM (1999) 229-1 à -14). Voir Christine KADDOUS, « Les accords sectoriels dans le système des relations extérieures de l'Union européenne », in D. FELDER, C. KADDOUS (dir.), *Accords bilatéraux Suisse - UE (Commentaires)*, Bâle, Helbing & Lichtenhahn, 2001, pp. 77-115, spéc. pp. 88 et s.

Par ailleurs, du côté suisse, le rapport intermédiaire du Conseil fédéral du 29 mars 1995, sur la politique d'intégration européenne de la Suisse (*FF 1995, vol.III, n°21, pp. 191-217*) ou les messages du Conseil fédéral suisse relatifs à l'approbation des accords bilatéraux I et II insistent sur les intérêts, l'approche pragmatique de la relation Suisse-UE. De même, et si on la trouve dans des rapports plus récents, sa place est souvent réduite : c'est notamment le dernier point évoqué par le Conseil fédéral suisse en 2010, et sous l'angle de l'intérêt plus que des valeurs : « *une poursuite fructueuse de la voie bilatérale est possible à l'avenir, dans la mesure où* […] *d) La Suisse poursuit son engagement dans les domaines du maintien de la paix, de la préservation de la stabilité politique, économique et sociale ou en faveur du développement durable. Cet engagement confère en effet à notre politique européenne une dimension de responsabilité partagée et de solidarité qui complète et renforce la défense de nos intérêts immédiats* » : Rapport du Conseil fédéral du 17 septembre 2010 sur l'évaluation de la politique européenne de la Suisse, (en réponse au postulat Markwalder [09.3560] «Politique européenne. Evaluation, priorités, mesures immédiates et prochaines étapes d'intégration»), *FF 2010, n°43, pp.6615-6718*, spéc. p. 6715.

2478 Cette dimension idéelle ne ressort pas des messages du Conseil fédéral suisse relatifs à l'approbation des accords bilatéraux I et II : l'approche sectorielle et bilatérale n'est ainsi pas considérée comme le moyen de parvenir à la paix européenne. Ce constat de l'absence de lien entre l'idée de paix européenne et le type de fondation que la Suisse veut former avec l'UE, ressort également de la suite de l'extrait du Rapport Europe précité : « *Elle recourt pour ce faire* [poursuivre la paix et le bien-être commun en Europe] *aux instruments qui lui paraissent les plus appropriés. Aucun de ces instruments – regroupés parfois sous les notions de "voie bilatérale" ou "d'adhésion" – ne peut constituer un but en soi de la politique européenne. Ils sont uniquement des moyens en vue d'atteindre les buts fixés*

théorie de l'Institution, l'idée directrice d'une entreprise, recouvre à la fois le but de cette entreprise, et les moyens principaux – puisqu'il reste une part d'indéterminé – à employer. Ici il n'y a pas de corollaire entre l'idée de paix et de stabilité en Europe, et l'approche sectorielle et bilatérale employée ; ni même de corollaire entre l'idée de paix et le recours au droit de l'Union qui malgré son importance, n'est pas considéré en tant que tel comme un ou le moyen de parvenir au but fixé.

1527. Il n'y a donc pas de véritable idée d'œuvre, au sens de la théorie d'HAURIOU, qui guiderait le développement du groupe Suisse-UE, ou alors celle-ci serait encore sommaire. Dès lors, les comités mixtes Suisse-UE ne peuvent pas réellement apparaître comme des organes de gouvernement d'un pouvoir mis au service de cette idée d'œuvre. Même si tel était le cas, on ne pourrait constater une séparation des pouvoirs caractéristique de la catégorie des corps selon HAURIOU[2479]. La limitation du pouvoir du gouvernement organisé dans l'ensemble Suisse-UE apparaîtra encore plus claire une fois que l'on aura montré que l'ensemble Suisse-UE n'a pas d'idée d'œuvre véritable – et n'est donc pas une institution-personne – mais (et peut-être parce que) il « emprunte » l'idée d'œuvre de l'Union européenne.

2) *La probable qualification de l'ensemble Suisse-UE comme une institution-chose*

1528. Si l'ensemble Suisse-UE n'est pas une institution-personne au sens de la théorie d'HAURIOU, il forme peut-être une institution-chose. Cette catégorie n'a pas bénéficié des mêmes développements de la part du Doyen de Toulouse, et l'on tentera d'en définir les contours (a) avant de montrer que l'ensemble Suisse-UE est bien lié à une idée d'œuvre qui lui reste extérieure, celle de l'Union européenne (b).

a) L'institution-chose dans la théorie d'HAURIOU

1529. La distinction entre les institutions corporatives et les institutions-choses se retrouve dans les travaux d'HAURIOU dès 1910, dans ses *Principes de droit public*[2480]. Mais

---

par la Constitution tout en reconnaissant notre responsabilité commune pour la paix, la stabilité et la prospérité sur notre continent » : Rapport Europe 2006 du 28 juin 2006, précité, p. 6621.

[2479] Maurice HAURIOU, *Principes de droit public*, Paris, Sirey, 1910, réimpr. Paris, Dalloz, 2010 (préface d'Olivier BEAUD), 734 p., spéc. pp.126-127.

[2480] Maurice HAURIOU, *Principes de droit public*, Paris, Sirey, 1910, *op.cit.*, p.127.

bien qu'il souligne l'importance de cette catégorie pour l'étude du droit, il ne lui consacre que peu de développements : Gabriel MARTY considère que la distinction demeurera assez incertaine[2481] ; Julia SCHMITZ souligne que la catégorie d'institution-chose n'est pas clairement définie[2482], et Eric MILLARD en conclut que ce concept est peu opératoire[2483].

1530. Les institutions-choses comme les institutions-personnes possèdent « *une individualité sociale certaine* »[2484]. A partir de l'exemple du champ, HAURIOU montre qu'il possède bien une individualité sociale : le champ s'appelle le n°335, section C, du plan cadastral de la commune de N… ; il possède une certaine autonomie par exemple il peut bien produire spontanément des récoltes. Comme l'explique Eric MILLARD : « *Il semblerait donc que les institutions-choses soient pour [HAURIOU] des faits institutionnels autonomes, sinon totalement indépendants du groupe humain, du moins ayant un rôle suffisamment marqué dans ce groupe ou par rapport à lui pour constituer une catégorie de l'analyse* »[2485].

1531. Mais la différence entre les institutions-corps et les institutions-choses « *réside dans l'autonomie ou dans l'absence d'autonomie pour l'accomplissement de la fonction sociale* »[2486]. Dans l'exemple précité, HAURIOU souligne que le champ possède une certaine autonomie mais il ne s'agit pas d'une autonomie lui permettant de remplir une fonction sociale : « *pour que cette adaptation se produise, il faut l'intervention d'une volonté extérieure, celle du maître* »[2487]. D'autres exemples tirés de l'administration éclairent la répartition entre les deux types d'institutions : là où le conseil général est une institution-corps, le service vicinal relève de la catégorie des choses car il n'a pas d'autonomie pour accomplir sa fonction.

1532. En somme, les institutions qui sont des choses « *n'existeraient point sans les institutions qui sont des corps et notamment dans les institutions politiques, qu'elles se constituent*

2481 Gabriel MARTY, « La théorie de l'Institution », in *La pensée du Doyen Hauriou et son influence*, *Journées Hauriou, Toulouse, Mars 1968 : extrait des annales de la faculté de droit et des sciences économiques de Toulouse*, Paris, Pedone, 1969, pp.29-45, spéc. p.37.

2482 Julia SCHMITZ, *La théorie de l'institution du doyen Maurice Hauriou*, Paris, L'Harmattan, 2013, 523 p., spéc. p.470.

2483 Eric MILLARD, « HAURIOU et la théorie de l'institution », *Droit et Société* 1995, n°30/31, pp.381-412, spéc. p. 392, note 3.

2484 Maurice HAURIOU, *Principes de droit public*, Paris, Sirey, 1910, *op.cit.*, p.126.

2485 Eric MILLARD, « HAURIOU et la théorie de l'institution », *Droit et Société* 1995, n°30/31, pp.381-412, spéc. p. 392, note 3.

2486 Maurice HAURIOU, *Principes de droit public*, Paris, Sirey, 1910, *op.cit.*, p. 127.

2487 Maurice HAURIOU, *Principes de droit public*, Paris, Sirey, 1910, *op.cit.*, p. 127.

à l'abri des institutions politiques et à la faveur de la stabilité créée par celles-ci ». Il semble donc que les éléments constitutifs de l'institution corporative précités servent aussi à identifier l'institution-chose, mais les rapports qu'ils entretiennent avec l'institution sont différents.

1533. Dans les institutions-personnes qui forment des « *corps constitués (Etats, associations, syndicats, etc.), le pouvoir organisé et les manifestations de communion des membres du groupe s'intériorisent dans le cadre de l'idée d'œuvre : après avoir été l'objet de l'institution corporative, l'idée devient le sujet de la personne morale qui se dégage dans le corps constitué* »[2488]. En revanche dans la seconde catégorie, « *l'élément du pouvoir organisé et des manifestations de communion des membres du groupe ne sont pas intériorisés dans le cadre de l'idée de l'œuvre, ils existent cependant dans le milieu social mais restent extérieurs à l'idée* »[2489].

1534. La règle de droit est une institution : « *elle est une institution parce qu'en tant qu'idée elle se propage et vit dans le milieu social* »[2490]. Mais elle n'est qu'une institution-chose car « *visiblement, elle n'engendre pas une corporation qui lui soit propre ; elle vit dans le corps social, par exemple dans l'Etat, en empruntant à celui-ci son pouvoir de sanction et en profitant des manifestations de communion qui se produisent en lui* »[2491]. Il rajoute : « *Elle ne peut pas engendrer de corporation parce qu'elle n'est pas un principe d'action ou d'entreprise, mais, au contraire, un principe de limitation* »[2492]. Comme l'explique Julia SCHMITZ, la règle de droit est ainsi « *un produit institué et non un phénomène instituant ; elle est simplement un instrument au service de l'activité humaine, individuelle ou collective, qui vient prolonger son effet et la faire durer* »[2493]. En somme, les institutions-choses « *n'ont pas de capacité d'action et ont besoin des institutions-corps pour être créées et mises en œuvre* »[2494].

1535. Or ces définitions font écho aux phénomènes constatés entre la Suisse et l'Union européenne : s'il existe une certaine solidarité sociale qui permette d'y voir un groupe, celui-ci ne bénéficie pas d'une logique propre qui soit constructive : il réagit

---

2488 Maurice HAURIOU, « La théorie de l'Institution et de la Fondation », *Aux sources du droit: le pouvoir, l'ordre et la liberté*, *Cahiers de la Nouvelle Journée*, 1933, n°23, pp.89-128, spéc. pp.96-97.

2489 Maurice HAURIOU, « La théorie de l'Institution et de la Fondation », précité, p.97.

2490 *Ibid.*

2491 *Ibid.*

2492 *Ibid.*

2493 Julia SCHMITZ, *La théorie de l'institution du doyen Maurice Hauriou*, Paris, L'Harmattan, 2013, 523 p., spéc. p.169.

2494 Julia SCHMITZ, « Présentation de l'article "La théorie de l'Institution & de la Fondation (essai de Vitalisme social)" », in M. TOUZEIL-DIVINA (dir.), *Miscellanées Maurice HAURIOU*, Paris, L'Epitoge-Lextenso, 2013, pp.175-180, spéc. p. 178.

essentiellement aux mouvements issus d'un autre groupe, qui lui est porté par une idée d'œuvre, l'institution corporative qu'est l'Union européenne.

b) La réaction de l'institution Suisse-UE aux institués de l'Union européenne

1536. L'Union européenne peut être qualifiée d'institution-personne au sens de la théorie d'HAURIOU[2495], et en tant que telle, elle produit des règles de droit, qui sont des institutions-choses.

1537. Cependant, l'ensemble Suisse-UE semble également répondre à cette acception des institutions-choses. L'ensemble Suisse-UE apparaît aussi, dans une certaine mesure, comme une institution qui, si l'on reprend la formule du Doyen de Toulouse, vit dans le corps social de l'UE en lui empruntant son pouvoir de sanction et en profitant des manifestations de communion qui se produisent en lui. On a vu qu'il est alimenté par une certaine logique qui contribue à l'identifier comme une institution au sens large, celui de Santi ROMANO[2496]. Il possède ainsi probablement une individualité sociale certaine qui lui permet d'être qualifié d'institution au sens de la théorie d'HAURIOU. Mais, d'une part, cette logique n'assure que faiblement une individualité objective de l'ensemble Suisse-UE dans la mesure où c'est une logique d'européanité[2497]. D'autre part, et cet élément concorde avec le précédant, ce n'est pas une logique véritablement créatrice qui alimente le groupe Suisse-UE : ce n'est pas une véritable idée d'œuvre[2498]. Celle-ci lui assure une certaine impulsion, et l'on a vu comment l'objectivisation était liée à l'européanisation[2499]. Mais ce que l'on a considéré comme un mouvement – mouvement de resserrement des liens entre les membres de ce groupe – est en réalité surtout un mouvement de réaction au mouvement établi au sein de l'Union européenne. La logique qui alimente le groupe Suisse-UE n'est que faiblement instituante car elle est surtout matérielle, et relative à une autre logique qui, elle, est instituante car elle constitue une idée d'œuvre. Ce qui a jusqu'ici été considéré comme *création* dans l'ensemble Suisse-UE – on a

---

2495 Voir, *supra*, B.
2496 Voir, *supra*, §1, A.
2497 Voir, *supra*, §1, B.
2498 Voir, *supra*, §2, C, 1, b.
2499 Voir, *supra*, partie 2, titre 1, chapitre 2.

vu en particulier le développement des règles primaires et secondaire – est aussi et peut-être surtout *réaction*.

1538. L'affirmation mérite d'être précisée. Ce n'est pas à dire que l'ensemble Suisse-UE n'est pas porté par des éléments subjectifs, lesquels sont pour HAURIOU, des éléments de création. On a vu l'importance que revêt l'expression de la volonté de la Suisse et de l'Union européenne dans le développement du droit applicable au sein de ce groupe. Mais déjà, une asymétrie a pu être constatée : c'est parfois essentiellement la volonté de la Suisse qui est garantie dans le développement du droit[2500]. Cette asymétrie s'explique en partie par l'origine du droit qui prétend s'appliquer dans le groupe Suisse-UE : dans ces cas là, c'est une reprise des développements de l'Union européenne qui est en jeu. Celui-ci a été débattu dans le cadre de l'Union européenne, en faisant intervenir le jeu normal de ses institutions, de sorte que son extension dans l'ensemble formé avec la Suisse apparaît moins sensible pour la liberté politique de l'Union européenne et de ses Etats membres. Ces remarques rejoignent des constats plus généraux. Il y a une place réelle pour la volonté subjective des membres du groupe Suisse-UE, mais celle-ci s'exprime essentiellement au regard d'un donné objectif factuel et légal qui est celui d'une partie des membres du groupe, l'Union européenne. Or celui-ci revêt une place de plus en plus importante, c'est-à-dire que ce donné objectif que constitue le droit de l'Union européenne (et son application matérielle, factuelle) revêt une influence croissante pour l'ensemble Suisse-UE : celui-ci est soumis à un phénomène d'objectivisation-européanisation[2501]. Par conséquent, et si l'on intègre les apports de la théorie d'HAURIOU, les éléments subjectifs n'ont qu'un rôle de création réduit car leur action se porte sur des éléments objectifs issus d'une institution corporative, l'Union européenne. En d'autres termes, une idée d'œuvre existe dans le milieu social Suisse-UE : c'est l'idée d'œuvre de l'Union européenne mais/et, elle reste « extérieure aux membres du groupe ». Ceux-ci, pas plus que les organes de gouvernement, n'ont pas (et ne peuvent probablement pas) intériorisé cette idée d'œuvre : les éléments subjectifs ne sont donc pas des manifestations de communion autour d'une idée d'œuvre (celle de l'UE), mais des manifestations de volonté autour du produit d'une idée d'œuvre, c'est-à-dire des manifestations de volonté sur les règles de

---

[2500] Voir, *supra*, partie 2, titre 2, chapitre 1, section 2, §3.

[2501] Voir, *supra*, partie 2, titre 1, chapitre 2.

l'UE. Cette proximité avec l'idée d'œuvre de l'Union européenne, couplée avec l'absence d'idée d'œuvre propre, éclairent la question de la – véritable – liberté du groupe Suisse-UE.

*

* *

Conclusion du chapitre 2.

1539. Les caractéristiques de l'institutionnalisation de l'ensemble Suisse-UE ont d'importantes conséquences sur la liberté politique dans l'ensemble Suisse-UE, que celui-ci soit pris au niveau commun, ou au niveau de chacune de ses composantes.

1540. Si l'on s'en tient ici aux conséquences de la nature de l'institution Suisse-UE sur la liberté politique susceptible d'être exercée dans ce cadre, plusieurs points méritent une certaine attention. L'institution Suisse-UE n'a qu'une individualité objective limitée compte tenu du fait qu'elle n'a pas d'idée d'œuvre propre. L'ensemble Suisse-UE n'a en effet qu'une partie d'idée d'œuvre, la dimension matérielle. Le commun institué entre l'Union européenne et la Suisse a ainsi uniquement des forces matérielles instituantes. Or, celles-ci sont issues de l'action du droit de l'Union européenne et se concrétisent d'un point de vue normatif en fonction de ce droit de l'Union européenne. L'institution Suisse-UE est ainsi déterminée par l'institution UE : la première reprend à la seconde certaines réalisations de l'idée d'œuvre, c'est-à-dire certaines règles de l'Union européenne.

1541. Faute d'idée d'œuvre propre à l'ensemble Suisse-UE, les comités mixtes Suisse-UE ne peuvent pas réellement apparaître comme des organes de gouvernement d'un pouvoir mis au service de cette idée d'œuvre. Il en résulte deux points.

1542. En premier lieu, cela marque une limite intrinsèque, structurelle à l'institutionnalisation de l'ensemble Suisse-UE. Logiquement, on ne peut s'attendre à une intériorisation de l'idée d'œuvre par les comités mixtes. C'est parce que et lorsque l'idée de l'œuvre existe dès le début que « *son levain fait lever la pâte* »[2502] en lui assurant des organes de gouvernement. C'est lorsque les fondateurs d'une institution « *ont planté dans le*

[2502] Maurice HAURIOU, « La théorie de l'Institution et de la Fondation », précité, p.124.

milieu social une idée vivante »[2503] que celle-ci, une fois plantée, peut s'y développer par elle-même. Un tel développement a existé et continue de se réaliser dans l'Union européenne précisément parce que celle-ci dispose d'une idée d'œuvre que l'on retrouve dans la formule employée par Olivier DUBOS : les « racines internationales » du « patrimoine génétique » de l'Union européenne « *contenaient* ab initio *des gènes constitutionnels qui ont pu par la suite exprimer toute leur potentialité* »[2504]. Un tel développement qui n'est pas l'œuvre des « founding fathers » est, comme l'explique Denys SIMON, « *le propre de tout texte à caractère constitutionnel* »[2505]. Or, un tel développement n'apparaît pas possible dans l'ensemble Suisse-UE parce qu'il ne dispose pas de ce « germe constitutionnel », c'est-à-dire d'une idée d'œuvre. En somme, ce n'est que lorsqu'il y a une idée d'œuvre que la personnification peut se réaliser, selon un mouvement naturel[2506] qui ne peut vraisemblablement pas se produire dans l'ensemble Suisse-UE. Faute d'idée d'œuvre, on ne peut s'attendre à « *un développement organique et primitif qui se greffe ou surgit du mécanisme primitif* »[2507]. Une telle limite à l'institutionnalisation, limite non pas seulement conjoncturelle mais structurelle, ne poserait pas problème si elle n'était pas mise en perspective avec un autre point.

1543. En effet, en second lieu, les comités mixtes n'agissent peut-être pas dans le cadre d'une véritable idée d'œuvre, mais ils agissent et ce, en adoptant des règles. Ce faisant, les comités mixtes agissent dans le cadre de la dimension matérielle de la force instituante de l'institution Suisse-UE. Ils adoptent des décisions, qui modifient les règles applicables dans l'ensemble Suisse-UE, des décisions souvent considérées comme techniques, minimes. Pourtant, « derrière » ces décisions, il y a des choix politiques. En d'autres termes, les développements inscrits dans la logique matérielle impliquent à un moment donné une part de choix politique. Et cette part de décision politique se fait en fonction de buts et fondements idéaux. Or, ceux-ci manquent à l'ensemble Suisse-UE qui n'a que la

---

2503 Maurice HAURIOU, « La théorie de l'Institution et de la Fondation », précité, p.121.

2504 Olivier DUBOS, « L'Union européenne : Sphynx ou Enigme ?, in *Les dynamiques du droit européen en début de siècle*, *Etudes en l'honneur de Jean-Claude GAUTRON*, Paris, Pedone, 2004, pp. 29-56, spéc. p.37.

2505 Denys SIMON, *L'interprétation judiciaire des traités d'organisations internationales. Morphologie des conventions et fonction juridictionnelle*, Paris, Pedone, 1981, 936 p., spéc. p.163. Voir également les références doctrinales relevées par l'auteur, qui relèvent du domaine de la navigation, et plus fréquemment du registre biologique.

2506 Maurice HAURIOU, « La théorie de l'Institution et de la Fondation », précité, p.107.

2507 Suzanne BASTID, « Place de la notion d'institution dans une théorie générale des organisations internationales », in *L'évolution du droit public. Etudes en l'honneur d'Achille MESTRE*, Paris, Sirey, 1956, pp.43-51, spéc. p.50.

dimension matérielle de l'idée d'œuvre. Mais cette dimension idéelle de l'idée d'œuvre existe dans l'Union européenne dont le droit sert de référentiel pour l'ensemble Suisse-UE[2508].

1544. Par conséquent, le groupe Suisse-UE exerce bien sa volonté, qui conserve une place centrale dans la formation des règles applicables. Mais celles-ci ont « en amont » été négociées dans le cadre d'une véritable institution corporative, l'Union européenne. En d'autres termes, la part de choix du groupe Suisse-UE s'exerce sur des produits d'une idée d'œuvre, c'est-à-dire sur les règles de l'Union européenne issues d'un processus décisionnel qui agit dans le cadre d'une idée d'œuvre, avec sa part matérielle et idéelle.

1545. C'est donc cette dimension idéale de l'idée d'œuvre de l'Union européenne qui en quelque sorte recouvre, s'applique par ricochet à l'ensemble Suisse-UE. La dimension politique de la décision, celle qui fait place pour un processus majoritaire et délibératif, n'existe donc pas dans l'ensemble Suisse-UE. Il existe une dimension politique dans la construction de l'ensemble Suisse-UE, mais cette dimension est celle des effets des règles de droit (issues d'un processus politique, celui qui se déroule au sein de l'Union européenne), et non celle du choix dans ces règles.

1546. Bien plus, une telle dimension ne pourra vraisemblablement pas advenir dans l'ensemble Suisse-UE puisque, précisément, il ne bénéficie pas d'une idée d'œuvre propre. Et les possibilités pour qu'il en bénéficie seront limitées par l'appui qui existe sur l'Union européenne : celle-ci cherche à préserver son autonomie, son individualité objective.

1547. Si l'on traduit cette idée du point de vue du critère du pouvoir organisé, on pourrait dire que les comités mixtes sont éventuellement des organes de gouvernement mis au service d'une dimension matérielle de l'idée d'œuvre (qui n'en est pas vraiment une) de l'ensemble Suisse-UE. S'ils agissent dans ce cadre, ils s'apparenteraient alors à un pouvoir « *minoritaire et* […] *fortement exécutif* » pour reprendre la formule d'HAURIOU[2509]

[2508] On a vu que le droit de l'UE exerce des effets objectifs factuels pour le groupe Suisse-UE, effets qui sont croissants, et auquel le groupe Suisse-UE réagit en faisant sienne les règles de l'Union européenne. La volonté des membres du groupe Suisse-UE ou celle de ses organes (les comités mixtes), s'exerce de plus en plus en fonction du droit de l'Union européenne. Elle est théoriquement « libre » de décider de reprendre ou non, voire de proposer des aménagements ponctuels, mais il existe une tendance à cette reprise, expliquée et qualifiée de phénomène d'objectivisation-européanisation.

[2509] Maurice HAURIOU, « La théorie de l'Institution et de la Fondation », *Aux sources du droit: le pouvoir, l'ordre et la liberté*, *Cahiers de la Nouvelle Journée*, 1933, n°23, pp.89-128, spéc. p.111.

(et l'on rejoint ainsi les remarques relatives la dimension « *réglementaire* » des actes des comités mixtes[2510]). Mais il n'y a qu'une intériorisation partielle de l'idée d'œuvre (elle-même partielle).

1548. En effet, ces comités ne peuvent s'apparenter à un pouvoir majoritaire et délibératif. Il n'y a pas de participation directe des membres du groupe Suisse-UE au gouvernement. Si l'on considère que les membres du groupe sont, à l'instar de l'Union européenne, des Etats et des peuples, on ne peut que remarquer la faible présence de ces derniers dans la participation à un processus délibérant commun : ils n'élisent notamment pas de représentants dans une assemblée parlementaire Suisse-UE. Et même si l'on devait se cantonner à considérer les seuls Etats (et l'UE) comme membres du groupe, il faudrait également remarquer que si la Suisse et les Etats (et/ou l'UE) se prononcent sur le développement du droit, il n'existe pas de véritable délibération. Le droit de l'Union européenne constitue plus qu'un simple projet de discussion, c'est un véritable référentiel à l'égard duquel les choix sont limités à une reprise, une non-reprise, ou des aménagements ponctuels (et de moins en moins bien perçus par l'Union européenne). Il existe certes, en amont, des procédés associant la Suisse au processus d'élaboration du droit de l'Union européenne au sein de cette institution corporative. Mais elle n'a alors pas de droit de vote : elle n'est pas considérée comme un membre d'une communauté politique puisque précisément elle n'a pas fait sienne l'idée d'œuvre de l'Union européenne en adhérant à cette institution. On ne peut donc pas considérer que l'ensemble Suisse-UE recouvre à ce stade la liberté politique que ses membres ou organes n'exercent pas en aval.

1549. Plus encore, un tel pouvoir ne semble pas pouvoir se mettre en place dans l'ensemble Suisse-UE, parce que les conditions identifiées par HAURIOU pour que se produise le phénomène – qu'il considère comme naturel – de personnification ne sont pas réunies : il n'y a pas d'idée d'œuvre complète et c'est l'idée d'œuvre d'une autre institution qui s'exerce dans le milieu social Suisse-UE. Elle reste extérieure au milieu social Suisse-UE et ne peut être complètement intériorisée sans faire perdre à l'Union européenne son autonomie, son individualité objective. Dès lors, l'ensemble Suisse-UE

[2510] Voir, *supra*, partie 2, titre 2, chapitre 1, section 2, §2, B), 2, b).

(l'institution Suisse-UE) serait éventuellement parvenu au premier stade de l'intériorisation, celui de l'incorporation qui lui confère une certaine individualité objective ; mais il n'est pas parvenu et ne le pourrait pas, au stade de la personnification qu'HAURIOU qualifie de stade de la liberté politique.

*

* *

Conclusion du titre 2.

1550. Le degré d'institutionnalisation de la relation Suisse-UE apparaît sommaire. En effet, l'ensemble formé entre l'Union européenne et la Suisse se présente essentiellement comme une somme de rapports entre des entités distinctes. Cela signifie que celles-ci ne peuvent qu'être faiblement considérées comme des membres d'un ensemble doté d'une certaine unité qui les engloberait sans s'y résumer.

1551. Un tel caractère sommaire apparaît clairement sur le plan formel. Les règles applicables entre l'Union européenne et la Suisse sont essentiellement des règles du premier degré, celles qui régissent le comportement des membres du groupe. Il existe bien des règles du second degré qui ont pour objet de régler l'interprétation ou la modification des règles du premier degré, mais ces règles sont peu sophistiquées. En d'autres termes, elles revêtent une faible dimension d'objectivité : elles confient ces fonctions à des autorités qui ne sont que faiblement distinctes des membres du groupe. En particulier les compétences confiées aux comités mixtes dans le cadre de la production juridique ne sont pas clairement définies comme des compétences d'une véritable institution agissant dans l'exercice d'une fonction. Du moins la nature des comités mixtes est ambigüe. Cette incertitude entraîne avec elle celle de la nature des décisions qu'ils adoptent, et de leur place hiérarchique dans l'ensemble des règles applicables entre l'Union européenne et la Suisse.

1552. Mais ce caractère sommaire s'explique largement par la composition des membres du groupe et par la « puissance normative » de l'un d'eux. Le groupe formé entre l'Union européenne et la Suisse comprend sinon uniquement deux membres, au moins deux « pôles » : le commun s'établit entre la Suisse d'une part, l'Union européenne et ses Etats

membres d'autre part. Compte tenu de la « puissance normative » de l'Union européenne, le commun s'établit en se référant à celui établi entre les Etats membres de l'Union. Or cette orientation pratique est difficilement structurable sur le plan institutionnel : un « rééquilibrage » total n'est guère possible sans remettre en cause l'équilibre institutionnel au sein de l'Union européenne, tandis qu'une formalisation institutionnelle de l'orientation sur l'UE est difficilement admissible pour l'autonomie de la Suisse.

1553. Ce caractère sommaire se comprend en outre au regard d'une approche plus substantielle ou plus exactement méta-normative de l'institution Suisse-UE. L'institué entre la Suisse et l'Union européenne bénéficie peut-être d'une force instituante. Mais cette force instituante revêt une dimension matérielle : elle est suscitée par les effets que produit le droit de l'Union européenne à l'égard de l'ensemble Suisse-UE. Ce dernier cherche ainsi à aménager juridiquement ces effets, en faisant sien telle et telle règle du droit de l'Union européenne. La force instituante n'est ainsi que matérielle : ce n'est pas une véritable idée d'œuvre, ou alors c'est une idée d'œuvre partielle. Ceci explique qu'en l'absence de « germe institutionnel », l'institution Suisse-UE ne puisse prétendre à un important développement institutionnel. C'est ici la marque d'une limite au développement de la voie bilatérale telle qu'elle est actuellement menée. Mais, de l'autre côté, la force instituante de l'ensemble Suisse-UE continue d'être « alimentée » par les effets du droit de l'UE. En empruntant ainsi par ricochet l'idée d'œuvre de l'Union européenne et ses productions (les règles de l'UE), l'ensemble Suisse-UE aspire à un développement institutionnel.

1554. L'analyse institutionnelle met ainsi en exergue la tension entre l'aspiration à l'institutionnalisation, corollaire du développement du commun Suisse-UE, et l'impossibilité de cette institutionnalisation, corollaire de l'absence d'idée d'œuvre propre et de l'emprunt sur une idée d'œuvre qui se déploie dans le commun de l'UE en maintenant sa propre autonomie. Plus encore, l'analyse institutionnelle montre la tension croissante entre ces deux phénomènes.

Conclusion de la partie 2.

1555. La relation entre l'Union européenne et la Suisse s'est établie dans une approche pragmatique : celle de régler au cas par cas les questions d'intérêt commun, en « dosant » le rapprochement. Ce faisant, l'Union européenne et la Suisse ont réussi à mettre en place un commun Suisse-UE important, qui concilie les éléments objectifs qui tendent à un rapprochement sur le droit de l'Union européenne, et les éléments objectifs qui limitent ce rapprochement. Pour autant, cette approche technique apparaît à certains égards peu opératoire dans la durée, et problématique pour la liberté.

1556. Peu opératoire, cette approche l'est dans la mesure où elle laisse incertaine la portée des règles posées. Comme toute règle, les dispositions posées par les accords Suisse-UE et les législations suisses peuvent susciter des difficultés d'interprétation de ces règles. Ce pragmatisme laisse ainsi les juges confrontés aux contradictions qui « réapparaissent » dans les « espaces » non réglés par les règles techniques. Le problème est d'autant plus important qu'il n'existe pas un interprète centralisé qui pourrait fixer un sens d'interprétation commun à l'Union européenne et à la Suisse.

1557. Peu opératoire, cette approche l'est encore dans la mesure où elle rend en réalité prégnante la tension entre le rapprochement et la différenciation. En effet, le commun entre la Suisse et l'Union européenne se construit progressivement sur celui de l'Union européenne. Et ce rapprochement en suscite à son tour un autre, parce que le droit de l'UE continue de produire des effets en faveur d'un rapprochement de la relation Suisse-UE sur le droit de l'UE, qui se conjuguent avec les effets que produisent les règles de la relation Suisse-UE fondées sur le droit de l'UE. Il y a ainsi un effet d'entraînement qui incite la Suisse et l'Union européenne à vouloir adopter de nouvelles règles fondées sur le droit de l'Union européenne. Certes, ce n'est pas un effet automatique : l'Union européenne et la Suisse peuvent ne pas vouloir reprendre dans leur relation une disposition du droit de l'UE. Mais c'en est pas moins un effet important qui renforce l'intérêt de l'Union européenne et la Suisse à reprendre le droit de l'UE dans leur relation. Or, ce phénomène est de plus en plus problématique du point de vue de l'autre élément objectif qui tend à limiter ce rapprochement : l'autonomie respective de l'Union européenne et la Suisse. Pour cette dernière, sa large intégration dans le marché intérieur de l'Union européenne

implique qu'elle accepte des principes institutionnels qui garantissent l'homogénéité des règles posées par les accords Suisse-UE avec les règles correspondantes du droit de l'UE. Elle envisage ainsi un principe de reprise de l'acquis de l'UE qu'elle avait rejeté en 1992 dans l'accord EEE. Mais elle ne se montre pas disposée à admettre un mécanisme de surveillance supranational. Pour l'Union européenne également, l'importante intégration de la Suisse dans le marché intérieur pose des problèmes similaires à ceux qu'avait posés l'accord EEE. La résolution des questions institutionnelles implique ainsi d'être trouvée en tenant compte des exigences d'autonomie de son ordre juridique.

1558. Or, cette tension croissante entre l'intériorité et l'extériorité de la Suisse dans le commun de l'UE est problématique du point de vue de la liberté. Le phénomène d'objectivisation dans l'ensemble Suisse-UE suscite une certaine institutionnalisation entre l'Union européenne et la Suisse. Le commun Suisse-UE bénéficie ainsi d'une certaine force instituante. Cette force instituante est essentiellement matérielle : l'institué établi entre l'Union européenne et la Suisse se construit progressivement sous l'effet du droit de l'UE, en l'appréhendant de manière pragmatique, en reprenant certaines des dispositions du droit de l'UE. Or, la construction progressive de ce commun pose de plus en plus des questions politiques. En l'absence d'idée d'œuvre propre, en l'absence de ce « germe institutionnel » qui permet le développement d'un pouvoir de gouvernement, l'institué Suisse-UE n'offre pas un cadre d'exercice d'une liberté politique, alors qu'un commun important se met en place.

1559. Le mouvement d'objectivisation ainsi constaté dans la relation Suisse-UE est ainsi à la fois une caractéristique du renforcement de l'ensemble formé entre l'Union européenne et la Suisse, et une caractéristique des limites du développement de ce commun Suisse-UE. En effet, son lien avec le droit de l'Union européenne d'une part, et la faible orientation voulue par l'Union européenne et la Suisse d'autre part, expliquent le maintien et même le renforcement de la tension de cette relation.

*

* *

Conclusion générale

1560. Un commun entre l'Union européenne et la Suisse s'est progressivement construit par la voie bilatérale, à partir du commun établi entre les Etats membres de l'Union européenne. La relation Suisse-UE est ainsi à la fois une relation entre la Suisse et l'Union européenne et une relation entre elle et les Etats membres. Si la première dimension renvoie directement à un rapport entre deux entités, elle pourrait aussi désigner un ensemble composé de l'Union européenne et de la Suisse : cet ensemble Suisse-UE paraît en effet avoir acquis une certaine objectivité. Toutefois, la dimension d'objectivité reste sommaire, car l'institué entre l'Union européenne et la Suisse n'a pas acquis un développement institutionnel significatif, et ne peut prétendre à un renforcement important en raison même du rapport entre ce commun Suisse-UE et le commun de l'UE.

1561. L'on doit ainsi prendre en compte la seconde dimension de la relation Suisse-UE : celle de l'intégration de la Suisse au sein de l'Union européenne. Cette intégration, certes partielle, n'en est pas moins conséquente. Malgré le rejet de l'accord EEE, la Suisse est intégrée à de vastes pans du marché intérieur de l'UE ; elle a en outre, comme les autres Etats de l'AELE, été intégrée à l'espace de liberté, de sécurité et de justice mis en place au sein de l'UE ; enfin, elle participe à certaines opérations de la politique étrangère et de sécurité commune de l'UE. La voie bilatérale a donc permis une véritable intégration, jusque dans sa dimension politique : l'on retrouve ce phénomène caractéristique de la construction communautaire, dans lequel il y a un déplacement « *sur le plan transnational [du] rapport entre la sphère économique et la sphère politique* »[2511].

1562. Or, ce déplacement n'est que faiblement accompagné d'un réaménagement des conditions d'exercice de la liberté politique : la Suisse ne participe pas formellement à l'adoption du droit de l'Union européenne. Et ce décalage n'est que partiellement compensé au niveau de l'institué pris dans sa première dimension, dont on a vu que le développement institutionnel est limité. Cette limitation de la participation de la Suisse au système institutionnel de l'Union européenne s'explique néanmoins par la nécessité pour

[2511] Nikos SCANDAMIS, « La dualité du fondement juridique de l'Union européenne. Le traité de Lisbonne face à la question constituante », *Mélanges en hommage à Georges VANDERSANDEN, Promenades au sein du droit européen*, Bruxelles, Bruylant, 2009, pp.327-339, spéc. p.329.

celle-ci de préserver son autonomie. L'on retrouve ainsi une troisième dimension de la relation Suisse-UE avec le reflux d'une question et d'un rapport identitaires.

1563. Or, l'on peut se demander si ce phénomène de décalage entre la sphère politique et l'exercice de la liberté politique, ne pose pas aussi, à travers cette une question identitaire posée à la Suisse et à l'Union européenne, la question de l'équilibre des pouvoirs au sein de chacune. En effet, l'institutionnalisation de l'ensemble Suisse-UE a peut-être pour l'Union européenne des conséquences inattendues, mais c'est aussi vrai pour la Suisse.

1564. Pour l'Union européenne, la part de liberté politique qui n'est pas exercée dans le cadre de l'ensemble Suisse-UE est en quelque sorte compensée par l'exercice de la liberté politique au sein de l'Union européenne. En d'autres termes, la part de liberté politique de l'Union européenne reste importante dès lors que l'ensemble Suisse-UE est déterminé par l'idée d'œuvre qui se déploie dans son ordre juridique, idée d'œuvre qui permet aux organes et membres du groupe de l'UE d'exercer une liberté politique.

1565. Pourtant, et précisément parce qu'elle va se déployer dans le cadre de sa relation avec la Suisse, l'exercice de la liberté politique au sein de l'Union européenne est quelque peu modifié. D'un point de vue procédural on l'a vu[2512], l'Union européenne permet à la Suisse de participer à certaines discussions (sans pouvoir voter à l'issue des débats) : des experts suisses peuvent siéger dans certains groupes de travail et quelques conseillers fédéraux sont invités aux conseils européens informels[2513]. Sur le plan procédural toujours, la recherche d'une continuité de la relation Suisse-UE peut conduire à une application provisoire des accords[2514], qui offre une place prépondérante au Conseil de l'UE au détriment du Parlement européen[2515].

1566.C'est que, de manière plus générale, la relation Suisse-UE affecte aussi la stratégie politique de l'Union européenne. Le processus décisionnel au sein de l'Union européenne laisse une large place au processus majoritaire. Cela signifie que les Etats membres ont par

---

2512 Voir, *supra*, partie 2, titre 1, chapitre 1.

2513 Michael REITERER, « La Suisse et la sauvegarde de sa souveraineté face à l'Union européenne: participer ou rester à l'écart ? », précité.

2514 Voir, *supra*, titre 1, chapitre 2, section 2, §1, A), 1, b), ii).

2515 Voir l'analyse de l'application provisoire au regard notamment des exigences démocratiques de l'action extérieure de l'Union européenne, faite par : Catherine FLAESH-MOUGIN, Isabelle BOSSE-PLATIERE, « L'application provisoire des accords de l'Union européenne », in I. GOVAERE, E. LANNON, P. VAN ELSUWEGE, S. ADAM (dir.), *The European Union in The World. Essays in Honour of Marc MARESCEAU*, Leiden, M. Nijhoff, 2014, pp.293-323.

avance accepté de se soumettre aux actes adoptés, quand bien même ils auraient été mis en minorité lors du processus décisionnel. Certes, comme l'expliquent Paul REUTER et Jean COMBACAU, les Etats ont accepté par avance lors de leur adhésion aux traités constitutifs de l'Union européenne, de tenir pour obligatoire le droit dérivé adopté par les institutions de l'Union européenne. Mais « *cette acceptation, donnée une fois pour toutes, les laisse sans résistance devant les actes concrets et parfois inattendus des organes ainsi investis* »[2516]. Cette considération revêt une acuité encore plus forte avec l'élargissement de l'Union européenne à vingt huit Etats membres, et l'extension des cas de recours au procédé majoritaire par le traité de Lisbonne. L'intégration partielle de la Confédération au sein de l'Union européenne fait progresser l'idée selon laquelle la Suisse, placée dans une certaine mesure dans une situation comparable, ne saurait bénéficier de ce qui apparaîtrait comme une position plus favorable en lui permettant de choisir ceux des actes qu'elle ne reprendrait pas. Cette possibilité de choix est ainsi de moins en moins « *politiquement défendable* » par rapport aux Etats membres. L'Union européenne est en ce sens affectée par sa relation Suisse-UE car elle doit « *aussi veiller à protéger les intérêts et la "souveraineté" de ses Etats membres par rapport à la Suisse* »[2517].

1567. L'équilibre constitutionnel de l'Union européenne est par conséquent, sinon remis en cause, du moins affecté ou susceptible de l'être en raison de l'institutionnalisation particulière formée entre l'Union européenne et la Suisse. Mais c'est probablement pour cette dernière que les conséquences sont les plus étonnantes.

1568. Du point de vue de la Suisse, cette limite de l'institutionnalisation de l'ensemble Suisse-UE apparaît plus importante puisqu'elle n'exerce pas la même liberté politique que les Etats dans le cadre de l'Union européenne, alors qu'elle « a vocation » à reprendre les règles qui résultent de ces libertés. On retrouve là aussi une perspective différente, et *a priori* surprenante sur la liberté politique.

[2516] Paul REUTER, Jean COMBACAU, *Institutions et relations internationales*, Paris, PUF, 4ème édition, 1988, spéc. pp.295-296.

[2517] Michael REITERER, « La Suisse et la sauvegarde de sa souveraineté face à l'Union européenne: participer ou rester à l'écart ? », précité. Voir par exemple la déclaration de Joaquín ALMUNIA du 26 avril 2007 lors d'un débat au Parlement européen, relatif aux relations entre l'Union européenne et la Suisse, qui souligne que la Commission peut difficilement accepter que la Suisse n'applique pas les mêmes règles que l'Union européenne en matière d'aides d'Etat, qu'un éventuel refus de la Suisse d'étendre l'accord sur la libre circulation des personnes à la Bulgarie et à la Roumanie serait inacceptable et que la Suisse doit participer à la réduction des disparités économiques et sociales à l'égard de ces deux Etats.

1569. Certes, la voie bilatérale permet à la Suisse de conserver sur le plan matériel certaines spécificités (sa monnaie, son secret bancaire, sa fiscalité indirecte plus basse, son protectionnisme agricole et ses cartels[2518]), et de préserver sur le plan formel la place centrale accordée à l'expression de la volonté de la Suisse ; ce qui est classiquement considéré comme assurant la souveraineté de l'Etat. Cette voie négociée est ainsi considérée comme une alternative satisfaisante par rapport à une adhésion à l'Union européenne qui impliquerait des concessions matérielles et l'acceptation sur le plan institutionnel du vote à la majorité. Ainsi, René SCHWOK observe que les Suisses considérent qu'ils ont « *les avantages de l'Union sans les inconvénients* »[2519], et qu'ils peuvent, par la voie bilatérale, « *profiter de l'UE sans en payer les coûts économiques et politiques d'une adhésion* »[2520].

1570. Pourtant, sur le plan politique, il n'est pas certain que cette voie préserve véritablement, ou du moins complètement et durablement, le système démocratique suisse. En effet, et comme l'explique Michael REITERER, chef de la Délégation de l'Union européenne en Suisse : « *En appliquant le Bilatéralisme les mesures d'adaptation étant préparées et mises en œuvre par l'administration suisse au sein de comités mixtes, l'exécutif gagne considérablement en importance par rapport au législatif, mais aussi par rapport aux cantons souverains* »[2521]. Les décisions de développement du droit sont souvent prises par le comité Suisse-UE, le Conseil fédéral disposant d'une délégation de compétences de l'Assemblée fédérale ; l'entrée en vigueur de ces actes est souvent très rapide après l'adoption de la décision, par exemple dès le lendemain[2522] ; enfin l'ordre juridique suisse étant moniste[2523], les conditions d'applicabilité de l'acte ne nécessitent pas d'intervention notamment parlementaire pour assurer sa réception dans l'ordre juridique interne.

2518 René SCHWOK, « Un rapprochement… qui éloigne la Suisse d'une adhésion », *R.M.C.U.E.*, 2004, n°483, pp. 645-650, spéc. p.50.

2519 *Ibid.*

2520 *Ibid.*

2521 Michael REITERER, « La Suisse et la sauvegarde de sa souveraineté face à l'Union européenne: participer ou rester à l'écart ? », discours prononcé lors du 8ème Dialogue européen organisé par la Fondation Jean MONNET pour l'Europe : *Suisse - Union européenne: la souveraineté en question*, Université de Lausanne, 16 décembre 2009.

2522 Sur la comparaison entre ces décisions et des actes réglementaires, voir, *supra*, chapitre 1, section 2, B), 2, c.

2523 On soulignera à cet égard que, lors des négociations des accords bilatéraux de 1999, certains auteurs avaient souligné qu'un choix pour un « processus de transposition en droit interne » des décisions des comités mixtes Suisse-UE serait souhaitable pour assoir les droits démocratiques en Suisse, notamment les droits populaires : Bettina KAHIL, *Suisse-Europe : mesurer le possible, viser à l'essentiel. Aspects politiques et juridiques des négociations bilatérales*, Centre Patronal, Lausanne, 1995, 105 p., spéc. pp.35-36.

L'institutionnalisation de l'ensemble Suisse-UE conduit ainsi probablement à un réajustement de l'équilibre des pouvoirs au sein de la Confédération suisse.

1571. On se trouve face à un phénomène qui rappelle à certains égards celui qui affecte les Etats membres de l'Union européenne, mis notamment en évidence par le Professeur Jean-Claude GAUTRON : les « *institutions et mécanismes communautaires rétroagissent sur les institutions politiques nationales* »[2524], y compris de manière disfonctionnelle. En effet, la réduction des compétences nationales au profit des institutions communautaires affecte différemment les organes étatiques : « *la réduction des compétences parlementaires est plus profonde que celle affectant les compétences du pouvoir étatique* ».

1572. Dans l'ensemble Suisse-UE il n'y a pas d'attribution de compétence – et, corrélativement, de pouvoir[2525] – à une institution supranationale. Mais il y a un certain « déplacement » du pouvoir. D'une part, la délibération est limitée par le centre de gravité qu'exerce implicitement le droit de l'Union européenne. D'autre part, lorsque la discussion est menée dans le cadre des comités mixtes, c'est alors le Conseil fédéral qui engage la Suisse par la signature ; la décision entre immédiatement en vigueur si le Conseil fédéral dispose d'une délégation ou alors est soumise pour approbation à l'assemblée, qui ne peut qu'accepter ou refuser la décision. On retrouve ainsi l'idée que la construction européenne (ici celle de l'ensemble Suisse-UE) appuie le déclin du pouvoir législatif (ici suisse). Et ce déclin n'est que faiblement compensé par une re-formation du pouvoir législatif au niveau de l'ensemble Suisse-UE. Il n'y a en effet pas d'organe comparable à une assemblée parlementaire, et, même si elle aspire à prendre une importance croissante[2526], la dimension parlementaire ne revêt pour le moment que la forme de réunions interparlementaires – annuelles – entre l'Assemblée fédérale suisse et le Parlement européen. Si la Suisse exerce une influence sur le processus législatif de l'Union européenne – influence qu'il faudrait pouvoir mesurer pour déterminer si la participation

---

[2524] Jean-Claude GAUTRON, « Influence des Communautés européennes sur les structures du pouvoir politique français depuis 1958 », in *Le pouvoir : mélanges offerts à Georges BURDEAU*, Paris, LGDJ, 1977, pp.421-440, spéc. p.426.

[2525] Vlad CONSTANTINESCO, *Compétences et pouvoirs dans les Communautés européennes*, Paris, L.G.D.J., 1974, 492 p., spéc. pp.68 et s. et 82 et s.

[2526] Voir par exemple la Déclaration commune de la Délégation de l'Assemblée fédérale chargée des relations avec le Parlement européen et de la Délégation du Parlement européen pour les relations avec la Suisse, établie lors de la 31ème rencontre interparlementaire entre la Suisse et l'Union européenne des 16 et 17 juillet 2012 à Berne, disponible à l'adresse suivante :
http://www.europarl.europa.eu/document/activities/cont/201207/20120718ATT49086/20120718ATT49086FR.pdf

au *decision shaping* équivaut en pratique à la détention d'un quasi droit de vote – celle-ci ne saurait égaler les bénéfices politiques, délibératifs, et symboliques d'une participation parlementaire.

1573. Ainsi, sans minimiser la place de l'Assemblée fédérale et des modes d'expression directe des peuples et cantons – dont le referendum du 9 février 2014 illustre l'impact sur les rapports juridiques établis dans l'ensemble Suisse-UE[2527] – il est possible de penser que l'exercice de cette liberté politique a été modifié de manière significative par l'institutionnalisation de la relation Suisse-UE. Ainsi, si l'on considère que la souveraineté n'est « *pas une puissance* » mais plutôt « *une liberté* »[2528], alors on est amné à conclure que le maintien de la souveraineté de la Suisse, incontestable sur le plan formel, cache en réalité une remise en cause de cette liberté suprême[2529].

1574. Par conséquent, alors que la voie bilatérale est aujourd'hui construite comme une alternative à l'adhésion[2530], son développement relance pleinement cette question. Cette voie a en effet conduit à une certaine institutionnalisation entre l'Union européenne et la Suisse dans laquelle le développement de la « question politique » se heurte, d'un côté, à l'impossibilité de renouveler le cadre d'exercice de la liberté politique au niveau européen (Suisse-UE), et de l'autre, au resserrement du cadre d'exercice de la liberté politique au niveau national. L'adhésion à l'Union européenne pourrait dès lors apparaître comme un moyen d'échapper à ces tensions, parce qu'elle repense le politique dans un paradigme européen. Il ne faudrait toutefois pas chercher dans le statut d'Etat membre un « "*regain*" *partiel de la souveraineté perdue* »[2531], mais plutôt poursuivre le jeu du *pouvoir politique* en

---

2527 Sur le referendum organisé à la suite de l'initiative « Contre l'immigration de masse » du 9 février 2014, voir les remarques, *supra*, partie 2, titre 1, chapitre 2. Est en outre prévue une votation le 30 novembre 2014 à la suite de l'initiative « Ecopop » qui vise à limiter à 0,2% la croissance annuelle de la population due à l'immigration, à nouveau sans distinction entre les ressortissants de l'Union européenne et ceux d'Etats tiers.

2528 Jean COMBACAU, « Pas une puissance, une liberté : la souveraineté internationale de l'Etat », in *Pouvoirs* n°67, novembre 1993, La Souveraineté, pp.47-58.

2529 Cette idée est mise en avant par les partisans de l'adhésion à l'Union européenne, par exemple le Nouveau Mouvement Européen Suisse (NOMES). Elle ne semble cependant pas susciter la conviction d'une majorité de Suisse : René SCHWOK, « L'absence de solidarité suisse au "contrat social" européen, un modèle à suivre ? », *Chantiers politiques*, 2012, n°10 Le nouveau contrat européen : Accords, engagements et solidarités en question, pp. 67-75, spéc. p.69.

2530 Voir les « options » de politique européenne présentées par le Rapport Europe 2006 du Conseil fédéral, du 28 juin 2006, *FF 2006, vol.II, n°35, pp.6461-6622.*

2531 Michael REITERER, « La Suisse et la sauvegarde de sa souveraineté face à l'Union européenne: participer ou rester à l'écart ? », précité.

adhérant à une intégration européenne conçue comme un « *système de piliers distribuant des pouvoirs et comme code libéral instaurant des libertés* »[2532].

1575. Il y a là un choix identitaire majeur auquel la Suisse doit faire face, en déterminant la liberté qu'elle veut se donner : doit-elle être conçue comme « *la liberté individualiste, autonome et souveraine, qui ne s'autorise que d'elle-même, culmine dans l'expression de la volonté* [...] *? Ou bien faut-il avoir égard à une liberté plus communautarienne, intersubjective et dialogique, qui procède de et génère la "confiance" réciproque […], et qui trouve sa limite dans les formes héritées, mais toujours interprétables, des conventions sociales et des institutions juridiques ?* »[2533].

*

* *

[2532] Nikos SCANDAMIS, « Le rapprochement des notions au sein de l'Union européenne », in Pierre-Yves MONJAL et Eleftheria NEFRAMI (dir.), *Le commun dans l'Union européenne*, Bruxelles, Bruylant, 2009, pp. 219-236, spé. p. 220.

[2533] François OST, « L'instantané ou l'institué ? L'institué ou l'instituant ? Le droit a-t-il pour vocation de durer ? », in *François OST/ Mark VAN HOECKE (dir.), Temps et droit : le droit a-t-il pour vocation de durer ? Time and law : is it the nature of law to last ?*, Bruxelles, Bruylant, 1998, pp. 7-14, spéc. pp.9-10.

Index

(compte tenu de la structure de la thèse, les notions utilisées, les principaux accords et contentieux mentionnés sont mentionnés sous un seul index)

- Accord sur la fiscalité de l'épargne :
  n°250 ; n°313 ; n°513 ; n°779 et s. ;
- Accord sur la libre circulation des personnes :
  n°368 et s. ; n°429 ; n°513 ; n°529 et s. ; n°655 et s. ; n°871 et s. ; n°930 et s. ; n°977 ; n°1002 ; n°1023 ; n°1064 et s. ; n°1081 et s.
- Accord sur le transport aérien :
  n°428 ; n°472 et s. ; n°707 et s. ; n°958 et s. ; n°999
- Accords d'association à l'« acquis Schengen » et à l'« acquis Dublin »
  n°472 ; n°718 et s. ; n°785 et s. ; n°1063
- Adaptation autonome du législateur suisse :
  n°16 et s. ; n°201 et s. ; n°266 et s. ; n°305 et s. ; n°379 et s. ; n°437 et s. ; n°980 et s.
- Affaire de la « clause Champagne » :
  n°530
- Affaire de « l'aéroport de Zurich » :
  n°623 et s. ; n°635 ; n°958 et s.
- Affaire « Royaume-Uni c. Conseil » :
  n°298 ; n°1319
- Avis 1/91 et 1/92 :
  n°590 ; n°676 et s. ;
- Clause d'interprétation :
  n°108 ; n°408 ; n°481 ; n°509 ; n°513 ; n°569 et s. ; n°1060 ; n°1102 ; n°1144 et s.
- Clause « guillotine » :
  n°376 ; n°1067
- Comités mixtes :
  n°370 ; n°637 et s. ; n°1084 ; n°1127 et s. ; n°1165 et s.
- Contentieux fiscal :
  n°358
- Contribution à la réduction des disparités économiques et sociales dans l'UE élargie :
  N°342 et s.
- Discriminations :
  n°182 ; n°203 ; n°207 ; n°249 ; n°302

- Equivalence (principe d'-)
  n°108 ; n°385 ; n°515 et s.
- Espace économique européen :
  n°8 et s. ; n°408 ; n°435 ; n°454-455 ; 465 et s. ; n°669 et s.
- Initiative « Contre l'immigration de masse » :
  n°23 ; n°371 ; n°1023
- Principe « Cassis de Dijon » :
  n°389 et s. ; n°441 ; n°453 et s. ;
- Règles primaires et règles du premier degré
  n°35 ; n°90 ; n°108 ; n°218-219 ; n°268 ; n°284 ; n°304 et s. ; n°330 ; n°396 ; n°406 et s. ; n°467 ; n°476
- Règles secondaires et règles du second degré
  n°35 ; n°90 ; n°109 ; n°219 ; n°267 ; n°273 ; n°313 ; n°331 ; n°372 et s. ; n°396 ; n°406 et s. ; n°482
- Reprise (principe de -)
  n°108 ; n°472 et s. ; n°718 et s. ; n°787 et s. ; n°887 et s.

Bibliographie

Dictionnaires et encyclopédies juridiques

ARNAUD André-Jean (dir.), *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, Paris, LGDJ, 1993, 2ème édition, 758 p.

AUVRET-FINCK Josiane, « Espace économique européen », *Répertoire de droit européen*, 2003.

BARAV Ami, PHILIP Christian, *Dictionnaire juridique des Communautés européennes*, Paris, PUF, 1993, 1180 p.

BLANQUET Marc, « Compétences de l'Union – Architecture générale – Délimitation », *JurisClasseur Europe*, fasc. 170, janv. 2012.

CORNU Gérard (dir.), *Vocabulaire juridique*, Paris. P.U.F., 2011, 9ème éd., 1095 p.

LEWIN André, « Principes communs aux organisations internationales - Éléments constitutifs », *JurisClasseur Droit international*, Fasc.112-20, date.

MAGNUSSON Skuli, « Cour AELE », *JurisClasseur Europe*, fasc.4000, juillet 2011.

MALJEAN-DUBOIS Sandrine, « Organisations internationales », *JurisClasseur Droit international*, Fasc. 146-25, 2011.

NEFRAMI Eleftheria, « Accords internationaux. Statut des accords internationaux dans l'ordre juridique de l'Union européenne », *JurisClasseur Europe Traité*, Fasc. 192-2, 2011.

PICOD Fabrice, « Le traité de Lisbonne », *JCl Europe*, fasc.10, septembre 2012.

REUTER Paul, « Articles 1 et 2 », in Vlad CONSTANTINESCO, Jean Paul JACQUE, Robert KOVAR, Denys SIMON (dir.), *Traité instituant la CEE – Commentaire article par article*, Paris, Economica, 1992, pp.3-36.

RIDEAU Joël, « Ordre juridique de l'Union européenne. Sources écrites », *JurisClasseur Europe Traité*, Fasc. 190, 2011.

RIDEAU Joël, « Accords internationaux », *Répertoire de droit communautaire*, 2011

SALMON Jean (dir.), *Dictionnaire de droit international public*, Bruxelles, Bruylant, 2001, 1198 p.

SOULIER Gérard, « Union européenne. Histoire de la construction européenne », *JurisClasseur Europe Traité*, Fasc. 100, décembre 2012

Manuels et cours

ANZILOTTI Dionisio, *Cours de droit international*, vol.1, Paris, Sirey, 1929, 536 p.

AUER Andreas, MALINVERNI Giorgio, HOTTELIER Michel, *Droit constitutionnel suisse*, Volume I, L'État, Bern, Stämpfli, 3ème édition, 2013, 880 p.

AUZERO Gilles, DOCKES Emmanuel, *Droit du travail*, Paris, Dalloz, 28ème édition, 2014, 1556 p.

BETTATI Mario, *Le droit des organisations internationales*, Paris, PUF, 1987, 125 p.

BOULOUIS Jean, *Droit institutionnel de l'Union* européenne, Paris, Montchrestien, 1997, 6ème édition, 407 p.

BLUMANN Claude, BOULOUIS Jean, *Droit institutionnel de l'Union* européenne, Paris, LexisNexis, 2013, 5ème édition, 863 p.

BRETHE DE LA GRESSAYE Jean, LABORDE-LACOSTE Marcel, *Introduction générale à l'étude du droit*, Paris, Sirey, 1947, 571 p.

CAPOTORTI Francesco, « Cours général de droit international public donné à l'Académie de droit international », *RCADI*, 1994, IV, tome 248, p. 9-344.

CARRILLO-SALCEDO Juan-Antonio, « Droit international et souveraineté des Etats : Cours général de droit international public », *RCADI*, 1996, I, tome 257, pp.35-222.

CHANTEBOUT Bernard, *Droit constitutionnel*, Paris, Sirey, 30ème édition, 2013, 656 p.

CHARPENTIER Jean, *Institutions internationales*, Paris, Dalloz, 2009, 17ème édition, 136 p.

CHAUMONT Charles, *Les Organisations internationales*, Paris, Les Cours de Droit, 1963, 167 p.

COLLIARD Claude-Albert, DUBOUIS Louis, *Institutions internationales*, Paris, Dalloz, 1995, 10ème édition, 532 p.

COMBACAU Jean, SUR Serge, *Droit international public*, Paris, LGDJ, 2006, 7ème édition, 813 p.

DAILLIER Patrick, FORTEAU Mathias, PELLET Alain, *Droit international public*, Paris, L.G.D.J., 2009, 8ème édition, 1709 p.

DE VISSCHER Paul, « Cours général de droit international public », *R.C.A.D.I.* 1972-II, t. 136, p. 81.

DIEZ DE VELASCO VALLEJO Manuel, *Les organisations internationales*, Paris, Economica, 2002, 919 p.

DUPUY Pierre-Marie, *Droit international public,* 3ème éd., Paris, Dalloz, 1995, pp.23 et 78.

DUPUY Pierre-Marie, *Droit international public,* 3ème éd., Paris, Dalloz, 1995, 590 p.

DUPUY Pierre-Marie, KERBRAT Yann, *Droit international public*, Paris, Dalloz, 2012, 11ème édition, 929 p.

DUPUY Pierre-Marie, KERBRAT Yann, *Droit international public*, Paris, Dalloz, 2014, 12ème édition, 811 p.

DUPUY René-Jean (dir.), *Manuel sur les organisations internationales*, Boston, Martinus Nijhoff Publishers, 1998, 2ème éd., 967 p.

GAUDEMET-TALLON Hélène, *Compétence et exécution des jugements en Europe. Règlement 44/2001. Conventions de Bruxelles (1968) et de Lugano (1988 et 2007)*, Paris, LGDJ, 2010, 4ème éd., 750 p.

GAUDU François, *Droit du travail*, Paris, Dalloz, 5ème édition, 2013, 471 p.

GAUTRON Jean-Claude, *Droit européen*, Paris, Dalloz, 2009, 13ème édition, 337 p.

GAUTRON Jean-Claude, *Droit européen*, Paris, Dalloz, 2012, 14ème édition, 346 p.

HAURIOU Maurice, *Principes de droit public*, Paris, Sirey, 1910, réimpr. Paris, Dalloz, 2010 (préface d'Olivier BEAUD), 734 p.

ISAAC Guy, BLANQUET Marc, *Droit général de l'Union européenne*, Paris, Sirey, 10ème édition, 2012, 768 p.

JACQUE Jean Paul, « Cours général de droit communautaire », *Collected Courses of the Academy of European Law*, 1990, vol. I, book 1, pp.237-367.

JACQUE Jean Paul, *Droit institutionnel de l'Union européenne*, 7ème édition, Paris, Dalloz, 2012, 786 p.

LEBRETON Gilles, *Droit administratif général*, Paris, Dalloz, 2013, 7ème édition, 591 p.

LE ROY Yves, SCHOENENBERGER Marie-Bernadette, *Introduction générale au droit suisse*, Zurich, Schulthess ; Bruxelles, Bruylant ; Paris, LGDJ, 2002, 497 p.

MOLLE Willem, *The economics of European integration : theory, practice, policy*, Etats-Unis, Aldershot; Brookfield, Ashgate, 1997, 570 p.

MONACO Riccardo, « Les principes régissant la structure et le fonctionnement des organisations internationales », in *RCADI*, 1977, tome 156, III, pp. 89 et s.

MORELLI Gaetano, « Les unions internationales d'Etats. Cours général de droit international public », *R.C.A.D.I.*. 1956, I, vol. 89, pp.557-583.

PELLET Alain, « Les fondements juridiques internationaux du droit communautaire », *Collected course of the Academy of European Law*, Vol. V, Book 2, 1994, pp.193-271.

REUTER Paul, *Droit international public. Les Organisations internationales. Problèmes choisis*, Thèse, Paris, Les cours de Droit, 1955, 501 p.

REUTER Paul, *Introduction au droit des traités,* 3ème éd., Paris, PUF, 1995, 251 p .

SANTULLI Carlo, *Droit du contentieux international*, Montchrestien, Paris, 2005, 584 p.

SANTULLI Carlo, *Introduction au droit international. Formation – Application – Exécution.*, Paris, Pedone, 2013, 276 p.

SCHERMERS Henry G., BLOKKER Niels M., *International Institutional Law – Unity within Diversity,* Leiden, Martinus Nijhoff Publishers, 2011, 5ème édition, 1273 p.

Thèses

BERRADA Karima, *Essai de transposition de l'affectio societatis en droit des organisations internationales*, sous la direction de Philippe WECKEL, Thèse, Droit international, Nice, 2005.

BLANQUET Marc, *L'article 5 du Traité CEE. Recherches sur les obligations de fidélité des Etats membres à la Communauté,* Paris, L.G.D.J., 1994, 502 p.

BOILLET Véronique, *L'interdiction de discrimination en raison de la nationalité au sens de l'accord sur la libre circulation des personnes*, Université de Lausanne, Faculté de droit et des sciences criminelles, sous la direction de Vincent Martenet et Minh Son Nguyen, Bâle, Helbing Lichtenhahn, 2010, 373 p.

BRANDT Jean-Marie, *L'obligation de réciprocité : pour une position stratégique de la Suisse face à l'Europe de 1992*, Thèse, Sciences économiques, Neuchâtel, 1990, 212 p.

BUNTSCHU Jean-Claude, *L'Intégration de fait de l'économie suisse dans le Marché Commun Européen*, Thèse Sciences économiques, Fribourg, 1969, 296 p.

CAHIN Gérard, *La coutume internationale et les organisations internationales. L'incidence de la dimension institutionnelle sur le processus coutumier*, Paris, Pedone, 2001, 782 p.

CANDAS Ulas, *Les relations extérieures, instrument d'une projection de l'acquis de l'Union européenne sur le plan international*, sous la direction de DAILLIER Patrick, Thèse, Droit communautaire, Paris 10, 2008, 807 p.

CHOFFAT Paul Jean, *L'applicabilité directe de l'accord de libre-échange du 22 juillet 1972 entre la CEE et la Confédération suisse*, Lausanne, Impr. vaudoise, 1977, 239 p.

CONSTANTINESCO Vlad, *Compétences et pouvoirs dans les Communautés européennes*, Paris, L.G.D.J., 1974, 492 p.

CORDEY Franklin, *La Suisse face à l'intégration européenne*, sous la direction de Henri RIEBEN, Thèse, Droit, Université de Lausanne, Montreux, Ganguin et Laubscher, 1971, 403 p.

CORREIA Vincent, *L'Union européenne et le droit international de l'aviation civile*, Bruxelles, Bruylant, 2014, 976 p.

CRABIT Emmanuel, *Recherches sur la notion d'espace judiciaire européen*, sous la direction de Jean-Claude GAUTRON, Thèse, Droit public, Bordeaux 1, 1987.

CRESP Marie, *Le temps juridique en droit privé. Essai d'une théorie générale*, Aix-en-Provence, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 2013, 462 p.

CURZON Victoria, *The essentials of economic integration: lessons of EFTA experience*, Thèse, Droit, Genève, Basingstoke, Macmillan, Hants, 1972, 319 p.

DECHATRE Laurent, *Le pacte fédératif européen*, sous la direction de Claude BLUMANN, Thèse, Droit, Paris, 2012, 916 p.

DUBEY Bernard, *La répartition des compétences au sein de l'Union européenne à la lumière du fédéralisme suisse : systèmes, enjeux et conséquences*, Bruxelles/Genève/Paris, Bruylant/Helbing & Lichtenhahn/LGDJ, 2002, 876 p.

FLAVIER Hugo, *La contribution des relations extérieures à la construction de l'ordre constitutionnel de l'Union européenne*, Bruxelles, Bruylant, 2012, 759 p.

GOUNELLE Max, *La motivation des actes juridiques en droit international public : contribution à une théorie de l'acte juridique en droit international public*, Thèse, Droit, Publications de la Revue générale de droit international public, Nouvelle série, n°33, Paris, A. Pedone, 1979, 292 p.

GUERIN François, *La qualité de membre d'une organisation internationale*, sous la direction de Charles LEBEN, Thèse, Droit, Paris 2, 1998, 632 p.

GUILLARD Christine, *L'intégration différenciée dans l'Union européenne*, Bruxelles, Bruylant, 2006, 619 p.

HAUSER Jean, *Objectivisme et subjectivisme dans l'acte juridique. Contribution à la théorie générale de l'acte juridique*, Paris, LGDJ, 1971, 339 p.

HOFMANN David, *La liberté économique suisse face au droit européen*, Thèse, Berne, Stämpfli éditions, 2005, 563 p.

JACOT-GUILLARMOD Olivier, *Droit communautaire et droit international public : étude des sources internationales de l'ordre juridique des Communautés européennes*, Thèse, La Chaux-de-Fonds, Impr. Typoffset, 1979, 298 p.

JACQUE Jean-Paul, *Eléments pour une théorie de l'acte juridique en droit international public*, Thèse, Droit, Paris, LGDJ, 1972, 511 p.

JAUMIN-PONSAR Anne, *Essai d'interprétation d'une crise*, Bruxelles, Bruylant, 1970, 199 p.

KADDOUS Christine, *Le droit des relations extérieures dans la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes*, Dossier de droit européen n° 6, Bâle / Bruxelles Helbing & Lichtenhahn / Bruylant, 1998, 550 p.

LAGRANGE Evelyne, *La représentation institutionnelle dans l'ordre international: une contribution à la théorie de la personnalité morale des organisations internationales*, La Haye/Londres/New-York, Kluwer law international, 2002, 608 p.

LEJEUNE Marc, *Un droit des temps de crise : les clauses de sauvegarde de la CEE*, sous la direction d'Etienne CEREXHE, Centre d'études européennes, Université catholique du Louvain, Bruxelles, Bruylant ; Louvain, Vander, 1975, 385 p.

LESGUILLONS Henry, *L'application d'un traité-fondation : le traité instituant la C.E.E.*, Paris, L.G.D.J., 1968, 319 p.

MADIOT Yves, *Aux frontières du contrat et de l'acte administratif unilatéral : recherches sur la notion d'acte mixte en droit public français*, Paris, L.G.D.J., 1971, 390 p.

MAVOUNGOU Eloïs, *Le droit international dans la jurisprudence de la Cour de justice*, sous la direction de Pierre-Yves MONJAL, Thèse, Université Paris 13, 2005.

MERKT Benoît, *Harmonisation internationale et entraide administrative internationale en droit de la concurrence : droit du GATT-OMC, droit européen, accords bilatéraux et perspectives pour le droit suisse*, Thèse, Bern ; Berlin ; Bruxelles, P. Lang, 2000, 450 p.

MOULIN Claire, *Caractères juridiques d'une société en émergence : contribution à l'analyse de la spécificité de la construction communautaire*, sous la direction de Jean-Denis MOUTON, Thèse, Nancy 2, 2001.

MOURGEON Jacques, *La répression administrative*, Paris, LGDJ, 1967, 643 p.

NEFRAMI Eleftheria, *Les accords mixtes de la Communauté européenne : aspects communautaires et internationaux,* Bruxelles, Bruylant, 2007, 711 p.

PAINDAVOINE Colomba, *La stabilisation progressive des relations entre la Communauté européenne et l'A.E.L.E.*, Droit public, Lille II, 1998, 753 p.

PATRASCU Joana, *L'acquis communautaire*, sous la direction de Jacqueline DUTHEIL DE LA ROCHERE, Université de Paris 2, 2001.

POIRAT Florence, *Le traité, acte juridique international – Recherches sur le traité international comme mode de production et comme produit*, Coll. Etudes de droit international, Leiden, M. Nijhoff Publishers, 2004, 506 p.

RAFFENEU Stéphane, *Le concept de Communauté de droit*, sous la direction de Marc BLANQUET, Thèse, Université de Toulouse 1, 2000.

RAPOPORT Cécile, *Les partenariats entre l'Union européenne et les Etats tiers européens - Étude de la contribution de l'Union européenne à la structuration juridique de l'espace européen,* Bruxelles, Bruylant, 2011, 809 p.

ROBERT Denise, *Etude sur la neutralité suisse*, Thèse, Berne, Editions Polygraphiques Zurich, 1950 ; 102 p.

SCHMITZ Julia, *La théorie de l'institution du doyen Maurice Hauriou*, sous la direction de Jean-Arnaud Mazères, Paris, L'Harmattan, 2013, 523 p.

SFEZ Lucien, *Essai sur la contribution du Doyen Hauriou au droit administratif français*, Paris, LGDJ, 1966, 520 p.

SIMON Denys, *L'interprétation judiciaire des traités d'organisations internationales. Morphologie des conventions et fonction juridictionnelle*, Paris, Pedone, 1981, 936 p.

SUY Éric, *Les actes juridiques unilatéraux en droit international public*, Paris, L.G.D.J., 1962, 290 p.

TUSSEAU Guillaume, *Les normes d'habilitation*, Paris, Dalloz, 2006, 813 p.

VALLET Guillaume, *Intégration économique et autonomie politique : le cas Suisse-Union européenne : le franc suisse et l'euro*, Sciences économiques, Grenoble 2, 2009, 436 p.

WILHELM Christophe, *Introduction et force obligatoire des traités internationaux dans l'ordre juridique suisse*, Zürich, Schultess Polygraphischer Verlag, 1993, 343 p.

Monographies

ARES Georges, *La Suisse, avenir de l'Europe ? : anatomie d'un anti-modèle*, Paris, Gallimard, 1997, 115 p.

BAILEY Richard, *L'intégration économique en Europe : de la CECA à l'AELE*, Torino, Libreria scientifica ; Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1960, 98 p.

BAUER Gérard F., *Observations et réflexions sur la situation et l'évolution de l'Union européenne. Répercutions possibles sur les relations de la Suisse avec l'UE*, Neuchâtel, Hauterive, 1994, 23 p.

BIEBER Roland, KAHIL-WOLFF Bettina, KALLMAYER Sonja, *Differenzierte Integration in Europa : Handlungsspielräume für die Schweiz ?*, Chur, Rüegger, 2000, 200 p.

BOBBIO Noberto, *Essais de théorie du droit*, Paris, LGDJ, 1998, 286 p.

BONNET Baptiste, *Repenser les rapports entre ordres juridiques*, Paris, Lextenso, 2013, 208 p.

BRAUCHLIN Emil, *EG 92 und die Schweiz : unternehmerische Chancen und Risiken*, St Gallen, Forschungsstelle für Internationales Management, 1990, 269 p.

BREUSS Fritz, COTTIER Thomas, MÜLLER-GRAFF Peter-Christian, *Die Schweiz im europäischen Integrationsprozess*, Baden-Baden/Basel, Nomos/Helbing & Lichtenhahn, 2008, 335 p.

CHRISTEN Hervé de, *Suisse-Communauté européenne, l'illusion*, Genève, Éd. GVA, 1992, 88 p.

CORDEY Franklin, *La Suisse face au Marché commun : mythes et réalités*, Editions de l'Europe du possible, 1971, 2ème édition, 403 p.

DELAMURAZ Jean-Pascal, *La Suisse et l'Europe*, Lausanne, Fondation Jean Monnet pour l'Europe ; Centre de recherches européennes, 1989, 16 p.

DOMINICE Christian, *L'ordre juridique international entre tradition et innovation*, recueil d'études sous la dir. de Jeanne BELHUMEUR et Luigi CONDORELLI, Paris, Puf, 1997, 534 p.

DUBOIS Pierre, *La Suisse et le défi européen : 1945-1992*, Lausanne, Favre, 1989, 122 p.

DUTOIT Bernard, *La neutralité suisse à l'heure européenne*, Paris, L.G.D.J., 1962, 139 p.

FAJNOR Michael, *Die europäische Integration und ihre sicherheitspolitischen Folgen für die Schweiz*, Zürich, ETH, Forschungsstelle für Sicherheitspolitik und Konfliktanalyse, 1991, 100 p.

FAVRE Alexandre, *Histoire des relations entre l'AELE et la CE de 1984 à 1989*, Genève, Institut européen de l'université de Genève, 1995, 235 p.

GARRONE Pierre, *La libre circulation des personnes : liberté de mouvement, égalité, liberté économique : étude de droit communautaire et suisse*, Collection de droit européen, vol. 8, Zürich ; Bern, Schulthess Polygraphischer Verl, Stämpfli, 1993, 304 p.

GARRONE Pierre, *La libre circulation des marchandises : les relations commerciales internationales de la Suisse à l'heure du marché unique européen*, Bern, Stämpfli ; Zürich, Schulthess Polygraphischer Verlag, 1996, 112 p.

GENY François, *Science et technique en droit privé positif. Nouvelle contribution à la critique de la méthode juridique,* tome I : Position actuelle du problème du droit positif et éléments de sa solution, Paris, Sirey, 1914, 212 p.

GENY François, *Science et technique en droit privé positif. Nouvelle contribution à la critique de la méthode juridique,* tome II : Élaboration scientifique du droit positif (L'irréductible « droit naturel »), Paris, Sirey, 1915, 422 p.

GENY François, *Science et technique en droit privé positif*, Paris, Sirey, 1921, t. III, 522 p.

HART Herbert Lionel Adolphus, *Le concept de droit,* (traduction de l'ouvrage *The concept of law*, 1961 par Michel Van de KERCHOVE), Bruxelles, Publications des Facultés Universitaires Saint-Louis, 1976, 314 p.

HAURIOU Maurice, *Principes de droit public*, Paris, Sirey, 1910, réimpr. Paris, Dalloz, 2010 (préface d'Olivier BEAUD), 734 p.

HUTH-SPIESS Petra, *Europäisierung oder "Entschweizerung" ? : der Abstimmungskampf der Schweiz um den Beitritt zum Europäischen Wirtschaftsraum*, Bern, Peter Lang, 1996, 298 p.

JACOT-GUILLARMOD Olivier, *Le juge national face au droit européen : perspective suisse et communautaire*, Dossier de droit européen, vol.3, Bâle ; Francfort-sur-le-Main, Helbing & Lichtenhahn ; Bruxelles, Bruylant, 1993, 379 p.

KAHIL Bettina, *Suisse-Europe : mesurer le possible, viser à l'essentiel. Aspects politiques et juridiques des négociations bilatérales*, Centre Patronal, Lausanne, 1995, 105 p.

KOHLHASE Norbert, SCHWAMM Henri, *La négociation CEE-Suisse dans le Kennedy Round*, Lausanne, Centre de recherches européennes, 1974, 220 p.

LECOURT Robert, *L'Europe des juges*, Bruxelles, E. Bruylant, 1976, 321 p.

LEGAL Alfred, BRETHE DE LA GRESSAYE Jean, *Le pouvoir disciplinaire dans les institutions privées : son organisation et ses effets dans les associations, syndicats, sociétés, entreprises, professions : étude de sociologie juridique*, Paris, Sirey, 1938, 537 p.

LOURAU René, *L'analyse institutionnelle,* Paris, Les Editions de Minuit, 1970, 304 p.

LUIF Paul, *Neutrale in die EG ? : die westeuropäische Integration und die neutralen Staaten*, Laxenburg, Austrian Institute for International Affairs ; Wien, Braumüller, 1988, 259 p.

MARTI Simon, *Schweizer Europapolitik am Wendepunkt : Interessen, Konzepte und Entscheidungsprozesse in den Verhandlungen über den Europäischen Wirtschaftsraum*, Baden-Baden, Nomos, 2013, 399 p.

MILJAN Toivo, *The reluctant Europeans : the attitudes of the Nordic countries towards European integration*, 1977, C. Hurst, 325 p.

NELL Philippe G., *Suisse - Communauté européenne : au cœur des négociations sur l'Espace économique européen*, Paris, Economica, 2012, 414 p.

OST François, *Le temps du droit*, Paris, O. Jacob, 1999, 376 p.

PESCATORE Pierre, *Le droit de l'intégration. Emergence d'un phénomène nouveau dans les relations internationales selon l'expérience des Communautés européennes*, Bruxelles, Bruylant, rééd. 2005, 100 p.

PESCATORE Pierre, *L'ordre juridique des Communautés européennes, Etudes des sources du droit communautaire*, Bruxelles, Bruylant, rééd. 2006.

PESCATORE Pierre, *Études de droit communautaire européen 1962-2007*, Bruxelles, Bruylant, 2008, 1006 p.

RIEBEN Henri, *La Suisse et le Marché commun*, Lausanne, Centre de recherches européennes, École des H.E.C., Université de Lausanne, 1960, 47 p.

RIEBEN Henri, *Un Sentier suisse : le chemin européen*, Lausanne, Fondation Jean Monnet pour l'Europe, Centre de recherches européennes, 1992, 419 p.

ROBINSON Mary, FINDLATER Jantien, *Creating a European Economic Space : legal aspects of EC-EFTA relations*, papers from the Dublin Conference, October 1989, Dublin, Irish Centre for European law, 1990, 287 p.

ROMANO Santi, *L'ordre juridique*, trad. française de la 2ème édition de l'*Ordinamento giuridico* par Lucien FRANCOIS et Pierre GOTHOT, Paris, Dalloz, 2ème éd. 2002, 174 p.

SAURUGGER Sabine, *Théories et concepts de l'intégration européenne*, Paris, Presses de la Fondation nationale de Sciences Politiques, 2009, 483 p.

SCHWOK René, *Horizon 1992 : la Suisse et le grand marché européen*, Genève, Georg, Institut universitaire d'études européennes, 1989, 206 p.

SCHWOK René, *Place financière suisse, évasion fiscale et intégration européenne*, Genève, Institut européen de l'Université de Genève, 2002, 200 p.

SCHWOK René, *Suisse – Union européenne, l'adhésion impossible ?*, Lausanne, Presses polytechniques et universitaires romandes PPUR, 2010, 2ème édition, 149 p.

SCHWOK René, *Théories de l'intégration européenne. Approches, concepts et débats*, Paris, Montchrestien, 2005, 154 p.

SEILER Hansjörg, *EG, EWR und schweizerisches Staatsrecht : das rechtliche Funktionieren eines Beitritts der Schweiz zu EG oder EWR*, Bern, Stämpfli, 1990, 133 p.

VIRALLY Michel, *La pensée juridique*, Paris, L.G.D.J., 1960, 225 p.

VOGELAAR Floris O.W., STUYCK Jules, REEKEN Bart L.P., *Competition law in the EU, its member states and Switzerland*, The Hague, Kluwer Law International ; Deventer, W.E.J. Tjeenk Willink, 2000, 858 p.

WALLACE Helen, *The wider western Europe : reshaping the EC/EFTA relationship*, London ; New York, Pinter Publishers, 1991, 285 p.

WEIL Prosper, *Ecrits de droit international*, Vendôme, P.U.F., 2000, 423 p.

ZWEIFEL Thomas D., *Democratic deficit ? : institutions and regulation in the European Union*, Switzerland and the United States, Lanham (Md), Lexington Books, 2002, 174 p.

Ouvrages collectifs

BALMELLI Tiziano (dir.), *La Suisse saisie par l'Union européenne*, Fribourg, Editions Interuniversitaires Suisses, 2003, 296 p.

BASDEVANT-GAUDEMET Brigitte (dir.), *Contrat ou Institution : un enjeu de société*, Paris, L.G.D.J., 2004, 190 p.

BLOCKMANS Steven, ŁAZOWSKI Adam (dir.), *The European Union and its neighbours: a legal appraisal of the EU's policies of stabilisation, partnership and integration*, La Haye, Asser, 2006, 653 p.

BURGORGUE-LARSEN Laurence, LEVADE Anne, PICOD Fabrice (dir.), *Traité établissant une Constitution pour l'Europe. Commentaire article par article*, Bruxelles, Bruylant, 2005.

CHRISTOPHE-TCHAKALOFF Marie-France (dir.), *Le concept d'association dans les accords passés avec la Communauté : essai de clarification*, Bruxelles, Bruylant, 1999

CHURCH Clive H. (dir.), *Switzerland and the European Union: a close, contradictory and misunderstood relationship*, London, Routledge, 2007, 263 p.

CONDINANZI Massimo (dir.), *Unione europea e Svizzera tra cooperazione e integrazione*, Milano, Giuffre, 2012, 459 p.

CONSTANTINESCO Vlad, GAUTIER Yves, MICHEL Valérie (dir.), *Le Traité établissant une Constitution pour l'Europe. Analyses et commentaires*, Strasbourg, Presses Universitaires de Strasbourg, 2005, pp.31-60.

CORMICK (Mc) Neil, WEINBERGER Ota, *Pour une théorie institutionnelle du droit*, Paris, L.G.D.J., 1992, 237 p.

COTTIER Thomas, R. KOPSE Alwin (dir.), *Der Beitritt der Schweiz zur Europäischen Union : Brennpunkte und Auswirkungen, L'adhésion de la Suisse à l'Union européenne : enjeux et conséquences*, Zürich, Schulthess, 1998, 1267 p..

CURAPP, *L'institution*, Paris, PUF, 1981, 411 p.

DEMARET Paul (dir.), *Relations extérieures de la Communauté et marché intérieur : aspects juridiques et fonctionnels*, Collège d'Europe n°45, Bruxelles, Ed. Story-Scientia, 1988

DELMAS-MARTY Mireille (dir.), *Critique de l'intégration normative : l'apport du droit comparé à l'harmonisation des droits*, Paris, Presses universitaires de France, 2004, 330 p.

EPINEY Astrid, RIVIERE Florence, *Auslegung und Anwendung von "Integrationsverträgen". Zur Übernahme des gemeinschaftlichen Besitzstandes durch Drittstaaten, insbesondere die Schweiz, Interprétation et application des "traités d'intégration". De la reprise de l'acquis communautaire par des Etats tiers, notamment par la Suisse*, Zürich, Schuthess, 2006, 159 p.

EPINEY Astrid, SIEGWART Karine (dir.), *Direkte Demokratie und Europäische Union. Démocratie directe et Union européenne*, Freiburg, Universitätsverlag, 1997, 143 p.

FELDER Daniel, KADDOUS Christine, (dir.), *Accords bilatéraux Suisse-UE (Commentaires) - Bilaterale Abkommen Schweiz-EU (Erste Analysen)*, Dossiers de droit européen, vol. 8, Bruxelles/Bâle, Bruylant/Helbing & Lichtenhahn, 2001, 783 p.

GERARD Philippe, OST François, VAN DE KERCHOVE Michel, *Droit négocié, droit imposé ?*, Bruxelles, Publications des F.U.S.L, 1996, 703 p.

JACOT-GUILLARMOD Olivier (dir.), *L'avenir du libre-échange en Europe: vers un Espace économique européen?*, Collection de droit européen, vol.2, Zürich, Schulthess Polygraphischer Verlag, 1990, 574 p.

JACOT-GUILLARMOD Olivier, *Accord EEE : commentaires et réflexions, EWR-Abkommen : erste Analysen, EEA Agreement : comments and reflexions*, Collection de droit européen n°9, Zürich/Bern, Schulthess/StÄmpfli, 1992, 860 p.

KADDOUS Christine, DONY Marianne, *D'Amsterdam à Lisbonne. Dix ans d'espace de liberté, de sécurité et de justice*, Dossiers de droit européen, vol.20, 2010, Bruxelles, Bruylant ; Paris, L.G.D.J., 240 p.

KADDOUS Christine, JAMETTI GREINER Monique (dir.), *Accords bilatéraux II Suisse-UE et autres accords récents, Bilaterale Abkommen II Schweiz-EU : und andere neue Abkommen*, Dossiers de droit européen, vol. 16, Bruxelles/Genève/Paris, Bruylant/Helbing & Lichtenhahn/LGDJ, 2006, 1006 p.

KADDOUS Christine, GRISEL Diane, *Libre circulation des personnes et des services*, Bâle, Helbing Lichtenhahn, 2012, 1036 p.

LABOUZ Marie-Françoise (dir.), *Le partenariat de l'Union européenne avec les pays tiers. Conflits et convergences*, Bruxelles, Bruylant, 2000, 352 p..

LAGRANGE Evelyne, SOREL Jean-Marc (dir.), *Droit des organisations internationales*, Issy-les-Moulineaux, LGDJ, 2013, 1197 p.

LOUIS Jean-Victor, DONY Marianne (dir.), *Commentaire J. MEGRET. Le droit de la CE et de l'Union européenne*, t.12 : *Relations extérieures*, Bruxelles, Université de Bruxelles, 2005, 2ème édition.

MAIANI Francesco, PETROV Roman, MOULIAROVA Ekaterina (dir.), *European Integration Without EU Membership: Models, Experiences, Perspectives*, *European University Institute (EUI) Working Papers* n°2009/10, 149 p., disponible à l'adresse: http://cadmus.eui.eu/bitstream/handle/1814/11294/MWP_2009_10.pdf?sequence=1

MOREILLON Laurent (dir.), *Aspects pénaux des accords bilatéraux Suisse - Union Européenne: accords de Schengen, Dublin et autres engagements bilatéraux*, Bâle, Helbing Lichtenhahn, 2008, 793 p.

OST François, VAN DE KERCHOVE Michel, *Le système juridique entre ordre et désordre*, Paris, PUF, 1988, 254 p.

OST François, VAN HOECKE Mark (dir.), *Temps et droit. Le droit a-t-il pour vocation de durer ?*, Bruxelles, Bruylant, 1998, 469 p.

OST François, VAN DE KERCHOVE Michel, *De la pyramide au réseau?*, Bruxelles, Facultés universitaires Saint-Louis, 2002, 596 p.

PERELMAN Chaïm, FORIERS Paul (dir.), *Les présomptions et les fictions en droit*, Bruxelles, Bruylant, 1974, 350 p.

ROSAS Allan, LEVITS Egils, BOT Yves (dir.), *The Court of Justice and the construction of Europe : analyses and perspectives on sixty years of case-law - La Cour de Justice et la construction de l'Europe : analyses et perspectives de soixante ans de jurisprudence*, La Haye, Asser Press, 2013, 727 p.

RUFFIEUX Roland, MORIER-GENOUD Annik Schachtschneider, *La Suisse et son avenir européen : une analyse des positions suisses face à l'intégration de l'Europe*, Lausanne, Payot, cop. 1989, 263 p.

SCHWOK René, GUILLAUME Michel, ARM Jean-Philippe, GIUSSANI Bruno, *Suisse - Europe : le choix historique : trois scénarios pour l'an 2000* ; 134 réponses sur l'Espace économique européen, Genève, Georg ; Lausanne, L'Hebdo, 1992, 156 p.

SCHWOK René, LEVRAT Nicolas, *Conséquences des accords bilatéraux entre la Suisse et l'Union européenne pour les cantons frontaliers de la France*, coll. Euryopa, Genève, IEUG, 2000,

THÜRER Daniel, WEBER Rolf H., ZÄCH Roger (éds), *Bilaterale Verträge Schweiz-EG. Ein Handbuch,* Zurich, Schulthess, 2002, 1324 p.

VAHL Marius, GROLIMUND Nina, *Integration without membership : Switzerland's bilateral agreements with the European Union*, Brussels, Centre for European Policy Studies in collaboration with the Europa Institut, 2006, 122 p.

WAGSCHAL Uwe, GANSER Daniele, RENTSCH Hans, *Cavalier seul : la Suisse 10 ans après le non à l'EEE*, Genève, Labor et Fidès, 2003, 168 p.

WEBER Rolf H., THÜRER Daniel, ZÄCH Roger, *Aktuelle Probleme des EG-Rechts nach dem EWR-Nein*, Zürich, Schulthess Polygraphischer Verl., 1993, 141 p.

WERRO Franz, PROBST Thomas (dir.), *Le droit privé suisse face au droit communautaire européen. Questions actuelles en droit de la responsabilité civile et en droit des contrats*, Staempfli, Berne, 2004, 208 p.

Mélanges et contributions

Au carrefour des droits, mélanges en l'honneur de Louis DUBOUIS, Paris, Dalloz, 2002, 901 p.

BASTID Suzanne, « Place de la notion d'institution dans une théorie générale des organisations internationales », in *L'évolution du droit public. Etudes en l'honneur d'Achille MESTRE*, Paris, Sirey, 1956, pp.43-51.

BASTID BURDEAU Geneviève, « Quelques remarques sur la notion de droit dérivé en droit international », in *Droit du pouvoir – pouvoir du droit. Mélanges offerts à Jean SALMON*, Bruxelles, Bruylant, 2007, 1627 p., pp. 162-175.

BIEBER Roland, « Quelques remarques à l'occasion de l'entrée en vigueur des Accords bilatéraux Suisse-CE », *Mélanges en l'honneur de Bernard Dutoit,* Genève, Librairie Droz, 2002, pp. 14-21.

BLANC Didier, « Le "principe de permanence" à l'œuvre. Concordance des temps de la déclaration Schuman au Traité de Lisbonne », in *Mélanges en l'honneur du Professeur Joël MOLINIER*, Paris, LGDJ, 2012, pp.39-51.

CAPOTORTI F., EHLERMANN C.-D., FROWEIN J., JACOBS F., JOLIET R., KOOPMANS T., KOVAR R. (Hrsg.), *Du droit international au droit de l'intégration, Liber amicorum Pierre PESCATORE,* Baden-Baden, Nomos, 1987, 869 p.

CEREXHE Etienne, « L'intégration juridique comme facteur d'intégration régionale », in *Avancées et confins actuels des droits de l'homme aux niveaux international, européen et national*, mélanges offerts à Silvio Marcus Helmons, Bruxelles, Bruylant, 2003, p.29-39

CHARPENTIER Jean, « De la personnalité juridique de l'Union européenne », in *Mélanges G. PEISER*, Grenoble, Presses universitaires de Grenoble, 1995, pp.93-102

CHARPENTIER Jean, « Eléments de cohérence entre ordres juridiques distincts », in *Au carrefour des droits, Mélanges en l'honneur de Louis DUBOUIS*, Paris, Dalloz, 2002, p.292-307.

CHARPENTIER Jean, « Engagements internationaux et engagements conventionnels, différences et convergences », in *Theory of international law at the threshold of the 21st century : essays in honour of Krzysztof SKUBISZEWSKI*, The Hague, Kluwer Law International, 1996, 1008 p., pp.367-380

CHARPENTIER Jean, « Quelques réflexions sur la personnalité juridique des organisations internationales : réalité ou fiction ? », *Le droit des organisations internationales – Recueil d'études à la mémoire de Jacques SCHWOB*, Bruxelles, Bruylant, 1997, pp.3-17.

CONSTANTIN A. Stephanou, « Le principe d'égalité statutaire des États » in *Le droit de l'Union européenne en principes. Liber Amicorum en l'honneur de Jean RAUX*, Rennes, Éditions Apogée, 2006, pp. 373-391.

CONSTANTINESCO Léontin-Jean, « Fédéralisme-constitutionnalisme ou fonctionnalisme ? Réflexions sur la méthode de l'intégration », in *Mélanges Fernand DEHOUSSE,* vol. 2 : La construction européenne, Paris, Nathan, 1979, pp. 19-2.

CONSTANTINESCO Vlad, « L'article 5 de Traité CEE, De la bonne foi à la loyauté communautaire », in *Du droit international au droit de l'intégration, Liber amicorum Pierre PESCATORE,* Baden-Baden, Nomos, 1987, pp.97-114

CONSTANTINESCO Vlad, « Les noms de l'Europe (Des Communautés européennes à l'Union européenne) », in *Le Droit des organisations internationales. Recueil d'études à la mémoire de Jacques SCHWOB*, Bruxelles, Bruylant, 1997, 362 p., pp. 309-330.

COTTIER Thomas, MERKT Benoît, « La fonction fédérative de la liberté du commerce et de l'industrie et la loi sur le marché intérieur suisse : l'influence du droit européen et du droit international économique », in P. ZEN-RUFFINEN, A. AUER (éd.) *De la constitution, études en l'honneur de Jean-François AUBERT*, Bâle, Francfort-sur-le-Main, Helbing & Lichtenhahn, 1996, pp. 449-471.

DOMINICIE Christian, « La nature juridique des actes des organisations internationales », in *L'ordre juridique international. Entre tradition et innovation. Recueil d'études*, Paris, PUF, 1997, pp. 421-434.

DUBOS Olivier, « L'Union européenne : Sphynx ou Enigme ?, in *Les dynamiques du droit européen en début de siècle, Etudes en l'honneur de Jean-Claude GAUTRON*, Paris, Pedone, 2004, pp. 29-56.

DUPUIS Georges, « Définition de l'acte unilatéral », in *Recueil d'études en hommage à Charles EISENMANN,* Paris. Ed. Cujas, 1975, 467 p., pp. 205-213.

ESPAGNO Delphine, « Une rencontre entre Léon Duguit et Maurice Hauriou : l'analyse institutionnelle du service public », in *Etudes en l'honneur du Professeur Jean-Arnaud MAZERES*, Paris, Litec, 2009, pp.333-351

FERRARI Pierre, « Essai sur la notion de co-auteurs d'un acte unilatéral en droit administratif français », in *Recueil d'études en hommage à Charles EISENMANN,* Paris. Ed. Cujas, 1975, 467 p., pp. 215-229

FINES Francette, « L'application uniforme du droit communautaire dans la jurisprudence de la Cour de Justice des Communautés européennes », in *Les dynamiques du droit européen en début de siècle*, Etudes en l'honneur de Jean-Claude GAUTRON, Paris, A. Pedone, 2004, p. 333-348.

Festschrift für Rudolf BINDSCHEDLER, Bern, Stämpfli, 1980, 638 p.

FLAESH-MOUGIN Catherine, BOSSE-PLATIERE Isabelle, « L'application provisoire des accords de l'Union européenne », in I. GOVAERE, E. LANNON, P. VAN ELSUWEGE, S. ADAM (dir.), *The European Union in The World. Essays in Honour of Marc MARESCEAU*, Leiden, M. Nijhoff, 2014, pp.293-323.

GAUDIN Hélène, « Le temps et le droit communautaire : remarques introductives autour du droit positif », in *Les dynamiques du droit européen en début de siècle. Etudes en l'honneur de Jean-Claude GAUTRON*, Paris, Pedone, 2004, pp. 349-368.

GAUTIER Marie, « Le dispositif Schengen vecteur d'une nouvelle forme d'intégration juridictionnelle », in *Les dynamiques du droit européen en début de siècle*, Etudes en l'honneur de Jean-Claude GAUTRON, Paris, Pedone, 2004, pp. 69-82.

GAUTIER Yves, « l'association des Etats tiers à l'espace de liberté, de sécurité et de justice », in *L'Union européenne : Union de droit, Union des droits, Mélanges en l'honneur de Philippe MANIN*, Paris, Pedone, 2010, pp. 403-412.

GAUTRON Jean-Claude, « Libres propos sur les élargissements de l'Union européenne », in I. GOVAERE, E. LANNON, P. VAN ELSUWEGE, S. ADAM (dir.), *The European Union in The World. Essays in Honour of Marc MARESCEAU*, Leiden, M. Nijhoff, 2014, pp.505-522.

GAUTRON Jean-Claude, « Remarques sur quelques limites de l'autonomie du droit de l'Union européenne », in *L'identité du droit de l'Union européenne. Mélanges en l'honneur du Professeur Claude BLUMANN*, à paraître.

GOVAERE I., LANNON E., VAN ELSUWEGE P., ADAM S. (dir.), *The European Union in The World. Essays in Honour of Marc MARESCEAU*, Leiden, M. Nijhoff, 2014, 637 p.

HAUSER Jean, « Temps et liberté dans la théorie générale de l'acte juridique », in *Religion, société et politique. Mélanges en hommage à Jacques Ellul*, Paris, Presses universitaires de France, 1983, 866 p., pp.503-510.

HEBRAUD Pierre, « Rôle respectif de la volonté et des éléments objectifs dans les actes juridiques », in *Mélanges offerts à Jacques MAURY*, tome 2 : Droit comparé : théorie générale du droit et droit privé, Paris, Dalloz-Sirey, 1960, pp.417-476.

JACOT-GUILLARMOD Olivier, « Expressions juridiques, au sein du système européen de libre-échange, du rapprochement de l'AELE et de la Communauté » in *Du droit international au droit de l'intégration*, Liber Amicorum Pierre PESCATORE, Baden Baden, Nomos, 1987, pp. 299-318.

JACOT-GUILLARMOD Olivier, « Traces du droit communautaire dans la jurisprudence du Tribunal fédéral suisse », in G.C. RODRIGUEZ IGLESIAS, O. DUE, R. SCHINTGEN, C. ELSEN, *Mélanges en hommage à Fernand Schockweiler,* Nomos, Baden-Baden, 1999, pp.212-232.

Jean Paul JACQUE, « A propos de la promesse unilatérale », in *Le Droit international, unité et diversité; mélanges offerts à Paul REUTER*, Paris, Pedone, 1981, 582 p., pp.327-345.

KADDOUS Christine, « L'influence du droit communautaire dans la jurisprudence du Tribunal fédéral suisse », in *Le droit à la mesure de l'homme, Mélanges en l'honneur de l'Avocat général Philippe Léger*, Paris, Pedone, 2006, pp. 407-422.

KAPTEYN PJG, « Quelques réflexions sur le contrôle de la constitutionnalité des accords conclus par la Communauté avec des pays tiers », in RODRIGUEZ G. C., IGLESIAS, DUE O., SCHINTGEN R., ELSEN C., *Mélanges en hommage à Fernand Schockweiler*, Baden-Baden, Nomos, 1999, p.275-285.

KNAPP Blaise, « L'Etat souverain en 2006 : Théorie et réalité », in *L'Etat souverain dans le monde aujourd'hui*, Mélanges en l'honneur de Jean-Pierre PUISSOCHET, Paris, A. Pedone, 2008, p. 145-152.

KNAPP Blaise, « La Suisse et l'Union européenne, une intégration douce », in *Au carrefour des droits*, mélanges en l'honneur de Louis DUBOUIS, Paris, Dalloz, 2002, 901 p. pp. 387-405.

La communauté internationale : mélanges offerts à Charles Rousseau, Paris, Pedone, 1974, 346 p.

LABAYLE Henri, « La politique extérieure de l'Union européenne en matière de justice et d'affaires intérieures : chimère ou réalité ? », in *Les dynamiques du droit européen en début de siècle*, Etudes en l'honneur de Jean-Claude GAUTRON, Paris, Pedone, 2004, pp. 681-699.

LE BARBIER-LE BRIS Muriel, « Les principes d'autonomie institutionnelle et procédurale et de coopération loyale. Les Etats membres de l'Union européenne, des Etats pas comme les autres », in *Le droit de l'Union européenne en principes. Liber Amicorum en l'honneur de Jean RAUX*, Rennes, Éditions Apogée, 2006, pp. 419-457.

Le droit des organisations internationales – Recueil d'études à la mémoire de Jacques SCHWOB, Bruxelles, Bruylant, 1997, 362 p.

Le Droit international, unité et diversité; mélanges offerts à Paul REUTER, Paris, Pedone, 1981, 582 p.

LECOURT Robert, « Le rôle unificateur du juge dans la Communauté », in *Études de droit des Communautés européennes*, mélanges offerts à Pierre-Henri TEITGEN, Paris, Pedone, 1984, pp. 223-237.

LENAERTS Koen, « Le devoir de loyauté communautaire », in *La loyauté. Mélanges offerts à E. CEREXHE,* Bruxelles, De Boeck & Larcier, 1997, pp. 229-247.

MACHERET Augustin, « La Suisse, État tiers ou État membre de l'Union européenne? », in *Mélanges en l'honneur de Pierre Tercier*, Genève, Schulthess, 2008, p. 33-48.

MALINTOPPI Antonio, « De la notion d'organisation en droit international », in *Recueil d'études de droit international en hommage à Paul GUGGENHEIM*, Genève, Institut universitaire de hautes études internationales, 1968, 901 p., pp. 825-840.

MARESCEAU Marc, « Les micro-Etats européens et l'Union européenne: une relation de proximité sous tension ? », in *Les dynamiques du droit européen en début de siècle, Etudes en l'honneur de Jean-Claude GAUTRON*, Paris, Pedone, 2004, pp. 751-775.

MAZERES Jean-Arnaud, « La théorie de l'institution de Maurice Hauriou ou l'oscillation entre l'instituant et l'institué », in *Pouvoir et liberté. Etudes offertes à Jacques MOURGEON*, Bruxelles, Bruylant, 1998, pp.239-293.

MONACO Riccardo, « Les systèmes de vote dans les organisations internationales », in *Mélanges en l'honneur de Gilbert GIDEL*, Paris, Sirey, 1961, 605 p., pp. 469-482.

MONACO Riccardo, « Le caractère constitutionnel des actes institutifs d'organisations internationales », in *La communauté internationale : mélanges offerts à Charles Rousseau*, Paris, Pedone, 1974, pp.153-172.

MONJAL Pierre-Yves, « La Cour de justice et les accords externes conclus par la Communauté européenne : une intégration contrôlée dans l'ordre juridique communautaire », *in Mélanges en hommage à Guy Isaac : 50 ans de droit communautaire* (sous la direction de Marc Blanquet), Toulouse, Presses de l'Université des Sciences Sociales de Toulouse, 2004, p. 409-448.

PERROT Danielle, « Intégrité et cohérence de l'ordre juridique communautaire », in *Le droit de l'Union européenne en principes. Liber Amicorum en l'honneur de Jean RAUX*, Rennes, Éditions Apogée, 2006, pp.615-641.

PESCATORE Pierre, « L'application judiciaire des traités internationaux dans la Communauté européenne et dans ses Etats membres », in *Études de droit des Communautés européennes*, mélanges offerts à Pierre-Henri TEITGEN, Paris, A. Pedone, 1984, p.355-406.

PESCATORE Pierre, « Monisme, dualisme et "effet utile" dans la jurisprudence de la Cour de justice de la Communauté européenne », in *Une communauté de droit, Festschrift für Gil Carlos Rodrigueez Iglesias*, BWV Berliner Wissenschafts, 2003, p.335 et s.

Recueil d'études en hommage à Charles EISENMANN, Paris. Ed. Cujas, 1975, 467 p.

Recueil d'études de droit international en hommage à Paul GUGGENHEIM, Genève/Paris, Faculté de droit de l'Université de Genève/Ed. A. Lesot, 1968, 901 p., pp.237-265

RENARD Georges, « Qu'est-ce que le Droit constitutionnel ? Le Droit constitutionnel et la Théorie de l'Institution », in *Mélanges Carré de Malberg*, Paris, Sirey, 1933, pp.491-501

RODIERE René, « Approche d'un phénomène : les migrations de systèmes juridiques », in *Mélanges dédiés à Gabriel Marty*, Toulouse, Ed. Université des sciences sociales de Toulouse, 1978, p.547.

ROUBIER Paul, « L'ordre juridique et la théorie des sources du droit », in *Le droit privé français au milieu du XXe siècle*, Études offertes à G. RIPERT, Tome I, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1950, p.9 et s.

SCHMITZ Julia, « Présentation de l'article "La théorie de l'Institution & de la Fondation (essai de Vitalisme social)" », in M. TOUZEIL-DIVINA (dir.), *Miscellanées Maurice HAURIOU*, Paris, L'Epitoge-Lextenso, 2013, pp.175-180.

SOULIER Gérard, « Quand la Communauté disparaît reste le droit communautaire », in *Les dynamiques du droit européen en début de siècle*, Etudes en l'honneur de Jean-Claude GAUTRON, Paris, Pedone, 2004, pp. 513-528.

Theory of international law at the threshold of the 21st century : essays in honour of Krzysztof SKUBISZEWSKI, The Hague, Kluwer Law International, 1996, 1008 p.

USHER John, « Le principe de la différenciation : une perspective britannique », in *Le droit de l'Union européenne en principes. Liber Amicorum en l'honneur de Jean RAUX*, Rennes, Éditions Apogée, 2006, pp.393-417.

VISSCHER (de) Charles, « Quelques réflexions sur la règle de l'unanimité dans l'organisation internationale », in *Mélanges offerts à Ernest MAHAIM*, t. II, Sciences juridiques, Paris, Sirey, 1935, pp.106-116.

VIRALLY Michel, « La notion de fonction dans la théorie de l'organisation internationale », in *La communauté internationale : mélanges offerts à Charles ROUSSEAU,* Paris, Pédone, 1974, pp.277-300.

VIRALLY Michel, « De la classification des organisations internationales », in *Mélanges Ganshof van der Meersch*, Bruxelles, Bruylant, 1972, t.1, p.365-382.

VIRALLY Michel, « Notes sur la validité du droit et son fondement », in *Recueil d'études en hommage à Charles EISENMANN*, Paris, Cujas, 1975, 467 p., pp.453-467.

ZIEGLER Andreas R., « L'avenir des accords de l'Union européenne avec ses pays voisins : l'exemple de la Suisse », in C. PHILIP (dir.), *Réalisations et défis de l'Union européenne : droit, politique, économie. Mélanges en hommage à Panayotis SOLDATOS*, Bruxelles, Bruylant, 2012, 609 p., pp.583-594.

ZEN-RUFFINEN Piermarco, AUER Andreas (éd.), *De la constitution*, études en l'honneur de Jean-François AUBERT, Bâle, Francfort-sur-le-Main, Helbing & Lichtenhahn, 1996, 714 p.

ZOLLER Elizabeth, « Gouvernance internationale et organisations internationales », in *Le droit des organisations internationales – Recueil d'études à la mémoire de Jacques SCHWOB*, Bruxelles, Bruylant, 1997, pp.141-154.

Actes de colloque

ANDRIANTSIMBAZOVINA Joël, GESLOT Christophe (dir.), *Les Communautés et l'Union européennes face aux défis de l'élargissement*, Actes du colloque de Besançon organisé par la Commission pour l'Etude des Communautés Européennes (CEDECE) les 17 et 18 octobre 2002, Paris, La Documentation française, 2005, 620 p.

BOSSE-PLATIERE Isabelle, RAPOPORT Cécile (dir.), *L'État tiers en droit de l'Union européenne,* actes du colloque de Rennes des 21 et 22 juin 2012, Bruxelles, Bruylant, 2014, 501 p.

Conseil de l'Europe, *Principes et méthodes d'élaboration des normes juridiques*, actes du douzième Colloque de droit européen de Fribourg, 13-15 octobre 1982, Strasbourg, Conseil de l'Europe, 1983, 144 p.

COUZINET Jean-François (dir.), *Les Agences de l'Union européenne – Recherche sur les organismes communautaires décentralisés*, Actes de la Journée G. ISAAC du 8 juin 2001, Ed. Presses de l'Université des sciences sociales de Toulouse, 2002, pp. 13-30

DE BELLET Marc, SIDJANSKI Dusan, *L'Union européenne à la lumière du Fédéralisme Suisse*, colloque Latsis 1995, Institut européen de l'Université de Genève, Chêne-Bourg, Georg ed, 1996, 209 p.

DELLEY Jean-Daniel (dir.), *Démocratie directe et politique étrangère en Suisse*, *Direkte Demokratie und schweizerische Aussenpolitik*, actes du colloque organisé des 19-20 février 1999, Faculté de Droit de Genève, Genève, Helbing et Lichtenhahn, 1999, 155 p.

DOAT Mathieu, DARCY Gilles (dir.), *L'imaginaire en droit*, Actes du colloque des 25 et 26 janvier 2008 au Sénat, Collection Penser le droit N° 13, Bruxelles, Bruylant, 450 p.

DUMOULIN Michel, DUCHENNE Geneviève (dir.), *Les petits Etats et la construction européenne*, actes de la VIIe Chaire Glaverbel, Bruxelles, PIE-Peter Lang, 2002, 401 p.

DUMOULIN Michel, DUCHENNE Geneviève (dir.), *L'Europe inachevée*, actes de la Xe Chaire Glaverbel d'études européennes, Bruxelles, PIE-Peter Lang, 2006.

GAUDARD Gaston (dir.), *Les négociations économiques européennes de la Suisse*, Colloque, Université de Fribourg, Centre de recherches en économie de l'espace, Ed. universitaires, 1991, 115 p.

GAUDIN Hélène (dir.), *De nouvelles frontières pour le droit communautaire ? La question du champ d'application*, actes du colloque de la Faculté de droit de La Rochelle, 25 avril 2003 RAE/LEA 2003-2004/1.

GAUTRON Jean-Claude, GRARD Loïc (dir.), *Droit international et droit communautaire – perspectives actuelles*, Colloque de Bordeaux de la SFDI, Paris, Pedone, 2000, pp.11-52.

GERBET Pierre et PEPY Daniel (dir.), *La décision dans les Communautés européennes*, actes du colloque de l'Association pour le développement de la Science politique européenne, organisé par l'IEP de Lyon, Grands Colloques européens, 2, Presses universitaires de Bruxelles, 1969.

GUILLERMIN Guy, OBERDORFF Henri, *La cohésion économique et sociale : une finalité de l'Union européenne*, actes du colloque de Grenoble, 19-21 octobre 1998 de la Commission pour l'étude des Communautés européennes (CEDECE), Volume II, Les outils et les politiques, organisé par l'Institut d'études politiques et le Centre universitaire de recherches européennes et internationales, Paris, la Documentation française, DL 2000, 358 p.

Institut universitaire d'études européennes, *La Suisse en Europe : une réflexion pluridisciplinaire*, Genève, Institut universitaire d'études européennes, 1992, 221 p.

La Suisse face au défi de la Communauté européenne, table ronde organisée par l'Université de Fribourg et l'Association suisse de politique étrangère en mars 1988, Fribourg, Ed. universitaires, 1989, 112 p.

Le droit international et le temps, actes du XXXIVème colloque de Paris organisé par la SFDI les 25, 26 et 27 mai 2000, Paris, Pedone, 2001, 282 p., pp.77-107.

Les techniques interprétatives de la norme internationale, Colloque de Poitiers, 25 juin 2010, *Revue générale du droit international public*, 2011, t. 115, n°2.

MONJAL Pierre-Yves, NEFRAMI Eleftheria (dir.), *Le commun dans l'Union européenne*, Bruxelles, Bruylant, 2009, 236 p.

PYTHON Francis, FAVEZ Jean-Claude, JOST Hans-Ulrich, *Les relations internationales et la Suisse*, actes du colloque du 3e cycle romand d'histoire moderne et contemporaine Lausanne février 1997, Lausanne, Antipodes, 1998, 291 p.

RICQ Charles, *Les cantons frontaliers et l'intégration européenne, acte unique européen – 1992*, actes du symposium tenu à Genève le 28 octobre 1988, Genève, Institut universitaire d'études européennes, 1991, 166 p.

RÜCKER Katrin, WARLOUZET Laurent (dir.), *Quelle(s) Europe(s)? Which Europe(s)? Nouvelles approches en histoire de l'intégration européenne au XXe siècle*, actes du colloque international organisé par le Réseau international des jeunes chercheurs en histoire de l'intégration européenne, Université Paris-Sorbonne et IEP Paris, 31 mars et 1er avril 2005, Bruxelles, Peter Lang, coll. Euroclio, 2006, 388 p.

SEILER Hansjörg, *Auswirkungen des EU-Rechts auf Nicht-EU-Mitglieder ("de facto Mitgliedschaft" der Schweiz und Liechtensteins?)*, XVI. Treffen der obersten Verwaltungsgerichtshöfe Österreichs, Deutschlands, des Fürstentums Liechtenstein und der Schweiz vom 18./19. September 2008, Leipzig Beitrag der Schweiz, disponible à partir de l'adresse :
http://www.bger.ch/fr/landesbericht_schweiz_auswirkungen_eu-recht.pdf

Articles

ABRAMS Richard K., CORNELIUS Peter, TERSMAN Gunnar, HEDFORS Per L., « The impact of the European community's internal market on the EFTA », in *IMF Occasional paper*, n°74, Washington D.C, International Monetary Fund, 1990, 66 p.

ARB (VON) Christophe, « Grundzüge des Abkommens über die wissenschaftliche und technische Zusammenarbeit », in D. FELDER, C. KADDOUS (dir.), *Accords bilatéraux Suisse-UE (Commentaires)*, Bruxelles, Bruylant, 2001, pp. 690-703.

ASCHENBRENNER Gerhard, « L'avenir du libre-échange européen : bilan au sein de l'AELE (1960-1988) », in O. JACOT-GUILLARMOD (dir.), *L'avenir du libre-échange en Europe : vers un Espace économique européen ?*, Zürich, Schulthess, 1990, pp. 51-59.

AUER André, « Das Abkommen über den Luftverkehr : eine politische Würdigung », in D. FELDER, C. KADDOUS (dir.), *Accords bilatéraux Suisse-UE (Commentaires),* Bruxelles, Bruylant, 2001, pp. 435-442.

AZOULAI Loïc, « L'acquis de l'Union et les organisations internationales », *RAE*, 2001-2002/7.

AZOULAI Loïc, « The Acquis of the European Union and International Organisations », in *European Law Journal*, Vol. 11, Mars 2005.

AZOULAI Loïc, PICOD Fabrice, « L'Union européenne », in *Dominique CHAGNOLLAUD, Michel TROPER (dir.), Traité international de droit constitutionnel*, Paris, Dalloz, 1ère éd., 2012, tome 2, pp. 77-109.

BILAL Sanoussi, « L'intégration de la Suisse dans l'Europe : Les accords bilatéraux comme première étape ? », *Eipascope 99/3*, pp.19-22, disponible sur le site : http://aei.pitt.edu/844/1/scop99_3_3.pdf

BOGDAÑSKI Pascal-Hervé, « L'association de la Suisse au système de Dublin », in C. KADDOUS, M. JAMETTI GREINER (dir.), *Accords bilatéraux II Suisse-UE et autres accords récents,* Bruxelles, Bruylant, 2006, pp. 389-424.

BOISSON DE CHAZOURNES Laurence, MBENGUE Makane Moïse, « Suivi et contrôle », in E. LAGRANGE, J.-M. SOREL (dir.), *Droit des organisations internationales*, Issy-les-Moulineaux, LGDJ, 2013, pp.800-818.

BOULOUIS Jean, « Les avis de la Cour de justice des Communautés européennes sur la compatibilité avec le Traité CEE du projet d'accord créant l'Espace économique européen (EEE) », *RTDE*, 1992, n°3, pp.457-463.

BOURGEOIS Jacques, « L'Espace économique européen », *RMUE* 11, n°2.

BOURGNON Etienne, « La Suisse dans le conflit idéologique contemporain », *Politique étrangère* n°1, 1952, pp. 477-498.

BOVET Christian, « Réception du droit public économique étranger en Suisse », *Revue de droit suisse*, 2000, vol. II, pp.277-312.

BRAILLARD Philippe, « La fédéralisation de l'Union européenne vue de Suisse. Le cas du contentieux sur la fiscalité cantonale des entreprises », in P. GRIGORIOU (dir.), *L'Europe Unie et sa Fédéralisation*, Bruxelles, Bruylant, 2009, pp.123-137.

CAHIER Philippe, « L'ordre juridique interne des organisations internationales », in R.-J. DUPUY (dir.), *Manuel sur les organisations internationales, Boston, Martinus Nijhoff Publishers, 1998, 2ème éd., pp.377-397.*

CALLIESS Christian, « Die privilegierte Partnerschaft der Schweiz als Modell für die Erweiterungsfrage der EU», in *Die Schweiz im europäischen Integrationsprozess*, Nomos, Baden-Baden, 2008, p. 283–306.

BARBERIS Julio A., « Le concept de « traité international » et ses limites », *AFDI*, 1984, vol. 30, n° 1, pp. 239-270.

BARBEZAT Daniel, « Le Plan Marshall et les origines de l'OECE », in R. T. GRIFFITHS (dir.), *À la découverte de l'OECE*, Collection historique de l'OCDE, 1997, pp.35-48.

BAUDENBACHER Carl, « Zum Nachvollzug europäischen Rechts in der Schweiz », *Europarecht* n°3, 1992, p.309-320.

BEAUD Olivier, « Ouverture : L'Europe entre droit commun et droit communautaire », *Droits*, 1991, n°14, pp.3-16.

BERGE Jean-Sylvestre, « L'enchevêtrement des normes internationales et européennes dans l'ordre juridique communautaire: contribution à l'étude du phénomène de régionalisation du droit », *Petites affiches*, octobre 2004, n°199, p.32 et s.

BERGE Jean-Sylvestre, « Les frontières du droit communautaire (3ème Partie) », *Petites affiches*, novembre 2005, n°222, pp.9 et s.

BERGEL Jean-Louis, « A la recherche de méthodes d'intégration du droit communautaire – En guise de synthèse ! », *RRJ*, 1991-4, pp. 999-1008.

BERNARD Elsa, « Recevabilité du recours en annulation. Note sous TPI Ord., 3 juillet 2007, *Commune de Champagne c. Conseil de l'Union européenne, et Commission des Communautés européennes,* aff. T-212/02 », *Europe*, octobre 2007, n° 10, comm. 239.

BERNITZ Ulf, « The EEC-EFTA Free Trade Agreements with special Reference to the Position of Sweden and the other Scandinavian EFTA Countries », *CMLR*, 1986, vol. 23, pp.567-590.

BERTRAND Christine, « La nature juridique de l'Organisation pour la Sécurité et la Coopération eu Europe (OSCE) », *RGDIP*, 1998, vol.102, pp.365-406.

BESSON Samantha, « La souveraineté coopérative en Europe – Ou comment la Suisse pourrait être à la fois européenne et souveraine », in T. BALMELLI (éds.), *La Suisse saisie par l'Union européenne*, Fribourg, Editions Interuniversitaires Suisses, 2003, pp.5-47.

BLANKART Franz A., « Droit et politique dans les relations entre la Suisse et la Communauté », in O. JACOT-GUILLARMOD (dir.), *L'avenir du libre-échange en Europe : vers un Espace économique européen*, Zurich/Bern, Schulthess/Stämpfli, 1990, pp. 245-252.

BOSSE-PLATIERE Isabelle, « La contribution de la Cour de Justice des Communautés européennes à la cohérence de l'Union européenne », Note sous l'arrêt CJCE, 20 mai 2008, Commission c/ Conseil, C-91/05, *RTDE*, 2009, pp. 581-601

BRANDTNER Barbara, « The Drama of the EEA - Comments on Opinions 1/91 and 1/92 », *E.J.I.L.*, 1992, vol.3, n°2, pp.300-328.

BREITENMOSER Stephan, « Sectoral agreements between the EC and Switzerland : contents and context », *CMLR,* 2003, vol. 40, n°5, pp.1137-1186.

BUTSTRAEN Laurent, « L'Association : contrat ou institution », *Gazette du Palais*, 18 décembre 2001, n°352, pp.12 et s.

BUZZINI Gionata P., « La théorie des sources face au droit international général – Réflexions sur l'émergence du droit objectif dans l'ordre juridique international », *RGDIP* 2002, vol.106, pp.581-617.

CAHIN Gérard, « La notion de pouvoir discrétionnaire appliquée aux organisations internationales », *RGDIP*, 2003/3, t. 107, pp. 535-600.

CAYLA Olivier, « Ouverture : le jeu de la fiction entre "comme si" et "comme ça" », *Droits*, n°21, 1995, pp.3-15.

CHALTIEL Florence, « Contribution à la théorie juridique du statut de l'Etat membre de l'Union européenne: l'exemple français », in F. HERVOUET (dir.), *Démarche*

communautaire et construction européenne, Colloque CEDECE de Poitiers, Paris, La Documentation française, 2002, p.163 et s.

CHARPENTIER Jean, « L'affaire de la Barcelona Traction devant la Cour internationale de Justice (arrêt du 5 février 1970) », *AFDI*, volume 16, 1970, pp. 307-328.

CHEVALLIER Jacques, « L'analyse institutionnelle », in *L'institution*, CURAPP, Paris, PUF, 1981, pp.3-61.

CHURCHILL Robin R., ULFSTEIN Geir, « Autonomous Institutional Arrangements in Multilateral Environmental Agreements : a Little-Noticed Phenomenon in International Law », *The American Journal of International Law*, 2000, vol.94, pp.623-659.

CLERGERIE Jean-Louis, « La conception allemande d'une Europe "à géométrie variable" », *Petites affiches*, mars 1996, n°30, p.14 et s.

CLERGERIE Jean-Louis, « La Suisse et l'intégration européenne », *AJDA*, 1990, n°4, pp.271-279.

COMBACAU Jean, « Le droit international : bric-à-brac ou système ? », *APD*, t. 31, « le système juridique », 1986, pp.85-105.

COMBACAU Jean, « Pas une puissance, une liberté : la souveraineté internationale de l'Etat », *Pouvoirs* n°67, novembre 1993, La Souveraineté, pp.47-58.

COMBACAU Jean, « L'écoulement du temps », in *Le droit international et le temps*, actes du XXXIVème colloque de Paris organisé par la SFDI les 25, 26 et 27 mai 2000, Paris, Pedone, 2001, pp.77-107.

CORNU Anne, « Les aspects institutionnels des Accords d'association de la Suisse à Schengen et à Dublin », in C. KADDOUS, M. JAMETTI GREINER (dir.), *Accords bilatéraux II Suisse-UE et autres accords récents,* Bruxelles, Bruylant, 2006, pp. 207-244.

CORTEMBERT Sandrine, « L'acquis communautaire et les Etats de l'A.E.L.E. », *RAE*, 2001-2002, vol. 8, pp.1062-1068.

DELGADO CASTELEIRO Andrès, « Relations Between the European Union and Switzerland : a Laboratory for EU External Relations ? », in F. MAIANI, R. PETROV, E. MOULIAROVA (dir.), *European Integration Without EU Membership: Models, Experiences, Perspectives - European University Institute (EUI) Working Papers* n°2009/10, pp. 103-110, disponible à l'adresse:
http://cadmus.eui.eu/bitstream/handle/1814/11294/MWP_2009_10.pdf?sequence=1

DELILE Jean-Félix, « La délimitation du champ de compétence de la juridiction des brevets. Réflexions autour de l'avis 1/09 de la Cour de justice, *RMCUE*, 2011, n°553, pp. 642-649.

DELVAUX Paul, « Sur l'ordre juridique de Santi Romano », *APD*, 1979, t.24, pp. 381-392.

DETTER Ingrid, « Aspects institutionnels de l'Association européenne de libre-échange », *AFDI*, 1960, volume 6, numéro 1, pp. 791-800.

DE VISSCHER Charles, « Observations sur l'effectivité en droit international public », *RGDIP*, 1958, pp.601-609.

DEHAUSSY Jacques, « Les actes juridiques unilatéraux en droit international public : à propos d'une théorie restrictive », *J.D.I.*, 1965, pp. 41-66

DELCOURT Christine, « The Acquis Communautaire : Has the concept had its day ? », *CMLR* 38, n°4, août 2001, pp. 829-870.

DEWOST Jean-Louis, « La réserve de développement du droit communautaire vue de Bruxelles », in O. JACOT-GUILLARMOD (dir.), *L'avenir du libre-échange en Europe : vers un Espace économique européen ?*, Zürich, Schulthess, 1990, pp. 269-275.

DIETRICH Rudolf, « Das Abkommen zur Betrugsbekämpfung : eine politische Würdigung », in C. KADDOUS, M. JAMETTI GREINER (dir.), *Accords bilatéraux II Suisse-UE et autres accords récents*, Bruxelles, Bruylant, 2006, pp. 579-587.

DOMINICIE Christian, « La neutralité de la Suisse au carrefour de l'Europe », in A. KOLLER, A. AUER, C. DOMINICIE, B. KNAPP (dir.), *La Suisse face à l'Europe*, tiré à part de la *Semaine judiciaire*, 1991, pp.398-435 (repris in *L'ordre juridique international, entre tradition et innovation. Recueil d'études*, Paris, PUF, 1997, pp.471-502).

DOMINICIE Christian, VOEFFRAY François, « Suisse », in P.M. EISENMANN (dir.), *L'intégration du droit international et communautaire dans l'ordre juridique national. Etude de la pratique en Europe/ The integration of international and european community law into the national legal order. A study of the practice in Europe*, La Haye/Londres/Boston, Kluwer Law International, 1996, pp.529-570.

DONY Marianne, « Les accords mixtes », in J.-V. LOUIS, M. DONY (dir.), *Commentaire J. MEGRET. Le droit de la CE et de l'Union européenne*, t.12 : *Relations extérieures*, Bruxelles, Université de Bruxelles, 2005, 2ème édition, pp.167-199.

DRUEY Joëlle, LOPEZ Edivia, « L'impact du droit communautaire confronté aux Accords bilatéraux impliquant la Suisse », in *Aspects pénaux des Accords bilatéraux Suisse/Union européenne*, Bâle, Helbing et Lichtenhahn, 2008, pp. 333–393.

DUBOUCHET Paul, « Pour une théorie normative de l'Institution », *RRJ*, 1993, n°3, pp.739-756.

DUGUIT Léon, « Les doctrines juridiques objectivistes », *RDP*, 1927, p. 537 et s.

DUPONT Cédric, SCIARINI Pascal, « Back to the future: the first round of bilateral talks with the EU », in Clive CHURCH (dir.), *Switzerland and the European Union: A Close, Contradictory and Misunderstood Relationship*, London, Routledge, pp. 202-214.

DUTHEIL DE LA ROCHERE Jacqueline, « L'Espace Economique Européen sous le regard des juges de la Cour de justice des Communautés européennes », *R.M.C.U.E,* 1992, n°360, juillet-août, pp. 603-612.

ECONOMIDES Constantin P., KOLLIOPOULOS Alexandros G., « La clause de déconnexion en faveur du droit communautaire : une pratique critiquable », *RGDIP* 2006, vol.110, pp.273-302.

EMMERT Frank, « Switzerland and the EU: Partners, for Better or for Worse », *EFAR* 1998, n°3, pp. 367-398.

EPINEY Astrid, MOSTERS Robert, « Un exemple d'interprétation des accords conclus entre la Suisse et l'Union européenne : l'accord sur la libre circulation des personnes »,

in A. EPINEY, F. RIVIERE, *Auslegung und Anwendung von "Integrationsverträgen". Zur Übernahme des gemeinschaftlichen Besitzstandes durch Drittstaaten, insbesondere die Schweiz, Interprétation et application des "traités d'intégration". De la reprise de l'acquis communautaire par des Etats tiers, notamment par la Suisse*, Zürich, Schuthess, 2006, p. 57-74.

FELDER Daniel, « Cadre institutionnel et dispositions générales des Accords bilatéraux II (sauf Schengen/Dublin), in C. KADDOUS, M. JAMETTI GREINER (dir.), *Accords bilatéraux II Suisse-UE et autres accords récents*, Bruxelles, Bruylant, 2006, pp. 93-117.

FILLIEZ Fabrice, « Application des accords sectoriels par les juridictions suisses : quelques repères », in D. FELDER, C. KADDOUS (dir.), *Accords bilatéraux Suisse-UE (Commentaires)*, Bruxelles, Bruylant, 2001, pp. 183-208.

FILLIEZ Fabrice, « Les sources du droit de l'UE en matière de protection des intérêts financiers », in C. KADDOUS, M. JAMETTI GREINER (dir.), *Accords bilatéraux II Suisse-UE et autres accords récents*, Bruxelles, Bruylant, 2006, pp. 621-654.

FILLIEZ Fabrice, MOCK Hanspeter, « La Suisse et l'Union européenne : état des lieux d'une relation sui generis », *Journal des tribunaux. Droit européen* n°130, 2006, pp.161-168.

FLAESCH-MOUGIN Catherine, RAPOPORT Cécile, « L'Union européenne confrontée à la gestion de la différenciation dans son action extérieure », *RTDE*, 2014, n°1, pp.180-183.

FORIERS Paul, « Présomptions et fictions », in Ch. PERELMAN, P. FORIERS (dir.), *Les présomptions et les fictions en droit*, Bruxelles, Bruylant, 1974, pp.7-26.

FORTEAU Mathias, « Les renvois inter-conventionnels », *AFDI* 2003, vol. 49, pp. 71-104.

FOSCANEANU Lazar, « Le droit interne de l'Organisation des Nations Unies », *AFDI* 1957, vol.3, pp. 315-349

FRAOUA Ridha, MADER Luzius, « Les accords sectoriels et la démocratie suisse », in D. FELDER, C. KADDOUS (dir.), *Accords bilatéraux Suisse-UE (Commentaires),* Bruxelles, Bruylant, 2001, pp.149-182.

FRAOUA Ridha, « Procédure d'approbation et de mise en œuvre des Accords bilatéraux II : aspects constitutionnels », in C. KADDOUS, M. JAMETTI GREINER (dir.), *Accords bilatéraux II Suisse-UE et autres accords récents*, Bruxelles, Bruylant, 2006, pp. 119-154.

FRISCH Gert-Jürgen, MEYER Catherine-Anne, « Le traité sur l'Espace économique européen : cadre juridique d'une "Europe du deuxième cercle" », *RMCUE*, 1992, n°360, juillet-août, pp.596-602.

GAMEZ Gabriel, « Le Système statistique européen et la Suisse : accord bilatéral pour une coopération renforcée », in C. KADDOUS, M. JAMETTI GREINER (dir.), *Accords bilatéraux II Suisse-UE et autres accords récents*, Bruxelles, Bruylant, 2006, pp. 738-752.

GANSER Daniele et KREIS Georg, « Swiss neutrality? Incompatible with EU membership? », in C. CHURCH (dir.), *Switzerland and the European Union. A close, contradictory and Misunderstood relationship*, Londres, Ed. Routledge, 2007, pp. 52-78.

GASTALDI Silvia, « L'élargissement de l'Union européenne et la libre circulation des personnes – Les périodes transitoires dans l'Union européenne et en Suisse », in C.

KADDOUS, M. JAMETTI GREINER (dir.), *Accords bilatéraux II Suisse-UE et autres accords récents*, Bruxelles, Bruylant, 2006, pp. 869-897.

GAUDARD Gaston, « La Suisse face au problème d'une Europe à géométrie variable » : in T. COTTIER, A. KOPSE (dir.), *Der Beitritt des Schweiz zur Europäischen Union*, Zurich, Schulthess, 1998, pp. 177 et s.

GAUDIN Hélène, « Autour de la Constitution européenne : contribution à une théorie de l'Union européenne », *Annuaire de droit européen*, vol. I, 2003, pp.112-134.

GAUDIN Hélène, « L'Etat vu de la Communauté et de l'Union européennes », *Annuaire de droit européen* 2004, vol. II, p.231-256.

GAUDISSART Marc-André, « La portée des avis de la Cour de justice des Communautés européennes relatifs à la création de l'Espace Economique Européen - Entre autonomie et homogénéité : l'ordre juridique communautaire en péril…», *RMUE,* 1992, n°2, pp.121-136.

GAUTRON Jean-Claude, GRARD Loïc, « Le droit international dans la construction de l'Union européenne » in *Droit international et droit communautaire, perspectives actuelles*, Pedone, 2000, p. 9-152.

GAVA Roy, VARONE Frédéric, « So Close, Yet so Far ? The EU Footprint in Swiss Legislative Production », in Sylvain Brouard, Olivier Costa, Thomas König (dir.), *The Europeanization of domestic legislatures : The empirical implications of the Delors' myth in nine countries*, New York, Springer, 2012, 244 p.

GERMANN Raimund, « Die bilateralen Verhandlungen mit der EU und die Steurungen der direkten Demokratie », *Swiss Political Science Review* n°1, 1995, (2-3), p.35-60.

GILSDORF Peter, « Les divergences de jurisprudence vues de Bruxelles : moyen d'y remédier », in O. JACOT-GUILLARMOD (dir.), *L'avenir du libre-échange en Europe : vers un Espace économique européen*, Zurich, Schulthess, 1990, pp. 277-290.

GILSDORF Peter, « Les organes institués par des accords communautaires : effets juridiques de leurs décisions. Observations à propos notamment de l'arrêt de la Cour de justice des Communautés européennes dans l'affaire C-192/89 », *RMCUE* 1992, n°357, pp.328-338.

GIRARD Charlotte, « Les frontières du droit communautaire (1ère Partie) », *Petites affiches*, novembre 2005, n°220, pp.3 et s.

GOETSCHEL Laurent, « Switzerland and European Integration : Change Through Distance », *EFAR*, 2003, vol. 8, n°3, pp. 313-330.

HAMDOUNI Saïd, « Essai d'application de la théorie de l'institution d'Hauriou aux relations entre personnes publiques », *RRJ*, 1995, n°1, pp. 141-163

HARMSEN Robert, « The Puzzle of Constitutional Asymmetry: Recent Canadian and European Debates », *Review of Constitutional Studies*, 1995, vol.II n°2, p. 305-341.

HARMSEN Robert, « A European Union of Variable Geometry: Problems and Perspectives », *Northern Ireland Legal Quarterly* 1994, vol. 45 n° 2, p. 109-133

HANNOUN Charley, « Les fictions en droit économique », *Droits*, n°21, 1995, pp.83-93.

HARDY Michael, « Opinion 1/76 of the Court of Justice : The Rhine Case and the Treaty-Making Powers of the Community », *CMLR* 1977, n°4, pp. 561-600

HAURIOU Maurice, « La théorie de l'Institution et de la Fondation (essai de vitalisme social) », in *La cité moderne et les transformations du droit, Cahiers de la Nouvelle Journée*, 1925, n° 4, pp. 2-45 (repris in *Aux sources du droit: le pouvoir, l'ordre et la liberté*, *Cahiers de la Nouvelle Journée*, 1933, n° 23, pp.89-128).

HAURIOU Maurice, « L'ordre social, la justice et le droit », in *Revue trimestrielle de droit civil*, 1927, pp. 795-825.

HOTTELIER Michel, « L'adhésion de la Suisse à l'Organisation des Nations Unies : aspects constitutionnels », *Revue française de droit constitutionnel* 2002/3, n°51, pp. 458-501.

HOTTELIER Michel, MOCK Hanspeter, « Le Tribunal fédéral suisse et la "discrimination à rebours" en matière de regroupement familial », in *Revue Trimestrielle des droits de l'homme* n°2003/56, Bruxelles, Bruylant, 2003, p.1275-1304.

HOTELLIER Hélène, « Les accords bilatéraux Suisse-Union européenne. La troisième voie : une intégration sans adhésion », in M. DUMOULIN, G. DUCHENNE (dir.), *Les petits Etats et la construction européenne*, actes de la VIIe Chaire Glaverbel, Bruxelles, PIE-Peter Lang, 2002, pp. 237-263.

GRARD Loïc, « L'Union européenne, sujet de droit international », *RGDIP* n°2, 2006, pp. 337-372.

GRARD Loïc, « La condition internationale de l'Union européenne après Nice », *RAE* 2000, n°4, pp. 374-388.

GRARD Loïc, « Aéroport de Zurich : la Cour de justice confirme l'inapplicabilité des principes du marché intérieur aux relations aériennes « Suisse / Union européenne (CJUE, 7 mars 2013, C-547 /10 P, Suisse c/ Commission européenne), *RTDE*, 2014, n°1, p.213.

GROSSEN Dieter, « Appréciation politique de l'Accord sur la libre circulation des personnes », in D. FELDER, C. KADDOUS, (dir.), *Accords bilatéraux Suisse-UE (Commentaires)*, Bruxelles, Bruylant, 2001, pp. 259-268.

GUTZWILLER Susanne, « Komitologie und Gemischte Ausschüsse im Rahmen der Assoziierung der Schweiz an Schengen/Dublin », in C. KADDOUS, M. JAMETTI GREINER (dir.), *Accords bilatéraux II Suisse-UE et autres accords récents,* Bruxelles, Bruylant, 2006, pp. 245-266.

HALDIMANN Urs, « Grundzüge des Abkommens über den Luftverkehr », in C. KADDOUS, D. FELDER (dir.), *Accords bilatéraux Suisse-UE (Commentaires)*, Bruxelles, Bruylant, 2001, pp. 443-477.

HESS Eric, « Abkommen über die Besteuerung von EU-Pensionen », in C. KADDOUS, M. JAMETTI GREINER (dir.), *Accords bilatéraux II Suisse-UE et autres Accords récents*, Bruxelles, Bruylant, 2006, pp.781-789.

HIRSBRUNNER Simon, « Die kartellrechtlichen Bestimmungen des Abkommens über den Luftverkehr », in D. FELDER, C. KADDOUS (dir.), *Accords bilatéraux Suisse - UE (Commentaires)*, Bruxelles, Bruylant, 2001, pp. 463-477.

HUG Simon, SCIARINI Pascal, « Switzerland - Still a Paradigmatic Case? », in G. SCHNEIDER, P. WEITSMAN, T. BERNAUER (eds.), *Towards a New Europe: Stops and Starts in Regional Integration*, London, Praeger, 1995, p.55-74.

HUMBERT Véronique, « La fiscalité de l'épargne dans l'Union européenne », in C. KADDOUS, M. JAMETTI GREINER (dir.), *Accords bilatéraux II Suisse-UE et autres accords récents*, Bruxelles, Bruylant, 2006, pp. 527-555.

IDOT Laurence, « Libre circulation des travailleurs et accords de coopération ou d'association », in M. BONNECHERE (dir.), *Trente ans de libre circulation des travailleurs*, Actes du colloque de Paris du 10 octobre 1997, Ed. La documentation française, 1998, pp. 151-159.

JACOT-GUILLARMOD Olivier, « Droit international et droit communautaire dans le futur Traité instituant l'EEE », *R.S.D.I.E.*, 1991, pp. 59-80.

JACOT-GUILLARMOD Olivier, « L'ordre juridique suisse face à l'ordre juridique communautaire : aspects normatifs et judiciaires », in D. SCHINDLER, G. HERTIG, J. KELLENBERGER, D. THÜRER, R. ZÄCH (dir.), *Europaverträglichkeit des schweizerischen Rechts – Le droit suisse et le droit communautaire : convergences et divergences,* Zurich, Schulthess, 1990, pp. 1-20.

JACQUE Jean Paul, « Acte et norme en droit international public », *R.C.A.D.I.* 1991-II, t. 227, pp. 357-417.

JACQUE Jean Paul, « L'acte juridique : réflexions d'un internationaliste », *Droits. Revue française de théorie juridique*, 1988, vol. 7, *L'acte juridique*, pp.95-108.

JACQUE Jean Paul, « L'instabilité des rapports de système entre ordres juridiques », *Revue française de droit constitutionnel*, 2007/1, n° 69.

JOMINI André, « Présentation du Tribunal fédéral suisse comme autorité de juridiction constitutionnelle », *Cahiers du Conseil constitutionnel*, 2005, n°18.

KADDOUS Christine, « La libre circulation des personnes, la directive 2004/38 et l'Accord bilatéral Suisse-Union européenne », *RSDIE* 2/2006, pp. 213-217.

KADDOUS Christine, TOBLER Christa, « Droit européen : Suisse-Union européenne/Europarecht :Schweiz-Europäische Union », *RSDIE 4/2008*, pp. 351-386 ; 4/2007, pp. 637-664 ; 4/2006, pp. 29-62 ; 4/2005, pp. 611-641.

KADDOUS Christine, « *Stamm et Hauser*, *Grimme*, *Fokus Invest AG*, *Hengartner et Gasser* ou les accords bilatéraux ne créent pas un marché intérieur », *RSDIE* 2010, pp. 129-136.

KADDOUS Christine, « Les accords sectoriels dans le système des relations extérieures de l'Union européenne », in D. FELDER, C. KADDOUS (dir.), *Accords bilatéraux Suisse - UE (Commentaires)*, Bruxelles, Bruylant), 2001, pp. 77-115.

KADDOUS Christine, « La place des Accords bilatéraux II dans l'ordre juridique de l'Union européenne », in C. KADDOUS, M. JAMETTI GREINER Moique (dir.), *Accords bilatéraux II Suisse-UE et autres accords récents*, Bruxelles, Bruylant, 2006, pp. 63-92.

KADDOUS Christine, « L'Accord CH-UE sur la libre circulation des personnes et l'ordre juridique suisse », in F. BREUSS, T. COTTIER, P.-C. MÜLLER-GRAFF (dir.), *Die Schweiz im europäischen Integrationsprozess*, Bâle, Helbing Lichtenhahn, 2008, pp. 153-168.

KADDOUS Christine, « The relations between the EU and Switzerland », in A. DASHWOOD, M. MARESCEAU, *Recent Trends in the EU External Relations*, Cambridge University Press, 2008, pp. 227-270.

KADDOUS Christine, « Le système de Dublin : évaluation du mécanisme de détermination de l'Etat responsable d'une demande d'asile dans l'Union européenne et en Suisse », in *Droit d'asile suisse, normes de l'UE et droit international des réfugiés*, Bern, 2009, pp. 123-162.

KÄSTLI Hermann, « Die Amtshilfebestimmungen des Abkommens zur Betrugsbekämpfung », in C. KADDOUS, M. JAMETTI GREINER (dir.), *Accords bilatéraux II Suisse-UE et autres accords récents*, Bruxelles, Bruylant, 2006, pp. 609-619

KAUFMANN Wilhelm, « Les unions internationales de nature économique », *R.C.A.D.I.,* 1924, II, p.177-289.

KELLERHALS Andreas, « Switzerland's relationship with the EU : integration at its own speed ? », in *Multi-speed Europe*, Zürich, Schulthess, 2012, pp.147-164.

KELSEN Hans, « Contribution à la théorie du traité international », *Revue internationale de la théorie du droit*, 1936, pp. 253-293.

KLEIBER Charles, « Politique scientifique internationale et coopération scientifique en Europe », in D. FELDER, C. KADDOUS (dir.), *Accords bilatéraux Suisse-UE (Commentaires)* Bruxelles, Bruylant, 2001, pp. 684-688.

KOVAR Robert, « Les accords liant les Communautés européennes et l'ordre juridique communautaire », *Revue du marché commun,* 1974, pp. 345 et s.

KOVAR Robert, « La contribution de la Cour de justice au développement de la condition internationale de la Communauté européenne », *Cahiers de droits européens*, 1978, n°5-6, pp. 527-573.

KRAFFT Mathias, « L'attitude de la Suisse à l' égard du droit international », *E.J.I.L.*, 1991, vol.2, n°1, pp.148-156.

KRAFFT Mathias-Charles, « Le système institutionnel de l'EEE. Aspects généraux », *E.J.I.L.*, 1992, vol.3, n°2, pp.285-299.

KRAFFT Mathias-Charles, « La réserve du développement du droit communautaire vue de Berne », in O. JACOT-GUILLARMOD (dir.), *L'avenir du libre-échange en Europe : vers un Espace économique européen ?*, Zürich/Bern, Schulthess/Stämpfli, 1990, pp. 253-267.

KUX Stephan, « Switzerland: Adjustment Despite Deadlock » in B. SOETENDORP, K. HANF, *Institutional Adaptation of Small States - The Challenge of European Integration*, London, Longman, 1998, pp. 167-185.

KUX Stephan, SVERDRUP Ulf, « Balancing Effectiveness and Legitimacy in European Integration: The Norwegian and Swiss case », *ARENA Working paper* 97/31, Oslo, ARENA, disponible à l'adresse: http://www.arena.uio.no/publications/working-papers1997/papers/wp97_31.htm

KUX Stephan, SVERDRUP Ulf, « Fuzzy borders and adaptive outsiders: Norway, Switzerland and the EU », *Journal of European Integration*, 1477-2280, vol.22, Issue 3, 2000, pp.237-270.

L'ECOTAIS (de) Yann, « L'Europe à Seize », *Revue du marché commun,* 1972, n°157, pp.607-609.

LAUDAU Alice, « Suisse-Communauté européenne: la fin d'une époque », *Revue du Marché commun*, juillet/août 1991, n°349, pp. 558-565.

LAURSEN Finn, « The European community, EFTA and the new Europe : changing dimensions of economic integration in Europe », *Journal of Common Market Studies*, n° special, 1990, vol. xxviii, n° 4, pp. 299-496.

LAUTENBERG Alexis P., « Les accords bilatéraux vus de Bruxelles », in D. FELDER, C. KADDOUS (dir.), *Accords bilatéraux Suisse - UE (Commentaires)*, Bruxelles, Bruylant, 2001, pp.21-24.

ŁAZOWSKI Adam, « Switzerland », in S. BLOCKMANS, A. ŁAZOWSKI (dir.), *The European Union and its neighbours: a legal appraisal of the EU's policies of stabilisation, partnership and integration*, La Haye, Asser, 2006, 653 p., pp. 157 et s.

ŁAZOWSKI Adam, « Enhanced multilateralism and enhanced bilateralism : integration without membership in the European Union », *CMLR*, 2008, vol. 45, n°5, pp. 1433-1458.

LEBEN Charles, « A propos de la nature juridique des Communautés européennes », *Droits*, 1991, n°14, pp.61-72

LEBEN Charles, « De quelques doctrines de l'ordre juridique », *Droits*, n°33, 2001, pp.19-39.

LEBEN Charles, « Un nouveau bilan des théories et réalités du droit international : le cours général de Pierre-Marie DUPUY [R.C.A.D.I., 2002, t. 297], *RGDIP*, 2005, n°1, tome 109, pp.75-100.

LORITE ESCORIHUELA Alejandro, « Le Comité international de la Croix-Rouge comme organisation *sui generis* ? Remarques sur la personnalité juridique internationale du CICR », *RGDIP,* 2001, n°3, tome 105, pp.581-616.

LUHMANN Niklas, « L'unité du système juridique », *APD*, t. 31 : « le système juridique », 1986, pp.163-188.

MACH André, « Quelles réponses politiques face à la globalisation et à la construction européenne? Illustration à partir de la révision de la loi suisse sur les cartels », *Swiss Political Science Review*, Volume 4, Number 2, Summer 1998, pp. 25-49

MACH André, HAÜSERMANN Silja, PAPADOPOULOS Yannis, « Economic Regulatory Reforms in Switzerland: Adjustment without European Integration or How Rigidities Become Flexible », *Journal of European Public Policy*, avril 2003, Volume 10, Issue 2, pp.301-318.

MACH Olivier, « Les accords bilatéraux avec la CE : opportunité et défi pour le juriste », *La Semaine judiciaire (SJ)*, 2002, II, pp. 325-388.

MACH Olivier, « L'Accord sur la libre circulation des personnes dans l'optique des praticiens », in D. FELDER, C. KADDOUS (dir.), *Accords bilatéraux Suisse-UE (Commentaires)*, Bruxelles, Bruylant, 2001, pp.311-330.

MACH Olivier, « La place des Accords bilatéraux II dans l'ordre juridique suisse », in C. KADDOUS, M. JAMETTI GREINER (dir.), *Accords bilatéraux II Suisse-UE et autres accords récents*, Bruxelles, Bruylant, 2006, pp. 169-192.

MACKAAY Ejan, « L'ordre spontané comme fondement du droit – Un survol des modèles de l'émergence des règles dans la société civile », *Revue internationale de droit économique*, 1989, pp.247-287.

MAIANI Francesco, « La Suisse et l'Union européenne en quête de la quadrature du cercle », *Affaires publiques* 2012, n°4, pp. 12-13.

MALINVERNI Giorgio, « L'indépendance de la Suisse dans un monde interdépendant », *Revue de droit suisse* n°117, Bâle, 1998, 108 p.

MANNERS Ian, « Normative power Europe : A contradiction in terms ? », *JCMS,* Juin 2002, vol.40 n°2, pp.235-258

MARESCEAU Marc, « La libre circulation des personnes et les ressortissants d'Etats tiers », in P. DEMARET (dir.), *Relations extérieures de la Communauté et marché intérieur : aspects juridiques et fonctionnels*, Collège d'Europe n°45, Bruxelles, Ed. Story-Scientia, 1988, p. 111-136.

MARESCEAU Marc, « L'Union européenne élargie et les relations de proximité intra-européennes : un essai de synthèse », in J. ANDRIANTSIMBAZOVINA, C. GESLOT (dir.), *Les Communautés et l'Union européennes face aux défis de l'élargissement*, Paris, La Documentation française, 2005, pp.279-297.

MARESCEAU Marc, « The Court of Justice and Bilateral Agreements », in A. ROSAS, E. LEVITS, Y. BOT (dir.), *The Court of Justice and the construction of Europe : analyses and perspectives on sixty years of case-law*, La Haye, Asser Press, 2013, pp. 693-717.

MARTINELLI Dante, « Les Accords bilatéraux II vus de Bruxelles », in C. KADDOUS, M. JAMETTI GREINER (dir.), *Accords bilatéraux II Suisse-UE et autres accords récents*, Bruxelles, Bruylant, 2006, pp. 16-22.

MARTY Gabriel, « La théorie de l'Institution », in *La pensée du Doyen Hauriou et son influence, Journées Hauriou, Toulouse, Mars 1968 : extrait des annales de la faculté de droit et des sciences économiques de Toulouse*, Paris, Pedone, 1969, pp.29-45.

MAY Jean-Claude, « La société : contrat ou institution », in B. BASDEVANT-GAUDEMET (dir.), *Contrat ou Institution : un enjeu de société*, Paris, L.G.D.J., 2004, pp.122-150.

MAZERES Jean-Arnaud, « Réflexions sur une réédition : les "Principes de droit public" de Maurice Hauriou », *Jus politicum - Revue de droit politique*, octobre 2011, n°6, disponible en ligne : http://www.juspoliticum.com/Reflexions-sur-une-reedition-les.html

MERKELBACH Roger, GROSJEAN Christian, « L'accord concernant l'assurance directe autre que l'assurance sur la vie du 10 octobre 1989 », in D. FELDER, C. KADDOUS (dir.), *Accords bilatéraux Suisse-UE (Commentaires),* Bruxelles, Bruylant, 2001, pp.703-731.

MERLE Marcel, « Le pouvoir réglementaire des institutions internationales », *Annuaire français de droit international*, 1958, vol. 4, pp. 341-360.

MICHEL Valérie, « La Cour avalise la démarche du Tribunal en rejetant au fond les prétentions de la Suisse et en occultant son statut contentieux », *Europe* mai 2013, n° 5, comm. 231.

MICHEL Valérie, « Entre laconisme et développements substantiels : comment statuer au fond en éludant la recevabilité pour ne pas avoir à définir le statut contentieux de la Suisse », *Europe* novembre 2010, n°11, comm. 388, pp.36-38.

MIGNON Vincent, « Analyse méthodologique comparée des droits français, allemand et suisse », in *Le droit privé suisse à l'épreuve du droit privé communautaire*, pp.202-241.

MILLARD Eric, « HAURIOU et la théorie de l'institution », *Droit et Société* 1995, n°30/31, pp.381-412.

MILLARD Eric, « Le moment 1900-1925. Eléments pour une généalogie de l'Institution chez Hauriou », *Revue d'histoire des facultés de droit et de la culture juridique*, 2012, n°32, pp.359-371.

MILLARD Eric, « Sur les théories italiennes de l'Institution », in B. BASDEVANT-GAUDEMET (dir.), *Contrat ou Institution : un enjeu de société*, Paris, L.G.D.J., 2004, pp.31-46.

MOCK Hanspeter, FILLIEZ Fabrice, « Libre circulation des personnes et regroupement familial: à propos de la prise en compte de la jurisprudence de la Cour de Luxembourg par le Tribunal fédéral », *RSDIE*, Vol. 16, N° 2, 2006, p.237-256.

MONJAL Pierre-Yves, « A la recherche d'une notion perdue : le "commun" », in P.-Y. MONJAL, E. NEFRAMI (dir.), *Le commun dans l'Union européenne*, Bruxelles, Bruylant, 2009, pp.7-31.

MONJAL Pierre-Yves, « Au fondement du droit de l'Union européenne. Recherches doctrinales sur le concept de "commun" », *RDP*, 2007, n°5, pp.1291-1328.

MONJAL Pierre-Yves, « La nature juridique de l'Union européenne : en attendant Godot (ou le droit institutionnel de l'Union à la recherche de son objet) », *Petites affiches*, 1995, n°57, p.16 et s.

MORET-BAILLY Joël, « La théorie pluraliste de Romano à l'épreuve des déontologues », *Droits*, 2000, n°32, pp.171-182.

MORIN Ariane, « L'influence du droit européen sur le droit privé de la consommation », in L. OJHA, P.-F. VULLIEMIN (éds.), *Le droit de la consommation dans son contexte économique*, Lausanne, CEDIDAC, 2009, 138 p., pp.17-43.

MOUTON Jean-Denis, « Réflexions sur la nature de l'Union européenne à partir de l'arrêt Rottman (CJUE, 2 mars 2010, aff. C-135/08) », *RGDIP* 2010 n°2, tome 114, pp.257-280.

MÜLLER-GRAFF Peter-Christian, « Das Automomieparadox der Schweiz in der Europäischen Integration, eine Schlussbetrachtung », in *Die Schweiz im europäischen Integrationsprozess*, Nomos, Baden-Baden, 2008, p.331–334.

NEFRAMI Eleftheria, « L'accord sur l'Espace économique européen, porteur d'un statut propre d'Etat tiers », in I. BOSSE-PLATIERE, C. RAPOPORT (dir.), *L'État tiers en droit de l'Union européenne,* actes du colloque de Rennes lds 21 et 22 juin 2012, Bruxelles, Bruylant, 2014, pp. 299-322.

NELL Philippe G., « L'accord sur l'espace économique européen et les bilatérales suisse/UE : réflexions sur deux négociations », *Revue économique et sociale*, 2000, vol. 58, n°2, pp. 61-86.

NERHOT Patrick, « Le fait du droit », *APD*, Tome 31 : « le système juridique », 1986, Sirey, p.261-279.

NGUYEN Minh Son, « L'Accord bilatéral sur la libre circulation des personnes et le droit de la police des étrangers », *Revue de Droit Administratif et Fiscal*, 1/2001, pp. 133-195.

NORBERG Sven, « The Creation of a European Economic Space. Legal Challenges Seen from an EFTA Point of View », in O. JACOT-GUILLARMOD (dir.), *L'avenir du libre-échange en Europe : vers un Espace économique européen ?*, Zurich/Bern, Schulthess/Stämpfli, 1990, 574 p., pp. 159-171.

OBERSON Xavier, « Le secret bancaire et l'Accord entre l'Union européenne et la Suisse sur la fiscalité de l'épargne », in C. KADDOUS, M. JAMETTI GREINER, *Accords bilatéraux II Suisse-UE et autres accords récents*, Bruxelles, Bruylant, 2006, pp. 557-576.

OST François, « L'instantané ou l'institué ? L'institué ou l'instituant ? Le droit a-t-il pour vocation de durer ? », in F. OST, M. VAN HOECKE (dir.), *Temps et droit : le droit a-t-il pour vocation de durer ? Time and law : is it the nature of law to last ?*, Bruxelles, Bruylant, 1998, pp. 7-14.

PAPADOPOULOS Yannis, « Europeanization? Two logics of change of policy-making processes in Switzerland », Working Paper n°1, National Centre of Competence in Research, Challenges to Democracy in the 21st Century, disponible à l'adresse: http://www.nccr-democracy.uzh.ch/publications/workingpaper/pdf/WP1.pdf

PAYNOT-ROUVILLONS Anne, « Personnalité morale et volonté », *Droits*, 1998, n°28, pp.17-28.

PEERS Steve, « Vetoes, Opt-outs and EU Immigration and Asylum Law », *Statewatch Briefing*, 2004, disponible à l'adresse: http://www.statewatch.org/news/2004/nov/eu-immig-opt-outs2.pdf

PELLET Alain, « Lotus que de sottises on profère en ton nom! : remarques sur le concept de souveraineté dans la jurisprudence de la Cour mondiale », in *Mélanges en l'honneur de Jean-Pierre Puissochet : l'État souverain dans le monde d'aujourd'hui*, Paris, Pedone, 2008, pp. 215-230.

PETROV Roman, « Exporting the Acquis Communautaire into the Legal Systems of Third Countries », *EFAR*, 2008, 13, pp.33-52.

PFENNINGER Hanspeter, « Internationale Rechtshilfe in Strafsachen », in C. KADDOUS, M. JAMETTI GREINER (dir.), *Accords bilatéraux II Suisse-UE et autres accords récents,* Bruxelles, Bruylant, 2006, pp. 331-356.

PICHONNAZ Pascal, « Le nouvel art. 8 LCD - Droit transitoire, portée et conséquences », *Droit de la construction (DC),* 2012, pp.140-145.

QUENEUDEC Jean-Pierre, « La notion d'État interessé en droit international », *R.C.A.D.I.*, t. 255, La Haye, Martinus Nijhoff Publishers, 1995, pp. 339-462.

RAMBOUR Muriel, « Analyse comparée du débat sur la structure politique future de l'Europe : vers une "fédération d'Etats-Nations" ? », *RIDC*, Vol. 10, n° 1, 2003, p.51-61.

RAPISARDI-MIRABELLI Andrea, « La théorie générale des Unions internationales », *R.C.A.D.I.* 1925-II, t.7, pp. 341-394.

RAPOPORT Cécile, « La participation des États tiers à la prise de décision communautaire », in M. BLANQUET (dir.), *La prise de décision dans le système de l'Union européenne*, Bruxelles, Bruylant, 2011, pp. 275-313.

RAUBER SAXER Andrea, « Mobilität versus Sicherheit: Grenzkontrollen im Schengen-Konzept », in Kaddous Christine, Jametti Greiner Monique (dir.), *Accords bilatéraux II Suisse-UE*, Bruxelles, Bruylant, 2006, pp. 267-280.

REUTER Paul, « Principes de droit international public », *R.C.A.D.I.* 1961-II, t. 103, pp.425-655.

RIEBEN Henri, « La Suisse et la Communauté européenne », *Revue économique*, 1960, vol.11, n°5, pp. 705-738.

RIVIER Raphaële, « L'utilisation d'autres formes "d'organisation internationale" », *RGDIP* 2012, n°3, tome 116, pp.483-509.

ROUSSEAU Charles, « La possession de la qualité de sujet de droit international », *RGDIP* 1965, pp.775-844.

ROYER Pierre-Alexandre, « Les accords externes européens : les limites de l'engagement conventionnel de l'Union européenne », *Revue du droit de l'Union européenne*, 2007, n°4, pp.869-897.

RUBIN Alfred P., « The International Legal Effects of Unilateral Declarations », *The American Journal of International Law (A.J.I.L.),* 1977-I, vol. 71, n°1 (jan., 1977), pp.1-30.

RUNAVOT Marie-Clotilde, « L'avenir du "modèle intergouvernemental" de l'organisation internationale », *RGDIP,* 2011, n°3, tome 115, pp.675-709.

SALMON Jean, « Le procédé de la fiction en droit international public », in Ch. PERELMAN, P. FORIERS (dir.), *Les présomptions et les fictions en droit*, Bruxelles, Bruylant, 1974, pp.114-143

SAMADEN Guy Henri, « Les sept accords bilatéraux entre la Suisse et l'Union européenne », *RMCUE,* n°433, nov.-déc. 1999, pp. 696-699.

SANTULLI Carlo, « Retour sur la théorie de l'organe commun. Réflexions sur la nature juridique des organisations internationales à partir du cas d'Alba et de la Celac, comparées notamment à l'Union européenne et à l'O.N.U. », *RGDIP*, 2012, n°3, pp. 565-578.

SAURUGGER Sabine, « État de la littérature. Conceptualiser l'intégration européenne : état de l'art théorique », in *Revue internationale et stratégique* 2/2004, n° 54, p. 165-176.

SAURUGGER Sabine, SUREL Yves, « L'élargissement de l'Union européenne : un processus de transfert institutionnel ? Introduction », *Revue internationale de politique comparée*, 2006/2, vol.13, pp.177-178.

SCHELLING Christoph, « Grundzüge des Abkommens über die Zinsbesteuerung » in C. KADDOUS, M. JAMETTI GREINER (dir.), *Accords bilatéraux II Suisse-UE et autres accords récents*, Bruxelles, Bruylant, 2006, pp. 501-526.

SCHIMMELFENNIG Frank, « Europeanization beyond Europe », in *Living Reviews in European Governance*, Vol.4, 2009, n°3, disponible à partir de : http://www.livingreviews.org/lreg-2009-3, 28 p.

SCHINDLER Dietrich, « La neutralité suisse de 1920 à 1938 », *Revue de droit international*, 1938, t. XIX, pp. 433-472.

SCHMAUCH Magnus, « La Cour de justice de l'Union européenne souligne le principe de la réciprocité dans l'Espace économique européen. CJUE, 26 septembre 2013, Royaume-Uni e.a. / Conseil e.a., aff. C-431/11 », *Revue des Affaires Européennes* 2013/3, pp.581-588.

SCHNEUWLY Jean-Claude, « Principales caractéristiques de l'Accord sur le transport de marchandises et de voyageurs par rail et par route », in D. FELDER, C. KADDOUS, *Accords bilatéraux Suisse-UE (Commentaires)*, Bruxelles, Bruylant, 2001, pp. 492-508.

SCHWOK René, « Théorie du "petit Etat" européen et pays originairement de l'AELE », in M. DUMOULIN, G. DUCHENNE (dir.), *Les petits Etats et la construction européenne*, Bruxelles, PIE-Peter Lang, 2002, pp. 111-133.

SCHWOK René, BONTE Christophe, « EEA and Switzerland-EU Bilateral Agreements in Comparative Perspective : What Lessons ? », in P. DEMARET, J.-F. BELLIS, G. GARCIA JIMENEZ (dir.), *Regionalism and Multilateralism after the Uruguay Round. Convergence, Divergence and Interaction*, Bruxelles, European Interuniversity Press, 1997, pp. 27-60.

SCHWOK René, « L'AELE face à la Communauté européenne : un risque de satellisation », *Journal of European Integration*, 1989, vol. XIII, n°1, pp. 15-53.

SCHWOK René, « Les accords sectoriels Union européenne-Suisse : une nouvelle forme de flexibilité dans la dimension extérieure de l'UE », *Revue du Marché commun et de l'Union européenne,* n°432, oct. 1999, pp. 613-619.

SCHWOK René, « Un rapprochement ... qui éloigne la Suisse d'une adhésion : les accords bilatéraux Suisse/Union 2ème série », *Revue du Marché commun et de l'Union européenne,* n°483, déc. 2004, pp.480-485.

SCHWOK René, « Switzerland's approximation of its legislation to the EU Acquis : specificities, lessons and paradoxes », *The European journal of law reform*, 2007, vol.9, n°3, pp.449-465.

SCHWOK René, « Towards a Framework Agreement in the Context of New Bilateral Agreements between Switzerland and the European Union », in F. MAIANI, R. PETROV, E. MOULIAROVA (dir.), *European Integration Without EU Membership:*

Models, Experiences, Perspectives - European University Institute (EUI) Working Papers n°2009/10, pp. 125-135, disponible à l'adresse: http://cadmus.eui.eu/bitstream/handle/1814/11294/MWP_2009_10.pdf?sequence=1

SCHWOK René, « L'absence de solidarité suisse au "contrat social" européen, un modèle à suivre ? », *Chantiers politiques*, 2012, n°10 Le nouveau contrat européen : Accords, engagements et solidarités en question, pp. 67-75.

SCHWOK René, LEVRAT Nicolas, « Switzerland's Relations with the EU after the Adoption of the Seven Bilateral Agreements », *European Foreign Affairs Review,* 2001, vol. 6, n°3, pp. 335-354.

SCIARINI Pascal, « La Suisse dans la négociation sur l'Espace économique européen: de la rupture à l'apprentissage », *Annuaire suisse de science politique*, 1992, n°32, pp.297-322.

SEVON Leif, « The EEA Judicial System and the Supreme Courts of the EFTA States », *E.J.I.L.*, 1992, vol.3, n°2, pp.329-340.

SEVE René, « Introduction », in *Archives de philosophie du droit*, Tome 31 : « le système juridique », 1986, Sirey, p.1-10.

SEVE René, « Système et Code », in *Archives de philosophie du droit*, Tome 31 : « le système juridique », 1986, Sirey, p.77-84.

SIDJANSKI Dusan, « La Suisse face à la Communauté européenne », *Pouvoirs*, 1987, n°43 – La Suisse, pp.139-149.

SIDJANSKI Dusan, « Le processus d'intégration dans les Communautés européennes », *Annuaire européen,* X, 1962, pp. 68-91.

SIBERT Marcel, « Quelques aspects de l'organisation et de la technique des conférences internationales », *R.C.A.D.I.*, 1934, II, vol. 48, pp.391-457.

SIEBOLD BUCHER Anja, « La politique audiovisuelle de l'Union européenne », in C. KADDOUS, M. JAMETTI GREINER (dir.), *Accords bilatéraux II Suisse-UE et autres accords récents*, Bruxelles, Bruylant, 2006, pp.763-777.

SIEGENTHALER Joanne, « La protection des données à caractère personnel en Europe – Spécificités de l'Union européenne et régime suisse », in T. BALMELLI (éd.), *La Suisse saisie par l'Union européenne*, Fribourg, Editions Interuniversitaires Suisses, 2003, pp.213-247.

SIMON Denys, « Les fondements de l'autonomie du droit communautaire», in *Droit international et droit communautaire. Perspectives actuelles*, Colloque SFDI de Bordeaux, Paris, Pedone, 2000, pp.207-249.

SIMON Denys, RIGAUX Anne, « Les Communautés et l'Union européenne comme organisations internationales », in E. LAGRANGE, J.-M. SOREL (dir.), *Droit des organisations internationales*, Issy-les-Moulineaux, LGDJ, 2013, pp. 114-141.

SIMON Gérald, « Existe-t-il un ordre juridique du sport ? », *Droits*, 2001, n°33, pp.97-106.

SPINNER Bruno, « Rechtliche Grundlagen und Grenze für bilaterale Abkommen», in D. FELDER, C. KADDOUS (dir.), *Accords bilatéraux Suisse - UE (Commentaires)*, Bruxelles, Bruylant, 2001, pp. 13-19.

STERN Brigitte, « Quelques observations sur les règles internationales relatives à l'application extraterritoriale du droit », *A.F.D.I.,* vol. 32, 1986, pp. 7-52 .

STERN Brigitte, « L'extra-territorialité « revisitée » : où il est question des affaires Alvarez-Machain, Pâte de Bois et de quelques autres... », *A.F.D.I.*, vol. 38, 1992, pp. 239-313.

TERRE Dominique, « Le pluralisme et le droit », *APD*, 2006, tome 49, pp.69-83.

THOLOZAN Olivier, « L'Institution entre le concept et l'action dans l'institutionnalisme et le néo-institutionnalisme », *RRJ*, 2012, n°5, pp.2193-2202,

TOBLER Christa, « Der Acquis der rechtlichen Verbindung der Schweiz zur EG und EU : eine unsichere Grösse? », in *Die Schweiz im europäischen Integrationsprozess*, Nomos, Baden-Baden, 2008, pp.11–37.

TRECHSEL Alexander, « Direct democracy and European integration. A limited obstacle ? », in C. CHURCH (dir.), *Switzerland and the European Union. A close, contradictory and Misunderstood relationship*, Londres, Ed. Routledge, 2007, pp. 36-51.

VALLET Guillaume, « La Suisse et la zone euro : une zone monétaire optimisée ? », *RMCUE*, n°543, décembre 2010, pp 624-635.

VENTURINI Gian Carlo, « La portée et les effets des attitudes et des actes unilatéraux des Etats », *R.C.A.D.I.*, 1964, II, tome 112, pp.363-467.

VERHOEVEN Joe, « Les conceptions et les implications du temps en droit international », in *Le droit international et le temps*, actes du colloque de Paris des 25-27 mai 2000, Paris, Pedone, 2001, pp.9-34.

VEUVE Daniel, « Mesures d'accompagnement de l'Accord sur la libre circulation des personnes », in D. FELDER, C. KADDOUS (dir.), *Accords bilatéraux Suisse-UE (Commentaires)*, Bruxelles, Bruylant, 2001, pp.291-311.

VEUVE Daniel, « Les mesures d'accompagnement liées à l'extension de l'ALCP », in C. KADDOUS, M. JAMETTI GREINER, *Accords bilatéraux II Suisse-UE*, Bruxelles, Bruylant, 2006, pp. 849-867.

VIRALLY Michel, « Panorama du droit international contemporain – Cours général de droit international public », *RCADI*, 1983, V, tome 183, pp.9-382.

VERHOEVEN Joe, « Traités ou contrats entre Etats ? Sur les conflits de lois en droit des gens », *Journal du droit international*, 1984, pp. 5-36.

VERHOEVEN Joe, « Sur les "Bons" et les "Mauvais" Emplois du jus cogens », in *Anuário brasileiro de Direito Internacional*, Belo Horizonte, Brasil, 2008, tome III, vol. 1, p.133-160.

VERHOOSEL Tanguy, « Un véritable casse-tête institutionnel », *Europolitique*, Supplément au n°4409, 20 avril 2012, p.23.

VERHOOSEL Tanguy, « Après le vote suisse, la Commission riposte », *Europolitique*, 12 février 2014, n°4807, p.1.

WALDBURGER Robert, « Politische Würdigung des Zinsbetsteurungsabkommens », in C. KADDOUS, M. JAMETTI GREINER (dir.), *Accords bilatéraux II Suisse-UE et autres accords récents*, Bruxelles, Bruylant, 2006, pp.489-500.

WALLACE Helen, « Vers un espace économique européen : chances et difficultés d'une négociation conclue au finish », *RMCUE*, 1991, n°351, octobre, pp.694-703.

WICHMANN Nicole, « "More In Than Out" : Switzerland's Association With Schengen/Dublin Cooperation », *Swiss Political Science Review*, 2009, 15(4), pp. 653-682

WEISBEIN Julien, « L'Europe à contrepoint. Objets nouveaux et classicisme théorique pour les études européennes », in *Politique européenne* 2/2008, n° 25, p. 115-135.

WYZZ Rudolf, « Die Rechtshilfebestimmungen des Abkommens zur Betrugsbekämpfung », in C. KADDOUS, M. JAMETTI GREINER (dir.), *Accords bilatéraux II Suisse-UE et autres accords récents*, Bruxelles, Bruylant, 2006, pp. 589-607.

ZENGER Stéphane, « Les conséquences en droit suisse de l'association à Schengen et Dublin », in *Aspects pénaux des Accords bilatéraux Suisse/Union européenne*, Bâle, Helbing Lichtenhahn, 2008, pp. 269–332.

ZIEGLER Andreas R., « L'avenir des accords de l'Union européenne avec ses pays voisins : l'exemple de la Suisse », in C. PHILIP (dir.), *Réalisations et défis de l'Union européenne : droit, politique, économie. Mélanges en hommage à Panayotis SOLDATOS*, Bruxelles, Bruylant, 2012, 609 p., pp.583-594.

ZINSLI Paul-Erich, « Das Forschungsabkommen Schweiz-EU zu den EU-Rahmenprogrammen», in C. KADDOUS, M. JAMETTI GREINER (dir.), *Accords bilatéraux II Suisse-UE et autres accords récents*, Bruxelles, Bruylant, 2006, pp. 901-908.

Jurisprudence

Cour de justice de l'Union européenne

Arrêts et avis relatifs aux accords Suisse-UE

CJCE, 26 avril 1977, *Projet d'accord relatif à l'institution d'un Fonds européen d'immobilisation de la navigation intérieure*, avis 1/76, *Rec.* 1977, p. 741

CJCE Ord., 14 juillet 2005, *Confédération suisse c. Commission européenne*, aff. C-70/04, *non publiée* (affaire dite de « l'aéroport de Zurich »)

TPI Ord., 7 juillet 2006, *Confédération suisse c. Commission européenne*, aff. T-319/05, *Rec.* 2006, p. II-2073 (affaire de l'aéroport de Zurich)

TPI Ord., 3 juillet 2007, *Commune de Champagne et a. c. Conseil de l'Union européenne et Commission des Communautés européennes,* aff. T-212/02, *Rec.* 2007, p. II-02017 (affaire de la « clause Champagne »).

CJCE, 22 décembre 2008, *Stamm et Hauser*, aff. C-13/08, *Rec.* 2008, p. I-11087

CJCE, 12 novembre 2009, *Grimme*, aff. C-351/08, *Rec.* 2009, p. I-10777

CJUE, 11 février 2010, *Fokus Invest AG*, aff. C-541/08, *Rec.* 2010, p. I-01025

CJUE, 15 juillet 2010, *Hengartner et Gasser*, aff. C-70/09, *Rec.* 2010, p. I-07233

Trib. UE, 9 septembre 2010, *Confédération suisse c. Commission européenne*, aff. T-319/05, *Rec*. 2010, p. II-04265 (affaire de l'aéroport de Zurich)

CJUE, 26 octobre 2010, *Royaume-Uni c. Conseil*, aff. C-482/08, *Rec*. 2010, p. I-10413

CJUE, 6 octobre 2011, *Graf et Engel*, aff. C-506/10, *Rec.* 2011, p. I-09345

CJUE, 15 décembre 2011, *Bergström*, aff. C-257/10, *Rec.* 2011, p. I-13227

CJUE, 7 mars 2013, *Confédération suisse c. Commission européenne*, aff. C-547/10 P (affaire de l'aéroport de Zurich)

CJUE, 28 février 2013, *Ettwein*, aff. C-425/11, *non encore publié*

CJUE, 19 septembre 2013, *Hliddal et Bornand*, aff. jtes C-216/12 et C-217/12, *non encore publié*

CJUE, 27 février 2014, *Royaume-Uni / Conseil*, aff. C-656/11, *non encore publié*

CJUE, 27 mars 2014, *Alpina River Cruises GmbH, Nicko Tours GmbH c. Ministero delle infrastrutture e dei trasporti – Capitaneria di Porto di Chioggia*, aff. C-17/13 , *non encore publié*

CJUE, 30 avril 2014, *Birgit Wagener c. Bundesagentur für Arbeit – Familienkasse Villingen-Schwenningen*, aff. C-250/13, *non encore publié*

Autres arrêts et avis

CJCE, 15 juillet 1964, *Costa c. ENEL*, aff. 6/64, *Rec*. 1964, p.1141.

C.J.C.E., 17 décembre 1970, *Einfuhr und Vorratsstelle Getreide c. Köster*, aff. 25/70, *Rec*. 1970, p. 1162

CJCE, 30 avril 1974, *Haegeman*, aff. 181/73, *Rec*. 1974, p. 449.

CJCE, 3 décembre 1974, *Johannes Henricus Maria van Binsbergen c. Bestuur van de Bedrijfsvereniging voor de Metaalnijverheid*, aff. 33-74, *Rec*. 1974, p. 1299.

CJCE, 11 novembre 1975, *Arrangement OCDE,* avis 1/75, *Rec*. 1975, p.1355.

CJCE, 26 avril 1977, *Projet d'accord relatif à l'institution d'un Fonds européen d'immobilisation de la navigation intérieure*, avis 1/76, *Rec*. 1977, p. 741

CJCE 9 mars 1978, Simmenthal, aff. 106/77, *Rec*. 629

CJCE, 20 février 1979, *Rewe-Zentral AG c. Bundesmonopolverwaltung für Branntwein*, aff. 120/78, *Rec. 1979*, p.649

CJCE, 9 février 1982, *Polydor Limited et RSO Records Inc. c. Harlequin Records Shops Limited et Simons Records Limited*, affaire 270/80, Rec. 1982, p.329.

CJCE, 29 avril 1982, *Pabst c. Hauptzollamt Oldenbourg*, aff. 17/81, *Rec*. 1982, p.1331

CJCE, 14 novembre 1989, *Grèce c. Commission*, aff. 30/88, *Rec.* 1989, p.3711.

CJCE, 20 septembre 1990, *S. Z. Sevince c. Staatssecretaris van Justitie.*, aff. C-192/89, *Rec.* 1990, p. I-3461.

CJCE, 14 décembre 1991, *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 1/91, *Rec.* 1991, p. I-06079.

CJCE, 10 avril 1992, *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, *Rec.* 1992, p. I-02821

CJCE, 5 octobre 1994, *TV10 SA c. Commissariaat voor de Media*, aff. C-23/93, *Rec.* 1994, p. I-4795.

CJCE, 28 mars 1996, *Adhésion de la Communauté à la convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales,* avis 2/94, *Rec.* 1996, p. I-1759.

CJCE, 14 décembre 2000, *Dior*, aff. C-300/98 et C-392/98, *Rec.* 2000, p. I-11307.

CJCE, 6 décembre 2001, *Protocole de Cartagena*, avis 2/00, *Rec.* 2001, p. I-09713.

CJCE, 18 avril 2002, *Projet d'accord portant création d'un espace aérien européen commun entre la Communauté européenne et des pays tiers*, avis 1/00, *Rec.* 2002, p. I-03493

CJCE, 25 juillet 2008, *Metock*, aff. C-127/08, *Rec.* 2008, p. I-6241

CJCE, 1er octobre 2009, *Commission c. Conseil*, aff. C-370/07, *Rec.* 2009, p. I-8917

CJUE, 11 février 2010, *Fokus Invest AG*, aff. C-541/08, *Rec.* 2010, p. I-01025

CJUE, 15 juillet 2010, *Hengartner et Gasser*, aff. C-70/09, *Rec.* 2010, p. I-07233

CJUE, 28 octobre 2010, *Établissements Rimbaud SA c. Directeur général des impôts, Directeur des services fiscaux d'Aix-en-Provence*, aff. C-72/09, *Rec.* 2010, p. I-10659.

CJUE, 8 mars 2011, *Lesoochranárske zoskupenie VLK*, aff. C-240/09, *Rec.* 2011, p. I-01255

CJUE, 15 décembre 2011, *Bergström*, aff. C-257/10, *Rec.* 2011, p. I-13227

CJUE, 28 février 2013, *Ettwein*, aff. C-425/11, *non encore publié*

CJUE, Ord., 18 avril 2012, *Royaume-Uni c. Conseil*, aff. C-656/11 R, *Rec. numérique*

CJUE, 7 mars 2013, *Confédération suisse c. Commission européenne*, aff. C-547/10 P, *non encore publié*

CJUE, 19 septembre 2013, *Hliddal et Bornand*, aff. jtes C-216/12 et C-217/12, *non encore publié*

CJUE, 26 septembre 2013, *Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord contre Conseil de l'Union européenne*, aff. C-431/11, *non encore publié*

CJUE, 10 décembre 2013, *Shamso Abdullahi c. Bundesasylamt*, aff. C-394/12, *non encore publié*

CJUE, 19 décembre 2013, *Rahmanian Koushkaki c. Bundesrepublik Deutschland*, aff. C-84/12, *non encore publié*

CJUE, 27 février 2014, *Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord c. Conseil de l'Union européenne*, aff. C-656/11, *non encore publié*

CJUE, 27 mars 2014, *Alpina River Cruises GmbH, Nicko Tours GmbH c. Ministero delle infrastrutture e dei trasporti – Capitaneria di Porto di Chioggia*, aff. C-17/13, *non encore publié*

CJUE, 30 avril 2014, *Birgit Wagener*, aff. C-250/13, *non encore publié*

Conclusions des avocats généraux

BOT Yves, Conclusions présentées le 13 mars 2014, *Green Network SpA c. Autorità per l'energia elettrica e il gas*, aff. C-66/13, *affaire pendante*

CRUZ VILLALÓN Pedro, Conclusions présentées le 19 décembre 2013, sur CJUE, 27 mars 2014, *Alpina River Cruises GmbH, Nicko Tours GmbH c. Ministero delle infrastrutture e dei trasporti – Capitaneria di Porto di Chioggia*, aff. C-17/13, *non encore publiées*

CRUZ VILLALON Pedro, Conclusions présentées le 29 avril 2014, *Allemagne c. Conseil de l'Union européenne*, aff. C-399/12, *non encore publiées*

DARMON Marco, Conclusions présentées le 15 mai 1990, sur CJCE, 20 septembre 1990, *S. Z. Sevince c. Staatssecretaris van Justitie.*, aff. C-192/89, *Rec.* 1990, p. I-3473.

JÄÄSKINEN Niilo, Conclusions sur CJUE, 15 juillet 2010, *Hengartner et Gasser*, aff. C-70/09, *Rec.* 2010, p. I-7233.

JÄÄSKINEN Niilo, Conclusions sur CJUE, 28 février 2013, *Ettwein*, aff. C-425/11, *non encore publiées*

KOKOTT Juliane, Conclusions sur CJUE, 26 septembre 2013, *Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord c. Conseil de l'Union européenne*, aff. C-431/11, *non encore publiées*

KOKOTT Juliane, Conclusions présentées le 23 avril 2009 sur CJUE, 1er octobre 2009, *Commission c. Conseil*, aff. C-370/07, *Rec.* 2009, p. I-8917.

MAZAK Ján, Conclusions sur CJUE, 15 décembre 2011, *Bergström*, aff. C-257/10, *Rec.* 2011, p. I-13227

MENGOZZI Paolo, Conclusions sur CJUE, 17 octobre 2013, *Yvon Welte*, aff. C-181/12, *non encore publiées*

RUIZ-JARABO COLOMER Dámaso, Conclusions sur CJCE Ord., 4 août 2006, *Zentralbetriebsrat der Landeskrankenhäuser Tirols c. Land Tirol*, aff. C-339/05, Rec. 2006, p. I-07097 (aff. radiée).

Tribunal fédéral suisse

ATF 129 III 335, du 25 mars 2003, *Caisse publique de chômage du canton de Soleure c. Metallbau X. GmbH* (version en français disponible au JdT 2003 II 75)

ATF 130 II 113, du 19 décembre 2003, *Office fédéral de l'immigration, de l'intégration et de l'émigration contre X. et Service de la population et des migrants*

ATF 130 I 312, du 2 juillet 2004, *A. SA et consorts contre Conseil fédéral*, aff. 4A.1/2004

ATF 130 II 493, du 2 août 2004, *X. contre Service de la population*

ATF 131 V 202, 3 mai 2005, *B. contre Département de l'Action Sociale et de la Santé*

ATF 133 V 329, du 4 juillet 2007, *C. contre Caisse de compensation des banques suisses,* aff. H 31/06)

ATF 136 II 5 du 29 septembre 2009, *X., Y., gegen Sicherheitsdirektion des Kantons Zürich, Regierungsrat des Kantons Zürich*, aff. 2C_196/2009

ATF du 5 avril 2011, *A et a. c. Conseil d'Etat du canton de Genève*, aff. 2C_649/2010.

ATF du 3 avril 2014, *C. c. Caisse cantonale vaudoise de compensation* AVS, aff. 9C_593/2013

Cour AELE

Cour AELE, 9 octobre 2002, *CIBA v. The Norwegian State*, aff. E-6/01, *EFTA Court Report*, p.283.

Cour AELE, 10 décembre 1998, *Sveinbjörnsdóttir contre Islande*, aff. E-9/97, *EFTA Court Report*, p. 95.

Cour internationale de Justice

CIJ, *Réparation des dommages subis au service des Nations Unies*, Avis consultatif du 11 avril 1949, *Rec.* 1949, p.174.

CIJ, 6 avril 1955, *Nottebohm (Liechtenstein c. Guatemala), Rec.* 1955, p.4

CIJ, 20 décembre 1974, *Essais nucléaires (Australie c. France)*, *Rec.* 1974, p.253

CIJ, *Licéité de l'utilisation des armes nucléaires par un Etat dans un conflit armé*, Avis consultatif du 8 juillet 1996, *CIJ Rec. 1996*, p.66.

Cour permanente de justice internationale

CPJI, 17 août 1923 (arrêt), *affaire du vapeur Wimbledon*, série A, n°1, p.25.

CPJI, 21 novembre 1925 (avis), *Interprétation de l'article 3, paragraphe 2, du traité de Lausanne (Frontière entre la Turquie et l'Irak)*, série B, n°12, p.6.

CPJI, 7 septembre 1927 (arrêt), *affaire du Lotus, France c. Turquie*, Rec. série A, n°10.

CPJI, *Régime douanier entre l'Allemagne et l'Autriche*, Avis consultatif du 5 septembre 1931, série A/B, n°31, p.36.

CPJI, 5 avril 1933, *Statut juridique du Groënland oriental (Danemark c. Norvège)*, série A/B, n°53, p.21

Accords principaux (ordre chronologique)

Accords du 22 juillet 1972

Accord entre la Confédération suisse et la Communauté économique européenne (relatif au libre-échange), *RO 1972 3169 (RS 0.632.401) / JO L 300 du 31.12.1972, p. 189-280*.

Accord entre la Confédération suisse et les Etats membres de la Communauté européenne du charbon et de l'acier, *RO 1973 2057 / JO L 350 du 19.12.1973, p. 13-28.*

Les sept accords bilatéraux I du 21 juin 1999

Accord entre la Confédération suisse d'une part, et la Communauté européenne et ses Etats membres, d'autre part, sur la libre circulation des personnes, *RO 2002 1529* (*RS 0.142.112.681) / JO L 114 du 30.4.2002, p. 6-72*.

Accord entre la Confédération suisse et la Communauté européenne sur le transport aérien, *RO 2002 1705* (*RS 0.748.127.192.68) / JO L 114 du 30.4.2002,* p.73-90.

Accord entre la Confédération suisse et la Communauté européenne sur le transport de marchandises et de voyageurs par rail et par route, *RO 2002 1649 (RS 0.740.72) / JO L 114 du 30.4.2002, p.91-131*.

Accord entre la Confédération suisse et la Communauté européenne relatif aux échanges de produits agricoles, *RO 2002 2147* (*RS 0.916.026.81*) / *JO L 114 du 30.4.2002, p. 132-368.*

Accord entre la Confédération suisse et la Communauté européenne relatif à la reconnaissance mutuelle en matière d'évaluation de la conformité, *RO 2002 1803 (RS 0.946.526.81) / JO L 114 du 30.4.2002, p.369-429*.

Accord entre la Confédération suisse et la Communauté européenne sur certains aspects relatifs aux marchés publics, *RO 2002 1951 (RS 0.172.052.68) / JO L 114 du 30.4.2002, p. 430-467*.

Accord de coopération scientifique et technologique entre la Confédération suisse d'une part, et Communauté européenne et la Communauté européenne de l'énergie atomique d'autre part, *RO 2002 1998 / JO L 114 du 30.4.2002, p.468-477*.

Les neuf accords bilatéraux II du 26 octobre 2004

Accord entre le Conseil fédéral suisse et la Commission des Communautés européennes en vue d'éviter la double imposition des fonctionnaires retraités des institutions et agences des Communautés européennes résidant en Suisse, *RO 2005 2187 (RS 0.672.926.81)*.

Accord entre la Confédération suisse et la Communauté européenne prévoyant des mesures équivalentes à celles prévues dans la directive 2003/48/CE du Conseil en matière de fiscalité des revenus de l'épargne sous forme de paiements d'intérêts, *RO 2005 2571 (RS 0.641.926.81) / JO L 385 du 29.12.2004, p. 30-42*.

Accord entre la Confédération suisse et la Communauté européenne modifiant l'accord entre la Confédération suisse et la Communauté économique européenne du 22 juillet 1972 pour ce qui concerne les dispositions applicables aux produits agricoles transformés, *RO 2005 1533 (RS 0.632.401.23) / JO L 23 du 26.1.2005, p. 19-48.*

Accord entre la Confédération suisse et la Communauté européenne relatif à la coopération dans le domaine statistique, *RO 2006 5933 (RS 0.431.026.81) / JO L 90 du 28.3.2006, p. 2-20.*

Accord entre la Confédération suisse et la Communauté européenne dans le domaine de l'audiovisuel, établissant les termes et conditions pour la participation de la Confédération suisse aux programmes communautaires MEDIA Plus et MEDIA Formation, *RO 2006 1041 / JO L 90 du 28.3.2006, p. 23-34.*

Accord entre la Confédération suisse et la Communauté européenne concernant la participation de la Suisse à l'Agence européenne pour l'environnement et au réseau européen d'information et d'observation pour l'environnement (EIONET), *RO 2006 1111 (RS 0.814.092.681) / JO L 90 du 28.3.2006, p.37-47.*

Accord entre la Confédération suisse, l'Union européenne et la Communauté européenne sur l'association de la Confédération suisse à la mise en œuvre, à l'application et au développement de l'acquis de Schengen, *RO 2008 481 (RS 0.362.31) / JO L 53 du 27.2.2008, p. 52-79.*

Accord entre la Confédération suisse et la Communauté européenne relatif aux critères et aux mécanismes permettant de déterminer l'Etat responsable de l'examen d'une demande d'asile introduite dans un Etat membre ou en Suisse, *RO 2008 515 (RS 0.142.392.68) / JO L 53 du 27.2.2008, p.5-17.*

Accord de coopération entre la Confédération suisse, d'une part et la Communauté européenne et ses États membres, d'autre part, pour lutter contre la fraude et toute autre activité illégale portant atteinte à leurs intérêts financiers, *RO 2009 1299 (RS 0.351.926.81) / JO L 46 du 17.2.2009, p. 8–35.*

Accords multilatéraux avec les Etats de l'AELE

Convention du 20 mai 1987 entre la République d'Autriche, la République de Finlande, la République d'Islande, le Royaume de Norvège, le Royaume de Suède, la Confédération helvétique et la Communauté économique européenne, relative à un régime de transit commun, *RO 1988 p.308 (RS 0.631.242.04) / JO L 226 du 13.8.1987, p. 2–117* (entrée en vigueur le 01.01.1988).

Convention du 20 mai 1987 entre la République d'Autriche, la République de Finlande, la République d'Islande, le Royaume de Norvège, le Royaume de Suède et la Confédération helvétique et la Communauté économique européenne, relative à la simplification des formalités dans les échanges de marchandises, *RO 1988 301 (RS 0.631.242.03) / JO L 134 du 22.05.1987, p. 2-77* (entrée en vigueur le 01.01.1988).

* * *

Accord du 2 mai 1992 sur l'Espace économique européen entre les Communautés européennes, leurs États membres et la République d'Autriche, la République de Finlande, la République d'Islande, la principauté de Liechtenstein, le Royaume de Norvège, le Royaume de Suède et la Confédération suisse, *JO L 1 du 03.01.1994, p.3-522* [l'accord, signé par la Suisse, n'a cependant pas été ratifié].

> Protocole du 17 mars 1993 entre les Communautés européennes, leurs États membres et la république d'Autriche, la république de Finlande, la république d'Islande, la principauté de Liechtenstein, le royaume de Norvège et le royaume de Suède portant adaptation de l'accord sur l'Espace économique européen, *JO L 1 du 03.01.1994, p.572-605.*

Accord du 2 mai 1992 entre les États de l'AELE relatif à l'institution d'une Autorité de surveillance et d'une Cour de justice, *JO L 344 du 31.12.1994, p.1-81* [l'accord, signé par la Suisse, n'a cependant pas été ratifié].

> Protocole portant adaptation de l'accord entre les États de l'AELE relatif à l'institution d'une Autorité de surveillance et d'une Cour de justice, *JO L 344 du 31.12.1994, p.82-83.*

* * *

Convention du 16 septembre 1988 entre l'Allemagne, la Belgique, le Danemark, l'Espagne, la France, la Grèce, l'Italie, l'Irlande, le Luxembourg, les Pays-Bas, le Portugal, le Royaume-Uni, l'Autriche, l'Islande, la Finlande, la Norvège, la Suède, la Suisse, concernant la compétence judiciaire et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale, *RO 1991 2436 / JO L 319 du 25.11.1988, p.9-48*.

Convention du 30 octobre 2007 entre la Communauté européenne, le Danemark, l'Islande, la Norvège, la Suisse, concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale, *RO 2010 5609 / JO L 147 du 10.06.2009, p. 5-43.*

Accords bilatéraux et modifications (par domaines)

Coopération scientifique (recherche, observation, information)

Accord du 14 septembre 1978 entre la Confédération suisse et la Communauté européenne de l'énergie atomique concernant la coopération dans le domaine de la fusion thermonucléaire contrôlée et de la physique des plasmas, *RO 1980 693 (RS 0.424.11) / JO L 242 du 4.9.1978, p. 2–9*.

Protocole du 30 avril 1982 portant modification de l'accord de coopération entre la Communauté européenne de l'énergie atomique et la Confédération suisse dans le domaine de la fusion thermonucléaire contrôlée et de la physique des plasmas, *JO L 116 du 30.4.1982, p. 21–22)*

Accord-cadre de coopération scientifique et technique du 8 janvier 1986 entre la Confédération suisse et les Communautés européennes, *RO 1986 183 (RS 0.420.518) / JO L 313 du 22.11.1985, p.6-8*. [entré en vigueur le 17 janvier 1987].

Accord du 21 juin 1999 de coopération scientifique et technologique entre la Confédération suisse d'une part, et Communauté européenne et la Communauté européenne de l'énergie atomique d'autre part, *RO 2002 1998 / JO L 114 du 30.4.2002, p.468-477*.

Accord du 16 janvier 2004 de coopération scientifique et technologique entre la Confédération suisse d'une part, et la Communauté européenne et la Communauté européenne de l'énergie atomique, d'autre part, *RO 2005 5057 / JO L 32 du 5.2.2004, p.23-33.*

Accord du 25 juin 2007 de coopération scientifique et technologique entre la Confédération suisse d'une part, et la Communauté européenne et la Communauté européenne de l'énergie atomique, d'autre part, *RO 2008 3237 (RS 0.420.513.1) / JO L 189 du 20.7.2007, p.26-39*.

Accord du 7 décembre 2012 sur la coopération scientifique et technique entre la Communauté européenne de l'énergie atomique, d'une part, et la Confédération suisse, d'autre part, associant la Confédération suisse au programme-cadre de la Communauté européenne de l'énergie atomique pour des activités de recherche et de formation dans le domaine nucléaire (2012-2013), *RO 2013 519 (RS 0.424.113) / JO L 4 du 9.1.2013, p. 3–12*.

Accord du 26 octobre 2004 entre la Confédération suisse et la Communauté européenne concernant la participation de la Suisse à l'Agence européenne pour l'environnement et au réseau européen d'information et d'observation pour l'environnement (EIONET), *RO 2006 1111 (RS 0.814.092.681) / JO L 90 du 28.3.2006, p.37-47*.

Accord du 26 octobre 2004 entre la Confédération suisse et la Communauté européenne relatif à la coopération dans le domaine statistique, *RO 2006 5933 (RS 0.431.026.81) / JO L 90 du 28.3.2006, p. 2-20.* Entré en vigueur le 1er janvier 2007.

Décision n°1/2008 du 14 février 2008 du comité statistique Communauté/Suisse, portant adoption de son règlement intérieur (2008/175/CE), *JO L 57 du 1.3.2008, p. 21–24.*

Décision n°2/2008 du 21 novembre 2008 du comité statistique Communauté/Suisse portant modification de l'annexe A de l'accord entre la Communauté européenne et la Confédération suisse relatif à la coopération dans le domaine statistique, *JO L 68 du 13.3.2009, p. 14–27*

Décision n°2/2010 du 1er octobre 2010 du comité statistique Union européenne/Suisse portant modification de l'annexe A de l'accord entre la Communauté européenne et la Confédération suisse relatif à la coopération dans le domaine statistique, *JO L 280 du 26.10.2010, p. 62–79*

Décision n°3/2010 du 1er octobre 2010 du Comité statistique Union européenne/Suisse portant modification de l'annexe B de l'accord entre la Communauté européenne et la Confédération suisse relatif à la coopération dans le domaine statistique, *JO L 277 du 21.10.2010, p. 31–33*

Décision n°1/2013 du 12 juin 2013 du Comité statistique Union européenne/Suisse remplaçant l'annexe A de l'accord entre la Communauté européenne et la Confédération suisse relatif à la coopération dans le domaine statistique, *JO L 198 du 23.7.2013, p. 48-66*

Accord du 15 février 2010 entre la Confédération suisse et l'Union européenne, établissant les termes et conditions de la participation de la Confédération suisse au programme «Jeunesse en action» et au programme d'action dans le domaine de l'éducation et de la formation tout au long de la vie (2007–2013), RO 2011 879 (RS 0.402.268.1) / JO L 87 du 7.4.2010, p. 7–18.

Accord de coopération du 18 décembre 2013 entre la Confédération suisse d'une part, l'Union européenne et ses États membres d'autre part, relatif aux programmes européens de navigation par satellite, *RO 2014 299 (RS 0.741.826.8) / JO L 15 du 20.1.2014, p.3-17*.

Fiscalité et protection des intérêts financiers

Accord du 26 octobre 2004 entre le Conseil fédéral suisse et la Commission des Communautés européennes en vue d'éviter la double imposition des fonctionnaires retraités des institutions et agences des Communautés européennes résidant en Suisse, *RO 2005 2187 (RS 0.672.926.81)*.

Accord du 26 octobre 2004 entre la Confédération suisse et la Communauté européenne prévoyant des mesures équivalentes à celles prévues dans la directive 2003/48/CE du Conseil en matière de fiscalité des revenus de l'épargne sous forme de paiements d'intérêts, *RO 2005 2571 (RS 0.641.926.81) / JO L 385 du 29.12.2004, p. 30 – 42*. [entré en vigueur le 01.07.2005]

Accord de coopération du 26 octobre 2004 entre la Confédération suisse, d'une part et la Communauté européenne et ses États membres, d'autre part, pour lutter contre la fraude et toute autre activité illégale portant atteinte à leurs intérêts financiers, *RO 2009 1299 (RS 0.351.926.81) / JO L 46 du 17.2.2009, p. 8–35*. [application provisoire au 8 avril 2009].

Liberté d'établissement et libre prestation de services

Accord du 10 octobre 1989 entre la Confédération suisse et la Communauté économique européenne concernant l'assurance directe autre que l'assurance sur la vie, *RO 1992 1894 (RS 0.961.1) / JO L 205 du 27.7.1991, p. 2–47* [entré en vigueur le 01.01.1993].

Décision n°1/2001 du Comité mixte Suisse-CE du 18 juillet 2001 portant modification des annexes et protocoles de l'accord entre la Confédération suisse et la Communauté économique européenne concernant l'assurance directe autre que l'assurance sur la vie, et portant constatation de conformité du droit national des parties contractantes avec cet accord, *JO L 291 du 8.11.2001, p. 52–55*.

Accord du 21 juin 1999 entre la Confédération suisse d'une part, et la Communauté européenne et ses Etats membres, d'autre part, sur la libre circulation des personnes [voir, *infra*, rubrique "libre circulation des personnes"].

Accord du 21 juin 1999 entre la Confédération suisse et la Communauté européenne sur le transport aérien [voir, *infra*, rubrique "transports"].

Accord du 21 juin 1999 entre la Communauté européenne et la Confédération suisse sur certains aspects relatifs aux marchés publics [voir, *infra*, rubrique "divers"].

Libre circulation des personnes (dispositions de politique migratoire)

Accord du 21 juin 1999 entre la Confédération suisse d'une part, et la Communauté européenne et ses Etats membres, d'autre part, sur la libre circulation des personnes, *RO 2002 1529* (*RS 0.142.112.681) / JO L 114 du 30.4.2002,* p. 6-72.

Décisions du comité mixte « ALCP » et Protocoles :

Décision n°2/2003 du 15 juillet 2003 du comité mixte portant modification de l'annexe II (sécurité sociale) de l'accord, *RO 2004 1277/ JO L 187 du 26.7.2003, p. 55 -60*.

Décision n°1/2004 du 30 avril 2004 du comité mixte portant modification de l'annexe III (reconnaissance mutuelle des qualifications professionnelles) de l'accord, *RO 2004 4203/ JO L 352du 27.11.2004, p. 18*.

Protocole du 26 octobre 2004 à l'accord entre la Confédération suisse, d'une part, et la Communauté européenne et ses Etats membres, d'autre part, sur la libre circulation des personnes, concernant la participation, en tant que parties contractantes, de la République tchèque, de la République d'Estonie, de la République de Chypre, de la République de Lettonie, de la République de Lituanie, de la République de Hongrie, de la République de Malte, de la République de Pologne, de la République de Slovénie et de la République slovaque, à la suite de leur adhésion à l'Union européenne, *R0 2006 995 / JO L 89 du 28.3.2006, p. 30-44.*

Décision n°1/2006 du comité mixte portant modification de l'annexe II, RO 2006 5851/

Protocole du 27 mai 2008 à l'accord entre la Confédération suisse, d'une part, et la Communauté européenne et ses Etats membres, d'autre part, sur la libre circulation des personnes, concernant la participation, en tant que parties contractantes, de la République de Bulgarie et de la Roumanie à la suite de leur adhésion à l'Union européenne, *RO 2009 2421 / JO L 124 du 20.5.2009, p.53-62*

Décision n°2/2011 du 30 septembre 2011 du comité mixte en ce qui concerne le remplacement de l'annexe III (reconnaissance mutuelle des qualifications professionnelles), *RO 2011 4859* / JO *L 277 du 22.10.2011, p. 20 -35.*

Décision n°1/2012 du 31 mars 2012 du comité mixte remplaçant l'annexe II dudit accord sur la coordination des systèmes de sécurité sociale, *RO 2012 p.2345 / JO L 103 du 13.04.2012, p.51-59*.

Accord du 26 octobre 2004 entre la Confédération suisse, l'Union européenne et la Communauté européenne sur l'association de la Confédération suisse à la mise en œuvre, à l'application et au développement de l'acquis de Schengen, *RO 2008 481 (RS 0.362.31) / JO L 53 du 27.2.2008, p. 52-79*.

Décision n°1/2004 du 26 octobre 2004 du Comité mixte UE/Suisse établi par l'accord conclu entre l'Union européenne, la Communauté européenne et la Confédération suisse concernant l'association de cet État à la mise en œuvre, à l'application et à la poursuite du développement de l'acquis de Schengen portant adoption de son règlement intérieur, *JO C 308 du 14.12.2004, p. 2–4*

Décision n°1/2008 du 28 février 2008 du Comité mixte UE/Suisse établi par l'accord conclu entre l'Union européenne, la Communauté européenne et la Confédération suisse concernant l'association de cet état à la mise en œuvre, à l'application et au développement de l'acquis de Schengen modifiant son règlement intérieur (2008/265/CE), *JO L 83 du 26.3.2008, p. 37–38*.

Accord du 17 décembre 2004 entre la Confédération suisse, la République d'Islande et le Royaume de Norvège sur la mise en œuvre, l'application et le développement de l'acquis de Schengen et sur les critères et les mécanismes permettant de déterminer l'Etat responsable de l'examen d'une demande d'asile introduite en Suisse, en Islande ou en Norvège, RS.0362.32.

Arrangement du 30 septembre 2009 entre la Confédération suisse et la Principauté de Liechtenstein, d'une part, et la Communauté européenne, d'autre part, sur les modalités de la participation de ces Etats aux activités de l'Agence européenne pour la gestion de la coopération opérationnelle aux frontières extérieures des Etats membres de l'Union européenne, *RO 2010 3573 (RS 0.362.313) / JO L 243 du 16.9.2010, p. 4–15.*

Accord du 19 mars 2010 entre la Communauté européenne et la République d'Islande, le Royaume de Norvège, la Confédération suisse et la Principauté de Liechtenstein concernant des dispositions complémentaires relatives au Fonds pour les frontières extérieures pour la période 2007-2013, *JO L 169 du 3.7.2010, p. 24–34*.

Protocole du 28 février 2008 entre la Confédération suisse, l'Union européenne, la Communauté européenne, et la Principauté de Liechtenstein sur l'adhésion de la Principauté de Liechtenstein à l'accord entre la Confédération suisse, l'Union européenne et la Communauté européenne sur l'association de la Confédération suisse à la mise en œuvre, à l'application et au développement de l'acquis de Schengen, *RO 2011 1333 (RS 0.362.311) / JO L 160 du 18.6.2011, p. 21–36.*

Accord du 26 octobre 2004 entre la Confédération suisse et la Communauté européenne relatif aux critères et aux mécanismes permettant de déterminer l'Etat responsable de

l'examen d'une demande d'asile introduite dans un Etat membre ou en Suisse, *RO 2008 515 (RS 0.142.392.68) / JO L 53 du 27.2.2008, p.5-17*.

Protocole du 28 février 2008 entre la Communauté européenne, la Confédération suisse et la Principauté de Liechtenstein relatif à l'adhésion de la Principauté de Liechtenstein à l'accord entre la Communauté européenne et la Confédération suisse relatif aux critères et mécanismes de détermination de l'État responsable de l'examen d'une demande d'asile présentée dans un État membre ou en Suisse, *JO L 160 du 18.6.2011, p. 39–49*.

Libre-échange

Accord du 22 juillet 1972 entre la Confédération suisse et les Etats membres de la Communauté européenne du charbon et de l'acier, *RO 1973 2057 / JO L 350 du 19.12.1973, p. 13-28*.

Accord additionnel sur la validité de l'Accord entre la Confédération suisse et les Etats membres de la Communauté européenne du charbon et de l'acier pour la Principauté du Liechtenstein accord additionnel sur la validité pour le Liechtenstein de ce dernier accord, *RO 1973 2084 / JO L 350 du 19.12.1973, p. 29*.

Protocole du 14 juillet 1986 additionnel à l'Accord entre la Confédération suisse et les Etats membres de la Communauté européenne du charbon et de l'acier, à la suite de l'adhésion du Royaume d'Espagne et de la République portugaise à la Communauté

Protocole du 14 juillet 1986 complémentaire à l'Accord additionnel sur la validité de l'Accord entre la Confédération suisse et les Etats membres de la Communauté européenne du charbon et de l'acier pour la Principauté du Liechtenstein à la suite de l'adhésion du Royaume d'Espagne et de la République portugaise à la Communauté

Echange de notes des 4 novembre 2004 et 18 décembre 2009 concernant l'abrogation des accords CECA, avec effet au 19 décembre 2009, *RO 2010 567 / JO L 288 du 4.11.2009, p.18-21*.

Accord du 22 juillet 1972 entre la Confédération suisse et la Communauté économique européenne (relatif au libre-échange), *RO 1972 3169 (RS 0.632.401) / JO L 300 du 31.12.1972, p. 189-280*.

Accord additionnel entre la Communauté économique européenne, la Confédération suisse, la Principauté de Liechtenstein sur la validité pour la principauté de Liechtenstein de l'accord entre la Communauté économique européenne et la Confédération suisse du 22 juillet 1972, *RO 1972 3122* (RS 0.632.401.6) /*JO L 300 du 31.12.1972 p. 281 – 282*.

Accord du 18 novembre 1985 (sous forme d'échange de lettres) entre la Confédération suisse et la Communauté économique européenne relatif au régime des échanges concernant les soupes, sauces et condiments (modification du protocole n°2 annexé à l'Accord de libre-échange Suisse-CEE), *RO 1972 3169*

Protocole du 14 juillet 1986 additionnel à l'Accord entre la Confédération suisse et la Communauté économique européenne à la suite de l'adhésion du Royaume

d'Espagne et de la République portugaise à la Communauté, RO 1987 200 / JO L 337 du 29.11.1986 p.121-175.

Accord du 26 octobre 2004 entre la Confédération suisse et la Communauté européenne modifiant l'accord entre la Confédération suisse et la Communauté économique européenne du 22 juillet 1972 pour ce qui concerne les dispositions applicables aux produits agricoles transformés, *RO 2005 1533 (RS 0.632.401.23) / JO L 23 du 26.1.2005, p. 19–48.*

Décision n°3/2005 du 15 décembre 2005 du Comite mixte CE-Suisse modifiant le protocole n°3 à l'accord, relatif à la définition de la notion de «produits originaires» et aux méthodes de coopération administrative (2006/81/CE), *RS 0.632.401.31*

* * *

Accord du 21 juin 1999 entre la Confédération suisse et la Communauté européenne relatif aux échanges de produits agricoles, *RO 2002 2147 (RS 0.916.026.81) / JO L 114 du 30.4.2002, p. 132-368*.

Décisions du Comité mixte AGRICULTURE institué par l'accord relatif à l'échange de produits agricoles :

Décision n°1/2003 du 21 octobre 2003 du Comité mixte de l'agriculture concernant l'adoption de son règlement intérieur (2003/808/CE), *JO L 303 du 21.11.2003, p. 24 - 26*.

Décision n°2/2003 du 21 octobre 2003 concernant la constitution des groupes de travail et l'adoption des mandats de ces groupes (2003/809/CE), *JO L 303 du 21.11.2003, p. 27 -30*.

Décision n°2/2004 du 18 mars 2004 concernant les modifications de l'appendice afférent à l'annexe 10 à l'accord (2004/403/CE), *JO L 123 du 27.4.2004, p. 113 -114*.

Décision n°3/2005 du 19 décembre 2005 concernant l'adaptation des annexes 1 et 2

Décision n°1/2010 du 13 décembre 2010 concernant les modifications des appendices de l'annexe 4, *JO L 32 du 8.2.2011, p. 9 -22*

Décisions du Comité mixte VETERINAIRE institué par l'accord relatif à l'échange de produits agricoles :

Décision n°1/2003 du 29 juillet 2003 du comité mixte vétérinaire concernant l'adoption de son règlement intérieur (2003/703/CE), *JO L 254 du 08.10.2003 p. 35-37*.

Accord du 23 décembre 2008 entre la Communauté européenne et la Confédération suisse modifiant l'annexe 11 de l'accord entre la Communauté européenne et la Confédération suisse relatif aux échanges de produits agricoles, *JO L 352 du 31.12.2008, p. 24 -30*.

Accord du 14 mai 2009 entre la Communauté européenne et la Confédération suisse modifiant l'accord entre la Communauté européenne et la Confédération suisse relatif aux échanges de produits agricoles, *JO L 136 du 30.5.2009, p. 2 -95*.

Accord du 17 mai 2011 entre la Confédération suisse et l'Union européenne relatif à la protection des appellations d'origine et des indications géographiques pour les

produits agricoles et les denrées alimentaires, modifiant l'accord entre la Communauté européenne et la Confédération suisse relatif aux échanges de produits agricoles, *RO 2011 5149 / JO L 297 du 16.11.2011, p. 3–47*.

Accord entre la Confédération suisse, la Principauté de Liechtenstein et l'Union européenne, modifiant l'accord additionnel conclu entre la Confédération suisse, la Principauté de Liechtenstein et la Communauté européenne, en vue d'étendre à la Principauté de Liechtenstein l'accord entre la Confédération suisse et la Communauté européenne relatif aux échanges de produits agricoles, *JO L 297 du 16.11.2011, p. 49-52*.

* * *

Accord du 21 juin 1999 entre la Confédération suisse et la Communauté européenne relatif à la reconnaissance mutuelle en matière d'évaluation de la conformité, *RO 2002 1803 (RS 0.946.526.81) / JO L 114 du 30.4.2002, p.369-429*.

Décisions du Comité mixte institué par l'accord relatif à la reconnaissance mutuelle en matière d'évaluation de la conformité :

Décision n°2/2002 du 8 janvier 2003 concernant la modification de l'annexe 1 de l'accord, *JO L 068 du 12.3.2003, p. 1- 39*.

Décision n°1/2003, du 28 janvier 2003 relative à l'établissement d'une liste d'organismes d'évaluation de la conformité reconnus dans le cadre de l'accord, *JO L 56 du 1.3.2003, p.1-213*.

Décision n°2/2003 du 17 septembre 2003 relative à l'inclusion d'un organisme d'évaluation de la conformité dans le chapitre sectoriel relatif aux dispositifs médicaux, *JO L 323 du 10.12.2003, p. 9-10.*

Décision n°1/2004 du 16 janvier 2004 relative à l'inclusion d'un organisme d'évaluation de la conformité dans le chapitre sectoriel relatif aux jouets, *JO L 34 du 6.2.2004, p.72*.

Décision n°2/2004 du 10 février 2004 relative au retrait de certains organismes d'évaluation de la conformité du chapitre sur les instruments de mesurage et les préemballages et du chapitre sur le matériel électrique et la compatibilité électromagnétique, *JO L 74 du 12.3.2004, p. 23-24*.

Décision n°3/2004 du 10 février 2004 relative à l'inclusion d'un organisme d'évaluation de la conformité dans le chapitre sectoriel relatif aux appareils et systèmes de protection destinés à être utilisés en atmosphères explosibles, *JO L 63 du 28.2.2004, p. 67*.

Décision n°1/2005 du 7 mars 2005 relative à l'inclusion d'un organisme d'évaluation de la conformité dans le chapitre sectoriel sur les appareils et systèmes de protection destinés à être utilisés en atmosphère explosible, *JO L 93du 12.4.2005, p. 40-41*.

Décision n°2/2005 du 30 mars 2005 modifiant le chapitre 3 de l'annexe 1, *JO L 110du 30.4.2005, p. 78-79*.

Décision n°3/2005 du 25 octobre 2005 relative à l'inclusion d'organismes d'évaluation de la conformité dans le chapitre sectoriel sur les appareils à pression, *JO L 322du 9.12.2005, p. 29-30*.

Décision n°4/2005 du 25 octobre 2005 relative à l'inclusion d'un organisme d'évaluation de la conformité dans le chapitre sectoriel sur les véhicules à moteur, *JO L 322du 9.12.2005, p. 31-32*.

Décision n°1/2006 du 29 septembre 2006 modifiant le chapitre 11 de l'annexe 1, *JO L 325du 24.11.2006, p. 22-27*.

Décision n°2/2006 du 13 décembre 2006 relative à l'inclusion d'un organisme d'évaluation de la conformité dans le chapitre sectoriel sur les équipements de protection individuelle, *JO L 32du 6.2.2007, p. 13*.

Décision n°1/2008 du 12 mars 2008 concernant l'inclusion dans l'annexe 1 d'un nouveau chapitre 16 sur les produits de construction, *JO L 282du 25.10.2008, p. 22-31*.

Décision n°2/2008 du 16 mai 2008 mettant à jour les références juridiques dans l'accord entre la Confédération suisse et la Communauté européenne relatif à la reconnaissance mutuelle en matière d'évaluation de la conformité, *JO L 158 du 19.6.2009, p. 1-46*.

Décision n°1/2009 du 21 décembre 2009 concernant l'inclusion à l'annexe 1 d'un nouveau chapitre 17 sur les ascenseurs et la modification du chapitre 1 sur les machines, *JO L 147du 12.6.2010, p. 11-15*.

Décision n°1/2010 du 18 octobre 2010 concernant l'amendement du chapitre 12 sur les véhicules à moteur de l'annexe 1 et l'inclusion à l'annexe 1 d'un nouveau chapitre 18 sur les produits biocides, *JO L 46 du 19.2.2011, p. 51-58*.

Décision n°1/2011 du 20 décembre 2011 concernant l'inclusion à l'annexe 1 d'un nouveau chapitre 19 sur les installations à câbles et la mise à jour des références juridiques visées à l'annexe 1, *JO L 80 du 20.3.2012, p. 31-38*.

Décision n°1/2012 du 17 décembre 2012 concernant l'inclusion à l'annexe 1 d'un nouveau chapitre 20 sur les explosifs à usage civil, la modification du chapitre 3 relatif aux jouets et la mise à jour des références juridiques visées à l'annexe 1, *JO L 136 du 23.5.2013, p. 17-28*.

Décision n°1/2014 du 1er avril 2014 concernant la modification du chapitre 6 relatif aux appareils à pression, la modification du chapitre 16 relatif aux produits de construction et la mise à jour des références juridiques visées à l'annexe 1, *JO L 182 du 21.6.2014, p. 61–88*.

* * *

Accord du 23 novembre 1972 entre la Confédération suisse et la Communauté économique européenne sur l'application de la réglementation relative au transit communautaire, *RO 1974 281 / JO L 294 du 29.12.1972, p. 2–85* [entré en vigueur le 01.01.1974, abrogé le 01.01.1988].

Convention du 20 mai 1987 [entre les Etats de l'AELE et la Communauté économique européenne] relative à un régime de transit commun, [voir, *supra*, rubrique "accords multilatéraux avec les Etats de l'AELE"]

* * *

Convention du 20 mai 1987 [entre les Etats de l'AELE et la Communauté économique européenne] relative à la simplification des formalités dans les échanges de marchandises, [voir, *supra*, rubrique "accords multilatéraux avec les Etats de l'AELE"].

Accord du 21 novembre 1990 entre la Communauté économique européenne et la Confédération suisse relatif à la facilitation des contrôles et des formalités lors du transport des marchandises, *RO 1991 1490 / JO L 116 du 8.5.1990, p. 19-23*.

Accord du 25 juin 2009 entre la Confédération suisse et la Communauté européenne relatif à la facilitation des contrôles et des formalités lors du transport des marchandises ainsi qu'aux mesures douanières de sécurité, *RO 2011 983 (RS 0.631.242.05) / JO L 199 du 31.7.2009, p. 24-42.*

Décision n° 1/2012 du 11 septembre 2012 du Comité mixte UE-Suisse arrêtant le règlement intérieur du Comité mixte et instituant un groupe de travail (2012/716/UE), *JO L 325 du 23.11.2012, p. 17-18*

Décision n°1/2013 du 6 juin 2013 du Comité mixte UE-Suisse modifiant les annexes I et II de l'accord entre la Communauté européenne et la Confédération suisse relatif à la facilitation des contrôles et des formalités lors du transport des marchandises, ainsi qu'aux mesures douanières de sécurité, *JO L 175 du 27.6.2013, p. 73-75*.

Transports

Accord du 2 mai 1992 entre la Confédération suisse et la Communauté européenne sur le transport de marchandises et de voyageurs par rail et par route, *RO 1993 1198 / JO L 373 du 21.12.1992, p. 26-46*.

Accord du 21 juin 1999 entre la Confédération suisse et la Communauté européenne sur le transport de marchandises et de voyageurs par rail et par route, *RO 2002 1649 (RS 0.740.72) / JO L 114 du 30.4.2002, p.91-131*.

Décision n°2/2004 du comité des transports terrestres Communauté-Suisse du 22 juin 2004 modifiant l'annexe 1 de l'accord entre la Communauté européenne et la Confédération suisse sur le transport de marchandises et de voyageurs par rail et par route, *JO L 75 du 22.3.2005, p. 60-64*.

Décision n°1/2009 du Comité des transports terrestres Communauté/Suisse du 16 juin 2009 modifiant l'annexe 1 de l'accord entre la Communauté européenne et la Confédération suisse sur le transport de marchandises et de voyageurs par rail et par route, *JO L 273 du 17.10.2009, p. 15-18*.

Décision n°1/2010 du Comité des transports terrestres Communauté/Suisse du 22 décembre 2010 modifiant l'annexe 1 de l'accord entre la Communauté européenne

et la Confédération suisse sur le transport de marchandises et de voyageurs par rail et par route, *JO L 19 du 22.1.2011, p.34-39*.

Accord du 21 juin 1999 entre la Confédération suisse et la Communauté européenne sur le transport aérien, *RO 2002 1705 (RS 0.748.127.192.68) / JO L 114 du 30.4.2002, p.73-90.*

Décision n°2/2004 du 22 avril 2004 du Comité des transports aériens Communauté/Suisse portant adoption de son règlement intérieur (2004/405/CE), *JO L 151 du 30.4.2004, p. 4 -8*.

Décision n°1/2010 du 7 avril 2010 du Comité mixte Communauté/Suisse des transports aériens institué par l'accord entre la Communauté européenne et la Confédération suisse sur le transport aérien, remplaçant l'annexe de l'accord entre la Communauté européenne et la Confédération suisse sur le transport aérien, *RO 2010 2911 / JO L 106 du 28.4.2010, p. 20 -38*.

Décision n°2/2010 du 26 novembre 2010 du Comité mixte Communauté/Suisse des transports aériens remplaçant l'annexe de l'Accord du 21 juin 1999 entre la Confédération suisse et la Communauté européenne sur le transport aérien, *RO 2011 205 / JO L 347 du 31.12.2010, p.54-73.*

Décision n°2/2011 du 25 novembre 2011 du Comité mixte Communauté/Suisse des transports aériens remplaçant l'annexe de l'Accord (*RO 2012 845)*

Décision n°2/2012 du 30 novembre 2012 du comité mixte des transports aériens Union européenne/Suisse institué en vertu de l'accord entre la Communauté européenne et la Confédération suisse sur le transport aérien remplaçant l'annexe de l'accord entre la Communauté européenne et la Confédération suisse sur le transport aérien, (*RO 2013 345*)

Décision n°1/2013 du 2 décembre 2013 du comité mixte des transports aériens Union européenne/Suisse institué en vertu de l'accord entre la Communauté européenne et la Confédération suisse sur le transport aérien remplaçant l'annexe de l'accord entre la Communauté européenne et la Confédération suisse sur le transport aérien (*JO L 12 du 17.1.2014, p. 4 -18*)

Décision n°1/2014 du 9 juillet 2014 du comité mixte des transports aériens Union européenne/Suisse institué en vertu de l'accord entre la Communauté européenne et la Confédération suisse sur le transport aérien remplaçant l'annexe de l'accord entre la Communauté européenne et la Confédération suisse sur le transport aérien, *JO L 212 du 18.7.2014, p. 21 -36*.

Opérations de politique étrangère

Accord du 28 avril 2008 entre l'Union européenne et la Confédération suisse sur les procédures de sécurité pour l'échange d'informations classifiées, *RO 2008 4065* (*RS 0.514.126.81) / JO L 181 du 10.7.2008, p. 58–61* [Entré en vigueur le 1er juin 2008].

* * *

Accord du 11 décembre 2002 entre l'Union européenne et le gouvernement de la Confédération suisse représenté par le département fédéral des affaires étrangères concernant la participation de la Suisse à la mission de police de l'Union européenne (MPUE) en Bosnie-et-Herzégovine (établi en langue anglaise), *non publié au RO / JO L 239 du 25.9.2003, p. 14-16* [entrée en vigueur le 11 décembre 2002 ; fin d'application au 30.06.2012].

Accord du 14 juillet 2004 entre l'Union européenne et la Suisse relatif à la participation de la Suisse à la mission de police de l'Union européenne dans l'ancienne République yougoslave de Macédoine (EUPOL « Proxima »), (établi en langue anglaise), *non publié au RO / JO L 354 du 30.11.2004, p. 78-80*. [entrée en vigueur provisoire au 14 juillet 2004]

Accord du 22 décembre 2005 entre l'Union européenne et la Confédération suisse concernant la participation de la Confédération suisse à la mission de surveillance de l'Union européenne à ACEH (Indonésie) (Mission de surveillance à ACEH-MSA), (établi en langue anglaise), *non publié au RO / JO L 349 du 31.12.2005*, p. 31-34 [entrée en vigueur provisoire au 22 décembre 2005; entrée en vigueur le 01.02.2006]

Accord du 4 juillet 2014 entre l'Union européenne et la Confédération suisse concernant la participation de la Suisse à la mission de l'Union européenne d'assistance aux frontières en Libye (EUBAM Libye), *JO L 205 du 12.7.2014, p.3-6.*

* * *

Accord du 22 décembre 2004 entre l'Union européenne et la Confédération suisse sur la participation de la Confédération suisse à l'opération militaire de gestion de crise menée par l'Union européenne en Bosnie-et-Herzégovine (opération Althéa), (établi en langue anglaise), *RO 2006 629 (RS 0.510.268.1) / JO L 20 du 22.1.2005, p. 42-45* [entrée en vigueur provisoire au 22 décembre 2004]

Accord du 10 août 2006 (sous forme d'échange de lettres) entre l'Union européenne et le gouvernement de la Confédération suisse sur la participation de la Confédération suisse à l'opération militaire de l'Union européenne d'appui à la mission de l'Organisation des Nations unies en République démocratique du Congo (MONUC) pendant le processus électoral (opération EUFOR RD Congo), *JO L 276 du 7.10.2006, p.111-115*.

Accord du 28 avril 2014 entre l'Union européenne et la Confédération suisse relatif à la participation de la Confédération suisse à la mission militaire de l'Union européenne visant à contribuer à la formation des forces armées maliennes (EUTM Mali), *JO L 151 du 21/05/2014, p. 18–21*.

Divers

Accord du 21 juin 1999 entre la Communauté européenne et la Confédération suisse sur certains aspects relatifs aux marchés publics, *RO 2002 1951 (RS 0.172.052.68) / JO L 114 du 30.4.2002, p. 430-467*.

Décision n°1/2011 du 21 octobre 2011 du comité mixte institué par l'accord entre la Communauté européenne et la Confédération suisse sur certains aspects relatifs aux marchés publics, *JO L 97 du 3.4.2012, p. 1 -73* (décision 2012/179/UE)

* * *

Accord du 26 octobre 2004 entre la Communauté européenne et la Confédération suisse dans le domaine de l'audiovisuel, établissant les termes et conditions pour la participation de la Confédération suisse aux programmes communautaires MEDIA Plus et MEDIA Formation, *RO 2006 1041 / JO L 90 du 28.3.2006, p. 23-34*. [entré en vigueur le 01.04.2006, abrogé le 31.12.2006].

Accord du 11 octobre 2007 entre la Communauté européenne et la Confédération suisse dans le domaine de l'audiovisuel, établissant les termes et conditions pour la participation de la Confédération suisse au programme communautaire MEDIA 2007, *RO 2007 6953 (RS 0.784.405.226.8) / JO L 303 du 21.11.2007, p. 11–23* (entré en vigueur le 1er août 2010)

> Décision n°1/2011 du comité mixte UE-Suisse institué par l'accord entre la Communauté européenne et la Confédération suisse dans le domaine de l'audiovisuel, établissant les termes et conditions pour la participation de la Confédération suisse au programme communautaire MEDIA 2007 relative à l'actualisation de l'article 1 er de l'annexe I de l'accord, du 21 janvier 2011, *JO L 081 du 29.03.2011, p. 16-17*.

* * *

Accord du 28 avril 2008 entre l'Union européenne et la Confédération suisse sur les procédures de sécurité pour l'échange d'informations classifiées, *RO 2008 4065* (*RS 0.514.126.81) / JO L 181 du 10.7.2008, p. 58–61* [Entré en vigueur le 1er juin 2008].

* * *

Framework for Cooperation between the European Defence Agency and the Federal Department of Defence, civil protection and sports of the Swiss Confederation, approuvé par le Conseil de l'Union européenne le 30 novembre 2011 et par le Conseil fédéral suisse le 15 février 2012, et signé à Bruxelles le 16 mars 2012 par le comité directeur de l'Agence européenne de défense d'une part, et l'ambassadeur chef de la Mission Suisse auprès de l'Union européenne d'autre part.

* * *

Accord du 17 mai 2013 entre l'Union européenne et la Confédération suisse concernant la coopération en matière d'application de leur droit de la concurrence.

Textes officiels

Constitution suisse

Constitution fédérale de la Confédération suisse du 29 mai 1874 (RS 1 3), (abrogée au 1er janvier 2000, *RO 1999 2556*).

Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999, *RO 1999 2556* (RS.101).

Arrêtés

Arrêté de l'Assemblée fédérale du 3 octobre 1972 approuvant les Accords entre la Confédération suisse et la Communauté économique européenne ainsi que les Etats membres de la Communauté européenne du charbon et de l'acier, FF 1972, vol.2, cahier n°42, pp.1024-1025.

Arrêté du Conseil fédéral du 6 octobre 1972, relatif à la votation populaire du 3 décembre 1972 concernant […] l'arrêté fédéral concernant les accords entre la Confédération suisse et la Communauté économique européenne ainsi que les Etats membres de la Communauté européenne du charbon et de l'acier, réf. 10 100 345, FF 1972, vol. 2, cahier n°42, p.1057.

Arrêté de l'Assemblée fédérale du 18 juin 1993 relatif à l'initiative populaire «pour la protection des régions alpines contre le trafic de transit», *FF 1993, vol.2, cahier n°26, pp.861-862.*

Arrêté fédéral du 13 juin 2008 portant approbation de l'échange de notes entre la Suisse et l'Union européenne portant approbation et mise en œuvre de l'échange de notes entre la Suisse et la Communauté européenne concernant la reprise du code frontières Schengen, *RO 2008 5629*.

Arrêté fédéral du 13 juin 2008 portant approbation et mise en œuvre de l'échange de notes entre la Suisse et la Communauté européenne concernant la reprise du Règlement (CE) 2252/2004 relatif aux passeports biométriques et aux documents de voyage, *FF 2008 4813.*

Arrêté du Conseil fédéral constatant le résultat de la votation populaire du 17 mai 2009 du 21 octobre 2009, *FF 2009 6836*.

Arrêté de l'Assemblée fédérale du 20 juin 2014 concernant l'initiative populaire «Halte à la surpopulation – Oui à la préservation durable des ressources naturelles», *FF 2014 n° 25 du 1 juillet 2014, pp.4943-4944*.

Lois

Loi sur le séjour et l'établissement des étrangers (LSEE) du 26 mars 1931, *RS 142.20*.

Loi fédérale sur l'assurance-vieillesse et survivants (LAVS) du 20 décembre 1946, *RS 831.10.*

Loi sur l'assurance-invalidité (LAI) du 19 juin 1959, *RS 831.20.*

Loi du 19 mars 1965 sur les prestations complémentaires à l'assurance-vieillesse, survivants et invalidité, *RS. 831.30.*

Loi fédérale sur l'acquisition d'immeubles par des personnes à l'étranger (LFAIE) du 16 décembre 1983, *RS 211.412.41*

Loi fédérale du 9 octobre 1992 sur les denrées alimentaires et les objets usuels, *RO 1995 1469*.

Loi sur l'égalité entre femmes et hommes (LEg) du 24 mars 1995, *RO 1996 1498* (*RS 151.1*).

Loi fédérale sur le marché intérieur (LMI), du 6 octobre 1995, *RO 1996 1738 (RS 943.02)*.

Loi fédérale sur les entraves techniques au commerce (LETC), du 6 octobre 1995*, RO 1996 1725 (RS 946.51)*.

Loi fédérale concernant une redevance sur le trafic des poids lourds liée aux prestations (LPLP) du 19 décembre 1997, *RO 2000 98* (RS 641.81)

Loi fédérale du 8 octobre 1999 sur l'Accord entre d'une part, la Suisse et, d'autre part, la Communauté européenne et ses Etats membres sur la libre circulation des personnes, en vigueur depuis le 1er juin 2002, *RO 2002 701*.

Loi fédérale sur la libre circulation des avocats (LLCA) du 23 juin 2000, *RO 2002 863 (RS 935.61)*.

Loi fédérale sur les médicaments et les dispositifs médicaux du 15 décembre 2000 (Loi sur les produits thérapeutiques, LPTh), *RO 2001 2790 (RS.812.21)*.

Loi sur l'Assemblée fédérale (Loi sur le Parlement, LParl) du 13 décembre 2002, *RO 2003 3543* (*RS 171.10*).

Loi sur la Banque nationale (LBN) du 3 octobre 2003, *RO 2004 1985 (RS 951.11)*.

Loi fédérale sur les recueils du droit fédéral et la Feuille fédérale (Loi sur les publications officielles, LPubl) du 18 juin 2004, RS.170.512.

Loi fédérale sur l'analyse génétique humaine (LAGH) du 8 octobre 2004, *RO 2007 635 (RS 810.12)*.

Loi fédérale sur les professions médicales universitaires (Loi sur les professions médicales, LPMéd) du 23 juin 2006, RS 811.11

Loi fédérale sur les placements collectifs de capitaux (LPCC), du 23 juin 2006, *RO 2006 5379 (RS 951.31)*.

Loi fédérale sur les prestations complémentaires à l'AVS et à l'AI (Loi sur les prestations complémentaires, LPC) du 6 octobre 2006, RS. 831.30

Loi fédérale du 12 juin 2009 modifiant la loi sur les entraves techniques au commerce (LETC), *RO 2010 2617.*

La loi fédérale sur la concurrence déloyale révisée par la loi du 17 juin 2011, en vigueur depuis le 1er juillet 2012 (RO 2011 4909; FF 2009 5539).

Ordonnances

Ordonnance du Conseil fédéral suisse du 8 juin 2012 instituant des mesures à l'encontre de la Syrie, *RO 2012 3489 (RS 946.231.172.7*).

Ordonnance du DFI sur l'étiquetage et la publicité des denrées alimentaires (OEDAl), modification du 26 novembre 2012, *RO 2012 6811*.

Messages et rapports du Conseil fédéral suisse

Message du Conseil fédéral du 26 août 1948, concernant la ratification de la convention de coopération économique européenne, signée à Paris le 16 avril 1948, *FF 1948, vol.II, n°34, pp. 1113-1157.*

Message du Conseil fédéral du 26 août 1948, concernant l'adhésion de la Suisse à l'Organisation des Nation Unies pour l'éducation, la science et la culture (UNESCO), *FF 1948, vol.2, n°34, pp. 1158-1180.*

Message du Conseil fédéral du 5 février 1960 sur la participation de la Suisse à l'association européenne de libre-échange, *FF 1960, vol.1, n°10, pp. 869-1131*.

Rapport du Conseil fédéral du 26 octobre 1962 concernant les relations de la Suisse avec le Conseil de l'Europe, *FF 1962, vol.II, n°46 du 15 novembre 1962, pp. 1073-1104.*

Message du Conseil fédéral du 15 janvier 1963 concernant l'adhésion de la Suisse au Statut du Conseil de l'Europe, *FF 1963, vol.1, n°4, pp. 109-112.*

Rapport du Conseil fédéral du 11 août 1971 sur l'évolution de l'intégration européenne, relatif à la motion Furgler et au postulat Beck, annexe au 83ème rapport du Conseil fédéral sur les mesures de défense économique envers l'étranger ainsi que sur d'autres questions de politique commerciale, *FF 1971, vol. 2, cahier n°38, pp. 644-776.*

Message du Conseil fédéral du 16 août 1972, relatif à l'approbation des Accords entre la Suisse et les Communautés européennes, *FF 1972, vol.2, cahier n°41, pp. 645-989.*

Message du Conseil fédéral du 11 décembre 1972, concernant un accord avec la Communauté économique européenne sur l'application de la réglementation relative au transit communautaire, *FF 1973, vol.1, cahier n°7, pp. 185-289.*

Message du Conseil fédéral du 24 août 1977, concernant l'Accord entre la Confédération suisse, la République d'Autriche et la Communauté économique européenne sur l'extension du champ d'application de la réglementation relative au transit communautaire, *FF 1977, vol.2, cahier n°36, pp. 1409-1418.*

Rapport sur la politique économique extérieure 83/2 et Message concernant un accord commercial international du 11 janvier 1984, *FF 1984, vol.1, cahier n°10, pp. 373-609.*

Rapport du Conseil fédéral du 18 janvier 1984, sur les Grandes lignes de la politique gouvernementale 1983-1987, *FF 1984, vol. 1, cahier n°8, pp. 153-271.*

Message du Conseil fédéral du 12 août 1986 relatif à des accords économiques avec les Communautés Européennes à la suite de l'adhésion de l'Espagne et du Portugal, *FF 1986, vol.3, cahier n°36, pp. 1-112*.

Rapport du Conseil fédéral sur la politique économique extérieure 86/2 et Messages concernant deux accords économiques internationaux du 14 janvier 1987, *FF 1987, vol.1, cahier n°6, pp. 489-688.*

Rapport du Conseil fédéral du 24 août 1988, sur la position de la Suisse dans le processus d'intégration européenne, *FF 1988, vol.III, n°37 du 20 septembre 1988, pp. 233-445*.

Message du Conseil fédéral du 11 janvier 1989, concernant un accord douanier avec la Communauté économique européenne, *FF 1989, vol.1, cahier n°6, pp. 450-474.*

Message du Conseil fédéral du 16 août 1989, concernant deux accords douaniers avec les Communautés européennes, *FF 1989, vol.3, cahier n°34, pp. 102-129*.

Message du Conseil fédéral du 25 avril 1990, concernant la loi fédérale sur l'aide aux victimes d'infractions (LAVI) et l'arrêté fédéral portant approbation de la Convention européenne relative au dédommagement des victimes d'infractions violentes, *FF 1990, vol.2, cahier n°24, pp. 909-975*.

Message du Conseil fédéral du 5 septembre 1990 concernant l'adhésion de la Suisse à la Banque européenne pour la reconstruction et le développement (BERD), *FF 1990, vol.3, cahier n°46, pp. 741-793.*

Rapport d'information du Conseil fédéral du 26 novembre 1990 sur la position de la Suisse dans le processus d'intégration européenne (*non publié dans la FF*).

Message du Conseil fédéral du 14 août 1991, relatif à l'Accord entre la Confédération suisse et la Communauté économique européenne concernant l'assurance directe autre que l'assurance sur la vie et à une loi fédérale sur l'assurance directe autre que l'assurance sur la vie, *FF 1991, vol.4, cahier n°41, pp. 1-180.*

Message du Conseil fédéral du 12 février 1992 relatif à l'initiative populaire «pour la protection des régions alpines contre le trafic de transit», *FF 1992, vol.II, n°13 du 7 avril 1992, pp.865-909.*

Message du Conseil fédéral du 13 mai 1992 relatif à l'accord sur le transit conclu entre la Communauté européenne et la Suisse, ainsi que sur l'accord trilatéral entre la République fédérale d'Allemagne, la Suisse et l'Italie sur le trafic combiné rail/route, *FF 1992, vol.III, n°26 du 7 juillet 1992, pp. 1001-1059.*

Rapport du Conseil fédéral du 18 mai 1992 sur la question d'une adhésion de la Suisse à la Communauté européenne, *FF 1992, vol.III, n°27 du 14 juillet 1992, pp. 1125-1320.*

Message du Conseil fédéral du 18 mai 1992 relatif à l'approbation de l'Accord EEE, *FF 1992, vol. IV, n°33 du 21 août 1992*, pp.1-654.

Message du Conseil fédéral du 20 mai 1992 relatif au financement de la participation de la Suisse aux programmes de recherche et d'éducation des Communautés européennes pour la période de 1993 à 1996, *FF 1992, vol.III, n°29 du 28 juillet 1992, pp. 1341-1383.*

Message du Conseil fédéral du 24 février 1993 sur le programme consécutif au rejet de l'Accord EEE, *FF 1993, vol. I, n°11 du 23 mars 1993, pp. 757-942.*

Message du Conseil fédéral du 24 février 1993 concernant la loi fédérale sur l'égalité entre femmes et hommes (loi sur l'égalité) […], *FF 1993, vol.I, n°16 du 27 avril 1993, pp. 1163-1248.*

Message du Conseil fédéral du 23 novembre 1994 concernant la loi fédérale sur le marché intérieur (LMI), *FF 1995, vol.I, n°10 du 14 mars 1995, pp.1193-1272*.

Rapport du Conseil fédéral du 29 novembre 1993 sur la neutralité, *FF 1994, vol.I, n°3 du 25 janvier 1994, pp.200-237*

Message du Conseil fédéral du 15 février 1995 concernant la loi fédérale sur les entraves techniques au commerce (LETC), *FF 1995, vol.II, n°15 du 18 avril 1995, pp.489-603*.

Rapport intermédiaire du Conseil fédéral du 29 mars 1995, sur la politique d'intégration européenne de la Suisse, *FF 1995, vol.III, n°21 du 30 mai 1995, pp. 191-217*.

Message du Conseil fédéral du 12 avril 1995, concernant la modification de la Convention entre la Communauté européenne et la Suisse ainsi que les pays AELE relative à un régime de transit commun, *FF 1995, vol.III, n°23 du 13 juin 1995, pp. 325-354*.

Rapport du Conseil fédéral sur l'intégration du 3 février 1999, *FF 1999, vol. IV, n°22, pp. 3600-4011*.

Message concernant une loi fédérale sur les médicaments et les dispositifs médicaux (Loi sur les produits thérapeutiques, LPTh), du 1er mars 1999, *FF 1999, vol.3, cahier n°21, pp. 3151-3349*.

Message du Conseil fédéral du 28 avril 1999 concernant la loi fédérale sur la libre circulation des avocats, *FF 1999, vol. VI, n°34 du 31 août 1999, pp. 5331-5398*.

Message du Conseil fédéral du 23 juin 1999 relatif à l'approbation des accords sectoriels entre la Suisse et la CE, *FF 1999, vol. VI, n°34 du 31 août 1999, pp. 5440-6398*.

Message du Conseil fédéral du 12 septembre 2001 relatif à l'approbation de l'Accord du 21 juin 2001 amendant la Convention du 4 janvier 1960 instituant l'Association européenne de libre-échange (AELE), *FF 2001, n°39 du 2 octobre 2001, pp.4729-4773.*

Message relatif à la loi fédérale sur l'analyse génétique humaine du 11 septembre 2002, *FF 2002, n°47 du 26 novembre 2002, pp. 6841-6956*.

Message concernant la révision de la loi sur la Banque nationale du 8 octobre 2002, *FF 2002, n°40 du 8 octobre 2002, pp.5645-5856*.

Message du Conseil fédéral du 26 novembre 2003 relatif à l'approbation de l'accord de coopération scientifique et technologique entre la Confédération suisse et les Communautés européennes en vue de la participation de la Suisse aux sixièmes programmes-cadres de l'UE (2002 à 2006), *FF 2004, n°5 du 10 février 2004, pp. 227-238*.

Message du Conseil fédéral du 1er octobre 2004 relatif à l'approbation des accords bilatéraux entre la Suisse et l'Union européenne, y compris les actes législatifs relatifs à la transposition des accords («accords bilatéraux II»), *FF 2004, n°44 du 9 novembre 2004, pp.5593-5924*.

Message du Conseil fédéral du 22 décembre 2004 concernant la loi fédérale sur les installations à câbles transportant des personnes, *FF 2005, n°5 du 8 février 2005, pp. 827-856*.

Rapport Europe 2006 du Conseil fédéral du 28 juin 2006, *FF 2006, n°35 du 5 septembre 2006, pp.6461-6622*.

Message du Conseil fédéral du 15 décembre 2006 sur la contribution de la Suisse à l'atténuation des disparités économiques et sociales dans l'Union européenne élargie, *FF 2007, n°5 du 30 janvier 2007, pp.439-506*.

Message du Conseil fédéral du 21 septembre 2007 portant approbation de l'accord sur la participation de la Suisse au programme MEDIA de l'UE pour les années 2007 à 2013 et d'un arrêté fédéral concernant le financement de la participation, *FF 2007, n°41 du 9 octobre 2007, pp. 6313-6326*.

Message du Conseil fédéral du 26 novembre 2008 additionnel au message du 21 septembre 2007 portant approbation de l'accord sur la participation de la Suisse au programme communautaire MEDIA pour les années 2007 à 2013 et relatif à un arrêté fédéral portant sur le financement de la participation; modification de la loi fédérale du 24 mars 2006 sur la radio et la télévision, *FF 2008, vol. 1, cahier n°50, pp. 8165-8184.*

Message du Conseil fédéral du 23 janvier 2008 sur le programme de la législature 2007 à 2011, *FF 2008, vol. 6, pp.639-722*.

Message concernant la révision partielle de la loi fédérale sur les entraves techniques au commerce du 25 juin 2008, *FF 2008, vol.1, cahier n°35, pp.6643-6730*

Message du Conseil fédéral du 2 septembre 2009 concernant la modification de la loi fédérale contre la concurrence déloyale, *FF 2009, n°38 du 22 septembre 2009, pp.5539-5578.*

Message du Conseil fédéral du 27 novembre 2009 concernant l'approbation et la mise en œuvre de l'accord entre la Confédération suisse et la Communauté européenne sur la facilitation et la sécurité douanières, *FF 2009, n°52 du 30 décembre 2009, pp. 8091-8112*.

Rapport du Conseil fédéral du 5 mars 2010 sur les relations entre le droit international et le droit interne, (en réponse au postulat 07.3764 de la Commission des affaires juridiques du Conseil des Etats du 16 octobre 2007 et au postulat 08.3765 de la Commission des institutions politiques du Conseil national du 20 novembre 2008), *FF 2010, n°13 du 7 avril 2010, pp.2067-2144*.

Rapport du Conseil fédéral du 17 septembre 2010 sur l'évaluation de la politique européenne de la Suisse, (en réponse au postulat Markwalder [09.3560] «Politique européenne. Evaluation, priorités, mesures immédiates et prochaines étapes d'intégration»), *FF 2010, n°43 du 2 novembre 2010, pp.6615-6718*.

Rapport du Conseil fédéral du 30 mars 2011, additionnel au rapport du 5 mars 2010 sur la relation entre droit international et droit interne, *FF 2011 n° 17 du 27 avril 2011, pp.3401-3448*.

Rapport du Conseil fédéral du 9 janvier 2013 sur la politique économique extérieure 2012, *FF 2013, n°6 du 19 février 2013, pp.1153-1272*.

Message du Conseil fédéral du 25 janvier 2012 sur le programme de la législature 2011 à 2015, FF 2012, vol. 6, pp. 349-492.

Rapport du Conseil fédéral du 31 mars 2013 sur les conséquences du développement de l'acquis de Schengen, FF 2013,

Rapport du Conseil fédéral du 15 janvier 2014 sur la politique économique extérieure 2013, *FF 2014, n°5 du 11 février 2014, pp.1137-1260*.

Actes liés à l'exercice des droits politiques fédéraux suisses

Initiatives populaires fédérales

Initiative « Négociations d'adhésion à la UE: que le peuple décide! » aboutie le 7 juin 1994 :

Message du Conseil fédéral du 23 août 1995 relatif à l'initiative populaire « Négociations d'adhésion à la CE: que le peuple décide!», *FF 1995, vol.IV, n° 43 du 31 octobre 1995, pp.820-826* (recommandation de rejet)

Arrêté de l'Assemblée fédérale du 21 juin 1996 relatif à l'initiative populaire «Négociations d'adhésion à l'UE: que le peuple décide!», *FF 1995, vol.III, n° 26 du 2 juillet 1996, p.40* (recommandation de rejet)

Votation n°434 du 8 juin 1997 (rejet)

Arrêté du Conseil fédéral du 3 septembre 1997 constatant le résultat de la votation populaire du 8 juin 1997, *FF 1997, vol. IV, n° 36 du 16 septembre 1997, pp.334-338.*

Initiative « Oui à l'Europe! », aboutie le 14 février 1997 :

Message du Conseil fédéral du 27 janvier 1999 relatif à l'initiative populaire «Oui à l'Europe!», *FF 1999, vol.IV, n° 22 du 8 juin 1999, pp.3494-3504* (recommandation de rejet)

Arrêté de l'Assemblée fédérale du 23 juin 2000 relatif à l'initiative populaire «Oui à l'Europe», *FF 2000 n° 26 du 4 juillet 2000, pp.3322-3323* (recommandation de rejet)

Votation n°474 du 4 mars 2001 (rejet)

Arrêté du Conseil fédéral du 4 mars 2001 constatant le résultat de la votation populaire, *FF 2001 n°20 du 20 mai 2001, pp.1916-1919*).

Initiative « Pour le renvoi des étrangers criminels (initiative sur le renvoi) », aboutie le 7 mars 2008 :

Message du Conseil fédéral du 24 juin 2009 concernant l'initiative populaire «Pour le renvoi des étrangers criminels (initiative sur le renvoi)» et la modification de la loi fédérale sur les étrangers, *FF 2009 n° 28 du 14 juillet 2009, pp.4571-4600* (recommandation de rejet)

Arrêté de l'Assemblée fédérale du 18 juin 2010 relatif à l'initiative populaire «Pour le renvoi des étrangers criminels (Initiative sur le renvoi)», *FF 2010 n° 25 du 29 juin 2010, pp.3853-3854* (recommandation de rejet, contre-projet direct : Arrêté de l'Assemblée fédérale du 10 juin 2010 concernant l'expulsion et le renvoi des criminels étrangers dans le respect de la Constitution (contre-projet à l'initiative populaire «Pour le renvoi des étrangers criminels [Initiative sur le renvoi]»), *FF 2010 n° 25 du 29 juin 2010, pp.3855-3856*).

Votation n°552 du 28 novembre 2010 (acceptation)

Arrêté du Conseil fédéral du 28 novembre 2010 constatant le résultat de la votation populaire du 17 mars 2011, *FF 2011 n° 13 du 29 mars 2011, pp.2593-2598.*

Entrée en vigueur de la modification le 28 novembre 2010 (*RO 2011 1199*)

Rapport du groupe de travail du 21 juin 2011pour la mise en œuvre de l'initiative sur le renvoi, Berne, , p. 9. Ce rapport peut être consulté sur le site internet du Département à l'adresse suivante:
http://www.ejpd.admin.ch/content/dam/data/pressemitteilung/2011/2011-06-28

Initiative « Pour le renvoi effectif des étrangers criminels (initiative de mise en œuvre) », aboutie le 5 février 2013 :

Message du Conseil fédéral du 20 novembre 2013 concernant l'initiative populaire «Pour le renvoi des étrangers criminels (initiative de mise en œuvre), *FF 2013 n° 50 du 27 décembre 2013, pp.8493-8542*

Initiative « Contre l'immigration de masse », aboutie le 19 mars 2012

Message du Conseil fédéral du 7 décembre 2012 relatif à l'initiative populaire « Contre l'immigration de masse », *FF 2013 n° 2 du 22 janvier 2013, pp.279-332* (recommandation de rejet).

Arrêté de l'Assemblée fédérale du 27 septembre 2013 relatif à l'initiative populaire « Contre l'immigration de masse », *FF 2013 n° 39 du 8 octobre 2013, pp.6575-6576* (recommandation de rejet).

Votation n° 580 du 9 février 2014 (acceptation)

Arrêté du Conseil fédéral du 13 mai 2014 constatant le résultat de la votation populaire du 9 février 2014, *FF 2014 n° 23 du 17 juin 2014, pp.3957-3962*.

Entrée en vigueur de la modification le 9 février 2014 (*RO 2014 1391*)

Initiative « Halte à la surpopulation - Oui à la préservation durable des ressources naturelles », aboutie le 4 décembre 2012

Message du Conseil fédéral du 23 octobre 2013 concernant l'initiative populaire « Halte à la surpopulation - Oui à la préservation durable des ressources naturelles », *FF 2013 n° 46 du 27 novembre 2013, pp.7783-7836* (recommandation de rejet).

Arrêté de l'Assemblée fédérale du 20 juin 2014 concernant l'initiative populaire «Halte à la surpopulation – Oui à la préservation durable des ressources naturelles», *FF 2014 n° 25 du 1 juillet 2014, pp.4943-4944* (recommandation de rejet).

Votation n°588 du 30 novembre 2014 (rejet)

Référendum obligatoire

Accord du 2 mai 1992 sur l'Espace économique européen entre les Communautés européennes, leurs États membres et la République d'Autriche, la République de Finlande, la République d'Islande, la principauté de Liechtenstein, le Royaume de Norvège, le Royaume de Suède et la Confédération suisse ; Accords du 2 mai 1992 entre les Etats de l'AELE relatifs à l'institution d'une Autorité de surveillance et d'une Cour de justice et à un Comité permanent des Etats de l'AELE ; Accord du 20 mai 1992 relatif à un Comité de parlementaires des Etats de l'AELE.

Message du Conseil fédéral du 18 mai 1992 relatif à l'approbation de l'Accord EEE, *FF 1992, vol. IV, n°33 du 21 août 1992*, pp.1-654.

Arrêté de l'Assemblée fédérale du 9 octobre 1992 sur l'Espace économique européen (EEE), *FF 1992 n° 42 du 20 octobre 1992, pp.53-54.* (approbation)

Votation n°388 du 6 décembre 1992 (rejet)

Arrêté du Conseil fédéral du 28 janvier 1993 constatant le résultat de la votation populaire du 6 décembre 1992 (Espace économique européen [EEE]), *FF 1993 n° 5 du 9 février 1993, p.147-148.*

Référendum facultatif

Protocole à l'accord entre la Confédération suisse, d'une part, et la Communauté européenne et ses Etats membres, d'autre part, sur la libre circulation des personnes, concernant la participation, en tant que parties contractantes, de la République tchèque, de la République d'Estonie, de la République de Chypre, de la République de Lettonie, de la République de Lituanie, de la République de Hongrie, de la République de Malte, de la République de Pologne, de la République de Slovénie et de la République slovaque, à la suite de leur adhésion à l'Union européenne, conclu le 26 octobre 2004, (*R0 2006 995*).

Arrêté de l'Assemblée fédérale 17 décembre 2004 portant approbation et mise en œuvre du protocole relatif à l'extension de l'accord entre la Confédération suisse, d'une part, et la Communauté européenne et ses Etats membres, d'autre part, sur la libre circulation des personnes aux nouveaux Etats membres de la Communauté européenne et portant approbation de la révision des mesures d'accompagnement concernant la libre circulation des personnes (*RO 2006 979*).

Votation du 25 septembre 2005 (acceptation)

Arrêté du Conseil fédéral du 15 novembre 2005 constatant le résultat de la votation populaire du 25 septembre 2005, *FF 2005 n° 47 du 29 novembre 2005, pp.6467-6468.*

Protocole à l'accord entre la Confédération suisse, d'une part, et la Communauté européenne et ses Etats membres, d'autre part, sur la libre circulation des personnes, concernant la participation, en tant que parties contractantes, de la République de Bulgarie et de la Roumanie à la suite de leur adhésion à l'Union européenne, conclu le 27 mai 2008 (*RO 2009 2421*)

Arrêté de l'Assemblée fédérale du 13 juin 2008 portant approbation de la reconduction de l'accord entre la Suisse et la Communauté européenne et ses Etats membres sur la libre circulation des personnes, ainsi qu'approbation et mise en œuvre du protocole visant à étendre l'accord sur la libre circulation à la Bulgarie et à la Roumanie (*RO 2009 2411*).

Votation du 8 février 2009 (acceptation)

Arrêté du Conseil fédéral du 12 mars 2009 constatant le résultat de la votation populaire du 8 février 2009, *FF 2009 n° 12 du 24 mars 2009, pp.1429-1430.*

Règlements UE

Règlement (CEE, Euratom, CECA) n°259/68 du Conseil du 29 février 1968 fixant le statut des fonctionnaires des Communautés européennes ainsi que le régime applicable aux autres agents de ces Communautés, JO L 56 du 4.3.1968, p. 1–7.

Règlement (CEE) n° 1612/68 du Conseil, du 15 octobre 1968, relatif à la libre circulation des travailleurs à l'intérieur de la Communauté, JO L 257 du 19.10.1968, p. 2–12.

Règlement (CEE) n°1408/71 du Conseil, du 14 juin 1971, relatif à l'application des régimes de sécurité sociale aux travailleurs salariés, aux travailleurs non salariés et aux membres de leur famille qui se déplacent à l'intérieur de la Communauté, *JO L 149 du 5.7.1971, p. 2-50*.

Règlement (CEE) nº 574/72 du Conseil du 21 mars 1972 relatif à l'application du Règlement (CEE) 1408/71 (JO L 74 du 27 mars 1972) (également codifié par le Règlement (CE) nº 118/97 du Conseil, du 2 déc. 1996 (JO L 28 du 30 janv. 1997); modifié en dernier lieu par le Règlement (CE) nº 307/1999 du Conseil, du 8 fév. 1999 (JO L 38 du 12 fév. 1999).

Règlement (CEE) n° 1210/90 du Conseil, du 7 mai 1990, relatif à la création de l'agence européenne pour l'environnement et du réseau européen d'information et d'observation pour l'environnement, JO L 120 du 11.5.1990, p. 1–6

Règlement (CEE) n° 1210/90 du Conseil, du 7 mai 1990, relatif à la création de l'agence européenne pour l'environnement et du réseau européen d'information et d'observation pour l'environnement, JO L 139 du 11.5.1990, p.1-6.

communautaire, JO L 52 du 22.2.1997, p. 1–7.

Règlement (CE) n°933/1999 du Conseil, du 29 avril 1999, modifiant le règlement (CEE) n°1210/90 relatif à la création de l'agence européenne pour l'environnement et du réseau européen d'information et d'observation pour l'environnement, JO L 117 du 5.5.1999, p.1-4.

Règlement n°2725/2000 du Conseil, du 11 décembre 2000, concernant la création du système «Eurodac» pour la comparaison des empreintes digitales aux fins de l'application efficace de la convention de Dublin, *JO L 316 du 15.12.2000, p. 1-10*.

Règlement (CE) n°44/2001 du Conseil du 22 décembre 2000 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale, *JO L 12 du 16/01/2001, p. 1–23*.

Règlement n°343/2003 du Conseil, du 18 février 2003, établissant les critères et mécanismes de détermination de l'Etat membre responsable de l'examen d'une demande d'asile présentée dans l'un des Etats membres par un ressortissant d'un pays tiers, *JO L 50 du 25.2.2003, p. 1-10*.

Règlement (CE) n°883/2004 du Parlement européen et du Conseil du 29 avril 2004 portant sur la coordination des systèmes de sécurité sociale, *JO L 166 du 30.4.2004, p.1-123*.

Règlement (CE) n°2007/2004 du Conseil, du 26 octobre 2004 portant création d'une Agence européenne pour la gestion de la coopération opérationnelle aux frontières extérieures des États membres de l'Union européenne, *JO L 349 du 25.11.2004, p. 1-11*.

Règlement (CE) n°2252/2004 du Conseil du 13 décembre 2004 établissant des normes pour les éléments de sécurité et les éléments biométriques intégrés dans les passeports et les documents de voyage délivrés par les États membres, *JO L 385 du 29.12.2004, p. 1–6*

Règlement (CE) n°562/2006 du Parlement européen et du Conseil du 15 mars 2006 établissant un code communautaire relatif au régime de franchissement des frontières par les personnes (code frontières Schengen), *JO L 105 du 13.4.2006, p. 1–32*.

Règlement (CE) n°764/2008 du Parlement européen et du Conseil du 9 juillet 2008 établissant les procédures relatives à l'application de certaines règles techniques nationales à des produits commercialisés légalement dans un autre État membre et abrogeant la décision nº 3052/95/CE, *JO L 218 du 13.8.2008, p. 21-29*.

Règlement (CE) n°223/2009 du Parlement européen et du Conseil du 11 mars 2009 relatif aux statistiques européennes et abrogeant le règlement (CE, Euratom) n°1101/2008 relatif à la transmission à l'Office statistique des Communautés européennes d'informations statistiques couvertes par le secret, le règlement (CE) n°322/97 du Conseil relatif à la statistique communautaire et la décision 89/382/CEE, Euratom du Conseil instituant un comité du programme statistique des Communautés européennes, JO L 87 du 31.3.2009, p. 164–173.

Règlement (CE) n°401/2009 du Parlement européen et du Conseil du 23 avril 2009 relatif à l'Agence européenne pour l'environnement et au réseau européen d'information et d'observation pour l'environnement (version codifiée), JO L 126 du 21.5.2009, p. 13-22.

Règlement (UE) n°432/2012 de la Commission du 16 mai 2012 établissant une liste des allégations de santé autorisées portant sur les denrées alimentaires, autres que celles faisant référence à la réduction du risque de maladie ainsi qu'au développement et à la santé infantiles, *JO L 136 du 25.5.2012, p. 1–40.*

Règlement (UE) n°99/2013 du Parlement européen et du Conseil du 15 janvier 2013 relatif au programme statistique européen 2013-2017, JO L 39 du 09.2.2013, p. 12-29.

Règlement n°603/2013 du Parlement européen et du Conseil du 26 juin 2013 relatif à la création d'Eurodac pour la comparaison des empreintes digitales aux fins de l'application efficace du règlement (UE) n°604/2013 établissant les critères et mécanismes de détermination de l'État membre responsable de l'examen d'une demande de protection internationale introduite dans l'un des États membres par un ressortissant de pays tiers ou un apatride et relatif aux demandes de comparaison avec les données d'Eurodac présentées par les autorités répressives des États membres et Europol à des fins répressives, et modifiant le règlement (UE) n°1077/2011 portant création d'une agence européenne pour la gestion opérationnelle des systèmes d'information à grande échelle au sein de l'espace de liberté, de sécurité et de justice, JO L 180 du 29.6.2013, p. 1–30.

Règlement (UE) n°604/2013 du Parlement européen et du Conseil du 26 juin 2013 établissant les critères et mécanismes de détermination de l'État membre responsable de l'examen d'une demande de protection internationale introduite dans l'un des États membres par un ressortissant de pays tiers ou un apatride, *JO L 180 du 29.6.2013, p. 31–59*.

Règlement (UE) n°1288/2013 du Parlement européen et du Conseil du 11 décembre 2013 établissant "Erasmus +": le programme de l'Union pour l'éducation, la formation, la jeunesse et le sport et abrogeant les décisions n° 1719/2006/CE, n° 1720/2006/CE et n° 1298/2008/CE, *JO L 347 du 20.12.2013, p. 50-73*.

Règlement (UE) n°1291/2013 du Parlement européen et du Conseil du 11 décembre 2013 portant établissement du programme-cadre pour la recherche et l'innovation "Horizon 2020" (2014-2020) et abrogeant la décision n° 1982/2006/CE, *JO L 347du 20.12.2013, p. 104–173*.

Directives UE

Directive 75/117/CEE du Conseil, du 10 février 1975, concernant le rapprochement des législations des États membres relatives à l'application du principe de l'égalité des rémunérations entre les travailleurs masculins et les travailleurs féminins, JO L 45 du 19.2.1975, p. 19–20 (considérant 4).

Directive 76/207/CEE du Conseil, du 9 février 1976, relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement entre hommes et femmes en ce qui concerne l'accès à l'emploi, à la formation et à la promotion professionnelles, et les conditions de travail, JO L 39 du 14.2.1976, p. 40–42.

Directive 88/378/CEE du Conseil, du 3 mai 1988 concernant le rapprochement des législations des Etats membres relatives à la sécurité des jouets (JO L 187 du 16.7.1988, p. 1), rectifiée par deux rectificatifs (JO L 347 du 16.12.1988, p. 75 et JO L 37 du 9.2.1991, p. 42) et modifiée en dernier lieu par la directive 93/68/CEE du Conseil du 22 juillet 1993 (JO L 220 du 30.8.1993, p. 1).

Directive 89/552/CEE du Conseil, du 3 octobre 1989, visant à la coordination de certaines dispositions législatives, réglementaires et administratives des États membres relatives à l'exercice d'activités de radiodiffusion télévisuelle, JO L 298 du 17.10.1989, p. 23–30.

Directive 90/364/CEE du Conseil, du 28 juin 1990, relative au droit de séjour, JO L 180 du 13.7.1990, p. 26–27 ;

Directive 90/365/CEE du Conseil, du 28 juin 1990, relative au droit de séjour des travailleurs salariés et non salariés ayant cessé leur activité professionnelle, JO L 180 du 13.7.1990, p. 28–29 ;

Directive 91/371/CEE du Conseil, du 20 juin 1991, relative à l'application de l'accord entre la Communauté économique européenne et la Confédération suisse concernant l'assurance directe autre que l'assurance sur la vie, JO n° L 205 du 27/07/1991 p. 0048 – 0048

Directive 93/96/CEE du Conseil, du 29 octobre 1993, relative au droit de séjour des étudiants, JO L 317 du 18.12.1993, p. 59–60.

Directive 95/46/CE du Parlement européen et du Conseil du 24 octobre 1995 relative à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données, JO L 281 du 23.11.1995, p. 31-50.

Directive 2003/48/CE du Conseil du 3 juin 2003 en matière de fiscalité des revenus de l'épargne sous forme de paiements d'intérêts, JO L 157 du 26.6.2003, p. 38–48.

Directive 2007/65/CE du Parlement européen et du Conseil du 11 décembre 2007 modifiant la directive 89/552/CEE du Conseil visant à la coordination de certaines dispositions législatives, réglementaires et administratives des États membres relatives à l'exercice d'activités de radiodiffusion télévisuelle, JO L 332 du 18.12.2007, p. 27–45.

Directive 2010/13/UE du Parlement européen et du Conseil du 10 mars 2010 visant à la coordination de certaines dispositions législatives, réglementaires et administratives des États membres relatives à la fourniture de services de médias audiovisuels (directive Services de médias audiovisuels), JO L 95 du 15.4.2010, p. 1–24.

Décisions

Décision 90/685/CEE du Conseil, du 21 décembre 1990, concernant la mise en œuvre d'un programme d'action pour encourager le développement de l'industrie audiovisuelle européenne (Média) (1991-1995), JO L 380 du 31.12.1990, p. 37–44.

Décision du Conseil du 14 mars 1995 autorisant à négocier un accord entre la Communauté européenne et la Confédération suisse dans les domaines des transports routiers et aériens (5824/95 DCL1).

Décision 182/1999/CE du 22 décembre 1998 du Parlement européen et du Conseil, du 22 décembre 1998 relative au cinquième programme-cadre de la Communauté européenne pour des actions de recherche, de développement technologique et de démonstration (1998-2002), *JO L 26 du 1.2.1999, p. 1–33.*

Décision 1999/64/Euratom du Conseil du 22 décembre 1998, relative au cinquième programme-cadre de la Communauté européenne de l'énergie atomique (Euratom) pour des activités de recherche et d'enseignement (1998-2002), JO L 26 du 1.2.1999, p. 34–45.

Décision 2000/821/CE du Conseil, du 20 décembre 2000, portant sur la mise en œuvre d'un programme d'encouragement au développement, à la distribution et à la promotion des œuvres audiovisuelles européennes (MEDIA Plus - Développement, Distribution et Promotion) (2001-2005), JO L 336 du 30.12.2000, p. 82–91.

Décision 163/2001/CE du Parlement européen et du Conseil, du 19 janvier 2001, portant sur la mise en œuvre d'un programme de formation pour les professionnels de l'industrie européenne des programmes audiovisuels (MEDIA-formation) (2001-2005), JO L 26 du 27.1.2001, p. 1–9.

Décision 2002/309/CE, Euratom du Conseil et de la Commission du 4 avril 2002 relative à la conclusion de sept accords avec la Confédération suisse, *JO L 114 du 30.4.2002, p. 1-5*.

Décision 2002/653/CE du Conseil, du 12 juillet 2002, modifiant le protocole sur le statut de la Cour de justice des Communautés européennes, *JO L 218 du 13.08.2002, p. 1.*

Décision 2002/595/CE des représentants des gouvernements des États membres, réunis au sein du Conseil, du 19 juillet 2002 relative aux conséquences de l'expiration du traité instituant la Communauté européenne du charbon et de l'acier (CECA) sur les accords internationaux conclus par la CECA, JO L 194 du 23.7.2002, p. 35

Décision 1600/2002/CE du Parlement européen et du Conseil du 22 juillet 2002 relative au 6ème programme d'action pour l'environnement de la Communauté européenne, *JO L 242 du 10.9.2002, p. 1-15*.

Décision 845/2004/CE du Parlement européen et du Conseil du 29 avril 2004, modifiant la décision n°163/2001/CE portant sur la mise en œuvre d'un programme de formation pour les professionnels de l'industrie européenne des programmes audiovisuels (MEDIA-formation) (2001-2005*), JO L 157 du 30.4.2004, p.1-3*.

Décision 846/2004/CE du Parlement européen et du Conseil du 29 avril 2004 modifiant la décision 2000/821/CE du Conseil portant sur la mise en œuvre d'un programme d'encouragement au développement, à la distribution et à la promotion des œuvres audiovisuelles européennes (MEDIA Plus — Développement, distribution et promotion) (2001-2005), *JO L 157 du 30.4.2004,p.4-6*.

Décision du Conseil du 19 juillet 2004 relative à la date d'application de la directive 2003/48 du Conseil du 3 juin 2003 en matière de fiscalité des revenus de l'épargne sous forme de paiement d'intérêts, *JO L 257 du 4.8.2004, p. 7*.

Décision 2004/849/CE du Conseil du 25 octobre 2004 relative à la signature, au nom de l'Union européenne, et à l'application provisoire de certaines dispositions de l'accord entre l'Union européenne, la Communauté européenne et la Confédération suisse sur l'association de la Confédération suisse à la mise en œuvre, à l'application et au développement de l'acquis de Schengen, *JO L 368 du 15.12.2004, p. 26–27*.

Décision 2004/860/CE du Conseil du 25 octobre 2004 relative à la signature, au nom de la Communauté européenne, et à l'application provisoire de certaines dispositions de l'accord entre l'Union européenne, la Communauté européenne et la Confédération suisse sur l'association de la Confédération suisse à la mise en œuvre, à l'application et au développement de l'acquis de Schengen, *JO L 370 du 17.12.2004, p. 78 – 79*.

Décision 2006/233/CE du Conseil du 27 février 2006 concernant la conclusion de l'accord entre la Communauté européenne et la Confédération suisse relatif à la coopération dans le domaine statistique, *JO L 90 du 28.03.2006, p. 1*

Décision 1718/2006/CE du Parlement européen et du Conseil du 15 novembre 2006 portant sur la mise en œuvre d'un programme de soutien au secteur audiovisuel européen (MEDIA 2007), *JO L 327 du 24.11.2006, p. 12–29*.

Décision n°1719/2006/CE du Parlement européen et du Conseil du 15 novembre 2006 établissant le programme Jeunesse en action pour la période 2007-2013, *JO L 327 du 24.11.2006, p. 30-44*.

Décision n°1720/2006/CE du Parlement européen et du Conseil du 15 novembre 2006 établissant un programme d'action dans le domaine de l'éducation et de la formation tout au long de la vie, *JO L 327, 24.11.2006, p.45-68*.

Décision de la Commission du 13 février 2007 concernant l'incompatibilité de certains régimes suisses d'imposition des sociétés avec l'accord entre la Communauté économique européenne et la Confédération suisse du 22 juillet 1972, *C(2007) 411 final*.

Décision 2007/745/CE du Conseil du 28 septembre 2007 relative à la signature et à l'application provisoire d'un accord entre la Communauté européenne et la

Confédération suisse dans le domaine de l'audiovisuel, établissant les termes et conditions pour la participation de la Confédération suisse au programme communautaire MEDIA 2007, ainsi que d'un acte final, *JO L 303 du 21.11.2007, p.9-10*.

Décision 2010/478/UE du Conseil du 26 juillet 2010 relative à la conclusion d'un accord entre la Communauté européenne et la Confédération suisse dans le domaine de l'audiovisuel, établissant les termes et conditions pour la participation de la Confédération suisse au programme communautaire MEDIA 2007, ainsi que d'un acte final, JO L 234 du 04.09.2010, p.1-2.

Décision 2011/505/UE du Conseil du 6 décembre 2010 relative à la position à adopter par l'Union européenne au sein du comité mixte institué en vertu de l'accord entre la Communauté européenne et ses États membres, d'une part, et la Confédération suisse, d'autre part, sur la libre circulation des personnes en ce qui concerne le remplacement de l'annexe II dudit accord sur la coordination des systèmes de sécurité sociale, *JO L 209 du 17.8.2011*, *p.1-11*.

Décision 2011/129/UE du Conseil du 13 septembre 2010 relative à la position à adopter par l'Union européenne au sein du comité mixte UE-Suisse institué par l'accord entre la Communauté européenne et la Confédération suisse dans le domaine de l'audiovisuel établissant les termes et conditions pour la participation de la Confédération suisse au programme communautaire MEDIA 2007, en ce qui concerne une décision du comité mixte actualisant l'article 1er de l'annexe I dudit accord, JO L 53 du 26.2.2011, p.1

Décision 2011/863/UE du Conseil, du 16 décembre 2011, relative à la position que doit adopter l'Union européenne au sein du Comité mixte institué par l'accord entre la Communauté européenne et ses États membres, d'une part, et la Confédération suisse, d'autre part, sur la libre circulation des personnes en ce qui concerne le remplacement de l'annexe II dudit accord sur la coordination des systèmes de sécurité sociale, *JO L 341 du 22.12.2011, p.1-10*.

Décision 2014/143/UE du Conseil du 11 mars 2014 relative à la position à prendre au nom de l'Union européenne au sein du Comité mixte de l'agriculture institué par l'accord entre la Communauté européenne et la Confédération suisse relatif aux échanges de produits agricoles, concernant la modification de la décision n°2/2003 dudit Comité, *JO L 78 du 17.3.2014, p.1*.

Décision 2014/419/UE du Conseil du 23 juin 2014 relative à la position à prendre par l'Union européenne au sein du comité mixte institué par l'accord entre la Communauté économique européenne et la Confédération suisse du 22 juillet 1972 en ce qui concerne le remplacement du protocole n°3 à cet accord, relatif à la définition de la notion de «produits originaires» et aux méthodes de coopération administrative, par un nouveau protocole qui, pour ce qui est des règles d'origine, fait référence à la convention régionale sur les règles d'origine préférentielles paneuro-méditerranéennes, *JO L 196 du 3.7.2014, p.4*.

Actions communes/Décisions PESC

Action commune 2002/210/PESC du Conseil du 11 mars 2002 relative à la Mission de police de l'Union européenne, JO L 70 du 13.3.2002, p.1-6

Action commune 2004/551/PESC du Conseil, du 12 juillet 2004 concernant la création de l'Agence européenne de défense, JO L 245 du 17.7.2004, p. 17–28.

Décision 2011/411/PESC du Conseil du 12 juillet 2011 définissant le statut, le siège et les modalités de fonctionnement de l'Agence européenne de défense et abrogeant l'action commune 2004/551/PESC, JO L 183 du 13.7.2011, p. 16–26.

Action commune 2006/319/PESC du Conseil du 27 avril 2006 relative à l'opération militaire de l'Union européenne d'appui à la mission de l'Organisation des Nations unies en République démocratique du Congo (MONUC) pendant le processus électoral, JO L 116 du 29.4.2006, p. 98–101.

Accords entre Etats membres

Convention d'application de l'Accord de Schengen du 14 juin 1985 entre les gouvernements des États de l'Union économique Benelux, de la République fédérale d'Allemagne et de la République française relatif à la suppression graduelle des contrôles aux frontières communes, JO L 239 du 22.09.2000, p. 19-62

Acte du Conseil du 18 décembre 1997 établissant, sur la base de l'article K.3 du traité sur l'Union européenne, la convention relative à l'assistance mutuelle et à la coopération entre les administrations douanières, JO C 24 du 23.1.1998, p. 1.

Convention établie sur la base de l'article K.3 du traité sur l'Union européenne, relative à l'assistance mutuelle et à la coopération entre les administrations douanières, JO C 24 du 23.1.1998, p. 2-22.

Acte du Conseil du 29 mai 2000 établissant, conformément à l'article 34 du traité sur l'Union européenne, la convention relative à l'entraide judiciaire en matière pénale entre les Etats membres de l'Union européenne, JO C 197 du 12.7.2000, p.1-2.

Convention établie par le Conseil conformément à l'article 34 du traité sur l'Union européenne, relative à l'entraide judiciaire en matière pénale entre les Etats membres de l'Union européenne, JO C 197 du 12.7.2000, p.3-23.

Propositions d'actes

Proposition de décision du Conseil du 4 mai 1999 relative à la signature au nom de la Communauté européenne de l'accord entre la Communauté européenne et ses États membres, d'une part, et la Confédération suisse, d'autre part, sur la libre circulation des personnes, *COM (1999) 229 final*.

Proposition de décision du Conseil du 8 avril 2003 concernant la position de la Communauté sur l'adoption du règlement intérieur du comité mixte vétérinaire institué par l'accord entre la Communauté européenne et la Confédération suisse relatif aux échanges de produits agricoles, COM (2003) 171 final, *JO C 76 du 25.3.2004, p.11*.

Proposition de décision du Conseil du 10 février 2004 relative à la conclusion de l'accord entre la Communauté européenne et la Confédération suisse prévoyant des mesures équivalentes à celles prévues dans la directive 2003/48/CE du Conseil du 3 juin 2003 sur l'imposition des revenus de l'épargne sous forme de paiements d'intérêts et du protocole d'accord qui l'accompagne, COM(2004) 75 final, *JO C 98 du 23.4.2004, p.38*.

Proposition de décision du Conseil du 16 août 2004 relative à la signature de l'Accord de coopération entre la Communauté européenne et ses États membres, d'une part, et la Confédération suisse, d'autre part, pour lutter contre la fraude et toute autre activité illégale portant atteinte à leurs intérêts financiers, COM(2004) 559 final, *JO C 307 du 11.12.2004, p.17*.

Proposition de décision du Conseil du 16 septembre 2004 relative à la signature, au nom de l'Union européenne, de l'accord entre l'Union européenne, la Communauté européenne et la Confédération suisse sur l'association de cette dernière à la mise en œuvre, à l'application et au développement de l'acquis de Schengen, *COM(2004)593 final, JO C 307 du 11.12.2004, p.18.*

Proposition de décision du Conseil du 5 octobre 2004 relative à la signature de l'accord entre la Communauté européenne et la Confédération suisse dans le domaine statistique, *COM(2004) 645 final, JO C 323 du 30.12.2004, p.4*.

Proposition de décision du Conseil du 6 octobre 2004 relative à la conclusion d'un accord entre la Communauté européenne et la Confédération suisse dans le domaine de l'audiovisuel, établissant les termes et conditions pour la participation de la Confédération suisse aux programmes communautaires MEDIA Plus et MEDIA Formation, ainsi que d'un acte final, *COM (2004) 646 final, JO C 321 du 28.12.2004, p.13*.

Proposition de décision du Conseil du 8 octobre 2004 relative à la signature, au nom de la Communauté européenne, de l'accord entre la Communauté européenne et la Confédération suisse concernant la participation de la Suisse à l'agence européenne pour l'environnement et au réseau européen d'information et d'observation pour l'environnement, *COM(2004) 658 final, JO C 290 du 27.11.2004, p.5*.

Proposition de décision du Conseil du 20 octobre 2005 autorisant la conclusion, au nom de la Communauté européenne, d'un mémorandum d'entente entre la Communauté européenne et le Conseil fédéral suisse concernant une contribution de la Confédération suisse à la réduction des disparités économiques et sociales au sein de l'Union européenne élargie, et autorisant certains États membres à conclure individuellement des accords avec la Confédération suisse en vue de la mise en œuvre du mémorandum, *COM(2005) 468 final, JO C 49 du 28.2.2006, p.44* (texte cependant retiré, et classé parmi les « *propositions de la Commission qui ne revêtent plus un caractère d'actualité* », *JO C 252 du 18.9.2010, p. 10*).

Proposition de décision du Conseil du 21 août 2007, relative à la signature d'un accord entre la Communauté européenne et la Confédération suisse dans le domaine de l'audiovisuel, établissant les termes et conditions pour la participation de la Confédération suisse au programme communautaire MEDIA 2007, ainsi que d'un acte final, *COM (2007) 477 final, JO C 256 du 20.10.2007, p.7*.

Proposition de décision du Conseil du 28 juillet 2009, relative à l'abrogation des accords entre la Communauté européenne du charbon et de l'acier et la Confédération suisse, *COM(2009) 389 final*.

Proposition de décision du Conseil du 28 juin 2010, relative à la position à adopter au nom de l'Union européenne au sein du comité mixte institué par l'accord du 21 juin 1999 entre la Communauté européenne et ses États membres, d'une part, et la Confédération

suisse, d'autre part, sur la libre circulation des personnes en ce qui concerne le remplacement de l'annexe II sur la coordination des systèmes de sécurité sociale, *COM (2010) 333*.

Proposition de décision du Conseil du 24 octobre 2011, relative à la position que doit adopter l'Union européenne au sein du comité mixte institué par l'accord entre la Communauté européenne et ses États membres, d'une part, et la Confédération suisse, d'autre part, sur la libre circulation des personnes en ce qui concerne le remplacement de l'annexe II dudit accord sur la coordination des systèmes de sécurité sociale, *COM (2011) 671*.

***

Projet de décision du Conseil autorisant la Commission à ouvrir des négociations entre la Communauté européenne et la Confédération suisse relatives à un protocole sur l'électricité joint à l'accord entre la Communauté économique européenne et la Confédération suisse du 22 juillet 1972

Projet de décision du Conseil autorisant la Commission à ouvrir des négociations en vue de la conclusion d'accords entre l'Union européenne et ses États membres, d'une part, et la Principauté d'Andorre, la Principauté de Monaco et la République de Saint-Marin, d'autre part, pour lutter contre la fraude et toute autre activité illégale portant atteinte à leurs intérêts financiers et garantir la coopération administrative sous forme d'échange d'informations en matière fiscale et autorisant la Commission à ouvrir des négociations en vue de la conclusion d'un accord entre l'Union européenne et ses États membres, d'une part, et la Confédération suisse, d'autre part, pour lutter contre la fraude et l'évasion dans le domaine de la fiscalité directe et garantir la coopération administrative sous forme d'échange d'informations en matière fiscale

Proposition de décision du Conseil relative à la conclusion d'un accord entre l'Union européenne et la Confédération suisse concernant la coopération en matière d'application de leur droit de la concurrence, Dossier interinstitutionnel *2012/0127(NLE)*

Recommandations

Recommandations du COREPER au Conseil de l'UE du 26 octobre 1994, de décisions du Conseil autorisant la Commission à négocier des accords bilatéraux avec la Suisse sur la libre circulation des personnes, dans le domaine de la recherche et du développement technologique, dans le secteur agricole, sur la reconnaissance mutuelle en matière d'évaluation de la conformité, dans le secteur des marchés publics, 10439/94.

Recommandation de la Commission au Conseil afin d'autoriser la Commission à ouvrir des négociations en vue de la conclusion d'un accord entre l'Union européenne et le Danemark, l'Islande, la Norvège et la Suisse, sur la signification et la notification des actes judiciaires et extrajudiciaires en matière civile et commerciale, et d'un accord entre l'Union européenne et le Danemark, l'Islande, la Norvège et la Suisse, sur l'obtention des preuves en matière civile et commerciale.

Avis

Avis de la Commission au Conseil du 16 juin 1971 en ce qui concerne les relations de la Communauté élargie avec les États membres et associé de l'AELE non candidats à l'adhésion, *Bulletin des Communautés européennes*, 1971, n° supplément 3/71, Luxembourg, Office des publications officielles des Communautés européennes, pp.3-16 (disponible à partir de l'adresse : http://www.cvce.eu/obj/avis_de_la_commission_sur_les_relations_avec_les_etats_membres_de_l_aele_16_juin_1971-fr-42231668-9879-4a3f-b906-2a4cdff2f80c.html)

Avis du 26 janvier 2000 de la commission de la politique régionale, des transports et du tourisme, du Parlement européen, joint à la recommandation du 19 avril 2000 de la commission de l'industrie, du commerce extérieur, de la recherche et de l'énergie du Parlement européen, A5-0118/2000.

Avis du 21 mars 2000 de la commission des libertés et des droits des citoyens, de la justice et des affaires intérieures du Parlement européen, joint à la recommandation du 19 avril 2000 de la commission de l'industrie, du commerce extérieur, de la recherche et de l'énergie du Parlement européen, A5-0118/2000.

Déclarations, communications, conclusions, résolutions, questions parlementaires

Déclaration de Luxembourg du 9 avril 1984 adoptée à l'issue de la 1ère réunion ministérielle entre la Communauté européenne, ses Etats membres et les Etats de l'AELE (in Parlement européen, « L'Association Européenne de Libre Echange (AELE) et le marché intérieur de la Communauté », Dossiers d'études et de documentation, Série relations économiques extérieures n°1, octobre 1989, Luxembourg, 19 p., annexe I, p.13 ; disponible également dans l'ouvrage : Olivier JACOT-GUILLARMOD (dir.), *L'avenir du libre-échange en Europe: vers un Espace économique européen?*, Collection de droit européen, vol.2, Zürich, Schulthess Polygraphischer Verlag, 1990, pp.507-509).

Conclusions conjointes de la réunion entre les Etats de l'AELE et la Commission européenne adoptées à l'issue de la rencontre de Reykjavik du 5 juin 1986, (in *EFTA Bull. 2/86*, p.2).

Discours du 20 mai 1987 de Willy DE CLERCQ, membre de la Commission européenne lors de la rencontre d'Interlaken entre la Commission et des ministres de l'AELE (in *EFTA Bull.*

Discours du 17 janvier 1989 présenté par Jacques DELORS, président de la Commission européenne, devant le Parlement européen (in Olivier JACOT-GUILLARMOD (dir.), *L'avenir du libre-échange en Europe: vers un Espace économique européen?*, *op.cit.*, pp.510-513).

Déclaration d'Oslo du 15 mars 1989, adoptée à l'issue de la réunion des chefs de gouvernement de l'AELE (in Parlement européen, « L'Association Européenne de Libre Echange (AELE) et le marché intérieur de la Communauté », Dossiers d'études et de documentation, Série relations économiques extérieures n°1, octobre 1989, Luxembourg, 19 p., annexe II, p.14 ; disponible également in Olivier JACOT-GUILLARMOD (dir.), *L'avenir du libre-échange en Europe: vers un Espace économique européen?*, *op.cit.*, pp.514-518).

Réunion ministérielle du Conseil de l'AELE, Genève, 11 et 12 décembre 1989, (in Olivier JACOT-GUILLARMOD (dir.), *L'avenir du libre-échange en Europe : vers un Espace économique européen?*, *op.cit.*, pp.531-535).

* * *

Communication de la Commission du 1er octobre 1993 sur l'avenir des relations avec la Suisse, *COM(1993) 486 final*.

Communication de la Commission européenne conformément à l'article 2, paragraphe 3, concernant l'arrangement entre l'Union européenne et la République d'Islande, la Principauté de Liechtenstein, le Royaume de Norvège et la Confédération suisse sur la participation de ces États aux travaux des comités qui assistent la Commission européenne dans l'exercice de ses pouvoirs exécutifs dans le domaine de la mise en œuvre, de l'application et du développement de l'acquis de Schengen, *JO C 48 du 20.2.2014, p. 4–5*.

* * *

Conclusions du Conseil de l'Union européenne, affaires générales, 1796ème session du Conseil, 31 octobre 1994, (communiqué de presse : PRES/94/219 ; 31/10/1994) (recommandation du COREPER n°10439/94 du 27 octobre 1994, 38 p.)

Conclusions du Conseil de l'Union européenne sur les relations de l'UE avec les pays de l'AELE, 8 décembre 2008.

Conclusions du Conseil de l'Union européenne sur les relations de l'UE avec les pays de l'AELE, 14 décembre 2010

Conclusions du Conseil de l'Union européenne sur les relations de l'UE avec les pays de l'AELE, 20 décembre 2012.

* * *

Résolution du Parlement européen du 7 septembre 2010 « EEE-Suisse: obstacles à la pleine mise en œuvre du marché intérieur », *P7_TA(2010)0300, JO C 308E du 20.10.2011, p. 18-22*.

Résolution du Parlement européen du 24 mai 2012 sur les contingents suisses relatifs au nombre de titres de séjour délivrés aux ressortissants de la Pologne, de la Lituanie, de la Lettonie, de l'Estonie, de la Slovénie, de la Slovaquie, de la République tchèque et de la Hongrie, *P7_TA(2012)0226*.

Résolution du Parlement européen du 12 juin 2012, «S'investir dans la coopération avec des partenaires au-delà de nos frontières en matière de politique énergétique: une approche stratégique d'un approvisionnement énergétique sûr, durable et compétitif», *P7_TA(2012)0238*.

* * *

Réponse de Mme FERRERO-WALDNER au nom de la Commission européenne du 1er octobre 2008 à la question parlementaire E-3900/200 sur l'« accord de libre circulation avec la Suisse et discrimination dont sont victimes des entreprises européennes », posée le 11 juillet 2008, *JO C 40 du 18.02.2009.*

Réponse de la Haute Représentante/Vice-Présidente C. ASHTON au nom de la Commission européenne du 28 janvier 2011, à la question parlementaire E-9527/2010

sur les « relations bilatérales avec la Suisse », posée le 15 novembre 2010, *JO C 265 E du 09.09.2011*.

Réponse de la Haute Représentante/Vice-Présidente C. ASHTON au nom de la Commission européenne du 9 février 2011, à la question parlementaire E-9959/2010 sur la « contribution suisse à la cohésion », posée le 29 novembre 2010, *JO C 265 E du 09.09.2011*.

Réponse de la Haute Représentante/Vice-présidente C. ASHTON au nom de la Commission européenne du 20 mai 2014, à la question parlementaire E-003738-14 sur les « conséquences du vote suisse », posée le 26 mars 2014.

Réponse de Mme VASSILIOU au nom de la Commission européenne du 23 mai 2014 à la question parlementaire E-003838/2014 sur « Erasmus & Suisse », posée le 27 mars 2014.

Réponse de Mme GEOGHEGAN-QUINN au nom de la Commission européenne du 2 juin 2014 à la question parlementaire E-004182/2014 sur l'«exclusion de la Suisse des programmes "Horizon 2020" et "Erasmus +"», posée le 3 avril 2014.

Réponse de la Haute Représentante/Vice-Présidente C. ASHTON au nom de la Commission européenne du 28 avril 2014 à la question parlementaire E-001561/2014 sur le « Référendum sur l'immigration en Suisse et accord de libre circulation UE-Suisse », posée le 13 février 2014.

Table des matières

Introduction 1
Le sujet : Les caractères de la relation Suisse-UE 2
I. Des rapports partiellement définis 2
A) Une relation définie « par la négative » 2
B) Une relation définie « par pointillisme » 6
II. Un bilatéralisme sous tension 9
A) L'absence de stabilité juridique de la relation Suisse-UE 10
B) La stabilisation recherchée dans les négociations actuelles sur les questions institutionnelles 13
L'objet : Le temps et le commun dans la relation Suisse-UE 14
I. Le temps et le droit dans la relation Suisse-UE 15
A) Un droit du présent 15
B) L'insertion du droit dans la durée 18
C) Le temps de l'ordre 20
1. L'ordre temporel 20
2. Un temps-rupture ? 21
3. Le temps politique 23
II. Le commun dans la relation Suisse-UE 24
A) Un commun autre que celui des Etats membres de l'UE 24
1. Un commun entre deux entités différentes 25
2. Un commun important construit par une voie bilatérale 28
B) Un commun sur celui des Etats membres de l'UE 29
1. La question incidente de la frontière entre Etat membre et Etat tiers . 29
2. La question centrale de l'articulation entre le commun de l'UE et le commun Suisse-UE 29
3. La question sous-jacente de l'adhésion comme point d'arrivée du rapprochement sur le statut d'Etat membre 31
La méthode : Une lecture de l'objectivisme et du subjectivisme dans la relation Suisse-UE 32
I. Problèmes spécifiques et choix réalisés 33
A) L'analyse d'un rapport entre l'UE et un Etat tiers particulier 33
1. Le cadre international de la relation Suisse-UE 33

2. Les points de vue internes de la relation Suisse-UE..... 34
B) L'analyse de règles matérielles variées..... 35
II. L'utilisation des analyses de l'acte juridique 36
III. L'utilisation des analyses institutionnelles 39
La thèse : L'objectivisation limitée de la relation Suisse-UE..... 41

PARTIE 1 : Analyse statique: L'équilibre entre objectivisme et subjectivisme dans la relation Suisse-UE..... 43

Titre 1: Les éléments subjectifs et objectifs déterminant la relation Suisse-UE..... 47
Chapitre 1 – Les éléments subjectifs déterminant la relation Suisse-UE..... 51
Section 1. Les éléments subjectifs classiques déterminant la relation Suisse-UE 53
§1 – Le subjectivisme dans les rapports internationaux entre la Suisse et l'UE . 53
A) Le subjectivisme lié à la qualité de sujet de droit international..... 54
1) La volonté propre, corollaire de la personnalité juridique..... 54
2) La volonté, condition de l'activité conventionnelle internationale..... 55
B) Le subjectivisme lié à la nature des sujets de droit international 57
1) Le « pouvoir de vouloir » de la Suisse..... 57
2) Le « pouvoir de vouloir » de l'Union européenne 60
§2 – La prétention à l'autonomie des sujets de droit international 62
A) L'aspiration subjective de l'autonomie..... 63
1) La volonté de la Suisse de préserver son autonomie 63
2) La volonté de l'Union européenne de préserver son autonomie 64
B) Une aspiration subjective intégrant « l'objectivement nécessaire et possible »..... 65
Section 2. Les éléments subjectifs caractéristiques de la relation Suisse-UE 69
§1 – Les volontés de la Suisse et de la Communauté au regard de l'échec des négociations de 1957 et 1992..... 69
A) L'échec des négociations de 1957 sur une grande zone de libre-échange 70
1) Le risque de scinder la coopération économique établie dans l'O.E.C.E. 70
2) Les projets de zone de libre-échange..... 72
3) Les raisons de l'échec des négociations..... 74

4) Les conséquences de cet échec sur la volonté de la Suisse et celle de la CEE 75
B) L'échec des orientations de 1992 sur un espace économique européen 78
1) Le processus de Luxembourg 79
2) La signature de l'accord de Porto et la demande d'adhésion 82
3) Le referendum négatif du 6 décembre 1992 83
4) Les conséquences du referendum sur la volonté de la Suisse et de l'UE 84
a) L'adhésion, simple option de politique européenne 85
b) La limitation des dispositions institutionnelles contraignantes.. 88
c) La limitation des concessions matérielles de l'Union européenne 90
§2 – La volonté de pragmatisme 93
A) L'adaptation autonome du législateur, manifestation du pragmatisme dans la relation Suisse-UE. 93
B) Les accords sectoriels Suisse-UE, manifestations du pragmatisme dans la relation Suisse-UE 96
C) Les conséquences du pragmatisme dans la relation Suisse-UE 98
Conclusion du chapitre 1 99
Chapitre 2 – Les éléments objectifs déterminant la relation Suisse-UE 101
Section 1. Les éléments objectifs factuels 103
§1 – L'interdépendance entre la Suisse et l'Union européenne 104
A) L'importance de l'interdépendance 104
1. Le champ de l'interdépendance 104
2. Les facteurs d'interdépendance 105
a) La position géographique 106
b) La conclusion d'accords 107
c) L'évolution de l'Union européenne 107
B) L'influence de l'interdépendance dans la relation Suisse-UE 108
1) La volonté de la Suisse et la volonté de l'UE d'apporter une réponse juridique à l'interdépendance 109
2) L'influence sur la structure des actes juridiques 111
§2 - Les inégalités entre la Suisse et l'Union européenne 114
A) La nature de l'inégalité 114
B) L'influence de l'inégalité dans la relation Suisse-UE 116

1) La volonté de la Suisse d'apporter une réponse juridique aux inégalités 117
2) L'influence sur la structure des actes juridiques 117
a) L'influence sur le type d'acte juridique 117
b) L'influence sur les règles posées par les actes juridiques 118
i) L'influence de l'inégalité sur les règles primaires 119
ii) L'influence de l'inégalité sur les règles secondaires 120
Section 2. Les éléments objectifs légaux 123
§1 – Le droit de l'Union européenne 126
A) Les règles de compétences au sein de l'Union européenne 128
1) L'influence sur les volontés à concilier 128
2) L'influence sur le type d'acte juridique 129
a) Des accords Suisse-UE et Suisse-UE-Etats membres 130
b) Des accords de type bilatéral 132
B) L'unification du droit au sein de l'Union européenne 134
1) L'influence sur les volontés d'agir juridiquement 134
2) L'influence sur la structure des actes juridiques 135
a) L'adaptation autonome du législateur fédéral suisse au droit de l'UE 136
b) L'« arrimage » des accords Suisse-UE sur le droit de l'UE 139
C) La réalisation d'une union économique et politique 140
1) L'influence sur la volonté de la Suisse de s'intégrer à l'union 141
a) La volonté de s'intégrer par l'EEE, à un marché intérieur en voie d'achèvement 142
b) La volonté d'adhérer à une union politique en commencement 143
2) L'influence sur la volonté de l'Union européenne de préserver son intégration 145
D) Le processus d'élargissement de l'Union européenne 147
1) L'influence sur la volonté de la Suisse de se rapprocher de la Communauté 148
2) L'influence sur l'extension des règles existantes aux nouveaux Etats membres 150
3) L'influence sur la volonté de l'UE d'imposer une solidarité 151
§2 – Le droit de la Confédération suisse 154
A) L'influence du droit constitutionnel suisse sur la relation Suisse-UE . 155

1) L'influence de la neutralité 155
2) L'influence de l'organisation fédérale de la Suisse 159
3) L'influence des droits politiques fédéraux 161
a) La relation Suisse-UE, objet d'exercice des droits politiques fédéraux 162
b) L'influence sur la durée des négociations des accords Suisse-UE 164
c) L'influence sur les règles secondaires relatives au maintien dans le temps des règles primaires 169
B) L'influence des lois fédérales adaptées au droit de l'UE 173
1) L'influence sur la relation Suisse-UE des lois adaptées au droit de l'UE 174
2) L'influence de la loi fédérale « Cassis de Dijon » 178
Conclusion du chapitre 2 182
Conclusion du titre 1. 183

Titre 2: Les actes juridiques régissant la relation Suisse-UE 187
Chapitre 1 – L'européanité caractéristique des règles du premier degré 193
Section 1. L'établissement substantiel des règles du premier degré par référence au droit de l'UE 197
§1 – Les références au droit de l'UE dans les accords Suisse-UE 198
A) Les références implicites au droit de l'UE 199
B) Les références explicites aux actes de l'UE 202
§2 – Les références au droit de l'UE dans les législations suisses 204
A) Les références implicites au droit de l'UE 205
1) Les références implicites aux traités constitutifs de l'Union européenne 205
2) Les références implicites aux règlements de l'Union européenne 207
3) Les références implicites aux directives de l'Union européenne 208
4) Les références aux solutions de la Cour de justice de l'Union européenne 209
B) Les références explicites au droit de l'UE 211
1) Les références résultant de l'obligation de mettre en œuvre les accords 211
2) Les références résultant de l'obligation de reprise de l'acquis de l'UE 213

Section 2. Les exigences de coïncidence des règles du premier degré sur le droit de l'UE selon les principes d'équivalence ou de reprise 215

§1 – Le rattachement direct à l'acquis de l'UE : le principe de reprise 217

A) Les manifestations de la reprise du droit de l'UE..... 218

1) La formulation d'une coïncidence étroite avec le droit de l'UE de base 219

2) L'exigence de coïncidence contenue dans les règles du second degré 221

B) Les contours du principe de reprise..... 222

1) La nature de la coïncidence des règles du premier degré sur le droit de l'UE..... 222

a) La possibilité de la coïncidence des règles du premier degré ... 222

b) La nature du renvoi à l'acquis de l'UE 224

2) La portée du principe de reprise 226

a) L'indétermination du degré de coïncidence exigé 227

b) L'indétermination du champ d'application du principe 229

§2 – Le rattachement médiat à l'acquis : le principe d'équivalence 232

A) L'ambivalence de l'équivalence : deux traductions d'une homogénéisation..... 233

1) L'équivalence, « règle-condition » de la reconnaissance mutuelle des législations de la Suisse et de l'Union 235

2) L'équivalence, « règle-direction » de la législation suisse 236

B) L'équivalence, principe d'appréciation du rapprochement avec l'acquis de l'Union 240

1) L'appréciation conventionnelle de l'européanité dans l'équivalence-condition..... 240

2) L'appréciation unilatérale de l'européanité dans l'équivalence-direction..... 242

a) Une obligation conventionnelle ouvrant des appréciations unilatérales 243

b) La signification possible de cette appréciation unilatérale 244

i) L'équivalence soumise à une médiation formelle : l'exigence d'une loi suisse 246

ii) L'équivalence substantielle de la législation suisse..... 247

Section 3. Le prolongement de l'européanité par la prise en compte de la jurisprudence de la CJUE 253

§1 – La prise en compte éventuelle de la jurisprudence de la CJUE, conséquence de la nature des actes de la relation Suisse-UE 253

§2 – La prise en compte obligatoire de la jurisprudence de la CJUE, conséquence d'une obligation conventionnelle spécifique 257
A) L'indétermination de l'objet du renvoi à la jurisprudence de la CJUE 258
1) L'insuffisance du raisonnement inductif 259
2) Les potentialités du raisonnement systémique 260
3) La jurisprudence « interne », probable objet du renvoi 261
B) L'indétermination de la portée du renvoi à la jurisprudence de la CJUE 263
1) Réflexions à partir des méthodes d'interprétation des accords conclus par l'UE 264
2) Réflexions à partir de la conception de l'article 6 EEE 266
3) Réflexions à partir de la comparaison de l'ATA et l'ALCP 269
C) Des outils de prolongement du rattachement au droit de l'Union européenne 270
Conclusion du chapitre 1 273
Chapitre 2 – L'autonomie caractéristique des règles du second degré 275
Section 1. Les règles relatives à la substance des règles du premier degré 279
§1 – L'encadrement restreint de la mise en œuvre des accords, garantie de l'autonomie limitant l'arrimage sur le droit de l'UE 279
A) La signification générale de l'autonomie de mise en œuvre des accords 280
1) Le champ d'application de l'obligation conventionnelle 280
a) Le champ d'application personnel de l'obligation 281
b) Le champ d'application territorial de l'obligation 282
2) Le contenu de l'obligation de mise en œuvre 283
a) Le contenu résultant des principes du droit international général 283
b) Une exigence potentiellement plus stricte 285
c) Un contrôle souple assuré dans le cadre des comités mixtes 288
B) Un régime d'interprétation garant de l'autonomie de la Suisse et l'UE 289
1) Un régime d'interprétation judiciaire « à double pilier », vecteur d'une homogénéité partielle des règles du premier degré 289
2) Un suivi de l'interprétation assuré politiquement par les comités mixtes 292
a) Les compétences expresses des comités à l'égard de l'interprétation des accords Suisse-UE 292

b) L'éventuelle compétence des comités mixtes pour prendre une décision d'interprétation en l'absence de différend 293

i) Les deux interprétations possibles 293

ii) La juxtaposition de problèmes 294

iii) Le cas de l'accord sur la libre circulation des personnes .. 295

3) Un régime d'interprétation garant de l'autonomie des parties 299

a) L'autonomie garantie à la Suisse 299

b) L'autonomie garantie à l'Union européenne 301

i) Les conditions d'un système juridictionnel garant de l'autonomie de l'UE 302

ii) Les conditions d'un système politique garant de l'autonomie de l'UE 304

iii) Des règles secondaires des accords Suisse-UE garantes de l'autonomie de l'UE 305

iv) Les interrogations sur l'autonomie de l'UE 308

C) La préservation de l'autonomie dans le traitement politique des différends liés à l'application des accords 310

1) Les comités mixtes, cadres de règlement potentiel des différends 311

a) La compétence des comités mixtes 311

b) La portée de cette compétence à l'égard de l'autonomie de l'UE 313

2) Le règlement non-juridictionnel hors du cadre des comités mixtes .. 315

§ 2 – L'encadrement renforcé de la mise en œuvre de certains accords, limite à l'autonomie équivoque pour l'arrimage au droit de l'UE 317

A) La limitation de l'autonomie par les règles secondaires de surveillance de l'application des règles primaires reprenant le droit de l'UE, garantie de leur application uniforme 319

1) La limitation de l'autonomie de la Suisse dans l'accord sur le transport aérien 320

2) La limitation de l'autonomie de la Suisse et de l'UE dans les accords Schengen et Dublin 324

a) La faculté pour la Suisse de présenter des mémoires devant la CJUE 325

b) Les règles de suivi des interprétations de l'acquis de l'UE repris 325

c) Les règles régissant les divergences d'interprétation 326

B) La limitation de l'autonomie par les règles secondaires de règlement arbitral des différends, procédure spécifique non systématisée 329

1) Une large possibilité de règlement arbitral dans les accords de 1978 et 1989 330

2) Une possibilité de règlement arbitral circonscrite dans l'accord de 2009 333

Section 2. Les règles relatives à la contingence des règles du premier degré 337

§1 – La préservation de l'autonomie décisionnelle de la Suisse et l'Union européenne dans le développement du droit, limite du rattachement au droit de l'UE..... 339

A) La préservation de l'autonomie décisionnelle des parties à l'égard de leur droit interne 340

1) La consécration par les accords de la faculté de modifier le droit interne dans un domaine régi par les accords Suisse-UE 340

2) Les obligations procédurales liées à la communication de la nouvelle législation 343

B) La préservation de l'autonomie décisionnelle des parties à l'égard de la prise en compte de l'évolution du droit interne, par les accords Suisse-UE 346

1) La prise en compte de l'évolution du droit interne d'une partie soumise au respect de l'autonomie décisionnelle de la Suisse et de l'Union européenne..... 347

2) La prise en compte facilitée de l'évolution du droit de l'Union européenne par l'orientation de la compétence de révision du comité mixte..... 351

§2 – L'évolution des accords en fonction de l'évolution du droit de l'Union européenne..... 353

A) Le droit unilatéral de suspension de l'accord sur l'épargne en cas de cessation d'application de l'acquis de l'UE servant de base 354

B) La cessation automatique des accords d'association à Schengen et Dublin, conséquence de la non-reprise des nouveaux développements de l'acquis de l'UE..... 357

1) Les limitations de l'autonomie de la Suisse dans l'obligation de reprise des nouveaux développements des acquis Schengen/Dublin . 358

2) Les garanties accordées à la Suisse afin de limiter la portée des restrictions de son autonomie 361

Conclusion du chapitre 2..... 364

Conclusion du titre 2. 366

Conclusion de la partie 1...... 367

PARTIE 2 : Analyse dynamique: l'objectivisation dans la relation Suisse-UE 369

Titre 1: Le mouvement d'objectivisation 373

Chapitre 1 – La précarité de l'équilibre entre objectivisme et subjectivisme 375

Section 1. L'importance de l'assimilation de la Suisse à un Etat membre 377

§1 – La relation établie entre la Suisse et les Etats membres de l'Union européenne 378

A) Les accords Suisse-UE, droit conventionnel applicable à la Suisse et aux Etats membres de l'Union européenne 378

1) La soumission de la Suisse et des Etats membres aux accords Suisse-UE 378

2) Les liens supplémentaires résultant des accords Suisse-UE-Etats membres 382

3) Les liens incertains résultant des « faux accords simples » 385

B) Les accords Suisse-UE, droit structuré sur le droit commun d'intégration entre Etats membres 388

§2 – Les accords Suisse-UE, sources d'assimilations de la Suisse à un Etat membre 390

A) L'objectif d'insertion dans la coopération entre Etats membres 392

1) L'assimilation dans les accords d'intégration 392

2) L'assimilation dans les accords de coopération 393

B) Les techniques de coïncidence du droit sur le droit des Etats membres 394

1) La coïncidence obtenue par des techniques de liaison 394

2) La coïncidence obtenue par une technique de subsomption : la fiction 397

C) L'application de règles spécifiques aux relations entre Etats membres 399

1) L'application large de règles primaires propres à l'UE 400

a) Marché intérieur 400

b) Politiques spécifiques 404

c) L'espace de liberté, de sécurité, et de justice 409

d) La politique étrangère et de sécurité 412

2) L'application ponctuelle de règles secondaires propres à l'UE 415

a) L'intégration dans le cadre du contrôle des institutions de l'UE 416

b) L'intégration dans le cadre d'élaboration du droit de l'UE 418

Section 2. L'assimilation de la Suisse à un Etat membre, ferment d'une instabilité 423
§1 – L'ambiguïté de l'utilisation de l'assimilation dans la relation Suisse-UE . 424
A) Un phénomène constructif sans principe directeur..... 424
1) Le constructivisme sur le référentiel de l'intégration des Etats membres 424
2) L'absence de principe structurel 427
B) Un phénomène altérant la distinction Etat membre / Etat tiers 429
1) Le principe..... 429
2) L'interférence entre les réalités d'Etat membre et d'Etat tiers..... 430
§2 – La confirmation des ambiguïtés dans les interprétations juridictionnelles 432
A) Le constat commun de la situation particulière de la Suisse par rapport à l'Union européenne..... 433
1) Le contexte du rejet de l'EEE et l'absence d'objectif d'intégration dans l'accord 434
a) Le contexte des accords Suisse-UE..... 434
b) L'objet et le but des accords Suisse-UE..... 436
2) La structure des accords arrimés sur le droit de l'Union européenne 437
a) Le constat des procédés d'européanité..... 438
b) L'interprétation intégrative de l'européanité 438
B) L'interprétation modulable, conséquence juridique de l'ambiguïté.... 441
1) La difficulté de déterminer la portée de l'assimilation dans les règles primaires 442
a) Les conclusions et les arrêts..... 442
b) Les arrêts de la CJUE 443
c) Les arrêts de la CJUE et du Tribunal fédéral 445
2) La difficulté de déterminer la portée de l'assimilation dans les règles secondaires..... 447
Conclusion du chapitre 1..... 450
Chapitre 2 – L'évolution de l'équilibre dans le sens de l'objectivisme..... 453
Section 1. La dynamique dans le développement des règles primaires 457
§1 – L'indicateur de cette dynamique dans l'adoption d'actes juridiques : la progression matérielle de l'assimilation 457
A) L'extension des règles aux nouveaux Etats membres de l'UE..... 458
B) L'extension des règles à de nouveaux domaines du droit de l'UE 459

1) La poursuite de l'adaptation autonome 460
2) La conclusion d'accords Suisse-UE 463
C) L'approfondissement des règles en fonction du droit de l'UE 467
1) La conclusion d'accords Suisse-UE : voie classique de l'approfondissement 467
2) Les décisions de reprise des comités mixtes 469
§2 – L'analyse de l'orientation du développement du droit 473
A) L'analyse par la théorie fonctionnaliste 473
1) La théorie fonctionnaliste et la construction de l'Union européenne 473
2) La théorie fonctionnaliste et la relation Suisse-UE 475
a) L'engrenage dans une dynamique d'intégration 476
b) Le facteur politique, déterminant du rythme de l'intégration .. 479
B) L'analyse par la théorie de l'acte juridique 483
1) La part croissante des éléments objectifs 484
a) La situation juridique née des accords 485
b) La situation matérielle née des accords 488
c) L'impulsion vers une nouvelle situation juridique 489
2) L'objectivisation des éléments subjectifs 490
a) L'action des volontés à l'égard d'un monde objectif européanisé 490
b) Des intérêts orientés sur le droit de l'Union européenne 491
Section 2. L'essor des règles secondaires : les « questions institutionnelles » 495
§1 – L'indicateur de cette dynamique dans les négociations en cours : le déclenchement d'une évolution 496
A) Les lacunes des règles secondaires actuelles 498
1) L'irrégularité de la reprise du droit de l'Union européenne 498
a) Les manifestations des irrégularités 498
i) L'éloignement du droit de l'Union européenne 499
ii) Les décalages temporels avec le droit de l'UE 500
b) Le développement de moyens limités pour pérenniser l'arrimage sur le droit de l'UE 502
i) La solidarisation de certains accords 502
ii) L'application provisoire et l'application rétroactive 505
2) L'absence d'homogénéité de l'interprétation 507
a) Les interprétations différentes des accords Suisse-UE 508

b) Le règlement politique, voie incertaine de règlement des différends 510
B) Les négociations en cours sur les règles secondaires 514
1) Le champ d'application des règles secondaires 516
2) L'orientation des règles secondaires en fonction d'un objectif d'homogénéité 517
3) L'interprétation uniforme 519
a) L'obligation d'interprétation uniforme 519
b) La faculté de présenter des mémoires et observations à la CJUE 521
c) La détermination de conséquences juridiques en cas d'absence d'homogénéité 522
4) La surveillance des accords 525
5) Le développement du droit 527
a) Le consentement à tout développement du droit 528
b) La détermination du temps du développement et des conséquences d'un refus de reprise 529
c) L'implication accrue de la Suisse dans le processus législatif de l'UE 530
6) Le règlement des différends 531
§2 – L'analyse de la sophistication des règles secondaires 533
A) L'analyse du sens de l'évolution : la sophistication des règles secondaires, marque d'une objectivisation du système 533
1) Les trois types de règles secondaires ou normes du second degré 534
2) Les règles secondaires et l'objectivisation du système juridique ou normatif 534
B) L'analyse des logiques sous-jacentes à l'évolution : l'évolution des règles primaires, vecteur d'une évolution des règles secondaires 536
1) Explication au regard des conditions identifiées par HART 536
2) Explication au regard des conditions identifiées par BOBBIO 538
Conclusion du chapitre 2. 542
Conclusion du titre 1. 544

Titre 2: Le degré d'objectivisation 547
Chapitre 1 – L'institutionnalisation sous l'angle de l'action normative 553
Section 1. Les indices contradictoires sur le stade institutionnel 557
§ *Préliminaire*. L'utilisation du droit des institutions internationales 557

§1 – Les comités mixtes, de simples conférences internationales 560
A) Définition de la conférence internationale 560
B) Arguments en faveur d'une qualification de conférence..... 561
1) L'indifférence d'une certaine organisation interne 561
2) L'approche relationnelle des fonctions des comités mixtes 562
a) Le libellé relationnel des fonctions des comités mixtes..... 562
b) Des fonctions susceptibles d'être exercées par les parties contractantes en tant que telles 563
3) L'approche volontariste dans les modalités d'adoption des actes..... 564
a) L'exigence du consentement de tous les membres du comité mixte 564
b) L'absence de règle procédurale de vote 565
c) Les signatures des décisions par la Suisse et par l'UE 566
4) L'effet conventionnel de certaines décisions des comités mixtes..... 568
5) Les procédures internes entourant les décisions des comités mixtes 568
a) Procédures au sein de l'Union européenne 569
i) L'acte définissant la position de l'Union européenne au sein des comités mixtes 569
ii) La publication de la décision du comité mixte..... 570
iii) Le régime d'intégration dans l'ordre juridique de l'Union européenne 570
b) Procédures au sein de la Suisse 572
i) La délégation de compétence au Conseil fédéral 572
ii) L'accomplissement de procédures internes de ratification 574
iii) Le régime d'intégration dans l'ordre juridique suisse 575
§2 – Les comités mixtes, de véritables institutions..... 577
A) Définition des organes collectifs 577
B) Arguments en faveur d'une qualification institutionnelle 578
1) L'adoption d'un droit interne, révélateur d'une approche organique 578
a) Les implications institutionnelles de l'adoption du règlement intérieur 578
b) La mise en place d'une structure institutionnelle sommaire mais pérenne 580
2) L'identification de compétences propres des comités mixtes..... 580
a) La définition organique des fonctions des comités mixtes 581

b) La finalité des limites à la compétence des comités mixtes 583
3) Des procédures décisionnelles compatibles avec une approche institutionnelle des comités mixtes 585
a) Des modalités intergouvernementales affectant la perception des organisations internationales. 585
b) Des modalités intergouvernementales compatibles avec les institutions 587
4) L'intégration des volontés individuelles..... 588
a) Le libellé des actes des comités mixtes 588
b) L'unanimité mode non exclusif de décision entre les membres du comité mixte Schengen..... 589
c) La signature des actes par les membres du comité mixte..... 592
5) Les procédures internes entourant les décisions des comités mixtes 592
a) Procédures au sein de l'Union européenne 593
i) L'acte définissant la position de l'Union européenne au sein des comités mixtes 593
ii) La publication des décisions des comités mixtes..... 594
iii) Le régime d'intégration dans l'ordre juridique de l'Union européenne 594
b) Procédures au sein de la Suisse 596
i) La précision du caractère conventionnel de certains actes 597
ii) Le régime d'intégration dans l'ordre juridique suisse 597
Section 2. Proposition de lecture institutionnelle des comités mixtes..... 601
§1 – La nature organique des comités mixtes 602
A) Des fonctions exercées au sein d'organes 605
1) La présidence des comités mixtes 605
2) Le secrétariat des comités mixtes 608
3) Les groupes de travail et d'experts 612
B) Une amorce de mise en cohérence des dispositifs institutionnels..... 615
1) L'accord-cadre de 1986 615
2) L'accord-cadre global en discussion..... 616
§2 – Le degré incertain de l'institutionnalisation atteint..... 617
A) Les comités mixtes, de probables organes communs adoptant des actes collectifs..... 619
1) La théorie de l'organe commun 619
2) Les critères de l'organe commun 623

3) La qualification des comités mixtes 625

a) Une participation à la décision conditionnée à la qualité de membre 626

b) Une décision exprimant la volonté simultanée et identique des membres 628

B) Les comités mixtes, d'incertains organes d'organisation internationale adoptant des actes unilatéraux 630

1) La catégorie de l'organisation internationale 631

a) L'acte unilatéral, acte exprimant une volonté propre de l'organisation 632

b) L'acte réglementaire, procédé abouti de l'institutionnalisation 633

i) La procédure d'élaboration des « décisions réglementaires » 634

ii) La portée des décisions réglementaires 636

c) Le droit dérivé, un droit soumis à des exigences juridiques de hiérarchie 637

2) La qualification des comités mixtes 639

a) L'unilatéralité non caractérisée des décisions des comités mixtes 640

b) Le caractère réglementaire non abouti des décisions des comités mixtes 642

c) La hiérarchie incomplète des décisions des comités mixtes 646

§3 – La qualité de l'institutionnalisation déterminée par l'institution Union européenne 647

A) L'appui sur les institutions de l'Union européenne 648

1) La reprise d'un droit élaboré par les institutions de l'Union européenne 648

2) Le rôle des institutions de l'Union européenne dans le fonctionnement des comités mixtes 649

B) L'asymétrie de l'institutionnalisation (polarisée sur l'UE) 650

1) L'asymétrie à l'égard des Etats membres de l'Union européenne dans le processus décisionnel du comité mixte Schengen 651

2) L'asymétrie à l'égard de la Suisse dans l'exercice des fonctions au sein du comité mixte Schengen 652

C) La limitation de l'institutionnalisation, corollaire de l'intégration dans l'institution UE 654

1) Le comité mixte Schengen, simple cadre de discussion favorisant la modification de l'accord 655

2) L'intégration dans l'espace Schengen, vecteur d'ambiguïté sur la nature de l'acte de reprise des développements dans l'acquis Schengen 656

Conclusion du chapitre 1 658

Chapitre 2 – L'institutionnalisation sous l'angle de l'ordonnancement systémique 661

Section 1. Approche normative de l'institution Suisse-UE 665

§1 – Un système juridique incomplet ou semi-complexe 666

A) Les stades de développements juridiques d'une communauté dans les théories de HART et BOBBIO 667

1) Une gradation fondée sur le type de règles applicables dans une communauté 667

a) Les sociétés primitives 668

b) Les systèmes normatifs simples 668

c) Les systèmes normatifs semi-complexes 669

d) Le système normatif complexe ou le véritable système juridique 670

2) Une gradation fondée sur le type de remède apporté par chaque règle secondaire 671

a) La gradation au sein de la catégorie des règles de reconnaissance 671

b) La gradation au sein de la catégorie des règles de changement 672

c) La gradation au sein de la catégorie des règles de décision 672

B) Un système Suisse-UE fondé sur deux catégories de règles secondaires 673

1) L'existence de règles de reconnaissance 674

2) L'existence de règles de changement 676

3) L'absence de véritable règle d'adjudication 677

a) La compétence contentieuse des comités mixtes, une règle n'organisant pas une fonction juridictionnelle 677

b) La compétence contentieuse de tribunaux arbitraux, une règle n'assurant pas une résolution systématique des litiges 679

c) L'obligation de prendre en compte la jurisprudence de la Cour de justice, une règle n'assurant pas l'unité d'interprétation 680

§2 – Un système juridique contenant un décalage entre les règles primaires et secondaires 682

A) La faible sophistication des règles secondaires 683

1) La faible sophistication des règles de reconnaissance 683

2) La faible sophistication des règles de changement 686
B) L'importance des règles primaires 687
1) Des règles de libertés de circulation, fondements de la communauté 687
2) Des règles primaires de cohésion, ciment de la commsunauté 689
Section 2. Approche méta-normative de l'institution Suisse-UE 693
§ *Préliminaire*. L'utilisation des théories de Santi ROMANO et de Maurice HAURIOU 694
A) La possibilité d'appliquer ces théories à l'ensemble Suisse-UE..... 695
1) L'appréhension générale des corps sociaux 695
2) L'appréhension de l'organisation au-delà de la personnalité juridique 696
3) L'approche juridique du corps social organisé 697
B) L'opportunité d'appliquer ces théories à l'ensemble Suisse-UE 699
1) Les difficultés d'application de ces théories 699
a) Les difficultés relatives à la théorie de Santi ROMANO..... 699
b) Les difficultés relatives à la théorie de Maurice HAURIOU 700
2) Les intérêts à l'application de ces théories 702
a) La conciliation entre le subjectivisme et l'objectivisme..... 702
b) La prise en compte du lien avec l'Union européenne 705
C) L'opportunité d'une application successive des deux théories 706
§1 – La potentielle logique d'ordonnancement du système Suisse-UE, vecteur de qualification d'une institution ou d'un ordre juridique lato sensu 708
A) L'hypothèse d'une logique d'européanité propre à un ordre juridique Suisse-UE 709
1) La logique d'une institution ou d'un ordre juridique..... 709
2) L'existence potentielle d'une logique d'européanité dans un ordre juridique Suisse-UE 710
B) Une logique définissant faiblement l'individualité objective de l'institution Suisse-UE..... 712
1) Une individualisation impliquant une distinction avec la relevance sur l'ordre juridique de l'UE 712
2) Une distinction malaisée avec certains ordres juridiques tels que l'EEE 714
§2 – L'absence d'idée d'œuvre de l'institution Suisse-UE, vecteur de qualification d'une institution-chose..... 716

A) L'intériorisation de l'idée d'œuvre caractéristique d'une institution-personne 717
1) L'idée d'œuvre 718
2) Le pouvoir de gouvernement mis au service de l'idée 719
3) Les manifestations de communion 720
4) L'articulation des trois éléments dans la durée 721
B) L'Union européenne, institution corporative 724
C) L'ensemble Suisse-UE, institution-chose appuyée sur l'institution corporative UE 730
1) L'ensemble Suisse-UE, improbable institution-corporative 730
a) L'absence de nom 731
b) L'absence d'idée d'œuvre : le caractère partiel des forces instituantes 731
2) La probable qualification de l'ensemble Suisse-UE comme une institution-chose 734
a) L'institution-chose dans la théorie d'HAURIOU 734
b) La réaction de l'institution Suisse-UE aux institués de l'Union européenne 737
Conclusion du chapitre 2. 739
Conclusion du titre 2. 743
Conclusion de la partie 2. 745
Conclusion générale 747