

Astrid Epiney

**Les implications de l'échec des négociations d'un
Accord-cadre entre la Suisse et l'Union européenne**

- Aspects choisis -

2022

Cahiers fribourgeois de droit européen no 30
Freiburger Schriften zum Europarecht Nr. 30

Les implications de l'échec des négociations d'un Accord-cadre entre la Suisse et l'Union européenne

- Aspects choisis –

Prof. Astrid Epiney, LL.M.

L'Institut de droit européen, dirigé par les Professeurs Marc Amstutz, Samantha Besson et Astrid Epiney, contribue, en tant que centre de compétence des Facultés de droit des Universités de Berne, Neuchâtel et Fribourg, à ce que les ressources des trois universités dans ce domaine soient utilisées le plus efficacement possible. Ses activités englobent, hormis les tâches relatives à l'enseignement du droit européen, la gestion d'une bibliothèque et d'un centre de documentation européenne, l'organisation de manifestations pour la formation continue ainsi que la recherche scientifique en droit européen, des avis de droit et des expertises.

Les Cahiers fribourgeois de droit européen proposent des textes, en français, en allemand, en anglais et en italien, qui, pour différentes raisons, ne se prêtent pas à une publication commerciale, tels que des « papers » de discussion de doctorants, des avis de droit ou des versions écrites de conférences données à l'Université de Fribourg.

Das Institut für Europarecht unter der Leitung von Professor Marc Amstutz und den Professorinnen Samantha Besson und Astrid Epiney hat als Kompetenzzentrum der rechtswissenschaftlichen Fakultäten der Universitäten Bern, Neuenburg und Freiburg unter anderem die Aufgabe, zu der effizienten Nutzung der auf diesem Gebiet zu Verfügung stehenden Ressourcen beizutragen. Neben den mit der Lehre im Europarecht verbundenen Aufgaben zählen zu seinen Aktivitäten die Führung einer europarechtlichen Bibliothek und eines europäischen Dokumentationszentrums, die Organisation von Weiterbildungen sowie die wissenschaftliche Forschung im Europarecht und das Erstellen von Rechtsgutachten.

Die Freiburger Schriften zum Europarecht beinhalten Texte auf Deutsch, Französisch, Englisch und Italienisch, die aus verschiedenen Gründen nicht für eine kommerzielle Veröffentlichung geeignet sind, wie z.B. Diskussionspapiere von Doktoranden, Rechtsgutachten oder schriftliche Fassungen von an der Universität Freiburg gehaltenen Vorträgen.

Editeur / Herausgeber

Institut de droit européen / Institut für Europarecht
Avenue de Beauregard 11
CH-1700 Fribourg

euroinstitut@unifr.ch

www.unifr.ch/ius/euroinstitut

Novembre 2021

Copyright chez l'auteur / beim Autor

Pas disponible en librairie / nicht im Buchhandel erhältlich

Table des matières

§ 1 Introduction.....	1
§ 2 Les relations Suisse – Union européenne : statu quo.....	4
I. Aperçu et généralités.....	4
II. Les aspects institutionnels en particulier.....	7
1. La « reprise » du droit de l’Union	7
2. L’interprétation des accords	8
3. La protection juridique	9
III. Conclusion intermédiaire	9
§ 3 Les « questions institutionnelles »	11
§ 4 Les implications de la non-signature de l’Accord-cadre : un aperçu systématique	14
I. L’actualisation des accords existants	14
II. La conclusion de futurs accords.....	19
III. Décisions unilatérales de l’Union européenne	22
IV. Détérioration générale des relations Suisse – Union européenne	27
V. Conclusion intermédiaire	28
§ 5 Perspectives : six scénarii.....	30
I. Statu quo, adaptation autonome du droit suisse et dialogue politique	30
II. Développement de l’Accord de libre-échange de 1972	33
III. Négociation d’un nouvel accord-cadre	35
IV. Nouveaux accords sectoriels combinés avec des éléments d’un Accord-cadre (« Bilatérales III »)	36
V. Adhésion à l’Espace économique européen.....	37
VI. Adhésion à l’Union européenne.....	39
§ 6 Résumé et conclusion.....	41
I. Résumé.....	41
II. Conclusion	44
Bibliographie	46
Abréviations	52

§ 1 Introduction

1. Les relations entre la Suisse et l'Union européenne (UE) sont régies par un édifice d'accords internationaux relativement complexe. Sur la base de l'Accord de libre-échange de 1972¹ et suite à l'échec de l'Espace économique européen (EEE) en 1992, les **relations entre la Suisse et l'UE** sont basées sur une **approche dite bilatérale et sectorielle** : différents accords dits « bilatéraux » (qui sont toutefois en partie aussi multilatéraux en ce sens que les Etats membres sont également parties contractantes, comme cela est notamment le cas pour l'Accord sur la libre circulation des personnes) règlent des questions ou domaines spécifiques. S'y ajoute une **multitude d'accords spécifiques**. De ce fait, il existe actuellement un grand nombre d'accords (généralement estimés à 120), de plus ou moins grande importance et concernant des domaines très variés². Cette approche est dès lors différente de celle de l'EEE qui se base sur une démarche multilatérale en prévoyant d'étendre les libertés fondamentales et le principe de la libre concurrence aux Etats membres de l'AELE, englobant ainsi dans un seul et même accord une multitude de domaines dans le but de créer un marché intérieur commun entre les parties contractantes.

2. Parmi les nombreux accords internationaux entre la Suisse et l'Union européenne (ainsi que, en partie, ses Etats membres), les deux « paquets » d'accords bilatéraux (« **Bilatérales I** » et « **Bilatérales II** ») et quelques accords « annexes » revêtent une importance particulière. Certains de ces accords prévoient une **participation à certaines parties du marché intérieur** et, partant, une **intégration partielle** de la Suisse dans l'acquis correspondant de l'Union européenne, tout en recourant – d'un point de vue institutionnel – à des mécanismes de **droit international « classique »**.

3. C'est suite à ce constat que l'Union européenne insiste depuis 2008³ sur les **questions dites institutionnelles**⁴. Selon son point de vue, le système actuel des accords bilatéraux serait trop complexe, voire difficilement maniable, et le cadre institutionnel ne tiendrait pas compte du fait que certains accords assurent une participation de la Suisse à certaines parties du marché intérieur. Ainsi, elle a identifié quatre domaines nécessitant d'après elle une réglementation pour les accords dans les domaines relatifs au marché intérieur :

¹ RS 0.632.401.

² Voir p.ex. EPINEY/AFFOLTER, in : Flexibility in the EU, 297 (300) ; cf. également – en considérant l'évolution historique – GRIN, Suisse – Europe, 23 ss.

³ Le Conseil de l'UE adopte dans des intervalles réguliers (en principe tous les deux ans) des résolutions concernant les relations entre l'UE et la Suisse ; les questions institutionnelles reviennent régulièrement et de plus en plus clairement dans ces résolutions ou conclusions, et l'UE insiste notamment sur la nécessité de les régler dans un accord institutionnel s'appliquant (au moins) aux accords prévoyant un accès au marché intérieur. Cf. les différentes résolutions sur le site du Conseil de l'UE (www.consilium.europa.eu).

⁴ Ceci dit, à l'origine, l'idée d'un accord-cadre a été formulée pour la première fois en Suisse (à savoir par la Commission des relations extérieures du Conseil des Etats, cf. FF 2002 6326 ; cf. également KUNTZ, in : Eine Aussenpolitik für die Schweiz, 93.

- le développement du droit (à savoir l'adaptation des accords bilatéraux suite au développement du droit de l'UE) ;
- l'interprétation des accords (principe d'interprétation uniforme ou parallèle) ;
- la surveillance de l'application effective des accords ;
- le règlement des différends.

Bien que ces questions ou thématiques concrètes aient été formulées par l'Union européenne et que ce soit elle qui ait insisté (et insiste toujours) sur la nécessité de les régler, il ne faut pas oublier que leur clarification et leur réglementation dans un accord international est en principe aussi dans l'intérêt de la Suisse. Il y aurait ainsi une plus grande sécurité juridique. De plus, un cadre pour le règlement des différends est aussi dans l'intérêt du partenaire « plus faible », celui-ci étant facilement défavorisé par des mécanismes purement ou prioritairement politiques⁵. Ceci dit, l'opportunité d'un accord, respectivement ses avantages et désavantages, ne peut être évaluée in fine que sur la base d'un texte concret.

4. En 2014⁶, la Suisse et l'Union européenne se sont alors mis d'accord – chaque partie ayant décidé d'un mandat de négociation – de négocier sur ces questions en vue d'un accord-cadre / d'un accord institutionnel. Ces négociations ont conduit fin 2018 à un **projet d'accord**⁷ qui n'a toutefois pas été signé. Une consultation des parties prenantes en Suisse a été initiée par le Conseil fédéral (un procédé par ailleurs très rare auquel le Conseil fédéral n'a – à notre connaissance – pas encore eu recours auparavant⁸) et une discussion intensive s'en est suivie en Suisse. Après avoir affirmé son soutien de principe au projet d'accord en juin 2019 – tout en insistant sur la nécessité de « clarifications » par rapport à la portée du texte sur trois aspects (protection des salaires, directive sur la citoyenneté et aides d'Etat) –, le Conseil fédéral a finalement décidé, le 26 mai 2021, de **ne pas signer le projet d'accord** et de rompre les négociations sur la base de ce texte⁹.

5. Jusqu'à présent, l'Union européenne n'a pas (encore) réagi par le biais d'une résolution du Conseil de l'UE. Toutefois (et comme annoncé en amont dans l'hypothèse où des progrès suffisants concernant la conclusion d'un tel accord-cadre ne seraient pas être atteints avec la Suisse)¹⁰, elle a déjà pris ou annoncé **différentes mesures**. Ainsi, elle a notamment renoncé à continuer les négociations, respectivement à conclure d'autres accords sectoriels concernant l'accès au marché mais aussi concernant d'autres domaines (en particulier l'association de la Suisse aux programmes européens de recherche), et elle a bloqué l'actualisation de certains accords bilatéraux au développement du droit de l'UE. D'autres réactions pourraient suivre

⁵ Cf. à ce propos p.ex. EPINEY, Jusletter du 17 décembre 2018, N 2 ; OESCH, Schweiz – EU, 75.

⁶ Les origines des négociations sont toutefois plus vieilles, cf. l'aperçu du processus chez BREITENMOSER, ASDE 2020/2021, 325 (331 ss) ; KUNTZ, in : Eine Aussenpolitik für die Schweiz, 93 ss.

⁷ Voir à propos de ce projet notamment OESCH, Schweiz – EU, 65 ss ; BALDI, Jusletter du 18 mars 2018 ; COTTIER, RSJ 2019, 345 ss ; COTTIER, ASDE 2018/2019, 359 ss ; NOTTER, EuZ 2019, 4 ss ; EPINEY, Jusletter du 17 décembre 2018 ; BREITENMOSER/HIRSBRUNNER, ASDE 2019/2020, 511 ss ; AMBÜHL/SCHERER, Jusletter du 4 février 2019.

⁸ Voir à ce propos aussi COTTIER, Jusletter du 28 juin 2021.

⁹ Voir en détail par rapport à l'historique et aux différentes étapes, aux discussions et aux événements qui ont précédé cette décision, avec références, KUNTZ, in : Eine Aussenpolitik für die Schweiz, 93 ss ; OESCH, Schweiz – EU, 62 ss, 73 s. ; voir également par rapport aux raisons du Conseil fédéral et aux réactions, avec références, BREITENMOSER, ASDE 2020/2021, 325 ss.

¹⁰ Voir à ce sujet EPINEY, Jusletter du 17 décembre 2018, N 2 ; OESCH, in : Eine Aussenpolitik für die Schweiz, 108 (109).

(p.ex. en ce qui concerne la reconnaissance de l'équivalence du niveau de la protection des données en Suisse avec le niveau au sein de l'UE).

6. Ces mesures (actuelles et/ou futures) risquent de compromettre de manière significative les intérêts suisses et d'entraîner des répercussions économiques potentiellement importantes¹¹. C'est pourquoi la présente expertise se propose d'examiner, d'une part, les **conséquences de la non-signature** de l'Accord-cadre décidée par le Conseil fédéral sous un angle systématique (§ 4) et d'esquisser, d'autre part, quelques pistes ou scénarii pour le **futur développement des relations Suisse – Union européenne** (§ 5), ceci sur la base d'un aperçu des accords existants entre la Suisse et l'UE, notamment les accords bilatéraux (§ 2) et des questions institutionnelles (§ 3). Finalement, nous résumerons les principaux résultats de l'analyse et formulerons une brève conclusion (§ 6).

La présente analyse est basée sur une expertise réalisée par l'auteure à la demande du Groupement des Entreprises multinationales. Le contenu de cette expertise a été établi de manière indépendante : il a été demandé à l'auteure de répondre, de manière indépendante, aux questions qui lui ont été posées sans qu'un quelconque avis préconçu ait été formulé.

Les questions devant être examinées ont été formulées de la manière suivante : « L'avis de droit traite des conséquences de la non-signature de l'Accord-cadre décidée par le Conseil fédéral le 26 mai 2021. Il donne une vue d'ensemble systématique de ces conséquences et en distingue les différentes « catégories » avant d'esquisser quelques pistes pour les perspectives des relations Suisse – Union européenne. Il s'agit d'une analyse plutôt générale dont l'objectif consiste à donner un aperçu général et systématique des répercussions de la non-signature de l'Accord-cadre et des possibles pistes futures. Des questions spécifiques respectivement les conséquences pour des domaines précis (tels que l'industrie des machines, l'équivalence boursière, les activités de trading ou le marché de l'électricité) pourraient faire l'objet d'études approfondies. »

Nous remercions vivement le Groupement des Entreprises multinationales, en particulier M. *Arnaud Bürgin*, Mme *Catherine Lance-Pasquier*, M. *Antonin Reymond*, Mme *Larissa Robinson*, Mme *Stéphanie Rüegsegger* et M. *Olivier Straub*, pour la confiance témoignée ainsi que pour la collaboration très agréable et constructive.

Nos remerciements vont également à Mme *Flaminia Dahinden* pour la finalisation linguistique du texte ainsi qu'à M. *Daniel Felder* pour la relecture critique du texte.

¹¹ Voir pour quelques chiffres concernant l'importance de l'Union européenne pour l'économie suisse, avec références, HUG ALONSO/GRÜNENFELDER/DÜMMLER, Erosionsmonitor, 5.

§ 2 Les relations Suisse – Union européenne : statu quo

7. Comme mentionné en introduction¹², les relations entre la Suisse et l'Union européenne sont régies par des **accords sectoriels et bilatéraux** dont les « Bilatérales I » (signés en 1999 et entrés en vigueur en 2002) et les « Bilatérales II » (signés en 2004 et entrés en vigueur successivement) revêtent une importance particulière. S'y ajoute un certain nombre **d'autres accords**, souvent en lien avec les accords précités, comme notamment l'accord sur les contrôles de marchandises et les mesures douanières de sécurité (2009)¹³, l'accord sur Europol (2004)¹⁴, l'accord en matière de concurrence (2013)¹⁵, l'accord de libre-échange (1972)¹⁶ ou encore l'accord dans le domaine des assurances (1989)¹⁷.

8. Au vu de l'importance des **deux paquets d'accords bilatéraux** – qui s'explique avant tout par le fait qu'ils prévoient souvent une reprise de certaines parties de l'acquis de l'UE et, partant, une intégration partielle de la Suisse dans cet acquis – et au vu du champ d'application du projet d'accord-cadre (limité à certains accords des « Bilatérales I »), nous allons nous concentrer ci-après sur ces deux paquets d'accords bilatéraux¹⁸. Après un bref aperçu de leurs principales caractéristiques (I.), nous allons esquisser leur structure « institutionnelle » (II.) avant de tirer une conclusion intermédiaire (III.).

I. Aperçu et généralités

9. Les « **Bilatérales I** » (du 21 juin 1999) englobent les accords suivants :

- accord sur la libre circulation des personnes ;
- accord sur le transport aérien ;
- accord sur le transport des marchandises et de voyageurs par rail et par route ;
- accord relatif aux échanges de produits agricoles ;
- accord relatif à la reconnaissance mutuelle en matière de la conformité ;
- accord sur certains aspects relatifs aux marchés publics ;
- accord sur coopération scientifique et technologique¹⁹.

10. Peu après l'aboutissement des « Bilatérales I », des négociations en vue de conclure deuxième paquet ont débuté et, en octobre 2004, les accords des « **Bilatérales II** » ont pu être signés. Ils concernent les domaines suivants :

¹² N 1 ss.

¹³ Accord entre la Confédération suisse et la Communauté européenne relatif à la facilitation des contrôles et des formalités lors du transport des marchandises ainsi qu'aux mesures douanières de sécurité (« règle des 24h »), RS 0.631.242.05.

¹⁴ Accord entre la Confédération suisse et l'Office européen de la police, RS 0.362.2.

¹⁵ Accord entre la Suisse et l'UE concernant la coopération en matière d'application de leurs droits de la concurrence, RS 0.251.268.1.

¹⁶ RS 0.632.401.

¹⁷ Accord entre la Suisse et la CEE concernant l'assurance directe autre que l'assurance sur la vie, RS 0.961.1.

¹⁸ Voir par ailleurs pour une vue d'ensemble des relations Suisse-Europe OESCH, Schweiz – EU, *passim* ; COTTIER ET AL., Rechtsbeziehungen der Schweiz und der EU, *passim*.

¹⁹ Cf. le texte de tous les accords au JO 2002 L 114, 1 ; FF 1999 6489.

- Produits agricoles transformés ;
- Statistique ;
- Environnement ;
- MEDIA ;
- Pensions ;
- Schengen/Dublin ;
- Lutte contre la fraude ;
- Fiscalité de l'épargne²⁰.

11. Nonobstant la différence du contenu matériel (et parfois aussi institutionnel) de ces accords et celle du lien juridique entre les accords des « Bilatérales I » (pour les « Bilatérales II », seul un lien politique existe), l'on constate un certain nombre de **caractéristiques communes**. Le point de départ est qu'il s'agit, en principe et pour la plupart des accords (notamment ceux dans les domaines relatifs au marché intérieur), d'accords internationaux « classiques », notamment en ce qui concerne les aspects institutionnels mais aussi la formulation des aspects matériels (ces derniers se basant en règle générale sur les principes d'équivalence de législations en renonçant à une réelle « intégration » dans l'acquis de l'Union).

Dans ce contexte, l'accord sur le transport aérien fait exception car il prévoit une réelle intégration dans l'acquis de l'UE, en englobant aussi des aspects institutionnels. De même, les accords d'association « Schengen » et « Dublin » comportent des obligations importantes de reprise du droit de l'UE, permettant ainsi de les qualifier comme réels accords d'intégration.

12. Ces caractéristiques communes concernent avant tout les aspects suivants²¹ :

- Les différents accords constituent des **accords séparés** et indépendants. Ainsi, tous les accords contiennent p.ex. des dispositions institutionnelles qui, par ailleurs, diffèrent parfois quelque peu sans qu'il y ait forcément de grandes différences.
- En même temps, les accords sont **liés juridiquement** (pour les « Bilatérales I ») ou **politiquement** (pour les « Bilatérales II »). Il est particulièrement important de noter que tous les accords des « Bilatérales I » contiennent une clause selon laquelle les sept accords cessent d'être applicables en cas de dénonciation d'un des accords (« **clause guillotine** »).
- Le **contenu matériel** des accords s'appuie en grande partie sur l'acquis de l'Union mais est « **statique** » dans le sens qu'un développement dynamique n'est – sauf exception (notamment pour les accords d'association de Schengen/Dublin qui prévoient en principe une reprise « dynamique », dans le cadre des accords, des modifications de l'acquis correspondant de l'Union sans qu'une décision des comités mixtes soit nécessaire) – pas prévu. Ainsi, chaque partie peut toujours s'opposer à une décision de reprise de développements du droit de l'Union dans le cadre des accords. C'est précisément ce droit de blocage qui implique un élément statique des accords. Toutefois, les accords partent du principe que les développements du droit de l'Union qui concernent

²⁰ Cf. le texte de tous les accords FF 2004 5965.

²¹ Voir déjà en détail EPINEY/METZ/PIRKER, *Parallelität der Rechtsentwicklung*, 96 ss ; cf. par ailleurs par rapport aux accords bilatéraux MAZILLE, *Institutionnalisation de la relation entre l'UE et la Suisse*, *passim* ; EPINEY/AFFOLTER, in : *Flexibility in the EU*, 297 ss ; OESCH, *Schweiz – EU*, *passim* ; COTTIER ET AL., *Rechtsbeziehungen der Schweiz und der EU*, *passim*.

l'acquis de l'Union repris dans les accords soient intégré dans l'accord correspondant moyennant un commun accord et une décision dans ce sens au sein des comités mixtes. En d'autres termes, il existe en règle générale la **possibilité d'adapter certaines parties des accords au développement du droit de l'Union**, et les parties contractantes étaient parfaitement d'accord que le bon fonctionnement des accords nécessiterait justement une telle adaptation²².

- En outre, les accords ne concernent que des **aspects sectoriels** et limités, contrairement p.ex. à l'EEE qui prévoit une participation à part (presque²³) entière (mais pas sur pied d'égalité avec les Etats membres) des Etats de l'AELE au marché intérieur ainsi qu'à certaines politiques de l'Union. Il n'empêche que l'ensemble des accords a pour conséquence que la Suisse est également « intégrée » à des parties importantes de l'acquis de l'Union, notamment en ce qui concerne le marché intérieur. Dans d'autres domaines, elle aligne très souvent sa législation de manière « autonome » au droit de l'Union (« autonomer Nachvollzug »)²⁴.

Par ailleurs, on peut distinguer différents **types d'accords** : les accords de coopération (permettant la participation de la Suisse à des programmes européens ou la coopération dans certains domaines, comme p.ex. dans les domaines de l'environnement ou de la recherche), les accords de libéralisation et d'harmonisation (notamment les accords relatifs au marché intérieur) et les accords d'intégration proprement dit (notamment l'accord sur le transport aérien, mais aussi les accords Schengen/Dublin).

- **L'application et l'interprétation** des accords incombent en règle générale, selon les principes du droit international, aux parties contractantes, bien que certains accords prévoient des obligations spécifiques à ce sujet (voir p.ex. l'art. 16 al. 2 ALCP)²⁵.
- Certains accords prévoient la **participation** (sans pouvoir de décision) de la Suisse aux processus de décision dans le cadre de l'Union, pour autant qu'il s'agisse d'actes législatifs ou de programmes que la Suisse est censée reprendre ou auxquels elle participe.
- En ce qui concerne, finalement, la structure institutionnelle, les accords prévoient en général des **comités mixtes** composés de représentants des parties contractantes qui décident à l'unanimité.

Les compétences de ces comités mixtes concernent pour l'essentiel trois grands domaines :

- échanges d'informations, consultations et autres mécanismes consensuels afin d'assurer le bon fonctionnement des accords ;
- règlement des différends, sans qu'il y ait pour autant la possibilité de prendre des décisions contraignantes ;

²² Comme l'a souligné le Message du Conseil fédéral relatif aux Bilatérales I, la Suisse et l'UE « ont un intérêt à maintenir l'équivalence de leur législation. A défaut d'une prise en compte régulière de l'évolution du droit communautaire dans les domaines couverts par les accords sectoriels, les divergences des règles suisses et communautaires feraient obstacles à la bonne application des accords concernés », cf. FF 1999 5470.

²³ L'EEE ne couvre pas la totalité du marché des services et des capitaux.

²⁴ Cf. par rapport à cette technique législative qui est largement motivée par le souci d'empêcher qu'il y ait des obstacles au commerce ou d'autres problèmes dans les relations entre la Suisse et l'Union européenne, OESCH, Schweiz – EU, 193 ss (avec références).

²⁵ Voir à ce propos, avec références, EPINEY/METZ/PIRKER, Parallelität der Rechtsentwicklung in der EU und in der Schweiz, 99 s.

- décisions contraignantes pour les parties contractantes dans la mesure où cela est prévu dans les accords (notamment l'adaptation des annexes afin de reprendre, dans le cadre des accords, les développements du droit de l'Union).

II. Les aspects institutionnels en particulier

13. Au niveau **institutionnel**, les accords bilatéraux se caractérisent par un certain nombre de **particularités** (en comparaison avec d'autres traités internationaux). Celles-ci concernent avant tout la reprise du droit de l'Union dans le cadre des accords, y compris son développement (1.) et les principes d'interprétation (2.). Par ailleurs, il convient de rappeler brièvement les principes régissant la protection juridique (3.)²⁶.

1. La « reprise » du droit de l'Union

14. Dans la mesure où un accord a pour but « **d'intégrer** » la Suisse dans une **partie de l'acquis de l'Union**, il prévoit en règle générale une reprise des parties concernées du droit de l'Union. L'ampleur de cette reprise dépend du champ d'application matériel de l'accord en question – et des domaines qui sont en étroite relation avec celui-ci – et est à déterminer pour chaque accord sur la base de règles prévues.

15. D'un point de vue de la **technique législative**, cette reprise du droit de l'Union dans le cadre des différents accords repose pour l'essentiel sur deux méthodes : soit les accords renvoient – en général dans les annexes – directement à des **actes de droit dérivé**²⁷, soit ils reprennent et, le cas échéant, adaptent la **formulation des dispositions du droit de l'Union**²⁸.

De plus, les accords contiennent, bien entendu, aussi des dispositions « autonomes » qui ne sont pas inspirées d'une façon ou d'une autre du droit de l'UE (ce qui est toutefois l'exception pour les règles matérielles dans les accords relatifs au marché intérieur ou dont l'objectif consiste à ce que la Suisse « intègre » une partie de l'acquis de l'Union).

16. Cette reprise du droit de l'Union se réfère aux actes juridiques de l'Union au moment de la signature des accords ; en principe (à l'exception de l'accord sur le transport aérien et des accords de Schengen/Dublin), aucune adaptation dynamique n'est prévue (dans le sens qu'il faut toujours une décision unanime des comités mixtes).²⁹ Nonobstant ce caractère statique des accords, ceux-ci prévoient, afin de garantir l'homogénéité des accords avec le droit de l'Union, que les **actes juridiques de l'UE adoptés ultérieurement** dans les domaines couverts par les accords peuvent y être **intégrés** moyennant une décision du comité mixte. Toutefois, ce mécanisme ne s'applique que dans la mesure où la reprise du droit de l'Union s'opère par un renvoi à

²⁶ Voir par rapport à ces aspects déjà en détail EPINEY, in : *Bilateralismus – was sonst ?* 25 (43 ss). Voir spécifiquement en lien avec la reprise du droit de l'UE OESCH, PJA 2017, 638 ss.

²⁷ Voir p.ex. annexe II, III ALCP ou annexe I de l'accord sur les transports routiers.

²⁸ Voir p.ex. annexe I ALCP qui reprend textuellement en grande partie des dispositions du droit de l'Union.

²⁹ Il sied de rappeler que l'UE et la Suisse sont toutefois parties de l'idée qu'une adaptation régulière est nécessaire pour le bon fonctionnement des accords (cf. ci-dessus N 12) et que de nombreuses adaptations ont eu lieu.

des actes de droit dérivé, à l'exclusion de dispositions des accords dont la formulation s'appuie sur des dispositions du droit de l'UE.³⁰

Par ailleurs, il n'est pas toujours évident de savoir si un développement du droit de l'UE concerne effectivement les domaines couverts par les accords concernés. Ainsi, il est p.ex. intéressant de constater que la Directive sur la protection des données (D 95/46³¹) fait partie des actes juridiques figurant dans les accords de Schengen et Dublin, tandis que – pour des raisons qui ne sont pas claires – le Règlement général sur la protection de données (R 2016/679³²) n'a pas été considéré comme faisant partie de l'acquis Schengen et Dublin. La question de savoir si un acte de droit dérivé fait partie de l'acquis Schengen et Dublin n'est toutefois pas que de nature politique ; au contraire, l'acquis Schengen étant une notion du droit de l'Union, il s'agit d'une question juridique qui peut faire l'objet d'un arrêt de la CJUE³³.

2. L'interprétation des accords

17. La reprise d'une partie du droit de l'UE dans le cadre des accords bilatéraux soulève la question de savoir si l'interprétation de ces dispositions obéit aux mêmes principes que l'interprétation des dispositions correspondantes du droit de l'UE³⁴. Puisqu'il s'agit d'accords de droit international, les principes d'interprétation du droit de l'UE ne sont pas applicables tels quels mais ce sont les règles de droit international concernant l'interprétation de traités internationaux qui sont déterminantes. Dans ce cadre, il convient de tenir compte des caractéristiques de chaque accord. Pour autant que l'objectif d'un accord laisse clairement apparaître qu'il s'agit d'une « intégration » de la Suisse dans une partie du droit de l'Union et que, partant, une réglementation parallèle est visée, le **principe d'interprétation « parallèle » ou « uniforme »** s'applique. Ainsi, les dispositions des accords bilatéraux relatifs au marché intérieur qui reprennent du droit de l'UE doivent être interprétées parallèlement au droit de l'UE, en tenant compte de la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne.

18. Toutefois, la **portée exacte** de ce principe peut être difficile à déterminer ; ainsi, la question de savoir si une disposition reprend effectivement une notion du droit de l'UE peut soulever des problèmes. De même, la pertinence exacte de la jurisprudence de la CJUE peut être controversée. À ces égards, nous constatons donc une certaine insécurité du droit pour certaines questions jusqu'à ce qu'elles aient effectivement fait l'objet d'arrêts du TF ou de la CJUE. Cela dit, force est de constater que le **principe même de l'interprétation parallèle** ou uniforme est – du moins concernant l'ALCP (qui a souvent fait l'objet d'arrêts du TF et du TAF, contrairement aux autres accords) – reconnu tant dans la **jurisprudence du Tribunal fédéral**³⁵ que dans celle de la **CJUE**³⁶. La doctrine, quant à elle, approuve très majoritairement ce point de vue³⁷.

³⁰ Ces dispositions peuvent par contre bien entendu aussi être modifiées d'un commun accord, mais c'est la procédure « ordinaire » de révision qui s'appliquerait.

³¹ D 95/46 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 1995 L 281, 31.

³² R 2016/679 relatif 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 2016 L 119, 1.

³³ A ce jour, toutefois, la CJUE n'était pas encore amenée à se prononcer à ce sujet.

³⁴ Voir en détail par rapport à cette question, avec références, EPINEY/METZ/PIRKER, *Parallelität der Rechtsentwicklung in der EU und in der Schweiz, passim*.

³⁵ ATF 136 II 5 ; ATF 140 II 112 ; ATF 142 II 35. Toutefois, la jurisprudence de la Cour de droit pénal est un peu moins claire et au final assez énigmatique. Cf. TF, arrêt du 22 mai 2019,

3. La protection juridique

19. En ce qui concerne la protection juridique, il convient de distinguer deux aspects :

- La protection juridique des **particuliers**, qui veulent faire valoir leurs droits en justice, est régie par le droit interne des parties contractantes (qui doivent toutefois respecter les prescriptions des accords)³⁸. Il n'y a pas de procédure comparable au recours préjudiciel (cf. l'art. 267 TFUE).
- Dans la mesure où il s'agit de **règlements de différends** entre les parties contractantes, les comités mixtes jouent un rôle central. Néanmoins, comme ces derniers décident à l'unanimité, il n'est pas toujours possible de régler le différend lorsque les avis des membres divergent quant à l'interprétation ou à la portée de dispositions des accords. Une procédure juridique n'est pas prévue.

20. Dans l'ensemble, l'application et l'interprétation des accords bilatéraux incombent – comme cela est généralement le cas en droit international – aux **parties contractantes**, à savoir l'Union européenne d'une part et la Suisse d'autre part. Seuls les accords d'association Schengen/Dublin et l'accord sur le transport aérien contiennent des dispositions spécifiques à ce sujet³⁹.

III. Conclusion intermédiaire

21. Dans l'ensemble, les accords bilatéraux ont permis à l'Union européenne et à la Suisse de **régler de manière efficace différents domaines** et questions importantes pour les deux parties, notamment en ce qui concerne les accords relatifs au marché intérieur mais aussi d'autres domaines, comme p.ex. la participation à certains programmes ou les accords d'association Schengen/Dublin. Ainsi, par cette approche bilatérale et sectorielle, la Suisse a pu façonner avec succès ses relations avec l'Union eu-

6B_378/2018 ; TF, arrêt du 15 novembre 2018, 6B_965/2018 ; TF, arrêt du 23 novembre 2018, 6B_907/2018 ; TF, arrêt du 28 novembre 2018, 6B_1152/2018 ; BGE 144 IV 332 ; BGE 145 IV 55 ; TF, arrêt du 9 août 2019, 6B_48/2019 ; TF, arrêt du 3 avril 2020, 6B_736/2019. Voir concernant cette jurisprudence du TF, avec références, les chroniques de jurisprudence dans l'Annuaire du droit de la migration, cf. la plus récente : EPINEY/ROVELLI, Annuaire du droit de la migration 2020/2021, 315 (355 s.).

³⁶ Voir notamment CJUE, aff. C-506/10 (Graf), ECLI:EU:C:2011, I-643 ; CJUE, aff. C-425/11 (Ettwein), ECLI:EU:C:2013:121 ; CJUE, aff. C-656/11 (Royaume-Uni/Conseil), ECLI:EU:C:2014:97 ; CJUE, aff. C-241/14 (Bukovansky), ECLI:EU:C:2015:766 ; CJUE, aff. C-478/15 (Radgen), ECLI:EU:C:2016:705 ; CJUE, aff. C-581/17 (Wächtler), ECLI:EU:C:2019:138.

³⁷ Cf. MAIANI, RDS 2011 I, 27 ss ; OESCH, RSJ 2016, 53 ss ; BURRI/PIRKER, SRIEL 2010, 165 ss ; COTTIER, RDS 2015 I, 325 ss ; PIRKER, ZBl. 2015, 295 ss ; OESCH, ZBl. 2014, 171 ss ; KADDOUS/GRISEL, Libre circulation, 862 ; SCHNELL, Arbeitnehmerfreizügigkeit, 124 ss ; GAMMENTHALER, Diplomanerkennung, 280 ; BOILLET, Interdiction de discrimination, 53 ss ; TOBLER, ASDE 2013/2014, 319 (327) ; cf. toutefois l'accent un peu différent de BESSON/AMMANN, ASDE 2013/2014, 331 ss, leur critique de la jurisprudence du TF et de la doctrine majoritaire restant toutefois quelque peu énigmatique, voir à ce sujet PIRKER, ZBl. 2015, 295 ss. Cf. en détail concernant les principes d'interprétation des accords bilatéraux déjà EPINEY/METZ/PIRKER, Parallelität der Rechtsentwicklung in der EU und in der Schweiz, 169 ss. ; EPINEY, ZBJV 2005, 1 ss.

³⁸ Voir p.ex. art. 11 ALCP qui prévoit notamment que les personnes visées par l'ALCP doivent avoir un droit de recours en ce qui concerne l'application des dispositions de l'accord.

³⁹ Voir à ce sujet en détail EPINEY/METZ/PIRKER, Parallelität der Rechtsentwicklung, 116 s, 128 ss.

ropéenne après l'échec de l'EEE et le bilan global est généralement considéré comme très positif⁴⁰.

22. Toutefois, la structure institutionnelle de la plupart des accords, notamment ceux relatifs au marché intérieur, repose sur le « modèle classique » de droit international, ce qui implique un certain **manque de sécurité juridique** (en particulier au vu des questions d'interprétation et du fait que le développement des accords et/ou le renouvellement de la participation à des programmes dépende toujours de décisions explicites et unanimes ou de nouveaux accords). Ces caractéristiques des accords font que les intérêts politiques et le poids politique des acteurs jouent un rôle important dans les relations entre la Suisse et l'Union européenne, au détriment du droit, avec pour conséquence que la Suisse se trouve souvent confrontée à des pressions politiques.

23. De plus, l'Union européenne estime – pour différentes raisons – que la situation actuelle ne correspond plus à ses intérêts, respectivement n'est plus satisfaisante, et demande depuis plusieurs années à ce que les « **questions institutionnelles** » soient réglées de manière transversale⁴¹.

24. Dans l'ensemble, les **accords bilatéraux** – tels qu'ils sont conçus et en vigueur aujourd'hui – ne peuvent dès lors **plus garantir des relations stables** et une certaine sécurité juridique pour la Suisse (et l'Union européenne), d'où la question de savoir comment se projeter vers l'avenir et quelles possibilités peuvent se présenter. Comme les « questions institutionnelles » formulées par l'Union européenne ne disparaîtront pas suite à l'arrêt des négociations décidé par la Suisse, elles seront esquissées ci-après (§ 3), avant que les conséquences de l'arrêt des négociations en détail (§ 4) et les perspectives (§ 5) soient abordées.

⁴⁰ Voir p.ex., avec références, les contributions dans SCHELLENBAUER/SCHWARZ (éds.) *Bilateralismus – was sonst? passim*; cf. aussi BREITENMOSER/HIRSBRUNNER, SJER 2019/2020, 511 (512 s.); Message du Conseil fédéral, FF 2019, 5027, 5048.

⁴¹ Cf. déjà N 3 ss.

§ 3 Les « questions institutionnelles »

25. Les « questions institutionnelles », thématiques par l'Union européenne depuis 2008⁴², doivent être situées dans le contexte de la **portée des accords bilatéraux** dans les domaines relatifs au **marché intérieur**. En effet, et comme esquissé précédemment⁴³, ces accords permettent à la Suisse, moyennant la reprise de l'acquis de l'Union correspondant, de participer comme un Etat membre de l'UE à de larges parties du marché intérieur. En même temps, les accords sont conçus d'un point de vue institutionnel comme des accords internationaux « classiques »⁴⁴, ce qui a pour conséquence que certains éléments institutionnels – qui caractérisent le droit de l'UE en général et le marché intérieur en particulier – n'ont pas de correspondance au sein des accords bilatéraux (contrairement à l'EEE qui contient certains éléments supranationaux).

26. Dans cette optique et dans le but de garantir un marché intérieur « homogène » régi par des conditions parallèles pour tous les Etats qui y participent, les aspects suivants sont d'un intérêt particulier du point de vue de l'Union⁴⁵ :

- **Interprétation des accords** : Les règles régissant le marché intérieur – le droit de l'UE d'un côté et les dispositions des accords reprises du droit de l'Union européenne de l'autre – doivent être interprétées et appliquées de manière uniforme, pour autant que la Suisse participe au marché intérieur. Dès lors (et puisqu'il s'agit de la participation de la Suisse au marché intérieur de l'Union, et non l'inverse), les notions du droit de l'Union et les actes juridiques de l'UE repris dans les accords concernés doivent être interprétés et appliqués conformément à la situation juridique au sein de l'Union, ce qui implique notamment – du moins en principe – le respect de la jurisprudence de la CJUE quant à l'interprétation des parties et dispositions concernées des accords bilatéraux.
- **Développement des accords** : L'homogénéité des accords, respectivement la parallélité de la situation juridique au sein de l'Union et dans les relations entre l'Union et la Suisse, doit être assurée. Au vu du caractère « statique » des accords (respectivement de l'absence d'une reprise dynamique du développement du droit de l'UE dans le cadre des accords), il convient dès lors d'assurer que les actes juridiques de l'UE – adoptés dans les domaines couverts par les accords concernés – soient repris et intégrés dans le cadre de l'accord concerné sans qu'il y ait un « droit de blocage » des parties contractantes. Dans cette optique, une procédure de reprise des développements du droit de l'Union doit non seulement être prévue à titre optionnel mais une telle intégration doit aussi être – du moins en principe, des exceptions ponctuelles n'étant pas exclues – obligatoire.
- **Surveillance** : Un mécanisme adéquat doit pouvoir assurer l'application correcte des accords concernés par les parties contractantes et, partant, aussi par la Suisse (au sein de l'Union, la Commission européenne et la CJUE remplissent ce rôle).

⁴² Voir déjà N 3 ss.

⁴³ N 7 ss.

⁴⁴ Voir déjà N 12 ss.

⁴⁵ Voir à ce sujet en détail déjà GLASER/LANGER, SRIEL 2013, 563 ss ; DE SÉPIBUS, ASDE 2014, 397 ss ; OESCH/SPECK, ASDE 2017, 257 ss ; MAZILLE, L'institutionnalisation de la relation entre l'Union européenne et la Suisse, 456 ss ; en lien avec le projet d'accord-cadre BREITENMOSER, ASDE 2020/2021, 325 ss ; BREITENMOSER/HIRSBRUNNER, ASDE 2019/2020, 511 ss.

- **Règlements de différends** : Finalement, une procédure judiciaire doit être prévue afin de pouvoir régler les différends de manière contraignante pour les parties contractantes, notamment en ce qui concerne l'interprétation des accords concernés.

27. Dans le détail, **plusieurs options** ou solutions sont imaginables afin de concrétiser ces principes et objectifs. Il n'a notamment jamais été question de prévoir exactement les mêmes mécanismes que dans le cadre de l'Union, bien que l'Union se soit parfois référée à la situation au sein de l'EEE⁴⁶. De plus, des exceptions aux principes mentionnés étaient toujours imaginables. Dans ce sens, un accord-cadre ou accord institutionnel doit préciser notamment les aspects suivants – des aspects qui étaient effectivement adressés dans le projet d'accord-cadre :

- **Champ d'application** : Comme les aspects susmentionnés sont particulièrement importants dans le cadre des accords relatifs au marché intérieur, les accords concernés doivent être déterminés. Le projet d'accord institutionnel mentionne, à son art. 2, les accords suivants des « Bilatérales I » : accord sur la libre circulation des personnes, accord sur le transport aérien, accord sur le transport terrestre, accord sur les produits agricoles et accord sur la reconnaissance mutuelle en matière de la conformité. Était notamment exclu l'accord de libre-échange de 1972 (qui faisait toutefois l'objet d'une déclaration commune des parties contractantes).
- **Relation avec d'autres accords** : La question de la relation avec les accords sectoriels concernés est étroitement liée avec le champ d'application d'un accord-cadre. Le projet d'accord-cadre prévoyait dans ce contexte une nouvelle « clause guillotine », dans le sens que la dénonciation de l'accord-cadre aurait, en principe, également entraîné la cessation des accords sectoriels.
- **Procédure de reprise du développement du droit** : En vue de l'intégration du développement du droit de l'Union dans le cadre des accords concernés, il faut préciser la procédure exacte de cette reprise, y compris les conséquences d'un refus de l'intégration par l'une des parties contractantes. Le projet d'accord-cadre a détaillé cette procédure (en tenant par ailleurs compte des droits populaires en Suisse pour les délais) et a prévu que la non-reprise d'un acte du droit de l'UE dans le cadre de l'accord concerné pouvait donner lieu à des mesures de compensation qui devaient être proportionnelles.
- **Exceptions** : Même si les deux parties reconnaissent les principes esquissés, il n'en demeure pas moins la possibilité de prévoir des exceptions pour des domaines particuliers, qui seraient alors exclus notamment de l'obligation de principe de reprendre les développements du droit de l'Union. De plus, il est possible de prévoir que certaines dispositions nationales peuvent être maintenues même si elles devaient être considérées, en principe, comme contraire à l'un des accords concernés. Ainsi, les protocoles 1 et 2 du projet d'accord-cadre contenaient des listes de domaines, respectivement de réglementations, que la Suisse aurait pu dans tous les cas conserver ou appliquer, aussi sous le régime de l'accord-cadre. Étaient concernés, par exemple, certaines réglementations dans l'accord sur le transport terrestre ou bien la protection des travailleurs.
- **Surveillance** : Le mécanisme et les compétences de surveillance doivent être précisés. Le projet d'accord-cadre a confié ce rôle aux parties contractantes et

⁴⁶ Voir à ce sujet, avec références, OESCH/SPECK, ASDE 2016/2017, 257 (260 s., avec note 14).

au comité mixte, tout en permettant à la Commission européenne de saisir le tribunal arbitral.

- **Règlement des différends** : Le règlement des différends est à préciser. Le projet d'accord-cadre a prévu un tribunal arbitral, qui devait toutefois impliquer la CJUE⁴⁷ si le différend soulevait une question concernant l'interprétation ou l'application d'une disposition reprise du droit de l'Union⁴⁸.

28. Ce n'est pas le lieu ici de revenir sur une appréciation en détail du projet d'accord-cadre⁴⁹. Toutefois, il convient de soulever que cet accord aurait certainement aussi entraîné une **modification qualitative des relations Suisse – Union européenne**, dans le sens que les accords sectoriels concernés seraient devenus en quelque sorte de « vrais » accords d'intégration (avec les éléments centraux que sont l'homogénéité du droit et un règlement des différends obligatoire). Ces aspects auraient sans aucun doute limité la marge de manœuvre de la Suisse. S'y ajoute le fait que certaines questions – comme p.ex. celle de savoir quels éléments exacts de la directive sur la citoyenneté auraient constitué des développements de l'acquis de l'Union à reprendre dans le cadre de l'ALCP – n'étaient pas explicitement réglées par le projet d'accord-cadre et, dès lors, des différends à ce sujet auraient, le cas échéant, pu faire l'objet de la procédure prévue pour le règlement des différends. Mais en même temps, il faut se rappeler que, aujourd'hui déjà, le Tribunal fédéral applique un principe d'interprétation parallèle des accords (tout du moins de l'ALCP) en se référant à la jurisprudence de la CJUE⁵⁰ et que l'adaptation des accords au développement du droit au sein de l'UE constitue la règle. Par ailleurs, un renforcement du caractère juridique de la structure institutionnelle des accords est aussi dans **l'intérêt de la Suisse** et renforce la sécurité du droit (notamment en garantissant en principe un développement des accords et en permettant un règlement des différends basé sur des principes juridiques plutôt que sur le pouvoir politique)⁵¹.

⁴⁷ Cette implication de la CJUE doit être considérée en lien avec la jurisprudence de la Cour qui affirme, au moins depuis le premier arrêt sur le règlement des différends dans le cadre de l'EEE, que du moment qu'un accord international reprend des notions du droit de l'UE et que l'objectif de l'accord vise une parallélité de la situation juridique, il est exclu de confier le règlement des différends à un tribunal arbitral ou une autre juridiction internationale sans qu'il soit assuré que la CJUE elle-même puisse se prononcer sur l'interprétation des notions issues du droit de l'Union et que ses décisions soient contraignantes. Voir CJUE, avis 1/91, ECLI:EU:C:1991:490 (EEE I) ; CJUE, avis 1/92, ECLI:EU:C:1992:189 (EEE II) ; CJUE, avis 1/09, ECLI:EU:C:2001:123 (Accord sur un système unifié de règlement des litiges en matière de brevets) ; CJUE, avis 2/13, ECLI:EU:C:2014:2475 (adhésion à la CEDH) ; CJUE, aff. C-284/16 (Achmea), ECLI:EU:C:2018:158 ; CJUE, avis 1/17, ECLI:EU:C:2019:341 (CETA). Voir à ce sujet dans la doctrine (très nombreuse) p.ex. DE WITTE, *Nordic Journal of International Law* 2019, 65 ss ; DASHWOOD, *ELR* 2021, 415 ss ; RAPOPORT, *CMLRev.* 2020, 1725 ss ; HINDELANG, *ELR* 2019, 83 ss ; LANG, *EuR* 2018, 525 ss ; BÖTTNER, *ZEuS* 2018, 47 ss ; CLASSEN, *EuR* 2018, 361 ss ; SIMON, *Europe* 5/2018, 5 ss.

⁴⁸ Voir en détail à ce sujet PIRKER, *Jusletter* du 3 juin 2019 ; COTTIER, *ASDE* 2018/2019, 359 ss ; BRAUNECK, *EuZW* 2021, 149 ss ; FAUCONNET, *Jusletter* du 12 avril 2021.

⁴⁹ Voir à ce propos EPINEY, *Jusletter* du 17 décembre 2018, N 53 ss ; OESCH, *Schweiz – EU*, 65 ss ; COTTIER, *RSJ* 2019, 345 ss ; COTTIER, *ASDE* 2018/2019, 359 ss ; NOTTER, *EuZ* 2019, 4 ss (plutôt positifs) ; BREITENMOSER/HIRSBRUNNER, *ASDE* 2019/2020, 511 ss ; AMBÜHL/SCHERER, *Jusletter* du 4 février 2019 (plutôt sceptiques).

⁵⁰ Voir N 17 s.

⁵¹ Voir à ce sujet déjà N 21 ss et ci-dessous, N 30 ss.

29. Il n'en reste pas moins que ni la Suisse ni d'ailleurs l'Union européenne n'a eu gain de cause par rapport à tous les souhaits et intérêts formulés en amont des négociations. En ce sens, il s'agit d'un compromis et la question de savoir si le résultat provisoire des négociations était à considérer comme équitable est (ou plutôt était) au fond une **appréciation politique**. Un élément – parmi d'autres – de cette appréciation était aussi (ou aurait dû être) sans aucun doute l'évaluation des risques d'un échec des négociations par rapport aux risques liés à la conclusion de l'accord. Par la suite, nous allons analyser en détail cette première catégorie de risques qui s'est, en partie, déjà matérialisée suite aux différentes décisions de l'Union.

§ 4 Les implications de la non-signature de l'Accord-cadre : un aperçu systématique

30. Suite à l'arrêt des négociations sur le projet de l'Accord-cadre communiqué le 26 mai 2021 par le Conseil fédéral, force est de constater que, en l'état du moins, **l'Union européenne suit la ligne qu'elle avait communiquée en amont**⁵². Il n'y a pas d'indice qu'elle changerait de stratégie dans un avenir proche sans qu'il y ait d'éléments nouveaux. Certaines des répercussions ou implications de cette situation vont probablement se faire sentir qu'après quelque temps ; de plus, il sera extrêmement difficile de démontrer un lien de causalité pour certains aspects. Néanmoins, nous pouvons identifier quatre domaines principaux dans lesquels l'arrêt des négociations au sujet de l'Accord-cadre a ou aura des répercussions, parfois difficilement chiffrables, mais tout de même considérables et sensibles : le refus de l'UE d'actualiser les accords bilatéraux existants (I.), l'impossibilité ou tout du moins la grande difficulté de conclure à l'avenir de nouveaux accords bilatéraux relatifs au marché intérieur, mais aussi d'autres accords (comme notamment celui concernant la recherche) (II.), les décisions unilatérales de l'UE (III.) et la détérioration générale des relations avec l'Union (IV.). Nous terminerons ce chapitre avec une conclusion intermédiaire (V.).

Il convient de souligner dans ce contexte que nous ne souhaitons pas entrer ici dans le débat autour de la question de savoir si les réactions de l'Union européenne sont adéquates ou adaptées au vu des relations étroites de l'UE avec la Suisse⁵³. Certes, il peut y avoir de bonnes raisons pour critiquer certaines réactions ou prises de positions de l'Union, mais, quoi qu'il en soit, force est de constater que les implications de l'arrêt des négociations de la Suisse avec l'UE ont provoqué ces réactions, par ailleurs annoncées clairement dès le début respectivement depuis plusieurs années. Dès lors, il faut – si on veut ou non – en prendre acte et en tenir compte comme état de fait.

I. L'actualisation des accords existants

31. À l'exception des accords d'association Schengen/Dublin, les accords bilatéraux qui intègrent des parties du droit de l'UE – visant ainsi notamment une participation de la Suisse aux parties concernées du marché intérieur –, ne peuvent être actuali-

⁵² Voir à ce sujet notamment les conclusions du Conseil concernant les relations de l'Union et de la Suisse du 19 février 2019, disponible sous : www.consilium.europa.eu/fr/press/press-releases/2019/02/19/council-conclusions-on-eu-relations-with-the-swiss-confederation.

⁵³ Voir à ce propos p.ex. STEPHAN ISRAEL, Die Schweiz hat nur wenig Unterstützung, Freiburger Nachrichten du 15 septembre 2021 ; ALEXANDRA BRÖHM, Schweizer Patientinnen erfahren nichts mehr von undichten Brustimplantaten, Freiburger Nachrichten du 13 juillet 2021.

sés qu'à condition que le comité mixte en ait la compétence et prenne une décision explicite (de modifier par exemple une annexe). Dès lors, **l'intégration** (dans le cadre des accords) **de modifications ultérieures** des actes juridiques de l'Union, dans les domaines couverts par les accords concernés, nécessite l'accord des deux parties⁵⁴.

32. L'Union européenne a clairement indiqué que – sans accord institutionnel ou du moins sans perspective d'un tel accord – elle **n'approuverait plus de telles adaptations ou actualisations** des accords bilatéraux, notamment de ceux concernant l'accès au marché intérieur, à moins qu'il y ait un intérêt majeur et prépondérant de l'Union elle-même⁵⁵. Ainsi, déjà avant l'arrêt des négociations sur le projet de l'Accord-cadre, certaines actualisations n'ont pas pu être décidées puisque l'Union insistait à ce que des progrès significatifs soient réalisés dans ces négociations.

À titre d'exemples, nous pouvons mentionner la reconnaissance des diplômes et la législation sur les produits : certaines récentes modifications de la Directive 2005/36⁵⁶ n'ont pas été reprises dans le cadre de l'ALCP⁵⁷. En ce qui concerne l'accord relatif à la **reconnaissance mutuelle** en matière de la conformité, la nouvelle réglementation européenne dans le domaine « **Medtech** »⁵⁸ n'a pas été incorporée dans le cadre de l'accord⁵⁹. Les conséquences sont importantes pour la Suisse au vu du fait que les producteurs de ces produits se trouvant en Suisse exportent une partie significative de leur production vers l'Union⁶⁰.

33. Si les accords ne sont plus ou qu'exceptionnellement adaptés au développement du droit de l'Union, la parallélité entre le droit du marché intérieur au sein de l'Union d'un côté et les règles régissant les relations Suisse – Union européenne de l'autre ne peut pas être assurée ; cela a pour conséquence que l'objectif même des accords concernés ne peut plus être atteint. En effet, notamment les accords relatifs au marché intérieur visent précisément une participation au marché intérieur de l'Union qui – elle – nécessite que la Suisse soit soumise aux mêmes règles que les pays membres de l'Union afin que la reconnaissance mutuelle puisse être garantie.

Il convient de rappeler dans ce contexte que le **marché intérieur** va bien au-delà d'une simple **zone de libre-échange** : tandis que le libre-échange se limite à abolir les barrières (tarifaires et souvent aussi non-tarifaires) permettant ainsi un échange des facteurs de production sans limita-

⁵⁴ Voir déjà N 7 ss, 14 ss.

⁵⁵ Voir notamment les conclusions du Conseil concernant les relations de l'Union et de la Suisse du 19 février 2019, disponible sous : www.consilium.europa.eu/fr/press/press-releases/2019/02/19/council-conclusions-on-eu-relations-with-the-swiss-confederation. Voir aussi TOBIAS GAFAFER, Trotz scharfer Rhetorik ist die EU auch pragmatisch, NZZ du 7 janvier 2022, qui rend mentionne des adaptations notamment de l'accord sur le transport aérien pour lesquelles l'UE a donné son accord au vu de son intérêt majeur, tout en insistant qu'il s'agit d'exceptions.

⁵⁶ D 2005/36 relative à la reconnaissance des qualifications professionnelles, JO 2005 L 255, 22.

⁵⁷ Voir en détail par rapport à cet aspect, avec références, OESCH, Schweiz – EU, 104 ss ; EPINEY, PJA 2021, 849 (850).

⁵⁸ Voir Règlement 2017/745, JO 2020 L 130, 18.

⁵⁹ BEGLINGER/TOBLER, ASDE 2019/202, 547 (549 s.) ; HUG ALONSO/GRÜNENFELDER/DÜMMLER, Erosionsmonitor, 9 ; DOMINIK FELDGES/GIORGIO V. MÜLLER/ANDRÉ MÜLLER, Es droht eine schleichende Verlagerung. Die Medtech-Branche bekommt die Folgen des Neins zum Rahmenvertrag unmittelbar zu spüren, andere erst mit Verzögerung, NZZ du 16 juin 2021.

⁶⁰ Voir par rapport à ces conséquences pour ce secteur MURESAN, Jusletter du 4 mai 2020, N 13 ss ; HUG ALONSO/GRÜNENFELDER/DÜMMLER, Erosionsmonitor, 9 ; DOMINIK FELDGES/GIORGIO V. MÜLLER/ANDRÉ MÜLLER, Es droht eine schleichende Verlagerung. Die Medtech-Branche bekommt die Folgen des Neins zum Rahmenvertrag unmittelbar zu spüren, andere erst mit Verzögerung, NZZ du 16 juin 2021.

tions notamment quantitative, un marché intérieur se caractérise en plus par une harmonisation de divers règles techniques et exigences impliquant ainsi une obligation de reconnaissance mutuelle. Les facteurs de production (produits, services, personnes, capitaux) doivent alors pouvoir circuler librement, sans qu'il ne soit ni nécessaire ni permis de « vérifier » s'ils répondent aux règles (techniques) requis (normes de produits, qualifications professionnelles, etc.) puisque ceux-ci sont les mêmes au sein d'un marché intérieur. L'accès au marché est ainsi garanti de manière beaucoup plus complète dans le cadre d'un marché intérieur qu'au sein d'une zone de libre-échange⁶¹, bien que des obstacles puissent également persister dans un marché intérieur dans les domaines dans lesquels il n'y a pas d'harmonisation de règles (techniques).

34. En effet, la non-adaptation des accords bilatéraux dans les domaines relatifs au marché intérieur implique que **certaines réglementations ne sont plus les mêmes** au sein de l'Union d'une part et dans le cadre des accords bilatéraux concernés d'autre part. Certes, la Suisse peut décider de manière autonome (« autonomer Nachvollzug ») d'appliquer les réglementations nouvellement en vigueur au sein de l'Union sans y être formellement obligée sur la base de l'accord concerné. Toutefois, sans leur intégration dans le cadre des accords bilatéraux, l'Union – quant à elle – n'est pas tenue de les reconnaître et/ou de reconnaître les procédures de conformité, respectivement de constater l'équivalence de la législation suisse. Bien au contraire, dans beaucoup de constellations, le droit de l'Union exige (à moins qu'un accord international ne prévoit une reconnaissance mutuelle) que les produits importés ou les services rendus sur le territoire de l'Union, respectivement aux citoyens européens, respectent certaines procédures attestant la conformité du produit ou du service avec les exigences du droit de l'UE.

Le refus de l'Union européenne d'adapter les accords bilatéraux au développement du droit de l'Union est dicté par des considérations politiques que l'on peut critiquer. D'un point de vue juridique toutefois, il n'y a pas – sur la base des accords bilatéraux dans le domaine du marché intérieur (éventuellement à l'exception de l'accord sur le transport aérien) – d'élément permettant de conclure qu'il y ait une obligation quelconque d'une partie contractante d'approuver telle ou telle adaptation des accords. Les dispositions y relatives sont déjà formulées très clairement, dans le sens que le comité mixte « peut » décider de certaines adaptations des accords⁶². De plus, les accords ne contiennent aucun élément pouvant servir comme base pour la portée et l'étendue d'une éventuelle obligation d'adapter les annexes. Bien au contraire, la construction et les caractéristiques des accords concernés impliquent – contrairement à certains autres accords, comme notamment les accords d'association Schengen/Dublin qui prévoient justement explicitement une reprise dynamique du développement de l'acquis de l'Union dans le cadre des accords⁶³ – précisément cet élément « statique », consenti par ailleurs par les deux partenaires sur demande de la Suisse⁶⁴. C'est par ailleurs pour cette raison que le développement du droit, respectivement l'intégration de nouveaux actes juridiques de l'Union dans le cadre des accords concernés, fait partie des « questions institutionnelles »⁶⁵.

Cela dit, les questions juridiques en cas de non-adaptation d'un accord / d'une annexe d'un accord au développement du droit de l'Union peut soulever des questions épineuses. En effet, la non-adaptation des accords, respectivement de leurs annexes, n'implique pas que pour les secteurs

⁶¹ Voir par rapport à ces différences TOBLER/BEGLINGER, Brevier Institutionelles Abkommen, 65 ss (question 166 ss).

⁶² Voir p.ex. l'art. 18 ALCP, l'art. 55 al. 2 de l'accord sur les transports terrestres ou l'art 10 al. 5 de l'accord relatif à la reconnaissance mutuelle en matière d'évaluation de la conformité (MRA).

⁶³ Voir à ce propos OESCH, Schweiz-EU, 134 ss ; 159 ss ; EPINEY/METZ/PIRKER, Parallelität der Rechtsentwicklung, 96 ss.

⁶⁴ Voir HAHN, ZBJV 2021, 77 (110).

⁶⁵ Voir N 25 ss.

concernés, l'accord concerné ne s'appliquerait plus du tout. Au contraire, en principe, les « anciennes » dispositions restent en vigueur et déploient leurs effets. Néanmoins, comme le droit de l'UE s'est développé entretemps, le mécanisme de reconnaissance mutuelle ne peut en principe plus fonctionner. Par ailleurs, il convient d'analyser chaque accord en détail, p.ex. pour la question de savoir s'il y a des dispositions spécifiques ou transitoires⁶⁶. C'est pourquoi la Suisse peut – le cas échéant – toujours se prévaloir de l'accord, un aspect dont l'Union ne semble pas toujours en tenir suffisamment compte. Ainsi, concernant le secteur des « Medtech », la Commission européenne semblait d'abord ne plus vouloir admettre que les produits certifiés selon le régime en vigueur puissent être commercialisés au sein de l'Union, un point de vue *a priori* très problématique en termes de compatibilité avec l'accord MRA. Certes, la Commission européenne a apparemment demandé par la suite aux Etats membres de ne plus « bloquer » l'importation des produits « Medtech » certifiés selon l'ancienne réglementation ; il n'empêche que l'insécurité demeure pour les acteurs économiques⁶⁷.

Dans tous les cas, les possibilités d'action de la Suisse – dans l'hypothèse où elle estime que l'Union ne respecte pas ses obligations – sont limitées dans la mesure où il n'y a pas de procédure de règlement des différends. Ainsi, la Confédération ne peut s'adresser qu'à la Commission pour avancer ses arguments juridiques et il n'est même pas certain que ceux-ci puissent convaincre la Commission, même dans des situations *a priori* « claires ». En revanche, les acteurs économiques concernés peuvent bien évidemment faire valoir leurs droits, soit devant les juridictions nationales au sein de l'UE – et la CJUE peut alors être saisie par un recours préjudiciel –, soit en saisissant directement la CJUE contre une décision de la Commission. Toutefois, les risques liés à de telles procédures judiciaires semblent, en l'état, empêcher les entreprises concernées d'envisager la voie judiciaire⁶⁸.

35. Certes, le droit de l'Union se développe (et parfois aussi relativement rapidement) ; toutefois, les modifications n'interviennent pas d'un seul coup et ne touchent pas tous les domaines en même temps. Dès lors, les problèmes esquissés ci-dessus, liés à la non-adaptation des accords concernés au développement du droit de l'Union, ne se ressentiront qu'au fur et à mesure du décalage provoqué par le développement du droit de l'Union. En ce sens, il y aura une **érosion successive** qui dépend, finalement, du développement du droit de l'Union.

⁶⁶ Voir en détail à l'exemple du secteur des « MedTech » MURESAN, Jusletter du 4 mai 2020, N 18 ss, qui défend le point de vue que même sans adaptation du MRA, il ne faudrait pas – pour le secteur « Medtech » – désigner un représentant au sein de l'UE. De plus, la question se pose, toujours pour ce secteur « Medtech », de savoir si les produits déjà certifiés sur la base de l'ancienne réglementation ne devraient pas pouvoir profiter d'un délai de transition (ce qui est le cas à notre avis), cf. à ce sujet BEGLINGER/TOBLER, ASDE 2019/2020, 547 (551 s.) ; HANSUELI SCHÖCHLI, Schweizer Klage gegen die EU ? Ärger der Wirtschaft über Brüssel und Bundesrat, NZZ du 20 octobre 2021; DOMINIK FELDGES/GIORGIO V. MÜLLER/ANDRÉ MÜLLER, Es droht eine schleichende Verlagerung. Die Medtech-Branche bekommt die Folgen des Neins zum Rahmenvertrag unmittelbar zu spüren, andere erst mit Verzögerung, NZZ du 16 juin 2021; FABIAN SCHÄFER, EU-Beamter liess hiesige Käser kurz erlebichen, NZZ du 7 juillet 2021; DAVID VONPLON, 6 Gaskraftwerke, längere AKW-Laufzeiten. Die Allianz Kompass Europa fordert, dass der Bundesrat nach dem Rahmenabkommen auf ein Interimsabkommen über Strom hinarbeitet, NZZ du 13 septembre 2021; BIRGIT VOIGT, Schweiz traut sich nicht, gegen EU zu klagen. Schritte der EU-Kommission gegen hiesige Medtech-Firmen sind illegal – doch Bund und Branche halten still, NZZaS du 1^{er} août 2021 (cette dernière évoquant une violation du MRA et du droit de l'OMC).

⁶⁷ Voir HANSUELI SCHÖCHLI, Schweizer Klage gegen die EU? Ärger der Wirtschaft über Brüssel und Bundesrat, NZZ du 20 octobre 2021.

⁶⁸ Voir BIRGIT VOIGT, Schweiz traut sich nicht, gegen EU zu klagen. Schritte der EU-Kommission gegen hiesige Medtech-Firmen sind illegal – doch Bund und Branche halten still, NZZaS du 1^{er} août 2021.

36. En outre, les **conséquences concrètes** d'un tel « décalage » entre la situation juridique au sein de l'UE et celle dans le cadre des accords bilatéraux dépendent, bien entendu, de l'accord concerné et du développement du droit de l'Union en cause. Elles peuvent donc beaucoup différer d'un accord à l'autre.

Les conséquences les plus sensibles se feront probablement sentir dans le cadre de l'**Accord relatif à la reconnaissance mutuelle en matière de la conformité (MRA)**⁶⁹. Comme cet accord concerne les produits (et la reconnaissance mutuelle des règles techniques et des procédures de conformité), il fait partie des accords dont les annexes sont adaptées très régulièrement⁷⁰, et les conséquences de la non-reconnaissance des procédures de conformité accomplies en Suisse sont très directes, puisque les entreprises concernées doivent repasser, pour les produits en question qui sont exportés vers l'Union européenne, l'examen de conformité au sein de l'UE et, en principe, désigner un représentant dans l'Union pour les questions de responsabilité des produits⁷¹. De plus, d'autres mesures sont nécessaires le cas échéant, p.ex. en ce qui concerne l'emballage ou l'étiquetage des produits⁷². Les implications concrètes varient toutefois selon le secteur concerné ; de manière générale, elles sont plus importantes pour les produits qui sont considérés comme étant « dangereux » pour une raison ou une autre⁷³. Se rajoute également le fait que pour les importations de produits fabriqués dans l'Union, la situation devient plus compliquée puisque le marché suisse peut être trop petit pour les entreprises exportatrices, avec pour conséquence que certains produits « européens » ne seraient plus disponibles en Suisse⁷⁴. La prochaine échéance sera probablement le secteur des **machines**, la réglementation européenne à ce sujet étant en train d'être modifiée de manière substantielle. Pour l'économie suisse, cette situation signifie que de plus en plus d'entreprises n'auront plus d'accès direct au marché intérieur pour l'exportation de leurs produits

⁶⁹ Voir déjà N 32, 34.

⁷⁰ Voir par rapport à ce mécanisme MURESAN, Jusletter du 4 mai 2021, N 1 ss ; BEGLINGER/TOBLER, ASDE 2019/202, 547 (548 ss) ; TSAKANAKIS, PJA 2021, 181 ss ; voir en général au sujet du MRA EPINEY/AFFOLTER, Jusletter du 7 novembre 2016 ; GÄCHTER/BURCH, in : Medizinprodukte, 112 ss ; BÜHLER, in : Bilaterale Verträge I & II, 581 ss.

⁷¹ La plupart des (grandes) entreprises se sont toutefois arrangées dans le sens qu'elles ont fait certifier leurs produits aussi dans l'UE et qu'elles ont désigné des représentants dans l'UE, ce qui a généré, et génère toujours, des coûts supplémentaires considérables, cf. DOMINIK FELDGES/GIORGIO V. MÜLLER/ANDRÉ MÜLLER, Es droht eine schleichende Verlagerung. Die Medtech-Branche bekommt die Folgen des Neins zum Rahmenvertrag unmittelbar zu spüren, andere erst mit Verzögerung, NZZ du 16 juin 2021 ; BIRGIT VOIGT, Schweiz traut sich nicht, gegen EU zu klagen. Schritte der EU-Kommission gegen hiesige Medtech-Firmen sind illegal – doch Bund und Branche halten still, NZZaS du 1^{er} août 2021 ; STEPHAN ISREAL, Die Schweiz hat nur wenig Unterstützung, Freiburger Nachrichten du 15 septembre 2021 ; HANSUELI SCHÖCHLI, Schweizer Klage gegen die EU ? Ärger der Wirtschaft über Brüssel und Bundesrat, NZZ du 20 octobre 2021.

⁷² Voir par rapport au domaine des « Medtech » HANSUELI SCHÖCHLI, Schweizer Klage gegen die EU ? Ärger der Wirtschaft über Brüssel und Bundesrat, NZZ du 20 octobre 2021.

⁷³ Ceci dit, environ deux tiers du commerce avec des produits industriels est régi par des règles (techniques) communes et des procédures de conformité, nécessitant dès lors une reconnaissance mutuelle. Voir PETER A. FISCHER, Nein zum Rahmenabkommen beginnt zu schmerzen, NZZ du 26 août 2021.

⁷⁴ Voir par rapport au domaine des « Medtech » DOMINIK FELDGES/GIORGIO V. MÜLLER/ANDRÉ MÜLLER, Es droht eine schleichende Verlagerung. Die Medtech-Branche bekommt die Folgen des Neins zum Rahmenvertrag unmittelbar zu spüren, andere erst mit Verzögerung, NZZ du 16 juin 2021, qui évoquent qu'environ un septième des produits issus de l'Union pourraient ne plus être disponibles en Suisse. Voir également dans le même sens ALEXANDRA BRÖHM, Schweizer Patientinnen erfahren nichts mehr von undichten Brustimplantaten, Freiburger Nachrichten du 13 juillet 2021 qui évoque également la perspective de l'augmentation des prix des produits importés de l'UE.

vers l'Union, ce qui implique des coûts supplémentaires et des difficultés particulières pour les petites et moyennes entreprises⁷⁵.

Dans le cadre d'autres accords, comme notamment l'accord sur le transport terrestre ou l'accord sur les produits agricoles⁷⁶, le refus d'une adaptation peut aussi entraîner des conséquences sensibles. Dans d'autres secteurs, comme l'accord sur la libre circulation des personnes, cette situation semble être moins problématique d'un point de vue suisse, bien qu'ici aussi des répercussions puissent se faire sentir, comme p.ex. dans le domaine de la reconnaissance des diplômes.

37. Au-delà de ces conséquences directes – qui font suite au fait que telle ou telle adaptation d'un accord bilatéral n'ait pas lieu, respectivement que tel ou tel développement du droit de l'Union ne soit pas intégré dans le cadre de l'accord concerné –, cette situation a aussi des **implications plus indirectes** qui se situent avant tout à deux niveaux :

- Pour les acteurs économiques concernés, avant tout les entreprises dans certains secteurs, la question se posera de savoir si les **futurs investissements** se feront plutôt en Suisse ou directement au sein de l'Union européenne afin que l'accès au marché intérieur puisse être garanti⁷⁷. De plus, si la Suisse adapte sa législation à la réglementation européenne et si elle reconnaît unilatéralement les procédures de conformité accomplies au sein de l'UE, un transfert de certaines activités vers l'Union permettrait d'avoir un accès au marché intérieur de l'Union et au marché suisse, sans devoir passer par deux procédures. Un tel développement se ferait certes petit à petit ; il n'en demeure pas moins qu'il est potentiellement hautement problématique pour la situation économique en Suisse, y compris pour le marché du travail. Il ne sera toutefois pas aisé de démontrer clairement des liens de causalité et, souvent, il y aura plusieurs éléments qui seront déterminants pour de telles décisions.
- Par ailleurs, **l'insécurité** (juridique) concernant l'avenir de l'accès au marché intérieur risque de prêterit le développement économique et l'attractivité de la Suisse, du moins pour certains secteurs.

II. La conclusion de futurs accords

38. L'Union européenne a également annoncé, depuis longtemps, qu'elle serait très réticente en ce qui concerne la **conclusion de nouveaux accords**, du moins autant

⁷⁵ Voir pour les conséquences concrètes pour le secteur des « Medtech » MURESAN, Jusletter du 4 mai 2020, N 18 ss ; DOMINIK FELDGES/GIORGIO V. MÜLLER/ANDRÉ MÜLLER, Es droht eine schleichende Verlagerung. Die Medtech-Branche bekommt die Folgen des Neins zum Rahmenvertrag unmittelbar zu spüren, andere erst mit Verzögerung, NZZ du 16 juin 2021.

⁷⁶ Voir par rapport à ce dernier PETER A. FISCHER, Nein zum Rahmenabkommen beginnt zu schmerzen, NZZ du 26 août 2021 qui rend attentif au fait que l'accord n'a plus été adapté depuis 2018 ; cf. également HUG ALONSO/GRÜNENFELDER/DÜMMLER, Erosionsmonitor, 10, qui mentionne de plus que l'équivalence des législations n'est alors plus garantie.

⁷⁷ Voir HANSUELI SCHÖCHLI, Schweizer Klage gegen die EU ? Ärger der Wirtschaft über Brüssel und Bundesrat, NZZ du 20 octobre 2021 ; DOMINIK FELDGES/GIORGIO V. MÜLLER/ANDRÉ MÜLLER, Es droht eine schleichende Verlagerung. Die Medtech-Branche bekommt die Folgen des Neins zum Rahmenvertrag unmittelbar zu spüren, andere erst mit Verzögerung, NZZ du 16 juin 2021 qui évoquent le risque que p.ex. dans le domaine de l'industrie des machines, les activités pourraient être délocalisées vers l'UE.

longtemps qu'une solution pour les questions institutionnelles ne serait pas trouvée⁷⁸. En ce qui concerne les accords ou domaines visés, les accords relatifs au **marché intérieur** sont concernés en premier lieu ; toutefois, **d'autres domaines** sont également touchés. Bien entendu, l'Union se réserve la possibilité de faire des exceptions et d'entrer en matière, pour autant qu'elle considère avoir un intérêt important et prépondérant.

Ainsi, p.ex., un accord concernant la participation de la Suisse au système européen d'échanges de droits d'émissions a été conclu récemment⁷⁹.

39. D'un point de vue structurel, deux constellations peuvent être distinguées dans ce contexte :

- Premièrement, il peut s'agir de « vrais » **nouveaux accords** pour des questions qui n'ont pas encore fait l'objet d'accords bilatéraux. En l'état, il y a plusieurs domaines qui sont concernés, notamment l'**électricité** (il semblerait que dans ce domaine – sans que le projet ne soit public – un consensus ait été trouvé et des solutions élaborées pour toutes les questions spécifiques)⁸⁰, la **santé** (contrairement à l'accord sur l'électricité, il ne s'agit ici que partiellement de questions liées à l'accès au marché intérieur)⁸¹, l'**agriculture**⁸² ou encore les **services** qui ne sont pas encore couverts par les accords existants (comme notamment les services financiers)⁸³. De plus, on peut penser à d'autres secteurs importants, comme p.ex. la cybersécurité, l'utilisation de la digitalisation dans le marché in-

⁷⁸ Voir notamment les conclusions du Conseil concernant les relations de l'Union et de la Suisse du 19 février 2019, disponible sous : www.consilium.europa.eu/fr/press/press-releases/2019/02/19/council-conclusions-on-eu-relations-with-the-swiss-confederation.

⁷⁹ Voir à ce propos FONS, ZUR 2021, 339 ss ; MEYER, SRIEL 2018, 3 ss.

⁸⁰ Un accord dans ce domaine serait d'un très grand intérêt pour la Suisse puisqu'il permettrait une participation à part entière au marché intérieur de l'électricité, cf. une récente analyse réalisée sur demande de la Confédération : Frontier economics, Analyse Stromzusammenarbeit CH – EU, octobre 2021 (disponible sous www.newsd.admin.ch/newsd/message/attachments/68518.pdf) ; voir aussi à ce propos CHRISTOF FORSTER, Kein Strom während zweier Tage. Das droht der Schweiz ohne neue Verträge mit der EU, NZZ du 14.10.2021 ; GIORGIO V. MÜLLER, Beim Strom sind die EU und die Schweiz Zwangspartner, NZZ du 23 décembre 2021 ; HUG ALONSO/GRÜNENFELDER/DÜMMLER, Erosionsmonitor, 17.

⁸¹ Ce qui n'empêche pas qu'un tel accord serait d'un grand intérêt pour la Suisse car il permettrait de coordonner les différentes mesures dans le domaine de la protection de la santé et de participer de manière institutionnelle aussi aux échanges d'informations (en l'état, la coopération en lien avec la pandémie COVID-19 est limitée dans le temps et de plus restreinte à certains domaines), voir HUG ALONSO/GRÜNENFELDER/DÜMMLER, Erosionsmonitor, 18.

⁸² Un tel accord comprendrait des secteurs jusqu'alors exclus du champ d'application des accords existants et permettrait une participation à l'Agence européenne dans le domaine de la sécurité alimentaire et au système d'alarme dans le secteur de l'alimentation (*Rapid Alert System for Food and Feed*, RASFF), une participation au système d'alarme pour le secteur non-food (*Rapid Alert System for Non Food Consumer Products*, RAPEX) étant par ailleurs aussi d'un certain intérêt pour la Suisse, cf. HUG ALONSO/GRÜNENFELDER/DÜMMLER, Erosionsmonitor, 20.

⁸³ Les banques suisses n'ont qu'un accès restreint au marché de l'UE ; ainsi, il est compliqué de gérer la fortune de personnes domiciliées au sein de l'UE, un aspect qui touche avant tout les petites banques, les grandes banques ayant trouvé des solutions avec des succursales dans l'Union (ce qui implique pourtant aussi que des places de travail seraient plutôt créées dans l'Union qu'en Suisse). Voir DOMINIK FELDGES/GIORGIO V. MÜLLER/ANDRÉ MÜLLER, Es droht eine schleichende Verlagerung. Die Medtech-Branche bekommt die Folgen des Neins zum Rahmenvertrag unmittelbar zu spüren, andere erst mit Verzögerung, NZZ du 16 juin 2021 ; voir aussi HUG ALONSO/GRÜNENFELDER/DÜMMLER, Erosionsmonitor, 19.

térieur⁸⁴, les transports publics, l'environnement⁸⁵ ou la coopération dans le domaine des douanes⁸⁶.

- Secondement, il y a des **accords existants** qui doivent – de par leur caractère – être « **renouvelés** ». Cela est surtout le cas pour les accords qui prévoient la **participation à des programmes** de l'Union qui sont régulièrement formulés et décidés pour une période donnée (en général quelques années) ; quand un programme se termine, il faut nécessairement négocier de nouveau la participation au programme suivant car les conditions, la structure ou encore les modalités de participation sont modifiées. Pour la Suisse, la participation aux programmes de recherche et d'innovation (actuellement, le programme Horizon Europe, 2021-2027 vient de commencer et la Suisse n'est pas associée⁸⁷) revêt une importance particulière. En effet, il n'y a pas de négociations entre l'Union et la Suisse pour la participation à ce nouveau programme, la Suisse étant associée aux programmes antérieurs, une participation qui était prévue pour la première fois dans le cadre des « Bilatérales I ». D'un point de vue juridique, toutefois, cette constellation concerne également un nouvel accord puisque chaque participation à un programme ne peut se faire que pour un programme précis.

40. Les **implications** de ce refus de l'Union d'entrer en matière sur de nouveaux accords dépendent, bien sûr, du domaine concerné. Elles peuvent toutefois être **considérables**. Ainsi, le fait que l'accord sur l'électricité ne puisse pas être conclu risque de compromettre l'approvisionnement de la Suisse en électricité⁸⁸, entraînant bien évidemment des conséquences économiques et politiques potentiellement graves. De plus, sans accord avec l'UE dans le secteur de l'électricité, la Suisse ne peut pas participer au marché intérieur dans ce domaine, notamment aux mécanismes de transaction et au marché de l'UE dans le secteur du commerce de l'électricité ; s'y ajoute la non-participation à différentes plateformes de coopération dans le domaine⁸⁹. Des coûts

⁸⁴ Voir par rapport à cet aspect HUG ALONSO/GRÜNENFELDER/DÜMMLER, Erosionsmonitor, 22.

⁸⁵ Spécifiquement par rapport à ce secteur BUNDESAMT FÜR UMWELT / OFFICE FÉDÉRAL DE L'ENVIRONNEMENT, Beziehungen zwischen der Schweiz und der EU im Umweltbereich, Berne 2021. Voir aussi HUG ALONSO/GRÜNENFELDER/DÜMMLER, Erosionsmonitor, 21 s. qui mentionnent explicitement le domaine des produits chimiques pour lesquels le fait que la Suisse n'ait pas d'accord avec l'UE implique des entraves pour l'exportation de tels produits vers l'Union.

⁸⁶ PETER A. FISCHER, Nein zum Rahmenabkommen beginnt zu schmerzen, NZZ du 26 août 2021.

⁸⁷ Voir PETER A. FISCHER, Nein zum Rahmenabkommen beginnt zu schmerzen, NZZ du 26 août 2021.

⁸⁸ Voir une récente analyse réalisée sur demande de la Confédération: Frontier economics, Analyse Stromzusammenarbeit CH – EU, octobre 2021

(disponible sous www.news.admin.ch/news/message/attachments/68518.pdf) ; cf. également à ce propos CHRISTOF FORSTER, Kein Strom während zweier Tage. Das droht der Schweiz ohne neue Verträge mit der EU, NZZ du 14.10.2021. C'est surtout à partir de 2025 que la situation deviendra ou pourrait devenir critique puisqu'à partir de cette date, 70% de la capacité de livraisons transfrontalières des pays membres de l'UE doivent être réservés pour des transactions au sein de l'Union, ce qui limitera les capacités d'importation pour la Suisse. La mise en œuvre de cette obligation – prévue dans le *clean energy package* de l'UE – reste toutefois encore à préciser. Voir à ce propos aussi DAVID VONPLON, 6 Gaskraftwerke, längere AKW-Laufzeiten. Die Allianz Kompass Europa fordert, dass der Bundesrat nach dem Rahmenabkommen auf ein Interimsabkommen über Strom hinarbeitet, NZZ du 13 septembre 2021.

⁸⁹ Notamment des autorités de régulation, donc les « pendants » de Swissgrid, voir à ce propos THOMAS GAFAER/CHRISTOPH G. SCHMUTZ, Die Mitte drückt beim Strom aufs Gas, NZZ du 15 octobre 2021.

supplémentaires (considérables) en sont la conséquence⁹⁰. L'impossibilité de conclure un accord dans le domaine de la santé déploie des effets négatifs à plusieurs niveaux, notamment dans le domaine de l'information et de la coopération. Les débats autour de la reconnaissance du PassCovid suisse en sont un exemple parlant. La non-participation de la Suisse au programme de recherche Horizon Europe entraînera une perte considérable de l'attractivité de la place de recherche et d'innovation suisse, ce qui comprend des risques à plusieurs niveaux (tant au niveau économique, car les entreprises sont aussi touchées, qu'au niveau de la compétitivité des hautes écoles)⁹¹.

41. En sus de ces effets, il ne faut pas négliger le fait que les accords avec l'Union permettent aussi toujours de participer d'une manière ou d'une autre aux différents **réseaux et coopérations**, tant au niveau de l'Union européenne elle-même (notamment dans le cadre de groupes de travail ou d'agences européennes, mais aussi de manière plus informelle) qu'au niveau des institutions ou organisations nationales (comme p.ex. dans le domaine de la recherche). Bien entendu, la Suisse et les institutions sises en Suisse peuvent aussi collaborer directement. Toutefois, cela est non seulement beaucoup plus difficile et laborieux (et moins efficace) mais encore, cela ne permet pas, en règle générale, d'atteindre l'objectif poursuivi. Ceci pour deux raisons au moins : d'une part, il s'agit de coopérations au niveau de l'Union, et une collaboration bilatérale revêt forcément un autre caractère, mis à part le fait qu'un « remplacement » de programmes européens ne peut pas se faire au niveau des Etats membres. D'autre part, les Etats membres n'ont plus la compétence d'agir seuls dans certains secteurs ; en effet, pour autant que le droit de l'Union règle un domaine de manière exhaustive ou qu'un accord international d'un Etat membre puisse entraver l'effectivité du droit de l'Union, les Etats membres ne sont plus habilités à conclure des traités internationaux⁹².

III. Décisions unilatérales de l'Union européenne

42. Différents actes juridiques de l'Union européenne prévoient la possibilité – pour les organes compétents de l'Union – de prendre des **décisions « unilatérales »** concernant des Etats tiers. Ces décisions ont souvent trait à des **reconnaisances du niveau de protection ou de règles (techniques)**, permettant ainsi p.ex. la reconnaissance de transactions ou l'exportation respectivement l'importation de services ou de produits et, le cas échéant, un accès au marché.

43. Ces **clauses d'équivalence ou d'adéquation** se trouvent aujourd'hui dans une multitude d'actes juridiques de l'Union qui concernent différents produits (p.ex. les médicaments) et services (p.ex. les assurances ou les services financiers). Les clauses

⁹⁰ Voir en détail CHRISTOF FORSTER, Kein Strom während zweier Tage. Das droht der Schweiz ohne neue Verträge mit der EU, NZZ du 14 octobre 2021.

⁹¹ Voir HUG ALONSO/GRÜNENFELDER/DÜMMLER, Erosionsmonitor, 8 ss ; ces conséquences négatives touchent non seulement les institutions de recherche comme les universités et les écoles polytechniques mais aussi l'industrie, voir p.ex. DOMINIK FELDGES/GIORGIO V. MÜLLER/ANDRÉ MÜLLER, Es droht eine schleichende Verlagerung. Die Medtech-Branche bekommt die Folgen des Neins zum Rahmenvertrag unmittelbar zu spüren, andere erst mit Verzögerung, NZZ du 16 juin 2021.

⁹² Voir à ce sujet, avec références, HAAG, in : Bieber/Epiney/Haag/Kotzur, EU, § 36 N 16 ss.

peuvent se référer à l'ordre juridique d'un Etat tiers (respectivement à une partie de cet ordre juridique) ou à des acteurs (économiques)⁹³.

Les exemples suivants peuvent illustrer les nombreux domaines concernés et l'impact (potentiel) de ces clauses d'équivalence respectivement des décisions de l'UE y relatives :

- L'art. 79 al. 1 let. b, c R 536/2014 concernant les essais cliniques de médicaments⁹⁴ prévoit que la Commission européenne peut contrôler si le système réglementaire applicable aux essais cliniques conduits hors de l'Union respecte certaines exigences du droit de l'Union. Sur cette base, la Commission peut prendre des décisions d'équivalence. Plus précisément, l'art. 25 al. 5 R 536/2014 prévoit que, si l'essai clinique a été conduit hors de l'Union, il devrait l'avoir été fait conformément à des principes équivalents à ceux du R 536/2014 en ce qui concerne les droits et la sécurité des participants ainsi que la fiabilité et la robustesse des données obtenues lors de l'essai clinique. L'Union peut ainsi refuser l'accès au marché de produits pharmaceutiques suisses si les essais cliniques qui ont précédé leur production ne sont pas considérés, par l'Union, comme équivalents⁹⁵.
- De très nombreuses dispositions, permettant à la Commission de vérifier si des acteurs sis dans des Etats tiers ou les Etats tiers eux-mêmes respectent les exigences prévues dans des dispositions du droit de l'UE, se trouvent dans le domaine des services financiers et permettent ainsi à la Commission de prendre des décisions d'équivalence⁹⁶.
- La réglementation concernant les marchés d'instruments financiers⁹⁷ prévoit la reconnaissance de l'équivalence boursière⁹⁸.
- La législation de l'Union relative à l'électricité, et plus précisément concernant la gestion de problèmes d'approvisionnement (*capacity allocation and congestion management*), contient également de telles dispositions⁹⁹.
- Dans le domaine de la protection des données, la Suisse bénéficie actuellement d'une décision d'adéquation de sa législation sur la protection des données¹⁰⁰. Suite à l'adoption du Règlement général sur la protection des données (R 2016/379, RGPD)¹⁰¹, la Commission devra

⁹³ Voir par rapport à la thématique BEGLINGER/TOBLER, ASDE 2019/202, 547 (553 ss) ; HAHN, ZBJV 2021, 77 (102 ss) ; en lien avec les services financiers EMMENEGGER/BIGLER, SZW/RSDA, 2019, 155 ss ; WYMEERSCH, Journal for Financial Regulation 2018, 4 ss, 209 ss.

⁹⁴ R 536/2014 relatif aux essais cliniques de médicaments à usage humain, JO 2014 L 158, 1.

⁹⁵ Voir l'art. 6 al. 1 R 726/2004 établissant des procédures communautaires pour l'autorisation et la surveillance en ce qui concerne les médicaments à usage humain et à usage vétérinaire, et instituant une Agence européenne des médicaments, JO 2004 L 136, 1, selon lequel toute demande d'autorisation d'un médicament doit s'accompagner d'une attestation que les essais cliniques respectent certaines règles européennes.

⁹⁶ Voir l'aperçu dans COM (2019) 349 final. Voir aussi Overview table – Equivalence/adequacy decisions taken by the European Commission, ec.europa.eu/info/files/overview-table-equivalence-decisions_fr. Voir aussi l'aperçu d'un point de vue de la Suisse de HUG ALONSO/GRÜNENFELDER/DÜMMLER, Erosionsmonitor, 11, qui mentionnent également les implications économiques, à savoir le risque que des activités dans le secteur des services financiers soient transférées de plus en plus vers l'Union (potentiellement, fr. 1'000 milliards déposés par des citoyens européens en Suisse – sur un total d'environ fr. 3'750 milliards – pourraient être touchés).

⁹⁷ Voir l'art. 25 al. 4 let. a D 2014/65 (JO 2014 L 173, 349) et l'art. 23 al. 2 R 600/2014 (JO 2014 L 173, 84).

⁹⁸ Voir à ce propos et en lien avec le refus de l'UE de reconnaître cette équivalence, avec références, BEGLINGER/TOBLER, ASDE 2019/2020, 547 (554 ss) ; voir en général aussi CEYSSENS/TARDE, EuZW 2019, 805 ss ; EMMENEGGER/BIGLER, SZW/RSDA, 2019, 155 ss.

⁹⁹ Voir notamment l'art. 1 R 2015/1222 de la Commission établissant une ligne directrice relative à l'allocation de la capacité et à la gestion de la congestion, JO 2015 L 197, 24 et l'art. 1 al. 6, 7 R 2017/2195 concernant une ligne directrice sur l'équilibrage du système électrique, JO 2017 L 312, 6.

¹⁰⁰ Décision 2000/518, JO 2000 L 215, 1.

¹⁰¹ R 2016/379 relatif 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 2016 L 119, 1.

prendre une nouvelle décision en la matière, et la question sera celle de savoir si le niveau de protection sur la base de la LPD révisée¹⁰² sera également considéré comme équivalent. L'art. 45 R 2016/379 traite de cette décision d'adéquation à prendre par la Commission¹⁰³. Cette décision revêt une grande importance car elle permet le transfert de données à caractère personnel vers des pays tiers (art. 44 R 2016/379) et concerne dès lors les acteurs économiques suisses qui sont actifs au niveau international¹⁰⁴.

44. Dans le détail, ces clauses d'équivalence ou d'adéquation **divergent** certes quelque peu en ce qui concerne notamment les conditions pour qu'elles puissent être accordées, la procédure à suivre, leur portée juridique et leurs effets politiques et économiques. Dans ce sens, il est toujours important d'analyser **chaque cas d'espèce** et de prendre en compte le domaine spécifique et les réglementations pertinentes.

45. Toutefois, certaines **observations générales** peuvent être faites :

- **L'objectif des clauses** d'équivalence est avant tout de garantir que les **règles (techniques) ou les niveaux de protection d'intérêts publics au sein de l'Union**, et prévus dans les dispositions pertinentes du droit de l'Union (et les standards internationaux), soient aussi respectés par des acteurs étrangers du moment où ceux-ci ont accès au marché intérieur. Par ailleurs, l'Union veut aussi s'assurer que les « concurrents » venant d'Etats tiers n'aient pas d'avantages, dans le sens qu'il s'agit d'empêcher que les produits ou les services venant d'Etats tiers puissent profiter de réglementations moins strictes engendrant moins de coûts pour les acteurs économiques qui seraient ainsi en mesure d'offrir leurs produits ou services à moindre coût¹⁰⁵. Les deux aspects peuvent toutefois aussi se recouper dans le sens que, p.ex. des exigences de protection du bien-être des animaux lors d'essais sur des animaux ou des principes éthiques concernant les essais cliniques, tendent à garantir à la fois un certain niveau de protection des intérêts en cause et des conditions de concurrence équitables.
- C'est la raison pour laquelle les clauses d'adéquation se réfèrent souvent aussi bien aux **produits ou services** eux-mêmes qu'aux conditions de leur « **production** » ou aux **conditions de leur développement**.
- Le **niveau de protection** dans l'Etat tiers ne doit pas correspondre exactement à la réglementation de l'Union mais doit assurer, dans tous les cas, le **respect des exigences essentielles**.
- L'Etat tiers doit garantir une **surveillance** et une **mise en œuvre adéquate**.
- La décision d'équivalence ou d'adéquation est une **décision en principe unilatérale**, prise en général par la Commission européenne. Si une procédure est ouverte devant la Cour de justice de l'Union européenne (CJUE), sa légalité – en particulier sa conformité avec le droit originare et le droit international – peut être examinée par la CJUE¹⁰⁶. En ce qui concerne la conformité avec le

¹⁰² La LPD a subi une révision totale qui entrera en vigueur en 2022, voir Loi fédérale sur la protection des données du 25 septembre 2020, FF 2020 7639. Voir à ce sujet MÉTILLE, SJ 2021 II 1 ss.

¹⁰³ Voir dans ce contexte la décision d'adéquation de la Commission concernant le Japon : décision 2019/419, JO 2019 L 76, 1. Cf. par rapport au mécanisme, en lien avec le Brexit, MARNAU, in : Brexit, 581 (588 ss).

¹⁰⁴ Voir à ce propos p.ex. BEGLINGER/TOBLER, ASDE 2019/2020, 547 (559 ss).

¹⁰⁵ HAHN, ZBJV 2021, 77 (103 ss), avec références.

¹⁰⁶ Voir les exemples concernant la décision d'adéquation en matière de droit de protection des données : CJUE, aff. C-362/14 (Schrems), ECLI:EU:C:2015:650 ; CJUE, aff. C-311/18 (Schrems II), ECLI:EU:C:2020:559 ; CJUE, avis 1/15, ECLI:EU:C:2017:592 (Accord PNR UE-Canada).

droit de l'OMC et du GATT, il sied toutefois de rappeler que d'après la jurisprudence constante de la CJUE, la conformité d'un acte de droit dérivé avec le droit de l'OMC ne saurait être examinée puisque ce dernier est considéré comme dépourvu d'effet direct¹⁰⁷.

46. D'après la Commission, la décision d'équivalence ou d'adéquation est – du moins pour certains domaines – **discrétionnaire** dans la mesure où la Commission reste libre de rendre une décision positive ou d'y renoncer, même si les conditions prévues dans le cadre du droit dérivé sont remplies ; en d'autres termes, il n'y aurait pas de droit (subjectif) à ce que la Commission prenne une telle décision positive, même si les conditions légales sont remplies. Ainsi, elle peut p.ex. tenir compte de ses priorités politiques¹⁰⁸. Nonobstant le fait que, certes, il n'y a en principe aucun droit d'un Etat tiers à ce que la décision d'équivalence soit positive, il n'en reste pas moins que la Commission est liée, dans toute son activité, aux principes généraux du droit originaire. Dans ce sens, elle doit aussi exercer ses pouvoirs discrétionnaires dans le respect des traités. C'est la raison pour laquelle certaines formulations de la Commission paraissent un peu trop absolues. Toutefois, la marge d'appréciation de la Commission pour ces décisions d'équivalence ou d'adéquation est généralement très large.

¹⁰⁷ CJUE, aff. C-21/14 P (Commission/Rusual Armenal), ECLI:EU:C:2015:494 (avec références). Cette approche de la CJUE peut toutefois être critiquée à plusieurs égards. Voir, avec références, EPINEY, Umweltrecht, 3. Kap. N 30 ss.

¹⁰⁸ Voir p.ex. la formulation dans SWD (2017) 102 final, EU equivalence decisions in financial services policy: an assessment, 8: « Assessments of equivalence are performed by the Commission, sometimes, on the basis of technical advice from European supervisory agencies (...). The assessment provides the necessary technical grounds on which the Commission may pursue its decision-making on equivalence. Third countries may express an interest in being assessed which the Commission will duly consider. However, equivalence empowerments do not confer a right on third countries to be assessed or receive a positive determination (...). The decision is a unilateral and discretionary act of the EU, both for its adoption and any possible amendment or repeal. » Voir aussi COM (2019) 349 final, Communication de la Commission, Équivalence dans le domaine des services financiers, 4 : « L'équivalence est évaluée en fonction des critères établis dans le droit de l'UE, mais la Commission doit aussi évaluer si les décisions d'équivalence seront compatibles avec les priorités d'action de l'UE dans des domaines tels que les sanctions internationales, la lutte contre le blanchiment de capitaux et le financement du terrorisme, la bonne gouvernance en matière fiscale à l'échelle mondiale ou d'autres priorités de politique extérieure pertinentes, afin d'assurer la cohérence de l'action de l'UE sur la scène internationale (...). Les décisions d'équivalence sont des actes unilatéraux et discrétionnaires de l'UE, mais elles apportent des bénéfices tant à celle-ci qu'aux pays tiers partenaires. Ces résultats mutuellement avantageux reposent sur le caractère équitable et juste du traitement des acteurs de l'UE actifs dans des pays tiers et soumis à la réglementation et à la surveillance locales. À cet égard, certaines catégories de décisions d'équivalence sont prises après avoir dûment pris en considération le traitement que le pays tiers accorde au cadre réglementaire de l'UE, au travail de surveillance effectué par les autorités de l'UE et à la présence locale des acteurs du marché européens. Dans un certain nombre de cas, la conception du cadre de l'UE en matière d'équivalence encourage à envisager avec les pays tiers des dispositions mutuellement avantageuses, par exemple la mise en place d'accords de coopération en matière de surveillance (...). » Voir aussi COM (2019) 349 final, 9 : « Les pays tiers peuvent exprimer leur intérêt à être évalués, que la Commission prendra dûment en compte. Il convient de noter qu'une habilitation de la Commission en matière d'équivalence ne confère pas aux pays tiers le droit de faire évaluer leur cadre ou de recevoir une détermination de l'équivalence, même si ces pays tiers sont en mesure de démontrer que leur cadre remplit les critères pertinents. De même, alors que dans de nombreux cas l'UE adhère aux normes internationales et que le respect des normes internationales par un pays tiers est un facteur important, cela ne signifie pas que la Commission conclurait automatiquement que ce pays est équivalant à l'UE dans un domaine spécifique. »

Dès lors, du moment où une décision négative se base sur une argumentation plausible (qui peut aussi se baser sur des considérations d'ordre politique ou d'opportunité politique) et n'est pas à considérer comme arbitraire, les limites de ce pouvoir d'appréciation sont, en règle générale, respectées.

Un droit « subjectif » de l'Etat tiers à une décision « positive » concernant une équivalence ne saurait en général être déduit du droit de l'Union : les dispositions spécifiques concernant ces décisions d'adéquation sont, en règle générale, formulées de manière ouverte en prévoyant que la Commission « puisse » rendre une décision « positive ». Le fait que certaines décisions puissent être considérées comme étant en porte-à-faux avec certains objectifs formulés dans l'art. 3 TUE¹⁰⁹ n'y change rien, puisque cette disposition ne confère aucun droit. Les Etats ne peuvent pas non plus déduire des droits de la Charte des droits fondamentaux, ces derniers pouvant toutefois être éventuellement invoqués par des particuliers. Néanmoins, comme il s'agit au fond d'une question de l'égalité de traitement, la marge d'appréciation du législateur et de la Commission reste, dans tous les cas, très large¹¹⁰.

Une autre question est celle de savoir si un refus d'une décision d'adéquation positive est en conformité avec le droit de l'OMC. Dans la mesure où une telle décision positive est rendue pour d'autres Etats tiers et que les conditions matérielles sont remplies, on pourrait argumenter que le principe de non-discrimination ancré en droit de l'OMC obligerait l'UE à reconnaître également l'équivalence de la législation suisse¹¹¹. Mis à part le fait que cette question doit bien entendu être analysée pour chaque cas d'espèce¹¹², force est de constater que la CJUE n'examine pas la conformité du droit dérivé avec le droit de l'OMC, considérant que celui-ci n'est pas d'effet direct (une condition, selon la CJUE, pour un tel examen de conformité)¹¹³. Le système de règlement des différends de l'OMC n'est, quant à lui, en l'état pas très fonctionnel¹¹⁴ ; s'y ajoute le fait qu'un litige à ce niveau avec l'Union n'atteint peut-être pas forcément l'objectif voulu. De manière générale, le droit de l'OMC ne confère pas de droit d'accès au marché (contrairement au droit de l'Union, de l'EEE et des accords bilatéraux, dans une certaine mesure), mais oblige les Etats membres – dans des limites assez étroites – à un traitement non-discriminatoire. La question de savoir si telle ou telle décision unilatérale de l'Union respecte ces conditions doit alors être analysée dans chaque cas d'espèce et, par ailleurs, les moyens de faire valoir ce droit sont très limités.

Il convient aussi de souligner qu'en général, le droit international public n'oblige pas les Etats et organisations internationales à traiter les autres Etats de la même manière ; en d'autres termes, il n'y a pas d'obligation d'un traitement non-discriminatoire entre Etats et sujets de droit international. Ainsi, tant le droit de l'OMC que les accords de libre-échange se réfèrent – en ce qui concerne l'accès au marché – à des produits ou des services (décrits de façon plus ou moins précise), et non pas à une quelconque équivalence ou adéquation de législations. Au vu de ces principes également, il paraît difficile de déduire du droit de l'OMC une espèce de « droit subjectif » des Etats à la reconnaissance de l'équivalence de certaines parties de leurs législations par un autre Etat ou l'Union, ce quand bien même une telle équivalence est accordée à d'autres Etats, d'autant plus s'il

¹⁰⁹ Dans ce sens HAHN, ZBJV 2021, 77 (106).

¹¹⁰ Voir aussi la jurisprudence de la CJUE qui confère en général un large pouvoir d'appréciation au législateur de l'Union : CJUE, aff. C-620/18 (Hongrie/Parlement et Conseil), ECLI:EU:C:2020:1001 ; CJUE, aff. C-626/18 (Pologne/Parlement et Conseil), ECLI:EU:C:2020:1000. Toutefois, dès qu'il y a des droits fondamentaux de particuliers en cause, cette marge d'appréciation est plus limitée, voir par rapport à la décision d'équivalence du niveau de protection des données aux Etats-Unis CJUE, aff. C-362/14 (Schrems), ECLI:EU:C:2015:650 ; CJUE, aff. C-311/18 (Schrems II), ECLI:EU:C:2020:559.

¹¹¹ Dans ce sens, en relation avec l'équivalence boursière, HAHN, ZBJV 2021, 77 (108 ss).

¹¹² Voir p.ex. BEGLINGER/TOBLER, ASDE 2019/202, 547 (556), qui mentionnent que le droit de l'OMC (à savoir le GATS) contient une réserve concernant les services financiers.

¹¹³ Cf. les références note 107.

¹¹⁴ Voir HAHN, ZBJV 2021, 77 (80 ss).

n'y a aucune obligation de prévoir des clauses d'équivalence. Dès lors, et au moins pour autant que les clauses d'équivalence se réfèrent à la législation d'un Etat, une quelconque obligation de l'Union de reconnaître l'équivalence ou l'adéquation de la législation d'un Etat tiers ne saurait être déduite du droit international (des exceptions en cas de réglementations spécifiques restant toutefois réservées).

47. Les **implications** d'un refus de l'Union d'accorder une décision d'équivalence positive divergent selon le domaine et doivent, dès lors, être analysées pour **chaque cas d'espèce**. Toutefois, une telle politique de l'Union peut avoir des répercussions considérables. Ainsi, p.ex., le refus de reconnaître le niveau de **protection des données** en Suisse comme équivalent entraînerait des obstacles importants pour les relations économiques de beaucoup d'acteurs avec l'Union puisque des données personnelles ne pourraient plus être échangées ou communiquées entre l'Union et la Suisse (surtout de l'Union vers la Suisse), respectivement cette communication se heurterait à des difficultés, le cas échéant considérables, et impliquerait des coûts supplémentaires, voire une diminution des échanges économiques¹¹⁵. S'y ajoute le fait que des coopérations entre autorités publiques (p.ex. dans le domaine de la lutte contre le terrorisme ou la criminalité en général) seraient aussi éventuellement compromises.

IV. Détérioration générale des relations Suisse – Union européenne

48. L'arrêt des négociations sur l'Accord-cadre a également entraîné une **détérioration générale des relations Suisse – Union européenne**, ceci malgré le fait que – bien entendu – les deux partenaires ont en principe un grand intérêt à des relations harmonieuses. C'est surtout l'Union européenne qui est ou sera peu encline à « accorder des faveurs » à la Suisse ou à la soutenir d'une quelconque manière, à moins que cela ne soit aussi dans son intérêt. Cette situation joue – par la force des choses au vu du poids politique et économique de l'Union par rapport à celui de la Suisse – largement au détriment de la Suisse.

49. Les **implications** concrètes de cette situation sont difficiles à prévoir, puisqu'il s'agit au fond de réactions ou d'actions fondamentalement dictées par des **intérêts et un jeu politique**, l'objectif étant – du point de vue de l'Union – de marquer le fait que la situation actuelle des relations Suisse – Union européenne, avec une participation de la Suisse à de larges parties du marché intérieur sans pour autant que les « questions institutionnelles » ne soient réglées, n'est plus satisfaisante pour l'Union.

50. Le fait que l'Union européenne n'hésite pas, respectivement envisage concrètement plusieurs types de réactions politiques, peut être illustré par plusieurs **exemples**.

¹¹⁵ Concrètement, notamment des entreprises sises dans l'Union ne seraient, en principe, plus autorisées à communiquer des données personnelles à des entreprises sises en Suisse, ce qui pourrait empêcher ces premières de conclure certains contrats avec des partenaires suisses. Le traitement de données personnelles provenant des partenaires économiques les plus importants ne pourrait alors plus être assuré, entraînant des conséquences potentiellement graves, notamment pour des petites et moyennes entreprises. Par ailleurs, certains prestataires de services en Suisse se sont spécialisés dans des services concernant le traitement de données personnelles ; leur modèle d'affaires serait alors lourdement affecté. Globalement, une décision négative entraînerait l'isolation de la Suisse en ce qui concerne les échanges et le traitement de données personnelles. Voir à ce propos BEGLINGER/TOBLER, ASDE 2019/2020, 547 (562 ss).

Ainsi, l'Union a envisagé de ne pas reconnaître le PassCovid suisse, ce qui était probablement aussi motivé par des considérations politiques ; au final, les intérêts communs des deux parties ont tout de même eu pour conséquence qu'une solution a pu être trouvée. Il faut également s'attendre à un manque de soutien de la part de l'Union pour la Suisse au niveau international, p.ex. dans des négociations ou décisions au niveau de l'OECD. Bien qu'il ne s'agisse ici « que » de décisions plutôt politiques et juridiquement non contraignantes, différents événements de ces dernières années ont illustré l'impact d'un consensus international et la pression qui peut en résulter pour les pays de s'y conformer (ce qui soulève par ailleurs d'autres questions, notamment relatives à la légitimité de ce genre de décisions) ; il suffit dans ce contexte de penser au secret bancaire ou aux décisions récentes concernant l'imposition des entreprises.

Par ailleurs, la Suisse se trouve **exclue de différentes coopérations**, p.ex. de la participation à la banque de données Eudamed dans laquelle des problèmes avec des produits « Medtech » sont annoncés¹¹⁶, ou à la plateforme de l'Union permettant des transactions dans le domaine de l'électricité¹¹⁷. Par ailleurs, l'Agence européenne des régulateurs de l'énergie (Acer) a – apparemment sous l'influence de la Commission européenne – résilié l'accord de coopération avec la Suisse permettant à cette dernière, respectivement à l'autorité suisse compétente (l'Elcom), de bénéficier d'un statut d'observateur ; de ce fait, l'échange d'informations, notamment au sujet de diverses mesures techniques en vue de la sécurité des systèmes d'approvisionnement, ne sera plus possible à travers les groupes de travail d'Acer, et il faudra trouver d'autres solutions afin que la Suisse – et notamment Elcom et Swissgrid – puisse être informée à temps de nouveaux développements et de nouvelles règles (techniques) qui doivent en général être repris¹¹⁸.

51. Un tel développement est d'autant plus regrettable qu'il risque **d'impacter des domaines très divers**, y compris des domaines dans lesquels la Suisse et l'Union européenne ont des intérêts communs, comme par exemple la cybersécurité ou la protection du climat. En effet, il n'est pas exclu que de manière générale et nonobstant les valeurs juridiques communes (comme notamment le respect de l'Etat de droit), la confiance entre les deux partenaires et surtout la volonté de l'Union de tenir compte des intérêts suisses diminuent.

V. Conclusion intermédiaire

52. L'esquisse des différentes catégories d'implication de l'arrêt des négociations sur l'Accord-cadre entre la Suisse et l'Union européenne a pu illustrer que les effets négatifs sont multiples pour la Suisse, ceci nonobstant le fait que, bien sûr, les accords en vigueur existants entre la Suisse et l'Union persistent et qu'on peut, en général, partir de l'idée que les deux parties continueront à les appliquer et à les respecter. L'aspect le plus important est probablement **l'érosion successive de l'accès au marché tel qu'il est garanti actuellement**, résultant d'une part, de la non-adaptation des accords bilatéraux existants et, d'autre part, de décisions unilatérales de l'Union con-

¹¹⁶ Voir HUG ALONSO/GRÜNENFELDER/DÜMMLER, Erosionsmonitor, 18, qui insistent de plus sur le fait qu'une participation institutionnelle et une coordination dans le domaine de la santé dépendent d'un accord bilatéral dans le domaine de la santé.

¹¹⁷ Voir BIRGIT VOIGT, Schweiz traut sich nicht, gegen EU zu klagen. Schritte der EU-Kommission gegen hiesige Medtech-Firmen sind illegal – doch Bund und Branche halten still, NZZaS du 1^{er} août 2021 ; ALEXANDRA BRÖHM, Schweizer Patientinnen erfahren nichts mehr von undichten Brustimplantaten, Freiburger Nachrichten du 13 juillet 2021 ; STEPHAN ISREAL, Die Schweiz hat nur wenig Unterstützung, Freiburger Nachrichten du 15 septembre 2021.

¹¹⁸ Voir à ce propos DAVID VONPLON, 6 Gaskraftwerke, längere AKW-Laufzeiten. Die Allianz Kompass Europa fordert, dass der Bundesrat nach dem Rahmenabkommen auf ein Interimsabkommen über Strom hinarbeitet, NZZ du 13 septembre 2021.

cernant l'adéquation ou l'équivalence de la législation suisse dans certains domaines. S'y ajoute l'impossibilité de conclure de nouveaux accords, à moins que l'Union n'y voie un intérêt propre dont elle souhaite absolument tenir compte (ce qui semble être l'exception).

53. En ce sens, il paraît trompeur d'insinuer que l'arrêt des négociations n'aurait pas réellement d'effets, puisque les accords existants entre la Suisse et l'Union continueraient bien sûr d'exister. En effet, au vu de la nécessité de leur développement ainsi que de la nécessité de nouvelles décisions et de nouveaux accords pour « pérenniser » l'accès au marché (et de le développer du moins ponctuellement), un « **statu quo** » **ne peut justement pas être maintenu sans la volonté et l'accord des deux parties**, car la structure des accords pertinents – dans le contexte de la présente étude – nécessite justement des décisions consensuelles des deux parties¹¹⁹.

54. Les **effets économiques** de ces différentes implications analysées ci-dessus sont, du moins en partie, difficiles à chiffrer ; toutefois, il faut s'attendre à notre avis à des **répercussions directes et indirectes considérables**, surtout si on additionne les effets des implications esquissées. Le cas échéant, une analyse ou un pronostic économique pourrait être utile. Par ailleurs, des **effets politiques** concernant la position de la Suisse sur la scène internationale ne sont pas non plus exclus, mais bien entendu plus difficile à cerner exactement.

55. Bien évidemment, les différentes réactions de l'Union européenne peuvent être critiquées, ceci d'autant plus qu'elles impactent très souvent aussi les intérêts de l'Union elle-même, quoique dans une moindre mesure. Vis-à-vis de la Suisse, elles ne sont pas vraiment « sympathiques » et ne tiennent que très partiellement compte des très bonnes relations que les deux partenaires entretiennent traditionnellement. L'Union européenne utilise, en d'autres termes, ces leviers pour illustrer qu'elle n'est plus d'accord de continuer les relations bilatérales avec la Suisse, en ce qui concerne l'accès au marché intérieur, comme pendant ces dernières années, voire décennies, parce qu'elle estime que la construction des accords pertinents dans son ensemble n'est pas ou plus équilibrée. On peut partager cette appréciation ou non et aussi être de l'avis que les différentes mesures décidées par l'Union ne sont pas adéquates. Force est toutefois de constater qu'il faut obligatoirement en prendre acte et – d'une manière ou d'une autre – en tenir compte, car une **continuation constructive des relations Suisse – Union européenne** dépend forcément de la **volonté des deux parties**. Dans ce sens et au vu de sa situation géographique et de ses relations économiques, politiques et culturelles très étroites avec l'Union européenne, la Suisse est en quelque sorte « condamnée » à trouver un terrain d'entente avec l'Union. Celle-ci a certes exprimé un certain mécontentement avec le statu quo, mais a aussi toujours signalé vouloir trouver des réponses aux questions posées¹²⁰. C'est pourquoi nous nous attendons à ce qu'une voie de sortie du blocage actuel puisse être trouvée, et différents scénarii sont imaginables, lesquels seront présentés sous le § 5.

¹¹⁹ Voir en détail ci-dessus, N 7 ss.

¹²⁰ Ceci dit, on peut certainement aussi critiquer tel ou tel aspect dans les négociations ou les positions de l'Union (l'inverse étant probablement aussi vrai). Toujours est-il, que l'UE demande à la Suisse un échéancier (*road map*) qui détaille comment la Suisse envisage la suite respectivement les réponses aux questions institutionnelles, cf. p.ex. CHRISTINA NEUHAUS, Traut sich der Bundesrat ? NZZ du 10 janvier 2022 ; TOBIAS GAFAFER, SP will institutionelle Streitfragen mit der EU bis 2027 lösen, NZZ du 23 décembre 2021.

§ 5 Perspectives : six scénarii

56. Au vu du fait que des relations stables entre la Suisse et l'Union européenne sont d'un grand intérêt, voire une nécessité, pour la Suisse et considérant les répercussions, respectivement implications, de l'arrêt des négociations concernant l'Accord-cadre esquissées ci-dessus (§ 4), la question de savoir comment ces **relations peuvent être développées** par la suite se pose avec une certaine urgence¹²¹. En effet, les risques d'une érosion des accords existants, de l'impossibilité de conclure des accords supplémentaires ainsi que des différentes autres réactions de l'UE (notamment en ce qui concerne la reconnaissance – unilatérale – de certaines règles) sont considérables, et il paraît peu opportun de ne pas envisager rapidement des pistes pour assurer des relations stables avec l'Union européenne.

57. Selon nous, nous pouvons distinguer à ce sujet **six scénarii a priori** envisageables¹²², quoique plus ou moins réalistes. Nous les esquisserons ci-après en tenant particulièrement compte de leurs caractéristiques d'un point de vue institutionnel, et de la question de savoir dans quelle mesure ils sont à même d'éviter ou d'atténuer les implications analysées ci-dessus et de permettre à la Suisse un accès au marché intérieur, respectivement à des parties du marché intérieur.

58. Le **point de départ commun** de ces scénarii est le constat que la poursuite de la voie bilatérale, telle qu'elle a été conçue en 1999, n'est plus envisageable au vu de la position de l'Union¹²³. Ainsi, le défi consiste à trouver des possibilités de coopération et, si possible, à négocier de nouveaux accords qui sont à la fois à même d'atteindre – du moins dans une certaine mesure – l'objectif d'une participation (partielle) de la Suisse au marché intérieur, y compris à travers de nouveaux accords dans certains domaines, et de trouver un accord à ce sujet avec l'Union, des relations stables et fructueuses nécessitant par la force des choses un consensus des deux parties.

I. Statu quo, adaptation autonome du droit suisse et dialogue politique

59. Ce premier scénario – que nous pouvons appeler « tentative de garder le statu quo » – correspond au fond à la politique du Conseil fédéral communiquée suite à sa décision du 26 mai 2021 d'arrêter les négociations sur l'Accord-cadre¹²⁴. Il se caractérise par les éléments suivants :

- Les relations Suisse – Union européenne continuent d'être basées sur les **accords existants**.

¹²¹ Il est à noter que le Parlement fédéral a décidé de libérer le « million de cohésion » dans sa séance de septembre 2021, ce qui était considéré par l'Union comme une espèce de contrepartie de la participation de la Suisse à des parties du marché intérieur, voir à ce propos FABIAN SCHÄFER, Ein plumper Trick erhöht den Zeitdruck bei der Kohäsionsmilliarde, NZZ du 25 septembre 2021.

¹²² Il est par ailleurs intéressant de constater qu'aussi dans les discussions politiques différentes propositions sont développées, cf. p.ex. CHRISTINA NEUHAUS, Traut sich der Bundesrat?, NZZ du 10 janvier 2022.

¹²³ Voir en détail ci-dessus N 30 ss, 52 ss. Cf. toutefois la relativisation de GIORGIO BEHR, Eile mit Weile – zur Europapolitik der Schweiz, NZZ du 23 décembre 2021.

¹²⁴ Voir FABIAN SCHÄFER, Bern will « Reibungsflächen » mit der EU autonom abbauen, NZZ du 1.7.2021.

- Il n’y a – pour l’instant du moins – **pas de nouveaux accords**, à moins que l’Union européenne n’ait un intérêt à en conclure.
- La Suisse **adapte sa législation**, dans la mesure du possible, au droit de l’Union et analyse à cet effet de manière systématique sa compatibilité avec le droit de l’UE.
- Un « **dialogue politique** » a lieu avec l’Union et – le cas échéant – certains pays membres en vue d’explorer les perspectives.
- Finalement, des **accords techniques** avec l’Union ou ses Etats membres seraient envisagés pour des questions urgentes et – dans la mesure du possible - conclus.

Ce dernier aspect peut notamment être d’une certaine importance dans le domaine de **l’électricité** afin d’éviter des problèmes d’approvisionnement. De tels accords seraient probablement très difficiles à négocier et l’UE demanderait, selon toute vraisemblance, des « contre-prestations » considérables¹²⁵. Au vu de la répartition des compétences entre l’UE et les Etats membres dans le domaine des relations extérieures, des accords de certains Etats membres avec la Suisse concernant le domaine de l’électricité ne seraient probablement pas possibles puisque l’UE détient une compétence exclusive dans ce domaine¹²⁶.

60. Ce scénario ne pourra très probablement pas éviter les implications esquissées de l’arrêt des négociations sur l’Accord-cadre. En effet, il correspond à une tentative de la Suisse de poursuivre ses relations avec l’Union européenne sur la base existante, sans envisager concrètement d’autres perspectives. À cet égard, l’Union européenne a clairement signalé à plusieurs reprises qu’elle ne souhaite pas continuer dans ce sens et qu’elle n’est pas d’accord avec une telle approche. Dès lors, il faut **s’attendre aux réactions de l’Union esquissées ci-dessus**¹²⁷.

61. Il convient en particulier de relever que l’adaptation du droit suisse au droit de l’Union ne saurait « substituer » des accords (bilatéraux) garantissant un accès au marché intérieur. En effet, un tel accès nécessite en principe une **reconnaissance de l’équivalence des législations** puisque le marché intérieur se caractérise précisément par une harmonisation d’un certain nombre de règles. Une adaptation autonome du droit national ne saurait alors suffire pour un tel accès ; il faut en plus soit une reconnaissance unilatérale de l’adéquation de cette législation de la part de l’Union, soit un accord bilatéral qui garantit cette reconnaissance. L’Accord de libre-échange entre la Suisse et l’Union européenne ne peut garantir un accès au marché que pour les produits qui ne nécessitent pas une quelconque procédure de conformité.

¹²⁵ Voir en détail une récente analyse réalisée sur demande de la Confédération : Frontier economics, Analyse Stromzusammenarbeit CH – EU, octobre 2021 (disponible sous www.news.admin.ch/newsd/message/attachments/68518.pdf) ; voir aussi à ce propos CHRISTOF FORSTER, Kein Strom während zweier Tage. Das droht der Schweiz ohne neue Verträge mit der EU, NZZ du 14.10.2021. Voir aussi THOMAS GAFAFER/CHRISTOPH G. SCHMUTZ, Die Mitte drückt beim Strom aufs Gas, NZZ du 15.10.2021, qui mentionnent une proposition du Conseiller aux Etats Beat Rieder suggérant la construction d’une espèce de « NEAT pour l’électricité ». Voir également DAVID VONPLON, 6 Gaskraftwerke, längere AKW-Laufzeiten. Die Allianz Kompass Europa fordert, dass der Bundesrat nach dem Rahmenabkommen auf ein Interimsabkommen über Strom hinarbeitet, NZZ du 13 septembre 2021, qui mentionne une étude de « Partners Group ».

¹²⁶ Voir au sujet de la répartition des compétences entre Union et Etats membres dans les relations extérieures, avec références, HAAG, in : Bieber/Epiney/Haag/Kotzur, EU, § 36 N 16 ss.

¹²⁷ N 30 ss.

62. Par ailleurs, il demeure peu clair en quoi l'examen systématique de la compatibilité de la législation suisse au droit de l'UE amène une approche nouvelle : depuis 1988, la Suisse examine systématiquement la compatibilité de nouveaux actes législatifs avec le droit de l'Union et procède à des **adaptations « autonomes » (« autonomer Nachvollzug »)** dans la mesure où elle l'estime nécessaire ou utile¹²⁸. Lorsqu'elle renonce à une telle adaptation, il s'agit en règle générale d'une décision politique délibérée¹²⁹. Dès lors, il est douteux que l'analyse systématique prévue conduise effectivement à de nouveaux résultats, respectivement démontre des divergences notables qui ne sont pas encore connues. En outre, rien n'indique que l'Union apprécierait cette démarche « à sa juste valeur » puisqu'il s'agit au fond d'une appréciation autonome de la Suisse, aussi en ce qui concerne la question de savoir si telle ou telle réglementation nationale est en accord avec le droit de l'Union et/ou les accords bilatéraux. Il paraît alors peu probable que l'Union accorderait quasi en contrepartie un accès au marché. Partant, la question se pose de savoir si tout l'exercice est proportionné au vu des efforts notables qui devront être déployés¹³⁰.

La situation aujourd'hui se distingue considérablement de celle de 1992 : suite à l'échec de l'adhésion de la Suisse à l'Espace économique européen, la Suisse a repris l'essentiel des adaptations du droit suisse prévues en vue de l'adhésion à l'EEE dans un paquet législatif appelé « Swisslex », cette démarche étant censée rendre compatible le droit suisse au droit de l'UE et, ainsi, faciliter l'accès au marché intérieur. En effet, au début des années 1990, la législation suisse présentait des différences notables avec le droit de l'Union, ce qui posait un certain nombre de problèmes. De plus, Swisslex était aussi censé renforcer le marché intérieur suisse¹³¹. Aujourd'hui, la situation est très différente dans le sens que le droit suisse est largement compatible avec le droit de l'UE, notamment en ce qui concerne les secteurs économiques orientés vers l'exportation. Ainsi, le problème aujourd'hui n'est pas vraiment cette compatibilité « technique » mais plutôt la reconnaissance de l'équivalence des législations, respectivement des procédures de conformité, un problème qui ne peut être abordé et résolu de manière unilatérale.

63. Le **dialogue politique** envisagé est sans aucun doute utile, et il n'est pas exclu qu'il puisse amener à des solutions dans certains secteurs qui ne concernent pas l'accès au marché intérieur, comme p.ex. dans le domaine de la participation de la Suisse à certains programmes européens (notamment ceux concernant la recherche). Toutefois, il n'est pas clair pour quelles raisons l'Union européenne modifierait sa position suite à une telle initiative de « dialogue politique » qui ne contient aucun élément réellement nouveau répondant aux considérations formulées par l'Union.

64. En **résumé**, ce scénario ne semble dès lors pas apte à façonner de manière durable et stable les relations entre la Suisse et l'Union européenne. En particulier, il ne saurait pas éviter les implications négatives de l'arrêt des négociations sur l'Accord-cadre et ne laisse pas percevoir une réelle perspective, et moins encore une stratégie ou un plan pour l'avenir des relations entre la Suisse et l'Union européenne. En particulier, il ne garantit pas la reconnaissance des règles (techniques) suisses (dans les domaines où cela est nécessaire) et il est peu probable que l'Union renonce à ses exi-

¹²⁸ Voir en détail par rapport à cette technique de l'adaptation autonome OESCH, Schweiz – EU, 193 ss (avec références).

¹²⁹ Voir FABIAN SCHÄFER, Bern will « Reibungsflächen » mit der EU autonom abbauen, NZZ du 1.7.2021, qui cite l'exemple de la protection des salaires.

¹³⁰ Voir dans le même sens HIRSBRUNNER, Jusletter du 22 novembre 2021.

¹³¹ Voir en détail par rapport à Swisslex le message du Conseil fédéral FF 1993 I 805 ; cf. également COTTIER ET AL., Rechtsbeziehungen der Schweiz und der EU, 137 s.

gences en matière de questions institutionnelles. Si ce scénario peut être utile – en quelque sorte « faute de mieux » – pour une phase transitoire, il ne saurait cependant constituer à lui seul une base pour des perspectives d’avenir.

II. Développement de l’Accord de libre-échange de 1972

65. Un deuxième scénario consisterait à modifier le caractère des relations entre la Suisse et l’Union européenne en renonçant à une approche de « participation au marché intérieur » au profit d’une approche d’« **accord de libre-échange modernisé** ». Ce scénario impliquerait une analyse de l’Accord de libre-échange de 1972 et un développement de cet accord en y rajoutant certains éléments supplémentaires. Dans ce sens, ce scénario se rapprocherait de la stratégie du Royaume-Uni qui a conclu avec l’Union européenne – suite au « Brexit » – un accord de libre-échange, certes très complexe, mais sans élément d’intégration au marché intérieur (la situation spécifique de l’Irlande du Nord restant réservée).

66. Comme démontré ci-dessus¹³², une telle approche **ne permettrait pas un accès au marché intérieur**¹³³. Certes, elle garantirait un libre-échange des produits et services concernés (le champ d’application resterait par ailleurs à préciser) ; toutefois, du moment où le secteur concerné est sujet à des réglementations harmonisant les règles (techniques) ou les exigences au sein de l’Union, les produits et services importés doivent non seulement se soumettre à ces exigences mais aussi respecter les procédures de conformité au sein de l’UE avec toutes les conséquences esquissées¹³⁴.

67. Dès lors, ce scénario impliquerait un abaissement du niveau d’intégration de la Suisse au marché intérieur et – de manière générale – de l’intensité des relations Suisse – Union européenne, celles-ci étant **limitées à des relations de libre-échange**.

68. La question de savoir si une telle approche correspond aux intérêts de la Suisse a déjà été posée, en 2014, à travers le **postulat Karin Keller-Sutter « Freihandelsabkommen mit der EU statt bilaterale Abkommen »**. Ce postulat a donné lieu à une analyse approfondie des avantages et inconvénients d’une approche de « libre-échange », tant de façon générale que secteur par secteur. La conclusion était extrêmement claire : un accord de libre-échange, aussi modernisé soit-il, ne saurait répondre aux intérêts importants de la Suisse dans pratiquement tous les secteurs analysés. Seuls des accords d’accès au marché peuvent, selon le rapport, garantir les reconnaissances mutuelles nécessaires et permettre, ainsi, non seulement un accès au marché intérieur mais aussi des coopérations efficaces de manière générale (p.ex. dans le domaine de la santé).

¹³² N 31 ss, 61.

¹³³ Voir à ce sujet également les réflexions de HAHN, ZEuS 2018, 409 ; KAINER/PERSCH, EuZW 2018, 932 ss ; SCHUMACHER, integration 2019, 205 ss (ce dernier en lien avec des partenariats avec des pays de l’Europe de l’Est).

¹³⁴ N 31 ss.

Avec ses quelques 90 pages, le rapport du groupe de travail chargé d'analyser ces questions était exhaustif. Il n'y a pas lieu ici de le résumer et nous nous permettons de renvoyer directement à ce document important¹³⁵.

Toutefois, la synthèse et la conclusion du rapport ne peuvent être plus clairs au sujet des limites d'une approche « libre-échange » :

« Ein FHA zwischen der Schweiz und der EU besteht seit 1972. Es erleichtert den Warenverkehr zwischen den Vertragsparteien. Sein Anwendungsbereich ist beschränkt auf Industrieprodukte und landwirtschaftliche Verarbeitungsprodukte. Ein umfassendes FHA mit der EU, gemäss dem Modell der neueren FHA mit Drittstaaten, könnte weiter gehen. Gleichzeitig würde es aber einen Rückschritt im Vergleich zum heutigen bilateralen Vertragswerk darstellen, welches in verschiedenen Bereichen binnenmarktähnliche Verhältnisse schafft und die Zusammenarbeit auf wichtige politische Bereiche erweitert. Die bilateralen Abkommen wurden abgeschlossen, weil den Bedürfnissen der Schweizer Wirtschaft im Bereich des Marktzugangs mit einem FHA allein nicht genügend Rechnung getragen werden konnte und weil eine Kooperation in weiteren Bereichen erwünscht war. Die bilateralen Abkommen wahren die Interessen der Schweiz weit umfassender, als dies mit einem FHA je erreicht werden kann (...). Inwieweit die EU bereit wäre, gemäss den oben dargelegten Ausführungen Teile der bestehenden bilateralen Abkommen durch neue Vereinbarungen im Rahmen eines umfassenden FHA zu ersetzen, bzw. das bestehende FHA auszubauen und welche Forderungen sie damit verbinden würde, kann vorliegend nicht beantwortet werden (...). Ebenfalls ist fraglich, inwiefern der bisherige, relativ geringe Liberalisierungsgrad im Agrarbereich und die massgeschneiderte Lösung für den Handel mit verarbeiteten Landwirtschaftsprodukten in einem umfassenden FHA mit der EU beibehalten werden könnten. Ein wichtiges Argument für ein umfassendes FHA als Ersatz für das bilaterale Vertragswerk wäre die Erlangung einer grösseren Handlungsautonomie. Diese regulatorische Eigenständigkeit wäre im Rahmen eines umfassenden FHA formell sicherlich gewährleistet. Es erscheint aber fragwürdig, dass damit das Ziel der Eigenständigkeit tatsächlich erreicht würde. Aufgrund der wirtschaftlichen Verflechtung mit den Nachbarstaaten besteht insbesondere für die Schweizer Wirtschaft ein Interesse daran, eine gewisse Rechtsharmonisierung mit dem europäischen Umfeld sicherzustellen. Das Vermeiden unnötiger Abweichungen ist für eine kleine exportabhängige Volkswirtschaft wie die Schweiz zur Wahrung der Wettbewerbsfähigkeit unumgänglich. Daher orientiert sich die Schweiz in vielen Bereichen auch ohne bilaterale Verträge an ihren wichtigsten Handelspartnern (autonomer Nachvollzug). Die regulatorische Eigenständigkeit, welche sich im Rahmen eines FHA-Ansatzes ergeben würde, ist entsprechend zu relativieren. Die Nachteile aufgrund der fehlenden vertraglichen Anerkennung dieser Rechtsharmonisierung von Regulierungen wären aber bedeutend. Die bilateralen Abkommen bilden einen massgeschneiderten rechtlichen Rahmen, welcher den engen wirtschaftlichen und politischen Beziehungen zwischen der Schweiz und der EU, deren Spezifität und der geografischen Lage der Schweiz im Zentrum Europas gerecht wird. Sie sind das Ergebnis einer fortlaufenden und sorgfältig vorgenommenen Interessenabwägung. Die Interessenlage und das Ergebnis der Interessenabwägung haben sich aus Sicht des Bundesrates nicht geändert. Die sektoriellen Abkommen wurden abgeschlossen, weil den Bedürfnissen der Schweizer Wirtschaft im Bereich des Marktzugangs mit einem FHA allein nicht genügend Rechnung getragen werden konnte (...) »¹³⁶.

69. En résumé, un tel scénario ne saurait garantir un accès au marché intérieur et aurait comme conséquence que les relations entre la Suisse et l'Union européenne seraient limitées à un pur accord de libre-échange, sans élément de reconnaissance

¹³⁵ Bericht des Bundesrates in Beantwortung des Postulats Keller-Sutter [13.4022] « Freihandelsabkommen mit der EU statt bilaterale Abkommen », juin 2015, disponible sous: www.eda.admin.ch/dam/europa/de/documents/berichte_botschaften/BR-Bericht-150605_de.pdf.

¹³⁶ Bericht des Bundesrates in Beantwortung des Postulats Keller-Sutter [13.4022] « Freihandelsabkommen mit der EU statt bilaterale Abkommen », juin 2015, 74 s. (www.eda.admin.ch/dam/europa/de/documents/berichte_botschaften/BR-Bericht-150605_de.pdf).

mutuelle. Le degré d'intégration de la Suisse au marché intérieur se trouverait alors considérablement diminué, avec tous les risques et toutes les conséquences qui y sont liés¹³⁷. Certes, la Suisse gagnerait une certaine marge de manœuvre législative (puisque'elle ne serait plus contrainte à adapter son droit national au droit de l'Union) ; toutefois, afin d'optimiser tout de même les possibilités d'échange, elle serait probablement quand même amenée à le faire de façon « autonome » (à l'instar du premier scénario).

Dans ce contexte, on pourrait *a priori* aussi penser à une « revitalisation » de l'AELE¹³⁸. Néanmoins, au vu des membres restreints de l'AELE ainsi que du fait que les autres Etats membres de l'AELE fassent partie de l'Espace économique européen et que la Grande-Bretagne n'ait apparemment pas l'intention de rejoindre l'AELE, on voit mal comment une telle démarche pourrait être couronnée de succès et comment elle pourrait répondre et tenir compte des intérêts de la Suisse à être intégrée dans le marché intérieur de l'Union ou, du moins, dans un espace de libre-échange assez grand.

III. Négociation d'un nouvel accord-cadre

70. Ce scénario part de l'idée que la Suisse et l'Union européenne entament de nouvelles négociations en vue de la conclusion d'un « Accord-cadre 2.0 ». En d'autres termes, il y aurait une « **nouvelle édition** » du **projet de l'Accord-cadre**. Pour procéder ainsi, il faudrait que tant la Suisse que l'Union européenne prennent des décisions allant dans ce sens (à savoir de reprendre des négociations au sujet d'un accord-cadre), respectivement adoptent des mandats de négociations à ce sujet.

71. Puisque la Suisse a communiqué le 26 mai 2021 qu'elle ne souhaitait plus continuer les négociations, respectivement les pourparlers sur la base du projet de l'Accord-cadre de 2018, cette approche implique qu'il faudrait « **recommencer à zéro** », à savoir partir sur de nouvelles bases et tenter de se mettre d'accord sur un nouveau texte qui tiendrait alors compte tant des intérêts de la Suisse que de ceux de l'Union européenne.

72. C'est précisément cette nécessité d'une nouvelle démarche qui a pour conséquence que ce scénario ne semble en l'état **guère réaliste** et, dès lors, peu apte pour parier les effets négatifs de la rupture des négociations le 26 mai 2021. Ni la Suisse ni l'Union européenne n'ont formulé des intentions allant dans ce sens, et il n'y a pas d'indice que cette situation change dans un avenir plus ou moins proche¹³⁹. S'y ajoute le fait que les « grands problèmes » de l'Accord-cadre, respectivement les intérêts tant de l'Union que de la Suisse, restent identiques et on voit dès lors mal pourquoi une nouvelle « tentative » d'accord-cadre poursuivant les mêmes objectifs serait couronnée de succès.

¹³⁷ Voir dans le même sens OESCH, in : Eine Aussenpolitik für die Schweiz, 108 (112).

¹³⁸ Cf. au sujet de l'AELE BAUR, EFTA, *passim*.

¹³⁹ Tout au contraire, voir à ce sujet l'interview d'Ignazio Cassis dans la NZZ du 9 novembre 2021.

IV. Nouveaux accords sectoriels combinés avec des éléments d'un Accord-cadre (« Bilatérales III »)

73. Si la piste de négocier un nouvel accord-cadre selon le même « modèle » de base que le projet d'Accord-cadre de 2018 semble dès lors peu réaliste et peu prometteuse, il en va éventuellement autrement pour une **combinaison de la négociation d'un accord-cadre ou des éléments d'un accord-cadre avec un ou plusieurs nouveaux accords sectoriels**¹⁴⁰. En effet, force est de constater que par le passé, des aspects institutionnels ont toujours été liés dès le départ à des accords matériels précis. Ainsi, même des accords impliquant une intégration relativement intensive – tels que l'accord sur le transport aérien ou les accords d'association Schengen/Dublin – ont été négociés et approuvés en Suisse selon les procédures pertinentes (y compris des votations populaires).

74. Ce scénario part alors de l'hypothèse que tant la **Suisse** que l'**Union européenne** ont un **intérêt** suffisamment grand à conclure un ou plusieurs **nouveaux accords matériels relatifs au marché intérieur**. Certes, en l'état, l'Union européenne n'a pas manifesté d'intérêt allant dans ce sens ; tout au contraire, elle semble persister à vouloir renoncer à la conclusion de nouveaux accords suite à la rupture des négociations sur le projet d'Accord-cadre. Toutefois, il ne semble pas exclu que dans l'un ou l'autre domaine, l'Union ait elle-même un intérêt suffisamment fort pour considérer reprendre des négociations. On peut notamment penser au domaine de l'électricité.

75. Dans cette hypothèse, l'Union exigerait certainement que les questions institutionnelles soient abordées et réglées, ceci en lien et comme condition à la conclusion d'un ou de plusieurs nouveaux accords. La question qui serait alors à régler – le cas échéant – est celle de savoir quel serait le **champ d'application des règles sur les questions institutionnelles**. En principe, il y a trois possibilités :

- soit seulement le ou les nouveaux accords¹⁴¹ ;
- soit en plus d'autres accords sectoriels relatifs au marché intérieur (probablement alors les cinq accords mentionnés à l'art. 2 du projet d'Accord-cadre)¹⁴² ;
- soit une combinaison des deux approches (p.ex. en prévoyant la possibilité ou le principe de l'élargissement du champ d'application des règles sur les questions institutionnelles après une espèce de « projet-pilote » à d'autres accords).

De plus, la question se pose de savoir quelles dispositions d'ordre institutionnel seraient intégrées dans un accord institutionnel « général » et quelles dispositions fe-

¹⁴⁰ Voir aussi BREITENMOSER, ASDE 2020/2021, 325 (347 ss) qui mentionne un « accord de procédures » combiné avec des accords matériels ; différentes propositions politiques semblent également aller dans ce sens, notamment du PLR et du Centre, cf. CHRISTINA NEUHAUS, Eine Lösung mit der EU scheint plötzlich möglich. Langsam freunden sich die ersten Parteien mit Konzepten wie Dynamisierung und Streitbeilegung an – Die Mitte macht den Anfang, NZZ du 17 janvier 2022; HANS-PETER PORTMANN, Raus aus der EU-Sackgasse. Plädoyer für den Verhandlungsansatz eines vorgelagerten « Modellvertrags Acquis » und der nachgelagerten vertikalen Modernisierung der bestehenden bilateralen Verträge, NZZ du 10 janvier 2022.

¹⁴¹ Voir la proposition dans ce sens pour le domaine d'un accord sur l'électricité du Conseiller aux Etats Benedikt Würth, cf. THOMAS GAFAFER/CHRISTOPH G. SCHMUTZ, Die Mitte drückt beim Strom aufs Gas, NZZ du 15 octobre 2021.

¹⁴² Voir N 27.

raient partie de l'accord ou des accords matériels¹⁴³. Dans le détail, la mise en œuvre de cette option au niveau de la **technique législative** resterait dès lors à préciser, notamment en ce qui concerne la question de savoir dans quelle mesure les questions institutionnelles seraient intégrées dans chaque accord sectoriel (solution « verticale ») et dans quelle mesure on partirait sur la base d'un texte « horizontal » qui pose un cadre commun (à l'instar du projet d'Accord-cadre). Il serait également imaginable de prévoir et de se mettre d'accord sur un « modèle » en ce qui concerne les questions institutionnelles qui serait ensuite adapté aux différents accords sectoriels. De toute façon, il existe la possibilité d'envisager des dispositions spécifiques pour tel ou tel accord (de telles dispositions « sectorielles » étaient par ailleurs aussi prévues dans le projet d'Accord-cadre), y compris – le cas échéant – des clauses de sauvegarde (p.ex. dans le domaine de la libre circulation des personnes).¹⁴⁴

76. En l'état, il est **difficile, voire impossible, de prévoir** tout d'abord si l'Union européenne entrerait en matière sur une telle démarche et ensuite dans quelle mesure l'Union et la Suisse pourraient se mettre d'accord, tant sur le champ d'application des règles concernant les questions institutionnelles que sur leur contenu (y compris les éventuelles « clauses guillottes »). Il n'en reste aussi pas moins que d'un point de vue de politique interne de la Suisse, la combinaison de la négociation de nouveaux accords matériels, pour lesquels la Suisse a un (grand) intérêt, avec la réglementation de questions institutionnelles semble *a priori* plus prometteur qu'un accord-cadre « abstrait » qui s'ajoute comme un « toit » à des accords déjà existants et aux futurs accords. En ce sens, il serait souhaitable que le « dialogue politique », voulu par la Suisse suite à la rupture des négociations en mai 2021, intègre aussi cette perspective, respectivement ce scénario et explore les possibilités de le réaliser d'une manière ou d'une autre.

V. Adhésion à l'Espace économique européen

77. L'Espace économique européen, créé en 1992 et composé des Etats membres de l'UE d'un côté, et de la Norvège, de l'Islande et du Liechtenstein de l'autre, permet aux **trois Etats membres de l'AELE de participer à part entière au marché intérieur**¹⁴⁵. Le **champ d'application matériel** de l'Accord EEE est **très large** (art. 1 al. 2 Accord EEE) : il comprend non seulement les quatre libertés fondamentales, y compris le droit dérivé adopté afin de garantir leur réalisation effective dans un marché intérieur, mais aussi un certain nombre de politiques de l'Union présentant un lien

¹⁴³ Voir à ce sujet BREITENMOSER, ASDE 2020/2021, 325 (346 ss) qui évoque la possibilité de limiter un accord institutionnel à des questions de règlement des différends.

¹⁴⁴ Est également ouverte la question de l'échéancier, cf- à ce propos les propositions du PS, de procéder en deux temps en affirmant d'abord (le cas échéant en adoptant même une loi) la volonté de la Suisse d'arriver à une solution pour les questions institutionnelles et l'accord pour une contribution de cohésion avant de reprendre (en 2023) les négociations concrètes sur les questions institutionnelles et certains dossiers matériels, tels que l'électricité ou la santé, cf. TOBIAS GAFAFER, SP will institutionelle Streitfragen mit der EU bis 2027 lösen, NZZ du 23 décembre 2021. Cf. également la proposition d'un accord ad interim chez AMBÜHL/SCHERER, Alternativen im Verhandlungsprozess, 2021.

¹⁴⁵ Voir en détail par rapport à l'EEE Conseil fédéral, Message, FF 1992 IV 1 ; dans la doctrine, avec références, EPINEY, Zur rechtlichen Tragweite eines Einbezugs der Schweiz in den unionsrechtlichen Besitzstand im Bereich des Dienstleistungsverkehrs, 58 ss ; les contributions in : MÜLLER/SCHROEDER (éds.), 25 Jahre Europäischer Wirtschaftsraum, *passim* ; ARNESEN/HAUKELAND FREDRIKSEN/GRAVER/MESTAD/VEDDER (éds.), Agreement on the European Economic Area, *passim* ; BAUDENBACHER (éd.), The Handbook of EEA Law, *passim*.

étroit avec les libertés (notamment le droit de la concurrence, les aides d'Etat, la politique énergétique, les marchés publics, le droit des sociétés ainsi que le droit de la propriété intellectuelle). S'y ajoutent des politiques horizontales, comme l'égalité entre femmes et hommes, les droits des travailleurs, la protection des consommateurs ainsi que la participation à un certain nombre de programmes de l'Union.

L'Accord EEE réalise ainsi une intégration des trois Etats de l'AELE dans une très grande partie de l'acquis de l'Union. Certains secteurs restent toutefois exclus, notamment l'union douanière, la politique du commerce extérieur, les aspects fiscaux ainsi que la politique agricole et de pêche.

78. L'art. 1 al. 1 Accord EEE formule l'objectif de l'EEE, à savoir la création d'une zone économique « homogène » dans laquelle les conditions de concurrence sont les mêmes et dans laquelle les mêmes dispositions légales trouvent application. Cet objectif doit être atteint à travers une **parallélité des normes juridiques dans les domaines couverts par l'Accord EEE**. Dans cette optique, l'Accord EEE « intègre » les dispositions pertinentes du droit originaire et dérivé de l'Union.

79. D'un **point de vue institutionnel**, il s'agissait de garantir que le droit de l'EEE soit interprété de la même façon que les dispositions correspondantes au sein du droit de l'Union, de s'assurer que le développement du droit de l'Union puisse être repris dans le cadre de l'Accord EEE ainsi que de prévoir des mécanismes de surveillance et de règlement des différends. Ainsi, l'Accord EEE consacre tout un chapitre aux aspects de l'homogénéité, prévoit le principe de la reprise du droit de l'Union concernant l'EEE et institue des organes qui ont de larges compétences (notamment une autorité de surveillance et une Cour AELE)¹⁴⁶. Dans l'ensemble, l'EEE présente un certain nombre de **caractéristiques supranationales** (notamment la reprise dynamique du droit de l'Union ainsi que les compétences de l'autorité de surveillance et de la Cour AELE), raison pour laquelle l'Assemblée fédérale a décidé de soumettre l'arrêté concernant l'adhésion à l'EEE au référendum obligatoire¹⁴⁷.

80. Une adhésion de la Suisse à l'EEE permettrait sans aucun doute d'assurer des **relations stables entre la Suisse et l'Union européenne** et garantirait un accès intégral au marché intérieur ainsi qu'un accès à des programmes européens. Toutefois, malgré le fait qu'elle soit certes sujet à discussion et favorisée par certains¹⁴⁸, il ne semble pas qu'elle soit, en l'état, réellement envisagée ni par le Conseil fédéral ni par l'Assemblée fédérale. En effet, l'EEE impliquerait l'adhésion à un système juridique multilatéral qui ne prévoit certes pas de transfert de droits souverains (contrairement à une adhésion à l'Union), mais qui se caractérise par un certain nombre de mécanismes institutionnels contenant des aspects supranationaux¹⁴⁹, couplés par un champ

¹⁴⁶ Voir en détail par rapport à la structure institutionnelle de l'EEE, avec références, EPINEY, Zur rechtlichen Tragweite eines Einbezugs der Schweiz in den unionsrechtlichen Besitzstand im Bereich des Dienstleistungsverkehrs, 59 ss ; en mettant l'accent sur le decision shaping PFISTERER, Ein Plus für die Demokratie, 33 ss. Voir aussi les références note 139.

¹⁴⁷ Un procédé qui soulève toutefois des questions, voir EPINEY/DIEZIG, in : Waldmann/Belser/Epiney, BSK-BV, art. 140 N 14 ; voir également à ce sujet MAHON, Jusletter du 19 avril 2021.

¹⁴⁸ Cf. OESCH, in : Eine Aussenpolitik für die Schweiz, 108 (112) ; BESSON, Droit constitutionnel européen, N 1339.

¹⁴⁹ Voir dans ce contexte OESCH, in : Eine Aussenpolitik für die Schweiz, 108 (112) qui rappelle aussi que ces caractéristiques étaient probablement à l'origine du refus de l'EEE par le peuple et les cantons.

d'application matériel très large. L'idée et la structure de base de l'EEE vont ainsi beaucoup plus loin, en ce qui concerne l'intégration des Etats de l'AELE dans l'acquis de l'Union et les aspects institutionnels, que le projet d'Accord-cadre ; en même temps, les Etats de l'AELE ne participent pas à part entière aux décisions au sein de l'Union (des procédures de consultation, respectivement de participation – sans voix délibérative – dans certaines procédures de décision étant toutefois prévues). S'y ajoute le fait que certains aspects matériels – comme les dispositions concernant les aides d'Etat – seraient probablement sujets à discussion en Suisse.

81. En résumé, le scénario d'une adhésion de la Suisse à l'EEE ne paraît pas être une option réaliste en l'état, ceci en premier lieu au vu des éléments supranationaux de l'Accord EEE, considérés par beaucoup comme un inconvénient majeur.

Il n'en reste pas moins que les Etats de l'AELE qui font partie de l'EEE évaluent son fonctionnement comme globalement positif, car il permet de participer à part entière au marché intérieur et de profiter d'une grande sécurité juridique¹⁵⁰. Ces Etats semblent s'être quelque peu « arrangés » avec les inconvénients institutionnels qu'ils estiment apparemment comme acceptables.

VI. Adhésion à l'Union européenne

82. Finalement, il reste bien entendu le scénario d'une **adhésion à l'Union européenne**. Celle-ci aurait des conséquences considérables à plusieurs niveaux et présente des avantages certains, aussi en comparaison avec la voie bilatérale¹⁵¹. D'un autre côté, elle implique sans aucun doute aussi des inconvénients et entraîne un réel **transfert de souveraineté**.

83. Les **implications d'une adhésion de la Suisse à l'Union européenne**, tant d'un point de vue institutionnel (notamment par rapport aux droits populaires) que d'un point de vue des différents domaines matériels, ont été analysées en détail à maintes reprises¹⁵². Bien que certaines de ces études datent déjà un peu, elles restent en principe valables, notamment en ce qui concerne les implications institutionnelles. En ce sens, les bases de décision pour ce scénario sont disponibles, et celui-ci permettrait bien entendu une intégration à part entière au marché intérieur, avec en plus des droits de participation au processus législatif. Parallèlement, un certain nombre de domaines supplémentaires seraient touchés (notamment la politique de commerce extérieure), et il s'agirait d'une adhésion à une organisation supranationale avec toutes les conséquences d'une telle intégration.

84. En ce sens, il s'agit d'une décision éminemment politique, et en l'état, une adhésion de la Suisse à l'Union européenne n'est **pas réaliste** dans un avenir plus ou moins proche, bien que certains ont évoqué cette possibilité suite à la rupture des né-

¹⁵⁰ Voir les références note 139.

¹⁵¹ Voir en détail EPINEY/MEIER/MOSTERS, in : Entre adhésion à l'UE et voie bilatérale, 77 ss.

¹⁵² La plupart de ces études a été réalisée à la fin des années 1990 et au début du 21^{ème} siècle. Elles restent néanmoins en principe pertinentes aussi aujourd'hui. Voir p.ex. les contributions in : COTTIER/KOPSE (éds.), *Beitritt der Schweiz zur EU / L'adhésion de la Suisse à l'Union européenne, passim* ; voir en particulier sur des questions de démocratie directe EPI-NEY/SIEGWART/COTTIER/REFAEIL, *Schweizerische Demokratie und EU, passim*.

gociations en mai 2021¹⁵³. Il faut aussi rappeler que le Conseil fédéral ne poursuit plus cet objectif et la demande d'adhésion (déposée en 1992) a été retirée.

Le Conseil fédéral a d'abord considéré l'adhésion à l'Union européenne comme un objectif stratégique de la politique européenne de la Suisse avant de la « dégrader » comme une « option » parmi d'autres et de retirer la demande d'adhésion¹⁵⁴.

Ceci dit, selon nous, les implications d'une adhésion, avec ses avantages et inconvénients, devraient être davantage thématiques et discutées ; en effet, la Suisse participe déjà aujourd'hui à une partie importante de l'acquis de l'Union à travers les accords bilatéraux ; dans d'autres domaines, elle pratique l'adaptation « autonome » de son ordre juridique. Les domaines dans lesquels le droit suisse n'est pas influencé d'une manière ou d'une autre par le droit de l'UE sont très rares ; s'y ajoute le fait que pour faire face aux grands défis communs, une coopération très étroite entre la Suisse et l'Union est en règle générale utile, voire nécessaire. Dans cette optique, un débat rationnel et factuel sur la question d'une adhésion à l'Union européenne aurait tout son sens.

¹⁵³ Voir la prise de position du PS, cf. SYLVIA REVELLO, Le PS veut briser le tabou de l'adhésion à l'Union européenne, Le Temps du 7 juin 2021 ; cf. également TOBIAS GAFAFER, SP will institutionelle Streitfragen mit der EU bis 2027 lösen, NZZ du 23 décembre 2021.

¹⁵⁴ Voir par rapport au développement de la position du Conseil fédéral, avec références aux différents rapports du Conseil fédéral, COTTIER ET AL., Rechtsbeziehungen der Schweiz und der EU, 22 ss.

§ 6 Résumé et conclusion

I. Résumé

85. Les principaux résultats de la présente analyse peuvent être résumés par les points suivants :

- Les relations entre la Suisse et l'Union européenne sont régies par des **accords sectoriels et bilatéraux** dont les « Bilatérales I » (signés en 1999 et entrés en vigueur en 2002) et les « Bilatérales II » (signés en 2004 et entrés en vigueur successivement) revêtent une importance particulière.
- Dans la mesure où un accord a pour but « **d'intégrer** » la Suisse dans une **partie de l'acquis de l'Union**, il prévoit en règle générale une reprise des parties concernées du droit de l'Union et la possibilité d'intégrer aussi le développement du droit de l'Union dans le cadre de l'accord.
- Dans l'ensemble, les accords bilatéraux ont permis à l'Union européenne et à la Suisse de **régler de manière efficace différents domaines** et questions importants pour les deux parties, notamment en ce qui concerne les accords relatifs au marché intérieur. Toutefois, la structure institutionnelle de la plupart des accords, notamment ceux relatifs au marché intérieur, repose sur le « modèle classique » de droit international, ce qui implique un certain **manque de sécurité juridique** (en particulier au vu des questions d'interprétation et du fait que le développement des accords et/ou le renouvellement de la participation à des programmes dépend toujours de décisions explicites et unanimes ou de nouveaux accords).
- De plus, l'Union européenne estime – pour différentes raisons – que la situation actuelle ne correspond plus à ses intérêts, respectivement n'est plus satisfaisante, et demande depuis plusieurs années à ce que les « **questions institutionnelles** » soient réglées de manière transversale.
- Dès lors, les **accords bilatéraux**, tels qu'ils sont conçus et en vigueur aujourd'hui, ne peuvent **plus garantir des relations stables** et une certaine **sécurité juridique** pour la Suisse (et l'Union européenne), notamment en ce qui concerne les accords relatifs au marché intérieur et à la participation à certains programmes.
- Plus concrètement, **l'arrêt des négociations** au sujet de l'Accord-cadre a ou aura des **répercussions** principalement dans quatre domaines :
 - Une **actualisation des accords bilatéraux** (notamment ceux relatifs au marché intérieur) **ne peut en principe plus avoir lieu** puisque l'Union a signalé ne plus approuver les modifications nécessaires des accords concernés (respectivement de leurs annexes). Partant, l'intégration (dans le cadre des accords) de modifications ultérieures des actes juridiques de l'Union dans les domaines couverts par les accords n'est plus possible, ce qui a pour conséquence que la parallélité entre le droit du marché intérieur au sein de l'Union d'un côté, et les règles régissant les relations Suisse – Union européenne de l'autre, ne peut pas être assurée. En ce sens, il faut s'attendre à une **érosion successive** des accords existants dont l'ampleur dépendra au final du développement du droit de l'Union.
 - L'Union européenne a également annoncé depuis longtemps qu'elle serait très réticente en ce qui concerne la **conclusion de nouveaux accords** autant

longtemps qu'une solution pour les questions institutionnelles ne serait pas trouvée. Les accords relatifs au **marché intérieur** sont concernés en premier lieu ; toutefois, **d'autres domaines** (comme le renouvellement de la participation à certains programmes européens, tel que notamment le programme de recherche Horizon Europe) sont également touchés. Néanmoins, l'Union se réserve la possibilité de faire des exceptions et d'entrer en matière pour autant qu'elle considère avoir un intérêt important et prépondérant.

- Le droit de l'Union connaît des **clauses d'équivalence ou d'adéquation** dans une multitude d'actes juridiques qui concernent différents produits (p.ex. les médicaments) et services (p.ex. les assurances ou les services financiers). Les clauses peuvent se référer à l'ordre juridique d'un Etat tiers (respectivement à une partie de cet ordre juridique) ou à des acteurs (économiques). En principe, la décision d'équivalence ou d'adéquation est une **décision unilatérale**, prise en général par la Commission européenne. Il est à craindre que l'Union refuse, du moins dans certains cas, cette reconnaissance d'équivalence ou d'adéquation, ce qui aurait des implications potentiellement considérables pour la Suisse et les acteurs économiques suisses (comme p.ex. dans le domaine de la protection des données).
- Finalement, l'arrêt des négociations sur l'Accord-cadre a entraîné une **détérioration générale des relations Suisse – Union européenne**, ce qui rend beaucoup plus difficile la coopération dans une multitude de domaines.

86. Dans l'ensemble, force est de constater que l'arrêt des négociations a et aura des effets réellement ou potentiellement nuisibles, d'un point de vue de la Suisse, nonobstant le fait que les accords existants entre la Suisse et l'Union continuent bien sûr d'exister. L'aspect le plus important est probablement **l'érosion successive de l'accès au marché tel qu'il est garanti actuellement**, résultant d'une part, de la non-adaptation des accords bilatéraux existants et, d'autre part, de décisions unilatérales de l'Union concernant l'adéquation ou l'équivalence de la législation suisse dans certains domaines. S'y ajoute l'impossibilité de conclure de nouveaux accords, à moins que l'Union n'y voie un intérêt propre dont elle souhaiterait absolument tenir compte (ce qui semble être l'exception). En effet, au vu de la nécessité de leur développement ainsi que de la nécessité de nouvelles décisions et de nouveaux accords pour « pérenniser » l'accès au marché (et de le développer du moins ponctuellement), un « **statu quo** » **ne peut justement pas être maintenu sans la volonté et l'accord des deux parties**, car la structure des accords pertinents – dans le contexte de la présente étude – nécessite justement des décisions consensuelles des deux parties. Les **effets économiques** de ces différentes implications sont du moins en partie difficiles à chiffrer ; toutefois, il faut s'attendre à notre avis à des **répercussions directes et indirectes considérables**, surtout si on additionne les effets des implications esquissées. Le cas échéant, une analyse ou un pronostic économique pourrait être utile.

87. Au vu du fait que des relations stables entre la Suisse et l'Union européenne sont d'un grand intérêt, voire une nécessité, pour la Suisse et considérant les répercussions, respectivement implications de l'arrêt des négociations concernant l'Accord-cadre, la question de savoir comment ces **relations peuvent être développées** par la suite se pose avec une certaine urgence. À ce sujet, nous pouvons distinguer **six scénarii a priori** envisageables, quoique plus ou moins réalistes :

- Le scénario « **statu quo, adaptation autonome du droit suisse et dialogue politique** » se base sur les accords existants tout en continuant la politique de l'adaptation autonome du droit suisse au droit de l'UE, dans les domaines où cela s'avère nécessaire et utile, et tend à établir un dialogue avec l'Union. Ce scénario ne pourra très probablement pas éviter les implications de l'arrêt des négociations sur l'Accord-cadre qui ont été esquissées, notamment en ce qui concerne l'accès au marché intérieur. Ainsi, il ne semble pas apte à façonner de manière durable et stable les relations entre la Suisse et l'UE, ni à garantir une certaine sécurité de droit. Si ce scénario peut être utile – en quelque sorte « faute de mieux » – pour une phase transitoire, il ne saurait cependant constituer à lui seul une base pour des perspectives d'avenir.
- Le scénario du développement de l'Accord de libre-échange de 1972 impliquerait un abaissement du niveau d'intégration de la Suisse au marché intérieur et – de manière générale – de l'intensité des relations Suisse – Union européenne, celles-ci étant **limitées à des relations de libre-échange**. Il ne permettrait dès lors pas un accès au marché intérieur.
- La conclusion d'un « Accord-cadre 2.0 », en d'autres termes une « **nouvelle édition** » du **projet de l'Accord-cadre**, ne paraît en l'état guère réaliste. En effet, pour procéder ainsi, il faudrait que tant la Suisse que l'Union européenne prennent des décisions allant dans ce sens (à savoir de reprendre des négociations au sujet d'un accord-cadre), respectivement adoptent des mandats de négociations à ce sujet. Ni la Suisse ni l'Union n'ont formulé des intentions allant dans ce sens.
- Une **combinaison de la négociation d'un accord-cadre avec un ou plusieurs nouveaux accords sectoriels (« Bilatérales III »)** paraît par contre envisageable et être dans l'intérêt notamment de la Suisse (mais aussi, le cas échéant, de l'Union). En l'état, il est toutefois **difficile, voire impossible, de prévoir** tout d'abord si l'Union européenne entrerait en matière sur une telle démarche et ensuite dans quelle mesure l'Union et la Suisse pourraient se mettre d'accord, tant sur le champ d'application des règles concernant les questions institutionnelles que sur leur contenu ; s'y ajoute la question du choix des domaines matériels.
- Une **adhésion de la Suisse à l'EEE** – qui se distingue par un certain nombre de caractéristiques supranationales – permettrait d'assurer des **relations stables entre la Suisse et l'Union européenne** et garantirait un accès intégral au marché intérieur ainsi qu'un accès à des programmes européens. Toutefois, il ne semble pas qu'elle soit, en l'état, réellement envisagée ni par le Conseil fédéral ni par l'Assemblée fédérale.
- Une **adhésion de la Suisse à l'Union européenne** aurait des conséquences considérables à plusieurs niveaux et impliquerait un réel transfert de souveraineté. Elle permettrait certes une intégration à part entière au marché intérieur (avec en plus des droits de participation au processus législatif), mais toucherait encore beaucoup d'autres domaines. En l'état, ce scénario ne paraît pas réaliste dans un avenir plus ou moins proche.

II. Conclusion

88. L'analyse des implications de la **rupture des négociations sur le projet d'Accord-cadre** a démontré que la réaction de l'Union a un **potentiel de nuisance considérable pour la Suisse**. Certes, certains effets ne sont qu'indirects et difficiles à chiffrer et d'autres ne se produiront qu'au bout de quelques années. Toutefois, les effets globalement négatifs, voire très négatifs, semblent être certains. Par ailleurs, l'attitude de l'Union peut certes être critiquée – car il s'agit au fond d'un jeu de pouvoir où l'Union est même prête à accepter des désavantages afin d'exercer de la pression sur la Suisse – mais cela ne change rien pour autant à la situation dont il convient de prendre note.

89. C'est la raison pour laquelle il est **difficile** – en l'état – de **concevoir** comment les **relations entre la Suisse et l'Union européenne vont se développer** et de quelle manière les intérêts de la Suisse à des relations stables avec l'Union – qui permettent aussi un accès à certaines parties du marché intérieur, la conclusion de nouveaux accords ainsi que la participation à certains programmes et à certaines agences européennes –, puissent être poursuivis, respectivement sauvegardés et développés.

90. Toutefois, au vu des intérêts importants en jeu, nous restons optimistes sur le fait qu'une solution pourra être trouvée. En l'état, le scénario de la **négociation d'un ou de plusieurs accords matériels combinée avec les aspects institutionnels (« Bilatérales III »)** semble être le plus prometteur. Dans ce sens, il est à espérer que le « dialogue politique » en cours aborde (et développe le cas échéant) également cette éventualité.¹⁵⁵

En même temps, il ne faut pas perdre de vue que la participation (ponctuelle) de la Suisse à certaines parties de l'acquis de l'Union (et une telle participation n'est pas seulement d'un certain intérêt pour le marché intérieur mais aussi dans d'autres domaines, notamment en ce qui concerne les agences de l'UE) rencontreront de plus en plus de difficultés si des questions institutionnelles ne sont pas aussi abordées de manière transversale. De plus, l'Union se développe et semble avoir une tendance à renforcer l'intégration à l'intérieur tout en se délimitant de différentes manières d'Etats tiers¹⁵⁶.

91. Cependant, il ne faut pas se leurrer : sans une prise en compte des intérêts de l'Union et de sa perception de la situation actuelle ainsi qu'un réel concept de politique interne en amont, il sera difficile d'avancer. Dans cette optique, il convient également de mieux démontrer non seulement l'importance des relations avec l'UE pour la Suisse, mais aussi l'intégration déjà réalisée et l'impact en principe très positif d'une certaine sécurité juridique. En l'état, la situation n'est pas seulement complexe ; il y a aussi une grande incertitude quant au développement des relations Suisse – Union européenne et, partant, quant aux règles exactes qui s'appliqueront aux acteurs, notamment économiques mais aussi d'autres milieux, comme notamment les hautes écoles. Cette **incertitude et l'insécurité juridique** qui en découle risquent de porter atteinte à la situation économique mais aussi à la place de recherche et d'innovation suisse. Dès lors, il est d'une grande importance que les perspectives pour le développement des

¹⁵⁵ Il est à rappeler que l'UE demande à la Suisse un échéancier (*road map*) qui détaille comment la Suisse envisage la suite respectivement les réponses aux questions institutionnelles, cf. p.ex. CHRISTINA NEUHAUS, Traut sich der Bundesrat ? NZZ du 10 janvier 2022.

¹⁵⁶ Voir OESCH, in : Eine Aussenpolitik für die Schweiz, 108 (110 s.).

relations Suisse – Union européenne soient clarifiées dans un avenir plus ou moins proche. Dans cette optique, une rationalisation du débat de cette problématique – en évitant notamment le recours à des concepts peu clairs mais très émotionnels, comme notamment la souveraineté ou les « juges étrangers », sans une analyse approfondie¹⁵⁷ – serait la bienvenue et nécessaire à tous les niveaux.

Il convient en particulier d'insister sur le fait que dans la mesure où la Suisse souhaite participer au marché intérieur et à d'autres parties de l'acquis de l'Union, il s'agit forcément d'une relation asymétrique : en effet, les règles y relatives sont adoptées par l'Union, la Suisse n'a pas – en tant que non-membre – un droit de codécision (mais, le cas échéant, un droit de participation ce qui peut revêtir une certaine importance). En ce sens, une telle association au marché intérieur implique la reprise des règles pertinentes et relativise ainsi la marge de manœuvre de la Suisse. En ce sens, il y a une tension inhérente et inévitable entre la participation au marché intérieur de l'Union et une souveraineté « absolue » (qui n'existe par ailleurs pas, et la Suisse adapte déjà aujourd'hui constamment son droit à la législation européenne)¹⁵⁸. Il serait très souhaitable que ces faits soient aussi davantage thématiques dans les discussions politiques à tous les niveaux.

¹⁵⁷ Voir dans ce contexte l'analyse très parlante de COTTIER/HOLENSTEIN, Die Souveränität der Schweiz in Europa, *passim*.

¹⁵⁸ Voir p.ex. HUG ALONSO/GRÜNENFELDER/DÜMMLER, Erosionsmonitor, 25.

Bibliographie

- AMBÜHL, MICHAEL/SCHERER, DANIELA, Zum Entwurf des Institutionellen Abkommens, Jusletter du 4 février 2019.
- AMBÜHL, MICHAEL/SCHERER, DANIELA, Alternativen im Verhandlungsprozess, 2021, disponible sous: www.eda.admin.ch/dam/eda/de/documents/aktuell/news/2021/20211712-gutachten-ambuehl-scherer-alternativen-verhandlungsprozess_DE.pdf.
- ARNESSEN, FINN/HAUKELAND FREDRIKSEN, HALVARD/GRAVER, HANS PETER/MESTAD, OLA/VEDDER, CHRISTOPH (éds.), Agreement on the European Economic Area. A Commentary, Baden-Baden et al. 2018 (cité: AUTEUR, in: Arnesen et al. EEA).
- BALDI, MARINO, Zu den Auswirkungen des geplanten Rahmenabkommens mit der EU, Jusletter du 18 mars 2018.
- BAUDENBACHER, CARL (éd.), The Handbook of EEA Law, Heidelberg 2016.
- BAUR, GEORGES, The European Free Trade Association. An Intergovernmental Platform for Trade Relations, Cambridge 2020.
- B EGLINGER, JACQUES/TOBLER, CHRISTA, Gleichwertigkeit, Angemessenheit, Äquivalenz, Adäquanz. Ein Hotspot in den Beziehungen zwischen der Schweiz und der EU im rechtlichen Kontext, in: Astrid Epiney/Petru Zlatescu (éds.), Schweizerisches Jahrbuch für Europarecht / Annuaire suisse de droit européen (ASDE) 2019/2020, 547 ss.
- BESSON, SAMANTHA, Droit constitutionnel européen, Berne 2019.
- BESSON, SAMANTHA/AMMANN, ODILE, L'interprétation des accords bilatéraux Suisse-UE – Une lecture de droit international, in : Astrid Epiney/Stefan Diezig (éds.), Schweizerisches Jahrbuch für Europarecht / Annuaire suisse de droit européen (ASDE) 2013/2014, Zurich 2014, 331 ss.
- BIEBER ROLAND/EPINEY ASTRID/HAAG MARCEL/KOTZUR MARKUS, Die Europäische Union. Europarecht und Politik, 14^{ème} éd., Baden-Baden 2021 (cité: AUTEUR, in: Bieber/Epiney/Haag/Kotzur, EU).
- BOILLET, VÉRONIQUE, L'interdiction de discrimination en raison de la nationalité au sens de l'accord sur la libre circulation, Bâle 2010.
- BÖTTNER, ROBERT, *Achmea* and its Implications for Investor Dispute Settlement, ZEuS 2018, 47 ss.
- BRAUNECK, JENS, Sanfter Hegemon EU : Der Streitbeilegungsmechanismus im Institutionellen Abkommen EU-Schweiz, EuZW 2021, 149 ss.
- BREITENMOSER, STEPHAN, Das Scheitern des Institutionellen Rahmenabkommens (InstA) zwischen der Schweiz und der EU : Gründe und Ausblick, in : Astrid Epiney/Petru Zlatescu (éds.), Schweizerisches Jahrbuch für Europarecht / Annuaire suisse de droit européen (ASDE) 2020/2021, Zurich 2021, 325 ss.
- BREITENMOSER, STEPHAN/HIRSBRUNNER, SIMON, Der Entwurf für ein Institutionelles Rahmenabkommen zwischen der Schweiz und der EU : offene Fragen im Schnittpunkt zwischen Europa- und Völkerrecht, in : Astrid Epiney/Petru Zlatescu (éds.), Schweizerisches Jahrbuch für Europarecht / Annuaire suisse de droit européen (ASDE) 2019/2020, Zurich 2020, 511 ss.

- BÜHLER, THEODOR, Abkommen über die gegenseitige Anerkennung von Konformitätsbewertungen, in: Daniel Thürer/Rolf H. Weber/Wolfgang Portmann/Andreas Kellerhals (éds.), *Bilaterale Verträge I & II Schweiz – EU*, Zurich 2007, 581 ss.
- BURRI, THOMAS/PIRKER, BENEDIKT, Stromschnellen im Freizügigkeitsfluss : von der Bedeutung von Urteilen des Europäischen Gerichtshofes im Rahmen des Freizügigkeitsabkommens, *SRIEL* 2010, 165 ss.
- CEYSSENS, JAN/TARDE, ANDREAS, Äquivalenz im Finanzdienstleistungsrecht der Europäischen Union, *EuZW* 2019, 805 ss.
- CLASSEN, CLAUS DIETER, Autonomie des Unionsrechts als Festungsring ? – Anmerkung zum Urteil des EuGH (GK) v. 6.3.2018, Rs. C-284/16 (Slowakische Republik/Achmea BV), *EuR* 2018, 361 ss.
- COTTIER, THOMAS, Der Grundsatz der Nichtdiskriminierung im Europa- und Wirtschaftsvölkerrecht, *RDS* 2015 I, 325 ss.
- COTTIER, THOMAS, Die Souveränität und das institutionelle Rahmenabkommen, *RSJ* 2019, 345 ss.
- COTTIER, THOMAS, Der Rechtsschutz im Rahmenabkommen Schweiz-EU, in: Astrid Epiney/Lena Hehemann/Petru Zlatescu (éds.), *Schweizerisches Jahrbuch für Europarecht / Annuaire suisse de droit européen (ASDE) 2018/2019*, Zurich 2019, 359 ss.
- COTTIER, THOMAS, Rahmenabkommen Schweiz – EU : Der Bundesrat hat am 26. Mai 2021 seine Kompetenzen überschritten, *Jusletter* du 28 juin 2021.
- COTTIER, THOMAS/DIEBOLD, NICOLAS/KÖLLIKER, ISABEL/LIECHTI MCKEE, RACHEL/OESCH, MATTHIAS/PAYOSOVA, TETYANA/WÜGER, DANIEL, *Die Rechtsbeziehungen der Schweiz und der Europäischen Union*, Bern 2014.
- COTTIER, THOMAS/HOLENSTEIN, ANDRÉ, *Die Souveränität der Schweiz in Europa. Mythen, Realität und Wandel*, Berne 2021
- COTTIER, THOMAS/KOPSE, ALWIN R. (éds.), *Beitritt der Schweiz zur Europäischen Union. Brennpunkte und Auswirkungen / L'adhésion de la Suisse à l'Union européenne. Enjeux et conséquences*. Zurich 1998.
- DASHWOOD, ALAN, Article 26 ECT and Intra-EU Disputes – the Case against an Expansive Reading of Achmea, *ELR* 2021, 415 ss.
- EMMENEGGER, SUSAN/BIGLER, ANDREA, Fortress Europe : Die Äquivalenzverfahren im Bereich der Finanzdienstleistungen, *SZW/RSDA* 2019, 155 ss.
- EPINEY, ASTRID, Zur Bedeutung der Rechtsprechung des EuGH für Anwendung und Auslegung des Personenfreizügigkeitsabkommens, *ZBJV* 2005, 1 ss.
- EPINEY, ASTRID, Zur rechtlichen Tragweite eines Einbezugs der Schweiz in den unionsrechtlichen Besitzstand im Bereich des Dienstleistungsverkehrs, Zurich 2011.
- EPINEY, ASTRID, Beziehungen Schweiz – EU : Status quo und Perspektiven, in: Patrik Schellenbauer/Gerhard Schwarz (éds.), *Bilateralismus – was sonst ? Eigenständigkeit trotz Abhängigkeit*, Zurich 2015, 25 ss.
- EPINEY, ASTRID, Der Entwurf des Institutionellen Abkommens Schweiz – EU. Überblick und erste Einschätzung, in: *Jusletter* du 17 décembre 2018.

- EPINEY, ASTRID, *Umweltrecht der Europäischen Union*, Baden-Baden 2019.
- EPINEY, ASTRID, *Zur Reichweite der « Sperrwirkung » des Sekundärrechts. Eine Analyse am Beispiel der RL 2005/36*, PJA 2021, 849 ss.
- EPINEY, ASTRID/AFFOLTER, SIAN, *Zur rechtlichen Tragweite der Bauprodukteverordnung der EU (VO 305/2011) und ihren Implikationen für die Rechtslage in der Schweiz*, Jusletter du 7 novembre 2016.
- EPINEY, ASTRID/AFFOLTER, SIAN, *The Swiss Way : 120 Agreements but no Perspective ?* in : Thomas Giegerich/Desirée C. Schmidt/Sebastian Zeitzmann (éd.), *Flexibility in the EU and Beyond. How Much Differentiation Can European Integration Bear?* Baden-Baden, 2017, 297 ss.
- EPINEY, ASTRID/MEIER, ANNEKATHRIN/MOSTERS, ROBERT, *Les cantons entre adhésion à l'UE et « voie bilatérale » : appréciation d'options sélectionnées de politique européenne du point de vue juridique*, in : *Conférence des gouvernements cantonaux (éd.), Entre adhésion à l'UE et voie bilatérale : réflexions et besoin de réformes du point de vue des cantons. Rapport d'experts commandés par le groupe de travail « Europe – Réformes des cantons »*, Zurich 2006, 77 ss.
- EPINEY, ASTRID/ROVELLI, SOPHIA, *Zur schweizerischen Rechtsprechung zum Personenfreizügigkeitsabkommen*, in : Alberto Achermann/Véronique Boillet/Martina Caroni/Astrid Epiney/Jörg Künzli/Peter Uebersax (éd.), *Jahrbuch für Migrationsrecht / Annuaire du droit de la migration 2020/2021*, Berne 2021, 315 ss.
- EPINEY, ASTRID/SIEGWART, KARINE/COTTIER, MICHAEL/REFAEIL, NORA, *Schweizerische Demokratie und EU*, Zurich 1998.
- FAUCONNET, YANN, *Streitbeilegungsmechanismus im Institutionellen Abkommen*, Jusletter du 12 avril 2021.
- FONS, MATTHÄUS, *Die Verknüpfung der Emissionshandelssysteme der Schweiz und der EU*, ZUR 2021, 339 ss.
- GÄCHTER, THOMAS/BURCH, STEPHANIE, *Inverkehrbringen von Medizinprodukten in der Schweiz und in der EU*, in : Bernhard Rüttsche (éd.), *Medizinprodukte : Regulierung und Haftung*, Berne 2013, 112 ss.
- GAMMENTHALER, NINA, *Diplomanerkennung und Freizügigkeit*, Zurich 2010.
- GLASER, ANDREAS/LANGER, LORENZ, *Die Institutionalisierung der Bilateralen Verträge : Eine Herausforderung für die schweizerische Demokratie*, SRIEL 2013, 563 ss.
- GRIN, GILLES, *Suisse – Europe : une perspective historique*, Lausanne 2020.
- HAHN, MICHAEL, *The Day After : Access to the Single Market in Times of Brexit, Equivalence and Extraterritoriality*, ZEuS 2018, 409 ss.
- HAHN, MICHAEL, *Je t'aime... Moi non plus : Rechtsfragen des Verhältnisses Schweiz – EU*, ZBJV 2021, 77 ss.
- HINDELANG, STEFFEN, *Conceptualization and Application of the Principle of Autonomy of EU Law : The CJEU's Judgment in *Achmea* Put in Perspective*, ELR 2019, 83 ss.
- HIRSBRUNNER, SIMON, *Stabilisierung der Beziehung zur EU durch einseitige Anpassung des Schweizer Rechts ?* Jusletter du 22 novembre 2021.

- HUG ALONSO, TERESA/GRÜNENFELDER, PETER/DÜMMLER, PATRICK, Erosionsmonitor. Trimester-Report zum Stand des bilateralen Verhältnisses Schweiz – EU (Ausgabe Nr. 1 vom 26. August 2021), disponible sous www.aevenir-suisse.ch.
- KADDOUS, CHRISTINE/GRISEL, DIANE, Libre circulation des personnes et des services, Bâle 2012.
- KAINER, FRIEDEMANN/PERSCH, JOHANNES, Das Prinzip der Einheit des Binnenmarktes : Keine Rosinen für Drittstaaten, *EuZW* 2018, 932 ss.
- KUNTZ, JOËLLE, Eine Chronologie des Institutionellen Rahmenabkommens, in : Thomas Bernauer/Katja Gentinetta/Joëlle Kuntz (éds.), *Eine Aussenpolitik für die Schweiz im 21. Jahrhundert*, Zurich 2021, 93 ss.
- LANG, ANDREJ, Die Autonomie des Unionsrechts und die Zukunft der Investor-Staat-Streitbeilegung in Europa nach Achmea. Zugleich ein Beitrag zur Dogmatik des Art. 351 AEUV, *EuR* 2018, 525 ss.
- MAHON, PASCAL, L'extension du référendum obligatoire sur les traités : une fausse bonne idée ? *Jusletter* du 19 avril 2021.
- MAIANI, FRANCESCO, La « saga Metock », ou des inconvénients du pragmatisme helvétique dans la gestion des rapports entre droit européen, droit bilatéral et droit interne, *RDS* 2011 I, 27 ss.
- MARNAU, NINJA, Datenschutz und Brexit, in : Malte Kramme/Christian Baldus/Martin Schmidt-Kessel (éds.), *Brexit. Privat- und wirtschaftsrechtliche Folgen*, 2^{ème} éd., Baden-Baden 2020.
- MAZILLE, CLÉMENTINE, Institutionnalisation de la relation entre l'Union européenne et la Suisse. Recherche sur une construction européenne, Genève et al. 2018.
- MÉTILLE, SYLVAIN, Le traitement de données personnelles sous l'angle de la (nouvelle) Loi fédérale sur la protection des données du 25 septembre 2020, *SJ* 2021 II 1 ss.
- MEYER, SEBASTIAN, Is Switzerland Not Just Any Third Country ? EU Unilateralism in the Face of the Linkage Agreement on Emissions Trading, *SRIEL* 2018, 3 ss.
- MÜLLER, ANDREAS TH. /WERNER SCHROEDER (éds.), 25 Jahre Europäischer Wirtschaftsraum. Ein Integrationsszenarium auf dem Prüfstand, *EuR*, Beiheft 1/2020.
- MURESAN, REMUS, Medizinprodukte und das Abkommen über Konformitätsbewertungen. Standortbestimmung und Ausblick im Lichte aktueller Entwicklungen, *Jusletter* du 4 mai 2020.
- NOTTER, MARKUS, Institutionelles Rahmenabkommen – ein europapolitischer Zwischenruf, *EuZ* 2019, 4 ss.
- OESCH, MATTHIAS, Grundrechte als Elemente der Wertegemeinschaft Schweiz – EU. Zur Auslegung der Bilateralen Verträge, *ZBl.* 2014, 171 ss.
- OESCH, MATTHIAS, Die bilateralen Abkommen Schweiz – EU und die Übernahme von EU-Recht, *PJA* 2017, 638 ss.
- OESCH, MATTHIAS, Schweiz – Europäische Union. Grundlagen. Bilaterale Abkommen. Autonomer Nachvollzug, Zurich 2020.

- OESCH, MATTHIAS, Die schweizerische Europapolitik auf dem Prüfstand, in : Thomas Bernauer/Katja Gentinetta/Joëlle Kuntz (éds.), Eine Aussenpolitik für die Schweiz im 21. Jahrhundert, Zurich 2021, 108 ss.
- OESCH, MATTHIAS/SPECK, GABRIEL, Das geplante institutionelle Abkommen Schweiz – EU und der EuGH, in : Astrid Epiney/Lean Hehemann (éds.), Schweizerisches Jahrbuch für Europarecht / Annuaire suisse de droit européen (ASDE) 2016/2017, Zurich 2017, 257 ss.
- PFISTERER, THOMAS, Ein Plus für die Demokratie. Minimalstandard für die Mitsprache von Parlament und Volk beim Rahmenabkommen oder bei weiteren Verträgen mit der EU, Zurich 2021.
- PIRKER, BENEDIKT, Zu den für die Auslegung der Bilateralen Abkommen massgeblichen Grundsätzen – Gedanken zu BGE 140 II 112 (Gerichtsdolmetscher), ZBl. 2015, 295 ss.
- PIRKER, BENEDIKT, Zum Schiedsgericht im Institutionellen Abkommen, Jusletter du 3 juin 2019.
- RAPOPORT, CÉCILE, Balancing on a tightrope : Opinion 1/17 and the ECJ's narrow and tortuous path for compatibility of the EU's investment court system (ICS), CMLRev. 2020, 1725 ss.
- SHELLENBAUER, PATRIK/SCHWARZ, GERHARD (éds.), Bilateralismus – was sonst ? Eigenständigkeit trotz Abhängigkeit, Zurich 2015.
- SCHNELL, CHRISTINA, Arbeitnehmerfreizügigkeit in der Schweiz, Berne 2010.
- SCHUMACHER, TOBIAS, Die Europäische Union, die Östliche Partnerschaft und « Assoziierung Plus » : zur Debatte über die Einbindung assoziierter Nachbarn unterhalb einer EU-Mitgliedschaft, integration 2019, 205 ss.
- DE SÉPIBUS, JOËLLE, Ein institutionelles Dach für die Beziehungen zwischen der Schweiz und der Europäischen Union, in : Astrid Epiney/Stefan Diezig (éds.), Schweizerisches Jahrbuch für Europarecht / Annuaire suisse de droit européen (ASDE) 2013/2014, Zurich 2014, 397 ss.
- SIMON, DENYS, L'arbitrage en matière d'investissement remise en cause par la Cour de justice ? A Propos de l'arrêt du 6 mars 2018, Achmea, Europe 5/2018, 5 ss.
- TOBLER, CHRISTA, Hier sind Onkel, hier sind Tanten, hier sind meine Anverwandten – Wer fällt im EU-Recht bzw. im bilateralen Recht unter den Familiennachzug? in: Astrid Epiney/Stefan Diezig (éds.), Schweizerisches Jahrbuch für Europarecht / Annuaire suisse de droit européen (ASDE) 2013/2014, Zurich 2014, 319 ss.
- TOBLER, CHRISTA/BEGLINGER, JACQUES, Brevier zum Institutionellen Abkommen Schweiz – EU, 2 mai 2021 (disponible sous www.brevier.eur-charts.eu).
- TSAKANAKIS, STEFAN, Die Nachführung des Anhangs zum MRA Schweiz-EU bei Gesetzesänderungen, PJA 2021, 181 ss.
- WALDMANN, BERNHARD/BELSER, EVA MARIA/EPINEY, ASTRID (éds.) : Basler Kommentar : Bundesverfassung, Bâle 2015 (cit. : VERFASSER, in : Waldmann/Belser/Epiney, BSK-BV).

- DE WITTE, BRUNO, The Relative Autonomy of the European Union's Fundamental Rights Regime, *Nordic Journal of International Law* 2019, 65 ss.
- WYRMEERSCH, EDDY, Third-Country Equivalence and Access to the EU Financial Markets Including in Case of Brexit, *Journal of Financial Regulation* 2018, 4 ss., 209 ss.

Abréviations

Acer	Agence européenne des régulateurs de l'énergie
AELE	Association européenne de libre-échange
aff.	affaire
ALCP	Accord sur la libre circulation des personnes
art.	article(s)
ASDE	Annuaire Suisse de droit européen
ATF	Recueil officiel des arrêts du Tribunal fédéral suisse
BV	Bundesverfassung
c.	contre
cf.	confer
ch.	chiffre(s)
CJUE	Cour de Justice de l'Union européenne
CMLRev.	Common Market Law Review
consid.	Considérant
Cst.	Constitution fédérale
D	Directive
ECLI	European Case Law Identifier
ECT	Energy Charter Treaty
éd.	édition / éditeur / éditeurs
EEA	European Economic Area
EEE	Espace économique européen
EFTA	European Free Trade Association
ELR	European Law Review
et al.	et alii
etc.	et caetera
EU	Europäische Union
EuR	Europarecht
EuZ	Zeitschrift für Europarecht
EuZW	Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht

FF	Feuille Fédérale
FZA	Freizügigkeitsabkommen
GATT	General Agreement on Tariffs and Trade
idem	de même
JAAC	Jurisprudence des autorités administrative de la Confédération
JO	Journal officiel (de l'Union européenne)
lit.	litera
loc.cit.	loco citato (à l'endroit cité précédemment)
MRA	Mutual Recognition Agreement
N	numéro(s)
NZZ	Neue Zürcher Zeitung
NZZaS	Neue Zürcher Zeitung am Sonntag
OFAS	Office fédéral des assurances sociales
OFJ	Office fédéral de la Justice
OMC	Organisation mondiale de commerce
par.	paragraphe
p.ex.	par exemple
PJA	Pratique juridique actuelle
R	Règlement
RDS	Revue de droit suisse
Rec.	Recueil
RS	Recueil systématique
RSDIE	Revue Suisse de droit international et européen
RSJ	Revue Suisse de jurisprudence
s / ss	et le / la suivant(e) / les suivant(e)s
SJ	Semaine judiciaire

SRIEL	Swiss Review of International and European Law
TAF	Tribunal administratif fédéral
TF	Tribunal fédéral
UE	Union européenne
VO	Verordnung
vol.	volume
ZBl	Schweizerisches Zentralblatt für Staats- und Verwaltungsrecht
ZBJV	Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins
ZESAR	Zeitschrift für europäisches Sozial- und Arbeitsrecht
ZEuS	Zeitschrift für europäische Studien
ZUR	Zeitschrift für Umweltrecht

Cahiers fribourgeois de droit européen
Freiburger Schriften zum Europarecht

Publiés sous l'égide de l'Institut de droit européen de l'Université de Fribourg
Herausgegeben vom Institut für Europarecht der Universität Freiburg i. Ü.

Derniers numéros parus / Letzte erschienene Nummern

- 26 Astrid Epiney
La portée de l'interdiction de discrimination fondée sur la nationalité dans l'Accord sur la libre circulation des personnes : questions choisies
Les allocations familiales et « allocations de logement familial » versées à des personnes domiciliées à l'étranger ainsi que l'admission des enfants de parents frontaliers dans l'enseignement primaire
- 27 Astrid Epiney / Sophia Rovelli
Verfassungsrechtliche Vorgaben zur Selektion von Studierenden für ein Medizinstudium
- 28 Astrid Epiney / Livia Matter
Zur Tragweite des Freizügigkeitsabkommens Schweiz – EU (FZA) im Bereich der Diplomanerkennung: unter besonderer Berücksichtigung der Osteopathie
- 29 Laure Prevignano, auprès du PD Dr. Benedikt Pirker
Entre Fédéralisme et Intergouvernementalisme : une perspective de droit constitutionnel européen sur la réponse de l'UE à la crise de COVID-19
- 30 Astrid Epiney
Les implications de l'échec des négociations d'un Accord-cadre entre la Suisse et l'Union européenne – aspects choisis –

Après avoir affirmé son soutien de principe au projet d'un Accord-cadre entre la Suisse et l'UE publié en décembre 2018 – qui était censé régler les « questions institutionnelles » des accords bilatéraux – le Conseil fédéral a finalement décidé, le 26 mai 2021, de ne pas signer le projet d'accord et de rompre les négociations sur la base de ce texte. Jusqu'à présent, l'Union européenne n'a pas (encore) réagi par le biais d'une résolution du Conseil de l'UE. Toutefois, elle a déjà pris ou annoncé différentes mesures.

La présente expertise se propose d'examiner, d'une part, les conséquences de la non-signature de l'Accord-cadre décidée par le Conseil fédéral sous un angle systématique et d'esquisser, d'autre part, quelques pistes ou scénarii pour le futur développement des relations Suisse – Union européenne, ceci sur la base d'un aperçu des accords existants entre la Suisse et l'UE, notamment les accords bilatéraux et des questions institutionnelles.

Astrid Epiney, Prof. Dr. iur., LL.M., Directrice à l'Institut de droit européen, Rectrice.