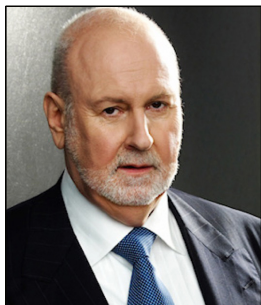


Suisse-UE

Une épée de Damoclès au-dessus des têtes suisses

Le diable se cache dans les détails du paquet d'accords avec l'UE

par le Prof. Dr Dr h.c. Carl Baudenbacher*



Carl Baudenbacher
(Photo <https://baudenbacher-law.com>)

Dans les documents officiels relatifs au paquet d'accords Suisse-UE – le «rapport explicatif» de juin 2025 et le message de mars 2026 – le Conseil fédéral ne tarit pas d'éloges sur ses plus de soixante-dix négociateurs qui, entre mars et décembre 2024, ont participé à plus de 200

réunions et cycles de négociation dans quatorze domaines spécialisés, ou pistes. Il y est répété que tous les objectifs de négociation ont été atteints, voire dépassés. Ces textes ayant été rédigés par l'administration fédérale, on peut supposer que les fonctionnaires se sont applaudis eux-mêmes. Quiconque a connu l'ancienne RDA se sentira, dans une certaine mesure, rappelé aux slogans du Parti socialiste unifié lors de ses congrès.

Une appréciation sobre des résultats donne toutefois bien moins de raisons de s'enthousiasmer. Je ne vise pas ici l'unilatéralité institutionnelle des accords, avec l'adoption dynamique du droit de l'UE par la Suisse, la surveillance de facto exercée par la Commission européenne et le monopole d'interprétation de la Cour de justice de l'Union européenne (CJUE). Ces éléments d'un traité inégal, associés à l'engagement de verser régulièrement des «contributions de cohésion» au bénéfice des Etats membres de l'UE moins prospères, avaient déjà été acceptés par le Conseil fédéral le 15 décembre 2023.

II. «Lacunes» et «exceptions»

Sur le fond aussi, les succès de négociation de la Suisse apparaissent modestes ou incertains.

* Prof. Dr Dr h.c. Carl Baudenbacher, juriste suisse et professeur émérite de droit privé, commercial et économique à l'Université de Saint-Gall, a été président de la Cour de l'AELE à Luxembourg de 2003 à 2017. Il est aujourd'hui associé dans un cabinet d'avocats et professeur invité à la *London School of Economics*.



«L'épée de Damoclès» de Richard Westall, 1812.
(Photo Wikipédia)

Cela vaut d'abord pour les «dispositions manquantes» et les «exceptions». Comme on le sait, le passage opéré après l'interruption des négociations en mai 2021 d'une approche «horizontale» à une approche «verticale» a été justifié par l'idée que l'ancrage des éléments institutionnels dans les différents accords permettrait de négocier des exceptions à l'institutionnalisation. Les textes des traités contiennent effectivement régulièrement une disposition selon laquelle, en cas d'exception à l'obligation d'adoption dynamique du droit, et lorsque le litige ne porte pas sur l'interprétation ou l'application de notions du droit de l'Union, le tribunal arbitral doit trancher sans saisir la CJUE (voir, par exemple, l'article 32, paragraphe 3, deuxième phrase, de l'accord sur l'électricité). En réalité, il s'agit largement de propagande.

Selon le récit officiel de Berne, les «dispositions manquantes», les «matières non couvertes» et les «exceptions explicites» montreraient que la Suisse a mieux pu protéger des domaines sensibles que dans le projet d'accord institutionnel de 2018. Cela n'est vrai que dans une mesure limitée. Le fait qu'un traité soit silencieux sur une question ne signifie pas automatiquement que le

domaine concerné a été exclu et donc laissé à l'autonomie suisse. Le silence peut tout autant être compris comme une lacune à combler par les acteurs juridiques compétents, à savoir la Commission et la CJUE.

Les exceptions explicites n'offrent-elles aussi qu'une sécurité limitée. Elles créent certes davantage de clarté que la simple absence de dispositions, mais leur portée ne serait pas davantage déterminée de manière autonome par la Suisse. La CJUE devrait statuer sur leur étendue et, selon sa jurisprudence constante, les exceptions doivent en principe être interprétées strictement. En outre, les exceptions sont toujours soumises à la réserve de l'évolution des circonstances politiques, économiques et juridiques. Ce qui est accordé aujourd'hui comme régime spécial pourrait demain être réévalué et restreint sous la pression du principe d'homogénéité, de l'exigence de créer des conditions de concurrence égales – un «level playing field» – et du souhait d'ouverture du marché. Aucun ordre stable ne peut être construit sur des exceptions. Elles demeurent des instantanés dans un système structurellement orienté vers l'uniformité.

III. Une bévue de nos négociateurs

Il y a également une défaillance des négociateurs suisses sur un point central: la question des conditions dans lesquelles la Commission européenne peut engager une procédure de règlement des différends et ainsi, en fin de compte, provoquer une interprétation contraignante d'une question juridique par sa propre cour.

L'article 10, paragraphe 3, du projet d'accord institutionnel de 2018 disposait à cet égard: «Lorsque le différend soulève une question concernant l'interprétation ou l'application d'une disposition [...], le tribunal arbitral saisit la Cour de justice de l'Union européenne. L'arrêt de la Cour de justice de l'Union européenne lie le tribunal arbitral.» Désormais, par exemple, l'article 10, paragraphe 1, IP-FZA et l'article 32, paragraphe 1, de l'accord sur l'électricité prévoient, sous le titre «Procédure en cas de difficultés d'interprétation ou d'application»: «En cas de difficultés d'interprétation ou d'application de l'accord ou d'un acte juridique de l'Union qui y est mentionné, les parties contractantes se consultent au sein du comité mixte en vue de trouver une solution mutuellement acceptable. Si le comité mixte ne trouve pas de solution dans un délai de trois mois, l'une ou l'autre partie

contractante peut soumettre le différend à un tribunal arbitral. Si l'interprétation ou l'application d'une disposition relevant de l'article 29, paragraphe 2, est nécessaire au règlement du différend (c'est-à-dire les actes juridiques de l'Union mentionnés dans l'accord et les dispositions de l'accord dans la mesure où leur application implique des notions du droit de l'Union), le tribunal arbitral saisit la CJUE; si, en revanche, le différend concerne une exception et n'implique pas de notions du droit de l'Union, le tribunal arbitral statue lui-même. Lorsque le tribunal arbitral saisit la CJUE, la décision de celle-ci le lie.» (Ma traduction.)

La plupart des autres traités contiennent des dispositions rédigées en termes identiques. Selon ces règles, l'ouverture d'une procédure menant à la CJUE n'est pas limitée aux différends. La Commission européenne peut également agir lorsque des difficultés d'interprétation ou d'application apparaissent en amont d'une telle procédure.

IV. Procédure abstraite d'interprétation

Quiconque connaît les méthodes de travail professionnelles de la Commission européenne verra que ce changement ne saurait être fortuit. L'article 10, paragraphe 1, IP-FZA et l'article 32, paragraphe 1, de l'accord sur l'électricité rappellent l'article 68, paragraphe 3, du traité CE dans sa version d'Amsterdam de 1997. L'article 68, paragraphe 3, du traité CE était ainsi libellé:

«Le Conseil, la Commission ou un Etat membre peut demander à la Cour de justice de statuer sur une question d'interprétation du présent titre (c'est-à-dire le titre IV) ou d'actes des institutions de la Communauté fondés sur celui-ci. L'arrêt rendu par la Cour de justice en réponse à une telle demande ne s'applique pas aux décisions des juridictions des Etats membres qui ont acquis force de chose jugée.»

Le titre IV régissait la compétence préjudicielle de la CJUE dans les domaines des visas, de l'asile, de l'immigration et d'autres politiques liées à la libre circulation des personnes.

La procédure visait à clarifier la manière dont certaines normes devaient être comprises sans qu'il soit nécessaire qu'existe un litige concret, avec demandeur et défendeur. Contrairement à la procédure préjudicielle classique prévue par l'actuel article 267 TFUE, l'article 68, paragraphe 3, Amsterdam ne portait pas sur un dialogue entre les juridictions nationales et la CJUE, mais entre les institutions politiques – le Conseil

et la Commission – ainsi que les Etats membres et la CJUE. L'interprétation d'un domaine particulièrement sensible se trouvait ainsi concentrée entre les mains de la CJUE.

Les institutions politiques de l'Union recevaient un droit d'initiative autonome. L'article 68, paragraphe 3, CE Amsterdam n'était donc pas seulement une règle technique de compétence, mais l'expression d'un système qui concentrait délibérément l'autorité interprétative dans des matières politiquement sensibles entre les institutions politiques de l'Union et la CJUE. Cela se faisait au détriment des Etats membres. On peut y voir un cas de règlement asymétrique des différends au sein même de l'UE.

V. Parallèle entre l'article 68, paragraphe 3, du traité CE et les traités Suisse-UE

L'article 68, paragraphe 3, CE Amsterdam n'instaurait pas une procédure de règlement des différends entre Etats, mais un processus spécial interne à la Communauté destiné à assurer une interprétation uniforme dans le domaine de l'ancien titre IV CE. Les traités Suisse-UE prévoient un tribunal arbitral pro forma qui doit faire appel à la CJUE et la suivre lorsque des questions d'interprétation du droit de l'Union sont «impliquées». Dans les deux cas, la Commission, organe politique, obtient le droit de faire clarifier à tout moment par la CJUE des questions d'interprétation, indépendamment d'un différend concret – c'est-à-dire de manière abstraite. Dans le cas de l'article 68, paragraphe 3, CE Amsterdam, l'asymétrie existait dans la relation entre l'UE et les Etats membres. Dans les traités Suisse-UE, elle existe entre les parties. Le fait que la procédure interétatique prévue par les traités Suisse-UE contienne un élément hybride sous la forme du tribunal arbitral pro forma tient simplement au souhait des parties contractantes de préserver l'apparence que la Suisse conserve un certain degré de souveraineté.

Le mécanisme prévu à l'article 68, paragraphe 3, CE Amsterdam n'a jamais été utilisé. Il

a ensuite été abandonné au fil de l'évolution des traités. Son idée sous-jacente connaît aujourd'hui une forme de résurgence dans le paquet d'accords Suisse-UE.

VI. L'épée de Damoclès

Le libellé de l'article 10, paragraphe 1, IP-FZA et de l'article 32, paragraphe 1, de l'accord sur l'électricité signifie que la Commission peut, chaque fois que cela lui paraît politiquement opportun, demander à sa propre cour, la CJUE, une décision faisant autorité sur des questions douteuses. L'existence d'un conflit concret est indifférente. La Commission peut, pour ainsi dire, commander à l'avance des interprétations contraignantes à la CJUE. Sa position de négociation au sein du comité mixte s'en trouve renforcée. Il faut supposer que la transformation partielle du mécanisme concret de règlement des différends envisagé en 2018 en un mécanisme abstrait a été initiée par la Commission européenne elle-même. On peut douter que les négociateurs suisses tant loués aient compris ce qui se jouait ici. La Suisse se trouve ainsi dans la position du légendaire *Damoclès*. Dans une légende grecque, Damoclès enviait au *roi Denys* sa richesse et son pouvoir. Pour lui montrer combien un tel bonheur est trompeur, le roi lui permit de s'asseoir sur le trône, au-dessus duquel une épée était suspendue à un fin crin de cheval et pouvait tomber à tout moment. Damoclès comprit alors que le pouvoir et la prospérité n'offrent aucune sécurité, et souhaita quitter à nouveau le trône.

Les Suisses ont signé les traités avec l'UE. Ils ne peuvent désormais se mettre en sécurité qu'en votant non lors d'un référendum. Le fait qu'une procédure abstraite de contrôle ait été introduite subrepticement dans les accords, contrairement aux attentes générales, constitue une raison supplémentaire de soumettre le paquet à un référendum obligatoire exigeant la double majorité du peuple et des cantons.

*(Première publication dans «Weltwoche», no 25/2026)
(Traduction réalisée par l'auteur.)*