

Entre homogénéité et souveraineté : les accords bilatéraux au prisme de l'euro-scepticisme constitutionnel suisse

Gabriella Borgeaud (étudiante en Bachelor de droit à l'Université de Fribourg)

Die Bilateralen III stellen einen Wendepunkt in der Beziehung zwischen der Schweiz und der Europäischen Union dar, indem sie einen Mechanismus zur dynamischen Übernahme der Weiterentwicklungen des Unionsrechts einführen. Dieses Modell erfüllt zwar die Anforderung an die rechtliche Homogenität des Binnenmarkts, verschärft jedoch die dem schweizerischen Verfassungssystem inhärenten Spannungen. Die regelmässige Übernahme der Weiterentwicklungen des Unionsrechts übt einen strukturellen Druck auf die legislativen und referendumsrechtlichen Verfahren aus und beschränkt den demokratischen Handlungsspielraum der Schweiz. Dieser Beitrag zeigt somit, dass die Vereinbarkeit des neuen institutionellen Regelwerks mit den schweizerischen Verfassungsprinzipien ungewiss bleibt und die Legitimität des bilateralen Modells selbst beeinträchtigen könnte.

Introduction

La Suisse et l'Union européenne (ci-après « UE ») entretiennent une relation atypique marquée par un réseau d'accords bilatéraux qui pallie l'absence d'adhésion formelle au marché intérieur¹. Ces accords visent à garantir une homogénéité juridique suffisante pour atteindre des conditions similaires à celles du marché intérieur et favoriser les relations économiques entre la Suisse et l'UE². Toutefois, le caractère statique des Bilatérales I et II, fondé sur des références figées au droit de l'Union, a atteint ses limites³.

Les négociations d'un « accord-cadre » permettant d'établir des règles communes d'actualisation ont donné lieu à un jeu de pression entre les parties, notamment

de la part de l'UE, à travers ses institutions, qui cherchait à clore rapidement les débats⁴. Les tensions liées aux défis politiques et juridiques des négociations sur la reprise des développements du droit de l'UE, exacerbées par l'échec des débats sur l'accord-cadre, ont fragilisé la stabilité des relations bilatérales⁵. Face à cette érosion, l'UE et la Suisse plaident désormais pour un mécanisme de reprise dynamique, au cœur des Bilatérales III, qui soulève la question essentielle de la compatibilité entre homogénéité européenne et autonomie constitutionnelle suisse⁶.

I. Nécessité d'homogénéité juridique dans la relation Suisse – UE

L'alignement des législations et le respect des normes européennes sont indispensables pour garantir la stabilité juridique nécessaire au bon fonctionnement des accords⁷. Partant, ces derniers envisagent l'approximation des législations suisses et européennes, soit selon le principe d'équivalence des législations (art. 16 ALCP), soit par un procédé de reprise du droit communautaire (art. 2 ATA)⁸. La reprise du droit de l'UE dans les accords est dite « statique », en ce que ses références sont figées dans l'état de l'ordre juridique européen au moment de la signature des accords (art. 3 AMP ; art. 3 ARM ; art. 1 ATA)⁹. La Suisse n'étant, en principe, pas juridiquement engagée à suivre les développements du droit de l'UE, il en résulte que les rouages institutionnels du droit bilatéral ne reprennent pas automatiquement ses évolutions (art. 15 ATA ; art. 12 AA)¹⁰. Lorsque ce dernier évolue de manière telle que le contenu des accords bilatéraux se désharmonise de l'état juridique de l'UE, les accords

⁴ *Ibidem*.

⁵ A. GAGO, The domestic politics of the Swiss-EU negotiations on the Institutional Framework Agreement (and beyond), SPSR 30/2024, p. 349.

⁶ GAGO (n. 5), p. 344.

⁷ KASPIAROVICH (n. 3), p. 287.

⁸ C. MAZILLE, L'institutionnalisation de la relation entre l'Union européenne et la Suisse – Recherche sur une construction européenne, Genève 2018, N 280 ss.

⁹ A. EPINEY/B. METZ/B. PIRKER, Zur Parallelität der Rechtsentwicklung in der EU und in der Schweiz – Ein Beitrag zur rechtlichen Tragweite der « Bilateralen Abkommen », Zurich 2022, p. 146.

¹⁰ KELLERHALS/ZÄCH (n. 2), N 113.

¹ C. RAPOPORT, La lente gestation de l'accord-cadre institutionnel UE-Suisse ou le difficile dépassement du bilatéralisme sectoriel, RTDE 3/2019 p. 739.

² A. KELLERHALS/R. ZÄCH, Gesamtüberblick, in : D. Thürer et al. (édit.), Bilaterale Verträge I & II Schweiz – EU, Zurich 2007, N 33 et 113.

³ Y. KASPIAROVICH, Accord-cadre institutionnel : entre le droit de l'UE et les particularités suisses, in : V. Boillet et al. (édits.), L'influence du droit de l'Union européenne et de la Convention européenne des droits de l'homme sur le droit suisse, Genève/Zurich 2016, p. 286.

doivent pouvoir s'adapter pour maintenir la sécurité juridique des citoyens et des acteurs économiques européens¹¹.

II. Limites de la reprise des Accords Bilatéraux I et II

A. Fonctionnement des Bilatérales I et II

Les accords bilatéraux sont fondés sur la coopération intergouvernementale classique, laquelle se fait au moyen de comités mixtes chargés de veiller au bon fonctionnement des accords (art. 11 AA ; art. 18 ALCP ; art. 10 ARM)¹². Par ce biais, les parties s'informent des évolutions de leur ordre juridique respectif et, le cas échéant, discutent de leurs implications pour le fonctionnement des accords (art. 52 ATT)¹³. Les comités mixtes sont habilités à intégrer les nouveaux développements du droit de l'UE dans les accords, sous réserve qu'il s'agisse de modifications des références juridiques dans les annexes et que les accords leur en reconnaissent la compétence (art. 6 ATA ; art. 8 MEDIA)¹⁴. Par exemple, l'Accord de coopération scientifique¹⁵ permet uniquement au comité mixte de modifier les références de son annexe C (art. 6 par. 3). Il sied de souligner que la force obligatoire des décisions des comités ne relèvent pas d'un pouvoir réglementaire propre, mais d'effets que la Suisse et l'UE décident de leur conférer¹⁶. Une modification du contenu normatif des accords bilatéraux nécessite une négociation entre la Suisse et l'UE, dont l'approbation passe par leur procédure interne respective (art. 39 CVI ; art. 184 Cst.)¹⁷. De ce fait, le processus décisionnel

de révision ou de modification d'un accord peut être aussi complexe que celui de conclusion d'un nouvel accord¹⁸.

B. Épuisement du modèle statique

L'intégration de nouveaux développements dans les accords bilatéraux se heurte d'emblée à un mécanisme profondément statique puisque les parties restent libre de rejeter l'adoption de tout développement en vertu de leur autonomie décisionnelle (art. 52 ATT)¹⁹. L'adoption de la directive sur la citoyenneté européenne illustre cette situation : l'Annexe I de l'ALCP²⁰ sur la libre circulation des citoyens européens – impossible à modifier sur décision du comité mixte – exige une adoption formelle des parties (art. 18 ALCP). La Suisse, ayant toujours considéré que ses procédures concernant la libre circulation des personnes étaient conformes à l'ALCP, a systématiquement refusé l'adoption de la directive visant à assouplir les mesures d'accompagnement des personnes économiquement inactives²¹. La reprise des développements du droit de l'UE ne peut se faire au dépend de la volonté des parties. Partant, un mécanisme efficace d'actualisation des accords doit également revoir la façon dont l'acquis des accords bilatéraux est développé afin de favoriser une reprise volontaire du droit de l'UE dans les accords.

En outre, le processus actuel de mise à jour des annexes peut aussi se révéler insuffisant pour garantir l'homogénéité des ordres juridiques. L'arrêt du Tribunal administratif fédéral du 15 février 2010²² illustre l'impact du décalage temporel entre droit communautaire et adaptation des annexes : après l'adhésion de la Roumanie à l'UE, une médecin roumaine a demandé la reconnaissance de son diplôme en Suisse. Or, les adaptations nécessaires (art. 17 ALCP) n'avaient pas encore été opérées dans l'Annexe III ALCP (consid. 2.9). Dès lors, aucun

¹¹ J. KLÄSER, *The Swiss Confederation and the European Union : Their constitutional systems, bilateral agreement-based constitutional cooperation and a Swiss company tax regime facing challenges of constitutional and legal feasibility*, thèse, Maastricht 2017, ch. 4.6.2.

¹² C. KADDOUS, *La place des Accords bilatéraux II dans l'ordre juridique de l'Union européenne*, in : C. Kaddous/G. Jametti (édit.), *Accords bilatéraux II Suisse – UE et autres accords récents*, Genève 2006, p. 76.

¹³ M. OESCH, *Switzerland and the European Union*, Zurich 2018, N 87.

¹⁴ EPINEY/METZ/PIRKER (n. 8), p. 149.

¹⁵ Accord du 25 juin 2007 de coopération scientifique et technologique entre la Confédération suisse d'une part, et la Communauté européenne et la Communauté européenne de l'énergie atomique, d'autre part (RS 0.420.513.1).

¹⁶ MAZILLE (n. 8), N 851.

¹⁷ D. FELDER, *Cadre institutionnel et dispositions générales des Accords bilatéraux II*, in : C. Kaddous/G. Jametti (édit.), *Accords bilatéraux II Suisse – UE et autres accords récents*, Genève 2006, p. 107.

¹⁸ EPINEY/METZ/PIRKER (n. 9), p. 148.

¹⁹ KELLERHALS/ZÄCH (n. 2), N 113.

²⁰ Accord du 21 juin 1999 entre la Confédération suisse et la Communauté européenne et ses États membres sur la libre circulation des personnes (RS 0.142.112.681).

²¹ DÉPARTEMENT FÉDÉRAL DE JUSTICE ET DE POLICE, *Rapport du Conseil fédéral : Différences entre les réglementations de la Suisse et de l'Union européenne. Analyse des possibilités d'adaptation du droit suisse afin de réduire ces différences*, 10.01.2022, in : <<https://www.bj.admin.ch/bj/fr/home/publiservice/publikationen/berichte-gutachten/2022-01-10.html>> (consulté le 23.10.2025), N 3.

²² Arrêt du TAF du 15 février 2010 B-6825/2009, c. 2.6 à 2.12.

traité ne permettait la reconnaissance du diplôme, menant au rejet de la demande de reconnaissance (consid. 2.12). Nous constatons que la lourdeur des mécanismes institutionnels et des coûts associés à la négociation de suivi sont, rendent eux aussi, les accords bilatéraux inadaptés aux exigences d'une reprise efficace des développements du droit de l'UE.

L'écart entre les réglementations européennes et l'acquis repris dans les accords bilatéraux a rendu le droit bilatéral confus et incapable de garantir la stabilité et la sécurité juridiques nécessaires à leur bon fonctionnement²³.

III. Recherche d'une cohérence dynamique

A. Logique des Bilatérales III

Contrairement aux Bilatérales I et II qui suivent des modalités de reprise statiques, les Accords Bilatéraux III garantissent une actualisation régulière des accords au moyen d'une reprise dynamique des développements du droit communautaire²⁴. Le dynamisme de la reprise du droit de l'UE n'est pas synonyme de reprise automatique de tous les développements juridiques tombant dans le champ d'application des accords : la Confédération conserve son autonomie de décision quant à l'adaptation du droit suisse, selon les procédures habituelles de son ordre juridique et dispose du droit de refuser de reprendre un nouvel acte de l'UE²⁵. Contrairement à ce qui existe dans les Accords d'association à Schengen et Dublin, il n'y a pas de « clause guillotine » au-dessus des Accords Bilatéraux III en cas de non-reprise de nouveaux développements du droit européen²⁶. En remplacement, l'UE se voit reconnaître le droit de prendre des « mesures compensatoires » proportionnées dans l'accord concerné ou dans un autre accord relatif au marché intérieur pour compenser le déséquilibre occasionné par la non-

reprise du droit²⁷. De plus, la Suisse obtient un droit de participation à l'élaboration des développements du droit communautaire qui entrent dans le champ d'application des accords relatifs au marché intérieur (*decision shaping*)²⁸.

B. Souveraineté constitutionnelle et démocratie directe

La reprise dynamique des développements de l'UE dans les accords bilatéraux se révèle délicate du point de vue de l'autonomie décisionnelle de la Confédération et de la conformité aux procédures constitutionnelles et au fonctionnement de ses institutions²⁹. L'influence du système fédéraliste et la démocratie directe – piliers fondamentaux de la politique helvétique – met également le développement des négociations avec l'UE à l'épreuve³⁰. Le processus d'adoption d'une loi fédérale, de même que celui d'un traité international contenant « des dispositions importantes fixant des règles de droit ou dont la mise en œuvre exige l'adoption de lois fédérales », sont soumis au référendum facultatif (art. 141 Cst.). Par conséquent, un consensus national est crucial pour éviter un référendum³¹. L'actualisation régulière et continue des accords grâce à une reprise dynamique des développements du droit de l'UE est conditionnée par le Conseil fédéral à trois garanties : (1) la participation de la Suisse aux développements du droit de l'UE qui la concernent, (2) le respect des procédures constitutionnelles de son ordre juridique et (3) l'absence de reprise des développements du droit communautaire qui tombent dans le champ d'application d'une exception³². La reprise du droit de l'UE dans les accords bilatéraux ne peut se faire aux

²³ KASPIAROVICH (n. 3), p. 286.

²⁴ A. EPINEY, « Bilaterale III » und das Verhältnis zwischen Völker- und Landesrecht, 10.03.2025, in : <<https://jusletter.weblaw.ch/juslissues/2025/1232.html>> (consulté le 23.10.2025), N 5.

²⁵ *Idem*, N 8.

²⁶ J. DUMONT et al., Die sektoriellen Abkommen Schweiz-EU in der praktischen Anwendung, in : A. Epiney/S. Progin-Theuerkauf/E. Zlătescu Petru (édit.), Annuaire suisse de droit européen, 19^e éd., Zurich/Genève, p. 510.

²⁷ CONSEIL FÉDÉRAL, Fiche d'information du 20 décembre 2024 relative aux éléments institutionnels, 20.12.2024, in : <<https://www.news.admin.ch/news/message/attachments/91298.pdf>> (consulté le 23.10.2025), p. 1.

²⁸ EPINEY (n. 24), N 6.

²⁹ CONSEIL FÉDÉRAL, Mandat de négociation définitif, 08.03.2024, in : <<https://www.news.admin.ch/news/message/attachments/86555.pdf>> (consulté le 23.10.2025), N 2.2.2.1.

³⁰ GAGO (n. 5), p. 345.

³¹ *Idem*, p. 344 ss.

³² CONSEIL FÉDÉRAL, Rapport du 15 décembre 2023 sur les discussions exploratoires entre la Suisse et l'Union européenne concernant la stabilisation et le développement de leurs relations, 15.12.2023, in : <https://www.europa.eda.admin.ch/dam/fr/sd-web/1y05UePQM2DS/20231215-bericht-exploratorische-gespraechen-ch-eu-weiterentwicklung-beziehungen_FR.pdf> (consulté le 23.10.2025), p. 20.

dépens des règles institutionnelles ou des principes constitutionnels de la Confédération³³. Dans un souci de préserver son autonomie législative, la Suisse cherche à mettre le règlement des différends à charge des comités mixtes ou d'un tribunal paritaire³⁴. Dans l'hypothèse où le litige soulève une question d'interprétation du droit de l'UE et que le tribunal arbitral juge son interprétation indispensable pour le règlement du différend, il doit saisir la CJUE. Le cas échéant, la CJUE statue uniquement sur l'interprétation de ce droit et ne règle pas le différend proprement dit³⁵.

Conclusion

Le passage d'un modèle statique à un modèle dynamique du droit de l'Union constitue une étape décisive pour la relation Suisse-UE. Si les Bilatérales III répondent à la nécessité d'assurer une mise à jour régulière et de préserver la sécurité juridique elles révèlent également les tensions profondes entre intégration normative et souveraineté démocratique³⁶. La Suisse entend participer activement aux développements du droit européen sans se soumettre à une reprise automatique qui contournerait ses procédures constitutionnelles³⁷. L'enjeu n'est donc pas seulement juridique, mais identitaire : il s'agit de concilier l'exigence d'homogénéité du marché intérieur avec le respect des fondements institutionnels helvétiques³⁸. Dans cette recherche d'équilibre, la voie bilatérale conserve son sens, à condition de rester fidèle à sa logique de flexibilité et de coopération qui en fait la réussite³⁹.

³³ DÉPARTEMENT FÉDÉRAL DE JUSTICE ET DE POLICE (n. 21), N 2.2.2.1.

³⁴ CONSEIL FÉDÉRAL (n. 32), N 6.6.

³⁵ CONSEIL FÉDÉRAL (n. 29), p. 2.

³⁶ C. KAEMPFER, Domestic mechanisms for the implementation of international obligations in the Swiss cantons, RSDIE 31/2021 p. 562s.

³⁷ CONSEIL FÉDÉRAL (n. 32), p. 20.

³⁸ EPINEY (n. 24), N 27.

³⁹ KAEMPFER (n. 36), p. 562.